

**FACULDADE TRÊS PONTAS – FATEPS**

**DIREITO**

**KUYFFERSON JUAN GODOI**

**UMA ANÁLISE SOCIOJURÍDICA SOBRE O PODER CONSTITUINTE E A  
POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DAS CLÁUSULAS PÉTREAS INSERIDAS NA  
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**

**Três Pontas**

**2019**

**KUYFFERSON JUAN GODOI**

**UMA ANÁLISE SOCIOJURÍDICA SOBRE O PODER CONSTITUINTE E A  
POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DAS CLÁUSULAS PÉTREAS INSERIDAS NA  
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**

Trabalho apresentado ao curso de Direito da Faculdade de Três Pontas – FATEPS, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da Prof. Esp. Júlia Domingues de Brito.

**Três Pontas**

**2019**

**KUYFFERSON JUAN GODOI**

**UMA ANÁLISE SOCIOJURÍDICA SOBRE O PODER CONSTITUINTE E A  
POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DAS CLÁUSULAS PÉTREAS INSERIDAS NA  
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Faculdade Três Pontas – FATEPS, como pré-requisito  
para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela  
Banca examinadora composta pelos membros:

Aprovado em     /     /

---

Prof. Esp. Júlia Domingues de Brito

---

Prof. (Me.) (Ma.) (Esp.) (Dr.) Nome do professor

---

Prof. (Me.) (Ma.) (Esp.) (Dr.) Nome do professor

OBS.:

Dedico este trabalho a todos aqueles que  
contribuíram para sua realização.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos meus colegas, professores e a minha família por terem ajudado na construção deste trabalho.

“Não aceitar nada como verdadeiro sem saber evidentemente que o é.”

Descartes

## RESUMO

Este trabalho propõe uma análise sociojurídica sobre o Poder Constituinte e a possibilidade de alteração das Cláusulas Pétreas inseridas na Constituição da República Federativa do Brasil. Tal abordagem se justifica em virtude de constantes discussões sobre matéria envolvendo a (in)tangibilidade das cláusulas pétreas e sua aplicabilidade em regimes democráticos, principalmente quando se trata de direitos e garantias individuais, pois eles estão listados pela Constituição Federal como sendo cláusula pétrea e que, por si, não são passíveis de mudança. O presente trabalho tem como objetivo geral analisar a possibilidade de alteração das cláusulas pétreas inseridas na Constituição da República Federativa do Brasil na esteira do Poder Constituinte, com ênfase nos aspectos sociojurídicos que cercam o assunto. Para tanto, a revisão bibliográfica será a base metodológica dessa pesquisa, pois, praticamente todo trabalho científico utiliza, em algum momento, a pesquisa bibliográfica, haja vista alto volume de informações que este método fornece ao pesquisador. A análise demonstrou que o instituto das cláusulas pétreas incluídas na Constituição de 1988 buscou resguardar o cidadão dos desmandos do Estado vivenciados em um período ditatorial intenso e prolongado, buscando maior segurança jurídica nos aspectos referentes aos direitos e garantias individuais. Em que pese a boa intenção do legislador constituinte, o rol apresentado é demasiadamente extensivo e gera bastante discussão até mesmo sobre o alcance daquilo que é ou não gravado com cláusula pétrea. Assim, o Supremo Tribunal Federal possui papel de destaque na interpretação e no alcance das cláusulas pétreas, agindo como guardião constitucional frente a tentativas de ruptura da ordem constitucional.

**Palavras-chave:** Poder Constituinte. Cláusulas Pétreas. Longevidade da Constituição. Guardião Constitucional.

## ABSTRACT

This paper proposes a socio-juridical analysis of the Constituent Power and the possibility of alteration of the Fundamental Clauses added to the Constitution of the Federative Republic of Brazil. This approach is justified based on the constant discussions on the matter involving the (un)tangibility of fundamental clauses and their applicability in democratic regimes, particularly in regard to individual rights and guarantees, as they are listed by the Federal Constitution as a fundamental clause that is not subject to change. This work aims to analyze the possibility of altering fundamental clauses of the Constitution of the Federative Republic of Brazil in the wake of the Constituent Power, with emphasis on the social and juridical aspects surrounding the subject. In order to achieve this goal, the literature review represents the methodological basis of this research, due to the fact that most of the existing scientific works apply a literature review at some point, given the considerable amount of information provided by this method to the researcher. The results of this study showed that the institute of fundamental clauses added to the 1988 Constitution had the goal of protecting the citizens from the state's misconduct experienced during an intense and long dictatorial period of time. The same clauses also aimed for a greater legal security in the aspects related to individual rights and guarantees. Even considering the good intention of the constituent legislator, the presented list is extremely extensive, creating considerable discussions such as the ones about the scope of what can or cannot be considered as a fundamental clause. Therefore, the Federal Supreme Court has a prominent role in interpreting and setting the scope of the fundamental clauses, being the constitutional guardian against any attempt of breaking the constitutional order.

**Keywords:** Constituent Power. Fundamental Clauses. Longevity of the Constitution. Constitutional Guardian.

## SUMÁRIO

|   |    |
|---|----|
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....   | 10 |
| <b>1 MANIFESTAÇÕES DO PODER CONSTITUINTE</b> .....  | 13 |
| <b>1.1 Noções de Poder e Forma de Poder</b> .....   | 14 |
| <b>1.2 Origem histórica da doutrina do Poder Constituinte</b> .....   | 14 |
| <b>1.3 Tipos de Poder Constituinte</b> .....  | 15 |
| 1.3.1 Poder Constituinte Originário.....  | 15 |
| 1.3.2 Poder Constituinte Derivado .....   | 18 |
| 1.3.3 Poder Constituinte Difuso .....   | 19 |
| 1.3.4 Poder Constituinte Supranacional .....  | 20 |
| <b>1.4 Convocação do Poder Constituinte: formas de expressão</b> .....  | 21 |
| <b>2 O INSTITUTO DAS CLÁUSULAS PÉTREAS</b> .....  | 24 |
| <b>2.1 A razão de ser das Cláusulas de Imutabilidade</b> .....  | 24 |
| <b>2.2 As Cláusulas Pétreas no Brasil</b> .....   | 26 |
| <b>2.3 A influência do cenário sociopolítico na inclusão de cláusulas pétreas na constituição da república federativa do Brasil</b> .....     | 28 |
| 2.3.1 Golpe Militar: o retorno dos generais ao poder e o movimento popular/político que os derrubou .....                                     | 31 |
| <b>2.4 Cláusulas Pétreas e Democracia</b> .....   | 33 |
| <b>3 O CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO SOB A ÓTICA POLÍTICA, JURÍDICA E SOCIOLÓGICA</b> .....  | 35 |
| <b>3.1 O sentido político da Constituição</b> .....   | 36 |
| <b>3.2 O sentido jurídico da Constituição</b> .....   | 37 |
| <b>3.3 O sentido sociológico da Constituição</b> .....  | 38 |
| <b>4 LONGEVIDADE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: HIATO PARADOXAL</b> .....   | 40 |
| <b>4.1 (Des)necessidade de normas limitativas expressas: o advento da Teoria da Dupla Revisão e do Poder Constituinte Intermediário</b> ..... | 42 |
| 4.1.1 Teoria da Dupla Revisão .....   | 43 |
| 4.1.2 Poder Constituinte Intermediário ou Misto .....   | 45 |
| <b>5 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AOS LIMITES DE REFORMA: O PAPEL DE GUARDIÃO CONSTITUCIONAL</b> .....                 | 47 |
| <b>5.1 A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal</b> .....   | 49 |
| <b>5.2 Os aspectos delineaes na interpretação das cláusulas pétreas pelo Supremo Tribunal Federal: função legiferante</b> .....               | 50 |

|                          |    |
|--------------------------|----|
| <b>6 CONCLUSÃO</b> ..... | 55 |
| <b>REFERÊNCIAS</b> ..... | 58 |

## INTRODUÇÃO

Desde os primórdios das relações interpessoais, os seres humanos procuraram meios para que houvesse algum tipo de organização e de estabilidade objetivando a perpetuação de seus hábitos, costumes, regras e, com isso, alcançassem a sobrevivência como fim almejado.

De certo, os momentos históricos confirmam a caminhada evolutiva perpassada pelos antecessores aos tempos hodiernos, culminando em um vasto conteúdo bibliográfico o qual se deve debruçar.

Sem adentrar especificadamente nas eras que dividem pré-história e história, em um primeiro momento, antes das primeiras civilizações, o homem primava exclusivamente por sobrevivência própria e dos seus semelhantes. Não havia formas de organização política conjunta, restrita apenas aos entes da unidade familiar. A junção dessas unidades, mais a frente, formaram as primeiras tribos, já dotadas de certo grau de organização com o fim de sobrevivência conjunta.

Anos após, as primeiras civilizações marcaram o surgimento da necessidade de se organizarem de forma efetiva, o que levou a projetar o que hoje se é chamado de Estado. Já na antiguidade se encontrava a distinção daquilo que se entendia como leis de estruturação política e organização de governo, das demais leis em geral. Dessa distinção, surgem as *leis constitucionais* e as *leis ordinárias*.

Na contemporaneidade, buscou-se o fundamento de legitimidade das leis de firmamento do Estado, oportunidade em que se deu início às primeiras constituições escritas, obras originadas do Poder Constituinte.

Nesse ínterim, a cadeira do Direito Constitucional no teatro do ordenamento jurídico tomou posição central, irradiando seus ditames por todo cenário jurídico. A norma fundamental, lê-se: a Constituição, é fixada pelo Poder Constituinte Originário, anterior a ela e deflagrado por diversos fatores, tais como: evolução, revolução, convenção, entre outras formas, do que se inicia uma nova ordem social.

No Brasil, a ordem vigente foi firmada em 5 de outubro de 1988, quando o Congresso Constituinte promulgou a *Constituição da República Federativa do Brasil*, marcada por seu viés democrático e também por sua rigidez. Em seu corpo, são encontradas as chamadas

cláusulas pétreas que integram o *eixo duro* da Carta Maior de 1988, as quais não podem ser objeto de deliberação frente ao Poder Constituinte Reformador.

Justifica-se o presente tema pelas constantes discussões sobre matéria envolvendo a (in)tangibilidade das cláusulas pétreas e sua aplicabilidade em regimes democráticos, principalmente quando se trata de direitos e garantias individuais, pois eles estão listados pela Constituição Federal como sendo cláusula pétrea e que, por si, não são passíveis de mudança.

Temas como pena de morte, pena perpétua, redução da maioria penal, condenação penal em segunda instância, entre outros temas. Todos eles têm em comum o lastro de cláusula pétrea e, portanto, sequer podem ser objetos de discussão quando em propositura de Emenda Constitucional.

Por isso, diante de tanta incerteza, cabe aos bancos acadêmicos a propositura de conhecimento produzidos nas diversas linhas de pesquisa, como requisito para a ostentação do título de bacharel em Direito.

Assim, este trabalho propõe uma análise sociojurídica sobre a possibilidade de alteração dessas cláusulas, haja vista as diversas discussões sobre o tema nas linhas de pesquisas e a atual conjuntura sociopolítica decorrentes da própria evolução da sociedade brasileira, sob a seguinte problemática: diante da impossibilidade do Poder Constituinte Reformador em deliberar sobre projetos tendentes a abolir determinadas matérias, há outra manifestação do Poder Constituinte com legitimidade para alterar as cláusulas pétreas?

O presente trabalho tem como objetivo geral analisar a possibilidade de alteração das cláusulas pétreas inseridas na Constituição da República Federativa do Brasil na esteira do Poder Constituinte, com ênfase nos aspectos sociojurídicos que cercam o assunto. De certo, não são raras as diversas manifestações das espécies do Poder Constituinte que contribuem com alterações no texto e na interpretação constitucional, motivo pelo qual se faz necessário o estudo de todas elas.

Têm-se, ainda, como objetivos específicos, para melhor estratificação do trabalho, descrever as espécies de manifestações do Poder Constituinte, traçando seus principais aspectos, características e finalidades; apontar quais são as cláusulas pétreas contidas na Constituição Federal e os motivos de sua inserção no ordenamento jurídico; trazer o conceito de Constituição sob a ótica política, jurídica e sociológica; demonstrar a forma proposta pela

Constituição para se alcançar a longevidade e as teorias que refutam a necessidade de normas limitativas que afrontam o princípio democrático; e, por fim, identificar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal frente aos limites de reforma e seu papel como guardião constitucional.

Para tanto, a revisão bibliográfica será a base metodológica dessa pesquisa, pois, praticamente todo trabalho científico utiliza, em algum momento, a pesquisa bibliográfica, haja vista alto volume de informações que este método fornece ao pesquisador.

Este artigo está assim subdividido: no primeiro capítulo serão apresentadas as manifestações do Poder Constituinte, com a especificação de cada um deles. No segundo capítulo buscou-se esclarecer os pormenores do Instituto das Cláusulas Pétreas e os motivos de sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro. O capítulo terceiro apresentará o conceito e os sentidos da Constituição sob a ótica política, jurídica e sociológica. A quarta parte da pesquisa apontou o hiato paradoxal existente entre o desejo de alargar longevidade da Constituição de 1988 e o instituto das cláusulas pétreas, demonstrando a desnecessidade de normas limitativas de reforma constitucional e as teorias advindas desse contexto. Para finalizar o eixo de desenvolvimento dessa pesquisa, o capítulo quinto define o posicionamento da Suprema Corte Brasileira frente aos limites de reforma e apresenta seu papel como guardião constitucional. Por fim, encerra-se a contribuição com as considerações finais.

## 1 MANIFESTAÇÕES DO PODER CONSTITUINTE

As transformações constitucionais são necessárias para acomodar a Constituição às mudanças ocorridas na sociedade. Algumas vezes, entretanto, elas encontram obstáculos em limites materiais estabelecidos pelo poder constituinte, as chamadas cláusulas pétreas. As cláusulas pétreas são consideradas classicamente como obstáculos intransponíveis em uma reforma constitucional de natureza ordinária, pois só podem ser superadas com o rompimento da ordem constitucional vigente, mediante a elaboração de uma nova Constituição.

Embora as cláusulas pétreas tenham sido concebidas para garantir, de forma ainda mais agravada, o ordenamento constitucional e a sua necessária estabilidade, o engessamento que elas proporcionam muitas vezes não atende às novas demandas da sociedade que dinamicamente evoluem. Para que a Constituição de 1988 alcance a longevidade que dela se espera, não se pode deixar que o hiato existente entre a Constituição e a sociedade exija a elaboração de um novo texto constitucional, evitando-se assim os desgastes e os riscos inerentes à substituição do ordenamento jurídico.

Na Constituição vigente, o artigo 60, § 4º, CF dispõe que 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 e os direitos e garantias individuais, como se vê:

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

(...)

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

I - a forma federativa de Estado;

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

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL, 1988)

Não obstante o entendimento dado pelo artigo constitucional, que traz consigo os limites materiais, deve-se buscar os motivos que levaram, principalmente, a inserção de direitos e garantias individuais como núcleo duro no seio constitucional, haja vista que os demais parágrafos se tratam efetivamente da estruturação do Estado e suas bases de sustentação.

Disto posto, necessário se faz um estudo pormenorizado sobre as manifestações de poder sob a égide constitucional, enfatizando noções introdutórias, formas de poder, a

natureza jurídica e os tipos de poder trazidos, bem como o instituto de convocação da constituinte.

### **1.1 Noções de Poder e Forma de Poder**

Desde os tempos antigos, a sociedade civil procurou de várias formas se organizarem com o fim de consolidar costumes, regras morais e políticas para projetar a direção a qual se move as forças sociais. Nesse sentido, após o advento das constituições escritas, o Poder Constituinte se manifesta pela vontade política caracterizada pela vontade suprema daquelas organizações sociais e juridicamente concatenada.

Obviamente, sobre o fundamento da democracia e a estabilização do Estado de Direito, a República Federativa do Brasil traz consigo a soberania como estandarte do poder e este exercido pelo povo (PAULO;ALEXANDRINO, 2015). A soberania, mais especificadamente a soberania popular, teve início com a força propulsora do racionalismo que rompeu a viga-mestra do poder absolutista das monarquias as quais confundiam a pessoa do regente pela do próprio Deus, surgindo então o paradoxo da unidade do poder nas mãos de todos – o povo.

O mesmo autor, ao propor um conceito de soberania popular, sinalizou por uma convergente identidade com o Poder Constituinte:

A soberania popular, que é, na essência, o poder constituinte do povo, é a fonte única de que procedem todos os poderes públicos do Estado. Mesmo nos regimes ditatoriais é o povo o único e legítimo titular do poder constituinte (PAULO;ALEXANDRINO, 2015, p. 124)

Pela expressão citada, pode se aferir que a essência do Poder Constituinte advém da soberania popular, exercida obviamente por um povo identificado de forma direta, ou mesmo indiretamente, sem que perca a titularidade dele.

### **1.2 Origem histórica da doutrina do Poder Constituinte**

Quando se fala em poder, como forma de domínio entre forças contrapostas, não é rara conexão feita entre polos adversos que digladiam até que um deles se sobressaia e institua uma nova ordem, ou mantenha a ordem vigente.

De fato, toda mudança ou tentativa dela traz consigo um misto de insatisfação e incerteza, momento em que há nítida reflexão e projeção futura, partindo-se da posição atual até uma situação de estabilidade, conforto e conformismo.

Neste contexto, a doutrina do Poder Constituinte, para Sieyès (*apud* COSTA, 2011), tem um viés veementemente revolucionário e se originou na contraposição inusitada ao próprio Constitucionalismo vigente à época na França. Certamente, estes conceitos seriam sedimentados mais tarde, no entanto, já àquela época, tornou-se possível traçar os primórdios desta doutrina e os motivos que determinaram seu surgimento. “*Assim, o poder constituinte nasceu como um argumento para legitimar a mutação constitucional, suplantando a tese constitucionalista de que a vontade da maioria não pode alterar a constituição.*” (SIEYÈS *apud* COSTA, p. 205, 2011)

Na concepção originária da doutrina do Poder Constituinte, nos contornos da história francesa, a modificação das normas constitucionais não era possível dentro de uma estrutura já organizada, o que, portanto, caberia tão somente a manutenção do Estado vigente, ou sua ruptura e decorrente firmamento de um Estado novo.

### **1.3 Tipos de Poder Constituinte**

A doutrina do Poder Constituinte, como se viu, nasceu pela necessidade de que o ordenamento constitucional espelhasse a realidade de uma sociedade, não sendo viável uma solidificação tal do Constitucionalismo que se afastasse progressivamente da vontade popular. Dessa forma, essa teoria trouxe consigo uma divisão didática específica de cada modelo de apresentação do Poder Constituinte.

Pedro Lenza (2014), em sua obra “Direito Constitucional Esquematizado”, com devida maestria e simplicidade, apresenta uma visão geral das subdivisões do Poder Constituinte. Assim, podem-se fragmentar em minúcias as diversas manifestações e suas principais características, contribuindo para melhor sedimentação do estudo presente.

Fica, assim, esquematizada a Teoria do Poder Constituinte:

#### **1.3.1 Poder Constituinte Originário**

Essa visão de Poder Constituinte se aplica facilmente a Estados que possuem uma Constituição *escrita* e *rígida*. Assim, é possível que haja a manifestação de um poder

originário, ou também chamado de primário, genuíno, fundacional ou de 1º grau, que cria a Constituição propriamente dita.

Essa manifestação do Poder Constituinte é o ponto de partida de uma construção constitucional. Neste aspecto, não basta somente a inserção de um pilar jurídico para sustentar a criação de um Estado. Ferreira Filho (1999) é categórico na concepção de que o Direito Constitucional não pode ser estudado apenas sob a ótica jurídica, por mera exegese de textos jurídicos. Na construção de uma Constituição, deve-se levar em conta também a *realidade política subjacente* a sua criação. O que se depreende é uma análise jurídica partindo-se de uma realidade política e social. Não podem ser dissociadas mas, ao contrário, devem se completar, formando legítima manifestação de Poder.

Além dessa dialética necessária, deve-se também observar dois momentos distintos que formam a atuação do Poder Constituinte Originário. Paulo e Alexandrino (2015) definem um primeiro momento, chamado de *material* e um segundo momento chamado de *formal*. Aduzem:

Num primeiro momento, temos o **poder constituinte material**, que é o poder de autoconformação do Estado, segundo certa ideia de Direito. É a decisão política de criação de um novo Estado. Posteriormente, temos o **poder constituinte formal**, que transforma essa "ideia de Direito" (momento material) em "regra de Direito", dotada de forma e força jurídica, mediante a elaboração da Constituição (momento formal). O poder constituinte formal, portanto, é responsável pela elaboração da Constituição em si, momento em que se dá juridicidade e forma à ideia de Direito. (PAULO; ALEXANDRINO, 2015, p. 83)

Percebe-se que o primeiro momento parte de uma decisão política e, como se viu, essa decisão é cercada de aspectos tanto jurídicos, como também aspectos sociais. A partir de então, num segundo momento, buscar-se-ia a compilação de toda a matéria em um diploma jurídico formal, leia-se: A Constituição.

Em suma, a conjugação destes dois momentos forma o Poder Constituinte Originário o qual tem como objetivo fundamental, portanto, “[...] *criar um novo Estado, diverso do que vigorava em decorrência da manifestação do poder constituinte precedente.*” (LENZA, 2014, p. 213).

Assim, a obra do Poder Constituinte Originário que resulta na criação de um novo Estado deve, necessariamente, sobrepor e aniquilar o Estado anteriormente vigente. Para assim ser, a doutrina vislumbra a existência de duas vias possíveis, a saber: histórico e revolucionário. Para Paulo e Alexandrino (2015) o Poder Constituinte Originário de via

histórica, basicamente, retrata a genuína criação de um Estado novo, do qual se extrai pela primeira vez o produto de uma decisão política e pré-jurídica. Quanto ao Poder Constituinte Originário de via revolucionária, trata-se incisivamente de uma ruptura completa do Estado vigente, com posterior instauração de um novo Estado. É, na verdade, a *substituição* de uma ordem vigente por outra, em um Estado existente.

O Poder Constituinte Originário, ao longo de sua concepção teórica, foi dotado de certas características que o destacou sobremaneira. Não há unanimidade entre os doutrinadores na especificação das características e a definição de cada uma delas. Conforme (PAULO; ALEXANDRINO, 2015), são cinco as características tradicionais apontadas pelos principais autores, quais sejam: é um poder político, inicial, incondicionado, permanente e ilimitado. Existe, ainda, a característica autonomia, defendida por parcela significativa da doutrina.

Abaixo, buscou-se apresentar, de forma segmentada, cada uma das características do Poder Constituinte Originário associadas às definições de cada uma delas:

- a) **inicial**, pois instaura uma nova ordem jurídica, rompendo, por completo, com a ordem jurídica anterior;
- b) **autônomo**, visto que a estruturação da nova constituição será determinada, autonomamente, por quem exerce o poder constituinte originário;
- c) **ilimitado juridicamente**, no sentido de que não tem de respeitar os limites postos pelo direito anterior, com as ressalvas a seguir indicadas e que passam a ser uma tendência para os concursos públicos;
- d) **incondicionado e soberano na tomada de suas decisões**, porque não tem de submeter-se a qualquer forma prefixada de manifestação;
- e) **poder de fato e poder político**, podendo, assim, ser caracterizado como uma energia ou força social, tendo natureza pré-jurídica, sendo que, por essas características, a nova ordem jurídica começa com a sua manifestação, e não antes dela;
- f) **permanente**, já que o poder constituinte originário não se esgota com a edição da nova Constituição, sobrevivendo a ela e fora dela como forma e expressão da liberdade humana, em verdadeira ideia de subsistência. (LENZA, 2014, p. 214).

A controvérsia sobre a característica reside na corrente jus naturalista, pois estes afirmam que o Poder Constituinte Originário não seria, de todo, autônomo, haja vista que sua autonomia não atingiria as normas do direito natural, mas se limitaria a estas. Por óbvio, diante da clara superação do direito natural pelo direito positivo, preserva-se o entendimento de que é autônomo e não sofre nenhuma limitação.

### 1.3.2 Poder Constituinte Derivado

A derivação atrelada ao originário caracteriza o Poder Constituinte Derivado. Está presente também nos Estados em que possuem uma Constituição escrita e rígida. Além de outros nomes, este poder é comumente chamado de secundário, instituído, remanescente ou 2º grau. Como o nome sugere, o Poder Constituinte Derivado é instituído pelo Poder Originário, definido e limitado por este.

Não há como negar seu papel essencial na preservação da Constitucional, pois será ele que trará a maleabilidade necessária para equilibrar uma Constituição Rígida e uma sociedade comumente dinâmica. Assim, O Poder Originário definiu a competência do Poder Derivado, subdividindo-o em Reformador, Decorrente e Revisor.

#### a) Poder Constituinte Derivado Reformador

Este poder se manifesta quando da necessidade de se alterar o objeto criado pelo Poder Constituinte Originário, a saber: A Constituição. No caso do Brasil, em se tratando de alteração do texto constitucional, a espécie normativa criada pela Constituição para assegurar longevidade é a Emenda Constitucional.

Pedro Lenza (2014) conceitua este poder:

O poder constituinte derivado reformador, chamado por alguns de competência reformadora, tem a capacidade de modificar a Constituição Federal, por meio de um procedimento específico, estabelecido pelo originário, sem que haja uma verdadeira revolução. (LENZA, 2014, p. 219).

Vale resaltar que essas alterações são limitadas juridicamente e condicionadas pelo Poder que o criou. Ademais, há um processo rígido para se alterar o texto constitucional, além de quorum qualificado de 3/5 de cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação.

#### b) Poder Constituinte Derivado Decorrente

É a parcela destinada aos Estados-Membros para que estes estruturarem as Constituições dos Estados, haja vista o pacto federativo destinado a garantir autonomia política, administrativa e financeira dos Estados.

Vale destacar que este poder pode estruturar uma Constituição do Estado, assim como modificá-la, de acordo com as necessidades. A doutrina define:

Sua missão é estruturar a Constituição dos Estados-membros ou, em momento seguinte, havendo necessidade de adequação e reformulação, modificá-la. Tal competência decorre da capacidade de auto-organização estabelecida pelo poder constituinte originário. (LENZA, 2014, p. 220).

Portanto, há então dupla modalidade de atuação deste poder. Uma delas é destinada a elaboração da Constituição Estadual, também chamado de Poder Decorrente Instituidor. A outra modalidade se destina a modificar o texto da Constituição Estadual, chamado de Poder Decorrente de Segundo Grau.

#### c) Poder Constituinte Derivado Revisor

Assim como os dois poderes anteriores, o Poder Derivado Revisor também é fruto do Poder Originário. Possui uma característica semelhante ao Poder Derivado Reformador, pois detém a missão de ajustar a Constituição criada às mudanças sociais afetas a sua vigência.

Para Lenza (2014), o Poder Revisor esta vinculado ao Poder Originário, sendo, portanto, condicionado e limitado por este. Trata-se, em verdade, de uma alteração da constituição por um processo menos dificultoso, se comparado às Emendas Constitucionais, porem, possui um tempo predeterminado para sua manifestação e extinção.

Assim, *“O art. 3.º do ADCT determinou que a revisão constitucional seria realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.”*(LENZA, 2014, p.225)

Como se vê, buscou-se uma atualização do texto Constitucional após a sua vigência, sem que perdesse por completo a identidade imposta pelo Poder Constituinte Originário.

#### 1.3.3 Poder Constituinte Difuso

Este poder tem esse nome porque não é formalizado nas Constituições, mesmo assim, está vivamente presente nos diversos ordenamentos. É caracterizado como um poder de fato e serve de fundamento para o instituto da mutação constitucional. (LENZA, 2014).

A diferença primordial entre o Poder Difuso e o Poder Derivado é que este possui uma formalidade própria, com um sistema previamente definido pela Constituição. Aquele por sua vez, não esta definido como um procedimento formal, mas se trata de um processo informal da Constituição, no qual o texto propriamente dito não é alterado. O que ocorre, na verdade, é a mudança no seu sentido interpretativo, acompanhando a evolução dos fatores sociais, políticos e econômicos.

Paulo e Alexandrino (2015) conceituam este poder:

Poder constituinte difuso é o poder de fato que atua na etapa da mutação constitucional, meio informal de alteração da Constituição. Cabe a ele, portanto, alterar o conteúdo, o alcance e o sentido das normas constitucionais, mas de modo informal, sem qualquer modificação na literalidade do texto da Constituição. (PAULO; ALEXANDRINO, 2015, p. 88).

O processo de mutação Constitucional tem como base as mudanças dos costumes, dos valores e das novas pressões sociais advindas de diversos fatores não vivenciados no momento da Constituinte. Busca-se, portanto, o acompanhamento jurídico dos fatos sociais, sob pena de descompasso entre a Constituição e a sociedade.

Nesse aspecto, a interpretação toma local de destaque em virtude de sua função de conduzir o direito pelo caminho percorrido pela sociedade. Alexandre de Moraes (2014) defende que a Constituição deve ser interpretada constantemente, de forma a adequar o texto grafado às características históricas, políticas e ideológicas do momento atual vivenciado.

Assim, na ceara constitucional, define-se:

A interpretação constitucional nada mais é que um instrumento estabilizador, ou seja, através da atividade interpretativa pode-se chegar à harmonização almejada diante do surgimento das demandas sociais. Nas Constituições rígidas, onde o formalismo da produção jurídica de nível mais alto, sempre representou penhor de estabilidade do sistema e das instituições, a interpretação compreende canal hábil para a busca da solução do conflito ora colocado. (QUEIROZ, 2006, p.116)

É de extrema relevância o processo interpretativo do texto constitucional frente ao dinamismo social. Torna-se ainda mais expressiva diante de uma Constituição Rígida, como é o caso da Carta Magna de 1988, com o fim de adequação e de mobilidade do direito. Assim, é no campo da interpretação que se encontra o conectivo harmônico entre a obra do Poder Originário (A Constituição) e as novas demandas geradas pela contemporaneidade.

#### 1.3.4 Poder Constituinte Supranacional

É bastante comum os livros que tratam da Teoria do Poder Constituinte trazer o conceito de cidadania universal e de multiplicidade de ordenamentos jurídicos. Obviamente, com essa formação, busca-se padronizar elementos que sejam comuns em todo o mundo, independente de cultura regional ou mesmo costumes regionais. Assim, seria prudente que alguns “direitos” fizessem parte de uma Constituição supranacional.

De certo, a ideia de junção dos ordenamentos jurídicos nacionais a uma espécie de Poder Constituinte Internacional deve ser profundamente estudada e sedimentada nos estudos

acadêmicos, haja vista que todo o conceito passa pela por certa “relativização” do que se entende sobre Soberania Estatal. Paulo e Alexandrino (2015) outorga a este Poder a missão de fazer ou reformular Constituições transnacionais.

Mendes citado por Lenza (2014) conceitua: “*O poder constituinte supranacional busca a sua fonte de validade na cidadania universal, no pluralismo de ordenamentos jurídicos, na vontade de integração e em um conceito remodelado de soberania.*” (LENZA, 2014, p.229).

É nítido o crescimento da globalização do direito Constitucional ou ainda o surgimento de uma teoria da *interconstitucionalidade*, envolvendo os Estados com o fim de suplantar o que já se positivou, trazendo unidade, consenso e comunhão entre os diversos povos.

#### **1.4 Convocação do Poder Constituinte: formas de expressão**

Vários são os motivos que podem levar à criação de um Estado ou mesmo à ruptura de um Estado existente precedendo a vigência de outro. A história mostrou, ao longo da evolução dos povos, que, por vezes, a insatisfação social aliada à organização de grupos detentores de parcela significativa de poder gerou instabilidade na ordem sociopolítica vigente. Não somente assim, ademais, desajustava-se a ordem. A vontade política pela permanência arbitrária no poder ou tomada dele também caracterizou a formação/alteração dos Estados.

É claro que, ao se tratar de formas de expressão do Poder Constituinte, não há como se afirmar ou prefixar como será sua manifestação. Alexandre de Moraes (2014) afirma que inexistente forma prefixada pela qual se manifesta, mas pela análise histórica é possível apontar duas formas básicas indicadas pela doutrina.

A partir dessa concepção, Lenza (2014) menciona duas formas de expressão que caracterizam a manifestação e convocação do Poder Constituinte as quais podem ser facilmente identificadas em todas as Constituições Brasileiras. Está, então, referindo-se à outorga e à assembleia nacional constituinte, respectivamente.

Tem-se, abaixo, o conceito de outorga e as constituições brasileiras que dela decorreram:

**Outorga:** caracteriza-se pela declaração unilateral do agente revolucionário (movimento revolucionário — exemplo: Constituições de 1824, 1937, 1967 e EC n. 1/69, lembrando que a Constituição de 1946 já havia sido suplantada pelo Golpe Militar de 1964 — AI 1, de 09.04.1964). Conforme vimos, embora a Constituição de 1946 continuasse existindo formalmente, o País passou a ser governado pelos Atos Institucionais e Complementares, com o objetivo de consolidar a “Revolução Vitoriosa”, que buscava combater e “drenar o bolsão comunista” que assolava o Brasil; (LENZA, 2014, p. 216).

Da mesma forma, traz-se quanto à outra forma de expressão: “**assembleia nacional constituinte** ou **convenção**: por seu turno, nasce da deliberação da representação popular, destacando-se os seguintes exemplos: CF de 1891, 1934, 1946 e 1988.” (LENZA, 2014, p. 216).

Percebe-se que a outorga, muitas vezes, parte de um movimento revolucionário, enquanto a convocação de uma assembleia nacional constituinte se dá pela via “convenção”. De qualquer forma, a presença do povo, como titular do Poder é essencial para a eficácia do movimento.

Há unanimidade na atualidade de que o titular do Poder Constituinte, independente da forma de expressão, pertence ao povo, ainda que este não o exerça diretamente. Neste contexto, o exercício do povo se apresentará de duas outras formas distintas: será um exercício **democrático** ou **legítimo**, quando o povo o exerce mediante a escolha de representantes escolhidos por ele, na forma de uma assembleia nacional constituinte que convencionalmente promulgará o texto constitucional. (PAULO; ALEXANDRINO, 2015)

Por outro lado, será um exercício **autocrático** quando o agente revolucionário, de forma unilateral e sem a participação popular, alcançou o poder e o impôs ao povo. Desse movimento, surgirá um texto constitucional autoritariamente outorgado. (PAULO; ALEXANDRINO, 2015). É perceptível, porém, que essa forma de expressão caracteriza verdadeira usurpação do Poder Constituinte, ainda que o titular ainda seja o povo.

Sobre esse tema, é importante demonstrar, afinal, a dificuldade que é conceitualmente definir o que é *Povo*. Ferreira Filho assevera: “*Nas chamadas democracias ocidentais, o povo abrange os cidadãos, ou seja, aqueles aos quais a Constituição atribui direitos políticos. [...] levando em conta muitos fatores, no mínimo idade e nacionalidade*” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 31).

O autor ainda exemplifica, no caso do Brasil, que muitos integrantes do povo não possuem direitos políticos, afastando-se, portanto, do rol de inclusão da expressão “Povo”.

Cita, por exemplo, que os analfabetos representam cerca da metade da população brasileira, sem que, contudo, sejam eles considerados “O Povo” para fins de estudo da titularidade do Poder Constituinte.

Assim, ainda que presentes diversas dificuldades teórico-científicas, a contribuição deste estudo não se esgota na apresentação da teoria do Poder Constituinte, mas avança nos aspectos relacionados às Cláusulas Pétreas, objeto de estudo do próximo capítulo.

## 2 O INSTITUTO DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

É recorrente na atualidade a discussão sobre o fundamento e a extensão do instituto das cláusulas pétreas. Durante a evolução constitucional, por varias vezes, o legislador constituinte ergueu uma barreira *intransponível* ao Poder de Reforma Constitucional, com intuito de gravar certos aspectos julgados como fundamentais à existência longínqua da Constituição.

A essa barreira é dada o nome de Cláusula Pétreas ou, ainda, Cláusula de Eternidade, Cláusula de Inamovibilidade e Núcleo Intangível. Todavia, ainda que os nomes citados levem ao entendimento de inalterabilidade, Paulo e Alexandrino (2015) descrevem certa controvérsia entre os doutrinadores, o que dificulta sobremaneira o conceito e a amplitude que envolvem este instituto.

Há também aspectos políticos que influenciam na polêmica das Cláusulas Pétreas:

Sem dúvida, por trás da argumentação jurídica, há, em muitos casos, a motivação política. Na verdade, o mais das vezes, sustentam certos juristas teses que, aceitas, bloqueariam a mudança da atual Constituição, para justificar a posição política dos que creem “avançada” esta Carta. Ou querem negar, para atender à política “mudancista” do governo, limitações que realmente existem. O primeiro caso é exemplificado pelos defensores, à *outrance*, das “cláusulas pétreas” e da impossibilidade de alteração das normas que regem a adoção de emendas constitucionais. O segundo, pela tentativa de ignorar a limitação posta pelo princípio da irretroatividade, especialmente pelos direitos adquiridos. (FERREIRA FILHO, 1999, p. 173).

Pedro Lenza (2014) amplia ainda mais a discussão com a inclusão de aspectos sociais e de convencionalidade no que tange aos limites materiais impostos pelas Cláusulas Pétreas.

De certo, neste estudo, buscou-se afastar de questões políticas, objeto de estudo de outras Ciências. Notadamente, não se invalida a Política necessária e incisiva, mas, na verdade, o que se procura, é abster-se da pessoalidade caracterizada pela “politicagem”. Por outro lado, primou-se pela análise jurídica associada aos aspectos sociais tangentes à construção de um pensamento sólido, científico e impessoal.

### 2.1 A razão de ser das Cláusulas de Imutabilidade

O surgimento do instituto das cláusulas pétreas é relativamente novo se comparado ao surgimento das civilizações organizadas. Certamente, a teoria do Poder Constituinte e a instituição das cláusulas pétreas guardam relação temporal entre si, datados pelo século XVIII.

A Constituição dos Estados Unidos da América previu como inalterável a representação dos partidos dos Estados-membros dentro do Senado Federal. Além deste exemplo, outras constituições também trouxeram proibições de alteração. Koehler (2008) destaca as Constituições Francesa, Italiana, Venezuelana, Portuguesa e a Lei Fundamental da República Alemã, além da Constituição da República Federativa do Brasil.

É, portanto, necessário que se aponte o fundamento ou a razão de ser das cláusulas de Imutabilidade. Como visto acima, o surgimento das cláusulas pétreas partiu da teoria do Poder Constituinte e dele se extrai o fundamento de validade delas. Mais precisamente, fundamenta-se pelo Poder Constituinte Originário, como se vê:

Tal fundamento – de pronto se levantará – é o Poder Constituinte (originário), emanção do povo. Este fixa a Constituição e, ao fazê-lo, pode excluir do poder de reforma (que dele deriva) certos pontos, princípios ou instituições. E essa argumentação – aqui posta singelamente – pode ser enfeitada com eruditas citações de Sieyès e de numerosos mestres. (FERREIRA FILHO, 1999, p. 175).

O Poder Originário, como responsável pela criação de uma ordem jurídica, manifesta-se de várias formas e não se esgota em alguma delas. Ainda que uma ordem seja imposta pelo Poder Originário em dado momento histórico, sua força permanece e a qualquer momento pode se insurgir contra o que está posto. Afinal, a Declaração dos Direitos do homem e do Cidadão de 24 de junho de 1793, em seu artigo 28 dispõe que “uma geração não pode sujeitar a suas leis as gerações futuras”.

Curiosamente, a manifestação clássica do Poder Originário, seja por revolução seja por convenção em Assembleia Constituinte, muitas vezes, apresentou-se demasiadamente distorcida ou mesmo antagônica ao que defende a Teoria do Poder Constituinte.

Ferreira Filho (1999) critica aqueles que tornam dogma a doutrina do Poder Constituinte, haja vista se tratar apenas de um modelo e um ideal, não sendo, por si só, um critério de validade. Alguns exemplos demonstram a mudança da ordem constitucional por via diferente àquela pretendida pela Teoria do Poder Constituinte:

[...] A Constituição Americana de 1787 decorreu de uma revisão dos artigos de Confederação de 1781, sem a convocação de representantes do povo para fazê-la; a Constituição Francesa de 1791 foi estabelecida pelos membros dos Estados Gerais que se reuniram em 1789 e se transformaram, numa decisão revolucionária, em Assembleia Nacional. (FERREIRA FILHO, 1999, p. 176)

É por demais irrealista afirmar ou delimitar quais são as formas de apresentação do Poder Originário. A força emanada do Povo constrói a ordem jurídica como assim o queira,

cabendo aos representantes políticos a compilação formal dessa força, seja qual for sua forma de expressão. A inclusão de cláusulas pétreas ou ainda a extinção delas por advento da força soberana do povo cabem a este, tão somente. A Teoria do Poder Constituinte tem, obviamente, relevância no estudo da matéria constitucional, mas não é hierarquicamente superior ao Poder do Povo.

## **2.2 As Cláusulas Pétreas no Brasil**

A primeira Constituição do Brasil não previa cláusulas pétreas como hoje se conhece. Não havia um rol que delimitava a atuação do Poder de Reforma e que conseqüentemente tornava-se intangível o núcleo defendido por ela. A Constituição de 1824 em seu preâmbulo e em outros artigos esparsos firmava como defensor perpétuo a pessoa do Imperador Dom Pedro I, gravando seu reinado para todo o sempre. Mesmo não utilizando a expressão “Cláusula Pétreas” – o que firmou o entendimento que não as havia naquele texto constitucional – não o deixa de ser, haja vista que as conseqüências jurídicas e os fins almejados são os mesmos dos que se entende hodiernamente como das cláusulas pétreas.

Um pequeno resumo histórico é relevante quando se trata de Cláusulas Pétreas no Brasil:

A Constituição de 1824 não previa cláusulas pétreas. Contudo, estipulava no preâmbulo e nos artigos 4º, 99 e 116, que Dom Pedro era o Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil e que imperaria para sempre no país. Portanto, o Reinado de Dom Pedro I pode ser considerado uma cláusula pétreas da Carta de 1824. Em 1891, surgem as primeiras cláusulas pétreas explícitas, quais sejam, o regime republicano, a forma federativa de estado e a igualdade de representação dos Estados no Senado (art. 90, §4º). Situação similar persistiu na Constituição de 1934 (art. 178, §5º), mas sem referência à igualdade de representação dos Estados no Senado. A Constituição de 1937 aparece como a única em nossa história que não previu cláusulas pétreas. A Carta Magna de 1946, por sua vez, retomou a tradição das duas primeiras Constituições republicanas e também prescreveu que não seriam admitidos como objeto de deliberação projetos tendentes a abolir a Federação ou a República, o que foi mantido com praticamente a mesma redação nas Constituições de 1967 e 1969. (KOEHLER, 2008, p.136)

Pode-se inferir que as cláusulas pétreas pretendem assegurar com mais rigor o núcleo essencial de identidade das Constituições. É uma forma de manter as conquistas jurídicas, políticas e sociais alcançadas pela sociedade com o fim de projetar tais avanços à sociedade futura, impedindo que o Poder Reformador seja incapaz de dissolver parte da obra do Poder Originário.

Partindo deste entendimento – que o Poder de Reforma é limitado pelo Poder Originário –, assim como outros exemplos históricos anteriormente descritos, a Constituição de 1988, curiosamente, também não foi obra do Poder Originário como assim o define a Teoria do Poder Constituinte. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1995) relata que, de fato, inúmeras constituições decorrem de outorgas, de constituintes pré-condicionadas, de reformas constitucionais ou de congressos investidos de poder constituinte revolucionariamente.

No caso do Brasil, em especial a Constituição de 1988, foi assim construída:

[...] convém lembrar que a Constituição de 1988 não foi obra de poder constituinte originário. Ela resultou de uma "reforma constituinte". De fato, a "Constituinte" de 1987/1988 não era senão o Congresso Nacional - inclusive com os senadores eleitos em 1982 - investido de poderes especiais de reforma por força da Emenda nº 26/85 à Constituição de 1967. Esta Emenda nº 26/85 alterou o processo de emenda previsto na Constituição então vigente, com isso autorizando o Congresso Nacional a assumir a feição de "Constituinte", simplificando o procedimento (maioria absoluta dos membros do Congresso para a aprovação e não maioria de dois terços em cada Casa), e, sobretudo, suprimindo as "cláusulas pétreas" consagradas na Constituição de 1967, na Emenda nº 1/69, art. 47, § 1º. Nem por sombra aparece nesse processo político-jurídico o poder inicial de organizar a nação que é o verdadeiro poder constituinte. (FERREIRA FILHO, 1999, p. 181)

Como se vê, o peso dado às Cláusulas Pétreas ao ter como fundamento de validade a tese de que é obra do Poder Originário e este figura hierarquicamente superior ao Poder de Reforma, sendo, portanto, intangível perante este, é um tanto quanto irrealista. Não há lógica socio-jurídica que fundadamente tal disparidade hierárquica senão uma *convenção coletiva*.

A Constituição de 1988 partiu de uma reforma constitucional da vigente Carta Maior de 1967, com as devidas ampliações em 1969. É tão convencional o que juridicamente se tenta defender dentro da Teoria do Poder Constituinte que os próprios elaboradores da Constituição serão aqueles posteriormente irão alterá-la, caso necessário, caso seja convencional. Assevera Ferreira Filho:

No fundo, quando essas (novas) constituições são estabelecidas por assembléia constituinte, "livre e soberana" como enfaticamente se diz - portanto de modo próximo ao modelo, elas são feitas por representantes do povo, tão representantes deste como aqueles que, nas democracias, vão mais adiante governar o país. Com efeito, 'na relação com o povo não há diferença entre os que vão editar a Constituição e os que vão governar de acordo com ela, em ambos os casos são eleitos pelo povo para em nome e lugar deste tomarem decisões políticas. Destarte, não há uma superioridade intrínseca - decorrente da legitimidade democrática - daqueles, os representantes-constituintes, sobre estes, os representantes ordinários. Assim, a obra dos constituintes - a Constituição - é a lei suprema que os representantes do povo eleitos posteriormente devem respeitar. mas em razão de uma convenção. Convenção esta que se justifica pela necessidade de uma estabilidade nas regras políticas, que aplaude a experiência, mas cuja natureza não é metafísica... Isto evidentemente demonstra não ser o poder constituinte um fundamento sólido para as "cláusulas pétreas". (FERREIRA FILHO, 1999, p. 177)

Trata-se de convencionalidade. Se assim não o fosse, não poderia a Emenda nº 26/85 deflagrar uma constituinte por si só e ainda não atender aos limites materiais expressos como Cláusulas Pétreas na constituição vigente ao tempo da promulgação da Emenda, como não o foi. Havia o gravame de imutabilidade de abolição da República, pois era ainda cláusula pétrea e uma Emenda deu poderes constituintes àqueles que a promulgaram sem limites matérias, causando, inclusive, a retirada da República do rol de cláusulas pétreas na Constituição Posterior de 1988 e tentativa de retorno ao regime monarquista, o que não foi adiante em virtude de plebiscito previsto no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ocorrido em 1993.

### **2.3 A influência do cenário sociopolítico na inclusão de cláusulas pétreas na constituição da república federativa do Brasil**

A inclusão de cláusulas de eternidade gravadas no texto constitucional está diretamente ligada ao contexto histórico vivenciado pela sociedade no momento de deflagração do Poder Constituinte. Esse aspecto é facilmente percebido tanto no âmbito nacional quanto no âmbito internacional. Afinal, por que alguns Estados não gravaram com cláusula perpétua os direitos e garantias individuais? Acaso não são tão essenciais ao ponto de merecer um *status* qualificado? Especificadamente no cenário nacional, acaso a nação brasileira teria subsistido sem que houvesse a instituição de cláusulas pétreas no texto Constitucional?

Esses questionamentos, deveras provocativos, lastreiam as justificativas que explicam a fundamentação da inserção daquelas cláusulas no ordenamento constitucional. Disto posto, não há como dissociar o contexto vivenciado dos motivos que decorrem o gravame.

Obviamente, este entendimento encontra resistência, como aduz:

Assim, a alegação de sua eventual ineficácia em dados momentos históricos ou políticos como causa para sua violação, ou a inobservância da intangibilidade que lhes é inerente, coloca-nos, sem sombra de dúvida, diante do problema da destruição da própria Carta Constitucional, Lei Fundamental, garantidora do Estado Democrático de Direito, causando uma ruptura do ordenamento instituído pelo poder constituinte originário, o que é inadmissível. (LIMA FILHO, 2004, p. 140)

Certamente, não há fundamentação lógica para afirmar uma suposta destruição constitucional. O que se percebe é a total vinculação àquilo que se denominou Poder Originário, como divindade que vive em uma realidade paralela ao realismo social.

No cenário nacional, vários foram os contextos históricos vivenciados em cada momento de inauguração da ordem jurídica com o advento de uma Constituição. O que se viu corrobora com a defesa de que o cenário sócio-jurídico teve sua contribuição, principalmente quanto ao instituído das cláusulas pétreas.

De forma sintética, Pedra (2006) condensou os principais aspectos de cada uma das constituições vigentes no Estado Brasileiro. Obviamente, como o objeto deste estudo prevalece o texto constitucional vigente, a este será dada maior ênfase no decorrer da exposição.

Veja, de forma generalizada, os pontos de cada constituição nacional:

A nossa atual Constituição contém o rol mais extenso de limites materiais expressos no âmbito de nossa evolução constitucional. A Carta de 1824 não continha nenhuma limitação material expressa. A Constituição de 1891 (artigo 90, §4o) continha a proibição de abolição da República, da Federação e da igual representação dos Estados no Senado Federal<sup>3</sup>. A Constituição de 1934 (artigo 178, §5o) previa como limitações materiais expressas a República e a Federação. A Constituição de 1937 repetiu a de 1824, não apresentando nenhuma limitação material expressa. A Constituição de 1946 (artigo 217, §6o) novamente protegeu a República e a Federação, o que veio a ser mantido pela Constituição de 1967-694. (PEDRA, p.138, 2006)

Note que, dentre as sete constituições nacionais, duas delas sequer mencionaram quaisquer dispositivos que gravariam como cláusula pétrea algum instituto da organização política. Mesmo assim, tiveram vigência e eficácia durante todo o período constitucional, o que, por si só, infere-se que não há plena necessidade de que haja efetivamente a petrificação de partes do texto constitucional. Não significa dizer que os institutos protegidos sejam menores ou menos importantes, mas sim que naquele cenário não havia necessidade de gravar qualquer parte do texto constitucional.

Outro aspecto importante de se diferenciar é que, durante o surgimento das constituições, em uma breve comparação entre elas, a Constituição de 1988 é a que mais ampliou o rol de institutos gravados por cláusula pétrea e que, até nos dias hodiernos, causam discussões sobre quais são elas, se estão apenas expressas ou podem ser colhidas de forma implícitas. O tema cláusula pétrea foi mais bem trabalhado no capítulo próprio, para o qual se remete o leitor.

No entanto, não se pode deixar destacar as nuances das cláusulas pétreas inseridas na Constituição de 1988. Declara o texto constitucional:

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 Assembleias 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. **Grifo nosso.** (BRASIL, 2019)

A Constituição de 1988 trouxe um rol extenso dos institutos gravados como cláusulas pétreas. Como destaque, tem-se o voto, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais, em contraponto à Constituição de 1967, que gravava somente a Federação e a República como cláusulas pétreas.

O cenário nacional vivenciado pelo Legislador Originário afetou sobremaneira a inclusão das cláusulas pétreas e sua vultosa extensão. A doutrina contribui na sedimentação deste entendimento:

Entretanto, como é notório, a Constituição foi construída em um período de retomada do regime democrático, preocupando-se o legislador constituinte originário, em profundidade, por defender o indivíduo do Estado (fato que confere à Carta Suprema de 88, caráter analítico). Tal meritória busca acabou por trazer, na seara analisada, a inserção de um vasto grupo de direitos individuais (petrificados) que podem esbarrar na pretensão de consolidação da democracia brasileira. (QUEIROZ, 2006, p. 124)

Esta claro que o cenário social contribuiu para o gravame das cláusulas pétreas. A intenção do legislador, sem dúvidas, atendia as necessidades daquele momento. No entanto, não se pode deixar de notar quão pretensiosa foi aquela decisão, porquanto, ainda hoje, há discussões inúmeras sobre a (in)tangibilidade das Cláusulas Pétreas.

Por ser de extrema importância, passe-se um breve resumo sobre os acontecimentos pretéritos à promulgação da Carta Magna de 1988.

### 2.3.1 Golpe Militar: o retorno dos generais ao poder e o movimento popular/político que os derrubou

Acertadamente, não cabem neste estudo todos os pormenores inerentes à Ditadura Militar, ao governo dos generais, ou ainda aos motivos políticos, sociais e econômicos que os destituíram da cadeira presidencial. No entanto, em uma visão global da sequência de fatos que construiu o cenário que precedeu a Constituição de 1988, vale destacar algumas impressões tangentes a este trabalho.

De certo, o cenário vivenciado entre partido de situação e de oposição, de direita e de esquerda, sejam qual for a denominação, tudo isso contribuiu amplamente no que se chegou a ser trazido pela Constituição de 1988. Aduz a doutrina:

O certo é que o predomínio das correntes ideológicas de esquerda, de um lado, e o receio de um retorno a um Estado menos democrático, de outro, levou o constituinte brasileiro a alargar a imodificabilidade da Constituição, muito além do exemplo português que o inspirou, e muito além do que seria ideal para que uma Constituição pudesse estar sempre adaptada ou viesse a ser adaptável às circunstâncias históricas. (NOGUEIRA, 2005, p. 87)

A justificativa da intervenção militar no governo brasileiro se baseou na acusação de que o então Vice-presidente da República, João Goulart, não poderia assumir a cadeira presidencial após a renúncia de Jânio Quadros por ter aquele se aproximado no movimento político comunista internacional que crescia gradativamente.

Lenza (2014) afirma que todo o movimento que desencadeou o golpe militar ocorreu sob a vigência da constituição de 1946 a qual foi *suplantada* pelo golpe, até que a nova constituição do ano de 1967 fosse outorgada, apenas de ter tido o aval, ao menos simbólico, do Congresso Nacional.

As sombras do regime militar e as restrições dele decorrentes certamente ainda pairavam no momento da redemocratização do país. A constituição de 1998 reflete nas cláusulas pétreas, ampliadas sobremaneira, o desejo de proteger certos valores que haviam sido objeto de restrição no referido período. Destaca-se:

Na verdade, a maior razão para a inclusão de cláusulas pétreas nas constituições é o receio consciente ou inconsciente da ingerência do Poder Executivo nos outros

Poderes. Por este motivo, as cláusulas de imutabilidade são mais comuns em países que saíram de ditaduras e tentam se resguardar de uma volta ao passado recente por meio da proibição de mudança em certos pontos da Carta Magna. (KOEHLER, 2008, p. 133-134)

É nítida a insegurança do constituinte originário após o *Regime Militar*, pois este momento foi marcado pela restrição de direito individuais; anulação do pacto federativo, concentrado o poder no Poder Executivo em apenas um das esperas; e ainda a falta de participação do povo nas eleições dos seus “representantes”, predominando as eleições indiretas.

O movimento revolucionário militar perdurou entre 1964 a 1985. Lenza (2014) aduz que este período, apesar de ter uma duração de pouco mais de 20 anos, não foi em todo este tempo, plenamente aceita. Até os anos de 1975 o Brasil passou por evolução da economia brasileira, o que ficou registrado pelo denominado “milagre econômico”. Logo após, o Brasil passou por violenta crise inflacionária, impulsionado as forças de oposição na derrubada do regime militar.

O gatilho que culminou na instituição de um novo regime, agora Democrático de Direito, denominou-se “diretas já”, como explica a doutrina:

[...] em 18.04.1983, o então Deputado Federal Dante de Oliveira apresentou a PEC n. 5/83, propondo, pela primeira vez, após quase 20 anos de ditadura, a eleição direta para Presidente e Vice -Presidente da República. A PEC ganhou o apoio popular e se transformou no importante movimento que ficou conhecido como “Diretas Já”. Apesar da pressão da sociedade civil, em 25.04.84, a denominada “PEC Dante de Oliveira” foi rejeitada. Diante dessa situação, o Colégio Eleitoral acabou elegendo, em 15.01.1985, embora pelo voto indireto, pela primeira vez, após mais de 20 anos de ditadura militar, um civil — o que caracterizou o fim do regime militar —, Tancredo Neves, mineiro de São João Del Rei, que prometeu estabelecer a “Nova República”, democrática e social. (LENZA, 2014, p. 139).

Abstendo-se do viés político por trás do movimento, este ficou marcado nos anais da história como sendo a maior manifestação popular quanto ao rumo político-social do País. Por isso, não é difícil entender o porquê de ser incluso como cláusula pétrea, por exemplo, o voto direto, secreto universal e periódico, haja vista ter sido este o clamor central do titular no Poder Constituinte Originário naquele momento histórico. Atualmente, é difícil sustentar a ideia de que o povo, titular do Poder Constituinte, vê, no voto, qualquer justificativa para gravá-lo como cláusula pétrea, impossibilitando por completo a ação do Parlamento na propositura de alteração/modificação.

## 2.4 Cláusulas Pétreas e Democracia

Obviamente, deve-se destacar o aspecto positivo advindo do instituto das cláusulas pétreas, a saber: segurança jurídica. A principal proteção trazida diz respeito à garantia de que determinadas matérias estão em um nível supraconstitucional, incapaz de serem atingidas pela política ordinária.

Cláudia de Góes Nogueira (2005) explica que elas são espécies de mecanismos de proteção e trazem garantias ao Estado Democrático de Direito, assegurando a identidade ideológica perpetrada na Constituição com o fim de evitar quaisquer violações a sua integridade, a seus fundamentos e a seu núcleo intangível.

Ademais, não se pode deixar de mencionar a atual e relevante importância deste instituto como forma de proteção frente aos desmandos praticados por governantes de ponta autoritária que, evados pelo abuso de poder, assentam decisões políticas sem qualquer limitação de poder (QUEIROZ, 2006).

Diante disso, é facilmente perceptível a ascensão dos regimes democráticos na linha histórica da sociedade.

Aos poucos, por meio de fundamentais avanços, foram construídas novas realidades que intentavam conceder ao povo o poder que ao mesmo cabia. A *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão* (herança e reflexo de documentos que a antecederam e em muito colaboraram para a sua elaboração) vem coroar estes anos de luta para o estabelecimento da vontade popular como guia de construção dos Estados e seus caminhos, e conseqüente proteção dos direitos dos cidadãos como princípio maior das Constituições. (QUEIROZ, 2006, p. 71)

Observa-se que as cláusulas pétreas prestam a assegurar maior garantia contra modelos autoritários de poder que carecem de participação popular nas decisões políticas. Assim, entende-se que este referido mecanismo de proteção das constituições não exalta a participação popular de per si, mas preponderantemente reduz a possibilidade de que governantes políticos possam suprimi-la.

Sob este prisma, fica latente o enxugamento democrático produzido pelo efeito *ad eternum* das cláusulas pétreas. Ao mesmo tempo em que traz garantias contra atos autoritários de poder, limitando-os, também traz o impedimento de se discutir democraticamente as matérias regidas por elas.

Para Koehler (2008) a decisão de gravar uma matéria como cláusula pétrea, tonando-a imutável e, conseqüentemente, passível de mudanças somente pela via constituinte é

demasiadamente perigosa e deve ser extremamente amadurecida. Para ele, o conteúdo gravado deveria ser tão somente aqueles fundamentais para manutenção da ordem instituída, diferentemente do que se vê na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A doutrina é clara neste aspecto:

Entretanto, como é notório, 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. (QUEIROZ, 2005, p.194)

A ideia de não permitir um debate democrático sobre aspectos que regem a sociedade sobre o pretexto de que a Constituição será destruída parece deveras contraditória. Afinal, a quem se destina a Constituição de um país? Notadamente, não há como negar que os fatos sociais são projetados no texto constitucional e por meio dele são revestidos de carga jurídica. Não há lógica em se ter um texto constitucional que não coaduna com a realidade social.

### 3 O CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO SOB A ÓTICA POLÍTICA, JURÍDICA E SOCIOLOGICA

Tem-se como objeto de estudo do Direito Constitucional a *Norma Maior* que institui, organiza e define competências. A Constituição é a regente do Estado a qual atribui poder aos governantes e ao mesmo tempo os contém, limitando as ações da grandiosa engrenagem estatal frente aos direitos e garantias sociais.

A história registrou as diversas frentes de atuação do Estado que, sob influência do cenário político, econômico e social, seja no mundo oriental ou ocidental, buscou a harmonia social, atendendo aos interesses da coletividade. Predominantemente destacou-se a tensão entre o Estado Liberal e o Estado Social. O primeiro se fundamentou na liberdade, almejando a mínima interferência estatal no seio social. Para Paulo, Alexandrino (2015) o liberalismo clássico se limitava a editar normas de fundamentação do Estado, com o fim de estruturá-lo e definir a competência do poder e o modo de exercê-lo.

Ocorre que o Liberalismo foi utilizado como esQUIVA para justificar a falha no atendimento às necessidades populares, motivo pelo qual se deu a ascensão do Estado Social e refletiu de forma preponderante aos aspectos deste estudo. Destaca-se:

No Estado moderno, de cunho marcadamente social, a doutrina constitucionalista aponta o fenômeno da expansão do objeto das Constituições, que têm passado a tratar de temas cada vez mais amplos, estabelecendo, por exemplo, finalidades para a ação estatal. Isso explica a tendência contemporânea de elaboração de Constituições de conteúdo extenso (Constituições analíticas ou prolixas) e preocupadas com os fins estatais, com o estabelecimento de programas e linhas de direção para o futuro (Constituições dirigentes ou programáticas). (PAULO, ALEXANDRINO, 2015, p. 5)

O estado social trouxe consigo uma maior aproximação entre Estado e sociedade. Não quer dizer que no Liberalismo havia completa cisão, mas fez com que o Estado regularizasse uma maior quantidade de assuntos, utilizando-se das constituições para assegurar com solidez o apoio governamental nas diversas áreas, a saber: social, econômica e política. Certamente, é possível verificar por demasia a presença socialista na estruturação da Constituição Federativa do Brasil. No entanto, as constituições podem ser estudadas por três ciências distintas, cada qual com seu viés pertinente aos valores defendidos pelas forças que as compõem.

Direito, a Ciência Política e a Sociologia, segundo Serejo (2000), canalizam esforços para aceitação de seus princípios, firmando diretrizes na formação constitucional do Estado. Ocorre que, em uma visão dialética, todos eles se convergem a um ponto de intercessão, mas

o caminho entre eles, muitas vezes, divergem-se. Para ele, a sociedade não se sujeita a princípios ou a valores impostos por um regime jurídico, mesmo que haja sanção moral, pelo próprio grupo social ou ainda sanção jurídica imposta pela organização político-social, haja vista a dinâmica social caracterizada pela evolução/involução.

### **3.1 O sentido político da Constituição**

Como se viu, o Direito Constitucional ultrapassa o ramo jurídico. Vale dizer que a mera exposição de normas que estruturam o Estado e limitam o poder de nada vale caso esteja em descompasso com os anseios sociais. Percebe-se, portanto, o aumento exponencial das ações constitutivas de Estado.

Nesse sentido, a classe política, com o fim de estabilizar os impasses valorativos entre uma e outra ponta da sociedade, busca definir os fundamentos de existência necessária do Estado. Assim, a concepção política da Constituição foi vislumbrada por Carl Schmitt estabelecendo que o cerne do Diploma Maior inicia-se de uma decisão política fundamental, ou seja, a partir de uma vontade política por aqueles que representam o Poder Constituinte.

A doutrina explica a fundamentação do Cientista Político:

Para Schmitt, a validade de uma Constituição não se apoia na justiça de suas normas, mas na decisão política que lhe dá existência. O poder constituinte equivale, assim, à vontade política, cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre modo e forma da própria existência política, determinando assim a existência da unidade política como um todo. (PAULO, ALEXANDRINO, 2015, p. 6)

Verifica-se a equiparação feita entre a vontade política e o Poder Constituinte. Em outras palavras, entende-se que, no momento da constituinte, com a presença dos representantes do povo, representantes também, de certa forma, das inúmeras fontes detentoras de poder na sociedade, nasce a decisão politicamente perfeita e convencionalmente aceita.

Na mesma posição, Lenza (2014) complementa o entendimento de que a Constituição, na verdade, trata-se de um produto elaborado por uma decisão política do titular do Poder Constituinte, equiparando a vontade política à essência manifestação do Poder Constituinte.

Há ainda, uma distinção essencial entre Constituição e leis constitucionais. Em um primeiro momento, parece se tratar do mesmo instituto, contudo, apresentam aspectos distintos que devem ser expressos.

Paulo e Alexandrino (2015) aduz que os aspectos de definição da constituição se limitam às normas de alto teor jurídico, fundadas na organização do Estado, nos princípios regentes da democracia e nos direitos e garantias fundamentais do povo. Por outro lado, as leis constitucionais, ainda que integrantes do texto do Diploma Maior, não possuem a mesma natureza jurídica das Normas Constitucionais. Sob este prisma, concebeu-se a doutrina distintiva entre constituição em sentido material e constituição em sentido formal, respectivamente.

Com o brilhantismo de sempre, Pedro Lenza esquematiza:

- a) em primeiro lugar, por mais que pareça estranho dizer, ao eleger o **critério material**, torna-se possível encontrarmos normas constitucionais *fora do texto constitucional*, na medida em que o que interessa no aludido conceito é o conteúdo da norma, e não a maneira pela qual ela foi introduzida no ordenamento interno. Como o próprio nome sugere e induz, o que é relevante no critério material é a **matéria**, pouco importando sua forma;
- b) em segundo lugar, em se tratando do **sentido formal**, qualquer norma que tenha sido introduzida por meio de um procedimento mais dificultoso (do que o procedimento de elaboração das normas infraconstitucionais), por um poder soberano, terá natureza constitucional, não importando o seu conteúdo (vale dizer, tomando-se o sentido formal, o que nos interessa é a **forma** de nascimento da norma). Lembramos um exemplo que supomos ilustrar bem o raciocínio: trata-se do art. 242, § 2.º, da CF/88, que estabelece que o Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal. (LENZA, 2014, p. 86)

Em síntese, é facilmente perceptiva a cognição de conceitos diferentes para se referir ao mesmo assunto. Aquilo que se define como sentido material se equipara ao entendimento de *Constituição* trazido pela doutrina, tratando-se de regras estruturais da sociedade e alicerces fundamentais. Já o sentido formal é reflexo daquilo que se tem como *leis constitucionais*. São regras que estão no corpo da Constituição e foram introduzidas por meio de um processo mais dificultoso em relação às leis infraconstitucionais, importando, tão somente, a forma com a qual foi introduzida no ordenamento, e não sua matéria propriamente dita.

### 3.2 O sentido jurídico da Constituição

A frente jurídica se destaca pela estrita formalização da Constituição, atribuindo ao Direito o dever de fundamentar a ordem estatal e estabilizar a vida jurídica de uma sociedade. De certo, o âmago jurídico, por si só, está envolvido pela racionalidade, ou seja, uma lógica normativa que possa ser expressa de forma racional. Este pensamento deu origem ao sentido lógico-jurídico da Constituição, marcada pelo surgimento do clássico Positivismo.

Quando se trata de Positivismo, não há como negar a imensurável contribuição de Hans Kelsen, jurista e filósofo do século XX, que desenvolveu a denominada Teoria Pura do Direito. Paulo, Alexandrino (2015) esclarece que a ideia central desenvolvida pelo jurista é de que a Constituição é a norma fundamental cuja função é propagar uma lógica jurídica com a formação de um ordenamento jurídico sincronizado e sistematizado.

Destaca-se, portanto, a visão central do sentido jurídico da Constituição:

Segundo a visão de Hans Kelsen, a validade de uma norma jurídica positivada é completamente independente de sua aceitação pelo sistema de valores sociais vigentes em uma comunidade, tampouco guarda relação com a ordem moral, pelo que não existiria a obrigatoriedade de o Direito coadunar-se aos ditames desta (moral). A ciência do Direito não tem a função de promover a legitimação do ordenamento jurídico com base nos valores sociais existentes, devendo unicamente conhecê-lo e descrevê-lo de forma genérica, hipotética e abstrata. (PAULO, ALEXANDRINO, 2015, p. 7)

Kelsen alocou a Constituição no mundo do dever-ser, superior às leis naturais. Lenza (2014), quanto ao sentido jurídico, assevera que a Constituição é fruto da vontade racional do homem, firmando-a como norma hipotética fundamental que traz validade a todo ordenamento jurídico.

Pelo que se vê, na explanação do jurista, Kelsen defende a cisão entre as normas morais as quais devem ser objeto de estudo das ciências filosóficas e a normas constitucionais que devem ser objeto de estudo da ciência do Direito. Assim, firma-se a independência da Constituição num sentido eminentemente jurídico, divorciado de influências sociais, políticas ou filosóficas.

### **3.3 O sentido sociológico da Constituição**

É verdade que os motivos que levaram a lavratura de códigos perpassa pela necessidade de se organizar socialmente. Por isso, além de padrões de comportamentos ou formas de controle social, a codificação das normas são facilmente percebidas nas organizações.

Neste sentido, a visão sociológica destaca que a Constituição é criada no seio comunitário, sendo, portanto, um fato social. Parte-se, portanto, da realidade vivenciada por um povo, com influência das forças sociais. Dessa forma, caberia apenas a reunião e compilação daquilo que já é fato, sistematizando valores em um documento legitimado e quisto pelo povo.

Como precursor da visão sociológica, destaca-se o ilustríssimo sociólogo e político, Ferdinand Lassalle, que firmou o pensamento de que a Constituição não é uma norma, mas sim um fato social. Trata-se, na verdade, conforme Lenza (2014), da somatória dos fatores reais de poder que atuam dentro de uma sociedade.

Essa visão defende a seguinte premissa:

Segundo Lassalle, convivem em um país, paralelamente, duas Constituições: uma Constituição real, efetiva, que corresponde à soma dos fatores reais de poder que regem esse País, e uma Constituição escrita, por ele denominada "folha de papel". Esta, a Constituição escrita ("folha de papel"), só teria validade se correspondesse à Constituição real, isto é, se tivesse suas raízes nos fatores reais de poder. Em caso de conflito entre a Constituição real (soma dos fatores reais de poder) e a Constituição escrita ("folha de papel"), esta sempre sucumbiria àquela. (PAULO, ALEXANDRINO, 2015, p. 7)

Como se percebe, no entendimento da sociologia, as forças sociais de poder regem o conjunto da sociedade. Quando há algum descompasso que desestabiliza a harmonia social, as forças sociais de poder colidem, de forma a prevalecer uma delas ou, ainda, de forma surpreendente, se unem e formam uma nova força, de pensamento evoluído que estabiliza novamente o conjunto harmônico social.

O escrito formal de uma Constituição resume-se em alocação de fatos sociais e, de nenhuma forma, terá vida independente quando divorciada da essência social. De certo, o jurídico é reflexo do social. Ocorre que, no plano social, o dinamismo impera, ao passo que, no plano jurídico, predomina a rigidez, corolário da segurança jurídica.

#### 4 LONGEVIDADE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: HIATO PARADOXAL

Quando se rompe a ordem constitucional vigente, seja qual for o gatilho de ignição, forma-se nova ordem baseada nos motivos que levaram à ruptura. Isso quer dizer que aquele cenário formalmente constituído pela vontade popular – quando o poder do povo é representando pela classe política – se desajustou e não mais se sustenta diante da realidade vivenciada por este povo. Sob esse prisma, os passos da Ciência Jurídica não acompanha o dinamismo dos fatos sociais objeto da Ciência Sociológica, a ponto de uma resistir à outra, seja com a rigidez própria da constituição que visa a diversas limitações e também a segurança jurídica, contendo a progressão desenfreada dos valores sociais, seja com a manifestação do povo como forma de insatisfação dos valores impostos que entendem atrasados, exigindo mudanças.

Seria esse, então, o ciclo vicioso ao qual se sujeitam os povos e os sistemas jurídicos que eles próprios criaram? Estaria à deriva as nuances da Soberania Popular e da Constituição Soberana do Poder Originário? Ambos se anulam ou se completam?

Obviamente, não se pode reduzir a imensidão deste tema a um simples questionamento. É preciso, contudo, uma visão dialética desfocada entre um ou outro para se chegar a um pensamento impessoal e imparcial. Para Costa (2011), é paradoxal atribuir *soberania* a dois elementos distintos que se comungam. Forçoso é dizer que o povo é soberano, mas devem obediência aos limites da Constituição ou, ainda, que a Constituição Soberana não se submete ao Poder Ilimitado e Originário do povo. Pensadores contemporâneos têm evidenciado a incompatibilidade entre esses dois elementos.

Diante do ponto controverso, destaca-se:

A única forma de evitar que essa dupla soberania conduza a aporias seria mostrar que existe uma identidade necessária entre esses dois termos, o que afastaria a necessidade de resolver eventuais colisões entre os interesses populares e as regras constitucionais. (COSTA, p. 200, 2011)

De fato, deve haver um ponto de interconexão capaz de sustentar todo o sistema, seja de cunho jurídico, político ou sociológico. Não é raro haver mudanças na sociedade e, por conseguinte, deve haver transformações na Constituição para acomodá-la juridicamente no seio social.

Neste ínterim, ficou a cargo do Poder Constituinte Secundário o dever jurídico de manter a longevidade da Constituição. O capítulo destinado às manifestações do Poder Constituinte expôs a forma e os limites sob os quais eles se apresentam, para onde se remete o leitor.

Ocorre que há obstáculos denominados *limites constitucionais* os quais não podem ser superados pelo Poder Secundário, por expressa determinação constitucional. Dentre eles, destacam-se os limites materiais integralizados pelas cláusulas pétreas prevista na Vigente Carta Maior. De forma positiva, elas se apresentam como apreço à segurança jurídica e proteção dupla, superiores à *política ordinária*, Conforme Pedra (2006), as cláusulas pétreas firmam o núcleo duro da Constituição, do qual se extrai a essência imutável do Poder Constituinte Originário que grava nas gerações futuras o seu legado. No entanto, ao examinar os pormenores deste instituto, fica latente a incapacidade de se manter uma equação de resultado satisfatório em que um termo seja imutável e o outro seja evolutivo, a fim de se chegar ao resultado *longevidade*.

A doutrina aduz que:

Embora as cláusulas pétreas tenham sido concebidas para garantir, de forma ainda mais agravada, o ordenamento constitucional e a sua necessária estabilidade, o engessamento que elas proporcionam muitas vezes não atende às novas demandas da sociedade. Para que a Constituição de 1988 alcance a longevidade que dela se espera, não se pode deixar que o hiato existente entre a Constituição e a sociedade exija a elaboração de um novo texto constitucional, evitando-se assim os desgastes e os riscos inerentes à substituição do ordenamento jurídico. (PEDRA, p. 135, 2006)

Notadamente, percebe-se o viés do sentido sociológico trazido pelo doutrinador. No entanto, não se pode negar a racionalidade lógica presente no discurso. Novamente vem à tona a necessidade de se harmonizar valores impostos por uma Constituição juridicamente organizada à realidade social.

Isto posto, não é razoável depreender que a Constituição é concebida em um único momento. Miranda (1996), ao se debruçar sobre os ensinamentos de renomada doutrina, esclarece que não se poder delimitar a Constituição em um momento único chamado *criação*. Por certo, há, na verdade, um *processo* que perdura durante todo o tempo de sua aplicação, com influência de tudo e de todos que vivenciam e intervém na vida Constitucional. Não obstante o momento de sua inauguração influenciar fortemente toda sua programação futura, não está o futuro propriamente dito condicionado a um programa, sequer as gerações futuras podem ser condicionadas por diretrizes do passado, seria um golpe fatal à soberania popular.

Assim, percebe-se o descompasso existente entre os objetivos programáticos da Constituição e a realidade vivida, corroborando com um distanciamento que, paradoxalmente, visa à aproximação e à estabilização longínqua da Constituição da República Federativa do Brasil.

#### **4.1 (Des)necessidade de normas limitativas expressas: o advento da Teoria da Dupla Revisão e do Poder Constituinte Intermediário**

Como se vê, os limites delimitados pelo Poder Originário por meio de cláusulas pétreas, ao mesmo tempo em que propicia maior segurança jurídica contra investidas de forças políticas travestidas de vontade popular, acarreta o engessamento do próprio ordenamento, impedindo sua evolução em conformidade com a sociedade.

Há parte da doutrina que repudia qualquer tentativa de alteração ou outra interpretação avessa aos limites materiais que classicamente foram concebidos. Ainda que seja socialmente necessária, Lima Filho (2004) atesta que o progresso social não tem o condão de “destruir” a essência da Norma Superior, como se vê:

Não se pode, em nome do progresso social e do futuro das novas gerações, destruir a própria essência da Norma Superior. O fato de, apesar das vedações constantes das cláusulas pétreas não ter, em dados momentos histórico-político impedindo algumas reformas que contra elas atentaram, não pode ser, como de fato não é, justificção para se mutilar ou mesmo suprimir a própria Constituição. (LIMA FILHO, 2004, p. 139)

O discurso parece emotivo, por demasia. A defesa daquilo se chama de essência da Constituição não pode transitar em descompasso com o seio social. Não há lógica em lutar por algo em defesa daquilo que o povo, um dia, almejou mas que, hoje, o rejeita. Seria uma batalha entre o Poder Constituinte Originário e titular dele? Não pode essa tese prosperar.

O que se deve buscar é um entendimento dialético e sistemático, com vista ao ajustamento jurídico-social. Veja, em resumo, o que Pedra (2006) propõe:

No que concerne às limitações materiais impostas pelas circunstâncias históricas, na medida em que os motivos que ensejaram as cláusulas pétreas estiverem superados, mormente em razão da evolução da sociedade, e não estando mais presentes as situações conjunturais que as reclamaram, seria possível a superação de tais obstáculos por meio do poder constituinte não-revolucionário. A atuação desse poder tornaria possível a supressão de cláusula pétrea sem uma ruptura na ordem constitucional vigente. (PEDRA, 2006, p. 142)

No cerne dessa discussão, diante da possibilidade de o Poder não revolucionário, Constituído ou Secundário influenciar no núcleo duro da Constituição, veio à tona a defesa por parte considerável da doutrina, porém minoritária, a tese de que a revisão em dois tempos, ou denominada *Dupla Revisão* seria capaz de fundamentar a legitimidade daquele poder, atendendo aos preceitos sociais e jurídicos.

#### 4.1.1 Teoria da Dupla Revisão

Os amantes dessa teoria asseguram que o núcleo gravado pelas cláusulas pétreas pode ser alterado pelo próprio Poder Reformador, haja vista que não há proibição absoluta. O que há, na verdade, é uma dupla proteção às matérias ali definidas, ao passo que as emendas constitucionais e o seu processo legislativo de criação não são suficientes para promover, por si só, a alteração daqueles institutos.

É razoável, como se viu durante toda esta revisão bibliográfica, que o povo não está limitado e aprisionado naquilo que ele mesmo criou em dado momento histórico. Ferreira Filho (1995) claramente se despe do manto jurídico e retira a venda decorrente deste, ao organizar a ideia de que não há uma superioridade intrínseca entre os representantes que editam uma Constituição daqueles que posteriormente vão governar, pois ambos são representantes da mesma força propulsora; o povo. O cerne daquilo que sustenta a diferenciação entre o que é Poder Originário e o que é Poder Secundário e, assim, este se sujeitaria àquele, é a *convencionalidade*. Em razão da convenção feita pelo povo e para o povo, se justifica a diferenciação entre esses poderes, para subsidiar uma estabilidade das regras políticas e a continuidade do organismo social politicamente organizado.

Sob esse prisma, a teoria da Dupla Revisão se destaca entre os constitucionalistas modernos. A imposição perpétua de valores sociais não parece democrática, mas assume uma feição autoritária. Nesse aspecto, estaria o povo, representado pelo Poder Constituinte, subjulgando os povos futuros, representados pelo Poder Constituído? Certamente, não. Assim, defende a Dupla Revisão ser possível, caso o povo assim a queira. Essa teoria defende a seguinte metodologia:

Numa postura só aparentemente intermédia, afirma-se a validade dos limites materiais explícitos, mas ao mesmo tempo, entende-se que as normas que os preveem, como normas de Direito positivo que são, podem ser modificadas ou revogadas pelo legislador da revisão constitucional, ficando, assim, aberto o caminho para, num momento ulterior, serem removidos os próprios princípios correspondentes aos limites. Nisto consiste a tese da dupla revisão ou do duplo processo de revisão. [...] as normas de limites expressos não são lógica e

juridicamente necessárias, necessários são os limites; não são normas superiores, superiores apenas podem ser, na medida em que circunscrevem o âmbito da revisão, os princípios aos quais se reportam. Como tais – e sem com isto afectar, minimamente que seja, nem o valor dos princípios constitucionais, nem o valor ou a eficácia dessas normas na sua função instrumental ou de garantia – elas são revisíveis do mesmo modo que quaisquer outras normas, são passíveis de emenda, aditamento ou eliminação e até podem vir a ser suprimidas através de revisão. Não são elas próprias limites materiais. Se forem eliminadas cláusulas concernentes a limites do poder constituinte (originário) ou limites de revisão próprios ou de primeiro grau, nem por isso estes limites deixarão de se impor ao futuro legislador de revisão. Porventura, ficarão eles menos ostensivos e, portanto, menos guarnecidos, por faltar, doravante, a interposição de preceitos expressos a declará-los. Mas somente haverá revisão constitucional, e não excesso do poder de revisão, se continuarem a ser observados. Se forem eliminadas cláusulas de limites impróprios ou de segundo grau, como são elas que os constituem como limites, este acto acarretará, porém, automaticamente, o desaparecimento dos respectivos limites, que, assim, em próxima revisão, já não terão de ser observados. É só, a este propósito, que pode falar-se em dupla revisão. (MIRANDA, 1996, p. 206-207)

Essa corrente afirma que o procedimento para se chegar à possibilidade de alteração dos princípios e dos valores gravados pela cláusula pétrea é a revisão em dois turnos, se diferenciando do procedimento de Emenda Constitucional. Primeiramente, haveria a necessidade de se retirar do texto constitucional as normas que gravam a cláusula pétrea, como o próprio §4 do art. 60 da Constituição Federal, ou mesmo a alteração do art. 3º do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, retornando a revisão constitucional à baía de exercício do Poder Secundário. Num segundo momento, caso haja manifesta vontade popular, aquilo que estava gravado com cláusula de eternidade, poderia ser objeto de discussão e possibilidade de alteração.

Seria, então, plausível, segundo Miranda (1996), que um movimento revisor, ainda que periódico, viesse à tona nesses momentos de instabilidade. Diversos estudos corroboram com a maestria do ilustre doutrinador.

Depreende-se que:

Há que se buscar uma solução quanto ao problema em apreço, pois, se é preciso conferir um mínimo de estabilidade às constituições, é igualmente necessário não aprisionar o pensamento político das gerações que se seguem à feitura de uma Constituição. Nesse ponto, a revisão periódica poderia constituir-se em meio efetivo de manifestação de soberania popular, e uma homenagem à observância e reafirmação do princípio democrático. (KOEHLER, 2008, p. 144)

E ainda:

Para isso, deveriam deixar, as cláusulas pétreas, de ter a pretensão de imodificabilidade, passando a ser configuradas como mandamentos dotados de superagravamento, sendo possível as suas modificações, desde que se fossem

verificados e respeitados processos mais complexos para aludida alteração. (QUEIROZ, 2006, p. 130)

Destaca-se, no entanto, que esse posicionamento não é aceito pela maioria. A defesa perpassa pela narrativa de que seria uma afronta à identidade essencial da Constituição, de forma a ampliar demasiadamente os poderes atribuídos ao Poder Secundário. Disto posto, diante da (i)legitimidade discutida sobre este poder, vale se debruçar sobre os posicionamentos da Corte Suprema e o papel decorrente de sua função Constitucional.

#### 4.1.2 Poder Constituinte Intermediário ou Misto

A grande maioria das constituições dos Estados na modernidade apresentam características democráticas. É certo, também, que várias delas possuem matérias gravadas e protegidas pelo manto das cláusulas pétreas e, portanto, não podem ser alteradas pela via ordinária de reforma ou de atualização.

Parte desses sistemas, como a evolução social e a mudança dos valores sociais, sofreram severas críticas no que tange a instituição de cláusulas gravadas *ad eternum*, por atentarem, de certa forma, contra o princípio democrático. Assim, alguns autores defendem que não se pode exigir das gerações futuras aquilo que o constituinte entendeu inalterável em dado período histórico, pois isso atentaria contra o querer democrático. (LIMA FILHO, 2004)

Nesse cenário, o direito constitucional alemão, berço de renomados juristas, propôs uma nova classificação do Poder Constituinte como forma eficaz para conjugar o texto constitucional à realidade social. É o que assevera a doutrina:

Mas a eloqüente preocupação do direito constitucional alemão concernente ao equilíbrio entre o conteúdo do texto constitucional e a realidade social, marcadamente presente nos estudos de Hesse, certamente influenciaram os juristas germânicos a produzirem mecanismos que permitissem a modificação do texto constitucional (ainda que em sua identidade) dentro de um quadro de estabilidade, vale dizer, admitindo a alteração parcial da Constituição (mesmo que em relação a seus limites materiais) sem, contudo, elaborar todo um novo ordenamento. Nesse contexto, com amplos fundamentos de legitimação democrática e amparo racional, surge a tricotômica classificação do Poder Constituinte, de que fala o constitucionalista alemão Otto-Brun Bryde. (FRANCISCO *apud* QUEIROZ, 2006, 130)

Dá-se a nova classificação o nome de Poder Constituinte Intermediário. O autor narra a classificação tricotômica do Poder Constituinte, a saber: O poder Constituinte Originário como força inicial e inaugural de uma ordem jurídica; O Poder Constituinte Derivado como necessário para promoção das reformas ordinárias decorrentes de ajustamento entre o texto e a realidade social e, por fim, o Poder Constituinte Intermediário, como capacidade de promover

modificações da identidade constitucional sem que haja necessária elaboração integral de novo texto constitucional.

Por isso o nome *intermediário*. Seria a manifestação entre os Poderes Ordinário e Derivado. Queiroz (2006) demonstra o procedimento executório da manifestação deste poder:

O Poder Constituinte intermediário, desta forma, por meio de um processo previamente estabelecido, permite a superação dos limites materiais, com total amparo democrático, configurado, neste caso, pela legitimação advinda do plebiscito ou do referendo. (QUEIROZ, 2006, p. 131-132)

Dessa forma, com a participação do povo de forma direta, como garantia do exercício da soberania popular e exaltação do princípio de democrático, surge a doutrina do Poder Constituinte Intermediário, fundamental alternativa para adequar a manutenção e longevidade do sistema aos interesses sociais hodiernos, não alcançados pela rigidez exacerbada das cláusulas pétreas

## 5 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AOS LIMITES DE REFORMA: O PAPEL DE GUARDIÃO CONSTITUCIONAL

É nítida a barreira imposta ao Congresso Nacional quando se trata da Federação, da Separação dos Poderes, do Voto Direto, Secreto e Universal e também dos Direitos e Garantias Individuais. O Constituinte gravou um extenso arcabouço jurídico comprometendo a dinâmica das gerações futuras em favor da pretensão de proteger a nova ordem das sombras autoritárias de um passado próximo. Por outro lado, em estranho paradoxo, parece autoritária a decisão de impedir que um movimento *político-democrático* seja incapaz de modificar o que democraticamente se impôs.

Diante da inabalável barreira construída pela teoria do Poder Constituinte, sobre a qual impera os limites materiais, subjulgando as investidas do Congresso Nacional, aquele poder instituiu seu defensor, fadado a pelear as maiores batalhas: o Supremo Tribunal Federal.

Diz a Constituição de 1998: “*Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]*” (BRASIL, 1988).

O Supremo Tribunal Federal (STF), Corte Maior Brasileira, tem posição de destaque dentro no cenário constitucional. Justifica, portanto, ser ele alvo de diversos embates nas esferas jurídica, política e social. Quando se trata de Cláusulas Pétreas, enfatiza-se exponencialmente. Para Koehler (2008), o STF, como guardião da Constituição, é o interprete do conteúdo gravado, trazendo o alcance, o sentido, bem como os limites.

Nessa esteira, o STF teve de se manifestar diversas vezes. Cita-se, dentre uma delas, o julgamento de Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.448 do Distrito Federal, como se vê:

(...)

15. Portanto, as cláusulas pétreas devem ser interpretadas como proibição de supressão do núcleo de sentido dos princípios que consagram, não como a eternização de determinadas possibilidades contidas em sua área não-nuclear. Entendimento diverso representaria sufocar o espaço de conformação reservado à deliberação democrática, e engessar o texto constitucional, impedindo sua adaptação a novas demandas sociais legítimas, o que obrigaria à convocação repetida e desestabilizadora do poder constituinte originário. Uma interpretação ampliativa das limitações materiais ao poder de reforma poderia, assim, esvaziar o princípio democrático, sobretudo em países como o Brasil, onde as cláusulas pétreas abrangem considerável parcela dos dispositivos constitucionais. (BRASIL, 2016)

Aumenta ainda mais a discussão quando se percebe que as interpretações se modificam, dado o cenário sociopolítico e investidas populares. Assevera a doutrina:

A evolução da jurisprudência do STF a respeito dessa matéria demonstra o quão instável pode ser o posicionamento de nossa Corte Suprema, variando de acordo com fatores como o momento político vivido pelo país e a pressão popular. (KOEHLER, 2008, p. 154)

É nesse cenário que a análise proposta no presente estudo toma proporções contributivas da pesquisa acadêmica. O STF deve sim mudar seu entendimento, quando o cenário – frisa-se: a dialética entre os sentidos da Constituição – assim o exigir. Vale ressaltar, ademais, como se expos, que a Constituição não se encerra no momento de sua criação, mas se propaga no tempo, evoluindo-se, de forma a alcançar a tão longevidade defendida por todos. Dentro da teoria do Poder Constituinte, a força *originária* não se interrompe, pois é perene.

Daí se extrai a sensibilidade que o STF deve atribuir nas suas decisões. A crítica feita quanto à instabilidade dos posicionamentos da Corte Suprema não pode prosperar, pois é fruto próprio do seu dever de guardião. Muito mais que se manter o texto constitucional, busca-se testificar o que forças sociais constitucionalmente constroem.

Na conclusão do julgamento do Mandado de Segurança 34.448 MC/DF acima mencionado, o relator brilhantemente assevera:

(...)

34. As Constituições devem se equilibrar entre permanência e plasticidade, entre a vida e a morte. Se forem rígidas demais, correm o risco de se tornarem anacrônicas e serem substituídas. Para viverem longamente, precisam, portanto, se modificar. Porém, se forem excessivamente flexíveis, correm o risco de terem seus preceitos estruturantes, seu “núcleo essencial” e “identidade” destruídos, o que representaria igualmente o seu decreto de morte. Para cuidar dessas preocupações, há, de um lado, que se permitir emendas à Constituição e, de outro, que se buscar impedir que as reformas possam esvaziar determinados conteúdos, por meio da identificação de “cláusulas pétreas”. Esse é o delicado equilíbrio pelo qual deve velar o Judiciário. (BRASIL, 2016)

E ainda:

(...)

35. A legitimidade do controle de constitucionalidade material de emendas é um ponto bastante polêmico. A natureza aberta e vaga dos princípios protegidos pelas cláusulas de intangibilidade acaba conferindo às Cortes um poder enorme, que inclui a definição do próprio conteúdo do “núcleo essencial”, da “estrutura básica” ou da “identidade” da Constituição. Nesse sentido, para que possa ser conciliado com a democracia, o exercício dessa competência exige, mais do que uma interpretação restritiva dos princípios petrificados, uma postura de autocontenção das Cortes. Não

se deve esquecer que as emendas à Constituição são aprovadas mediante um processo mais dificultoso, que normalmente exige a formação de amplas maiorias, de modo que desfrutam de alto grau de legitimidade democrática e presunção reforçada de constitucionalidade(...). (BRASIL, 2016)

Árdua é a missão da Suprema Corte. A história mostra que toda ruptura de ordem precedeu a pretensões reclamadas por um grupo. Esse grupo, obviamente, caracterizava, em um primeiro momento, a frente minoritária de um sistema vigente majoritário. Em dado momento, por fatores políticos, jurídicos, sociais, entre outros, o que se definia como pensamento minoritário passou a formar a expressão da maioria.

Nogueira (2015) defende que o engessamento do pensamento das gerações futuras gravado pelas gerações anteriores, levará, necessariamente, à ruptura constitucional. Em determinados momentos, pode alguns grupos já não se conformar com os valores trazidos pelas cláusulas pétreas. Afirma, ainda: *“Logo, conceitualmente, se propelem à ruptura, as cláusulas pétreas significam um obstáculo natural e conceitual à perenidade constitucional!”*(NOGUEIRA, 2015, p. 86). Nesse aspecto, a longevidade do sistema vigente estaria evidentemente comprometida, aguardando o fortalecimento do vírus – diga-se, a minoria – que ao futuro o sucumbiria.

Portanto, cabe ao Supremo Tribunal Federal, como guardião do sistema vigente, irradiar o antídoto de preservação sistemática a fim de modular o dinamismo social, utilizando-se dos instrumentos de defesa para garantir a sustentação, a evolução e a longevidade constitucional, enfim.

### **5.1 A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal**

O Brasil, país de extensão continental, é composto por um povo extremamente diversificado e plural. A linha histórica brasileira é clara e suficiente para justificar essa concepção. Disto posto, o Brasil se construiu baseado na relação de grupos nativos indígenas e colonizadores portugueses e espanhóis, na chegada maciça de navios negreiros e no aumento dos movimentos migratórios, pelos quais chegaram ao Brasil pessoas oriundas da Europa, Ásia e África. Mais recentemente, destaca-se também o ingresso de estrangeiros advindo de países fronteiriços como, por exemplo, Cuba, Venezuela, Bolívia, Argentina, entre outros.

Diante de tamanha diversificação popular, Abboud (2012) questiona qual o parâmetro para se aferir o que se diz ser a vontade da maioria ou vontade da minoria. Quando se refere

sobre a maioria, os sistemas democráticos atuais dentro dos quais o Brasil é signatário instituíram *o voto* como manifestação da maioria da população.

Sobre isso, contribui a doutrina:

Para deslindar esse problema é que a democracia institui o voto como manifestação, buscando apurar qual a vontade da maioria da população. No Brasil, as leis são feitas por pessoas eleitas pela maioria da população, logo, seria verdadeiro contrassenso admitir que STF pudesse anular as leis do congresso, se ele tivesse que pautar sua conduta pela vontade da maioria. Seria irracional e ilógica tal hipótese! Na realidade, não poderia nem mesmo existir o controle de constitucionalidade. (ABBOUD, 2012, p. 6)

Percebe-se, então, que ao Executivo e, principalmente, ao Legislativo incumbe a representação da maioria, posicionando-se a favor dos grupos organizados aos quais representam. Por outro lado, o Judiciário e, mais precisamente, o STF detém o dever de assegurar os direitos e garantias inerentes às minorias. Não fosse assim, em constantes passos, caminhar-se-ia para uma *ditadura democrática* na qual se anularia por completo os anseios dos grupos minoritários e os colocaria sob o julgo soberano da maioria. Não pode prosperar.

Como se viu, *o povo* brasileiro é composto de índios nativos e de estrangeiros, de negros e de brancos, de minorias e de maiorias. Todo esse arcabouço diversificado constitui o Povo, titular de todo o Poder que se perfaz em cada parcela do todo. Restou ao STF o dever de garantir a voz daqueles não incluídos na maioria democrática em duplo sentido: o primeiro se perfaz na proteção dos direitos e garantias individuais frente ao Poder Público representado pela maioria democrática e o segundo se assenta na guarda da longevidade de todo o Sistema, contendo a insatisfação de parcela minoritária popular, de forma a controlar o surgimento revolucionário do Poder Constituinte Originário, como se viu.

## **5.2 Os aspectos delineares na interpretação das cláusulas pétreas pelo Supremo Tribunal Federal: função legiferante**

No introito deste estudo, destacou-se que temas como pena de morte, pena perpétua, redução da maioridade penal, condenação penal em segunda instância, entre outros temas, vem sendo palco de diversas discussões. Todos eles têm em comum o lastro de cláusula pétrea e, portanto, sequer podem ser objetos de discussão quando em propositura de Emenda Constitucional.

Certa vertente doutrinária, como defende Da Costa Júnior (2014), entende que essa proibição da Carta Constitucional de frear a atuação do Poder Constituinte Reformador,

impossibilitando que o processo de Emenda Constitucional seja suficiente para alterar as cláusulas pétreas, seja compreendida de forma não absoluta, pois não é plenamente imune a alteração, mas tão somente goza de processo ainda mais dificultoso. Para eles, o Processo de Dupla Revisão é a resposta jurídica capaz de transcender as barreiras do engessamento constitucional frente às novas tendências sociais.

Ocorre que são várias as críticas feitas sobre esse processo. Carlos Ayres Britto citado por Pedra (2006), afirma que a teoria da dupla revisão é o que de mais atécnico há diante de um contexto teórico Constitucional. Há severo baralhamento sobre o que se entende de Poder Constituinte e Poder Constituído, corrompendo a superioridade hierárquica da Constituição sobre as demais espécies normativas.

Conclui esse viés doutrinário: “*Portanto, as normas constitucionais que prevêm as cláusulas pétreas funcionam como limite exterior e superior ao poder de revisão, não podendo ser afastadas por este último.*” (KOEHLER, 2008, p. 142).

Embora guardem pertinência, as correntes doutrinárias de que defende a possibilidade da Dupla Revisão e de que abomina essa construção teórico-jurídica, ambas possuem aspectos extremistas que dificultam sua total aplicação.

A primeira dá a possibilidade ao Poder Reformador – diga-se: o Congresso Nacional – de manipular a proibição expressa feita pelo Constituinte Originário, que vedou a alteração via Emenda Constitucional. Parece-nos forçosa tal concepção. Não que seja impenetrável o instituto das cláusulas pétreas, mas certamente não será via Parlamento sua superação. A segunda corrente invalida qualquer meio que viabilize a alteração das cláusulas pétreas, que não seja por meio de Nova Constituição, com a ruptura completa do sistema vigente. Parece-nos também forçosa. Se assim o fosse, estar-se-ia em constante instabilidade, à espera das forças capazes de se organizar e desferir o golpe que derrubaria o Estado, formando, então, um *Estado Novo*, com sucessivas derrocadas.

Verdade é que o instituto das cláusulas pétreas e sua absoluta soberania não encontra sustentação na sociedade hodierna:

Como se vê, várias são as tentativas de se elaborar propostas sustentando que as cláusulas pétreas não podem ser compreendidas como limites absolutos à reforma constitucional, eis que é imprescindível um certo equilíbrio entre a indispensável estabilidade constitucional e a necessária adaptabilidade da Constituição à realidade social. (PEDRA, 2006, p. 144)

Então, frente à necessidade de equilíbrio e de estabilidade constitucional, propõe-se que a jurisdição constitucional fique atenta e sensível ao desenvolvimento social o qual deve ser refletido em desenvolvimento jurídico, sem que, para isso, seja desconstruída toda a sistemática vigente, haja vista ser o processo de ruptura constitucional um desgaste sobrecomum.

O ministro Gilmar Mendes é citado pela doutrina, sedimentando o que assevera:

“Aí reside o grande desafio da jurisdição constitucional: não permitir a eliminação do núcleo essencial da Constituição, mediante decisão ou gradual processo de erosão, nem ensejar que uma interpretação ortodoxa acabe por colocar a ruptura como alternativa à impossibilidade de um desenvolvimento constitucional legítimo.” (MENDES *apud* KOEHLER, 2008, p. 144)

Neste contexto, percebe-se que o STF, por diversas vezes, principalmente após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, manifestou-se reiteradamente, conforme Matta (2000), ressaltando para si o controle constitucionalidade de emendas que, em tese, contrariavam o instituto das cláusulas pétreas.

De certa forma, a proposta de emenda constitucional tendente a abolir o que se protege com gravame maior acaba sendo levada ao crivo do STF para que este faça a avaliação sobre aquilo que contraria ou não a Constituição.

Para enriquecer a discussão, é coerente demonstrar o que os julgadores integrantes do STF afirmam e defendem sobre o tema proposto. Cármen Lúcia citado por Pedra (2006) diz:

“Penso – mudando opinião que anteriormente cheguei a externar – que as cláusulas constitucionais que contêm os limites materiais expressos não podem ser consideradas absolutamente imutáveis ou dotadas de natureza tal que impeçam totalmente o exercício do poder constituinte derivado de reforma. Pelo menos não em um ou outro ponto. (...) De outra parte, considero imprescindíveis que, num sistema democrático, a reforma deste ponto nodular central intangível, inicialmente, ao reformador dependerá, necessária e imprescindivelmente, da utilização de instrumentos concretos, sérios e eficazes de aferição da legitimidade da reforma, instrumentos estes de democracia direta, pois já então não se estará a cogitar da reforma regularmente feita segundo parâmetros normativos previamente fixados, mas de modificações de gravidade e conseqüências imediatas para um povo, que se insurge e decide alterar o que se preestabelecera como, em princípio, imodificável”. (ROCHA *apud* PEDRA, 2006, 144)

No mesmo diapasão, o ministro Gilmar Mendes defende:

“Se se entendesse – o que pareceria bastante razoável – que a revisão total ou a revisão parcial das cláusulas pétreas está implícita na própria Constituição, poder-se-ia cogitar – mediante a utilização de um processo especial que contasse com a participação do Povo – até mesmo de alteração das disposições constitucionais referentes ao processo de emenda constitucional com o escopo de explicitar a idéia de revisão total ou de revisão específica das cláusulas pétreas, permitindo, assim,

que se disciplinasse, juridicamente, a alteração das cláusulas pétreas ou mesmo a substituição ou a superação da ordem constitucional vigente por outra”. (MENDES apud PEDRA, 2006, 145)

Ellen Gracie, em ADI 3105, por fim, conclui:

[...] ante a amplitude desmesurada que se lhe quer atribuir, 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. (BRASIL, 2005)

O STF, portanto, tem papel de destaque quando se trata das cláusulas pétreas. Isso se confirma ao avaliar, em contrário senso, o sistema de freios e contrapesos fixados pela separação dos poderes. A interpretação trazida pela Corte Suprema, em situações não compreendidas pelo instituto das Cláusulas Pétreas, pode ser totalmente refutada com a promulgação de uma Emenda Constitucional, trazendo novo texto ao tema interpretado. De forma semelhante, pode a Corte Suprema declarar inconstitucional uma Emenda do Congresso Nacional, freando um ao outro e contrabalanceando os poderes.

Mas as cláusulas pétreas não. São Intangíveis ao Congresso Nacional. Como se vê, conforme Koehler (2008), o Parlamento nada pode fazer contra o entendimento exarado pela Suprema Corte no que tange às cláusulas pétreas, tornando-se, de fato, o interprete final que regerá toda a sociedade até o advento de Nova Constituição por intermédio do Poder Constituinte Originário.

Vale destacar que, como guardião da Constituição Vigente, o STF batalhará ferozmente para reprimir as investidas do Poder Originário, posto que, o advento de nova ordem precede à derrota da Suprema Corte, por incapacidade de bem exercer o seu mister de guardião.

Embora haja posições contrárias, a forma de se chegar a certa estabilidade de todo o sistema reside na via interpretativa. Obviamente, por não se tratar de um método objetivo por completo, sujeito ao mínimo de subjetivação que seja, deve-se atentar aos princípios da hermenêutica jurídica, a fim de adequação o sistema ao cotidiano social.

Portanto, destaca-se:

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

jurídica, assegurador de direitos, e orientado pelos princípios da justiça, igualdade e liberdade. (QUEIROZ, 2006, p. 110).

É de fundamental importância que a ciência da interpretação envolva todos os cidadãos e os grupos sociais como forma de atualização Constituição, principalmente no que tange ao sentido sociológico dela, posto que todo aquele que vive sobre o manto regulamentar de uma norma, direta ou indiretamente, a interpreta com legitimidade. Não tem o jurista o monopólio da interpretação, antes, portanto, deve se atentar pela posituação do convívio social que é dinâmico, inconstante e heterogêneo.

## 6 CONCLUSÃO

A Teoria do Poder Constituinte foi de suma importância para os estudos da Constituição. De certa forma, trouxe um fundamento jurídico para explicar o surgimento e a extinção dos Estados, as formas pelas quais os agentes de poder se manifestam para a construção ou ruptura do ordenamento jurídico, além de trazer as formas de alteração do texto constitucional pela de via reformadora, difusa, supranacional ou, ainda, intermediária, como moderna doutrina defende.

Aliada à Teoria do Poder Constituinte, a matéria trazida pela doutrina das Cláusulas Pétreas tomou força nos estudos do Direito Constitucional e é facilmente perceptível a inclusão desse instituto nas diversas constituições mundiais, principalmente aquelas de predominante analíticas e rígidas.

De certo, a história demonstra os diversos cenários nos quais a sociedade enfrentou e tentou nova construção do texto constitucional, muitas vezes por meio da revolução. Nesse aspecto, em cada uma das constituições era percebida a preferência de um sentido destacado, seja um sentido político, jurídico ou sociológico.

Nesse íterim, como objeto de estudo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi promulgada, marcada pela influência longa e recente do período ditatorial, no qual se vislumbrou a carência em se proteger os direitos e garantias individuais diante de tamanha grandiosidade da força impositiva do Estado.

Assim, a Constituição Cidadã, como assim é chamada, gravou com cláusula pétrea um rol deveras extensivo de matérias, com o fim de promover a limitação do Poder do Estado e trazer maior segurança jurídica aos cidadãos. Com a imutabilidade pretendida pelas cláusulas pétreas e a rigidez no processo de reforma do texto constitucional, buscou-se a preservação e longevidade da Constituição.

Ocorre que a geração que se sucedeu questiona a significação e os fundamentos das Cláusulas Pétreas, propondo uma reflexão sobre esse instituto, principalmente por estar na vigência de um *Estado Democrático de Direito* em que o princípio democrático deve reger as relações políticas, jurídicas e sociológicas. O que se discute, em suma, é a absoluta imutabilidade das cláusulas pétreas ainda que democraticamente sejam superadas pela vontade popular. Não se trata de retirar direitos ou garantias protegidos pelas cláusulas pétreas, mas compreender que a norma limitativa de reforma não encontra sustentação sólida, haja vista ser o povo o condutor do Sistema Constitucional, cabendo ao texto constitucional refletir o que se vive no meio social.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, por diversas vezes, posicionou-se sobre as questões que envolvem a limitação do Poder de Reforma e o alcance das matérias gravadas com Cláusula Pétrea.

É oportuno, então relembrar a problemática dessa pesquisa que gira em torno da seguinte pergunta: diante da impossibilidade do Poder Constituinte Reformador em deliberar sobre projetos tendentes a abolir determinadas matérias, há outra manifestação do Poder Constituinte com legitimidade para alterar as cláusulas pétreas?

A análise confirmou que a manifestação do Poder Constituinte Reformador, no modelo apresentado pela doutrina do Poder Constituinte, não é suficiente para propor alterações sobre as matérias gravadas com cláusula *Ad Eternun*, mesmo percebendo que, de forma prática, aqueles que compuseram a Assembleia Constituinte, sob o manto do Poder Originário, foram os mesmo que sentaram nas cadeiras do Congresso Nacional. É o caso do Brasil. A Constituição de 1988 foi iniciada por uma Emenda Constitucional da então vigente Carta Constitucional de 1967, ou seja, na prática, o Poder Reformador da Constituição de 1967 tomou forma de Poder Originário e promulgou a atual Constituição da Republica Federativa do Brasil.

Ainda assim, a análise seguiu sua trajetória, contestando a imposição restritiva dada pela Teoria do Poder Constituinte, posto que, por muitas vezes, esta sendo utilizado para tornar matérias absolutamente intangíveis ao princípio democrático.

Percebeu-se que a instabilidade e o dinamismo social dificulta o acompanhamento do Direito, por ser este estável e rígido. Isto posto, diante da necessidade de evolução do texto constitucional frente à realidade social e a impossibilidade do Poder Reformador em manter a atualização quando se tratar de matérias abrangidas pelas cláusulas pétreas, o Supremo Tribunal Federal foi coloca em posição de destaque quando da elaboração do texto constitucional de 1998, apresentando-se como Guardiã Constitucional.

É a interpretação a arma que possibilita ao STF travar as batalhas em defesa do texto constitucional. Como se sabe, o Poder Constituinte Difuso é caracterizado pela mutação constitucional, pela qual não se altera a formalidade do texto, mas somente a interpretação. Por isso, quando se trata das matérias trazidas pelas cláusulas pétreas, o STF deve adequar o entendimento do texto ao realismo social. A própria teoria sedimentada pelo STF acerca da inexistência de direitos absolutos se coaduna com a função interpretativa atribuída a Suprema Corte a fim de guardar e preservar a ordem constitucional vigente.

Percebe-se que árdua é a missão do STF. Deve a Corte Suprema estar sensível àquilo que socialmente desestabiliza o sistema, ditando a interpretação cabível, de forma a vencer o entrave que poderá ensejar no surgimento de tamanho poder – diga-se, a Poder Originário – que trará a ruptura de toda a ordem, o que, de certa forma, depreende-se que a Corte Suprema não desempenhou seu mister de guardião, permitindo o crescimento de quem o obliterará.

Não se pretende esgotar o estudo do tema, mas busca-se a contribuição nas frentes de pesquisa do Direito Constitucional. Novos trabalhos são necessários no aprofundamento sobre o Poder Constituinte Difuso e nova espécie trazida pela moderna doutrina chamada Poder Constituinte Intermediário, temas importantes para sedimentar a cientificidade da matéria.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. **Revista dos Tribunais, São Paulo**, v. 921, p. 191-214, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 31 Ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 34448 em Medida Cautelar. Relator: Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 10/10/2016, publicado em Processo Eletrônico em Diário da Justiça Eletrônico – 218. 11 out 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade 3105. Relator (a): Min. ELLEN GRACIE. Relator p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, julgado em 18/08/2014, publicado em Diário de Justiça. 18 fev 2005.

COSTA, Alexandre Araújo. O poder constituinte e o paradoxo da soberania limitada. **Teoria & Sociedade**, nº 19.1. p.198-227 – jan/jun de 2011. Disponível em: <<http://www.teoriaesociedade.fafich.ufmg.br/index.php/rts/article/view/16>>. Acesso em 31 Ago. 2019.

DA COSTA JÚNIOR, Antônio Iris. A possibilidade jurídica de Superação das cláusulas pétreas na Constituição Federal de 1988. **Direito em Ação-Revista do Curso de Direito da Universidade Católica de Brasília**, v. 12, n. 1, 2014. Disponível em: <<https://bdtd.ucb.br/index.php/RDA/article/viewFile/5865/3812>>. Acesso em 31 Ago. 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. – 3. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das "cláusulas pétreas". **Revista de Direito Administrativo**, v. 202, p. 11-17, 1995. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46613/46348>>. Acesso em 31 Ago. 2019.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2002.

KOEHLER, Augusto Leopoldino. Reflexões acerca da legitimidade das cláusulas pétreas. **Revista jurídica da seção judiciária de Pernambuco**, n. 1, p. 131-159, 2008. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/69>>. Acesso em 03 Set. 2019.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. – 18. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA FILHO, Francisco das C. Alteração das cláusulas pétreas e o poder constituinte evolutivo. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, RS, v. 70, n. 1, p. 130-141, jan./jun. 2004. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/3813>>. Acesso em 31 Ago. 2019.

MATTA, José Eduardo Nobre. Emenda do Judiciário – “Quem garantirá as garantias?”. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro-RJ, v. 3, n. 10, 2000, p. 201. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista11/revista11.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista11/revista11.pdf)>. Acesso em 31 Ago. 2019.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996. 2 t.

MORAIS, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014.

NOGUEIRA, Cláudia de Góes. A impossibilidade das cláusulas pétreas vincularem as gerações futuras. **Revista de informação legislativa**, v. 42, n. 166, p. 79-93, abr./jun. 2005. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496898/RIL166.pdf?sequence=1#page=8>>. Acesso em 31 Ago. 2019.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. – 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

PEDRA, Adriano Sant’Ana. Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas. **Revista de informação legislativa**, v. 43, n. 172, p. 135-148, out./dez. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/93266>>. Acesso em 31 Ago. 2019.

QUEIROZ, José Guilherme Carneiro et al. **O princípio democrático, o dinamismo social e as cláusulas pétreas**. 2006. Disponível em: <<https://tede.pucsp.br/handle/handle/7342>>. Acesso em 31 Ago. 2019.

QUEIROZ, José Guilherme Carneiro. A interpretação constitucional como adaptação histórica do conteúdo normativo da Constituição frente às cláusulas pétreas. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, a. 13, n. 52, 182-196, jul./set. 2005.

SEREJO, Paulo. Conceito de Inconstitucionalidade. **Revista Jurídica Virtual da Casa Civil da Presidência da República**. Vol. 1, n. 19, dez./2000.