



Fundação Educacional do Município de Assis
IMESA - Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis

CLARA TEREZA CRUZ LOPES DE OLIVEIRA

CLÁUSULAS PÉTREAS

Assis/SP

2015

CLARA TEREZA CRUZ LOPES DE OLIVEIRA

CLÁUSULAS PÉTREAS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis como requisito do curso de graduação de Direito.

Orientador: Fernando Antônio Soares de Sá Junior

Assis/SP

2015

FICHA CATALOGRÁFICA

OLIVEIRA, Clara Tereza Cruz Lopes

Cláusulas Pétreas / Clara Tereza Cruz Lopes de Oliveira / Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA / Assis, 2015.

38 pg.

Orientador(a): Fernando Antônio Soares de Sá Junior

Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis.

CDD: 340
Biblioteca da FEMA.

CLÁUSULAS PÉTREAS

CLARA LOPES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis como requisito do Curso de Graduação analisada pela seguinte comissão examinadora.

Fernando de Sá

Prof. (titulação e nome)

Prof. (titulação e nome)

Assis/SP

2015

DEDICATÓRIA

A Deus com seu fôlego de vida em mim, me foi sustento e me deu coragem para questionar realidades e propor sempre um novo mundo de possibilidades. Aos meus pais, irmãos, meu noivo, meu filho Miguel e a toda minha família que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida.

AGRADECIMENTO

Primeiramente agradeço a Deus por me dar o sopro da vida, e a possibilidade de realizar atos em prol de outras pessoas. Agradeço também por me dar a chance de conhecer pessoas maravilhosas como as quais elencarei a seguir.

Agradeço ao meu Orientador Fernando de Sá, no qual cumprimento a todos os professores pelos ensinamentos, paciência e compreensão durante todos esses anos.

Agradeço à M.^a e D.ra Christiane Splicido, pela ajuda, incentivo, atenção e disponibilidade com que me atendeu, na qual gratifico o M.e e D.r Dante Henrique Mantovani pelo carinho, paciência, amizade e revisão.

Agradeço aos meus pais, pelos ensinamentos corretos e de perseverança que me passaram, oportunidade que já regracio todos os meus familiares, agradeço ao meu noivo Matheus Delfino por nunca me deixar desistir por mais difícil que podia supor que estava qualquer situação, pelo carinho e muita paciência.

Agradeço aos meus amigos que sempre me ajudaram a tirar as tensões das semanas de provas.

Por fim não menos importante, meu filho Miguel, no qual dedico todo meu amor e todo esforço feito até agora.

*"Por vezes sentimos que aquilo que fazemos não é
senão uma gota de água no mar. Mas o mar seria menor
se lhe faltasse uma gota."*

Madre Teresa de Calcutá

RESUMO

Esta monografia apresenta como estudo as Cláusulas Pétreas. Para isso especulamos um pouco da história Constituição Brasileira, bem como suas raízes, espécies e principalmente sua eficácia. Pontuaremos aqui também, a análise sobre os direitos sociais, se são direitos fundamentais e os limites que impõe para que seja feita a modificação do ordenamento, aludindo o princípio da reserva do possível, bem como os pontos positivos e negativos desse congelamento. O impasse causado pela redução da maioria penal será o último tema tratado por este apresentado, para que possamos retirar uma conclusão sobre a permanência das cláusulas imutáveis.

Palavras-chave

Cláusulas pétreas - redução da maioria – conflito – eficácia normativa – direitos sociais

ABSTRACT

This paper presents the study as immutable clauses. For this speculate a little history of the Brazilian Constitution and its roots, species and especially its effectiveness. Associate here too, the analysis on social rights , whether they are fundamental rights and the limits it imposes for the modification of the order is made, alluding to the principle of reserve for contingencies , as well as the positive and negative points of this freeze . The impasse caused by the reduction of legal age will be the last issue dealt with by the latter in so we can draw a conclusion about the permanence of the immutable clauses.

Key works

immutable clauses - reduction of majority – conflict - regulatory effectiveness - social rights

LISTA DE TABELAS

TABELA 1-Evolução cronológica da Constituição PAG 20

Retirada da Pagina: www.planalto.gov.br

(Atualizada e modificada)

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF Constituição Federal

STF Superior Tribunal Federal

STJ Supremo Tribunal de Justiça

SINASE Sistema Nacional do Atendimento Socioeducativo

PEC Projeto de Emenda Constitucional

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	14
2. CONCEITOS INERENTES À CONSTITUIÇÃO	15
2.1 SOCIEDADE E ESTADO	15
2.2 POVO	16
2.3 TERRITÓRIO E DEMOCRACIA.....	16
2.4 O PODER SOBERANO	17
2.5 CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO.....	18
3. ORIGEM, DESENVOLVIMENTO E INTRODUÇÃO DA CLÁUSULA PÉTREA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA.....	20
3.1 CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA	20
3.2 CONCEITO DE CLÁUSULA PÉTREA	23
3.3 ORIGEM DAS CLÁUSULAS PÉTREAS.....	24
3.4 OS DIREITOS SOCIAIS COMO LIMITES MATERIAIS À REFORMA CONSTITUCIONAL.....	25
3.5 BREVE ALUSÃO AO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS.....	27
3.5.1 CONCEITO DA RESERVA DO POSSÍVEL	29
3.6 A RAZÃO DE SER DAS CLÁUSULAS DE IMUTABILIDADE	29
3.7 ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DAS LIMITAÇÕES MATERIAIS AO PODER DE REFORMA.....	30
3.7.1 PONTOS POSITIVOS.....	31
3.7.2 PONTOS NEGATIVOS	31
3.8 A EFICÁCIA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO.....	32
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	33
5 REFERÊNCIAS	36

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a eficácia e a necessidade das cláusulas pétreas no nosso ordenamento jurídico, abrindo um precedente para sua supressão. Um tema muito polêmico e evidente este ano, pois aludiremos à redução da maioria penal no Brasil, comparando com outros países.

Para tanto, visitaremos os conceitos intrínsecos à constituição, como Estado, povo, território, democracia e o Poder Soberano.

Trataremos das origens da Constituição nacional, o conceito das cláusulas pétreas, bem como sua origem, também veremos os direitos sociais como limites materiais à reforma constitucional, uma rápida insinuação ao princípio da reserva do possível e da proibição de retrocesso em matéria de direitos sociais, O motivo de existirem as cláusulas de imutabilidade, bem como sua positividade e negatividade, as limitações materiais inerentes ao poder reformador, juntamente com a eficácia normativa da constituição federal.

Como exemplo de estudo, utilizaremos a grande polêmica em ênfase atualmente, a Redução da Maioria Penal, como nos traz o capítulo quatro, trazendo a legislação atual, o conceito da imputabilidade penal, as principais propostas para a Redução da Maioria, o pontos em que se geram os debates, as dúvidas e tentaremos achar uma solução que implique em teses jurídicas, sociais e políticas.

O trabalho apresenta ideias de autores e juristas renomados, para que se possa aclarar melhor nossos conceitos e ideias diante de tal impasse e de tantas nomenclaturas que a doutrina nos traz.

Evocaremos inclusive a antinomia que traz a permanência das cláusulas com o princípio da dinâmica social.

2. CONCEITOS INERENTES À CONSTITUIÇÃO

2.1 SOCIEDADE E ESTADO

Analisemos então a confusão gerada pelos conceitos adjacentes de Sociedade e Estado. A primeira trata-se de uma conduta de um grupo social, que inclui condições históricas, necessidades e interesses. Abarcando também a maneira que determinado grupo se comporta com a indústria, relações de família, religião, artes, comércio, que se trata de moral e costumes.

Aqui entra o Estado (do latim *status = estar firme*), que é uma ordem pública, que tenta harmonizar, desenvolver, criar, ou seja, moldar as regras das relações interpessoais; é o aparelho que regula o organismo social.

Sociedade trata-se de um conjunto de indivíduos, com interesses comuns, vivendo de forma organizada, a maior parte das relações são com membros dessa atmosfera organizada criada; eles têm por regra a proteção do bem comum a todos. A origem da palavra sociedade vem do latim *societas*, uma "associação amistosa com outros". *Societas* é derivado de *socius*, que significa "companheiro", e assim o significado de sociedade é intimamente relacionado àquilo que é social. Está implícito no significado de sociedade que seus membros compartilham interesse ou preocupações mútuas sobre um objetivo comum. Como tal, sociedade é muitas vezes usado como sinônimo para o coletivo de cidadãos de um país governados por instituições nacionais que lidam com o bem-estar cívico.

Após consultar vários autores, vimos que o Estado é a ânsia de unificar-se ao outro, tendo em vista um bem comum. Anteriormente o homem vivia sem organização, sem poder, sem posse e sem possibilidades objetivas de solução para problemas coletivos, até o estágio que passou a querer manter esses interesses, algo que ultrapassasse o bem íntimo (o bem comum), e com isso passou a prevenir-se para garanti-lo, e somente através do estabelecimento de um consórcio com o próximo seria capaz satisfazer suas necessidades.

2.2 POVO

A palavra povo deriva do latim, de *populuse*, que nos permite abranger diversos conceitos como a população em geral, certa região, a mais baixa classe de uma cidade. A palavra também do latim, *populãris*, é possível associar aquilo que pertence ou é relativo a povo.

Robespierre é digno de se salientar aqui, o preceituado em seu projeto de declaração dos direitos, que explanava:

“O povo é soberano: o governo é sua obra e sua propriedade, os funcionários públicos são seus empregados. O povo pode, a seu talante, mudar o governo e destituir seus mandatários.”
(1965, p. 124-125)

O povo é a sociedade, ou a nação, um conjunto de habitantes de uma região ou país; um sistema de forças, morais, intelectuais, econômicas; um conjunto de costumes, usos, tendências e aspirações comuns; reunidos pelo fato de terem costumes, tradições e um passado cultural em comum; indivíduos constituindo uma unidade por suas condições históricas e por sua organização política.

2.3 TERRITÓRIO E DEMOCRACIA

Território é o assento geográfico do Estado. Do latim, *Territorium*, é uma superfície terrestre, onde um país, uma província, uma região, etc., está localizada. Podemos perceber em dois tipos, no sentido político, que se trata da delimitação de uma população fixa e que se submete de uma autoridade apropriada, e no sentido geográfico, que pode variar de concepção de acordo com o contexto, pode significar

paisagem, espaço, lugar e região.

Democracia por sua vez tem origem no grego antigo, é a junção de demos (povo) e krátos (governo ou poder). Pode se definir como a idéia de organização de um grupo, onde o poder se concentra na maioria de seus componentes. Também pode se dizer que é a forma de organização Estatal, forma de governo, é, em tese, o regime de igualdade dos cidadãos.

2.4 O PODER SOBERANO

É o que disciplina e dirige os indivíduos e distingue o Estado e outras forças sociais. Isso que personaliza o Estado, onde pode então operar nas relações interpessoais e as classes componentes da sociedade. Dallari complementa:

“Procedendo a uma síntese de todas as teorias formuladas, o que se verifica é que a noção de soberania está sempre ligada a uma concepção de poder, pois mesmo concebida como o centro unificador de uma ordem está implícita a idéia de poder de unificação.” (1995, pag.67- 68)

Ainda lendo outras doutrinas, vemos que se pode qualificar sendo estritamente jurídica, que nos leva a condição de ser a finda instância, para resolução de conflitos quanto à eficácia das normas.

“Poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência.” (REALE, 1960, pag. 127).

Sendo assim vemos o papel importantíssimo desempenhado pelo Estado, somente ele possui essa função exclusiva e coativa também constatada na sua atuação, onde impõe ordens e meios para cumpri-las.

Acerca da soberania, é possível ressaltar suas principais características, que são:

- Una – não é admitida, dentro do Estado, a existência de duas soberanias; “Estado dentro do Estado”;
- Indivisível – impõe unidade, não se admitindo o fracionamento da soberania, existência de varias partes isoladas soberania, não se pode confundir com divisão de poder, que é a divisão de funções;
- Inalienável – aquele que a detém desaparece quando fica sem ela, seja o povo a nação ou o Estado;
- Imprescritível – não há prazo de duração. Todo poder soberano almeja a existir continuamente e só desvanece assim que e quando for declinado por uma vontade superior e posterior.

2.5 CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

Do latim, *constitutio*, é o propósito de construir, formar, fundar. É a essência de algo. Conjunto de normas fundamentais de um Estado superior. A transgressão da Constituição significa um ultraje à vida democrática de um país, por esse motivo que as ditaduras suprimem a constituição.

Constituição é a carta máxima do Estado, onde o se delimita a organização individual de cada poder estatal, na qual se registram aspectos e todo o funcionamento do estado, bem como de seu sistema de governo (a divisão dos poderes em Poder legislativo, Executivo e Judiciário, são para promover melhor gerenciamento de uma nação, e para evitar que o Estado volte a ser um estado

totalitário, atuando de acordo com o que traz a constituição); além de materializar textualmente, deveres, direitos e garantias de cada cidadão.

Na doutrina encontramos espécies de Constituições, podemos categorizar como material (que é a estrutura básica, onde vemos a formação e preceitos do Estado, a responsabilidade de cada órgão, a delimitação dos poderes, aquisição de poder, forma de governo, enfim o gerenciamento prático da nação) e formal (que trata-se do texto escrito, consequência da exteriorização do desejo do Poder Constituinte Originário, determinando como serão produzidas as normas).

Categorizamos quanto às formas, sendo escritas as que têm apenas um texto com todas as normas, e as não escritas as que têm vários textos esparsos ou em usos e costumes, também em convenções.

Quanto a origem se subdividem em duas promulgadas ou democráticas (que são as que tiveram ajuda popular, contando com a eleição de representantes) e as outorgadas (são as impostas por um poder autoritário).

No que diz respeito à estabilidade (que abrange também a possibilidade de alteração) se fragmentamos em dois também, flexíveis ou semirrígidas (a primeira que podem ser modificadas facilmente de acordo com o procedimento previsto e a segunda apenas parte será facilitado a mudança o restante será muito dificultoso a alteração).

Em se tratando de extensão e finalidade serão analíticas ou dirigentes (visam mais a parte prática como funcionamento, formação do Estado) e sintéticas ou negativas (enquadram somente as normas gerais).

Dito isso podemos classificar nossa Constituição Federal como formal, escrita, legal, promulgada, semirrígida e analítica.

3. ORIGEM, DESENVOLVIMENTO E INTRODUÇÃO DA CLÁUSULA PÉTREA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA.

3.1 CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Para que possamos falar da origem das cláusulas pétreas, atendendo ao bom senso, avocaremos a origem da Constituição Brasileira.

A constituição tem raízes no constitucionalismo europeu (séc. XVIII), a Revolução Francesa gerou um pensamento coletivo de substituição do “antigo regime”, que se fundava na desigualdade jurídica para uma falsa democracia.

A primeira Constituição foi outorgada em 1824, depois de declarada a Independência do Brasil. Dom Pedro I constituiu uma assembleia para transcrição da Carta Magna.

Essa, por sua vez, avultava a função harmonizatória do monarca sobre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. De encontro com suas raízes, conferiu poderes ao Imperador para harmonizar os outros poderes da sociedade.

Outras características relevantes que podem ser destacadas são o voto censitário, e em dois graus (eleitores de paróquia e eleitores de província), o mandato de senadores era vitalício, houve apenas uma única emenda que delegava mais autonomias para as províncias, mas logo foi anulada pelo ato adicional no ano de 1840; a religião oficial era o cristianismo. Foi a Constituição com mais tempo em exercício (64 anos).

A segunda Constituição brasileira foi promulgada em 1891, com o Brasil crescendo e evoluindo muito na agricultura (em especial o café) surgiram interesses nas oligarquias latifundiárias, que influenciavam o eleitorado (voto de cabresto) instaurando um controle sobre o país (coronelismo).

As peculiaridades se resumiam em voto universal, mas com muitas exceções (ex. analfabetos, mulheres), o poder moderador foi extinto, o Estado foi separado da igreja (laicização), e as províncias passaram a ser estados, que conjectura-se mais

autogoverno.

A terceira Constituição foi promulgada em 1934, durante a era Vargas, e tinha cunho provisório (Vargas foi eleito indiretamente para a presidência) e só após o revés da Revolução Constitucionalista (1932-1933) foi eleita a Assembleia Constituinte para redação da nova constituição, que foi marcada pela reforma eleitoral (inserção do voto feminino e secreto), criação das Leis Trabalhistas. Foi a que menos durou, pois Vargas instaurou o estado de sítio, suspendendo garantias (em 1935).

Depois proveio a Constituição “polaca”, de 1937, durante o Estado Novo, que foi um golpe de estado implementado por Vargas, para manter-se no poder, alegando que protegeria a sociedade da ameaça comunista. Essa Carta foi Marcada pelo regime ditatorial, abolição de partidos políticos, perseguição a opositores, Carta outorgada, intervenção estatal na economia.

Encadeando o processo de redemocratização, posterior a queda ditatorial, fez-se necessário uma nova constituição.

O Congresso Nacional, recém-eleito, atribuiu os papéis constituintes em nossa quinta constituição (1946), que assegurava liberdade de opinião, direito de greve, ampla autonomia para Estados e Municípios, defesa da propriedade, intervenção estatal nas relações entre patrão e empregado e direito de greve.

Em 1967, na passagem dos governos de Castelo Branco para o Costa Silva, foi implementada outra Carta Magna, que foi amplamente emendada no ano de 1969, anulando os mecanismos de excepcionalidade, como por exemplo, o AI-5.

E como oitava constituição, a de 1988, foi promulgada a “Constituição Cidadã”. Essa constituição garante direito e deveres de todos, contempla novos direitos trabalhistas (estendendo até os rurais e aos trabalhadores domésticos), voto para analfabeto, e brasileiros acima de 16 anos (facultativo até os 18 anos), enfrentamento ao racismo, precaução das terras em posse de índios e teve como seus redatores os protagonistas dos partidos políticos que hoje protagonizam os mais atroem escândalos de corrupção da história do Brasil e do mundo.

Essa Constituição abriu precedente para uma grande produção legislativa que

facilitou a corrupção, a destruição da soberania nacional, a impunidade e o caos social que hoje se vive em todo o território nacional.

Tabela 1 - Evolução histórica das Constituições

PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO (ANO)	FIM	DURAÇÃO	NÚMERO DE EMENDAS	MOMENTO HISTÓRICO
1824	1890	66 ANOS	-	Monarquia – D. Pedro I
1891	1930	40 ANOS	1	Oligarquias Latifundiárias
1931	1932	-	-	Revolução Constitucionalista
1934	1937	3 ANOS	1	Cunho Provisório
1937	1945	8 ANOS	21	Golpe estado Vargas
1946	1967	21 ANOS	27	Redemocratização
1967	1969	2 ANOS	-	Governo Costa Silva
1969	1988	19 ANOS	26	Queda AI-5
1988	-	27 ANOS	84	Atual constituição

(www.planalto.gov.br - atualizada e modificada)

3.2 CONCEITO DE CLÁUSULA PÉTREA

As também chamadas “cláusula de eternidade” ou “cláusulas de inamovibilidade” trazem a idéia de irreformabilidade, ou seja, inapto para mudanças. É como se fosse um modo de segurança, que impedem que a as eventuais reformas causem danos irreparáveis ou um grande enfraquecimento e mudem a essência da idéia da Constituição. É um limite dado ao Poder Constituinte reformador. As cláusulas consideradas pétreas estão contempladas no artigo 60, parágrafo 4º da Constituição Brasileira, que dispõe:

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

I - a forma federativa de Estado;

II- o voto direto, secreto universal e periódico;

III - a separação de poderes;

IV -os direitos e garantias individuais.” CF/88

São núcleos fundamentais, sendo assim intangíveis, se mostra peculiar das demais normas. Assim podemos concluir que a intenção dessas é meramente reconhecer que existem valores e motivações que foram conferidas pelo poder originário envolvido por uma passagem de evolução histórica

Alguns autores ainda consideram imutável outros artigos, como exemplo, artigo 1º, 2º, 127º entre outros que se encontram em nossa Constituição, que seriam indisponíveis para a supressão.

Até o estudado aqui, podemos abrir um parêntese para um possível equívoco, com relação à expressão, quando estão tratando de direitos fundamentais.

“(...) tanto a emenda constitucional, quanto a lei ordinária que abolirem ou afetarem a essência protetora dos direitos sociais, jacente na índole, espírito e natureza do nosso ordenamento maior, padecem da eiva da inconstitucionalidade... não há distinção de grau nem de valor entre os direitos sociais e os direitos individuais. No que tange à liberdade, ambas as modalidades são elementos de um bem maior já referido, sem o qual tampouco se torna efetiva a proteção constitucional: a dignidade da pessoa humana.” (Bonavides, 2004, p.642)

Por derradeiro, não esqueçamos que nada é absoluto, visto que os costumes mudam o pensamento da sociedade. Há uma grande dinamicidade no todo, uma lei fixa, congelaria todo ordenamento; mas deve haver institutos advindos da essência que zelam pela ordem fundamental, adquiridos pela sociedade ao logo dos anos. Pode ser até um pensamento contraditório, pois, há leis que não podem e não devem mudar caso contrário o próprio ordenamento jurídico seria impossível, sem um núcleo imutável. Mas este núcleo imutável poderia ser, por exemplo, o Direito Natural, que são os direitos que antecedem a criação do próprio estado, exemplo: direito à vida, à liberdade, à propriedade.

3.3 ORIGEM DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

A Constituição de Weimar levava consigo, o pensamento do fim do século XIX, onde as constituições extremamente rígidas geravam instabilidade, caracterizou-se então por eminente intenção social, o pensamento era vinha da análise feita à história constitucional do norte da América que gerou diversas crises pela dificuldade de alteração da Constituição; como por exemplo, na guerra civil de

1861 (a Guerra da Secessão, que durou quatro anos), que reivindicava o fim dificultosa escravidão, o que contribuiu para isso foi sua excessiva rigidez. Assim sendo, ao término da Segunda Guerra Mundial, cogitou-se a possibilidade de parte da Constituição ser arredado da esfera de deliberação dos Poderes Constituintes, para que a essência se mantivesse especialmente protegida.

“(…) Com essa idéia, buscou o constituinte alemão de 1949, estabelecer limites constitucionais intransponíveis voltados à proteção de princípios e instituições básicas do Estado de Direito (…).” (Eduardo Simões Neto - Breve Justificativa das cláusulas pétreas, 2006)

Introduzindo – se então uma proteção de certas cláusulas, contra emendas que busquem revoga-las (mesmo que votadas por maioria no Congresso); não havendo assim possibilidade de um golpe para o retorno do nazismo.

Simões Neto (2006) diz ainda que é, de fato, razoável admitir que uma Constituição possua um núcleo que resguarde sua essência, de modo que sua existência seria vital à sua harmonia do ordenamento que ela organiza.

Podemos ainda insuflar o que Gilmar Mendes ensinou no Parecer 77 de 1994, em que nos mostra que elas não estariam estagnadas, portanto, ilesas de qualquer possível alteração, mas poderiam ser alteradas com o requisito de não supressão da ordem constitucional.

3.4 OS DIREITOS SOCIAIS COMO LIMITES MATERIAIS À REFORMA CONSTITUCIONAL

Ainda há muita discussão no que se diz respeito aos direitos sociais estarem enquadrados na categoria dos Direitos Fundamentais, porém a parte majoritária da doutrina, que segue clara orientação ideológica, força o entendimento de que

direitos sociais são, no Estado Democrático, “direitos fundamentais da pessoa humana”; que por serem da geração secundária, ter por obrigação positiva, possibilitar melhores condições de vida aos hipovalentes, são direitos arraigados ao direito de igualdade, o que por si é uma ideia derivada de utopias socialistas impraticáveis na realidade.

Atribuir ao Estado o dever de garantir a igualdade, que é impossível, é tão-somente um subterfúgio para aumentar o poder do estado, pois para garantir a suposta igualdade o Estado tem que ser muito forte, o que por si já elimina a possibilidade da existência da igualdade social, pois os operadores do Estado serão sempre os mais fortes.

A Constituição de 1988, por sua vez, em seu Capítulo II, Título II, onde são tratados os direitos sociais, ensina dividir em três gerações:

- Primeira Geração: indicação genética dos direitos sociais;
- Segunda Geração: direitos individuais dos trabalhadores urbanos, rurais e domésticos;
- Terceira Geração: direitos coletivos desses trabalhadores, fora os dispersos pela Constituição Federal.

Segundo Silva (2004): “são pressupostos para a fruição dos direitos individuais, pois criam condições mais propícias para o alcance da igualdade real e do exercício efetivo da liberdade” (285-286).

“(…) enquanto os direitos de defesa se identificam por sua natureza preponderantemente negativa, tendo por objeto abstenções do Estado, no sentido de proteger o indivíduo contra ingerências na sua autonomia pessoal, os direitos sociais prestacionais, têm por objeto conduta positivas do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistente numa prestação de natureza fática. Enquanto a função precípua dos direitos de defesa é a de limitar o poder estatal, os direitos sociais (como direitos a prestações) reclamam uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social. Diversamente dos direitos de defesa, mediante os quais se cuida de preservar e proteger determinada posição (conservação de uma

situação existente), os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade” (2001, p.261)

Surgem nessas gerações, não apenas um “Direito”, preocupado com a preservação da liberdade, mas também com a igualdade, que nos leva as mínimas condições que elege a dignidade humana.

3.5 BREVE ALUSÃO AO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS

A efetividade dos direitos sociais está ligada ao princípio da reserva legal, que se pode resumir por alto, que de nada adianta ter a letra da lei se inexistente forma para sua realização.

O Estado tem muitas áreas para administrar, atuar e com a garantia de que cada área se desenvolva sem que haja despesas insanáveis, para que tenha possibilidade de intervir de maneira mais firme e adequada na área social em face do hipossuficiente.

Porém, a normatização dos direitos sociais não pode se sobrepor sobre as outras consagrações que a Constituição nos traz, até por que a eficácia da norma constitucional se sobrepõe a todos eles.

Contudo, nos deparamos então com a “reserva do possível”, que trata da estreita relação entre crescimento na área econômica da federação e do orçamento público, com a possível realização dos Direitos Sociais, mesmo que constitucionais e essencialmente fundamentais.

“Não obstante se falar aqui da efetivação dentro de uma reserva possível, para significar a dependência dos direitos econômicos, sociais e culturais, dos recursos econômicos; a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais não se reduz a um simples apelo ao legislador. Existe uma verdadeira imposição constitucional, legitimadora entre outras coisas, de transformações econômicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos”. (CANOTILHO, 2000, pg. 436)

Ainda a Constituição respalda os três Poderes (legislativo, executivo e judiciário), disponibilizando medidas importantes e imprescindíveis à sua preservação; deixa-nos a dúvida de sua constitucionalização, se existem melhorias relativas à atuação Estatal, nas respectivas áreas que envolva uma “proibição do retrocesso”, muito embora o que se define por “retrocesso” é definido politicamente por critérios puramente ideológicos e partidários.

Em casos específicos, pode-se até violar o princípio democrático, pois o ponto principal dos direitos sociais sobrepõe até mesmo à vontade da maioria. Novamente Sarlet (2005) nos chama a atenção:

“(…) havendo menção expressa no âmbito do direito positivo a um direito à segurança jurídica, de há muito, pelo menos no âmbito do pensamento constitucional contemporâneo, se enraizou a idéia de que um autêntico Estado de Direito é sempre também – pelo menos em princípio e num certo sentido – um Estado de segurança jurídica. Certamente, a dignidade não será protegida e respeitada no lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por uma instabilidade jurídica e não tenham tranquilidade para confiar nas instituições sociais e estatais. O princípio da dignidade humana exige uma existência condigna para todos, portanto, os direitos sociais já realizados e efetivos encontram-se garantidos contra a revogação desse núcleo social”. Eficácia dos Direitos Fundamentais “ (pg. 412-413)

O princípio do Estado democrático e social de Direito compele segurança jurídica contra medidas retroativas. Por fim, a proibição do retrocesso, assim, não pode extravasar do cerne dos direitos fundamentais sociais, sob pena de acarretar maculação do próprio princípio democrático.

3.5.1 CONCEITO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Esse assunto é intrinsecamente relacionado ao “custo dos direitos”, consistente, num conceito primário – e ontologicamente despretensioso -, na limitação argumentativo-fática à implementação soa direitos constitucionalmente previstos em razão de insuficiência orçamentaria para tal.

Mas, superando este “cartão de visitas” acerca do assunto, convém construir definição municionada de mais bem elaborados elementos, para dar à “reserva” sustentação futura. E melhor modo de fazê-lo não á que não por partes.

3.6 A RAZÃO DE SER DAS CLÁUSULAS DE IMUTABILIDADE

Uma razão que se pode destacar para existência das cláusulas pétreas é a insegurança do Poder Executivo noutros poderes. Vemos com mais frequência esse tipo de cláusula nas Cartas de países que saíram de ditaduras e tentam se proteger de regressar ao pretérito por meio dessa imutabilidade de alguns estágios da Constituição Federal, como exemplo prático a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (verbis in idem):

(3) É inadmissível qualquer revisão desta Lei Fundamental que afete a divisão da Federação em Estados-membros ou a participação, por princípio, dos Estados-membros na legislação ou os princípios consagrados nos artigos 1º e 20.

Artigo 1º. [Proteção da dignidade da pessoa humana].

(1) A dignidade da pessoa humana é inviolável. Todas as autoridades públicas têm o dever de respeitá-la e protegê-la.

(2) O povo alemão reconhece, por isso, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamentos de qualquer comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

(3) Os direitos fundamentais a seguir enunciados vinculam, como direito diretamente aplicável, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário."

DATENSCHUTZ UND RECHT - Grundgesetz für Die Bundesrepublik Deutschland.

Apesar da citação da Lei Fundamental da Alemanha, há países que sequer têm Constituição escrita, e não são menos desenvolvidos ou menos organizados pela ausência; porém nesses países a sociedade é firme e homogênea, e a unanimidade sobre os dispositivos sociais é sólida, o que torna dispensáveis tolhimentos. Ínterim, países nos quais há grupos terroristas armados que tentam tomar o poder a força, como no Brasil, a austeridade constitucional parece essencial para preservar direitos e garantir o acatamento das regras da democracia.

3.7 ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DAS LIMITAÇÕES MATERIAIS AO PODER DE REFORMA

Esse conflito de pontos de vista acerca do positivismo e negativismo da existência das cláusulas pétreas é explanado por José Guilherme Carneiro Queiroz (2005):

"Entretanto, como é notória, a Constituição foi construída em um período de retomada do regime democrático, preocupando-se, em profundidade, por

defender o indivíduo do Estado (caráter analítico). Tal meritória busca acabou por trazer, na seara analisada, a inserção de um vasto grupo de direitos individuais (petrificados) que podem esbarrar na pretensão de consolidação da democracia brasileira. Esta escolha do legislador constituinte originário, apesar de extremamente bem intencionada é, sem sombras para discussão, pretensiosa (Vital Moreira), podendo acarretar prejuízo para a própria sociedade". A interpretação Constitucional como adaptação histórica do conteúdo normativo da constituição frente às cláusulas pétreas" (pg 182 – 196)

A intenção do legislador foi perfeitamente protetiva, mas com isso limita a discussão de dispositivos onde pode haver uma evolução moral ou costumeira.

3.7.1 PONTOS POSITIVOS

O primeiro ponto a ser destacado é a Seguridade Jurídica, que EVITA A VIOLAÇÃO DA INTEGRIDADE da constituição e o desfazer da essência que é fundamental, o núcleo intangível.

3.7.2 PONTOS NEGATIVOS

É o congelamento do poder que impede a evolução e mudanças geradas pelo avanço das gerações futuras. E para que haja uma alteração nisso, é necessário um nova Carta, que exige de certa forma uma Revolução. Por isso se deve ser muito bem pensado a criação de um dispositivo imodificável, *ad eternum* (enquanto viger a Lei Fundamental). Nesse mundo em que vivemos, com mudanças diárias geradas já para facilitar a destruição da estabilidade jurídica e a soberania nacional dos estados nação, essas pré-decisões da Constituição, expressam uma garantia contra os avanços do estado de caos social.

3.8 A EFICÁCIA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Por muito tempo, os dispositivos constitucionais tinham na sua maioria cunho político, com teses de poder e não de direito, que encontrava base em literatura política, assim como loquela Lassale:

“Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não tem valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar” (1963 p 49)

Em 1959, um século depois, Konrad Hesse, discordou de Lassale, enjeitou a Carta Magna (escrita) fosse apenas um pedaço de papel, sem condições de interferir nos quesitos de poder; e sim como força fortalecedora e capaz de preservar a força normativa da Constituição, desde que esteja claro, em mente geral, um requisito fundamental: a aspiração da Constituição.

É claro que em casos incomuns, reservados e bem específicos, depois de uma discussão longa e exaustiva, pode ser que haja a maleabilidade dos dispositivos constitucionais, porém aquilo que é a vontade da constituição deve sem dúvida alguma preservado, mesmo que tenha que haver a abdicação de algumas vantagens, e até ganhos justos.

O posicionamento imponente da Constituição conjectura, a possível inconstitucionalidade das leis que se apresentam contrárias. Isso se manifesta constante aqui, matizando apenas as maneiras de gerência da inconstitucionalidade se concentrado, difuso, ambos ou mesmo variações. Temos aprendido com os autores que os artifícios da Constituição, por mais extensivo, vago, despossuído de regulamentação, prescinde o mínimo de eficácia, positiva ou negativa ao menos. Esses dispositivos tem efeito “*erga homnes*”, que se tipificam por causar efeito a todos sem distinção.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mundo é uma dinâmica inigualável, cada dia mais surge novos tipos de relações interpessoais, a peculiaridade da rotina atual é o dinamismo, como dito anteriormente, dificilmente o legislador consegue criar novos dispositivos legais, pois esta preso a regras e procedimentos, dificultando assim o emprego da celeridade no sistema jurídico. É um impasse enorme entre o anseio da sociedade e o ordenamento jurídico.

Como o judiciário não pode se apoiar em leis específicas em casos mais específicos ainda, cabe ao togado a julgar com sua sensibilidade e sentimento sócio-político, os conflitos para que mais se aproximem do sistema jurídico vigente, unindo-se assim ao sentido de justiça.

Ainda podemos arguir aqui, a possibilidade de um elemento social que não criou a lei Fundamental, participar de modo democrático da definição da sociedade em geral, viabiliza-se por meio do Poder Reformador, porém esbarra no impasse da imutabilidade das cláusulas. Podemos aqui aclarar neste ponto que a vigência das cláusulas pétreas é uma afronta a soberania popular, além de dificultar a modificação da Carta Magna para que ela acompanhe as mudanças constantes da sociedade, cuja a evolução se dá em uma velocidade sem precedentes.

Obviamente devemos conferir um mínimo de estabilidade à Constituição, porém uma solução alcançável sobre a incongruência das cláusulas pétreas seria a o efetivo manifesto da soberania popular, onde poderia haver votações sobre o que se considerar pétreo por uma Constituição instituída com o desassossego de uma revinda da tirania, destacando assim a reafirmação do princípio democrático.

Depois desse estudo, podemos concluir que a real intenção das cláusulas pétreas nas constituições é o medo consciente ou inconsciente na interferência do poder Executivo nos outros Poderes, podemos comprovar isso com o fato dessas cláusulas de imutabilidade ser muito comuns em países que acabaram de sair de uma ditadura e o receio da volta dela, por meio da proibição de alteração de dispositivos de petrificação.

Por fim a petrificação de artigos, é uma grande antinomia, pois ao passo que investimos na dinâmica social, na velocidade e agilidade de setores públicos, nos deparamos com um congelamento de algumas normas que, talvez, poderia ser de grande valia para evolução e desenvolvimento do país. Assim como disse Velloso, concordo e reitero a falta de bom senso nosso, de as próximas gerações se sentirem coagidas, por que nesse momento achamos necessário tal dispositivo ou pela hipotética instabilidade jurídica que podem causar, talvez causemos danos irreparáveis no futuro.

“A personalidade criadora deve pensar e julgar por si mesma, porque o progresso moral da sociedade depende exclusivamente da sua independência.” Albert Einstein

“Poder é toda a chance, seja ela qual for, de impor a própria vontade numa relação social, mesmo contra a relutância dos outros.” Max Weber

5 REFERÊNCIAS

BARROSO, LUIZ ALBERTO, O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas, 4 ed. São Paulo, Saraiva, 2001.

- Curso de direito constitucional, 20 ed. São Paulo Saraiva, 1999.

- Interpretação e Aplicação da Constituição, 6 ed. São Paulo, Saraiva, 2008.

BONAVIDES, Paulo - Curso de Direito Constitucional, 15 ed, São Paulo, Atual, 2004.

BRANDÃO, Rodrigo - Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4 ed, 2000.

COMPARATO, Fabio Konder, Estudos Avançados 1997 – Variações sobre o conceito de povo no regime democrático.

DALLARI, Dalmo de Abreu, A constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI, São Paulo, Saraiva, 2010.

- Elementos da Teoria Geral do Estado, 19 ed., São Paulo, Saraiva, 1995.

DATENSCHUTZ UND RECHT, Grundgesetz für Die Bundesrepublik Deutschland.

Disponível em: <<http://www.datenschutz-berlin.de/recht/de/gg/>>. Acesso em: 20 jun 2015

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino, Artigo Reflexões a cerca das cláusulas pétreas, Revista Jus Navegandi, nº 2233148/2009, acesso em 26 de junho de 2015.

LASSALE, 1988, Conferência em Berlim 1863

MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional, 29 ed, São Paulo, Atlas, 2013

NETO, Eduardo Simões, Artigo: Breve justificativa das cláusulas pétreas

NOLASCO, Fernando, Artigo sobre a Redução da Maioridade Penal – Sinase 2006

PINHO, Rodrigo César Rebello, Teoria Geral da constituição e direitos fundamentais, 5 ed. revista, São Paulo, Saraiva, 2005

ROBESPIERRE, 1965, Declaração dos direitos – Discours et rapport à la convention, Paris, Union Génélare d'Editeurs (em 1793)

REALE, Miguel, Teoria do Direito e do Estado, São Paulo, 2 ed., 1960

SARLET, Ingo Wolfgang, Os direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição: contributo para uma leitura constitucionalmente adequada. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte - MG, n. 1, Del Rey.

Os direitos fundamentais sociais como "cláusulas pétreas". Revista Interesse Público, n. 17, 2003.

Eficácia dos direitos Fundamentais, 5 ed, São Paulo, livraria do advogado, 2005.