

FRANCISCO WALTER MEYER JUNIOR

Cláusulas Pétreas x Direito Dinâmico

Bacharel em Direito

FEMA

FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS

ASSIS

2009

FRANCISCO WALTER MEYER JUNIOR

Cláusulas Pétreas x Direito Dinâmico

Monografia apresentada ao Departamento do curso de Direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior), como requisito para a conclusão de curso, sob a Orientação específica do Prof. Ms. Sérgio Augusto Frederico, e Orientação Geral do Prof. Dr. Rubens Galdino da Silva.

FEMA

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS
ASSIS
2009**

Folha de Aprovação

Assis, 17 de Outubro de 2009

Assinatura

Orientador: Sérgio Augusto Frederico _____

Examinador: Jesualdo E. de Almeida Junior _____

Dedicatória

Para aqueles que acreditaram na minha capacidade e dedicação, especialmente para minha esposa Lyliana e filhas, Victoria, Eduarda e Rafaela, as quais muitas vezes foram privadas da minha presença e compreenderam o meu esforço. Dedico também este trabalho aos meus pais que tanto me apoiaram e contribuíram para a realização de um objetivo maior, que é crescer como Ser Humano através do Direito.

Agradecimentos

Aos senhores professores, colegas e funcionários desta instituição, pelo prazer de tê-los como parceiros e inspiradores da busca do saber, durante este período de convivência. Também ao meu orientador que me inspirou e norteou a minha busca de conhecimento e sabedoria para a conclusão deste trabalho, o qual representa o desfecho de uma jornada e início de outra.

Sumário

Introdução.....	10
I - Constituição.....	11
1.1 - Lei Fundamental	12
1.2 - Constitucionalismo.....	13
1.3 - Poder Constituinte.....	15
1.3.1- Espécies de Poder Constituinte.....	15
1.3.2 - Poder Constituinte Originário.....	15
1.3.3 - Poder Constituinte Derivado.....	16
1.3.3.1 - Poder Constituinte Derivado Reformador.....	16
1.3.3.2 - Poder Constituinte Derivado Decorrente.....	16
1.3.4 - Limitações do Poder Constituinte Derivado.....	17
1.3.5 - Titularidade do Poder Constituinte.....	18
1.3.6 - Exercício do Poder Constituinte.....	18
1.4 - Classificação das Constituições.....	18
1.4.1 - Promulgada ou Outorgada.....	19
1.4.2 - Dogmática ou Histórica.....	19
1.4.3 - Escrita e Costumeira.....	19
1.4.4 - Material ou Formal.....	20
1.4.5 - Sintética ou Analítica.....	20
1.4.6 - Rígida ou Flexível.....	22
1.4.7 - Codificada ou Não Codificada.....	22
1.5 - A Constituição Federal Brasileira de 1988.....	23
1.5.1 - Características Quanto a Estabilidade da CFB de 1988.....	25
II - Clausulas Pétreas.....	27
2.1 - Histórico das Clausulas Pétreas.....	27
2.2 - Cláusulas Pétreas e a Constituição Brasileira de 1988.....	28
2.3 - Cláusulas Pétreas e as Emendas Constitucionais.....	29
2.4 - Flexibilização das Cláusulas Pétreas e seus Limites.....	32
2.5 - O Controle da Constitucionalidade.....	33
2.6 - Cláusulas Pétreas e a Democracia.....	35
2.7 – Efeitos sob as Gerações Futuras.....	37

III - Direito Dinâmico.....	39
3.1 – Direitos de Primeira Dimensão – Direitos Naturais.....	39
3.2 – Direitos de Segunda Dimensão – Direitos Políticos.....	40
3.3 – Direitos de Terceira Dimensão – Direitos Sociais.....	40
3.4 – Direitos de Quarta Dimensão – Direitos da Era Digital.....	41
3.5 – Tendências para o Futuro.....	41
Conclusão.....	44
Referências.....	47

Resumo

Há muitas questões que confrontam as cláusulas pétreas e a evolução do direito, envolvendo aspectos dogmáticos, práticos e dinâmicos, portanto necessitamos compreender como o homem moderno deve caminhar para continuar vivendo em sociedade em face dessas cláusulas imutáveis, dessa rigidez constitucional, e perpetuando a espécie, pois o direito é fundamental para as futuras gerações.

Palavras-chave

Constituição - cláusulas pétreas - direito dinâmico - evolução – a possibilidade de alterações - gerações futuras.

Abstract

There are many issues that face the clauses pétreas and evolution of the law, involving aspects dogmatic, dynamic and practical, so we need to understand how humans should walk to continue living in society and perpetuating the species, because the right is fundamental to future generations.

Keywords

Constitution - pétreas-clauses - dynamic law – evolution - the possibility of amendments - future generations.

Introdução

Podem as futuras gerações ficar vinculadas às chamadas Cláusulas Pétreas, as quais foram determinadas pelas gerações passadas, mesmo sendo o Direito uma ciência dinâmica?

Para responder tal questionamento, necessitamos entender o que significa a Constituição de um país, o que são Cláusulas Pétreas e como se comporta o Direito Dinâmico em uma sociedade contemporânea.

No presente trabalho, pretendemos discorrer sobre os temas que envolvem tal questão, procurando trazer os principais pontos que formam a antinomia evidente entre Cláusulas Pétreas e o Direito Dinâmico.

Primeiramente conceituar Constituição, suas características, classificações e um retrato da Constituição Brasileira de 1988. Posteriormente as Cláusulas Pétreas, seus aspectos históricos, práticos e dogmáticos, suas limitações, aplicabilidade, controle e conseqüências nas gerações futuras e finalmente o Direito Dinâmico, com aspectos históricos, suas gerações e as projeções para o futuro.

I - Constituição

A origem etimológica da palavra "Constituição" advém do latim *constituere, constitutio*, ou seja, significa o ordenamento jurídico do Estado.

Constituição é um sistema de normas jurídicas que regula a forma do Estado, a forma do governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do indivíduo e as suas garantias, ou seja, a lei fundamental de um Estado.

Hans Kelsen conceitua o sistema jurídico como uma estrutura piramidal, em que a Constituição está no topo desta pirâmide, com a função de regular a criação de todas as outras normas e validar as normas hierarquicamente inferiores, quando compatíveis com ela.

Konrad Hesse afirma que é uma ordem geral e objetiva das relações complexas da vida e que deve estabelecer alguns princípios fundamentais a fim de adaptar as mudanças da realidade sócio política, para evitar as constantes revisões constitucionais.

Por fim o conceito de Peter Häberle, para quem a Constituição é um processo público aberto, uma tarefa que deve ir se realizando. Assim, o conteúdo material básico, a essência da Constituição, é a liberdade democrática que torna possível que se manifeste o pluralismo existente na sociedade.

A Constituição, portanto, busca compor com os elementos estático e dinâmico, um sistema de pesos e contrapesos, equilibrando e adaptando a realidade que se altera. No elemento estático há a necessária segurança jurídica, visando preservar os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana; já o elemento dinâmico permite a adequação da Carta Constitucional à evolução social.

No mundo jurídico, a Constituição é a Lei Fundamental de um Estado e, sendo assim, é a organização dos seus elementos essenciais, dentre os quais se encontram os direitos fundamentais e suas garantias. É necessário que a Constituição possua força normativa o suficiente para fazer valer o direito posto e não servir apenas de declaração política. Dessa forma, a Lei Fundamental poderá buscar uma efetiva garantia de direitos, que não se limitam ao campo individual como no período clássico, mas são sociais, econômicos, religiosos e se ampliam cada vez mais.

1.1 - Lei Fundamental

Constituição é ato do poder constituinte originário, sendo a fonte inicial de todo o ordenamento jurídico pátrio. Sua importância reside na reconhecida superioridade hierárquica de suas normas em relação às demais normas que constam de nosso direito positivo ou do nosso sistema jurídico-positivo. O Estado contemporâneo tem como principal característica o fato de ser um ente político com um governo institucionalizado.

Toda nação politicamente organizada deve ter sua forma de organização pré-estabelecida, para que o exercício do Poder possa ser limitado. Com esse tipo de noção é que surgiu a idéia de se impor ao Estado uma regulamentação, de se criar uma lei que o estruturasse, uma lei que lhe desse organização, enfim, uma Constituição que lhe assegurasse estabilidade e permanência.

Delimitando a estrutura dos órgãos de governo e estabelecendo os direitos fundamentais dos seres humanos, a Constituição assume o importante papel de porto seguro das instituições, conferindo unidade e coerência a uma determinada ordem nacional, na medida em que é respeitada.

A garantia da existência dessas regras, com a aplicação das mesmas, é que dão certeza e segurança jurídica aos indivíduos do Estado que as adote, fazendo prevalecer a existência de um governo que segue a vontade das leis e não um governo que segue a vontade dos homens.

A Constituição é insuficiente para limitar o exercício do poder político, pois um governante com excesso de poder teria a possibilidade de alterar ou mesmo de anular as regras constitucionais que atrapalhassem suas ambições. Por isso foram além e se apegaram à idéia da distribuição do poder entre vários órgãos.

A Constituição, portanto, vista como documento jurídico, que contém no seu texto as normas supremas da comunidade, é superior às demais, que submetem governantes e governados ao seu império e serve de limite jurídico ao Poder.

Segundo definição de Dalmo de Abreu Dallari, (DALLARI, 1984, p.21-22):

... a declaração da vontade política de um povo, feita de modo solene por meio de uma lei que é superior a todas as outras e que, visando à proteção e a promoção da dignidade humana, estabelece os direitos e as responsabilidades fundamentais dos indivíduos, dos grupos sociais, do povo e do governo.

Assim, por conter normas que dão estrutura ao Estado, normas que estabelecem a forma de elaboração das outras normas e que fixam os direitos e as responsabilidades fundamentais dos indivíduos, é que a Constituição passa a ser reconhecida como Lei Fundamental, por ser a base de todo o direito positivo da comunidade que a adote, em especial naqueles países que possuem um sistema jurídico baseado na lei escrita, sobrepondo-se aos demais atos normativos por estar situada no vértice da pirâmide jurídica que representa idealmente o conjunto de normas jurídicas vigentes em determinado espaço territorial.

Por ser a Constituição, vista aqui no seu conteúdo normativo, é que se dá a ela a denominação de Lei Fundamental, porque nela é que estão os pressupostos jurídicos básicos e necessários à organização do Estado, além da previsão das regras asseguradoras de inúmeros direitos aos cidadãos.

Considerada dessa maneira, a Constituição é a referência obrigatória de todo o sistema jurídico, uma vez que estabelece em seu texto as formas pelas quais poderá ser reformada, daí surgindo a noção de hierarquia entre as normas jurídicas, de tal maneira que normas de grau superior são as que constam das Constituições e normas de grau inferior são as veiculadas por intermédio de leis ordinárias, leis complementares, medidas provisórias, etc.

1.2 - Constitucionalismo

O constitucionalismo, movimento político e jurídico que visa estabelecer regimes constitucionais.

Um conceito clássico de constitucionalismo corresponde a uma noção de constituição essencialmente como um instrumento limitativo do poder, que vem sofrendo evoluções, principalmente no pós-guerra.

O constitucionalismo moderno irá se deparar com o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto indivíduo. Por outro lado, no elemento da sociabilidade, entende-se o indivíduo como pessoa inserida em um determinado contexto social, que em sua subjetividade e na relação com outros elementos, objetiva a realização da dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade igualitária e justa.

Foi uma grande conquista dos povos civilizados o reconhecimento da necessidade de uma segurança jurídica com base em uma Lei Superior. Com o intuito de por fim ao autoritarismo monárquico e estruturar o Estado, estabeleceu-se um ordenamento jurídico que lança a idéia de um conjunto de diferentes normas reunidas sob um documento com superioridade sobre todas as outras.

A idéia de Constituição é antiga e sua evolução no decorrer dos tempos identifica o aparecimento de um poder criador da Constituição. No desenvolvimento histórico acaba por adquirir textos que não podem ser alterados pelo Poder Legislativo Ordinário. Sua criação requer uma atividade do poder constituinte originário envolvido por uma Assembléia Nacional Constituinte.

A expressão “poder constituinte” e “poderes constituídos” firmaram-se nos fins do século XVIII, com a igualdade de direitos do Terceiro Estado em relação a duas classes privilegiadas: o clero e a nobreza, concebendo a existência de um poder criador da Constituição, que denominou de poder constituinte, antecedente a Constituição. Registrando a existência desse poder especial, lança que esse poder tem como alicerce a vontade da Nação, que corresponde ao conjunto de homens livres e conscientes que são titulares do poder constituinte.

Sempre houve o poder constituinte, porque jamais deixou de haver o ato de uma sociedade estabelecendo os fundamentos de sua própria organização. Há que se observar que o acatamento à Constituição ultrapassa a imperatividade jurídica, decorrendo, também, da adesão por parte da coletividade, e que constrói a ponte entre a norma e a realidade.

1.3 - Poder Constituinte

Poder Constituinte é o poder de instituir regras constitucionais, as quais estão no topo do ordenamento jurídico, por isto são providas de elaboração mais complexas e difíceis do que aquelas ditadas pela própria ordem jurídica.

Portanto, podemos conceituar o Poder Constituinte como aquele poder capaz de criar, modificar ou implementar normas de força constitucional.

1.3.1 – Espécies de Poder Constituinte

A doutrina costuma distinguir as seguintes espécies de poder constituinte: poder constituinte originário e poder constituinte derivado este tendo como espécies o poder reformador, o decorrente e o revisor.

1.3.2 - Poder Constituinte Originário

O Poder Constituinte Originário é o poder de elaborar uma Constituição. Não encontra limites no direito positivo anterior, não deve obediência a nenhuma regra jurídica preexistente. Trata-se de um poder difuso, ilimitado, autônomo e incondicionado, capaz de editar a primeira constituição de um Estado que se torna independente ou uma nova constituição, revogando a anterior, tendo o povo como seu titular.

Também conceituado como o poder genuíno ou poder de 1º grau ou poder inaugural. É aquele capaz de estabelecer uma nova ordem constitucional, isto é, de dar conformação nova ao Estado, rompendo com a ordem constitucional anterior.

Assim, podemos caracterizar o poder constituinte originário como inicial, permanente, absoluto, soberano, ilimitado, incondicionado, permanente e inalienável.

1.3.3 - Poder Constituinte Derivado

O Poder Constituinte Derivado tem por incumbência estabelecer as reformas necessárias e tendentes a compatibilizar a representação dos anseios do povo pela Constituição. Tal poder é dividido em reformador, decorrente e revisor. Também é denominado de poder instituído, constituído, secundário ou poder de 2º grau.

O Poder Constituinte Derivado se ramifica em três espécies:

1.3.3.1 – Poder Constituinte Reformador

É o poder de reforma, que permite a mudança da Constituição, adaptando-a as novas necessidades, sem que para tanto seja preciso recorrer ao poder constituinte originário. É um poder derivado, subordinado e condicionado.

Abrange as prerrogativas de modificar, implementar ou retirar dispositivos da Constituição. É aquele criado pelo poder constituinte originário para reformular as normas constitucionais. A reformulação se dá através das emendas constitucionais.

Também chamado de poder anômalo de revisão ou revisão constitucional anômala ou competência de revisão. Foi estabelecida com o intuito de adequar a Constituição à realidade que a sociedade apontasse como necessária.

O constituinte, ao elaborar uma nova ordem jurídica, desde logo constitui um poder constituinte derivado reformador, pois sabe que a Constituição não se perpetuará no tempo. Entretanto, trouxe limites ao poder de reforma constitucional.

1.3.3.2 – Poder Constituinte Decorrente

Consagra o princípio federativo de suas Unidades. É a alma da autonomia das federações na forma de sua constituição. É o poder de que foram investidos os estados membros para elaborar a sua própria constituição e também o Distrito Federal e os Municípios, estes na forma de lei orgânica poderão ter suas Constituições específicas em decorrência do Poder Constituinte Originário.

1.3.4 - Limitações do Poder Constituinte

As limitações ao poder constituinte derivado são comumente classificadas em três grandes grupos: limitações temporais, limitações circunstanciais e limitações materiais.

As *Limitações Temporais* consistem na vedação, por determinado lapso temporal, de alterabilidade das normas constitucionais. A Constituição insere norma proibitiva de reforma de seus dispositivos por um prazo determinado. Vale lembrar que não estão presentes na Constituição vigente,

As *Limitações Circunstanciais* evitam modificações na Constituição em certas ocasiões anormais e excepcionais do país, em que possa estar ameaçada a livre manifestação do órgão reformador. Busca-se afastar eventual perturbação à liberdade e à independência dos órgãos incumbidos da reforma. A atual Constituição consagra tais limitações, ao vedar a emenda na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio (art. 60, § 1º, CF/1988).

As *Limitações Materiais* excluem determinadas matérias ou conteúdo da possibilidade de reforma, visando a assegurar a integridade da Constituição, impedindo que eventuais reformas provoquem a sua destruição ou impliquem profunda mudança de sua identidade. Tais limitações podem ser explícitas ou implícitas.

As limitações materiais explícitas correspondem àquelas matérias que o constituinte definiu expressamente na Constituição como inalteráveis. O próprio poder constituinte originário faz constar na sua obra um núcleo imodificável. Tais limitações inserem-se, pois, expressamente, no texto constitucional e são conhecidas por "cláusulas pétreas".

Na Constituição de 1988, estão prescritas no art. 60, § 4º, segundo o qual "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais".

As limitações materiais implícitas são aquelas matérias que, apesar de não inseridas no texto constitucional, estão implicitamente fora do alcance do poder de reforma, sob pena de implicar a ruptura da ordem constitucional. Pois, caso pudessem ser modificadas pelo poder constituinte derivado, de nada adiantaria a previsão expressa das demais limitações.

1.3.5 – Titularidade do Poder Constituinte

O poder constituinte pertence ao povo, que o exerce por meio dos seus representantes (Assembléia Nacional Constituinte).

“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (art.1º, parágrafo único, CF de 1988).

Em razão de sua titularidade pertencer ao povo, o poder constituinte é permanente, isto é, não se esgota em um ato de seu exercício, visto que o povo não pode perder o direito de querer e de mudar à sua vontade.

Tendo em vista que o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário são poderes constituídos, portanto existe um poder maior que os constituiu (Poder Constituinte). Assim, a Constituição Federal é fruto de um poder distinto daqueles que ela institui.

1.3.6 – Exercício do Poder Constituinte

Embora legitimamente o poder constituinte pertença sempre ao povo, temos duas formas distintas para o seu exercício: outorga e assembléia nacional constituinte.

A Outorga que é o estabelecimento da Constituição pelo próprio detentor do poder, sem a participação popular. É ato unilateral do governante, que auto limita o seu poder e impõe as regras constitucionais ao povo.

A Assembléia Nacional Constituinte que é a forma típica de exercício do poder constituinte, em que o povo, seu legítimo titular, democraticamente, outorga poderes a seus representantes especialmente eleitos para a elaboração da Constituição.

1.4 - Classificação das Constituições

Existem várias classificações das Constituições, porém, tradicionalmente tem-se dividido em promulgadas ou outorgadas, escritas ou costumeiras, dogmáticas ou históricas, materiais ou formais, sintéticas ou analíticas, rígidas ou flexíveis e codificadas ou não codificadas.

1.4.1- Promulgada ou Outorgada

A Constituição promulgada é a que se origina de um órgão constituinte composto de representantes do povo, eleitos com a finalidade de elaborar e estabelecer aquela Constituição, portanto nasce de uma assembléia popular, seja esta representada por uma pessoa ou por um órgão colegiado.

A Constituição outorgada é a elaborada e estabelecida sem a participação do povo, ou seja, a que o governante impõe ao povo de forma arbitrária, podendo ser elaborada por uma pessoa ou por um grupo.

1.4.2 – Dogmática ou Histórica

A Constituição dogmática é necessariamente escrita, elaborada por um órgão constituinte e que sistematiza os dogmas ou idéias fundamentais da teoria política e do Direito dominante no momento.

A Constituição histórica é sempre não escrita, resulta de lenta e continua transformação histórica e das tradições de um determinado povo, depende dos fatos sócio-políticos.

1.4.3 – Escrita ou Costumeira

A Constituição escrita é o conjunto de regras codificado e sistematizado em um único documento, portanto um estatuto jurídico dotado de poder coercivo, e colocado no topo da pirâmide normativa.

A Constituição costumeira é essencialmente histórica, criada a partir de varias contingências históricas e culturais, que influenciaram decididamente na sua evolução e afirmação, não permitindo se utilizar como modelo para outros países, pois resultam da prática reiterada pelo povo de um costume constitucional, porém com a consciência de ser obrigatório.

Exemplo típico de Constituição costumeira é a da Grã-Bretanha. Foi na Inglaterra que se fortaleceu, inicialmente, o processo de construção do constitucionalismo moderno, consagrando a idéia de limitação do poder do Estado, por texto legal criador do Estado, de seus poderes e órgãos, distribuindo competências, garantindo direitos e estabelecendo limites para a atuação do mesmo.

1.4.4 – Material ou Formal

A Constituição material no sentido estrito significa o conjunto de normas constitucionais escritas ou costumeiras, inseridas ou não num documento escrito, que regulam a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos e os direitos fundamentais, não se admitindo como constitucional qualquer outra matéria que não tenha aquele conteúdo essencialmente constitucional.

É possível separar normas que realmente devem fazer parte do texto de uma Constituição, daquelas outras, que só estão na Constituição por uma opção política, mas poderiam ser colocadas nas leis ordinárias.

A Constituição formal é o conjunto de normas escritas, hierarquicamente superior ao conjunto de leis comuns, independentemente de qual seja o seu conteúdo, isto é, estando na Constituição é formalmente constitucional, pois tem a forma de Constituição.

As Constituições escritas costumam inserirem matéria de aparência constitucional, que assim se designa exclusivamente por haver sido introduzida na Constituição, colocadas no seu corpo normativo e não porque se refira aos elementos básicos ou institucionais da organização política.

1.4.5 – Sintética ou Analítica

A Constituição com texto sintético é aquela que se reduz às normas essenciais de organização e funcionamento do Estado, e ainda a declaração e garantia de alguns direitos fundamentais.

No texto constitucional sintético, com número maior de regras em sentido amplo, ou seja, princípios, mantendo-se número pequeno de normas em sentido restrito, isto deverá significar maior valorização dos processos informais de mudança do texto constitucional.

Com isto se permiti que a doutrina e a jurisprudência, com uma sociedade participativa e um judiciário sensível à realidade sócio-econômica e as indicações democráticas dos cidadãos, faça a Constituição estar em constante processo de mudanças e evoluções.

Dessa forma, a Constituição sintética, ao permitir uma maior participação do judiciário e dos cidadãos na construção do texto constitucional, cria uma Constituição dinâmica, pois esta será composta do texto escrito e da interpretação que se faz dos princípios e regras, em determinado momento histórico.

A Constituição analítica é aquela que, além das matérias de organização e funcionamento do estado e garantias constitucionais, desenvolvidas com maior detalhamento, traz no seu texto regras que poderiam ser tratadas em normas infraconstitucionais.

Uma Constituição analítica, quanto maior e mais detalhado for seu texto, menor será o espaço para os processos informais de mudança constitucional, valorizando os processos formais de reforma constitucional, e conseqüentemente, de certa maneira, a mudança constitucional, através da democracia representativa, em processos lentos e difíceis.

Algumas características do texto analítico:

- maior detalhamento das normas referentes à organização e funcionamento do Estado, presentes em todos os textos constitucionais contemporâneos;
- maior relação de direitos fundamentais ou de direitos humanos, com um maior detalhamento de suas garantias processuais, constitucionais e socioeconômicas;
- inclusão de regras de menor grau de abrangência de seus efeitos, que tendem a uma menor permanência, exigindo o funcionamento dos mecanismos formais de reforma da Constituição, uma vez que a mutação interpretativa pode encontrar maiores problemas para evoluir nos tribunais pelo grande detalhamento do texto.
- prevalece um maior número de regras em sentido restrito, que regulam situações específicas, em relação a regras em sentido amplo, que se aplicam a várias situações diferentes.

1.4.6 – Rígida ou Flexível

As Constituições rígidas são aquelas que necessitam de um processo formal, que dificulta a alteração de seu texto, estabelecendo mecanismos parlamentares específicos, quorum para a aprovação com maiorias especiais, competência restrita para propor a sua alteração, além de limites temporais, circunstanciais e materiais para o funcionamento do poder de reforma.

As Constituições flexíveis perderam importância, pois não respondem à necessidade de supremacia e segurança que o texto constitucional, deve oferecer aos cidadãos, em relação às garantias de seus direitos fundamentais e a organização do Estado.

As Constituições flexíveis podem ser alteradas através de procedimentos simplificados, perdendo com isto o caráter de supremacia que devem ter. Torna-se difícil falar em controle de constitucionalidade, elemento fundamental na caracterização da supremacia constitucional, uma vez que, pelo mesmo processo que se elabora uma lei, pode-se alterar o texto constitucional.

Por este motivo, os textos flexíveis se mostraram inadequados para permitirem a garantia que a Constituição deve oferecer enquanto norma suprema, que se impõe como limite a atuação dos poderes, sejam públicos ou privados, que atuam no território estatal.

A doutrina também considera um terceiro tipo de estabilidade da Constituição, que seria um meio termo, a Constituição Semiflexível ou Semi-rígidas, na qual algumas regras poderão ser alteradas pelo processo legislativo ordinário, enquanto outras somente por um processo legislativo especial e mais difícil de se modificar.

1.4.7 – Codificada ou Não Codificada

As Constituições codificadas demonstram maior vantagem na sistematização, possibilitando construção adequada de sua interpretação sistemática.

As Constituições não codificadas caracterizam-se pela existência de leis constitucionais esparsas, ao lado do texto base. A Constituição encontra-se fragmentada, sem organização sistemática de seu texto, que permita a manutenção de sua lógica interna, sobre a qual irá construir-se toda a interpretação.

A Constituição não é apenas o seu texto escrito, uma vez que a lei comporta a interpretação que se faz dela, em um dado momento histórico. Impossível aplicar a lei, sem antes interpretá-la. Um texto codificado, estruturado de forma lógica em um único documento, permite a manutenção de um sistema normativo, que facilita o conhecimento e interpretação da Constituição.

As modificações que venham ocorrer, através do funcionamento do poder constituinte derivado de reforma, capaz de elaborar leis constitucionais, devem sempre se integrar ao texto sistematizado, mantendo-se assim a organização lógica do mesmo, o que facilita sua compreensão e interpretação.

No mundo proliferou o modelo de Constituição sintética, rígida e escrita, que permita processos de evolução e adequação democrática, de seus princípios a realidades históricas diferentes e mutáveis, aprendendo com a experiência inglesa e norte americana, pois não se pode adotar classificações estanques, uma vez que os pontos de contatos entre os dois modelos de tradição legislativa escrita e não escrita, podem se fundir em uma resultante completamente nova, de um direito dinâmico, popular e democrático, com bases em uma Constituição rígida, que dê respaldo aos processos dinâmicos de evolução democrática do Direito.

1.5 – A Constituição Federal Brasileira de 1988

Durante os primeiros meses do governo Sarney, ocorreram intensos debates a respeito da convocação de uma Assembléia Constituinte. A sociedade brasileira era unânime em aceitar a necessidade de um novo texto constitucional, pois a Carta em vigor havia sido reformulada várias vezes, autoritariamente, durante o regime militar e não expressava mais a nova ordem política do país. Mas havia divergências quanto à composição e à natureza da Constituinte.

Os setores mais progressistas defendiam a formação da Assembléia de representantes, eleitos pelos cidadãos, com a função exclusiva de elaborar a nova Constituição. Uma Assembléia Constituinte exclusiva teria maior representatividade e soberania para elaborar a nova Carta. No entanto, prevaleceu a tese do Congresso Constituinte, isto é, os deputados federais e senadores eleitos em novembro de 1986 acumulariam as funções de congressistas e de constituintes.

A instalação da Assembléia Nacional Constituinte ocorreu em 1º de Fevereiro de 1987 sob a presidência do Ministro José Carlos Moreira Alves, na ocasião era o Presidente do Supremo Tribunal Federal, e no dia seguinte foi eleito o Deputado Ulisses Guimarães como Presidente da Constituinte.

O processo de elaboração da Constituição de 1988 foi cercado de muita expectativa, visto que seria o marco da transição do regime autoritário, instaurado em 1964, para o regime democrático. Os representantes Constituintes foram eleitos com a marca do pluralismo partidário e a diversidade dos grupos de pressão. Havia uma grande demanda do povo brasileiro por direitos sociais, individuais, políticos e econômicos e, além da pressão externa, havia uma pressão interna muito grande de prevalência de opinião das correntes políticas que formavam o corpo da Assembléia.

A Assembléia nacional Constituinte, composta por 559 congressistas, foi instalada em 1º de fevereiro de 1987, sendo presidido pelo deputado Ulysses Guimarães, do PMDB. O grupo majoritário na Constituinte era o Centro Democrático, também conhecido como "Centrão", formado por uma parcela dos parlamentares do PMDB, pelo PFL, PDS e PTB, além de outros partidos menores.

O "Centrão", apoiado pelo poder Executivo e representantes das tendências mais conservadoras da sociedade, conseguiu influir decisivamente na regulamentação dos trabalhos da Constituinte e no resultado de votações importantes, como a duração do mandato de Sarney (estendido para cinco anos), a questão da reforma agrária e o papel das Forças Armadas.

No início dos trabalhos do Congresso Constituinte, vários setores da sociedade foram estimulados a dar sua contribuição. Por meio de lobbies, ou seja, grupos de pressão organizados para influenciar as decisões dos constituintes, aqueles setores da sociedade procuraram defender seus interesses. O Congresso também recebeu inúmeras propostas. Tais propostas, formuladas pelos cidadãos brasileiros, foram apresentadas por meio de entidades associativas e subscritas por um mínimo de 30 000 assinaturas.

Sendo assim, 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 ampliar a rigidez da Constituição.

Esta rigidez foi muito além do exemplo português que o inspirou, e também do que seria ideal para que uma Constituição pudesse estar sempre adaptada ou viesse a ser adaptável às circunstâncias históricas.

Os trabalhos dos constituintes se estenderam por dezoito meses. Em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a nova Constituição Federal Brasileira.

1.5.1 – Características quanto a Estabilidade da CFB de 1988

A Constituição Federal Brasileira de 1988 segue a modelo escrita, codificada, formal, dogmática, analítica, rígida (conforme alguns doutrinadores têm características de semi-rígidas) e promulgada. Também conhecida e chamada de “Constituição Cidadã”.

As características de rigidez da Constituição de 1988 têm como elementos principais:

- a existência de quorum de 3/5 para a alteração do texto através de emenda à Constituição, em dois turnos de votação em cada casa legislativa.
- a proposta de emenda só poderá partir de 1/3, dos membros da Câmara de Deputados ou Senado, do Presidente da República ou de mais da metade das Assembléias Legislativas, que encaminharão a proposta aprovada por maioria relativa de seus membros.
- a existência de limites materiais, estabelecidos pelo artigo 60, parágrafo 4º, incisos I a IV, onde se proíbe emendas tendentes a abolir a forma federal, a democracia, os direitos individuais e suas garantias e a separação de poderes.
- a existência de limites circunstanciais, consubstanciados na proibição do funcionamento do poder constituinte derivado (o poder de reforma), durante a vigência do Estado de Sítio, Estado de Defesa e Intervenção Federal.

Além da reforma constitucional através de emendas, que visa alterações pontuais do texto, através de emendas supressivas, aditivas ou modificativas, a Constituição de 1988 previu, ainda, o poder de reforma através de revisão do texto, o que implica em alteração de todo o texto, obviamente sem comprometer ou modificar os princípios constitucionais, alterando o fundamento da Constituição, visto que o Poder de reforma, enquanto Poder Constituinte

derivado, de segundo grau e subordinado, não pode alterar a obra do seu criador que é o Poder Constituinte Originário, este sim, soberano e inicial, portanto de primeiro grau.

Conforme previsto no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o Poder revisional recebeu flexibilização, no que diz respeito ao processo legislativo, estabelecendo-se quorum de maioria absoluta em votação unicameral, para a aprovação do projeto de revisão. Entretanto, em contrapartida, além dos limites materiais e circunstanciais, também sofreu esse poder de reforma, através de revisão, limite temporal de cinco anos, podendo ser exercido apenas uma vez, pelo Congresso, com poderes constituintes derivados de revisão, pois com a implementação do texto provisório, o dispositivo transitório desaparece.

As cláusulas pétreas no texto são elementos importantes no estabelecimento da rigidez do texto, uma vez que estas cláusulas não poderão ser modificadas, nem mesmo através dos processos de reforma. Além das cláusulas pétreas expressamente enumeradas na Constituição, não pode um Poder Constituinte Derivado (o poder de reforma), alterar a estrutura fundamental da Constituição, comprometendo os seus princípios fundamentais.

A Constituição 1988, também tem característica analítica, que representou um passo significativo, no início da construção de uma democracia no país. Traz um amplo leque de direitos fundamentais e de garantias de varias espécies, representando modelo de Constituição Social, que pode permitir a construção de um Estado efetivamente democrático.

O texto atual permite o estabelecimento das bases de um novo modelo de Estado democrático, onde os direitos sociais e econômicos ganham uma perspectiva de garantia sócio-econômica, de exercício dos direitos individuais e políticos. Portanto para a implementação desses pressupostos, o caminho é longo, não passa apenas pela construção de uma interpretação do texto, mas efetivamente de mudança profunda na sociedade brasileira.

II – Cláusulas Pétreas

Cláusulas pétreas são limitações materiais ao poder de reforma da constituição de um estado. Em outras palavras, são disposições que proíbem a alteração, por meio de emenda, tendentes a abolir as normas constitucionais relativas às matérias por elas definidas. São cláusulas que não podem ser mudadas, são imutáveis.

A cláusula pétrea atua, portanto, como verdadeira barreira para a tentativa de reforma da Constituição Federal. Com ela, o núcleo central do ordenamento jurídico não sofre ataques com ingerências do Poder Legislativo. Sem ela, a Constituição se torna vulnerável e pode perder completamente o sentido político.

Não são admitidas cláusulas pétreas fora do texto constitucional.

2.1 – Histórico das Cláusulas Pétreas

As cláusulas pétreas, no entanto, não são uma novidade introduzida em 1988. Esse mecanismo existe desde a Constituição norte-americana de 1789. E, no Brasil, a matéria é abordada a muito tempo, há mais de um século. No decorrer do século 19 e principalmente durante o século 20, diversos países produziram Constituições que contêm ou continham limites às possibilidades de reforma do respectivo texto.

Como exemplos: a Constituição Francesa de 1884, a Portuguesa de 1911, a Italiana de 1947, a Tunisiana de 1959 e a Brasileira de 1891, em todos esses casos, a República aparece protegida por cláusula pétrea.

Na Constituição brasileira de 1891, a primeira após a proclamação da República, determina-se que "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". Com esse mesmo objetivo, as Constituições de 1934, 1946, 1967 e a Emenda Constitucional Nº. 1 de 1969 também continham cláusulas pétreas que visavam garantir a manutenção da federação e da república no Brasil.

A Constituição de 1988 não trata da questão da república - o que possibilitou, por exemplo, o plebiscito de 1993 sobre monarquia ou república, no entanto, ampliou a quantidade de cláusulas pétreas para resguardar a forma federativa do Estado, o voto (direto, secreto, universal e periódico), a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

2.2 – Cláusulas Pétreas e a Constituição Brasileira de 1988

As principais cláusulas pétreas da Constituição do Brasil de 1988 estão previstas no artigo 60, parágrafo 4º: *"Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais"*. Os direitos e garantias individuais são relacionados no artigo 5º, que tem 77 incisos.

As chamadas "cláusulas pétreas" da Constituição de 1988 dizem respeito ao que não se pode eliminar, nem mesmo por emenda constitucional, a forma federativa do Estado; o voto direto, secreto universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e as garantias individuais. Seu objetivo, portanto, é garantir que esses princípios não sejam revogados nem alterados. Nesse contexto, a designação "pétrea" refere-se ao caráter rígido dessa determinação, que, ao delimitar um núcleo que não pode ser modificado, estabelece limites às possibilidades de revisão constitucional.

Além dos princípios preservados pelo parágrafo 4º do artigo 60, há juristas que defendem a tese de que há cláusulas pétreas implícitas na Constituição de 1988. Para esses autores, um dos limites implícitos seria a impossibilidade de se aprovar uma emenda constitucional que alterasse o próprio processo de votação de emendas - como seria o caso de uma proposta que facilitasse a aprovação de emendas ao exigir maioria absoluta de votos entre deputados e senadores, em vez dos três quintos atualmente exigidos.

Há polêmica no meio jurídico sobre outros dispositivos constitucionais que seriam cláusulas pétreas, especialmente os direitos sociais (artigo 6º) e outros direitos individuais dispersos pelo texto constitucional, porém tais temas trataremos em outra oportunidade.

2.3 – Cláusulas pétreas e as Emendas Constitucionais

O Poder Constituinte Derivado pode alterar quase totalmente a Constituição, exceto as cláusulas pétreas. São as cláusulas pétreas que auxiliam o cidadão, elas asseguram os direitos básicos. Sem elas haveria uma insegurança maior quanto às leis que desejam abolir estes direitos básicos.

“Quando um órgão superior atribui a um órgão inferior um poder normativo, não lhe atribui um poder ilimitado. Ao atribuir esse poder, estabelece também os limites entre os quais pode ser exercido [...]”. (BOBBIO, 1997, p. 53).

Estas cláusulas estão protegidas no art. 60 da Constituição Federal de 1988. Porém, se ocorrer um golpe de Estado ou algo parecido que venha a desconstituir o Estado de Direito que é hoje, estas cláusulas serão simultaneamente revogadas.

O rol do art. 60, §4º, da Constituição Federal, não é taxativo, mas meramente exemplificativo, visto que o art. 5º. §2 traz hipóteses de cláusulas imutáveis ao poder de Emenda, além das discriminadas no art. 5º, tais como: decorrentes de regime por ela adotados, tratados internacionais em que a república Federativa do Brasil seja parte.

Está estipulado no art.60. da Constituição Federal, em seu § 4º que não será objeto de deliberação a proposta de Emenda tendente a abolir: a forma federativa, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias fundamentais.

Disciplina nossa Magna Carta que:

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

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

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”

Sendo assim, as Emendas Constitucionais não são absolutas, pois não podem desrespeitar este artigo. Isto não quer dizer, por exemplo, que não se possa rediscutir o pacto federativo, só não se pode tender a abolir.

A emenda à Constituição Federal, enquanto proposta é considerada um ato infraconstitucional sem qualquer normatividade, só ingressando no ordenamento jurídico após a sua aprovação, passando então a ser preceito constitucional, da mesma hierarquia das normas constitucionais originárias. Tal fato é possível, pois a emenda à Constituição é produzida segundo uma forma e versando sobre conteúdo previamente limitado pelo legislador constituinte originário.

Sendo assim, se aos preceitos fixados pelo art. 60 da Constituição Federal foram respeitados, a emenda constitucional ingressará no ordenamento jurídico com status constitucional, devendo ser compatibilizada com as demais normas originárias.

Porém, se qualquer das limitações impostas pelo citado artigo for desrespeitada, a emenda constitucional será inconstitucional, devendo ser retirada do ordenamento jurídico através das regras de controle de constitucionalidade, por não observarem as limitações jurídicas estabelecidas na Carta Magna.

As cláusulas pétreas podem ser alteradas por meio de emendas, somente não podem ser promulgadas Emendas tendentes a abolir aqueles assuntos do Texto Constitucional, do art. 60, § 4º da Constituição Federal.

Deste modo, é possível uma Emenda para melhorar o Texto Constitucional vigente referente às cláusulas pétreas, mas nunca tendente a abolir tais garantias. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que as modificações somente poderão ser para ampliar o espectro protegido.

Existem emendas aditivas, restritivas e extintivas. É pacífico que as cláusulas pétreas podem ser objeto de Emenda Constitucional, porém há discordância quanto ao tipo de emenda. Chegou-se a conclusão que devam se tratar de aditivas. Portanto, cláusulas pétreas são as que possuem um grau de rigidez máximo, essenciais ao ordenamento criado, por isto não podem ser abolidas e tem eficácia absoluta.

O poder de emenda é poder instituído e derivado, instrumento da mudança constitucional de segundo grau, submetido ao ‘centro comum de imputação’, que assegura a permanência das decisões políticas fundamentais reveladas pelo Poder Constituinte Originário.

Desta forma, se tratando de cláusulas pétreas as Emendas Constitucionais são passíveis de Controle de Constitucionalidade. A mera proposta de emenda que, de alguma forma, represente ameaça aos Direitos e Garantias Fundamentais pode ser combatida, seja pela via do Controle Preventivo de Constitucionalidade, através de Mandado de Segurança, seja pela via do Controle Repressivo.

Sendo assim, é plenamente possível a incidência do controle de constitucionalidade difuso ou concentrado, sobre emendas constitucionais, a fim de verificar sua constitucionalidade ou não, a partir da análise do respeito aos parâmetros fixados no art. 60 da Constituição Federal para alteração constitucional. Portanto, o Congresso Nacional, no exercício do Poder Constituinte derivado reformador, submete-se às limitações constitucionais.

As normas contidas no art. 60 da Constituição da República regulam a elaboração pelo Congresso Nacional de emendas à Carta Magna. O Poder Legislativo é um poder constituído, portanto absolutamente subordinado ao Poder Constituinte. Se qualquer desses preceitos for desrespeitado pelo Congresso Nacional, a emenda constitucional será contrária à Lei Maior e, por isso, inconstitucional.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), referente a Emendas Constitucionais é plenamente cabível e não apenas quanto à verificação de procedimentos pelo Congresso, mas sempre que violem cláusula pétrea, pois este é o sentido de cláusula pétrea, impedir o poder constituinte derivado de alterar determinados trechos oriundos do poder originário.

Toda modificação constitucional, feita com desrespeito do procedimento especial estabelecido ou de preceito que não possa ser objeto de emenda, incorrerá em vício de inconstitucionalidade formal ou material, conforme o caso, e assim ficará sujeita ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário, tal como se dá com as leis ordinárias.

A reforma da previdência foi objeto de ADIN, e o que se questionou foi se esta reforma violava ou não os preceitos do art. 60. Quem está legitimado para declarar a inconstitucionalidade de uma norma é o Supremo Tribunal Federal. Portanto, antes do Supremo Tribunal Federal pronunciar-se a norma é válida no Ordenamento Jurídico nacional.

2.4 – Flexibilização das Cláusulas Pétreas e seus Limites

Os limites materiais justificam-se em face da necessidade de preservar as decisões fundamentais do Constituinte, evitando que reformas destruam a ordem constitucional, de tal maneira que por trás da previsão dos limites se encontra a tensão dialética e dinâmica que caracteriza a relação entre a necessidade de preservação da Constituição e os reclamos no sentido de sua alteração.

O reconhecimento de limitações de cunho material significa que o conteúdo da Constituição não se encontra à disposição plena do legislador constitucional, sendo necessário que se impeça uma vinculação absoluta e definitiva das futuras gerações às concepções do Constituinte, ao mesmo tempo em que se garanta às Constituições a realização de seus fins.

Assim, se a imutabilidade da Constituição acarreta risco de uma ruptura do sistema, em virtude do inevitável aprofundamento do descompasso em relação à realidade social, econômica, política e cultural, a garantia de certos conteúdos essenciais protege a Constituição contra os casuísmos da política e o absolutismo das maiorias parlamentares.

2.5 - O Controle da Constitucionalidade

A existência de mecanismos eficazes de controle da constitucionalidade das leis é de fundamental importância para a implementação do modelo constitucional e da preservação dos princípios e regras constitucionais, assim como pela evolução interpretativa das normas constitucionais.

O sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos dos poderes do Estado é elemento, sem o qual, o texto constitucional torna-se apenas discurso.

Quanto melhor, amplo e célere for o sistema de controle de constitucionalidade e quanto mais próxima à população estiver dos mecanismos de controle da constitucionalidade, maior será a proximidade do texto constitucional da realidade que esse procura transformar, e mais próximo da vontade popular estará sua interpretação. Obviamente, que além de existirem mecanismos fáceis de acesso da população a este sistema de controle, necessário será a existência de Poder Judiciário sensível às indicações que o cidadão aponta para a sua atuação. Esta afirmativa indicaria que, guardados os princípios universais de direitos humanos e as regras materiais e processuais constitucionais, o judiciário deve ser um poder político-jurídico, que esteja apto a servir a Constituição democrática, o que implica em atender à população e sua vontade democraticamente expressa.

De um Judiciário escravo da lei, limitado pelo processo, que muitas vezes, de garantia de acesso à justiça se transforma em obstáculo intransponível, para a consecução do direito, o Estado democrático exige um Judiciário sensível aos princípios constitucionais e aos valores consagrados na Constituição, como, também, à vontade popular, condicionada por estes valores e princípios.

A Constituição de 1988 estabelece um sistema difuso de controle de constitucionalidade, combinado com mecanismos de controle direto, repressivo e preventivo, judicial e político.

O controle de constitucionalidade das leis pode ser político, misto, judicial ou por órgãos especiais, com as Cortes ou Tribunais Constitucionais no modelo europeu. O controle judicial é o que ocorre através do pronunciamento de um ou mais órgãos do Poder Judiciário, enquanto o controle político é exercido por um órgão de composição política, fora da estrutura do Judiciário. Desta forma podem existir órgãos dissociados da estrutura do Judiciário, com a competência por vezes exclusiva e por vezes não, de controlar política e tecnicamente o respeito aos princípios e regras constitucionais.

O controle judicial pode ser difuso ou concentrado. No controle judicial difuso, todos os órgãos do poder judiciário, desde o juiz singular de primeira instância, até o Tribunal de superior instância, que no caso brasileiro será o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, poderão apreciar e decidir matéria constitucional. Esta manifestação ocorre na análise de casos concretos, quando os órgãos do Judiciário irão dar pronunciamentos em situações de presumida violação concreta de direitos constitucionais.

No caso do controle difuso, mediante caso concreto, o efeito da declaração de inconstitucionalidade da norma ofensiva ao direito da pessoa será sempre "inter partes" (com efeito, para aqueles que figuram no processo), e "ex tunc", retroagindo os efeitos da decisão desde o momento quando, o autor do processo começou a sofrer prejuízos, com a violação do seu direito.

Neste mesmo caso, quando ocorrer que em grau de recurso a inconstitucionalidade, levantado, no caso concreto, chegar até o Supremo Tribunal Federal, através de Recurso Extraordinário, a decisão definitiva do STF implicará em comunicação ao Senado Federal, para que esse promova a suspensão da eficácia da norma inconstitucional. Neste caso, o efeito do controle difuso, mediante caso concreto será para o autor ou autores no processo o efeito já mencionado, gerando, entretanto, a partir da suspensão da eficácia da norma pelo Senado, também o efeito "erga omnes", alcançando a todos que tenham seus direitos violados pela referida norma inconstitucional, ocorrendo que o efeito para os que não figuram no processo deverá ser "ex nunc", ou seja, a partir do momento da suspensão da norma. .

2.6 – Cláusulas Pétreas e a Democracia

Existe uma clara tensão entre a existência de cláusulas pétreas e o princípio democrático. De acordo com o princípio democrático, a vontade da maioria da população deve ser respeitada sempre que possível. Ou seja, o povo deve tomar suas decisões políticas através de deliberação onde a vontade majoritária, em regra, merece prevalecer. Por outro lado, as cláusulas pétreas impedem que sejam alteradas as normas constitucionais por elas abrangidas mesmo se a vontade da maioria assim desejar. Com isso, as gerações futuras ficam vinculadas, eternamente, por uma escolha imutável, ainda que essa opção se mostre equivocada.

Em razão disso, há diversas críticas em torno das cláusulas pétreas. No próprio Supremo Tribunal Federal, já houve eloqüentes manifestações contra elas. Nesse sentido, merece ser citado o seguinte voto a respeito do Ministro Joaquim Barbosa (STF, ADI 3105, rel. Min. Cezar Peluso, j. 18/8/2004.):

“Com a devida vênia daqueles que têm outro ponto de vista, eu sempre vi com certa desconfiança a aplicação irrefletida da teoria das cláusulas pétreas em uma sociedade com as características da nossa, que se singulariza pela desigualdade e pelas iniquidades de toda sorte. (...) Vejo a teoria das cláusulas pétreas como uma construção intelectual conservadora, antidemocrática, não razoável, com uma propensão oportunista e utilitarista a fazer abstração de vários outros valores igualmente protegidos pelo nosso sistema constitucional.

Conservadora porque, em essência, a ser acolhida em caráter absoluto, como se propõe nesta ação direta, sem qualquer possibilidade de limitação ou ponderação com outros valores igualmente importantes, tais como os que proclamam o caráter social do nosso pacto político, a teoria das cláusulas pétreas terá como consequência a perpetuação da nossa desigualdade. Constituiria, em outras palavras, um formidável instrumento de perenização de certos traços da nossa organização social. A Constituição de 1988 tem como uma das suas metas fundamentais operar profundas transformações em nosso quadro social. É o que diz seu art. 3º, incisos III e IV. Ora, a absolutização das cláusulas pétreas seria um forte obstáculo para a concretização desse objetivo. Daí o caráter conservador da sua pretendida maximização.

Essa teoria é antidemocrática porque, em última análise, visa a impedir que o povo, por intermédio de seus representantes legitimamente eleitos, promova de tempos em tempos as correções de rumo necessárias à eliminação paulatina das

distorções, dos incríveis e inaceitáveis privilégios que todos conhecemos. O povo tem, sim, o direito de definir o seu futuro, diretamente ou por meio de representantes ungidos com o voto popular”.

O referido voto foi bastante criticado pelos demais ministros do STF. Mesmo assim, não deixa de ser um assunto que merece uma reflexão. Afinal, a Constituição é um produto cultural, escrita por homens e, portanto, falível. Querer idolatrar e sacralizar o texto constitucional de 1988 como se ele representasse o último estágio da evolução é esquecer que a mudança é uma nota essencial da humanidade.

É preciso reconhecer que a Constituição de 1988 pode ser melhorada, inclusive naquilo que foi considerado como cláusula pétrea. No entanto, aparentemente, já existem mecanismos capazes de possibilitar esse aperfeiçoamento do texto constitucional, antes de se partir para soluções mais drásticas de ruptura institucional. A reforma constitucional, através de emendas à Constituição, e a própria mutação constitucional, através da interpretação evolutiva do texto, são exemplos disso.

Conforme já se disse, a emenda constitucional pode modificar até mesmo as normas da Constituição que sejam consideradas como cláusulas pétreas, desde que fique demonstrado que a mudança não trará prejuízos para o regime geral de proteção à dignidade da pessoa humana, à limitação do poder ou aos princípios elementares da democracia. Ou seja, o que não se pode aceitar é uma mudança constitucional que destrua os valores básicos consagrados pelo constituinte originário. No mais, se houver uma demonstração concreta de que a mudança favorecerá o desenvolvimento humano, expandindo a liberdade, a igualdade, a solidariedade e a democracia, certamente ela será bem-vinda.

2.7 – Efeitos sob as Gerações Futuras

Um dos problemas trazidos pelas cláusulas pétreas é a natureza ética e suas implicações para as gerações futuras, se expressando sob a forma de um paradoxo.

Considerando o Poder Constituinte Originário, onde é a maioria que elabora, aprova e promulga uma Constituição, este 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, uma constituição pode, por intermédio de cláusulas pétreas, bloquear a capacidade de autodeterminação jurídica das gerações futuras?

A existência e vigência das cláusulas pétreas constituem obstáculo à livre manifestação da soberania popular. Desde quando ou baseada em quais princípios jus filosóficos foi imputada a uma geração constituinte condicionar as preferências políticas das gerações posteriores?

A instituição de cláusulas imutáveis numa Constituição que pretende disciplinar a vida de uma sociedade pelas décadas ou séculos seguintes nos parece como um “abuso de poder constituinte”. Não podendo, portanto, prevalecer em face do Direito.

Na medida em que as cláusulas pétreas limitam o pensamento político das gerações futuras, pela sua petrificação, e considerando que tais gerações poderão em um 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.

Sendo assim, conceitualmente, poderá ocorrer uma ruptura, visto que as Cláusulas Pétreas significam um obstáculo natural e conceitual à perenidade constitucional.

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”.

Agindo assim, 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 freios e contrapesos, impondo novos desafios que não podem ficar amarrados por legisladores sem visão para as questões futuras, que são eminentes.

III – Direito Dinâmico

No passado, o homem civilizado, a partir do momento em que se organizou em sociedade e estabeleceu uma ordem jurídica para a sua existência, criou regras imperativas como única forma possível de preservar a vida.

Sob este prisma, é interessante observar a velocidade da superação dos valores estabelecidos como dogmas, impondo o precoce envelhecimento dos conceitos ético-jurídicos.

3.1 – DIREITOS DE PRIMEIRA DIMENSÃO – DIREITOS NATURAIS

A história do homem civilizado, ser gregário e social, parte da era dos chamados direitos naturais, poucos e essenciais, tais como direito à vida, à sobrevivência, à propriedade e à liberdade.

Se o Direito Natural é violado pelo Estado, não é possível a defesa, a não ser pela resistência, quando o súdito rebela-se contra a supremacia do soberano que não respeita os direitos indispensáveis à sobrevivência, resistindo e pressionando a ordem constituída pelo Príncipe.

Portanto os direitos são conquistados e não outorgados, daí então parte o homem, com resistência e pressão, para ampliar os direitos fundamentais, ultrapassando a esfera do natural, para chegar aos direitos políticos.

3.2 – DIREITOS DE SEGUNDA DIMENSÃO – DIREITOS POLÍTICOS

Neste momento se torna imprescindível o estabelecimento da ordem nas relações entre governantes e governados, dominantes e dominados, príncipe e povo, soberano e súditos, Estado e cidadãos.

A era dos direitos políticos tem início com a Revolução Francesa e com a aprovação, em 26 de agosto de 1789, da primeira Declaração dos Direitos do Homem, marcada pela consciência da primordial da necessidade de se estabelecerem limites ao superpoder do Estado. Daí a preocupação com a garantia da liberdade pessoal.

Contudo isto não foi capaz de frear a tendência de se formar os estados totalitários, fruto do individualismo jurídico, o qual demonstrou claramente a sua disfunção, porque passou a traduzir os interesses de uma classe determinada, deixando à margem um grupo de pessoas desiguais.

O amadurecimento de novas exigências ou de novos valores, tais como o bem-estar, a equidade real e não apenas formal, e o interesse na manutenção de uma igualdade que transcende a fronteira do Estado, fez explodir uma nova era.

3.3 – DIREITOS DE TERCEIRA DIMENSÃO – DIREITOS SOCIAIS

Esta nova era começa com uma visão ainda individual: a igualdade real de cada um, merecedora de proteção do Estado - direito à educação, ao pleno emprego, à segurança etc. Posteriormente, passa-se a visualizar o homem integrado em um grupo.

Surgem as ONG's, representados por segmentos não governamentais da sociedade civil organizada, incumbidas de lutar por interesses coletivos e difusos, direitos estes que dificilmente poderiam merecer a tutela estatal, por ausência de representação política adequada e em face da excessiva exposição daquele indivíduo que decidia enfrentar o Estado.

No entanto, o mundo parece estar bem menor e a velocidade da mudança no Planeta teve como consequência o rápido envelhecimento da capacidade de ordenar a sociedade, afora os gravíssimos problemas sócio-econômicos, soterrando o sonho de um “Estado do bem-estar social”.

Sem condições de ver implementadas as políticas sociais e ambientalistas propostas constitucionalmente, sem poder fortalecer e proteger os grupos minoritários surge como complicador a exclusão social provocada pela segregação econômica: os desempregados, os subempregados e a economia informal.

Estes problemas são do mundo atual, especialmente dos países como o Brasil, que enfrentam as mazelas da globalização sem ter tido tempo de cumprir seus compromissos sociais.

3.4 – DIREITOS DE QUARTA DIMENSÃO – DIREITOS DA ERA DIGITAL

As exigências sociais chegaram a um nível de sofisticação tal que o regramento da vida do indivíduo e da sociedade na qual ele se insere tornou-se insuficiente, sendo necessário ordenar, regar e disciplinar o espaço físico e o meio ambiente. Assim, a preocupação apresentada não é mais pela vida, mas pela qualidade de vida.

A taxa de mortalidade diminui e a longevidade se estende à medida que avança a ciência, fazendo com que o homem tenha praticamente o poder sobre a vida, determinando o nascimento e a morte.

O poder científico do homem e a rapidez das descobertas biológicas alcançada pela biotecnologia levam a uma grande questão: qual o comportamento a ser adotado pelos profissionais das diversas áreas, ao enfrentarem os desafios decorrentes dessa evolução? Como tratar questões extremamente polêmicas, dentro de um universo de valores ainda envelhecidos? Qual será o limite para a vida e para a morte?

3.5 – Tendências para o Futuro

Sob a ótica da atual sociedade brasileira, surgem novas tendências da vida jurídica nacional, como a seguir se expõe:

No Direito Processual, tendem a ocorrer: redução do número de recursos; adoção abundante do princípio da oralidade; finalização do processo nas instâncias inferiores; adoção de súmulas vinculantes; transformação dos Tribunais de Cúpula em Cortes Constitucionais; e atos de comunicação processual por meios modernizados.

No Direito Civil, temos o incentivo as negociações, os entendimentos e as soluções específicas para cada situação, com grande flexibilidade, pautados em uma nova racionalidade, com renúncia de supremacia e universalidade, dando ênfase e preponderância para as decisões articuladas e prevenidoras de conflitos.

O Direito Civil, em razão da ênfase à livre negociação, com modernos contratos firmados a distância, sem a documentação tradicional, porque serão feitos via internet (contratos desmaterializados). Surgirá então um Direito Civil novo, forjado na dinâmica da transnacionalização dos mercados e concentração de capitais.

Aumentarão o número de contratos a termo, subcontratos, trabalho em domicílio, e surgirão novas formas de remuneração, com base na produtividade, exercidas as tarefas por microempresários, deixando-se livre a negociação, sem a preocupação de proteger o hipossuficiente.

Também encontrará a sociedade, a tranqüilidade nas soluções alternativas de conflito: os órgãos que dão assistência aos consumidores, o juízo arbitral, a mediação ou as estruturas jurisdicionais menos complexas, como os juizados especiais.

No Direito Penal, com a expansão do crime organizado, terrorismo, contrabando, lavagem de dinheiro, fraudes financeiras e migrações ilegais, cometidas por meio de infovias, se formarão poderosas redes de transgressão.

No Sistema Político, o valor será a representatividade, enquanto a lógica será o sufrágio, cujo procedimento será o da maioria, em linguagem sempre voltada para a legitimidade.

No Sistema Econômico terá como valor maior a eficiência, como lógica a produtividade obtida pelo procedimento, que será a alocação de recursos, expresso na linguagem do acúmulo.

O Poder Judiciário deverá exercer três funções básicas, concebidas para uma sociedade estável, com normas padronizadas, claras e hierarquizadas: função instrumental, pela qual são dirimidos os conflitos; função política, através da qual é exercido o controle social; e, por fim, uma função simbólica, com a qual se socializam as expectativas quanto à interpretação das leis.

A globalização e os avanços tecnológicos diminuíram distâncias, aceleraram o tempo, dinamizaram a vida, mobilizando os capitais em tal velocidade que resultou na impossibilidade de acompanhamento pela nossa compreensão, disciplinada para um tempo e um espaço que se tornou inadequado.

Os mecanismos processuais de controle dos conflitos não mais conseguem exercer o papel de absorver tensões, dirimir conflitos, administrar disputas e neutralizar a violência.

As instituições judiciais não conseguem enfrentar a nova onda de demandas e, pela lentidão e ineficiência, vão perdendo parte da jurisdição. Afinal, o tempo do Judiciário tornou-se incompatível com a velocidade da vida.

Algumas conquistas da sociedade civilizada, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, parecem dificultar a produção do direito, pelo tempo que demandam na obtenção do resultado.

Portanto, os tribunais estão sendo substituídos por novos mecanismos de controle, moldados em espaços infra e supra-estatais, pois o Poder Judiciário vem perdendo a batalha para o tempo, devido à demora em dizer o direito.

Por essa razão, não se pode aceitar, sem reservas, as críticas que comumente são lançadas contra a petrificação dos direitos fundamentais. Pois, esses valores jus fundamentais acabam transformando a Constituição de técnica de limitação do arbítrio em instrumento autoritário, já que suprime a liberdade do povo de tomar suas próprias decisões dentro do jogo democrático.

Conclusão

Se uma Constituição pretende ser eterna, deve permitir alterações e adaptações às mudanças sociais e estas alterações ocorrem através do Poder Constituinte Originário ou Derivado, pois o primeiro elabora originariamente a Constituição, em sentido absoluto e ilimitado, e extrajurídico e o segundo tem o poder de atualizar, de inovar a Ordem Jurídica Constitucional. É efetivado através das Emendas constitucionais, as quais poderão mudar o que não está em conformidade com os anseios sóciopolítico e jurídico da atualidade.

No entanto, há limites estabelecidos na própria Constituição para tal Poder Reformador. Há ainda, os Direitos e Garantias Individuais, que não estão contidos apenas no art. 5º da Carta Magna, mas estão dispersos por toda Constituição.

Este limite ao Poder Reformador é denominado cláusula pétrea. A Cláusula Pétrea é uma previsão Constitucional que não poderá ser suprimida de forma alguma, nem mesmo por uma Emenda Constitucional, pois é o núcleo essencial da constituição, são as opções fundamentais do Estado e da Sociedade e que trazem as regras de estrutura de um povo. Desta forma, jamais poderão deixar de existir na Constituição.

Em vista desta essencialidade, somente podem ser modificadas através da promulgação de uma nova Ordem Constitucional, ou seja, pelo Poder Constituinte Originário. Como o poder Constituinte Originário é, em tese, ilimitado, será possível a modificação das cláusulas pétreas oriundas do Sistema Constitucional revogado.

A manifestação do Poder Constituinte Originário envolve quebra da Ordem Constitucional anterior, inexistindo vínculos para a sua atuação, em que pese o entendimento de boa parte da Doutrina Jus naturalista, que não admite disposições Constitucionais contrárias às leis naturais.

Sendo assim, com a evolução do Direito se faz necessário pensar na possibilidade de uma quebra da Ordem Constitucional, a fim de reavaliarmos as atitudes tomadas no passado e darmos as gerações futuras, a oportunidade de construir uma sociedade mais justa e harmônica, em consonância com as inovações e necessidades do Direito Contemporâneo.

Por este motivo, não devemos apenas discutir o modelo atual, mas, estudar alternativas estruturais de organização estatal, que incentivem uma mudança de postura na sociedade, criando-se mecanismos que envolvam a população na construção de seu futuro, chamando a população, constantemente, a opinar na transformação social, política e econômica do espaço público.

O caminho de mudança da estrutura constitucional, adotando-se modelo descentralizado de exercício de poder, e nova perspectiva de tratamento constitucional dos direitos fundamentais, não é caminho fácil, requer vontade política e participação popular, mas resta como opção a construção gradual de novas realidades estatais, através de processos formais e informais de reforma na Constituição.

Com as novas necessidades do Direito, não se descartando, obviamente, nova ruptura com o ordenamento constitucional para a elaboração de uma nova constituição que permita a consagração definitiva de um novo modelo.

Portanto, uma constituição sintética, que privilegie os princípios sobre as regras, em sentido restrito, possibilitando processos de construção informal e democrática do texto constitucional, seria o modelo ideal para o Novo Estado Democrático que buscamos, reduzindo-se as normas em sentido restrito, na Constituição Federal àquelas que estabelecem o funcionamento e a competência dos órgãos e dos canais de participação democrática.

Visto que, as normas que estruturam a Democracia deve se manter petrificadas, tais como a divisão dos Poderes, a forma de organização da União (Federalismo) e o sufrágio universal, e deixar os Direitos Fundamentais para serem tutelados pelo Poder judiciário, uma vez que este é que tem prerrogativa maior em dizer o direito.

Um exemplo disso é o que diz a nossa Carta Maior, quanto ao inciso XII do art. 5º:

"é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal"

Será que os carcereiros não poderiam vir a ter a possibilidade de estarem autorizados a violar as correspondências de criminosos de altíssima periculosidade, sem a ordem judicial e/ou para fins de investigação criminal?

Acho que a sociedade deveria seguir em sua trajetória sem sofrer as conseqüências dos efeitos nocivos das cláusulas imutáveis, pois o preço que se paga por elas é muito grande, e sendo assim, em nome da Democracia, poder transformar uma norma rígida em uma mais justa, se utilizando de mecanismos mais rígidos, porém não imutáveis.

Referências

a) Fontes

BRASIL, (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília – DF: Senado, 1988.

b) Web grafias

-<http://www.estudando.com>

-<http://www.kplus.com.br>

-<http://jus.uol.com.br> – Jus Navegandi

-<http://www.mundojuridico.adv.br>

-<http://pt.wikipedia.org>

-<http://ptshvoong.com>

-<http://www.mundovestibular.com.br>

-<http://www.senado.gov.br>

-<http://br.answers.yahoo.com>

-<http://www.profpito.com>

-<http://br.geocities.com>

-<http://campus.fortunecity.com>

-<http://direitosfundamentais.net>

-<http://www.juristas.com.br>

-<http://www2.camara.gov.br>

-<http://www.trinolex.com>

-<http://www.lfg.com.br>

-<http://www.jurisway.org.br>

-<http://www.trf4.jus.br>

-<http://www.jusbrasil.com.br>

-<http://www.jusvi.com>

c) Livros

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 6ª ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 1999;

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito Constitucional**, 19ª ed., São Paulo: Editora Saraiva 1998;

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas, Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**, 5ª ed., Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 5ª ed., Coimbra – Portugal: Livraria Almedina, 2002;

BASTOS, Celso Ribeiro & Martins, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988, 2.º vol. São Paulo: Saraiva, 1989;

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 1989;

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990;

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. rev. e atual. Maria Garcia. **Curso de Direito Constitucional**, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991;

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, 16.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997;

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito constitucional**, 5ª ed., ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007;

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1984.