

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

**PROCESSO LEGISLATIVO PARTICIPATIVO:
Controle popular da reforma constitucional**

Mariano Henrique Maurício de Campos

**Belo Horizonte
2010**

Mariano Henrique Maurício de Campos

**PROCESSO LEGISLATIVO PARTICIPATIVO:
controle popular da reforma constitucional**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Orientadora: Marinella Machado Araújo

**Belo Horizonte
2010**

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

C198p Campos, Mariano Henrique Maurício de
Processo legislativo participativo: controle popular da reforma
constitucional/ Mariano Henrique Maurício de Campos. Belo
Horizonte, 2010.
111f.

Orientadora: Marinella Machado Araújo
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de
Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Reforma constitucional - Participação popular. 2. Clausula
pétrea. I. Araújo, Marinella Machado. II. Pontifícia Universidade
Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.
III. Título.

CDU: 342.571

Mariano Henrique Maurício de Campos

**PROCESSO LEGISLATIVO PARTICIPATIVO:
Controle popular da reforma constitucional**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Prof. Dra. Marinella Machado Araújo (Orientadora) – PUC/MG

Prof. Dr. Álvaro Ricardo de Souza Cruz – PUC/MG

Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães – PUC/MG

Belo Horizonte, 17 de março de 2010.

Dedico à Fabiana, Ana Luísa e Mariana,
presenças indescritíveis na minha vida.

Dedico à minha bisa Isaúva, meus avós
José Mariano e Vitória, Ananias (*in
memorian*) e Aparecida, pois são esteio da
família, inspiração de vida e perseverança.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Gilmar e Luciene, pelo apoio constante, mesmo que no silêncio das ações do dia-a-dia.

Agradeço aos professores da PUC Arcos-MG, Luciana Costa e Anaximandro Feres pelo incentivo e a ajuda na fase de elaboração do projeto, sem os quais o ingresso no Programa de Pós-Graduação seria impossível. A vocês minha eterna gratidão.

Agradeço à professora orientadora Marinella Machado Araújo pela confiança, por ter acreditado na minha capacidade intelectual e, sobretudo, pelo apoio moral nos momentos mais difíceis da pesquisa.

Agradeço aos professores Álvaro Ricardo de Souza Cruz e José Luiz Quadros de Magalhães pelas críticas e sugestões manifestadas por ocasião da defesa deste trabalho perante a banca examinadora.

Agradeço aos inúmeros colegas do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas (NUJUP), especialmente os colegas do grupo de trabalho *Administração Pública Dialógica*, na pessoa de Gabriela Mansur Soares pela troca constante de conhecimento ao longo desses dois anos, contribuindo muito para o desenvolvimento deste e outros trabalhos.

Agradeço ao conterrâneo, amigo e compadre Firmino Júnior pelo compartilhar das incertezas, angústias, alegrias, seu conhecimento na área da Comunicação Social e até mesmo o quatinho da pensão em Belo Horizonte, neste momento de crescimento acadêmico que vivenciamos juntos ao longo desses dois anos.

Agradeço aos demais colegas e professores do Programa de Pós-Graduação em Direito (e aqui não citarei nomes para não ser injusto) seja pela troca de informações e conteúdos didáticos, seja pela conversa de corredor sobre os mais variados temas do direito moderno, pois certamente influíram bastante no meu crescimento acadêmico. Tamanha contribuição levarei pro resto da vida.

Agradeço à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais pelo fomento.

Agradeço ao Dr. Pedro dos Santos Barcelos pelo apoio nos momentos difíceis, pela oportunidade profissional e pelo constante incentivo. Sou sempre grato pela oportunidade que me concedeu, de conhecer o mundo jurídico em seus aspectos práticos cotidianos, me ensinando o valor da paciência, da simplicidade e da valorização do jurisdicionado.

Enfim, não menos importantes que os demais, agradeço a todos que influenciaram, torceram e rezaram pela conclusão e sucesso deste trabalho, pois, com certeza, sem esse apoio, mesmo que anônimo, a tarefa seria ainda mais árdua e desgastante.

“Alguns não conseguem se libertar dos seus próprios grilhões, mas conseguem libertar os amigos.”

Nietzsche

“A vida pode ser comparada a um bordado que no começo da vida vemos pelo lado direito e, no final, pelo avesso. O avesso não é tão bonito, mas é mais esclarecedor, pois deixa ver como são dados os pontos.”

“Os reis deixaram aqui suas coroas e cetros; os heróis, suas armas. Mas os grandes espíritos, cuja glória estava neles e não em coisas externas, levaram com eles sua grandeza.”

A.Schopenhauer

RESUMO

Esta dissertação analisa os limites da reforma constitucional, especialmente das emendas constitucionais, na perspectiva do Estado Democrático de Direito. Num momento de pouca credibilidade do Poder Legislativo como vivenciamos hoje, sobretudo na esfera federal, o trabalho busca a reflexão sobre a necessidade de reinterpretar as cláusulas pétreas do artigo 60,§4º da Constituição Federal de acordo com teorias que consagram a participação popular. As cláusulas pétreas são consideradas, classicamente, como obstáculos insuperáveis em uma reforma da constituição e é com este paradigma que pretendo romper, adequando o processo legislativo da emenda constitucional ao princípio da soberania popular. Além da reforma constitucional, o trabalho analisa, mesmo que superficialmente, temas como poder constituinte, democracia representativa, mutação constitucional, a evolução das cláusulas pétreas nas constituições brasileiras, além de cada inciso do artigo 60,§4º da Constituição. Retrata teorias que enxergam na participação popular, seja através da procedimentalização do discurso, seja através de mecanismos de contestação das decisões públicas mais relevantes, o caminho para conferir mais legitimidade aos atos de decisão do Estado. Enfim, a limitação do Poder Constituinte Derivado deve assegurar a efetividade do Estado Democrático de Direito, a partir de mecanismos adequados a um processo legislativo participativo, que possibilite o controle popular da reforma constitucional, através de meios já institucionalizados como a iniciativa popular e ainda através de outros mecanismos de participação popular no processo legislativo, nas fases de elaboração e aprovação de Emendas Constitucionais, como por exemplo, a previsão de audiências públicas, fóruns temáticos, seminários, a existência de conselhos populares de reforma constitucional.

Palavras-chave: participação popular; reforma constitucional; cláusulas pétreas.

ABSTRACT

This thesis examines the limits of constitutional reform, especially the constitutional amendments in view of the democratic state of law. In a time of low credibility of the legislative branch as we saw today, especially at the federal level, the work aims to reflect on the need to reinterpret the immutable clauses of Article 60, § 4 of the Constitution in line with theories which provide popular participation. The clauses are considered immutable, classically, as insurmountable obstacles to a reform of the constitution and it is this paradigm that I want to break, adjusting the legislative process of constitutional amendment to the principle of popular sovereignty. In addition to constitutional reform, the paper analyzes, even superficially, issues such as constituent power, representative democracy, constitutional mutation, evolution of immutable clauses in the constitutions of Brazil, in addition to each item of Article 60, § 4 of the Constitution. It portrays the theories that see people's participation, either through procedimentalização speech, either through mechanisms for challenging decisions most relevant public, the way to bring more legitimacy to the acts of State's decision. Finally, limiting the power Derived Constituent shall ensure the effectiveness of the democratic state of law, as appropriate mechanisms for a participatory decision-making process, enabling the control of popular constitutional reform by means of already institutionalized as the popular initiative and through other mechanisms for popular participation in the legislative process in the preparation and adoption of Constitutional Amendments such as the provision of public hearings, forums, seminars, the existence of councils of popular constitutional reform.

Keywords: popular participation, constitutional reform; immutable clauses

LISTA DE SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

AP – Ação Penal

CF/88 – Constituição Federal promulgada em 1988

CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito

DEM – Democratas

EC – Emenda Constitucional

IPMF – Imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira

NUJUP – Núcleo Jurídico de Políticas Públicas

PEC – Proposta de Emenda à Constituição

PPGD – Programa de Pós-Graduação em Direito (PUC MINAS)

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 LIMITAÇÕES MATERIAIS AO PODER DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO: O PARADIGMA DEMOCRÁTICO DE ESTADO E NECESSIDADE DE NOVA INTERPRETAÇÃO.	20
2.1 Cláusulas pétreas e constitucionalismo.	21
2.2 As cláusulas pétreas e o poder constituinte.	27
2.3 As mutações constitucionais.	33
2.4 As cláusulas pétreas e o Supremo Tribunal Federal	34
3 EVOLUÇÃO DO ARTIGO 60, §4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	38
3.1 Federalismo de cooperação como cláusula pétrea: como garantir autonomia política das unidades federadas (direito de secessão) e autonomia privada	45
3.2 Direitos fundamentais como cláusula pétrea no Estado Liberal: instrumento de efetividade da ordem jurídico-constitucional democrática?	54
3.3 (Re)pensando a separação de poderes como cláusula pétrea e sua função instrumental para concretização de leis no Estado Democrático de Direito.....	59
3.4 Voto universal e representatividade: causa ou efeito do déficit democrático no estado de direito brasileiro?.....	63
4 NOVA CONCEPÇÃO DO PROCESSO LEGISLATIVO DE REFORMA CONSTITUCIONAL: A NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO POPULAR.....	69
4.1 Aspectos do debate entre liberais e republicanos.	73
4.2 O problema da legitimidade no plebiscito e referendo	79
4.3 A participação popular como instrumento de controle social e fundamento de legitimidade das leis: Habermas e Pettit.....	89
5 CONCLUSÃO.....	99
REFERÊNCIAS	103

1 INTRODUÇÃO

O dilema do pesquisador, acredito, é a escolha tanto do tema quanto do problema de pesquisa a ser trabalhado. A escolha do tema envolve, além da afinidade, os projetos pessoais e profissionais do pesquisador, pois muitas das vezes ele pode estar afeto a área que se pretende seguir na carreira. A questão da afinidade pode ser melhor delineada a partir das características do pesquisador e seus trabalhos anteriores. A continuidade de um projeto traz desenvolvimento à pesquisa, influenciando diretamente na produção acadêmica do pesquisador, o qual, certamente, terá mais facilidade para discorrer sobre um tema que já pesquisou ou tenha iniciado um trabalho.

No meu caso, por ocasião do desenvolvimento da monografia de conclusão da graduação em Direito no primeiro semestre de 2007, pesquisei justamente a efetivação do princípio da soberania popular consagrado na Constituição Federal em face da limitação material de reforma do texto constitucional. Naquela oportunidade, a conclusão da pesquisa foi pela negação ao Estado Democrático de Direito vez que o princípio da soberania popular é limitado pelo artigo 60, §4º da Constituição Federal.

Continuei os estudos sobre o tema e desenvolvi o projeto da presente pesquisa de mestrado, que era pré-requisito para ingresso no Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas. Desta forma, pude perceber que não se trata de negar o Estado Democrático de Direito, sobretudo, porque o problema não é interpretá-lo. O problema reside na interpretação que se dá às cláusulas pétreas constantes no artigo 60, §4º da Constituição Federal, que devem ser lidas segundo o paradigma inaugurado em 1988, que é justamente o Estado Democrático de Direito.

Com a pesquisa de mestrado percebi que a doutrina brasileira, essencialmente, os constitucionalistas clássicos, ainda trabalha a questão da reforma da constituição sob o enfoque do liberalismo político. Ou seja, resiste um hiato entre sociedade e Estado sem ser preenchido. Ora se trabalha a autonomia privada, ora a autonomia pública, uma em detrimento da outra, o que redundará na interpretação das cláusulas pétreas sob a perspectiva do Estado Liberal de direito, privilegiando a autonomia privada, a democracia representativa e uma interpretação extremamente legalista das normas constitucionais de reforma.

Outro ponto de partida da monografia, por ocasião da conclusão da graduação, foi a ausência de legitimidade política nas decisões de emenda à Constituição. A existência de *lobby*, do exercício do poder do capital e das relações de interesses no meio político, a

propaganda dirigida, a manipulação da opinião a partir de veículos de informação a serviço da classe dominante, faz da atividade legislativa uma forma de barganha entre os interesses privados e o Poder Legislativo.

Isto se dá, sobremaneira, porque no Brasil - como na maioria dos países – adota-se o modelo do Estado de Direito, baseado na regulação da vida em sociedade através de leis votadas e aprovadas por um parlamento eleito. Daí o interesse dos grupos em serem favorecidos por leis que, no mínimo, não interfiram em suas áreas de atividade. Exemplo disso foi o *lobby* realizado pelas instituições financeiras pela revogação do artigo 192,§3º da Constituição Federal, que limitava a taxa de juros anual a 12%, através da redação dada ao dispositivo em comento pela Emenda Constitucional nº 40/2003.

Na concepção liberal, a Constituição é sinônimo de limitação do poder político, o Estado é legitimado pelo direito e pelo regime representativo. Sobressai neste modelo o princípio da separação de poderes, em que órgãos distintos possuem poderes diferentes, num sistema de controle recíproco. O direito é um sistema de regras cuja finalidade é estabilizar as expectativas de comportamento, em prol dos interesses privados.

Schmitt já alertava para a contradição no cerne do regime liberal democrático pois o liberalismo nega a democracia e esta nega aquele, face a discrepância entre o princípio da identidade coletiva, no sentido de identidade da lei com a soberania popular e o princípio da representação. (MOUFFE, 1994).

Portanto, decidi aprofundar a pesquisa iniciada na graduação a fim de verificar quais os pressupostos da reforma à constituição, o significado das cláusulas pétreas, bem como a necessidade de diminuir o hiato existente entre a população e o Estado, principalmente, o Poder Legislativo, estudando teorias relativas à concretização das normas constitucionais e participação popular no processo legislativo.

Daí o problema de pesquisa: qual o papel da limitação existente nas cláusulas pétreas do artigo 60,§4º da Constituição Federal no contexto do Estado Democrático de Direito? A hipótese que trabalho é de que a limitação do Poder Constituinte Derivado deve assegurar a efetividade do Estado Democrático de Direito, a partir de mecanismos adequados a um processo legislativo participativo, que possibilite o controle popular da reforma constitucional, através de meios já institucionalizados como a iniciativa popular e ainda através de outros mecanismos de participação popular no processo legislativo, nas fases de elaboração e aprovação de Emendas Constitucionais, como por exemplo, a previsão de audiências públicas, fóruns temáticos, seminários, a existência de conselhos populares de reforma constitucional etc.

É fundamental antecipar ao leitor que parto da premissa básica de que o processo legislativo tradicional, especialmente de reforma da Constituição, não garante legitimidade dos textos legais produzidos em face, justamente, do déficit democrático reconhecido pela doutrina, seja a partir do juízo de justificação, seja o de aplicação. A consequência deste processo deficitário é a geração de leis que criam apenas direitos simbólicos e, no caso das normas constitucionais, gera um *constitucionalismo simbólico* (NEVES, 2007).

Mas o foco do trabalho é investigar o problema de legitimidade do processo de reforma da constituição através do discurso de justificação do direito, entendendo este como aquele que se refere à *validade das normas, e se desenvolvem com o aporte de razões e formas de argumentação de um amplo espectro (morais, éticas e pragmáticas)*, estruturada no processo legislativo constitucionalmente democrático. (OLIVEIRA, 2002:85)

É a partir do problema da democracia atual, consubstanciado na cisão existente no Estado em duas vertentes, uma que se volta para o resultado econômico e a outra com um viés ético, de garantia dos direitos fundamentais, que nasce o emblemático conflito entre a legalidade e a legitimidade. (SCHMITT, 2007:ix). O Estado assumiu várias formas ao longo da história e a instituição do poder soberano também admitiu diversas modalidades, mas o certo é que o processo de instituição da legalidade por meio da vontade popular assumiu uma condição privilegiada em diversos sistemas, como o ordenamento jurídico brasileiro, tendo a expressão máxima no artigo 1º, parágrafo único da Constituição de 1988, no entanto, não há respaldo prático para que este princípio basilar seja efetivo.

O Constitucionalismo dos últimos 200 anos se propôs a estudar temas conflitantes por sua própria natureza como constituição e democracia, mas o certo é que essa tensão permanente está longe de concepções definitivas, estando sempre abertas à discussão e incorporação de novas idéias. Neste contexto não há como abandonar todo o repertório teórico produzido, não obstante a tendência natural de boa parte da doutrina em adotar uma construção típica do liberalismo político em detrimento de outras formas, como por exemplo, a democracia participativa.

Partindo deste pressuposto, na investigação que proponho não está embutida uma formulação que vise simplesmente rechaçar a construção teórica produzida ao longo de todos esses anos de estudo do constitucionalismo, porém, busco uma forma alternativa de pensar a democracia para relacioná-la com as formulações do constitucionalismo em prol da garantia e da efetividade da participação popular no processo de reforma da constituição.

Nesse sentido, pretendo trabalhar com alguns aspectos do processo legislativo previsto na Constituição de 1988, principalmente em relação a reforma constitucional desempenhada

pelo constituinte derivado, pois, da forma como vem ocorrendo, pode colocar em risco o sistema de legalidade. Trazer à baila temas como a origem das reformas à constituição, a limitação material ao poder de reforma da Constituição brasileira de 1988, a relação das cláusulas pétreas com o constitucionalismo, com o poder constituinte, as mutações constitucionais são importantes objetivos deste trabalho. Do mesmo modo, o estudo de teorias que consagram a participação popular e a concretização das normas constitucionais como mecanismos de integração da sociedade, bem como formas de garantir a legitimidade política das decisões do Estado são cruciais, não podem ser esquecidas, embora seja impossível analisá-las em todas as minúcias.

Com tantos objetivos, não é possível descrever cada um destes temas que se relacionam com o objeto pesquisado de forma aprofundada. Pequenos apontamentos, descrições históricas e breves citações ajudam a apresentar os temas ao leitor, sem estender e tornar o texto cansativo, e por outro lado, contribuindo para discussão do problema de pesquisa proposto. Desde já, indico os trabalhos em referência ao longo da pesquisa caso o leitor se interesse em aprofundar seu estudo sobre alguns dos temas lançados. É oportuno mencionar aqui que a pesquisa não esgota, tampouco, encerra minha investigação sobre o tema, o qual representa, além do objetivo acadêmico, que é primordial, um ponto de vista pessoal e, acredito, bastante peculiar sobre a matéria versada nesta dissertação.

Por isso não há como deixar de revelar que a presente pesquisa foi influenciada, também, pelas discussões sobre vários temas afetos no grupo de pesquisa *Administração Pública Dialógica*, junto ao Núcleo Jurídico de Políticas Públicas (NUJUP/OPUR), vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Puc Minas, sob coordenação da professora Marinella Machado Araújo, que também é minha orientadora neste trabalho.

Desde já adianto um questionamento que foi básico em todos os momentos de discussão sobre o problema aqui apresentado, durante a elaboração da dissertação e nas reuniões do grupo de pesquisa: a proposta de um poder constituinte permanente, com a tendência de relativização das cláusulas pétreas do artigo 60,§4º em face do princípio da soberania popular não esvaziaria o conteúdo destes limites ao poder reformador, de acordo com a atual interpretação dada ao princípio federativo, à separação de poderes, aos direitos fundamentais e ao voto?

Bom, se o leitor lembrar que o nosso pacto federativo há muito tempo é questionado por ser considerado centralizador, autoritário e até mesmo inconstitucional (MAGALHÃES, 2000:15); pelo fato de que somente as disposições normativas não conseguem assegurar a aplicação prática do princípio federalista à realidade nacional (ROCHA, 1997:162); ou ainda

que o peso centralizador da União, quase absoluto, sufoca política e economicamente os Estados-membros e os Municípios (BONAVIDES, 1985), enxergará o engodo que vivemos no país acerca da aplicação das cláusulas pétreas, no caso citado, da cláusula que protege o federalismo.

Muitas das vezes a ofensa ao princípio federalista não será franca e declarada, no entanto, ações constitucionais e governamentais podem ferir o nosso pacto federativo constitucional, como por exemplo, no que tange à repartição de receitas entre a União e os entes federados através da recente diminuição do repasse do Fundo de Participação dos Municípios que teve um grande destaque na imprensa, ou até mesmo a competência legislativa privativa da União, que não raras vezes é corroborada pelo próprio Judiciário, leia-se o Supremo Tribunal Federal, como no caso da ADI 3895/SP (BRASIL, 2008a), cujo julgamento realizado em 04/06/2008 assentou a competência privativa da União sobre a edição de leis sobre jogos de azar.

Inclusive, os sedimentados entendimentos do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a impossibilidade de declarar a inconstitucionalidade de norma constitucional e da Corte não exercer o controle do Poder Constituinte Originário justificam a investigação sobre a possibilidade de intervenção judicial para proteção do direito fundamental de participação popular no processo de reforma constitucional, como alternativa de interpretação do tema, sem correr o risco de ferir a jurisprudência do Supremo.

E o engodo não se resume ao federalismo. O tema da separação de poderes também é causa vertiginosa de ofensa ao sistema de reforma constitucional, como por exemplo no caso da emenda constitucional nº 45/2004 que instituiu o sistema de súmulas vinculantes através da inclusão do artigo 103-A na Constituição Federal, cuja crítica já fizemos por ocasião do XVIII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) realizado nos dias 04 a 07 de novembro de 2009 em São Paulo¹, que pode ser resumida na escamoteação de competência legislativa pelo Poder Judiciário.

No campo das emendas políticas, a EC nº16/97 possibilitou que o presidente em exercício naquela época, Fernando Henrique Cardoso, pudesse se recandidatar ao cargo, praticando um ato sem precedentes na história político-normativa, pois foi o próprio Presidente que teve a iniciativa da emenda para se beneficiar, posicionado-se contrariamente aos os mandatos presidenciais anteriores, com exceção do regime ditatorial de Getúlio Vargas

¹ SÚMULAS VINCULANTES E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: uma reflexão à luz da norma hipotética fundamental kelseniana (Gabriela Mansur Soares; Mariano Henrique Maurício de Campos). O trabalho foi apresentado e até a data de depósito da presente dissertação não foi publicado, mas poderá ser acompanhado pelo leitor através do link: http://www.conpedi.org/trabalhos_aprovados_2009.htm.

que permaneceu por mais de 15 anos no poder, já que nem o regime militar privilegiou a reeleição. Para não ficar aquém da legalidade, a alternativa foi reformar a constituição, alterando a redação original do artigo 82. (MULLER, 1999).

Outra emenda política é a que consagra o aumento do número de vereadores (EC nº 58/09), impactando os orçamentos municipais, ao passo que no ano de 2009 a queda do Fundo de Participação dos Municípios foi motivo de preocupação para as administrações municipais.

Estes e tantos outros exemplos de ofensa ao prefeito fundamental da participação popular, conseqüentemente, ofensa às cláusulas pétreas me permitem questionar, conforme o problema assinalado, o processo legislativo tradicional de reforma à constituição a fim de moldá-lo ao Estado Democrático de Direito, tão caro à Carta Republicana de 1988. Justifico ainda minha pretensão no fato do próprio Supremo Tribunal Federal ter firmado o entendimento de que não é possível fazer o controle preventivo de constitucionalidade, em abstrato, conforme ADI 466/DF (BRASIL, 1991), nem mesmo a possibilidade de reconhecer a inconstitucionalidade de normas constitucionais emanadas do constituinte originário, uma vez que prevalece o princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição. Aliás, tomando de exemplo o Supremo, OLIVEIRA (2001:73) vislumbra a omissão deste quanto ao controle dos atos processuais legislativos, que acaba reduzindo o processo legislativo a uma dimensão desprovida de juridicidade.

Nestas primeiras linhas, somente a título de exemplo, foi possível verificar que existe, de fato, um hiato entre a realidade constitucional e a doutrina tradicional, a qual insiste na aplicação de preceitos arcaicos, numa perspectiva liberal e extremamente positivista sobre a interpretação do Estado Democrático de Direito e a relação deste com o processo de reforma constitucional, pois a sociedade atual não pode ser concebida na perspectiva da realização de interesses privados em detrimento do interesse público, ou vice-versa.

Voltado, única e exclusivamente, para a produção de emendas constitucionais legítimas e efetivas é que pretendo (re)interpretar o processo legislativo de reforma da constituição para consagrar o princípio da soberania popular, preocupado com o juízo de justificação das normas, com a finalidade de, pelo menos, diminuir o *simbolismo* do sistema democrático representativo, aplicado em detrimento do princípio da soberania popular.

Inicialmente procuro o embasamento teórico básico sobre a origem das cláusulas pétreas, a relação delas com o constitucionalismo, com o Poder Constituinte, sobre as mutações constitucionais e o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a matéria, já que o entendimento pacífico da Corte é pela possibilidade de exercer o controle de

constitucionalidade das emendas, no entanto, não encontrei qualquer manifestação do órgão jurisdicional máximo do país sobre o controle político das emendas constitucionais.

É bom salientar aqui os riscos que envolvem a mutação constitucional, já que em nome de Deus várias barbaridades foram cometidas. A ocorrência de fraude contra a Constituição e contra os direitos fundamentais deve ser sempre motivo de preocupação pois, sob o pretexto de se evoluir não se pode simplesmente deixar de lado as grandes conquistas em termos de liberdades civis, direitos sociais e os direitos da coletividade.

Se o objetivo do trabalho é estudar as cláusulas pétreas e o poder de reforma da constituição, não pode faltar, mesmo que sucintamente, a apresentação da evolução do tema nos dispositivos normativos das Constituições brasileiras, a fim de entender a origem e a tradição normativa sobre a matéria.

Além disso, acreditando que é importante detalhar as limitações materiais ao poder de reforma da constituição, previstas no artigo 60, §4º da CF/88, traço algumas linhas sobre as cláusulas pétreas constantes no citado dispositivo legal e a relação das mesmas com temas importantes.

Neste sentido, entendo que não é possível falar da cláusula pétrea que mantém incólume o Federalismo sem mencionar que a proteção se dá na perspectiva do Federalismo de Cooperação. Consta também a análise dos direitos fundamentais sob o enfoque do Estado Liberal, com o qual eles mantêm relação de originalidade, a fim de perquirir se o rol destes direitos é facilitador, incentivador ou até mesmo inibidor da efetivação normativa e concretização constitucional.

Não pretendo fazer uma abordagem específica sobre o problema da escavação dos direitos sociais e a punição do retrocesso social porque estas questões demandariam trabalho específico por serem tantas as minúcias a considerar, dada a relação entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Quero dizer com isto que os direitos consagrados são importantes e a supressão deles pelo processo de manifestação direta da vontade do povo demanda aprofundamentos teóricos de diversos matizes.

Não bastassem todos estes aspectos, a investigação passa pela separação de poderes, à medida que o princípio deve ser interpretado sob a ótica da concretização de leis no Estado Democrático de Direito e não apenas como organizador ou distribuidor do Poder no âmbito do Estado Nacional. Por fim, é analisada a cláusula pétrea do voto universal, secreto e periódico. Neste tópico analiso se o voto universal, de acordo com a tradição brasileira, pode ser considerado como causa ou efeito do déficit democrático no estado de direito brasileiro. Portanto, fundamental é entender a cultura política nacional, investigando alguns de seus

pressupostos, sobretudo questões afetas ao patrimonialismo, coronelismo e paternalismo existente no Estado brasileiro.

O capítulo quarto, após a apresentação de todos os pressupostos da pesquisa, trata diretamente do tema da reforma constitucional. Se não é possível iniciar a pesquisa sem a análise das premissas contidas nos capítulos iniciais, seria impossível terminá-la, dado o fator temporal, se tivesse que analisar e esgotar todo o tema da reforma constitucional. Reconhecendo o pluralismo da sociedade contemporânea, no capítulo quarto faço uma rápida análise dos fundamentos do debate entre liberais e republicanos, pois é a partir dele que Habermas vai apresentar um modelo de democracia que busca superar a idéia de que existe uma dicotomia entre autonomia pública e privada, a fim de nos dizer que a democracia participativa deve ser uma alternativa para o modelo representativo consagrado pelos Estados Constitucionais.

O processo de formação da vontade popular é uma das principais questões tratadas neste debate e Habermas apresenta, via teoria do discurso, uma alternativa que irá embasar o último tópico do quarto capítulo. Não bastasse a complexidade do pensamento habermasiano e o seu modelo participativo, interessante apresentar ainda os fundamentos da democracia contestatória de Pettit. O autor, lastreado em formas que dão azo a possibilidade das decisões públicas políticas, governamentais e judiciais serem contestadas, vai buscar uma solução para o problema da legitimidade, traduzida, por ele, como não-arbitrariedade.

De acordo com Pettit, as decisões serão menos arbitrárias à medida que mais canais de contestação das mesmas forem criados pelo Poder Público.

Outra questão tratada no capítulo quarto são os mecanismos alternativos à democracia representativa presentes na Constituição. Ora, se, apoiado nas teorias tratadas neste capítulo, estou partindo do pressuposto de que a democracia representativa não corresponde à legitimidade necessária para o Poder Político exercer sua função, é fundamental entender os mecanismos de democracia direta insculpidos na CF/88, quais sejam: o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular. Sobre este ponto é relevante adiantar que na atual conjuntura política não são suficientes para preencher a necessidade de participação popular legitimada no processo político de reforma da constituição, especialmente, em sede de emenda à constituição.

Apresentados todos os pressupostos da pesquisa, apesar de semear a idéia durante todo o trabalho, é no fechamento do quarto capítulo que discorro, fundamentalmente, sobre o controle popular de reforma da constituição. É preciso dizer que não se trata aqui de negar, a qualquer custo, a democracia representativa. No entanto, em sede de reforma constitucional

ela já se mostrou inefetiva quanto ao quesito legitimidade pois a tirania da maioria não consegue suprir as necessidades de um debate na esfera pública entre os diversos atores sociais que conformam a sociedade contemporânea.

De acordo com o modelo de Estado adotado pelo Brasil, a Constituição Federal é o documento mais importante em termos político-jurídicos. Exatamente por esta característica o texto constitucional não pode se fazer modificável pela via do Poder Constituinte Derivado, na sua forma tradicional. Dada a importância normativa da constituição neste contexto, é fundamental ter em mente que a reforma constitucional realizada mediante o processo formal, observando os limites materiais impostos por um modelo baseado na convenção da maioria, não garante a legitimidade material dada a crise na representatividade.

O Estado assumiu várias formas ao longo da história e a instituição do poder soberano também admitiu diversas modalidades, mas o certo é que o processo de instituição da legalidade por meio da vontade popular assumiu uma condição privilegiada em diversos sistemas, como o ordenamento jurídico brasileiro, tendo a expressão máxima no artigo 1º, parágrafo único da Constituição de 1988. O processo legislativo participativo de reforma constitucional deve evitar o distanciamento das fontes de legitimidade situadas na interlocução da esfera pública política, e por outro lado permitir uma aproximação entre os representantes eleitos e o povo.

Portanto, vejo que é necessário entender os limites do poder de reforma previstos no artigo 60, §4º incisos I a IV de acordo com a leitura do Estado Democrático de Direito, ou seja, exigindo a participação popular neste processo legislativo de emenda a fim de evitar as modificações interesseiras e particularistas. As teorias de Habermas e Pettit apresentadas no tópico 4.3 embasam minha opinião sobre a necessidade de procedimentos de participação popular, no caso da pesquisa, em sede de reforma constitucional. Além disso, a concretização de normas constitucionais é fundamental para garantir a legitimidade material das emendas, sob pena de se estabelecer a *constitucionalização simbólica* (NEVES, 2007).

Muitos poderiam questionar sobre a inviabilidade de congregar teorias procedimentalistas do direito com teorias relativas à concretização de normas constitucionais. Como visto no trabalho, não há qualquer tipo de inviabilidade nisso eis que a Constituição demanda participação popular, característica principal do Estado Democrático de Direito, logo, os procedimentos nada mais são do que a própria efetivação das norma constitucionais, sobretudo o princípio da soberania popular. Neste sentido, BONAVIDES (2001:25) já disse que não existe uma teoria da democracia participativa que também não seja uma teoria

material da constituição. Mas, repito, não há como esgotar as teorias lançadas no presente trabalho e por tais razões temas como a identidade constitucional não são enfrentados

O panorama político atual demanda a atenção especial com o processo de reforma da constituição vez que são vinte e um anos da promulgação da Constituição e foram editadas 62 Emendas e mais 06 Emendas de Revisão² desde então, o que demonstra que a “tirania da maioria” fortalece os programas governamentais ao invés de estabelecer políticas condizentes com a Constituição original. Não afasto a possibilidade de reforma da constituição para acompanhamento da realidade social, no entanto a realidade brasileira não mudou na proporção da edição de emendas já que a precariedade dos serviços públicos de saúde, educação, segurança pública, saneamento básico ainda prevalece, mesmo em face de pequenos avanços. Da mesma forma com que a tradição político-cultural ainda não se desprende das raízes patrimonialistas e do coronelismo.

Para evitar qualquer equívoco de ordem interpretativa, valho-me das palavras de PEREIRA (2008:34), segundo o qual *controlar é uma atividade em princípio neutra que se justifica na medida em que adequa, repõe, redireciona e condiciona certos comportamentos, decisões, práticas.*

Mais do que apenas limitar, o sentido de controle que adoto neste trabalho é de adequar juridicamente a vontade do constituinte de 1988 às decisões políticas fundamentais concernentes à reforma da Constituição pois o paradigma democrático de Estado não comporta uma interpretação liberal das cláusulas pétreas, de limites estanques e intransponíveis a qualquer custo, modificáveis apenas pela concorrência do quorum majorado do artigo 60,§2º da Constituição Federal.

A tese levantada consiste numa releitura de Duguit, que considerava o poder de reforma ilimitado face o caráter permanente do poder constituinte. O pensamento do autor não prevaleceu em face da perspectiva de Burdeau, segundo o qual o processo de reforma não poderia processar a mudança total da Constituição por extrapolar a competência do Poder Constituinte Originário. Na proposta deste trabalho, o exercício do poder constituinte originário não é considerado episódico, mas permanente, porém, sem seguir a condição majoritária de manifestação do povo, pois esta deve ser unitária, estabelecida por consenso, via debate junto aos movimentos da sociedade civil organizada.

² Quantidade de emendas editadas até a última revisão deste trabalho em 25 de janeiro de 2010.

Portanto, o leitor começará agora a viagem pelo tema proposto e espero corresponder às expectativas eventualmente criadas nesta introdução a fim de que possa chegar ao final e concluir que além de importante e adequado ao Estado Democrático de Direito, o controle popular da reforma da constituição é necessário para que a sociedade seja o principal ator no processo de mudança da realidade e da cultura político-normativa brasileira, saindo da submissão à intervenções estatais e de programas governamentais assistencialistas rumo a uma sociedade integrada com a Carta Política que lhe estrutura, capaz de promover sua autodeterminação de maneira legítima e efetiva.

2 LIMITAÇÕES MATERIAIS AO PODER DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO: O PARADIGMA DEMOCRÁTICO DE ESTADO E NECESSIDADE DE NOVA INTERPRETAÇÃO.

Atualmente, o país tem visto que o Poder Legislativo passa por uma crise de legitimidade sem precedentes na história política brasileira. Esta afirmação é possível a partir dos trabalhos de FAORO (1976) e HOLANDA (2003) que descrevem as formas de patrimonialismo, personalismo, clientelismo e coronelismo presentes na cultura política brasileira³ somados às recentes denúncias de corrupção no âmbito do Legislativo Federal, especialmente após o esquema que ficou conhecido por “mensalão”, em julgamento através da Ação Penal (AP) 470 (BRASIL, 2007b) no Supremo Tribunal Federal e as seguidas denúncias de corrupção noticiadas na imprensa, seja o chamado “mensalão mineiro”⁴ ou até mesmo o recentíssimo “mensalão do Democratas (DEM) de Brasília”.

ROCHA (1997:18) também sinaliza o início da cultura política do país quando a República foi tão somente o meio de enfrentamento da dependência relativamente à metrópole monárquica, sendo que a discussão sobre uma escolha política de tal natureza (a opção pelo republicanismo) entronizada somente por meio legal, se privou do debate mas materializou-se num compromisso de governo e de administração, conquanto sua proclamação é considerada virtual dada a ausência de preocupação com os reflexos e conseqüências de sua adoção.

É possível concluir com as idéias de ROCHA (1997:19) que não basta a formalização de leis para sua realização e certamente este fenômeno não garante as condições mínimas de transformação das necessidades políticas e jurídicas de um povo.

Tudo isso para dizer que, como as opções políticas foram tomadas, embora com todas as vicissitudes elencadas e mais algumas que poderiam ser observadas em trabalho específico, a correção da legitimidade política pode ser alcançada por instrumentos que a democracia participativa nos possibilita atualmente e que os legisladores constitucionais, como também o próprio Judiciário (leia-se: o Supremo Tribunal Federal), não têm visto ou aplicado.

Além disso, para emprestar às normas constitucionais aquela normatividade que a Constituição outorgou e que em razão da cultura política ou quaisquer motivos não tem sido

³ Sobre estas características, recomendo o artigo de SOARES; ARAUJO (2008a). Disponível em http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/07_762.pdf.

⁴ Investigado perante o Supremo Tribunal Federal no Inquérito (INQ) 2280 (BRASIL, 2006a).

aplicada, a releitura desempenhada pela mutação constitucional constitui alternativa bastante viável para se ter de volta a normatividade desejada.

Neste sentido, através deste trabalho penso no controle popular da reforma constitucional como forma de emprestar efetiva legitimidade aos atos políticos de alteração da constituição, especialmente quando noto o quadro de reformismo⁵ em pouco mais de 20 anos de promulgação da atual Constituição da República.

A compreensão do novo paradigma instituído a partir da Constituição de 1988 traz à tona a necessidade de mudar, sem qualquer processo formal, o sentido, o alcance e o significado das cláusulas pétreas e do processo de reforma da constituição. Para isso, serão tratados a partir de agora o constitucionalismo, o poder constituinte, as mutações constitucionais e o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre as cláusulas pétreas.

2.1 Cláusulas pétreas e constitucionalismo

A proposta deste trabalho, discutir as limitações ao Poder Constituinte Derivado, pressupõe a análise da evolução das chamadas cláusulas pétreas. O Estado Democrático de Direito não admite uma interpretação legalista das limitações ao poder de reforma do texto constitucional tal como o paradigma Liberal. Valho-me das palavras de BARROSO (1996:03), segundo o qual a interpretação espelha nível de conhecimento e a realidade de cada época, além de representar a crença e valores do intérprete, no aspecto social e na sua individualidade. Em razão disto, é imprescindível mencionar outras questões como as características do Estado Moderno, do Constitucionalismo e do Estado Democrático de Direito, para enfim, propor uma interpretação adequada ao contexto atual das limitações ao poder de reforma.

Antes, contudo, investigando a origem das limitações ao poder de reforma, li em CERQUEIRA (1993:390) que a primeira constituição escrita foi a dos Estados Unidos, logo, o poder de emenda ali configurado tornou-se o marco inicial de estudo do tema relativo à reforma constitucional, teórica e cronologicamente. Ainda na fase pré-constitucional dos Estados Unidos, entre 1776 e 1787 a diferença entre poder de reforma e poder legislativo

⁵ *Com efeito, a suposta via de “mão dupla” entre a supressão de direitos e ampliação destes nas reformas constitucionais, conforme concluem alguns autores, não se apresentou simétrica. Pelo contrário, mostrou-se muito desfavorável ao cidadão brasileiro e, contrária ao ideal de 1988.* (SILVEIRA,2006:151)

ordinário vai se construindo nas Constituições estaduais. Além do *amending power*, o *judicial review of legislation* se encarregou de compatibilizar a adaptação do texto constitucional à vida americana, uma vez que após a consolidação do pacto constitucional, o poder de reforma não foi capaz de adaptá-lo às necessidades políticas reclamadas pela história daquele povo. (CERQUEIRA, 1993:391).

É nítida a influência norte-americana na Constituição brasileira de 1891 através da rigidez constitucional e do controle de constitucionalidade, tanto que a Constituição Republicana amplia o rol das cláusulas pétreas para assegurar a intangibilidade da República ao assegurar a igualdade de representação dos Estados no Senado Federal (art.90,§4º). Portanto, seja através do controle judicial das leis ou através do sistema de emendas, a pretensão é manter a supremacia da constituição como ordem jurídica fundamental, iniciando importante trabalho teórico sobre as cláusulas pétreas, o qual está longe da uniformidade.

O tema cláusulas pétreas representa uma questão controvertida entre os constitucionalistas há muito tempo e segundo NETO (1993:37/38) existem duas categorias distintas que tratam dos limites materiais expressos de reforma constitucional: *a compreensão dogmático-formal de Constituição*, que representa um conjunto de instrumentos formais, alheios à legitimidade política; e *a compreensão material da Constituição*, que aceita a dimensão política conciliando a idéia jurídica da legalidade com a idéia política da legitimidade.

A vertente *dogmático-formal* parte da hierarquia entre o Poder Constituinte Originário e Derivado, não admitindo a reforma da constituição senão pelos mecanismos instituídos por ela própria. Dessa forma, o legislador constituinte está acima de todas as gerações e da própria nacionalidade, segundo as palavras de NETO (1993:39).

Por outro lado, a *concepção material* da Constituição abarca duas vertentes: a primeira corrente, a *dirigente*, vê a Constituição como um processo fechado de realização da ordem política e social; a segunda corrente a vê como um *processo aberto*, de expressão permanente, que busca a legitimação através de uma adequação inacabada suscetível de adaptação a qualquer tempo (NETO, 1993:40).

Filio-me a segunda corrente da concepção material da Constituição porque acredito que o processo político deve representar a legitimidade da manifestação da sociedade que se regula através da Constituição. No entanto, os Estados Constitucionais, que podem ser considerados recentes, não são estudados pela doutrina constitucional clássica de acordo com a tese de um *Poder Constituinte Permanente* associada a um processo participativo, de plena concretização constitucional.

No dizer de HABERLE (1997:23), o processo de interpretação constitucional não está mais adstrito ao Estado, como detentor do monopólio sobre a Constituição. Ele pode ser acessado por todos aqueles que fazem parte da comunidade política ou os que sequer fazem parte do processo político, em grupo ou individualmente. Esta abertura demonstra que *A vinculação se converte em liberdade na medida que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção*. Por isso, antes de tudo, é fundamental analisar os pressupostos do Estado de Direito, visto que a partir deste modelo é que o Poder Político se constrói lastreado no povo.

O Estado Constitucional ou Estado de Direito tem por pressuposto os movimentos revolucionários que se erigiram contra os Governos Absolutos da Idade Média, nos quais prevalecia a soberania do rei, detentor de todo o poder. São recorrentemente usadas como exemplo a Revolução Inglesa em 1688, a Revolução Americana em 1776 e a Revolução Francesa em 1789. Não obstante, MAGALHAES (2008b:48) diz que a Magna Carta da Inglaterra, em 1215, já possuía elementos do Constitucionalismo Moderno, quais sejam: a limitação do Poder do Estado e a proteção e garantia dos Direitos Fundamentais.

É essencial para a seqüência deste trabalho ressaltar que o Poder Político passou a ser limitado através da Constituição, que significa o pacto fundamental de determinada sociedade em que são postas as regras básicas da ordem jurídica nacional, abrangendo normas do processo de legislação, além de regulamentar a criação e competência dos órgãos executivos e judiciários, segundo a definição de KELSEN (2000:369).

Portanto, do Estado Absoluto passou-se para o Estado de Direito, fundado e regulado pela Constituição, razão pela qual o Estado na modernidade é concebido como Estado Constitucional. Esta superação decorreu, sobretudo, da discussão acerca da origem do poder soberano do Governante. O primeiro conceito de soberania formulado por Bodin enxergava o poder como um direito do monarca, mas a idéia de Poder Constituinte foi criada para combater esta assertiva (SILVEIRA, 2006:20).

O primeiro modelo do Estado Constitucional foi o Liberal. Neste prevalecia a autonomia da vontade (hoje também chamada de autonomia privada), visto que as regras constitucionais tinham como meta principal a limitação do Estado em face do exercício da vontade individual. Decorre essencialmente do Estado Liberal, além da presença marcante da liberdade individual, a idéia de representatividade do Poder Político e voto universal.

Com o processo de desmistificação da autoridade suprema do monarca, originária de uma vontade metafísica, surgem diversas concepções doutrinárias que buscaram justificar a legitimidade do Poder Político, desde então titularizado pelo povo. Autores como Rosseau e

Sieyès formularam concepções no sentido de alcançar a legitimidade do poder político dentro do Estado Constitucional.

Para Rosseau o poder supremo pertencia ao povo, porque só é legítimo o Governo que respeite e represente a vontade geral. A vontade só é verificada pela participação de todos os homens nas tomadas de decisões. A soma dos interesses individuais é que externa a vontade individual. Por outro lado, de acordo com Sieyès, a soberania é indivisível devido ao fato dela ser um coletivo constante consubstanciado no conceito de Nação. Mas o objetivo de ambos os autores é conferir ao povo o poder político, a legitimidade para criar sua Constituição e as Leis Ordinárias, em detrimento do Poder Absoluto do Monarca.

Como disse anteriormente, o Estado Liberal se caracteriza pela liberdade individual, a representatividade e o voto universal. A liberdade é uma das reivindicações mais fortes dos movimentos revolucionários dos séculos XVII e XVIII, por causa dos Governos Absolutos que privavam o seu exercício. A representatividade política e o voto universal decorrem da soberania popular, a fonte do Poder Político no Estado Constitucional.

De acordo com FAORO (1985:12) nas primeiras reivindicações contra o despotismo houve o cuidado liberal, inclusive no sentido econômico, de proteger a propriedade sacrificando-se, inclusive, o Liberalismo Político. Segundo o autor, o liberalismo em sua origem foi burguês e aristocrático, pouco democrático, mas foi a democracia crescente que possibilitou a democratização do liberalismo dirigindo-o rumo aos direitos de participação social.

Mas estes conceitos eram interpretados segundo os princípios liberais da época, que privilegiavam as aspirações de uma classe que emergiu após o feudalismo e a evolução dos sistemas produtivos: a burguesia. As liberdades civis e política dos burgueses deram origem à chamada democracia representativa ou parlamentar, pois era tida como a única forma compatível com a liberdade de imprensa, de reunião, de manifestação do pensamento, de religião, etc. O combate ao arbítrio se deu sob a forma do governo da lei, sendo esta a expressão do Poder Legislativo, cuja legitimidade é alcançada por derivar de um pacto livre, estabelecido pelos destinatários do poder. (FAORO, 1985:13).

Através da democracia representativa o poder de fazer leis compete a um corpo restrito de representantes eleitos pelos cidadãos detentores de direitos políticos. Tais direitos são externados através do voto universal e periódico. Mas aqui reside, a meu ver, um dos problemas da democracia liberal, pois os direitos políticos não se restringem ao processo

eleitoral, como pretende a corrente teórica herdeira do pensamento político clássico do Estado Moderno, denominada “elitismo competitivo”⁶.

No contexto do Estado Liberal as cláusulas pétreas são consideradas como obstáculos intransponíveis em uma reforma constitucional, que só podem ser superados com o rompimento da ordem constitucional vigente, mediante a elaboração de uma nova Constituição. Se as Constituições são criadas para dar estabilidade ao Estado, seja nas relações interpessoais como nas relações com outros Estados, as cláusulas pétreas são criadas para dar estabilidade às Constituições. Basicamente, esta é a interpretação feita das cláusulas pétreas no modelo liberal, decorrente dos pressupostos deste modelo: a liberdade individual, a democracia representativa e o voto universal.

Entretanto, para os fins deste trabalho, é essencial superar a interpretação das cláusulas pétreas produzida no contexto Liberal e usada hodiernamente.

A Constituição Federal de 1988 estabelece no artigo 1º que o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, por isso é fundamental enxergar a limitação do poder de reforma segundo os pressupostos deste modelo de Estado. À medida que muda o modelo de Estado de Direito do Liberal para o Democrático a interpretação do significado das cláusulas pétreas tem que mudar.

Contrariamente ao “elitismo competitivo”, a corrente denominada “pluralismo democrático” defende a idéia segundo a qual as democracias contemporâneas devem incentivar a participação e criar condições de contestação das decisões políticas e governamentais. No contexto do Estado Democrático de Direito surge a chamada democracia participativa, que requer mais do que voto universal e decisão da maioria. Nas democracias participativas *a comunidade é vista como intérprete da Constituição e co-autora das próprias leis*. (VILANI, 2008:234).

Uma interpretação constitucional condizente com o atual paradigma me leva a concluir que de vê existir a limitação ao poder de reforma do constituinte derivado, representado pelo Congresso Nacional, mas a limitação à soberania popular significa repreender o próprio fundamento do poder político no Brasil: a vontade do povo. Autores como SILVA (2005:64) e HORTA (2003:107) consideram a reforma ou emenda à Constituição atividades constituintes de segundo grau, visto que a limitação advém do próprio texto constitucional e o seu sentido é manter incólumes os princípios básicos eleitos pela Assembléia Constituinte.

⁶ Sobre o tema “elitismo competitivo” ver VILANI (2008).

HORTA (2003:100) defende a idéia segundo a qual a Constituição deve sofrer modificações para acompanhar o desenvolvimento da sociedade a fim de que o sentimento de pertença e o respeito a ela perdurem, sob pena de instabilidade constitucional. Atualmente as limitações ao poder reformador estão previstas no artigo 60, §4º, incisos I a IV da CF/88, sendo improponíveis as matérias que visem abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto, direto, secreto e periódico; III – a separação dos poderes; IV – os direitos e garantias individuais.

O fato do artigo 60 da CF/88 prever a alteração, extinção ou acréscimo de norma constitucional demonstra que o Constituinte Originário estava aberto à mudança de valores que a evolução histórica de uma sociedade pode proporcionar. Engessar a Constituição no seu momento de promulgação é impedir a evolução do próprio Direito. O modelo constitucional do Brasil é alicerçado no constitucionalismo moderno, cujo início é representado pela Constituição dos Estados Unidos de 1787, as Constituições da França, em 1791, 1793, 1795, 1799 e 1804.

A Constituição Francesa de 1793 previa no artigo 30: *um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar sua Constituição. Uma geração não tem o direito de sujeitar a suas leis as gerações futura.*

Entretanto, ao passo que as mudanças da Constituição para o acompanhamento da evolução social são importantes e evitam que determinada sociedade exista por um curto período de tempo, aumentam a chance de perenidade e estabilidade institucional, por outro lado deve-se evitar que ela seja alterada por dissabores momentâneos ou interesses de uma determinada época. CANOTILHO (1993:172) argumenta que as normas intangíveis da Constituição são *princípios políticos constitucionalmente conformadores* que sinalizam a ideologia inspiradora da Constituição, são reconhecidos como limites do poder de revisão e por isso são os mais visados no caso de mudança do regime político.

Segundo HESSE (1991:15), a força normativa da Constituição não pode ser determinada simplesmente por sua pura normatividade ou pela eficácia das condições sócio-políticas. Normatividade e realidade podem ser diferenciadas, mas não separadas ou confundidas.

Em razão disto, o texto constitucional contém as chamadas cláusulas pétreas ou limites materiais ao poder de reforma. São temas eleitos pelo Constituinte Originário como cruciais para aquela sociedade e por esta razão são imutáveis. Ocorre que este trabalho propõe uma nova interpretação do artigo 60, §4º da Constituição de 1988, alterando o sentido das limitações ao Poder Constituinte Derivado e ainda traz à tona a questão sobre a origem e a

duração do Poder Constituinte Originário, por força dos pressupostos do Estado Democrático de Direito que o Legislador Constituinte pretendeu constituir no Brasil.

As características do Estado Democrático de Direito representam maior participação direta do povo no Poder Político. A soberania popular não pode ser limitada pelas cláusulas pétreas, por conseguinte, os limites materiais de reforma constitucional não devem ser aplicados aos casos de formulação de Emenda Constitucional oriunda de projetos decorrentes da manifestação direta da população, obedecendo ao próprio artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal.

Dizendo de outra maneira, as cláusulas pétreas devem representar limite ao poder de reforma da Constituição quando a alteração decorre do poder político representativo e disso não há dúvida. A questão central, modificada pela interpretação que proponho, é autorizar a modificação de qualquer norma constitucional, inclusive as imutáveis, (art. 60, §4º) através da manifestação direta do povo, pois a legitimidade do poder político é uma característica essencial da democracia participativa, sem que isso represente ameaça ao Poder Político instituído, já que a pretensão não é de golpe ou fraude, como por exemplo, as teses que defendem a chamada dupla revisão. A proposta de instituir o poder popular no processo de reforma à constituição não exclui a possibilidade de limitações quanto às conquistas históricas e sociais já presentes no texto constitucional, porém não trabalho estas questões neste momento porque demandaria um esforço teórico que poderia comprometer o cumprimento do prazo da pesquisa, mas certamente isso será trabalhado futuramente.

Se a iniciativa de emenda é autorizada aos membros do Congresso Nacional, representantes do povo, nada impede o exercício desse poder pelo próprio povo.

Desta forma, entendo que é necessário resgatar algumas características das cláusulas pétreas, do Poder Constituinte e outros temas conectados a estes para melhor fundamentar a proposta articulada nestas primeiras linhas. O trabalho é árduo e requer paciência do leitor.

2.2 As cláusulas pétreas e o poder constituinte

Já disse anteriormente que as cláusulas pétreas representam temas eleitos pelo Constituinte Originário como o suporte básico de determinada sociedade. No caso do Brasil, a forma federativa, o voto universal, a separação de poderes e os direitos e garantias fundamentais foram escolhidos como intransponíveis no caso de reforma da Constituição. Isto

representa que, qualquer alteração que vise abolir tais cláusulas, elencadas no artigo 60, §4º da Constituição de 1988, direta ou indiretamente, sequer pode ser apreciada pelo Congresso Nacional.

O Congresso Nacional usando o poder conferido pela própria Constituição, no artigo 60, pode lhe fazer emendas e garantir que o texto legal, estrutura do Estado, acompanhe a evolução da sociedade, principalmente na contemporaneidade, em que os processos de industrialização e mecanização possibilitam o surgimento de tecnologias cada vez mais avançadas ou até mesmo nunca vistas. Mas não só o avanço tecnológico importa para a Constituição.

As relações sociais são fundamentais para a conservação do Estado e de suas instituições. Por isso, a Constituição deve acompanhar primordialmente o surgimento de novos conceitos e a evolução das relações interpessoais. Um bom exemplo a ser dado, apenas para citar e não fugir ao tema central é o conceito de família. A entidade familiar recebeu um tratamento inédito na Constituição de 1988 e agora passa a agrupar as uniões estáveis entre homens e mulheres. O conceito abarca ainda a família monoparental, formada apenas por um dos pais e os descendentes, conforme redação do artigo 226, §§3º e 4º. O Direito ainda caminha para o reconhecimento de famílias oriundas de relações homoafetivas, mas tal discussão possibilita outra dissertação, por isso volto ao tema das cláusulas pétreas.

Este simples exemplo demonstra que o Estado tem seus valores e estes estão elencados e protegidos pela Constituição Federal. Tradicionalmente, qualquer mudança deve obedecer a limitação existente no artigo 60, §4º porque os valores imutáveis da atual Constituição estão neste rol fechado, mas pode haver interpretações variadas.

SILVA (2006:441), por exemplo, ao tratar das limitações ao poder de emenda, as classifica em temporais, circunstanciais e materiais (explícitas ou implícitas)⁷. As temporais se caracterizam pelo fato de autorizarem a reforma apenas em determinado período de tempo, já previsto na Constituição. Não existiram e não existem estas limitações nas Constituições do Brasil. As circunstanciais são limitações ao poder de reforma numa determinada circunstância, como por exemplo, na vigência de estado de sítio, intervenção federal ou estado de defesa, conforme artigo 60, §1º da CF/88. As limitações materiais, objeto deste trabalho, tratam de um núcleo de normas imodificáveis da Constituição. As Constituições republicanas do Brasil, por exemplo, sempre preservaram a República e a Federação como limitação material, prevista expressamente no texto constitucional.

⁷ Sobre a distinção entre as limitações materiais explícitas e implícitas, recomendo a leitura da obra em referência.

Por outro lado, PEDRA (2006:142), argumenta que o artifício da dupla revisão, que consiste na supressão de regra de limitação da Constituição para se alterar um ponto protegido por tal limitação, é possível de ser usado. Já OLIVEIRA (2007:08) é contra a dupla revisão e alega que tal artifício constitui fraude à constituição e ao Poder Constituinte Originário.

Toda a discussão que permeia as limitações materiais ao poder de reforma da Constituição passa, inevitavelmente, pelo tema Poder Constituinte, por isso cabe aqui uma reflexão sobre o assunto.

SIEYES (2001), um ícone da Revolução Francesa e um dos principais formuladores da teoria do Poder Constituinte, demonstrou claramente a predominância numérica da classe burguesa em face dos nobres e clérigos nos idos de 1789. A formação da maioria política burguesa era algo factível (pelo que percebo de sua descrição), mas a preocupação com a assunção da minoria era latente e as cláusulas pétreas surgiram para evitar que num possível retorno de outras classes para o centro do poder político, através da formação de nova maioria política, a liberdade burguesa pudesse ser atingida.

Esta tese fica mais evidente quando VILANI e MARQUES (1992:07) dizem que havia desconfiança dos liberais quanto princípio democrático da participação política ampla, levando, inclusive, Tocqueville a questionar se e como a liberdade sobreviveria na sociedade democrática.

A existência de cláusulas pétreas tem íntima relação com a manutenção do *status quo* liberal e a tese do Poder Constituinte pensada por Sieyes. Seguindo esta orientação, é no âmbito do Poder Constituinte Originário que se dá a discussão e elaboração de uma Constituição, determinando as regras de estruturação do Estado e de convivência social, mediante reunião da Assembléia Nacional Constituinte.

Tomando de exemplo o caso brasileiro, por meio da Assembléia Nacional Constituinte, convocada pela Emenda Constitucional nº 26, promulgada em 26/11/1985, o então Presidente da República José Sarney, cumpriu uma das etapas de redemocratização do Brasil, ao incumbir os Deputados Federais e Senadores de reunirem-se para elaboração da Constituição brasileira na sede do Congresso Nacional a partir de 01/02/1987, o que originou a atual Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05/10/1988.

SILVA (2005:89) diz que, a rigor, o que se convocou não foi uma Assembléia Nacional Constituinte, mas um Congresso Constituinte. De qualquer forma, o autor reconhece que foi produzido um texto moderno e de grande importância para o constitucionalismo mundial.

O Poder Constituinte Originário age de forma livre e soberana e sua origem, classicamente, está vinculada a atos revolucionários, no sentido de que a ordem constitucional anterior já não atende os anseios daquela sociedade e as manifestações populares provocam o abalo do Poder Político, que tem a única alternativa de elaborar outro texto constitucional. Uma metáfora utilizada para explicar o Poder Constituinte Originário é a que explica o evento como se fosse um raio, que surge, cumpre o seu papel natural e depois desaparece.

Creio que tal explicação já não atende mais a conceituação do Poder Constituinte Originário e um dos objetivos deste trabalho é repensá-la. O termo deve ser interpretado de acordo com a evolução do Estado Democrático de Direito, que a Constituição consagra, mas isso falarei mais adiante.

Com base nesse conceito do Poder Constituinte Originário como algo efêmero, que surge cumpre seu papel e logo se dissolve, é que nasce o Poder Constituinte Derivado. O Constituinte Originário, atento à necessidade de alterações na Constituição para que esta acompanhe a evolução do Estado e das relações sociais, cria, por meio de disposições no próprio texto constitucional, mecanismos de reforma. O termo reforma pode designar tanto as emendas constitucionais como a revisão constitucional. As emendas, apesar de conterem um processo legislativo mais rigoroso do que as Leis Ordinárias, é mais flexível do que a revisão. Esta exige processo mais lento e formal do que a emenda, visando a suprema estabilidade da Constituição, enquanto que a emenda constitucional visa a modificação de pontos que o legislador constituinte não considerou tão importantes (SILVA, 2005:62).

No caso brasileiro, o Poder Constituinte Derivado foi atribuído ao Congresso Nacional, que por meio de um processo legislativo mais rigoroso, pode propor emendas à constituição. A revisão constitucional, prevista no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, foi realizada em 1993 e não há previsão de outra, logo, resta apenas o mecanismo das emendas constitucionais, previstas no artigo 60 da Constituição Federal, para realização de reforma do texto.

O Poder Constituinte Derivado está limitado pelo artigo 60, §4º, que já referi acima, uma vez que o Constituinte Originário considerou que as cláusulas enumeradas no citado dispositivo, nos incisos I a IV, são essenciais para formação da República Federativa do Brasil.

CRUZ (2006:49) sintetiza a teorização do Poder Constituinte em três fases históricas: a visão clássica, a visão moderna e a visão contemporânea.

No pensamento clássico, segundo o autor, o Poder Constituinte Originário era entendido como poder revolucionário, uma força extrajurídica que não derivava de qualquer

norma jurídica, portanto, incabível o questionamento de sua legitimidade. A titularidade do Poder Constituinte era atribuída à Nação, por força dos laços culturais, de língua, território, tradições, etnia etc.

O Poder Constituinte Derivado de Reforma era visto como poder jurídico condicionado pelo Constituinte Originário. A sua origem constava da própria Constituição, o que impedia a mudança total do texto porque seria considerada usurpação do Poder Constituinte Originário, razão pela qual a teoria clássica admitia condicionantes temporais, circunstanciais, formais e materiais às limitações do Poder Constituinte Derivado de Reforma, como já disse anteriormente.

O pensamento moderno trouxe novidades no século XX sobre a teoria do Poder Constituinte. A titularidade passou ao povo, compreendido como dimensão subjetiva do Estado. Foi apresentada nova justificativa para a titularidade do povo e o pluralismo assume seu papel no Constitucionalismo. Dessa forma, entendia-se que não poderia haver predominância de um projeto de vida boa e as questões de identidade de tradições, etnia e língua foram superadas pela perspectiva da tolerância e o direito à diferença.

A concepção do Poder Constituinte como uma Assembléia é superada pela idéia de exercício do poder através dos costumes, tradições ou até mesmo tratados internacionais, a exemplo das cartas consuetudinárias e do artigo 5º, §3º da Constituição de 1988, que teve a redação alterada pela Emenda Constitucional 45/2004, que tratou da incorporação ao texto constitucional dos tratados internacionais de Direitos Humanos. (CRUZ, 2006:56).

Segundo ACKEMAN (*apud* CRUZ, 2006:56) o Poder Constituinte Originário poderia se manifestar em oportunidades distintas e o controle de constitucionalidade deveria ser afastado quando houvesse a manifestação soberana do povo, no exercício desse poder.

A Assembléia Constituinte pode assumir duas feições: democrática e não-democrática. A primeira implica respeito à vontade do povo, seja por meio de representantes, como o caso do Brasil ou pela manifestação direta, cujo trabalho constituinte é precedido de um plebiscito ou referendo. A segunda implica um modelo imposto, sem discussão ou participação do povo e a Constituição é apresentada pelo titular do Poder do Estado, apresentando similaridade com o Estado Absoluto.

Portanto, se o Constitucionalismo moderno entende o Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado de Reforma como poderes de direito, isto implica a possibilidade de limitações.

De acordo com CRUZ (2006:60) a visão clássica, do Poder Constituinte como processo revolucionário, foi rechaçada pela continuidade formal e material do novo texto em

relação ao que se revoga pela ação constituinte. No caso do Brasil, tal superação é perceptível através da convocação da Assembléia Constituinte, responsável pela Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda nº 26 de 1985 à Constituição de 1967. Além disso, o ordenamento jurídico foi recepcionado em grande parte e a previsão de Atos de Disposições Constitucionais Transitórias executam a função de acomodação normativa entre uma Constituição e outra.

No que se refere ao Poder Constituinte Derivado de Reforma, o Constitucionalismo moderno passou a admitir a evolução semântica e pragmática do texto. A mutação constitucional, que consagra o uso que se sobrepõe à norma escrita, a separação entre o preceito constitucional e a realidade informal passa a ser realizada pela via da interpretação constitucional, ou seja, percebe-se a evolução da Constituição sem a alteração do texto (HORTA, 2002:104/105).

Por fim, CRUZ (2006:63) apresenta sua leitura do pensamento contemporâneo, que toma o conceito de povo como inerente à titularidade do Poder Constituinte porque é indispensável à configuração do Estado. A proposta tem por base a noção de patriotismo constitucional, a qual requer consenso sobre democracia, governo limitado, Estado de Direito e aplicação dos Direitos Fundamentais. A Constituição teria os princípios da igualdade e liberdade como norteadores do sistema jurídico e a legitimidade discursiva e a democracia participativa como parâmetro do sistema político. Logo, o conceito de povo seria uma construção social em favor da convivência de distintos projetos de vida boa.

O Poder Constituinte não está ligado a valores culturais porque ao longo da vida cada sujeito pode repensar os próprios valores e isso também é permitido ao Constituinte, o que supera a concepção moderna. O Poder Constituinte Originário ou de Reforma são constituídos pela racionalidade discursivo-procedimental, permitindo a formação de uma identidade do sujeito constitucional de conteúdo semântico em aberto e incompleto, mas que preserva a democracia e o pluralismo.

Salienta o autor que não é possível conceber uma identidade constitucional fechada a qualquer interpretação discursiva. A aproximação do processo político deliberativo de uma interpretação deontológica das normas jurídicas leva à reconstrução das teorias clássicas no sentido de um Poder Constituinte Permanente, mas CRUZ (2006:87) entende que as limitações formais e temporais devem ser cumpridas.

A compreensão do indivíduo como, simultaneamente, autor e destinatário da norma e o processo aberto de interpretação da Constituição, torna o controle de constitucionalidade

difuso um mecanismo de exercício da democracia participativa e de patriotismo constitucional.

A visão contemporânea formulada por CRUZ (2006) apresenta os aspectos de controle das reformas constitucionais via mecanismos de jurisdição constitucional. A pretensão deste trabalho é o controle popular da reforma, o que significa a análise dos pressupostos do Poder Constituinte “Permanente” no processo legislativo, no discurso de justificação das normas. Mas não se trata de revisão, como por exemplo, prevê a Proposta de Emenda à Constituição nº 157⁸, muito bem criticada, entre outros, por OLIVEIRA (2007:08/10).

2.3 As mutações constitucionais

Não posso deixar de dedicar um tópico próprio à mutação constitucional. Todas as questões colocadas até o momento se referem ao processo formal de alteração da Constituição. Mas é inquestionável que a Constituição pode passar por processos informais de alteração e estes não ocorrem por emenda ou revisão. Este processo informal de mudança na Constituição denomina-se mutação constitucional.

Nas mutações constitucionais não há alteração da letra do texto constitucional, mas há modificação da substância, significado, alcance e sentido dos dispositivos (BULOS, 1997:57). Uma modalidade de mutação constitucional que se destaca das demais é interpretação constitucional. De fato, a exteriorização do pensamento acerca de determinada norma jurídica constitui, de plano, uma interpretação daquele dispositivo. A interpretação pode ser gramatical, lógica, sistemática, teleológica, histórica e judicial. Não existe univocidade sobre a classificação das formas de interpretação, mas o que importa aqui é a possibilidade de alteração do sentido das normas constitucionais pela via da interpretação, ou seja, a mutação constitucional por interpretação⁹.

A interpretação constitucional deve levar em conta, além dos requisitos de interpretação da lei em geral, questões específicas como a supremacia, rigidez da Constituição, a matéria, a forma e a estrutura hierárquica das normas (BULOS, 1997:65)

Sendo assim, os temas que permeiam o trabalho, como cláusulas pétreas, poder constituinte e democracia, podem sofrer mutação constitucional, ou seja, podem ser lidos a

⁸ A proposta pode ser lida na íntegra no site <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/327420.pdf>

⁹ Sobre o tema mutação constitucional e interpretação confira BULOS (1997).

partir de outro sentido, de acordo com o Estado Democrático de Direito, sem necessariamente proceder uma reforma do texto da Constituição.

E para os fins deste trabalho esta é a proposta mais adequada, ou seja, interpretar os dispositivos constitucionais do artigo 60, §4º da CF/88 sob a ótica do princípio da soberania popular, da democracia participativa como forma de sobrepor ao pensamento Liberal, que privilegiava uma interpretação privatista das normas, sempre com intuito de fortalecer a autonomia privada em detrimento do interesse público e da legitimidade política das normas, constitucionais ou não.

Partindo da premissa de que a função da mutação constitucional é atribuir à norma constitucional a normatividade outorgada pela Constituição, mas que por qualquer motivo necessita de uma releitura, é importante destacar aqui que as cláusulas pétreas e o processo de reforma da constituição necessitam abarcar a mencionada normatividade com o escopo de conferir à interpretação destas parâmetros participativos e de legitimidade política, consoante os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Cabe, então, a mutação constitucional por interpretação do artigo 60, incisos I e III para possibilitar a iniciativa de emenda diretamente pela população, visto que a representação, no contexto político atual, não atende os critérios de legitimidade suficiente para conformar a alteração da Constituição, documento político mais solene e importante do Estado brasileiro. Da mesma forma, cabe a mutação por interpretação em relação ao artigo 60, §2º da Constituição Federal a fim de preconizar a aprovação popular da emenda para posterior confirmação pelo Congresso, ou vice-versa.

2.4 As cláusulas pétreas e o Supremo Tribunal Federal

Visto o que trata a doutrina acerca das cláusulas pétreas e do Poder Constituinte, entendo que é necessário, antes de prosseguir a análise do artigo 60, §4º da CF/88, tratar a respeito do entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre as limitações ao poder de reforma da Constituição.

Não há dúvida entre os autores acerca da possibilidade de incidir o controle de constitucionalidade formal sobre as limitações materiais no caso de reforma da constituição. A divergência é quanto ao controle de constitucionalidade material e Nelson de Sousa Sampaio (1995:110/114), por exemplo, defende o pronunciamento judicial apenas quando as

reformas firam os direitos do homem, os preceitos relativos ao titular do poder constituinte e revisor, as prescrições do processo de reforma constitucional.

O tema é enfrentado pelo STF desde 1926, a propósito da reforma à Constituição de 1891 realizada naquele ano. O entendimento consolidado desde então é no sentido de que o controle de constitucionalidade das emendas constitucionais é viável em face das limitações formais ou materiais que o texto constitucional imponha. A garantia de intangibilidade das cláusulas pétreas refere-se ao conteúdo nuclear e não da literalidade de preceitos constitucionais específicos, como observa o Ministro relator Sepúlveda Pertence, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2024-2/DF (BRASIL, 2007a). Em outros julgamentos, como da ADI 3.685¹⁰ e ADI 939¹¹, prevaleceu o entendimento extensivo da Corte sobre as limitações materiais existentes no artigo 60, §4º, inciso IV da CF/88, vez que na primeira ficou consignado que a Emenda Constitucional nº 52/06¹² viola princípio constitucional da anterioridade eleitoral, que contém elementos de garantia fundamental; e na segunda o entendimento consolidado foi de que o artigo 150, III, “b” da Constituição representa garantia individual do contribuinte. Em ambos os julgamentos¹³, o STF considerou que tais garantias fundamentais são oponíveis até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado. Portanto, aqui estão dois exemplos bem claros de que o Supremo Tribunal Federal adota o entendimento do controle de constitucionalidade sobre as emendas e que as cláusulas pétreas relativas aos direitos e garantias fundamentais não são *numerus clausus*, havendo clara proteção dos interesses individuais.

Outro ponto relevante sobre o entendimento do Supremo Tribunal Federal é quanto ao controle de constitucionalidade de normas constitucionais, apresentado em decisões monocráticas como, por exemplo, a ADI 4097 (BRASIL, 2008c) e ADI 4076 que sequer foram conhecidas em face da sedimentada orientação daquela Corte sobre o tema. Em linhas gerais, a conclusão dos Ministros relatores é no sentido de que:

¹ Que tratou da Emenda Constitucional 52/2006 questionando a alteração das regras do processo eleitoral, sobre as coligações partidárias, em ano eleitoral. Foi declarada a infringência ao princípio da anterioridade da Lei Eleitoral (art. 16 CF) e reconhecida a violação às garantias individuais da segurança jurídica e devido processo legal, na condição do óbices à atividade do legislador constituinte reformador. (BRASIL, 2006b).

¹¹ Que tratou da Emenda Constitucional nº03/93 que instituiu o Imposto Provisório sobre Movimentação ou a transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (IPMF), sendo reconhecida a violação ao princípio da anterioridade previsto no artigo 150, III, “b” da Constituição Federal, na condição de garantia individual do contribuinte, portanto, alteração que fere cláusula pétrea. (BRASIL, 1994)

¹² A EC 52 de 08 de março de 2006 dá nova redação ao §1º do artigo 17 para disciplinar as coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal.

¹³ O princípio da anterioridade eleitoral consiste numa garantia prevista no artigo 16 da Constituição Federal que visa coibir o uso do processo legislativo como meio de deturpar o processo eleitoral, vedando a alteração deste por Lei aprovada há menos de um ano da eleição. Já o artigo 150, III, “b” da CF proíbe a cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro que a Lei que o instituiu ou aumentou tenha sido publicada, configurando uma garantia individual do contribuinte.

as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abrangendo normas cuja observância se impõe ao próprio Poder Constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido (ADI 815-RS, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ de 10/05/1996). (BRASIL, 2008b)

Dito de outro modo, segundo o entendimento da Corte, o STF não tem o papel constitucional de fiscalizador do Poder Constituinte Originário, sobretudo porque não pode haver inconstitucionalidade da Constituição e, ainda, porque não cabe à ele verificar se o Constituinte Originário observou os princípios suprapositivos do direito. Prevalece o princípio da unidade da Constituição e por esta razão entendo que cabe ao Supremo garantir o princípio da soberania popular em face das normas relativas ao processo de reforma da constituição já que não pode declarar a inconstitucionalidade desse processo de reforma em face do direito suprapositivo, positivado ou não no texto constitucional ou das normas que seriam consideradas de nível superior em relação às demais.

O que conluo sobre o posicionamento do STF é que as cláusulas pétreas são enrijecidas por meio da extensão dada às limitações materiais, em se tratando de direitos fundamentais, conforme os casos citados. O STF admite a inconstitucionalidade de emendas à constituição porque o processo legislativo pode servir como instrumento de abuso e casuísmo capaz de desestabilizar a normalidade das regras estabelecidas pelo Constituinte Originário contra os interesses individuais. No entanto, não admite o controle de constitucionalidade de norma em abstrato, em caráter preventivo, conforme entendimento consolidado no ADI 466/DF (BRASIL, 1991).

É possível perceber ainda que o Supremo Tribunal Federal, apesar de admitir o controle de constitucionalidade material das reformas, não exerce um controle político, ou seja, acerca da legitimidade das Emendas à Constituição. O controle exercido pelo Supremo Tribunal Federal cinge-se a legalidade, subdividida em requisitos formais e materiais, ou seja, analisa apenas se a Emenda Constitucional obedeceu ao processo estabelecido na Constituição e se a matéria não ofende o artigo 60, §4º da CF/88. Não há precedente quanto ao controle de legitimidade das reformas à Constituição, muito embora seja reconhecido o papel político do Supremo Tribunal Federal, conforme as palavras de CITTADINO (2000:65)

A função de declarar o sentido e o alcance das regras jurídicas, especialmente das normas constitucionais, possui uma clara conotação política. É precisamente no âmbito desta função jurisdicional de tutela da constituição que o direito e a política se encontram. E não poderia ser diferente. Como a constituição é, para o constitucionalismo “comunitário”, um sistema de valores, a sua tutela, por via interpretativa, não pode senão se transformar em instrumento de realização política.

Assim, me vem a questão: nos casos de participação direta do povo em processos de reforma da Constituição, afetando os limites materiais consagrados no artigo 60, §4º da CF/88, pode se falar em casuísmo e/ou falta de estabilidade? Creio que não. A democracia participativa busca justamente a adequação do texto aos anseios do povo, via poder político direto e tem como instrumento o procedimento racional-discursivo. Daí a minha proposta de repensar o conceito de Poder Constituinte, a fim de interpretá-lo como exercício permanente de alteração da Constituição, desde que haja um processo legislativo participativo, com competência, inclusive, para modificar cláusula pétrea já que a soberania popular não pode encontrar qualquer resistência quando verificada a sua manifestação legítima e livre de coerção.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido, por ocasião da ADPF nº45 (BRASIL, 2004), a possibilidade de concretização de políticas públicas envolvendo direitos sociais, culturais e econômicos (os chamados direitos de segunda geração) a partir de instrumentos judiciais e através do comportamento ativo dos órgãos jurisdicionais competentes em face da omissão do Poder responsável pela implementação daquela política pública, é evidente que o entendimento da Corte sobre o assunto apenas autoriza a intervenção quando verificada a falta de comprometimento governamental com a concretização dos preceitos constitucionais, ou seja, mais uma vez se nega a possibilidade do controle político da Constituição por parte do Supremo Tribunal Federal e rechaçada a oportunidade de rever e reinterpretar a cláusula pétrea da separação dos poderes.

Desta forma, dada a proposta deste trabalho e o entendimento do STF sobre as limitações materiais de reforma da Constituição, o próximo passo é analisar cada um dos incisos, que são considerados cláusulas pétreas do ordenamento constitucional brasileiro. Significa que propostas de emendas constitucionais que visem abolir tais institutos jurídicos sequer podem ser apreciadas pelo Poder Constituinte Derivado, por expressa proibição do Poder Constituinte Originário, equivale dizer que a manutenção do Estado brasileiro estruturado pelos Constituintes em 1988 está condicionada ao respeito e observância de tais cláusulas.

Mas como surgiram tais normas limitadoras nas Constituições do Brasil? Faço esta análise do próximo capítulo, para então comentar acerca dos limites atuais previstos nos incisos do artigo 60, §4º da CF/88.

3 EVOLUÇÃO DO ARTIGO 60, §4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

As limitações ao poder de reforma da Constituição nunca possuíram um rol como o que é visto no texto da Constituição de 1988. Na Constituição Imperial de 1824, o título 8º trazia expressamente no artigo 178 o que era matéria constitucional e o que apenas tinha forma constitucional. Eram constitucionais e, portanto, sujeitos ao processo especial de reforma previsto nos artigos 173 até 177 as atribuições do Poderes Políticos, os direitos políticos e individuais dos cidadãos. A previsão de reforma do texto de 1824 era semelhante ao que foi o processo de revisão constitucional de 1993. Interessante notar que tudo que estava na Constituição e não tratava da matéria acima destacada poderia ser alterado pelo processo das legislaturas ordinárias. Portanto, não havia um correspondente do atual artigo 60, §4º da CF/88 na Constituição Imperial de 1824, entretanto existia um duplo grau de rigidez da Constituição.

Nas palavras de BONAVIDES e ANDRADE (1991:100), a votação por três legislaturas seguidas e a apreciação por uma Assembléia Revisora especialmente criada para aquela apreciação, conforme determinava a Constituição do Império de 1824, evitava o que acontece hoje com a apresentação de um número excessivo de propostas de emenda que só fazem desprestigiar o texto constitucional, tornando-o obeso. O movimento reformista dos Liberais provocou o Ato Adicional de 12 de agosto de 1834, sem o qual a Constituição Imperial não teria passado de ficção da liberdade, embora os esforços despendidos por D. Pedro I contra a reforma constitucional¹⁴ (BONAVIDES e ANDRADE, 1991:110).

Já na Constituição de 1891, a primeira republicana, surgiu uma novidade, baseada no anseio dos federalistas de então, tornando cláusula pétrea constante no artigo 90, §4º a forma republicano-federativa e a igualdade da representação dos Estados no Senado. Tais matérias

¹⁴ Os avanços eram no sentido de abolir o Poder Moderador, implementar uma monarquia federativa em detrimento da então monarquia unitária, temporariedade e elegibilidade do Senado, legislatura bienal, enfraquecimento do poder de veto do Imperador fortalecendo a autoridade legislativa, supressão do Conselho de Estado, substituição da regência trina pela regência uma e a criação das Assembléias Legislativas provinciais.

não podiam sequer ser objeto de deliberação pelo Congresso. A limitação decorrente desta norma constitucional visava garantir o novo sistema que, de unitário no regime imperial, passou a descentralizado, dando autonomia às antigas Províncias, agora Estados-membros. O Poder Moderador foi abolido, o Senado vitalício trocado pelo Senado temporário, houve a laicização do Estado. Direitos de liberdade, segurança individual e de propriedade foram consignados no texto.

Mas o artigo 90 da Constituição de 1891 abria a possibilidade de reforma do texto constitucional por iniciativa de uma das Casas do Congresso ou das Assembléias dos Estados, num processo de votação triplo, por aprovação de dois terços dos membros de cada uma das Casas. Os obstáculos formais de reforma da Constituição de 1891 foram mantidos no atual texto porque os incisos I e III do atual artigo 60, §4º protegem a forma federativa de Estado e a Separação de Poderes, que garantem a manutenção da forma Republicana do Estado brasileiro.

As dificuldades formais de alteração da Constituição de 1891 somaram-se às dificuldades materiais, em razão da pressão dos Estados mais fortes. Embora o sistema federalista e a separação de poderes, na concepção de Montesquieu, tivessem previsão no texto constitucional, na realidade não foram objeto de aplicação. É que as formas de participação da sociedade não foram criadas e os governadores instituíram a verdadeira fraude à constituição. Os clãs e a lei do mais forte se sobrepuseram ao princípio federativo e o excesso de mandos do presidencialismo esmagou os demais poderes. Os partidos não representavam a vontade nacional, não atuavam permanentemente e a política do café com leite se fez valer (BONAVIDES e ANDRADE, 1991:254/255).

O quadro se agravou culminando com a revolução de 1930, mesmo com a reforma constitucional de 1926, que não logrou êxito em mudar o cenário político da época. A identidade política do país se via abalada pelo exercício indiscriminado do poder pelo Executivo, o que se agravou pela industrialização que seguiu à primeira guerra mundial aumentando os problemas nas relações entre o capital e o trabalho.

Com vários outros problemas decorrentes da política instaurada na Primeira República, surgiu em 1934 outra Constituição. Através do Governo Provisório instituído em 11 de novembro de 1930, foram dissolvidos o Congresso Nacional, as Assembléias dos Estados e as Câmaras Municipais, suspendendo as garantias constitucionais e excluindo da apreciação judicial os atos do Governo Provisório.

O artigo 178, §5º da Constituição de 1934 fazia as vezes de limitador do Poder Constituinte Derivado e determinava que a forma republicano-federativa não poderia ser

objeto de reforma. A emenda constitucional tinha um processo mais simplificado do que a revisão. Esta só poderia versar sobre a estrutura política do Estado e a organização ou a competência dos poderes da soberania não poderiam ser alterados por emenda. Era uma dupla rigidez constitucional, que hoje não existe na Constituição brasileira.

Pela primeira vez, uma Constituição do Brasil teve previsão de uma limitação circunstancial, conforme o artigo 178, §4º, o qual proibia a reforma durante o estado de sítio.

Inaugurando o chamado Estado Social, a Constituição de 1934, marcada por princípios antagônicos por força das duas frentes políticas do país, apresentava uma síntese entre elementos do pensamento liberal e as tendências de intervenção do Estado, o que resultou na ditadura de Getúlio Vargas a partir de 1937.

A Constituição de 1937 inaugurou o “Estado Novo” e o artigo 174, no capítulo próprio das emendas constitucionais, previa que o texto poderia ser reformado, emendado ou modificado por iniciativa do Presidente da República ou da Câmara dos Deputados. Além da votação e aprovação por maioria dos membros das duas câmaras, quando o projeto era de iniciativa da Câmara dos Deputados, a aprovação presidencial era necessária (art.174, §3º). O dispositivo foi mera figura retórica porque a Câmara dos Deputados foi fechada com o golpe de 10 de novembro de 1937. Isto é o que se pode dizer da Constituição de 1937, a única que não adveio de representação popular constituinte. Sequer houve a realização do plebiscito para sua aprovação, como determinava o artigo 187, que condicionava o instituto à edição de decreto presidencial, o qual nunca foi produzido.

Segundo BONAVIDES e ANDRADE (1991:369), a crise definitiva do Estado Novo surgiu a partir da Lei Constitucional nº 9, de 28 de fevereiro de 1945, a qual modificava o processo de reforma, agora sem vinculação a plebiscito, elegendo um parlamento próprio com poderes especiais de alteração da Constituição e acelerou a queda do regime ditatorial.

A Constituição de 1946 recuperou o federalismo, dando maior autonomia aos Estados e Municípios. A liberdade de culto, de expressão do pensamento, as garantias e direitos individuais, o retorno das atividades do Congresso Nacional, dividido em Câmara e Senado, a liberdade dos partidos políticos e outros direitos foram assegurados pelo referido texto constitucional pós “Estado Novo”. No entanto, a imagem do líder populista, tal como Getúlio Vargas, impregnou o pensamento político e a constituição não se fez presente no dia-a-dia da população, uma vez que os líderes políticos trilharam o caminho do ditador em detrimento da difusão dos mecanismos democráticos da Constituição de 1946.

Conforme dizem BONAVIDES e ANDRADE (1991: 410), a consciência autoritária não se viu atacada em sua raiz. O populismo foi trilhado de maneira irresponsável e ninguém

percebeu que a constituição, por si só, poderia aplicar seus princípios. Esta ambigüidade não seria suportada por grande tempo.

No título IX, que trata das disposições gerais, especificamente no artigo 217, a Constituição se refere à possibilidade de editar emenda constitucional, mediante um processo legislativo mais denso, com dupla discussão em ambas as casas, mediante aprovação da maioria absoluta dos membros. Caso a aprovação ocorresse por dois terços dos membros da casa, em duas discussões, a iniciativa seria submetida à outra casa.

A limitação circunstancial¹⁵ de reforma mais uma vez se fez presente, conforme artigo 217, §5º, que proibia a alteração durante a vigência de estado de sítio. Novamente consignou-se em texto constitucional brasileiro a proibição de deliberação sobre projetos tendentes a abolir a Federação e a República (art.217, §6º). É preciso ressaltar que a Constituição de 1946 aboliu a dupla rigidez prevista na Constituição de 1934, sistema igualmente previsto na Constituição do Império, que distinguia o que era materialmente constitucional e formalmente constitucional. A constituição de 1946 logrou simplificar a rigidez e sob o manto das cláusulas pétreas buscou a preservação da República e da Federação, tal como acontece hoje.

Com a Revolução de 1964 inicia-se um processo de privação das liberdades públicas, dos direitos fundamentais e desrespeito à dignidade da pessoa humana. No período de 1964 a 1966 foram editados quatro Atos Institucionais e 15 emendas à Constituição.

A soberania popular foi sendo extirpada com o regime que os militares iniciavam, sob o argumento de que seria necessário proceder algumas reformas para garantir a democratização do país, sua longevidade e ainda possibilitar a articulação do Brasil com a economia mundial. O que se viu foi a supressão dos direitos políticos, a extinção dos partidos, fechamento do Congresso Nacional, a eleição indireta do Presidente e seu vice, de Governadores e os respectivos vices, e com o Ato Institucional nº 5 foi concedido ao Presidente da República o arbítrio sobre a decretação do estado de sítio, sem falar da suspensão da garantia do *habeas corpus*.

¹⁵ SILVA (2006:441) trata das limitações ao poder de emenda. Segundo o autor, as limitações podem ser temporais, circunstanciais e materiais (explícitas ou implícitas). As temporais se caracterizam pelo fato de terem autorizadas a apresentação apenas em determinado período de tempo, já previsto na Constituição. A Constituição de 1988 não as previu. As circunstanciais são limitações ao poder de reforma numa determinada circunstância, como por exemplo na vigência de estado de sítio, intervenção federal ou estado de defesa, conforme artigo 60, §1º da CF/88. As limitações materiais tratam de um núcleo de normas imodificáveis da Constituição. No Brasil, por exemplo, sempre se preservou a República e a Federação por meio de limitação material, prevista no próprio texto constitucional. Em relação a limitação temporal, de acordo com SILVA (2005, 65/66), *Só a Constituição do Império estabeleceu esse tipo de limitação, visto que previra que tão-só após quatro de sua vigência poderia ser reformada (art.174).*

O Congresso, em recesso, foi convocado para reunir-se em caráter extraordinário de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967 para votar um projeto de Constituição. No entanto, os congressistas estavam pressionados pelos Atos Institucionais e a interferência do SNI, e sua convocação ocorreu simplesmente para o Brasil figurar no cenário internacional como um país que tinha um texto constitucional democrático, votado e aprovado pelo Parlamento (BONAVIDES e ANDRADE, 1991:433).

A Constituição de 1967 manteve em seu texto, no artigo 50, §1º a proibição do Congresso deliberar sobre projeto de emenda tendente a abolir a Federação e a República. A limitação circunstancial, que proibia a emenda à constituição na vigência do estado de sítio também foi mantida, conforme previa o artigo 50, §2º daquela Constituição. O Congresso Nacional, assim como as Assembléias Legislativas e o Presidente da República poderiam ter a iniciativa de emenda. Mas a autorização restou letra morta em face do fechamento do Parlamento Nacional e das Assembléias estaduais.

Assim como no período da Primeira República e no Estado Novo, em que as normas constitucionais eram desprezadas, o país se viu diante de um texto constitucional que preservava direitos e garantias individuais (rol do artigo 150) mas na realidade a Constituição não era colocada em prática, sendo que o autoritarismo e o arbítrio do regime militar tomaram conta do Poder Executivo. O mais desavisado dos leitores, que por qualquer motivo não tenha conhecimento dos fatos históricos que marcaram o regime iniciado em 1964 e que se depara com o texto constitucional não será capaz de imaginar as perplexidades levadas à efeito contra os líderes políticos e as pessoas que buscavam a liberdade de locomoção, de expressão e a proteção dos direitos individuais. De acordo com FAUSTO (2006:467) a repressão mais violenta foi no Nordeste atingindo, sobretudo, as Ligas Camponesas; e nas cidades vários presidentes sindicais foram presos e os sindicatos mais expressivos sofriam intervenção constante.

Em agosto de 1969 o presidente Costa e Silva foi substituído em razão de um derrame. O seu vice, o civil Pedro Aleixo não assumiu o cargo visto que tinha se oposto ao Ato Institucional nº5 e então os Ministros Lira Tavares (Exército), Augusto Rademaker (Marinha) e Márcio de Sousa e Melo (Aeronáutica) assumiram o poder através do Ato Institucional nº 12 de 31/08/1969. A esquerda radical que tentava ascender foi reprimida pela junta militar através de diversos atos de tortura. A junta criou a pena de banimento do território nacional através de outro Ato Institucional (nº13) e convocou novas eleições para 25 de outubro de 1969 (FAUSTO, 2006:481).

Sob o comando presidencial da junta militar, em 17 de outubro de 1969 foi promulgada a Emenda Constitucional nº 1, que assumiu o papel de nova carta constitucional do país diante da adaptação de vários atos institucionais no texto e a supressão de vários dispositivos da Constituição de 1967. Importante destacar que, segundo BONAVIDES e ANDRADE (1991:443), a Emenda à Constituição de 1969 não foi considerada autonomamente uma Constituição pelos juristas, como Pontes de Miranda, Pinto Ferreira e Aliomar Baleeiro. Isto decorreu em grande parte da redação do artigo 1º que dizia: *A Constituição de 24 de janeiro de 1967 passa a vigorar com a seguinte redação.*

Para efeito do levantamento histórico-político que é proposto neste momento, a Emenda Constitucional nº1 de 1969 manteve no artigo 47, §1º a vedação de apreciação de projeto tendente a abolir a Federação e a República. Persistiu até 1978 a limitação circunstancial do §2º do artigo 47 de que a Constituição não seria emendada na vigência de estado de sítio, quando através da Emenda Constitucional nº11 de 1978 o referido dispositivo teve a redação ampliada para consagrar também a proibição de emenda à constituição durante a vigência de estado de emergência.

Através da Emenda Constitucional nº 26 de 1985 o país iniciou o processo de transição para a abertura democrática de forma pacífica. O então Presidente José Sarney convocou a Assembléia Nacional Constituinte, composta pelos Deputados e Senadores eleitos, para reunir-se a partir de 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional, para elaboração de novo texto constitucional (SOARES, 2008:322).

Desta forma, desde a promulgação da Constituição aos cinco de outubro de 1988, permaneceu incólume o artigo 60 que define o processo legislativo de emenda à constituição e que criou rol de limitações ao Poder Constituinte Derivado bem mais amplo do que todas as constituições outrora descritas. O §4º do artigo 60, que contém as cláusulas pétreas, manteve a proibição de emenda sobre proposta tendente a abolir a forma federativa de Estado e por força do referendo de revisão constitucional em 1993, manteve a República como cláusula intangível do ordenamento constitucional (SILVA, 2006:441). O rol foi ampliado para constar também a intangibilidade do voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de poderes e os direitos e garantias individuais.

Importante destacar ainda que as limitações circunstanciais foram ampliadas da mesma maneira e a emenda à constituição é proibida durante a vigência de estado de sítio, estado de defesa ou intervenção federal (art.60, §1º).

Após este simples levantamento acerca do instituto constitucional das limitações ao Poder Constituinte Derivado, é possível notar que, com exceção do regime imperial de 1824,

todas as Constituições protegeram a Federação e a República. A Constituição de 1988 adota um modelo não muito rígido de reforma, vez que os Estados podem apresentar a proposta de emenda, apesar da ratificação não ser necessária, como na Constituição dos Estados Unidos (Const., art.V). Ao contrário das Constituições da França (art.89) e Espanha (arts.167.3 e 168.III), o Brasil não prevê referendos ou plebiscitos para ratificação das emendas à Constituição (MARINHO, 2001:05).

No histórico constitucional brasileiro apenas em 1934 o Constituinte Originário estabeleceu no texto a emenda e a revisão como dois instrumentos de alteração. Nas demais, apenas a emenda constitucional teve o processo estabelecido. Já em 1988, no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o Constituinte consignou a revisão após decorridos cinco anos da promulgação da Constituição, mas é um ato único, com tempo determinado. Desta forma, após 1993 não é mais possível ter no Brasil a revisão constitucional, sendo a única norma permanente aquela que prevê a possibilidade de emenda constitucional.

O significado das limitações ao Poder de Reforma só pode, no contexto do atual paradigma, ser compreendido dentro de condições procedimental-discursivas, o que propiciaria a sua reconstrução permanente pela sociedade aberta de intérpretes da Constituição dentro de parâmetros racional-discursivos necessários à garantia da identidade constitucional. No entanto, projetos como o da PEC nº 157/03, que prevê a Revisão Constitucional por meio de uma Assembléia Revisória altamente questionável, são atos atentatórios à integridade constitucional do país, pois são formas claras de mudança das regras que permitem a reforma do texto, logo o que busco aqui é (re)contextualizar institutos jurídicos relativos ao tema de reforma da constituição, reconstruindo os seus significados de forma a torná-los adequados ao paradigma vigente – o Estado Democrático de Direito, rechaçando a fraude à Constituição por meio de um constituinte derivado desprovido de qualquer legitimidade democrática.

Sobretudo em razão do princípio democrático, adotado pela Constituição de 1988, busco neste trabalho uma nova forma de articulação do poder de reforma pelo Constituinte Derivado, através das regras do artigo 60 da CF/88, e a garantia de um processo legislativo participativo. Não se pode olvidar que o Constituinte de 1988, ao prever as regras de reforma da Constituição, o fez para impor um controle sobre o Poder Legislativo em relação à matéria constitucional porque a supremacia do texto normativo maior do Estado não pode ser comprometida por alterações voluntárias, ações inimigas corrosivas ou interesses escusos, com o fito de determinar a instabilidade do Estado e a insegurança jurídica.

Nesse ponto muitos poderiam dizer que o poder político é influenciado pelo poder econômico, do grande capital e das indústrias, o poder militar, o poder latifundiário, o poder dos intelectuais e várias outras forças existentes na sociedade e que por isso a soberania popular não estaria totalmente livre de influência, portanto, a manutenção do atual sistema seria ainda o melhor caminho.

Ocorre que, como já dito nas páginas iniciais, o Estado democrático deve unir autonomia pública e autonomia privada. O sistema representativo não dá conta de atender os reais anseios da população, porque, como diz MULLER (2003), o sistema partidário representa apenas o interesse de determinados grupos.

Aqui, a minha proposta é fazer valer o princípio da soberania popular mesmo em face das limitações das cláusulas pétreas porque não há poder popular se tais cláusulas foram opostas contra a vontade direta do cidadão. Por isso acredito que a reforma constitucional deve passar pelo controle popular e isto acontecerá mediante participação direta daqueles que são os reais interessados na manutenção do Estado e da segurança jurídica: os cidadãos.

A partir de agora, faço uma análise dos incisos I a IV do §4º do artigo 60 da CF/88 para trazer elementos que congreguem a soberania popular com as limitações ao processo legislativo de reforma da constituição, numa perspectiva baseada no Estado Democrático de Direito, para demonstrar que os próprios institutos jurídicos protegidos pelas cláusulas pétreas admitem o que chamo de fragmentação do Poder Constituinte Originário.

3.1 Federalismo de cooperação como cláusula pétrea: como garantir autonomia política das unidades federadas (direito de secessão) e autonomia privada

Neste tópico trabalho o federalismo, já que, como visto no tópico anterior, após a Primeira República, a Federação sempre foi protegida através da limitação ao poder de reforma do texto constitucional. A forma federal de Estado está protegida do Constituinte Derivado pelo artigo 60, §4º, inciso I da Constituição Federal, mas diante da fragmentação do poder constituinte originário, abre-se uma possibilidade para que, com base no princípio da soberania popular, o próprio povo seja titular do poder político de reforma da Constituição.

Antes de mais nada, cumpre-me realizar, inicialmente, um resgate do Estado Federado como forma de introdução do tema proposto para este tópico.

Durante a Idade Média, os Estados se caracterizavam pela centralização unitária do poder. Nos séculos XVII iniciou o processo de descentralização administrativa, uma forma de solução do Estado Monárquico para descongestionar o centro de poder, em que se criou autoridades intermediárias e locais com poder de decisão e administração. O Estado Unitário descentralizado está entre o Estado Unitário Centralizado e o Estado Federal.

A partir dos Estados organizados constitucionalmente, com distribuição de competências, organização e divisão dos poderes, surge o Estado Federal, que ultrapassa a descentralização administrativa para a descentralização normativa oriunda da Constituição Federal (HORTA, 2003:466).

KELSEN (2000:451) assevera que o grau de descentralização é o fator que diferencia o Estado Unitário do Estado Federal. Neste a competência legislativa é dividida entre uma autoridade central e diversas autoridades locais, sendo que no Estado Unitário de províncias autônomas a competência legislativa destas é menor e menos importante comparadas aos Estados-membros.

O Império Constitucional brasileiro de 1824 era um Estado Unitário com descentralização administrativa através das Províncias, com clara oposição ao federalismo, conforme artigo 1º da Constituição Política. Somente em 1891 é que a Constituição adotou a forma federativa, através da União das Antigas Províncias, que passaram a ser denominadas de Estados, semelhante ao modelo norte-americano, conforme artigo 1º da Constituição da República de 1891. O país deixou de ter o nome de Estados Unidos do Brasil apenas com a Constituição de 1967, mas o modelo federativo não foi abandonado pelos textos constitucionais apesar da ineficaz aplicação desta forma de Estado, conforme digo abaixo.

Não se poupam críticas ao Federalismo brasileiro desde a Primeira República, como SOARES (2008:322), visto que centralizava todas as ações na União, com competência residual dos Estados pouco significativa em matéria, principalmente, de tributação e receitas. Segundo BARACHO (1982:189), o a concepção do federalismo em 1891 foi anacrônica, pois a centralização asfixiante prende os anseios federalistas.

No Brasil, é manifesto o declínio da ordem federativa, consideravelmente precipitado, do ponto de vista jurídico e formal, pelos constituintes que, em 46, 67 e 69, amesquinham grandemente o espaço autônomo reservado à competência das unidades participantes, do mesmo passo que agigantavam a União e a autoridade constitucional do Presidente da República. (BARACHO, 1982:187)

A Constituição de 1988 inovou quanto ao Federalismo triplo (União, Estados e Municípios) posto que em grande parte dos países que adotam a referida forma os Municípios não possuem autonomia de ente federado.

No entanto, os Estados-membros nem sempre dispuseram de autonomia como a que foi instituída pelo Constituinte de 1988. O Federalismo brasileiro é originário das primeiras revoluções contra o Império e instituído constitucionalmente desde 1891, mas com nascedouro no ideal das revoluções de Pernambuco em 1824, que insurgiu contra a outorga da Constituição, e a Sabinada da Bahia, em 1837 que foi federativa e republicana (BARACHO, 1982:187).

O pensamento liberal tomava conta das lideranças políticas do final do século XIX, inspirados nos princípios da revolução francesa do final do século XVIII, e alvorecente em função do absolutismo propalado no Primeiro Reinado que se manteve firme no propósito autocrático, principalmente pela criação do Poder Moderador, o qual contrafazia o sistema tripartite pensado por Montesquieu (BONAVIDES e ANDRADE, 1991:249).

O modelo de federalismo brasileiro, idealizado por Rui Barbosa de acordo com a matriz do Estado Federal Norte Americano, na verdade, se assemelha com este apenas pela classificação que recebem. Em se tratando das especificidades dos modelos, o que se apresenta é o fato do federalismo norte americano ter característica centrípeta, baseado em um histórico de Estados Soberanos que no transcorrer dos anos foram abdicando de competências em favor da centralização na União. Ao contrário do que possa parecer, o nível de descentralização neste modelo é bem maior em comparação com o modelo brasileiro. É que os Estados-membros já exerciam competências administrativas, legislativas e jurisdicionais em número elevado e após a formação do pacto federativo permaneceram com muitas das competências, abdicando da soberania.

O federalismo centrífugo, ao contrário do modelo centrípeta, centraliza grande parte das competências administrativas, legislativas e jurisdicionais na União. Para tanto, basta analisar o rol de competências dos artigos 21 a 24 da Constituição brasileira. Além disso, o pacto federativo foi precedido de um Estado unitário e monárquico, que explica o fato da descentralização prevista na Constituição de 1891 ter recuado nas Constituições posteriores, dado o histórico autoritário da experiência brasileira. Há uma forte conexão entre o autoritarismo e a centralização (MAGALHÃES, 2000:19).

O fato é que o federalismo inspirado por Rui Barbosa não deu conta de transformar a realidade do país durante a Primeira República, pois diante do despreparo dos Estados-membros, com estrutura ainda provincial, mergulhados num quadro de abuso de poder e

coronelismo, seguiu-se um período de grande violência até 1930. O poder político foi superior ao comando constitucional e prevaleceu o regime sufocante da União em detrimento da autonomia dos Estados-membros. A inspiração constitucional do federalismo brasileiro é apenas formal, já que não foi posto em prática até 1988 justamente porque, com exceção do período constitucional de 1946 a 1964, o país viveu governos ditatoriais, conseqüentemente, centralizadores.

Mas não tem como negar que a Constituição de 1988 inaugurou novo período do federalismo pátrio. Apesar das competências centralizadas na União através dos artigos 21 a 24, há tendência descentralizadora e participativa. Os Municípios ganharam autonomia de ente federado e os interesses locais têm competência legislativa nas Câmaras Municipais, representando um avanço diante de todo o quadro histórico de um federalismo esmagador nos regimes constitucionais anteriores.

O federalismo de cooperação representa a nova característica do Estado Democrático de Direito e toma para si o desafio de conjugar autonomia política dos entes federados e a autonomia privada. HORTA (2003:453) assinala que o federalismo cooperativo brasileiro apareceu de forma embrionária na Constituição de 1946 com o fomento ao desenvolvimento regional, destaque para aproveitamento das possibilidades econômicas do Rio São Francisco, conforme artigo 29 do Ato das Disposições Transitórias. Nos anos seguintes, a região amazônica, a centro-oeste, a fronteira sudoeste nos Estados do Mato Grosso, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul e o Nordeste brasileiro também receberam atenção da União no que tange a destinação de receitas para o fortalecimento regional.

Medidas de repartição de receitas tributárias de impostos federais e estaduais beneficiando os Estados e Municípios deram início ao Federalismo de Cooperação. A Constituição de 1988 inaugurou ainda o chamado federalismo de equilíbrio ao introduzir na repartição de competências o elemento da legislação concorrente entre União, Estados e do Distrito Federal, aumentando o rol de que tradicionalmente compunha o campo privativo da União, sob inspiração da Lei Fundamental da Alemanha de 1949 (HORTA, 2003:456).

O fortalecimento do federalismo de equilíbrio e do federalismo de cooperação, para HORTA (2003:460), passa pela reforma constitucional no sentido de definir a composição dos organismos regionais e de articulação entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Neste sentido é que José Luiz Quadros Magalhães propõe a nova forma de se enxergar o federalismo centrífugo brasileiro, dando nova interpretação à clausula pétrea do artigo 60, §4, inciso I, para que o controle de constitucionalidade vede qualquer contrato, medida

provisória, atos administrativos, emendas à constituição tendente a abolir a forma federal centrífuga, ou seja, qualquer medida de centralização de competências políticas, administrativas ou jurisdicionais deverão ser rechaçadas sob o signo da inconstitucionalidade. O autor fundamenta nos seguintes termos:

Emendas que venham a centralizar, em um modelo federal historicamente originário de um estado unitário e altamente centralizado, são vedadas pela Constituição, pois tenderiam à extinção do estado federal brasileiro. Centralizar mais o nosso modelo significa transformá-lo de fato em um Estado Unitário. MAGALHAES (2000:20)

O equilíbrio da forma federal depende da Jurisdição Constitucional através de um órgão próprio, que é a Corte Constitucional. Segundo KELSEN (2000:456), o Tribunal Federal Supremo é competente para dirimir os conflitos entre os Estados-membros e ainda para punir determinados crimes privados. BARACHO (1982:33) afirma que a missão das Cortes Constitucionais no Estado Federal é garantir o equilíbrio das competências nacionais e dos Estados membros, além de preservar as garantias consagradas na Lei Fundamental.

Para HORTA (2003:489), na Constituição de 1988, o controle de constitucionalidade recebeu ampliação para ingressar na competência do Supremo Tribunal Federal o processo e o julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei e ato normativo Federal ou Estadual. Este papel de controle era realizado por meio da intervenção federal, que ainda tem previsão constitucional, mas o instituto foi esvaziado pela ampliação da iniciativa da Ação Direta de Inconstitucionalidade, no artigo 103 da Constituição Federal.

É inequívoco na doutrina que os Estados-membros possuem autonomia política dentro da estrutura do Estado Federal, até porque se assim não fosse estaria diante de um Estado Unitário descentralizado. Mas a autonomia do Estado-membro tem seu limite na Constituição Federal, que é basicamente a organização política do Estado e segundo KELSEN (2000:369) é a base da ordem jurídica nacional, abrange as normas do processo de legislação e regulamenta a criação e competência dos órgãos executivos e judiciários mais altos.

Segundo BARACHO (1982:50/51), o direito do Estado-membro fixar sua Constituição não é absoluto, porque deve observar os princípios expostos na Constituição Federal e a autonomia é controlada do ponto de vista da constitucionalidade, mas não da oportunidade política. Lembra ainda que o Estado-membro participa da elaboração das leis federais, visto que no sistema bicameral os Senadores são os seus representantes.

O debate entre a autonomia política do Estado e a autonomia privada surge em razão da inspiração liberal que originou a forma de Estado, a República, o Presidencialismo e a

proteção de diversos direitos sob a batuta de Rui Barbosa. Para BONAVIDES e ANDRADE (1991:249) a Primeira República foi o coroamento do liberalismo no Brasil e a sua Constituição primava pelo distanciamento entre a sociedade e o Estado, axioma Liberal, segundo os autores.

Reside aqui o papel do Federalismo de Cooperação, intangível pela proteção do artigo 60, §4º da CF/88, uma vez que o incentivo da União para o desenvolvimento regional e local, através de convênios e programas de ação em parceria com Estados, Distrito Federal e Municípios, possibilita o crescimento dos Estados, aumentando a autodeterminação política regional ao passo que possibilita ao cidadão o desabrochar de sua autonomia privada, que o levará à luta para concretização de seus direitos individuais, garantidos constitucionalmente.

O histórico da formação do Estado Federal brasileiro demonstra total desapego à formação de seu modelo inspirador, a União das treze colônias da América do Norte. O principal redator da Constituição de 1891, o baiano Rui Barbosa, não escondeu seu desejo pelo federalismo, mas o fortalecimento do poder central com substituição da descentralização política pela administrativa aumentou a dependência dos Estados-membros em relação à União. Diferentemente do modelo americano, em que os Estados eram dotados de soberania e autonomia política e depois se uniram como federação, os Estados-membros brasileiros carregavam o germe provincial do poder autocrático. Políticas como a do *café-com-leite* (que designava o domínio e revezamento do poder político/governamental entre Minas Gerais e São Paulo) prevaleceram no começo do século XX demonstrando como a realidade brasileira era avessa à dos Estados Unidos.

Em MADISON, HAMILTON e JAY (1993) é possível ver como foi diferente a discussão política sobre a União das treze colônias na América do Norte. Com diversas justificativas de cunho social, econômico, de defesa, buscando a paz e a libertação, os autores apresentaram os argumentos para a formação de um Estado Federal, em prol da soberania de um governo central. As soberanias estaduais foram transferidas para o Governo Federal, cabendo aos entes o exercício da autonomia administrativa e financeira.

Diferentemente, o Brasil não teve tal embate político na formação da Federação. Inspirados pelo modelo norte americano, os federalistas brasileiros eram contrários ao domínio monárquico consagrado na Constituição de 1824. As províncias guardavam total obediência ao comando central do Rei e não havia qualquer autonomia política ou soberania por parte destas. Daí surgem os próprios movimentos de resistência, como já dito acima, de Pernambuco e da Bahia em 1824 e 1837, respectivamente, sem falar de outros movimentos contrários às políticas absolutistas como a Inconfidência Mineira (1789) que, sob ideal

iluminista, buscava a formação de um país livre na capitania de Minas Gerais, com a implantação de uma República.

Embora existam divergências acerca das realidades históricas de surgimento do Estado Federal brasileiro e sua matriz norte americana, é fundamental frisar a importância desta forma de Estado para a democracia. Esta, aliás, liga-se intimamente com pacto constitucional, que para BARACHO (1982:32), com lastro nos conceitos de Carl Schmitt, relaciona-se com o pacto federal, que tem conteúdo tanto na Constituição Federal e dos Estados-membros, garantindo a existência políticas dos mesmos.

Ora, se há relação de dependência entre a existência da federação e da Constituição Federal, a instituição dos poderes, a divisão dos mesmos e a forma de surgimento da vontade política estatal são de extrema importância. KELSEN (2000) chega à conclusão que a Democracia moderna é uma democracia exercida indiretamente¹⁶ pelo parlamento, onde forma-se a vontade geral para direção estatal, a partir da vontade da maioria de eleitos para o parlamento, eleitos pela maioria do ‘povo ativo’¹⁷. É através do parlamento que se vê, segundo o autor, a representação popular, como forma máxima de participação decisiva na formação da vontade estatal.

A representação do povo no parlamento para o autor nada mais é do que uma ficção legitimada pela soberania popular. Mas esse parlamento, segundo Kelsen, para ser legitimado como pretendido não deve limitar a intervenção do ‘povo ativo’ na formação do Estado, apenas nos atos parlamentares deve estabelecer outras formas de intervenção como o referendo legislativo ou mesmo pelo plebiscito bem como através de iniciativa popular de lei. Também deve ser um parlamento que não funda suas decisões no sistema eleitoral majoritário, mas em um sistema eleitoral proporcional.

Desta forma, demonstra Kelsen que a democracia e a idéia de povo foram adotadas no ocidente e ainda perduram na modernidade como idéia Grega de um governo do povo, para o povo, baseada na liberdade de autodeterminação política, que atua no interesse desse povo, associada à idéia de participação no governo (na criação e aplicação de normas) a fim de que o poder estatal seja restringido em nome da liberdade desse mesmo povo, conformando as atividades e ações estatais pela soberania popular.

¹⁶ Para Kelsen a democracia direta idealizada na Antiguidade na Grécia é impossível de ser aplicada ao nosso tempo porque cada vez mais torna-se maior a ‘coletividade estatal’.

¹⁷ ‘Povo ativo’ para ele significa pois, aqueles que são dotados de direitos políticos e que participam na formação do Estado e ‘povo passivo’ aqueles que estão apenas submetidos à ordem estatal, nesse caso povo no sentido jurídico seria apenas ligado à idéia de ‘povo ativo’ (KELSEN, 2000:37).

A liberdade do legislador está subordinada à Constituição e à medida que se varia o grau (Constituição, Lei, Decreto) aumenta a limitação em detrimento da liberdade. Neste sentido, a proteção da forma federativa como cláusula pétrea vem preservar a própria democracia, consagrada na Constituição Federal.

Ao fim deste tópico, considero que a autonomia privada encontra-se limitada pelo federalismo de cooperação visto que este pretende o fortalecimento regional e autodeterminação política por meio de ações dos entes federados envolvidos em determinado programa de desenvolvimento. O direito de secessão atenta contra o pacto federativo à medida que houve entrega da soberania do Estado-membro para o fortalecimento nacional.

O que pode parecer restrição da autonomia privada num primeiro momento, pode vir a ser o seu fortalecimento ao passo que a autodeterminação política, que visa o federalismo de cooperação, leva ao debate das instituições daquela sociedade, conseqüentemente cada um torna-se mais cidadão, aumentando sua capacidade de cobrança sobre a proteção e garantia dos direitos individuais.

OLIVEIRA (2006b:95 *et seq*) descreve o debate entre o liberalismo e o republicanismo em que ambas as posições políticas pressupõem a sociedade baseada no Estado. Enquanto que o acento republicano é dado à autonomia pública, para auto-realização ética da comunidade, o acento da tradição liberal é dado à autonomia privada, como realização da autonomia moral e da escolha racional.

Enfim, ambos os elementos, tanto a autonomia pública quanto a privada são protegidos pela Constituição brasileira quando esta consagra o federalismo, com características de cooperação, baseado na descentralização política como cláusula pétrea, inatingível por emenda constitucional.

Segundo CANOTILHO (1993:75), na sociedade pluralista atual ganha espaço a questão sobre a função das leis constitucionais, que vão obedecer três perspectivas: uma compreensão liberal e positivista da constituição; compreensão materialista e de perspectiva sociológica da constituição; ou renovação da compreensão material da constituição segundo o Estado de direito democrático. Essa compreensão material da constituição é a peça importante para entender como o federalismo de cooperação contribui para a formação legitimadora do Poder Político do Estado.

Embora tenha dito anteriormente que o federalismo de cooperação deve ser protegido pela cláusula pétrea, esta idéia está relacionada às propostas de emendas que não são fruto da soberania popular, ou seja, propostas de iniciativa dos representantes eleitos pela população.

Isto não quer dizer que o federalismo de cooperação impede a participação popular derivada diretamente do cidadão.

As características do Estado Federal contribuem para a formação de um processo de alteração das normas constitucionais de maneira direta e participativa. A fragmentação do Poder Constituinte Originário já ocorre com o Federalismo porque os Estados-membros e os Municípios têm competência privativa sobre as Constituições Estaduais e Leis Orgânicas, respectivamente.

Este fato demonstra que o Poder Constituinte Originário não ficou restrito à elaboração da Constituição de 1988, mas também marcou presença na promulgação das Constituições Estaduais em 1989.

A instrumentalização da soberania popular ganha forte contribuição do Estado Federal à medida que a autonomia política dos entes é exercida tão somente pelos legisladores constituintes estaduais e os legisladores municipais. Portanto, se não há interferência da União ou do Congresso Nacional na elaboração da Constituição Estadual, o que existe é uma fragmentação do Poder Constituinte Originário em prol do federalismo.

O próprio artigo 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que estabelece o prazo para os Estados elaborarem suas Constituições, fala em poder constituinte dos entes federados, que deve apenas respeitar os princípios constitucionais.

Deste modo, é possível falar que o Estado Federal consagra a soberania popular porque reserva ao povo de cada um dos entes federados a legitimidade de elaboração da própria Constituição ou Lei Orgânica.

Assim, conclui-se que a vedação do poder de reforma da Constituição não atinge a soberania popular, quando manifestada diretamente ou submetida ao controle direto da população no que tange ao Federalismo de Cooperação. É próprio da sistemática da Constituição de 1988 que a interpretação dos seus dispositivos deve ser realizada com base no princípio democrático participativo, em prol da vontade do povo. Em consequência, ocorre a fragmentação do Poder Constituinte.

3.2 Direitos fundamentais como cláusula pétrea no Estado Liberal: instrumento de efetividade da ordem jurídico-constitucional democrática?

Além do federalismo, os direitos e garantias fundamentais são objeto de proteção das reformas que podem ser feitas pelo Poder Constituinte Derivado, razão pela qual também são considerados cláusulas pétreas, conforme artigo 60, §4º, inciso IV da CF/88.

Assim como no Federalismo de Cooperação, vislumbro que a fragmentação do Poder Constituinte Originário pode ser aplicada em face dos direitos e garantias fundamentais. É que a participação popular é garantida em muitos dos direitos consagrados na Constituição, principalmente em se tratando de direitos sociais. Apenas para exemplificar cito o artigo 7º, inciso XI, artigo 8º, inciso VI, artigo 10, artigo 37, §3º, artigo 194, parágrafo único, inciso VII e artigo 198, inciso III. Ressalto que a participação popular é garantida também em Leis Ordinárias, como por exemplo o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01). Mas para prosseguir com o tema dos direitos fundamentais, é preciso situá-los na doutrina.

Segundo ALEXY (1993:36), em seu país o tema dos direitos fundamentais e os debates acerca de sua conceituação e caracterização têm ficado a cargo da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal na Alemanha ao mesmo tempo em que este tem proferido decisões genéricas e ambíguas a respeito do assunto. O autor apresenta cinco teorias dos direitos fundamentais: a teoria liberal ou do estado de direito burguês, a teoria institucional dos direitos fundamentais, a teoria axiológica dos direitos fundamentais, a teoria democrático-funcional e a teoria do Estado Social dos direitos fundamentais.

Para ALEXY (1993:82), a distinção entre regras e princípios é uns dos pilares da teoria dos direitos fundamentais. As regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção, são comandos de definição, sua aplicação não é baseada no *'all or nothing'* de Dworkin, mas na declaração de invalidade de uma regra quando colide com outra que seja válida, incluindo para isso uma cláusula de exceção, e na instituição de obrigações que são absolutas. Os princípios seriam deveres, ou mandados ou deveres de otimização aplicáveis em vários graus conforme as diversas possibilidades normativas (devem levar em conta os outros princípios com ele colidentes) e fáticas (seu conteúdo como norma é determinado diante do caso concreto).

Alexy entende que princípios estabelecem um dever-ser, realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes. Assim a realização completa de um determinado princípio pode ser obstada pela realização de outro. O conteúdo definitivo

de um princípio, portanto, só é fixado após o sopesamento com princípios colidentes. Esse sopesamento é feito pela ponderação de valores, entre os princípios jurídicos.

Para SCHMITT (1996:201), direitos fundamentais e separação de poderes são limites e controles do Estado, garantindo a liberdade burguesa e a relativização do poder do Estado, mas não são uma forma política em si mesma. Por isso, toda Constituição tem princípios político-formais que se mesclam com o Estado de Direito.

SILVA (2006:57) diz que os direitos fundamentais referem-se a situações jurídicas objetivas e subjetivas definidas por normas constitucionalmente positivadas para assegurar liberdade, igualdade e dignidade. De acordo com MENDES (2002:03), a clássica concepção burguesa dos direitos fundamentais, como direito de defesa dos indivíduos contra as ingerências do Estado na liberdade pessoal e propriedade, ainda tem destaque nos estudos do tema.

Por sua vez, SARLET (2001:13) diz que os direitos fundamentais podem ser divididos em dois grupos: direitos fundamentais como direitos de defesa e como direito a prestações. Para o autor, os direitos fundamentais são posições jurídicas concernentes às pessoas, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos. Mas alerta SARLET (2001:09) que há uma crise na esfera do reconhecimento e da identidade dos direitos fundamentais ainda que vinculada à crise de efetividade. A opressão econômica e o aumento da exclusão social relacionados com o efeito da globalização e do neoliberalismo geram a diminuição da capacidade estatal de propiciar a fruição dos direitos fundamentais pelos particulares, ameaçando a noção de cidadania, de “direito a ter direitos” (SARLET, 2001:05).

Na interpretação dos direitos fundamentais segundo a tradição do liberalismo político, o Estado age sempre de acordo com um aparato legal, que serve de limitação para as suas ações em face dos interesses individuais. O parlamento é o responsável pela criação das leis, seguindo a orientação de divisão dos poderes trabalhada por Montesquieu. Assim, o voto é o principal instrumento de participação do povo, detentor da soberania do Estado, que elege os representantes que vão compor o Parlamento.

Para CANOTILHO (1993:506) as características da teoria liberal são: (1) *direitos de autonomia e direitos de defesa do particular perante o Estado*; (2) os direitos fundamentais revestem, concomitantemente, o caráter de *normas de distribuição de competências* entre o indivíduo e o Estado, ampliando a liberdade individual e restringindo a ação estatal para livre desenvolvimento dos direitos; (3) é vedada qualquer ingerência do Estado; (4) a utilização e efetivação desses direitos estão fora de competência regulamentar dos entes estatais, dependendo unicamente da iniciativa dos cidadãos; (5) os direitos fundamentais têm natureza

puramente *individual*, sendo a liberdade garantida pelos direitos fundamentais uma liberdade pura, liberdade em si e não liberdade para qualquer fim (ex.: liberdade para a defesa da ordem democrática, liberdade ao serviço do socialismo).

Em razão do traço marcante da tradição liberal, surge a questão principal deste tópico: o fato dos direitos e garantias fundamentais comporem o rol das cláusulas pétreas faz dos mesmos instrumentos de efetividade da ordem jurídico-constitucional democrática? Os Direitos fundamentais são instrumentos da soberania popular?

Neste sentido, é importante a lição de CANOTILHO (1993:512) porque os direitos fundamentais não podem ser marcados apenas por uma dimensão ou função. Atribui-se aos direitos fundamentais uma *multifuncionalidade* para acentuar as funções que as suas teorias captavam unilateralmente.

Não basta a previsão constitucional dos direitos fundamentais. O fato de constar no texto que esses direitos têm aplicação imediata (art.5º, §1º da CF/88) retrata apenas a importância deles no contexto do Estado Democrático de Direito. A limitação ao Poder Constituinte Originário mostra a preocupação com a preservação destes direitos em face do histórico ditatorial do país, que provocou principalmente a restrição das liberdades de expressão, de locomoção e de reunião, sem mencionar diversas transgressões a direitos fundamentais de outras espécies.

Este tópico tem como fundamento justamente avançarmos em relação ao modelo proposto pelo Liberalismo Político trabalhado pela doutrina e que ainda tem características marcantes nas sociedades atuais, revigorado pela globalização econômica, fazendo surgir um neoliberalismo ainda mais excludente, o qual abandona importantes instrumentos de participação do povo, advindos da concepção de Estado Democrático.

Para HABERMAS (2007), um modelo de democracia deve surgir em face daqueles propostos pelo Liberalismo e pelo Republicanismo. Esse novo modelo deve assumir padrões racionais-discursivos em que o processo de tomada de decisão leva em conta o debate em situações ideais de fala e o consenso acerca destas decisões, buscando maior legitimidade das ações do Estado.

Ações de efetivação dos direitos fundamentais devem passar pelo debate popular, com integração do poder político com o poder econômico e os agentes sociais. Sendo assim, a proteção das cláusulas pétreas deve avançar no sentido de que não só a formalidade do texto seja mantida, mas para impedir que qualquer atividade dos poderes instituídos - seja do Constituinte Derivado, do Legislador Ordinário, do Executivo que governa por medidas provisórias ou do Judiciário “Hércules” – afete ou ameace a aplicabilidade dos direitos

fundamentais de acordo com a democracia participativa e uma Administração Pública dialógica¹⁸.

Os direitos fundamentais devem ser considerados como garantias com caráter de obrigatoriedade. Não são o único conteúdo de uma Constituição civilizada, mas garantem a paz interna e externa, o Estado social de direito e a democracia viva. É preciso reforçar que o liberalismo político não consegue dar efetividade ao ordenamento jurídico-constitucional apenas com o direito positivado. A sua conquista está diretamente vinculada à sua práxis (MULLER, 2003:12).

Fica aqui lançada a idéia de que as cláusulas pétreas visam não somente a proteção de normas essenciais à manutenção do Estado democrático, mas também alcançam as normas que atentem contra a efetividade dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais justamente não são urna patrimônio residual (Restbestand) obtido pela subtração de todas as proibições estatais; eles não são um «direito negativo de polícia», mas, muito pelo contrário, o fundamento normativo do desenvolvimento (Entfaltung) social e político de cidadãos e pessoas livres. São garantias materiais, determinadas positivamente pelos seus conteúdos e pelo efeito destes. (MULLER, 2003:02).

Com a transcrição deste trecho do pensamento de Muller é possível enxergar como a tendência política do liberalismo não atende a característica de efetividade dos direitos fundamentais. Mais do que nunca é preciso avançar em relação ao paradigma liberal para formarmos um Estado democrático pleno, com exercício soberano da vontade popular, não apenas por representação, mas diretamente através das vias participativas que a Constituição e o regime democrático proporcionam.

HESSE (1998:138) diz que uma das funções democráticas mais importantes dos direitos fundamentais é a garantia da liberdade e abertura do processo político para correntes ideológicas diferentes, assegurando que concepções opostas possam conviver, inclusive para possibilitar a evolução histórica.

É possível compreender a relação dos direitos fundamentais com o processo político de tomada de decisões a partir dos exemplos que citei no início deste tópico. A Constituição Federal e as Leis Ordinárias consagram em muitos institutos, inclusive direitos fundamentais, a participação popular. Afasta a representatividade política para consagrar a vontade do cidadão, principal alvo desse rol de direitos.

¹⁸ A eleição de prioridades pelo modelo de Administração Pública dialógica consiste na escolha racional de prioridades segundo interesses reconhecidos pelo direito, feita a partir dos mecanismos de participação da sociedade civil em interação com o Poder Público.

Isto demonstra que a hipótese desta pesquisa, inspirada na fragmentação do Poder Constituinte Originário, encontra suporte nos direitos e garantias fundamentais. A fragmentação do Poder Constituinte gera a sua permanência à medida que a possibilidade de exercício em momentos distintos está atrelada à práxis constitucional e ao modelo racional-discursivo de formação da opinião e da vontade popular. Cada vez mais, o Estado Democrático de Direito busca a efetivação da ordem jurídico-constitucional através da participação do povo, mediante a concretização do princípio da soberania popular e do direito fundamental de participação política.

É preciso entender que a legitimidade das ações do Estado passam pela consagração democrática das normas ainda no processo político de sua elaboração. Logo, se há determinada norma constitucional que prevê a participação popular ao garantir um direito fundamental, é porque a vontade do cidadão dá solidez ao paradigma constitucional. Ora, o próprio Constituinte Originário percebeu o problema de legitimidade que o processo representativo trouxe para o Estado ao longo da história e concebeu mais institutos jurídicos advindos ou que perpassam pela participação popular.

Assim como o federalismo, os direitos fundamentais são cláusulas pétreas. Não obstante, as limitações de reforma da Constituição não podem atingir o que há de mais soberano no Estado democrático: a participação popular. Por isso, justifica-se a fragmentação do Poder Constituinte Originário para que, em qualquer tempo, possa surgir do seio da sociedade e faça as alterações que entender necessárias, mesmo em face dos direitos fundamentais, pois tais valores não são estanques e nem particulares de um dado momento histórico. Os valores que o povo pretende consagrar como suporte de sua sociedade podem mudar e o princípio da soberania popular deve ser respeitado e, principalmente, cumprido.

Em suma, os direitos fundamentais somente servem de instrumento de efetividade da ordem jurídica se puderem ser revigorados e reformados através da participação direta da população, num processo coordenado de autodeterminação política, com o escopo principal de gênese racional-discursiva das normas. A forma principal de proteção e garantia dos direitos fundamentais é através do direito de participação popular, cujas distorções devem ser corrigidas ou reparadas pela via da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

3.3 (Re)pensando a separação de poderes como cláusula pétrea e sua função instrumental para concretização de leis no Estado Democrático de Direito

A terceira cláusula pétrea, a qual passo a analisar, é a separação de poderes, prevista no artigo 60, §4º, inciso III da Constituição de 1988. Previsto no artigo 2º da Constituição, o princípio em questão trata da necessidade de independência entre os Poderes instituídos para que não haja concentração e abuso por parte do governante. Mas também é preciso haver harmonia, já que o Poder Político em si é uno, indelegável e indivisível. (SILVA, 2006:43). O poder do Estado visa coordenar o grupo social para consecução de vários fins, geralmente expostos na Constituição. Isso é que se denomina poder político, que vai justamente impor limites para convergência de interesses dos diversos grupos que compõem o Estado, visando o bem comum e a pacífica convivência de todos. O poder político possui três características fundamentais: unidade, indivisibilidade e indelegabilidade.

Mas, falta ao Estado uma vontade própria, a qual manifesta por seus órgãos, responsáveis pelo cumprimento das funções do poder político. Portanto, o poder que é uno, indivisível e indelegável vai realizar as funções legislativa, executiva e judiciária por meio de órgãos distintos, os quais a Constituição denomina Poderes, que são independentes e harmônicos entre si, conforme consta no artigo segundo. (SILVA, 2006:43)

Sempre vai existir a distinção entre as funções governamentais independentemente da divisão ou concentração de todas elas. Mesmo o Rei no tempo do absolutismo cumpria distintas funções de governo, apesar de concentradas em sua pessoa. A partir do Estado de Direito ou do Estado Constitucional, o poder passou a ser constituído pelo exercício da soberania popular. O modelo constitucional brasileiro adota a divisão, que significa que no exercício de suas atribuições um Poder não precisa consultar ou outro. No entanto, há um controle mútuo através do sistema de “freios e contrapesos” que asseguram a harmonia entre os três Poderes da União, com o escopo de evitar o domínio de um pelo outro e a usurpação de atribuições, evitando as distorções do sistema (SILVA, 2006:45).

SCHMITT (1996:198) diz que o esquema de contrapeso de Poderes distintos conduz a influências recíprocas que proporcionam o equilíbrio. Para o autor, o Estado de Direito busca, com este sistema, compensar o predomínio do Legislativo, pois este predomínio pode converter-se facilmente em absolutismo sem freio ou controle.

No caso brasileiro, apesar da separação de poderes estar historicamente presente nos textos constitucionais¹⁹, a realidade foi um pouco diferente. Como visto na primeira parte deste capítulo, em muitos momentos houve predomínio da vontade absoluta do Presidente da República, muitas das vezes atropelando competências dos outros Poderes. Foram pelo menos duas ditaduras, com Getúlio Vargas e no Regime Militar, nas quais o Congresso Nacional foi fechado e a atividade legiferante foi avocada pelo Chefe do Poder Executivo, o que restou explícito no texto das Constituições de 1937 e 1967. O maior exemplo do excesso de Poder do Executivo são os diversos Decretos-Lei que foram editados, sendo que muitos têm vigência atualmente.

No constitucionalismo contemporâneo do Brasil a questão que tem tomado conta dos debates é a judicialização da política. É o fato do Poder Judiciário estar intervindo em determinadas matérias que deveriam ser solucionadas com base em políticas públicas. O Judiciário avocou para si não só a proteção dos direitos e garantias fundamentais, como determina ao Executivo o seu cumprimento em favor dos particulares, às vezes sem considerar questões orçamentárias, fiscais ou até mesmo de inconstitucionalidade por extrapolar os seus poderes.

Isto demonstra como estão relacionados entre si os Três Poderes e retrata o entendimento tradicional da doutrina constitucionalista. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, na decisão da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45 (BRASIL, 2004) conferiu nova interpretação à separação de poderes. Trago à colação trecho da decisão do Ministro relator Celso de Mello:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. (BRASIL, 2004)

¹⁹ Artigo 9º na Constituição de 1824; artigo 15 na Constituição de 1891; artigo 3º na Constituição de 1934; o artigo 3º na Constituição de 1937, que manteve a divisão política; artigo 36 na Constituição de 1946; o artigo 6º na Constituição de 1967/69 e no artigo 2º da Constituição de 1988.

Esta transcrição sintetiza a decisão prolatada na ADPF 45 em que ficou consignada a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, na concretização de políticas públicas visando garantir a eficiência de *direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas*. (BRASIL, 2004)

A par disso, percebo que a intervenção do Judiciário se justifica no cumprimento dos preceitos que a própria Constituição estabelece, ou seja, a inércia do Poder Público pode violar positiva ou negativamente a Constituição, o que gera a possibilidade de intervenção do Judiciário em questões de políticas públicas, algo que não se aplica em sede de interpretação constitucional. O entendimento representa um avanço na interpretação da separação de poderes, o Supremo Tribunal Federal passa a justificar o fenômeno da *Judicialização da Política* e a chamada *reserva do possível* já não é suficiente para afastar a responsabilidade do Estado quando este não gera condições mínimas de existência ao cidadão ao manipular indevidamente a atividade financeira e político-administrativa.

A ADPF 45 (BRASIL, 2004) é um marco dentro da teoria da separação dos poderes porque admite a quebra da harmonia com o fim máximo de efetividade e concretização da Constituição Federal. Neste sentido questiono: porque não aplicar o mesmo raciocínio no que tange ao tema da reforma constitucional e das cláusulas pétreas? Dito de outro modo: É possível que as cláusulas pétreas sejam alteradas pelo poder soberano do povo, consagrado na Constituição, quando a vontade for manifestada diretamente?

O poder limitador das cláusulas pétreas não pode avançar contra o princípio da soberania popular, tanto que o próprio Constituinte Originário não incluiu a soberania popular no rol do artigo 60, §4º da CF/88. Entendo que a reformulação das competências específicas dos Poderes, tal como entendimento consagrado pela decisão da ADPF 45, é uma abertura do paradigma do Estado Democrático de Direito no que tange a concretização de leis. Ora, se institutos jurídicos protegidos como cláusulas pétreas podem sofrer interpretação para melhor adequar ao paradigma constitucional vigente, não há razões para impedir que o princípio da soberania do povo, que consagra a mais indene das democracias, a participativa, seja aplicado, em instância máxima, em face da forma federativa, da separação de poderes, dos direitos fundamentais e do voto.

Com o Estado Democrático de Direito, inaugurado pela Constituição de 1988, surgem os grandes movimentos que passaram a lutar e pressionar as autoridades em busca da participação popular de fato, com a sociedade civil passando a discutir questões relevantes no tratamento da coisa pública e o interesse comum (MAGALHÃES, 2008a:91). Não tenho

dúvidas de que o pluralismo da sociedade contemporânea é outro fator que influencia esta interpretação em relação às cláusulas pétreas, neste caso, especialmente a separação de poderes.

Ao contrário, o Estado Democrático de Direito pressupõe que o pluralismo é constitutivo da própria sociedade contemporânea, e que, portanto, não se pode, legitimamente, eliminar qualquer projeto de vida sem se interferir na auto-identidade de uma determinada sociedade. Ao contrário, ele deve reconhecer que todos os projetos que compõem uma sociedade, inclusive os minoritários, são relevantes na composição de sua identidade (GALUPPO, 2001:54)

A partir desta idéia de consagrar não só os interesses e projetos da maioria, mas também da minoria, a concretização de leis encontra-se obrigatoriamente vinculada ao exercício de cada uma das funções do poder político do Estado. Não basta o Judiciário determinar o cumprimento de algum direito fundamental se o Executivo não tiver condições de operar tal determinação e se o Legislativo não funcionou como fonte de deliberação sobre as políticas públicas e se o titular do Poder Político, o povo, não puder exercer o direito que lhe consagra a Constituição, principalmente nos momentos em que a representatividade estiver viciada ou contaminada pela corrupção.

Portanto, a concretização do Estado democrático e a instrumentalidade da separação de poderes como forma de concretização das leis, devem passar pela atuação conjunta dos três poderes, para funcionarem como realmente determina a Constituição, harmonicamente. Este é o principal ingrediente da fórmula adotada pelo Constituinte de 1988, sendo que a diferença desta em relação às Constituições anteriores é o fator participação popular.

O mundo dinâmico do século XXI não permite a supremacia de um dos Poderes constituídos sobre o outro, assim como não permite a omissão do Estado em relação aos direitos fundamentais e os seus princípios basilares, mas admite tanto a soberania da vontade do povo como a relativização de freios e contrapesos. Uma sociedade justa e pacífica obrigatoriamente passa pelo cumprimento do ideal pensado pelos constituintes. Por isso, repensar as cláusulas pétreas significa reforçar o cumprimento da Constituição e ao mesmo tempo evitar sua fraude, mesmo que para isso o Poder Constituinte seja fragmentado, com o compromisso de cumprir o ideal da Constituição pensado em seu nascedouro.

3.4 Voto universal e representatividade: causa ou efeito do déficit democrático no estado de direito brasileiro?

Na última seção deste capítulo, após tecer alguns comentários sobre o federalismo, os direitos fundamentais e a separação de poderes, resta falar sobre a cláusula pétrea do artigo 60, §4º, inciso II da CF/88: o voto direto, secreto, universal e periódico.

A proximidade entre o titular do voto, o poder político e a representatividade nem sempre foi um fator a ser elogiado no Brasil. É preciso entender o histórico brasileiro sobre a questão para poder comentar sobre o voto e sua condição de cláusula pétrea na Constituição de 1988.

As eleições e o voto como fonte do Poder Político são uma criação do Estado Moderno, em contraposição ao Estado Absolutista da Idade Média, em que os soberanos detinham todo o poder, com a justificativa baseada na vontade divina, não havendo distinção entre o direito, religião, tradição, costume e moral (BARACHO JUNIOR, 2000:53).

O Constitucionalismo Moderno, como visto na primeira parte, tem origem nas Revoluções da Inglaterra em 1688, dos Estados Unidos em 1776 e da França em 1789. A formação do Poder Político passou a se dar na forma de representação, com eleições periódicas e o espaço público foi redesenhado nos séculos XIX e XX com o surgimento dos partidos de massa e a garantia do direito de associação. Mas os liberais tinham restrições à participação política, o que motivou a limitação do sufrágio até o século XIX. (VILANI e MARQUES, 1992:07).

No Brasil, ainda durante a colonização, com a Corte distante dos problemas locais e a forte presença da aristocracia rural, o poder privado foi mais forte do que o Poder do Estado. Segundo FAORO (1976:365) a sociedade luso-brasileira contraiu o achaque liberal a partir da Revolução Portuguesa de 1820 e as fazendas que detinham forte expressão política, perdem espaço para os detentores do crédito e das exportações. As eleições passam às mãos dos letrados, leigos – especialmente juízes - e dos Deputados eleitos às Cortes Portuguesas, grande parte era de magistrados, clérigos e funcionários públicos.

O artigo 90 da Constituição de 1824 determinava eleições indiretas para Deputados e Senadores mediante eleição de cidadãos ativos. As assembleias paroquiais elegiam os eleitores de província, que escolhiam os representantes da nação e província. Segundo o artigo 92, não podiam votar os menores de vinte e cinco anos, salvo se casados, oficiais militares, que forem maiores de vinte e um anos, os bacharéis formados e clérigos de Ordens Sacras; os

filhos famílias, que estiverem na companhia de seus pais, salvo se servirem ofícios públicos; os criados de servir, em cuja classe não entram os Guarda-livros e primeiros caixeiros das casas de comércio; os Criados da Casa Imperial, que não forem de galão branco e os administradores das fazendas rurais e fábricas; os religiosos e quaisquer que vivam em comunidade claustral; os que não tiverem de renda líquida anual cem mil réis por bens de raiz, industria, comércio, ou Empregos.

A formação das mesas eleitorais e o processo eleitoral tinham vinculação com a Igreja, pois o presidente da assembléia paroquial e o juiz deveriam estar em combinação com o pároco para os fins de escolher dois secretários e escrutinadores para a mesa. O processo de eleição de deputados inaugura outra *via crucis* e não raras vezes as atas eram remetidas em branco para o Presidente de Província preencher ao seu talante. (FAORO, 1976:367/368).

Estes fatos permitem concluir que durante a colonização e na fase imperial o Brasil o voto e a representatividade possuíam sérios vícios de legitimidade. O Poder Econômico passou a se sobrepor ao Poder Político e à vontade do eleitor, detentor da legitimidade para formação das Casas Legislativas que controlariam o Poder do Imperador.

A Constituição de 1891 consagrou o princípio da igualdade no artigo 72, §2º e extinguiu privilégios de nascimento, foro de nobreza, ordens honoríficas e títulos nobiliárquicos e de conselho. Considerava eleitores os cidadãos maiores de 21 anos de idade. Mas de 1837 a 1889 o sistema representativo é uma cadeia de “cabrestos” em que prevalece o comando sobre a vontade do eleitor. A primeira eleição direta em 1881 só alistou 150.000 eleitores e houve comparecimento de 96.411, numa população de 12.000.000 de habitantes. O povo não comparecia às eleições para defesa de interesses e aspirações, mas era movido pelos proprietários sob comando do Presidente de Província. (FAORO, 1976:375/377).

A composição da sociedade rural, já no início do século XX, justifica o déficit de consciência política e os votos de cabresto uma vez que, segundo o censo agrícola de 1940, a população ativa ocupada com agricultura, pecuária e silvicultura somada aos pequenos proprietários com até 50 hectares, chega a 90, 12% da população. Além disso, as despesas eleitorais eram suportadas pelos fazendeiros e chefes locais, propiciando que o eleitor seguisse a orientação de quem arcava com os gastos, praticando um ato que lhe era indiferente.

Os municípios do interior detinham a maioria do eleitorado, cerca de 70% e no interior o fator rural se sobrepunha ao urbano. Isto demonstra o coronelismo e a ausência de participação do eleitorado na formação do Legislativo, gerando o déficit de representação e da democracia nas primeiras décadas da República. (LEAL, 1997:55/57)

Em termos de voto a Constituição de 1934 recuou a idade de alistamento eleitoral para 18 anos, sendo obrigatório para homens e mulheres que exerciam função pública remunerada, de acordo com o artigo 109 desta Constituição. Eram proibidos de alistar: os que não saibam ler e escrever; os praças, salvo os sargentos, do Exército e da Armada e das forças auxiliares do Exército, bem como os alunos das escolas militares de ensino superior e os aspirantes a oficial; os mendigos; os que estiverem, temporária ou definitivamente, privados dos direitos políticos (artigo 108, parágrafo único).

HOLANDA (2003:178) diz que se as mudanças no poder político não forem precedidas de mudança estrutural da sociedade, nada resolveria e a medida se torna enganadora e superficial. Além disso, outro remédio que apenas parece mais plausível é o fato de acreditar que a letra morta pode influir sobre o destino de um povo.

A Constituição de 1937 consagrou a eleição indireta para a Câmara dos Deputados, mas de qualquer forma prevaleceu o Estado Novo e a força ditatorial de Getúlio Vargas. Já em 1946, a Constituição dispôs no artigo 134 que o sufrágio é universal e direto; o voto é secreto e fica assegurada a representação proporcional dos Partidos Políticos nacionais, na forma que a lei estabelecer. Aquela Constituição manteve a idade de alistamento em 18 anos, incondicionalmente para ambos os sexos.

O governo ditatorial iniciado em 1964, na realidade, privou o exercício dos direitos políticos, entre muitos outros. O Congresso Nacional passou a obedecer o Presidente da República e diversos Deputados e Senadores foram perseguidos politicamente, quando não foram mortos, até a redemocratização em 1988. O artigo 143 previa o voto direto e secreto, respeitadas as exceções que a própria Constituição criasse. No entanto, isto não se viu. O Presidente da República era eleito indiretamente dentre nomes indicados pelos Militares e houve muita perseguição política.

Assim, diante deste quadro histórico, é possível perceber como a tradição brasileira foi de pouca eficiência eleitoral no que tange o ideal de representatividade e autonomia política. Prevaleceu o “coronelismo” como contaminação do domínio político pelo poder privado, significando isolamento do poder público em municípios predominantemente rurais (LEAL, 1997:275).

Mesmo o regime representativo não trouxe soluções para o problema, mas só fez agravar o quadro em face da estrutura econômica e social já formada. Isto porque incorporou à cidadania ativa eleitores incapacitados para o desenvolvimento de autoconsciência política. O poder público passa a se relacionar com os detentores do poder regional e assim forma-se uma estrutura viciada, onde os candidatos governistas levam os votos em eleições estaduais e

federais, em contrapartida, os “coronéis” permanecem livres do controle e fiscalização do Poder do Estado para consolidar a dominação no interior (LEAL, 1997:279).

As lutas travadas para conquista do Estado de Direito e também para a representatividade política durante a Revolução Francesa, bem como para a liberdade dos Estados Unidos na Revolução Americana, passam longe da trajetória política do Brasil. No entanto, são formas intensamente copiadas pelos liberais e republicanos que travaram lutas políticas no país durante o Império e a Primeira República. O preço de se copiar um sistema político ao invés de se conquistar um é ver sempre um grupo mais forte tomar as rédeas do poder político e através dele produzir um golpe institucionalizado.

É possível perceber como o Brasil passou por golpes de Estado constitucionalizados. Da Constituição do Império à Constituição Militar revogada em 1988, os golpes políticos sempre foram objeto de consagração nos textos normativos, fomentando lutas de grupos adversários que sempre queriam ascender ao poder em detrimento de seus inimigos, mas sem vislumbrar a soberania e o fortalecimento do país.

O modelo norte americano de Estado consagrou a autonomia das 13 colônias e outorgou à União a soberania para fortalecimento do país, conforme percebe-se dos escritos federalistas em MADISON, HAMILTON e JAY (1993).

A modelo francês, inspirado na soberania popular, lutou contra o absolutismo e a concentração de poder, gerando o debate entre os republicanos e liberais, que na atualidade pode ser apreciado em HABERMAS (2007) e OLIVEIRA (2006b). Nas ciências sociais VILANI (2000) e ANASTASIA (2002) resgatam estes debates e a formação da democracia moderna.

Importante frisar aqui que o voto universal e a representatividade, historicamente, não surgiram no Brasil como anseio da população, que sai às ruas e combate o poder político absoluto, despótico. Luta assim viu-se apenas em 1985 por força da mobilização nacional em torno das eleições diretas para Presidente da República, levando à redemocratização do país com a Constituição de 1988. O voto foi tomado pelo “coronelismo”, como já visto, e a representatividade estava falida antes mesmo de instituir-se como instrumento democrático, já que não existe relação de interesse da população no controle dos atos dos seus representantes no cumprimento do mandato.

Aliás, em relação ao mandato, é bom frisar que não existe relação de dependência entre a vontade do eleitor e a do representante eleito e num sistema multipartidário, como o brasileiro, reduz-se a possibilidade de governo do povo porque os Deputados tornam-se delegados das bancadas parlamentares, ao invés de delegados do povo. (MULLER, 2003:128)

Dados de uma pesquisa realizada pela organização não-governamental denominada *Transparência Brasil*²⁰ revelam que cada parlamentar brasileiro custa em torno de R\$ 10,2 milhões de reais por ano, desconsiderando a bicameralidade. O valor só não supera os parlamentares dos Estados Unidos, que custam aos cofres públicos cerca de R\$ 15,3 milhões cada membro, por ano. A mesma pesquisa revela que se mantido o orçamento do Congresso Nacional, mas distribuído de acordo com o custo do mandato do parlamentar europeu, o Brasil teria 2556 integrantes, número bem superior aos 594 atuais.

Diante desses dados é inevitável pensar que o problema da representatividade no país é uma questão cultural, de formação política. O predomínio das relações de “coronelismo”, como enfatizado por LEAL (1997), indicam que o país tem um sistema político formal e baseado em sistemas de outros países, mas há pouca legitimidade na representação.

Os Constituintes de 1988 lidaram com esta questão e a democracia participativa encontrou nos institutos do plebiscito, referendo e iniciativa popular uma forma de erigir-se. Portanto, além do voto universal e a representatividade política, existem meios de tornar o cidadão mais partícipe da construção do Estado e das atividades da Administração Pública.

Após essas considerações, afirmo que o déficit democrático no Brasil pode ser atribuído ao sistema de voto e de representatividade ainda do tempo colonial. A evolução dos problemas econômicos e sociais em meio à propriedade rural de outrora e o crescimento dos centros industriais e urbanos, mas sem extirpar a praga do “coronelismo”, contribuíram para que o país acordasse para a democracia participativa e o combate à corrupção política apenas no final do século XX.

Políticos eticamente educados e a educação dos cidadãos são necessidades de um modelo democrático, porque o abandono ético dos políticos pode arruinar o Estado de Direito (KERSTING, 2003:112).

A perspectiva é de que um modelo dialógico seja levado à efeito no Estado de direito brasileiro e levando em consideração o problema do voto e da representatividade é que trabalho no próximo capítulo mudanças no processo legislativo, através de outras possibilidades em relação ao plebiscito e referente, para chegar num modelo de participação popular que realmente consagre a soberania e a vontade do povo, que hoje é plural, é multicultural.

Friso neste tópico que a garantia do voto como cláusula pétrea não faz da representatividade uma obrigatoriedade no sistema político. O voto é instrumento de

²⁰ Disponível em <www.transparencia.org.br>, acesso em 23 de março de 2009.

participação do seu titular, logo, é preciso focar na participação política de cada um dos cidadãos, fazendo valer o princípio democrático participativo. O voto não está restrito às eleições periódicas e o povo pode ser conclamado a manifestar, seja por via das eleições ou outro mecanismo disponível, a sua vontade, exercitando o verdadeiro Poder Constituinte Originário que forma e mantém um Estado democrático.

4 NOVA CONCEPÇÃO DO PROCESSO LEGISLATIVO DE REFORMA CONSTITUCIONAL: A NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO POPULAR

Este capítulo tem por finalidade analisar como evoluiu o tema da participação popular e é através da idéia que consagra a democracia participativa que proporei uma maneira alternativa de interpretar o processo legislativo de emenda e as limitações ao poder de reforma, bem como o Poder Constituinte Originário, consagrando outras possibilidades diferentes do plebiscito e referendo.

Além disso, é preciso entender como o pensamento democrático evoluiu com o debate entre Liberais e Republicanos e como o constitucionalismo passa a ter uma preocupação com a efetividade/concretização de suas normas. Neste sentido, é fundamental perceber que a marca das democracias contemporâneas é o pluralismo, sob o argumento de que uma idéia de bem já não pode ser compartilhada por todos.

Cabem pelo menos duas significações acerca do pluralismo: a primeira, descreve a diversidade de concepções individuais de vida boa. A segunda concepção assinala a multiplicidade de identidades sociais. Para CITTADINO (2000:01/02), de acordo com a teoria habermasiana, existem diversas concepções de vida sem afastar a multiplicidade de formas específicas de compartilhamento de valores, costumes e tradições. Ou seja, para ela Habermas acredita que não é possível optar por uma em detrimento da outra. Concluindo, quando se trata do pluralismo da sociedade contemporânea deve-se sempre ter em mente os dois aspectos, ou seja, a diversidade de concepções individuais de vida boa e a multiplicidade de identidades sociais.

O reconhecimento do pluralismo da sociedade contemporânea é essencial para projetar a idéia de um controle popular da reforma constitucional tendo em vista a interpretação das normas para constituir um sistema constitucional aberto e amplo, que observa não só a vontade da maioria como também os anseios de minorias políticas, projetando um Estado Democrático cada vez mais includente.

Aliás, em relação a democracia, é a partir do pensamento de Rousseau que a vontade do povo é incorporada nos Estados, mesmo que apenas formalmente, substituindo o soberano absoluto. Passou-se a acreditar que o sistema representativo seria o único processo de poder possível de realizar a democracia. Não obstante, novas formas de participação popular no governo foram almejadas em face da restrita participação política no modelo representativo. (TAVARES, 2004:364)

A participação no poder ocorre em três níveis: na escolha dos detentores do poder, que produz legitimidade originária; no exercício do poder, que garante legitimidade corrente; e na destinação e controle dos resultados do poder, que assegura a legitimidade finalística. Não há prevalência de uma sobre a outra, porque ambas as fases são importantes para configuração de um governo legítimo. (TAVARES, 2004:365).

Sobre a legitimidade, Schmitt já falava na identidade entre governantes e governados que deve designar a democracia. Para o autor, a democracia e o liberalismo, articulados no século XIX, constituía um regime inviável por unir dois princípios heterogêneos: a identidade com a representação (MOUFFE, 1994).

É possível extrair deste ponto que a democracia nas sociedades plurais deve privilegiar a instituição de regras que permitam a participação popular nas deliberações e na formação da vontade do poder político, consagrando o poder institucionalizado.

Mas a soberania do povo, expressão da luta contra o fator monárquico, não representou a manifestação da burguesia em prol de uma sociedade nova no conteúdo, que superasse o sistema feudal. Pelo contrário, a soberania nacional deu lugar à soberania popular para justificar a pretensão burguesa de Estado (MULLER, 2004:24) instituindo o Poder Constituinte como uma força extrajurídica criadora da Constituição, que regula a vida em sociedade, não tendo muita importância a proximidade entre as decisões públicas e a vontade real da população.

Falando da burguesia, nunca é demais lembrar que o Estado Liberal demonstrou os seus problemas ao preservar a autonomia privada, gerando um quadro social de desigualdades profundo. A liberdade burguesa só tornou possível a manutenção do *status* dos detentores do capital e a ascensão social, neste modelo, não se dá através da força do trabalho, visto que os níveis de desemprego tendem a aumentar proporcionalmente à automação das fábricas e dos parques industriais. Não obstante, a exegese do texto constitucional ainda é feita a partir dos princípios liberais, de maneira a privilegiar os interesses individuais, embora seja forçoso reconhecer as conquistas relativas aos direitos sociais.

Mas a tentativa de superação do modelo Liberal pelo Estado Social de Direito também se frustrou, resultando em problemas graves contra a liberdade, visto que os governos ditatoriais, despóticos e o nazi-fascismo surgiram em virtude da forte intervenção do Estado, em tese, para favorecer o bem comum.

O poder do capital se fez mais forte do que a necessidade do bem comum para os indivíduos, visto que *o capitalismo concentrou riquezas, privatizou os bens, mas socializou o desejo*, ao contrário do socialismo, *que socializou os bens, os direitos sociais e econômicos*,

mas privatizou o sonho (MAGALHAES, 2006:173). Ambos os modelos não conseguem atender as necessidades da sociedade plural contemporânea, em especial quanto ao poder político institucionalizado.

Sobretudo as prerrogativas que o poder econômico tem assumido em face do ordenamento jurídico, especialmente a Constituição²¹, me fazem perceber que há a necessidade de enfrentar o problema da legitimidade sobre as reformas constitucionais. A Constituição deve ser soberana, não pode ceder à crise da democracia representativa, porque a política vai perdendo a credibilidade aos poucos, o que é inadmissível num sistema em que a Constituição existe com dois fins essenciais: a limitação do poder e a proteção aos direitos humanos como garantia de dignidade (MAGALHAES, 2006:176).

Perder a credibilidade na política representa o fim do Constitucionalismo, que opera para manter as pessoas em torno de valores comuns, com finalidades importantes dentro de determinada tradição política, visando o projeto de bem comum promulgado pelo texto constitucional (GALUPPO, 2006:168)

O Estado Democrático de Direito, ao tornar efetivas as suas normas fundamentais, tanto de autonomia pública quanto privada, leva à criação de canais de participação popular permanentes, logo, o Poder Constituinte deve ser permanente. As frustrações decorrentes da compatibilização entre a constituição social e a constituição jurídico-normativa só podem ser superadas com a manutenção do Poder Constituinte no povo, uma vez que as emendas fluem do direito positivo e não possuem a característica principal de manifestação e expressão popular. (FAORO, 1985:95)

Cuida-se então de rechaçar a tese da vontade da maioria, porque muitas das vezes pode reproduzir uma concordância sem legitimidade material, devido a campanhas eleitorais estruturadas nos meios de comunicação em massa e no abuso do poder econômico. Desta forma, a manipulação sobre o sistema eleitoral pelos detentores do poder pode viciar o processo político. Em conseqüência, a vontade da maioria manifestada através de eleições não possui a legitimidade que tenta transparecer, porque há vício na origem. (Loewenstein *apud* TAVARES, 2004:366).

A redução da democracia ao processo eleitoral, segundo SANTOS (2002:46) leva ao questionamento: as eleições esgotam os procedimentos de autorização por parte dos cidadãos? Procedimentos de representação esgotam a representação da diferença de uma sociedade pluralista? Respondendo, de acordo com o próprio Boaventura de Sousa Santos, os processos

²¹ Como é o caso da Emenda Constitucional nº 42 que revogou o artigo 192 da Constituição que limitava os juros em 12% ao ano, fruto do *lobby* das instituições financeiras.

de libertação e democratização possuem um elemento comum: a participação ampliada de atores sociais de diversos tipos em processos de tomada de decisão. Isto significa a inclusão de temas ignorados pelo sistema político, a redefinição de identidades, vínculos e o aumento da participação, especialmente no âmbito local (SANTOS, 2002:59).

Ainda, de acordo com SANTOS (2002:69), as mudanças mais significativas na forma da democracia originaram dos movimentos sociais. Conclui o citado autor questionando a pretensão de universalidade e exclusividade da democracia liberal, abrindo espaço para concepções contra-hegêmicas, sugerindo que a democracia participativa e a democracia representativa coexistam e se complementem. Portanto, abre-se o espaço para questionar intervenções pontuais no processo de constitucionalização de normas, vez que o debate político-eleitoral deve sopesar propostas de reconhecimento cultural e inclusão social (SANTOS, 2002:76).

Neste sentido, é fundamental manter a consistência da Constituição aprovada pela Assembléia Constituinte, afastando mudanças e reformas que não sigam o procedimento de debate popular. Segundo MULLER (2004:38), o Poder Constituinte não deve ter instituições intermediárias e deve poder preservar, alterar, revogar e substituir a Constituição. Para ele, as normas procedimentais para instituição, revogação, alteração e complementação da Constituição negam o Poder Constituinte direto e fático do povo. A vigência da Constituição determina-se pela sua eficácia, o que importa dizer, os procedimentos não são decisivos para a legitimidade, a qual surge da práxis constitucional.

Entretanto, entendo que a instituição de procedimentos que consagram a participação popular no âmbito do processo legislativo de emenda constitucional vão fortalecer a legitimidade e a tendência é aumentar a práxis constitucional porque aproxima o sistema normativo da realidade social.

Conclui MULLER (2004:36/37) que o Poder Constituinte não pode ser um ato isolado. Deve ter capacidade permanente de regular-se no tempo, já que o ato de instituir não determina concretização. De acordo com o autor, a eficácia social só é conseguida através da vigência e da capacidade de solucionar o caso concreto. A concretização do Poder Constituinte deve passar pela eleição do constituinte pelo povo ou plebiscito do projeto de Constituição, mas no caso do Estado Democrático de Direito, segundo o autor, deve acontecer das duas maneiras.

É possível notar aqui um ponto divergente entre a teoria concretista de Muller e a teoria discursiva de Habermas. Enquanto que para o primeiro, o procedimento é um fator secundário na determinação da legitimidade, para o segundo a razão procedimental-discursiva

é essencial para conferir legitimidade às decisões, seja no discurso de aplicação ou de justificação²². Porém, eventuais pontos divergentes não são suficientes para afastar uma teoria da outra. Ao meu ver, procedimentalismo e concretização normativa, especialmente a constitucional, são temas que estão umbilicalmente relacionados e qualquer tese que os sujeite à concorrência deve ser rechaçada de plano.

Estas questões retornam no tópico 4.3, mas antes, no tópico seguinte ressalto as bases da dicotomia entre pensamento Liberal e Republicano, já que o modelo habermasiano de democracia distributiva é resultado da análise do autor sobre os pressupostos destas duas tradições.

Bom, finalizando esta primeira parte deste capítulo, não poderia deixar de trazer à colação as palavras de Rodolfo Viana Pereira acerca do controle, já que a proposta deste trabalho é consagrar o controle popular sobre os processos de reforma da Constituição, pela via do reconhecimento de um processo legislativo participativo. A definição do autor que vai a seguir é expressão do quanto estão relacionados os modelos participativo discursivo e concretista normativo.

Controlar é assim uma atividade em princípio neutra, mas funcionalmente aberta, isto é, não se reduz *a priori* nem a dimensões substantivas, nem a vertentes procedimentalistas, mas se abre a ambas, adaptando-se a uma ou a outra, bem como a modelos entrelaçados. Por outras palavras, no espaço demarcado do discurso democrático – pois é disso que se trata, da pressuposição de um sistema político em que a legitimação do uso e do exercício do poder deve se fundar em canais e parâmetros reportáveis à vontade popular-, o controle é a categoria mais indicada para ressaltar a adequação da noção de um constitucionalismo contextualmente sensível, crítico e operacional, mas não reduzível a universalismos totalizantes e inflexíveis, sejam eles de cariz procedimentalista ou substancialista. (PEREIRA, 2008:106)

4.1 Aspectos do debate entre liberais e republicanos

Um panorama interessante da relação entre Liberais e Republicanos é traçado por HABERMAS (2007:269/284). Segundo o autor, na concepção Liberal a política congrega e impõe interesses sociais em particulares. Na concepção republicana, a política possibilita o surgimento da solidariedade como fonte de integração social. A opinião pública política e sociedade civil sustentam a concepção republicana.

²² Para melhor compreensão dos autores, recomendo a leitura de HABERMAS (1993) e MULLER, (2004).

A formação da vontade e opinião política a partir do poder comunicativo propiciam o desacoplamento da política em relação à sociedade econômica. O poder do Estado não é força originária, ela vem do poder comunicativo da autodeterminação dos cidadãos através da institucionalização de liberdades públicas.

O Estado existe para garantir o processo de formação da opinião e da vontade gerando normas de interesse comum. Na concepção Liberal, a ordem jurídica é para constituir direitos cabíveis aos indivíduos e a política é a luta por posição que permita a disposição do poder administrativo. Para os republicanos, a ordem jurídica é garantia do convívio equitativo e autônomo. O direito ao voto é constitutivo para autodeterminação política e a formação da opinião e da vontade não obedece a estrutura do processo de mercado, mas é orientada para o entendimento mútuo. (HABERMAS, 2007:269/284)

Para Habermas, a vontade do modelo republicano é ser democrático por via comunicativa e não remeter fins coletivos a uma negociação entre interesses particulares opostos. A desvantagem é ser idealista e tornar o cidadão virtuoso e voltado para o bem comum. A legitimidade do direito firmado politicamente depende da validação moral, universalizável, semelhante com o que ocorrente na concepção kantiana.

Segundo a concepção republicana, democracia é sinônimo de auto-organização política, apossando do poder burocrático autônomo do Estado. Aqui, para Habermas, existe uma rota de colisão republicana contra o Estado na compreensão da política. Por isso, entende que o processo político de formação da opinião e da vontade deve ter uma posição central, mas sem entender que a Constituição jurídico-estatal seja secundária neste processo.

A sociedade civil é fundamento social das opiniões públicas autônomas na teoria do discurso. A opinião pública, através de procedimento democrático institucionalizado torna-se poder comunicativo que direciona o uso do poder administrativo, sem exercer dominação. A soberania popular advém do processo democrático a partir da interação entre a formação jurídico-estatal da vontade e a opinião pública baseada na sociedade civil, fora do Estado e da economia. (HABERMAS, 2007:269/284).

A análise habermasiana sobre o debate entre liberais e republicanos pode ser reforçada aqui pela síntese de OLIVEIRA (2007:25/44), pois segundo o autor as duas tradições compartilham a idéia de liberdade e igualdade entre os cidadãos, sendo que ambas defendem a existência de uma Constituição, da democracia e constitucionalização de direitos fundamentais, no entanto, estes termos são enfrentados de forma diferente por cada uma dessas linhas do pensamento político moderno.

Segundo os liberais, o processo político tem a função de programar o aparato administrativo segundo os interesses de uma rede de sujeitos privados interagidos, cuja organização se dá na forma do mercado. O objetivo do processo político é atingir fins coletivos majoritários a partir do interesse privado levado à Administração (OLIVEIRA, 2007:31). A democracia para os liberais é assegurada por mecanismos de igualdade de votar e pela representatividade nos órgãos de produção legislativa, com a finalidade de obter ou manter posições de poder mediante um agir estratégico.

O Liberalismo determina a cidadania mediante a preservação de direitos negativos da sociedade perante o Estado a fim de realizar os projetos privados, nos limites da lei, sendo a própria atuação do Estado limitada nesta tarefa de impor restrições ao interesse privado. Por outro lado, o Republicanismo tem a característica de liberdades positivas no âmbito do exercício da cidadania, ou seja, ao invés da liberdade de não-coerção do Estado é assegurada a possibilidade de participação política comum, ocasião em que se dá a construção de identidade ético-política comum (OLIVEIRA, 2007:33).

O processo político republicano emerge da práxis de autolegislação com a proteção de liberdades públicas a fim de propiciar o diálogo em torno de valores compartilhados pela comunidade política. A democracia é encarada como um processo discursivo que tem no consenso a respeito de valores ético-políticos da comunidade a chave para a formação da vontade e opinião (OLIVEIRA, 2007:34).

Conclui o autor citado:

Tanto a tradição liberal quanto a republicana pressupõem uma visão de sociedade centrada no Estado. Mas enquanto para a primeira o Estado é o guardião de uma sociedade de mercado, para a segunda o Estado é a institucionalização autoconsciente de uma comunidade ético-política. OLIVEIRA (2007:35):

A constituição tem o papel de equilibrar a relação entre o poder político e os interesses sociais diversos. De acordo com republicanos, ela representa os valores políticos eleitos pelo povo signatário, é a expressão da autonomia política. Para os liberais a democracia é tão somente um processo no qual se estabelece um governo legitimado por decisões majoritárias, decorrentes da autonomia privada sob a forma de autonomia moral e escolha racional. (OLIVEIRA, 2007: 37)

A crítica às tradições liberal e republicana reside no fato de não compreenderem a complexidade da sociedade contemporânea porque não articulam processos políticos concretos, tendo em vista a preservação da sociedade individualista e centrada no Estado.

Segundo OLIVEIRA (2007, 37/38) o modelo republicano tem a vantagem de preservar o significado de democracia no sentido de institucionalização do uso público da razão, exercido conjuntamente pelos cidadãos, pela via da autodeterminação política.

Já Gisele Cittadino conclui:

Para os liberais, o pluralismo está associado às diversas concepções individuais de vida digna, logo, é feita a opção pelos direitos fundamentais em detrimento da soberania popular, já que inexistência de acordo sobre as concepções de vida, decorrente do pluralismo, impede a interferência do Estado em relação às visões dos indivíduos. O Estado neutro é garantido por direitos fundamentais, sem comprometimento cultural além da liberdade individual e bem estar dos cidadãos. (CITTADINO, 2000:129)

E complementa:

Por outro lado, comunitários priorizam a participação ativa dos cidadãos nos assuntos públicos (soberania popular) em face da individualidade liberal. A defesa da atuação e participação dos cidadãos caracteriza a opção comunitária pela autonomia pública. O pluralismo de identidades sociais impede que o Estado trate a todos igualmente. (CITTADINO, 2000:132)

A síntese das principais questões debatidas em torno do Liberalismo e do Republicanismo, apresentadas por Habermas e sintetizadas por Marcelo Cattoni e Gisele Cittadino se justificam neste trabalho porque envolvem a evolução do Constitucionalismo Moderno, já retratada ao longo de todo o trabalho. A discussão sobre os pressupostos teóricos de cada linha de pensamento é que dá suporte para apresentação de um modelo diferente, estruturador do Estado Democrático de Direito. Muitos outros autores poderiam ser citados no debate acima, mas fugiria ao tema deste trabalho porque o foco principal são as reformas à constituição, assim como o prolongaria demasiadamente.

De qualquer forma, é preciso explicar ao leitor que entendo necessário resgatar esses temas neste capítulo porque se o desafio da democracia é o exercício perene do poder político, o Poder Constituinte Originário deve tornar-se operante após a promulgação da Constituição já que o contexto é de um processo decisório contínuo. Isto significa dizer que o controle popular da reforma constitucional passa pelo exercício de uma democracia participativa ainda em sede de processo legislativo, já que o Poder Constituinte Derivado, apoiado nas regras de votação por maioria, não sustenta a legitimidade pretendida pelo sistema.

Trata-se aqui se privilegiar a autonomia política em face das liberdades negativas dos cidadãos, pois o modelo liberal e a regra que consagra a vontade da maioria não guardam

estreita relação com o sentido democracia que privilegia o uso público da razão por sujeitos que compartilham valores éticos-políticos.

Mas a questão que importa para este trabalho é a legitimidade, ou melhor dizendo, é a falta de legitimidade. A democracia representativa não atende os anseios do povo como outrora se pensou por ocasião da ascensão do Constitucionalismo moderno. MULLER (2003:125) denuncia o problema do governo representativo, porque para o autor a chance de um governo do povo é reduzida pela realidade de um Estado partidário, que transforma os deputados em delegados do seu corpo político e das bancadas parlamentares, em vez de delegados do povo.

A co-atuação do povo deveria tornar-se obrigatória, como nos casos de proteção ambiental, do consumidor, legislação sobre condições dos negócios bancários, principalmente em emendas constitucionais, funcionando como limite ao poder constituinte derivado. Tudo deveria ter o respaldo constitucional e ainda a organização por meio de leis procedimentais do Legislativo. Os Direitos Fundamentais garantem a participação popular, mesmo que não prevista formalmente, conforme se extrai da liberdade de opinião e discussão, de associação, demonstração, greve etc (MULLER, 2004).

A busca de legitimidade para as reformas à Constituição se justifica pelo fato dos brasileiros terem demonstrado que possuem condições de exercer a cidadania, intervindo em questões políticas fundamentais. Exemplo disso pode ser o fato dos movimentos de defesa dos direitos humanos terem emergido nos anos 70; ou a luta pelos direitos de participação política nos anos 80; além da organização da sociedade civil no processo constituinte que culminou com a Constituição de 1988 (CITTADINO, 2000:11). Para tanto, é essencial repensar como a participação popular deve interagir com o processo de reforma da Constituição, buscando maior legitimidade para as alterações.

A usurpação da legitimidade é a forma mais grave de falseamento da soberania do povo, que faz desaparecer o consentimento, que se reduz ao medo à força. A legalidade sofre uma trava autocrática que suprime a participação e as possibilidades que dela decorrem, pois *a lei está num sujeito, não só com quem regula, mas também, participativamente, como em quem é regulado* (TOMÁS DE AQUINO *apud* FAORO, 1985:81).

Para entender a questão da legitimidade é bom lembrar com FARIA (1985) as preocupações com a manutenção da tradição liberal por ocasião das discussões sobre a redemocratização do Brasil na década de 80. Segundo o autor, o Brasil *construiu uma ordem inspirada em modelos dos países avançados, mas com a finalidade de regular uma sociedade estratificada e desigualmente desenvolvida* (FARIA, 1985:21).

Para ele os princípios de igualdade formal, autonomia da vontade, hierarquia lógico-formal de textos normativos entre outros constituem a organização do Estado Moderno, segundo preceitos do liberalismo político. Portanto, a preservação de valores e de normas afastam a possibilidade de mudança, fazendo com que o processo decisório do liberalismo jurídico torne-se inoperante e inconfiável (FARIA, 1985:22).

Resulta destas afirmações a conclusão do autor pela necessidade de substituição das categorias jurídicas existentes naquela época por outras de aspecto mais moderno, flexível, capazes de acompanhar a complexa realidade brasileira da época (FARIA: 1985:32). O resultado das discussões políticas a respeito da nova ordem que se implementava naquele momento de transição do autoritarismo do Regime Militar para a redemocratização culminou com a Constituição de 1988, capaz de conjugar os ideais liberal e social no texto normativo erigido pela Assembléia Nacional Constituinte.

Não obstante, como já dito, em alguns aspectos a doutrina mantém a tendência das Constituições desde 1891 pelo paradigma liberal, sobretudo quando se trata de reforma da Constituição. Além disso, o tema da participação popular enfrenta resistência porque onde há interferência do povo não há garantia de manutenção da ordem política vigente e isso o liberalismo político não quer.

O problema da legitimidade apontado neste trabalho foi visualizado por FARIA (1985:48) bem antes da promulgação da nova Constituição, pois o autor confirma as tensões decorrentes da tradição patrimonialista e do corporativismo brasileiro em face da emergência de movimentos políticos novos por ocasião daquele momento histórico para o país.

Esta tensão redundou, mesmo que modestamente, em novas formas de participação popular previstas na Constituição Federal. No entanto, vejo que persistiu o problema da legitimidade porque é possível perceber, de acordo com FARIA (1985:48), que os responsáveis pelo discurso neo-republicano da época deram continuidade àquela tradição patrimonialista e de cooptação, mencionada ainda por FAORO (1976), não sendo capazes de oferecer formas legítimas de convivência entre as forças sociais, associadas às regras e condições normativas de exercício do poder. Aliás, nem mesmo regras de exercício direto do poder contribuem para a solução do problema da legitimidade do poder político diante da falácia dos institutos consagrados na Constituição, pois pouco há de participação efetiva da população, conforme será visto em seguida.

De acordo com OLIVEIRA (2007:28) a legitimidade do direito e política pode ser justificada de duas formas: sob a perspectiva liberal, o legislador político está limitado pelos direitos humanos, sustentando a legitimidade. Sob a perspectiva republicana a cidadania ativa

é que vai sustentar a legitimidade do direito e política. Passo, então a analisar a legitimidade nos instrumentos de democracia direta.

4.2 O problema da legitimidade no plebiscito e referendo

A própria teoria constitucional sobre as formas de participação popular no processo legislativo não leva em conta o problema da legitimidade. A Constituição Federal de 1988 incorporou no artigo 14 os institutos do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular, aqui residindo a falácia da soberania do povo e da democracia direta. Comparativamente aos modelos constitucionais anteriores, os institutos do artigo 14 são inovações trazidas pelo Constituinte brasileiro. Não obstante, é preciso repensar como plebiscito e referendo podem servir de instrumento para a democracia participativa, pois, antes disso, contribuem para manutenção da tradição política liberal, reforçando um modelo baseado na *tiranía da maioria*.

De maneira geral, o exercício da soberania popular, conforme artigo 1º da CF/88, se dá através de representantes eleitos. Na esfera Federal, a Câmara dos Deputados exerce a representação do povo, enquanto que o Senado representa os Estados-membros. As duas casas juntas formam o Congresso Nacional. A divisão do processo legislativo em bicameral, ou seja, necessidade de aprovação das leis nas duas casas – Câmara dos Deputados e Senado – é algo que remonta as primeiras Constituições do Brasil (HORTA, 2003:535)

O processo Legislativo abarca diversos atos que, de forma sistematizada, passam pela fase iniciativa, preparatória, deliberativa, de controle e comunicação. Está previsto no artigo 59 da Constituição Federal e compreende a elaboração de emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas e medidas provisórias. Interessa para este trabalho apenas as Emendas Constitucionais.

As três formas de manifestação popular, previstas no artigo 14 da CF/88, conforme disse antes, apesar de serem consideradas como instrumentos de democracia participativa ou direta pela própria Constituição, para mim, não correspondem exatamente a esta classificação.

O plebiscito é um instrumento que busca uma manifestação dos eleitores acerca de um fato ou acontecimento no sentido de se aprovar ou não determinadas mudanças legislativas que vão interferir diretamente na vida da população consultada. A partir da resposta obtida pelo plebiscito, determinada decisão será tomada, sendo uma forma de se dividir o poder de decisão entre os mandantes e mandatários na democracia representativa. Isso significa que é

realizada uma consulta popular sobre algo de importância para o Estado e para a população consultada.

O referendo, por sua vez, traz consigo a idéia de ratificação, já que a norma é proposta pelos mandatários na democracia representativa, mas a decisão pela sua vigência é do eleitor. O seu objeto é matéria normativa, sendo que poderá ser convocado para constituir, revogar, conservar ou modificar as normas. Aqui, a consulta é realizada após o ato praticado pelo Legislativo, ou seja, o povo é chamado a aquiescer ou não com o que está previsto na lei.

Já a iniciativa popular, conforme definido no artigo 61, §2º da Constituição Federal, é a apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por pelo menos um por cento dos eleitores, distribuídos em pelo menos cinco Estados, sendo que em cada ente federativo o percentual de eleitores não pode ser menos que três décimos.

Chamo atenção para os dois primeiros institutos – plebiscito e referendo – pois no primeiro a convocação da consulta depende de ação do Poder Legislativo, por conseguinte o papel do povo no plebiscito é secundário. Não cabe qualquer proposta legislativa sobre a matéria que será votada. Apenas deve ser feita uma escolha pela validação ou não de determinada matéria, a qual, sendo aprovada, será editada pelo Legislativo.

No segundo a idéia é basicamente a mesma, considerando-se o fato de que a iniciativa do Projeto de Lei não é fruto da vontade popular e, portanto, a aquiescência do povo, via de regra, será necessária se os Parlamentares entenderem que o referendo deve ser realizado. O espaço para o debate popular também não existe neste caso.

Registro que a iniciativa popular de Lei, na Constituição Federal, é o instituto que mais adequado à democracia participativa. Entretanto, o excesso de formalidade exigido para apresentação de um projeto desta natureza inviabiliza sua propositura, dadas as proporções continentais do Brasil, a diversidade cultural de região para região e a mobilização política a ser realizada, impossibilitando o consenso imediato da população de pelo menos cinco Estados que são necessários para formulação de iniciativa popular de Lei, no âmbito Federal²³.

Portanto, em se tratando de plebiscito e referendo, existe o problema claro da legitimidade e da representatividade dos Parlamentares, uma vez que a crise institucional é inquestionável no Poder Legislativo, em face das denúncias de corrupção que têm noticiado os meios de comunicação. Além disso, não tem como negar os *lobbies* de grupos de

²³ O caso mais recente é a proposta enviada ao Legislativo Federal no dia 29/09/2009, visando a proibição de candidaturas de pessoas com condenação em primeira instância ou outras restrições, os chamados candidatos com *ficha suja*. (ESTADO DE MINAS, 2009)

interesses, as forças governamentais e a desconsideração de movimentos sociais de diversos matizes (CRUZ, 2006).

Conclui MULLER (1999) que o Congresso Nacional possui competência exclusiva também para autorizar referendo e plebiscito.

Sobre questão semelhante alertou FARIA (1985:58) discorrendo sobre o caráter político do *corporativismo societal*²⁴, que estimularia novos mecanismos de participação, mas desagregados dos partidos políticos e incapazes de trabalhar conjuntamente com estes para gerar decisões parlamentares legítimas. Tal problema, para o autor, tenderia a substituir os confrontos entre classes sociais por conflitos setoriais entre a tecnocracia, grupos de negociações e grupos de *lobbies*. A consequência prática é a dificuldade de acesso ao poder de categorias que estão fora dos segmentos modernos da economia, igual ao que ocorre na desconsideração dos movimentos sociais.

Diante dos conflitos e da ausência de legitimidade política no âmbito parlamentar, não tenho dúvidas de que, tanto o plebiscito quanto o referendo, não atendem ao princípio da soberania popular, conseqüentemente, deixam de consagrar a democracia participativa. Logo, não podem ser considerados instrumentos de realização desta sem o apoio de outras formas que aproximem as decisões legislativas do poder político popular.

Ora, se o processo constituinte deve ser considerado uma ação discursivo-racional, integrado por um processo político que envolva autonomia pública e autonomia privada, é basilar que o Poder Constituinte não seja considerado uma instituição estanque. A reforma da Constituição deve ser possível sempre que a formação da opinião puder ser combinada com uma formação de vontade mediante condições de comunicação e quando a mediação entre razão e verdade, opinião de todos e opinião majoritária se realizar por meio do discurso público (HABERMAS, 2007).

A minha busca pelo Poder Constituinte Permanente²⁵, baseado na idéia de concretização da Constituição motivada pela identidade constitucional do país e pela procedimentalização de discursos racionais no âmbito do processo legislativo de emenda se

²⁴ Para FARIA (1985:49) o *corporativismo societal* é aquele em que os grupos profissionais mais beneficiados pelo desenvolvimento econômico – os químicos, os metalúrgicos os gráficos e os trabalhadores da indústria de papel, por exemplo – gradativamente tornam-se independentes dos favorecimentos, das concessões paternalistas e das regulamentações governamentais, passando então a enfrentar a própria máquina estatal com algum sucesso.

²⁵ É preciso ressaltar aqui que, classicamente, o poder constituinte originário é considerado permanente, à medida que a elaboração de uma nova constituição é um poder latente do povo, porém se caracteriza por ser episódico, ou seja, exercido apenas nos casos de revoluções, golpes ou fraude contra o Governo. A concepção que adoto é de um poder constituinte de exercício permanente, pois à medida que se pretender modificar a Constituição, a manifestação direta do povo será necessária para conferir legitimidade a este processo tão importante.

justifica ainda pelo elevado nível de corrupção que atinge o Legislativo. José Adércio Leite Sampaio (2006:53) analisa o sistema político russo e compara ao brasileiro, concluindo que a corrupção compromete as instituições e o interesse particular põe à margem a busca pelo interesse público. Para o autor, o sistema político como o brasileiro cria espaços de indecidibilidade já que a luta por interesses particulares não gera decisões legítimas, tampouco estáveis. Eis o preço da corrupção.

Num momento histórico de tantas mudanças, profusão de idéias e multiplicação das novidades, nas palavras de BARROSO (2006:98), é essencial que o Poder Reformador esteja nas mãos da população e não somente com os representantes eleitos do povo. Principalmente quando o problema da legitimidade é evidente.

Por trás do texto constitucional existem várias conquistas. No caso brasileiro esta assertiva tem mais destaque se o leitor considerar o momento de crise democrática vivido a partir do Golpe Militar de 1964. Coube a Ernesto Geisel, no final de seu mandato, através da Emenda Constitucional nº 11 de 13 de outubro de 1978, a revogação dos Atos Institucionais instaurados pelo regime militar iniciado em 1964. Com a posse do novo presidente João Baptista de Oliveira Figueiredo em 15 de março de 1979, inicia a restauração pela legalidade democrática (BARROSO, 2002:05).

O movimento que reivindicava as eleições diretas para Presidente da República tomou um crescente, com diversas manifestações pelas capitais estaduais país afora, ficando conhecido por *Diretas Já*. Através da Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, a Assembléia Nacional Constituinte foi convocada com o escopo de elaborar a nova Constituição da República. O ambiente político e algumas circunstâncias desse processo de elaboração da “Constituição Cidadã” podem ser lidos em BARROSO (2002:08/10), FARIA (1985) e FAORO (1985).

Não se olvide o fato de, mesmo com a presença das limitações materiais previstas no artigo 60, §4º da CF/88 e todo o movimento popular que é inerente ao seu processo constituinte, a Constituição brasileira corre o risco de perder sua identidade dada a quantidade de Emendas (atualmente são 62 mais 06 Emendas de Revisão²⁶) e a ausência de legitimidade das alterações com a práxis constitucional do Brasil.

Além disso, é necessário ainda que as formulações legislativas não rompam com a cultura jurídica que se forma com o passar do tempo e nem com os valores consagrados pelo texto constitucional tão festejado em 1988 e nestes seus 20 anos (BARROSO, 2002:15), em

²⁶ Quantidade de emendas editadas até a última revisão deste trabalho em 09 de janeiro de 2010.

face da abertura democrática que propiciou ao país (OLIVEIRA, 2007:68), mesmo com a idéia contrária de alguns, como COMPARATO (2001:77/87) para quem a Constituição já estaria morta.

Antes mesmo da elaboração do novo texto constitucional FARIA (1985) advertia sobre a incapacidade dos modelos doutrinários da época fomentarem conceitos e modelos jurídicos amplos, abrangentes e modernos. Questiona o autor sobre a regra da maioria e sua capacidade de legitimação do processo constituinte, conseqüentemente, a pluralidade de perspectivas ideológicas representaria um problema para as condições sócio-políticas da regra de maioria, suscitando dúvida acerca da aceitação prática das decisões, teoricamente obrigatórias, bem como sobre a interferência dos meios de comunicação de massa e do poder econômico na igualdade formal inerente à regra da maioria.

O ajuste estrutural pretendido pela Constituição de 1988 entre o *país formal e o país real* pode ser prejudicado pelas emendas constitucionais, as quais desvirtuam o texto do contexto em que foi criado, prejudicando a identidade constitucional, que deve englobar o maior número possível de identidades no debate político que envolve a Constituição, sendo que a edição constante de emendas tende a tornar o texto constitucional mais uma “colcha de retalhos” do que um documento político solene que determina a configuração do Estado Nacional e norteia as relações interpessoais e intergovernamentais.

A perda de identidade constitucional é, de certa forma, antecipada por NEVES (2007:100), segundo o qual a constitucionalização simbólica ocorre quando as instituições básicas (direitos civis, políticos e sociais, a separação de poderes e a eleição democrática) não encontram ressonância generalizada na práxis dos órgãos estatais nem na conduta e expectativas da população. Contrapõe-se ao texto constitucional includente, uma realidade constitucional excludente.

Também é característica da constitucionalização simbólica a práxis dos órgãos estatais voltada para a violação contínua e casuística da Constituição. Conclui ainda o autor que a não-inclusão de uma esfera pública pluralista no processo de concretização normativa é o problema da constitucionalização simbólica. (NEVES, 2007:94).

A particularização de interesses dos mandatários de poder político no uso de suas atribuições acaba se tornando o grande problema da democracia representativa, uma vez que as instituições jurídicas permanecem válidas para o povo, mas não são observadas por aqueles que estão no discurso do poder. Daí meu questionamento, mais uma vez, sobre a legitimidade da reforma constitucional.

O sistema representativo brasileiro vive uma crise de legitimidade que não permite a quantidade de Emendas Constitucionais que estão sendo editadas. O interesse público é rechaçado em prol do interesse privado, enquanto que apropriações de bens públicos, tráfico de influência e o suborno demonstram a falibilidade do sistema²⁷. Como se não bastasse, os Partidos Políticos não representam a totalidade da soberania popular, são parciais e fracionam a realidade que representam. Como diz MOREIRA (2006:154/155), *é preciso restringir a representação e mesclá-la com o exercício da democracia direta*.

E uma das justificativas que pode ser apresentada para a ausência de legitimidade é a própria forma de acesso ao poder político. No dizer de VILANI e MARQUES (1992:05), por exemplo, o acesso acontece de modo diverso para empresário e trabalhadores. Para o empresário, o poder econômico contribui na articulação de interesses individuais e de maneira autônoma. Já o trabalhador, depende de articulação dos interesses pela via do associativismo, visto que a fonte do poder político, neste caso, são as ações coletivas.

O privilégio das elites econômicas também é fruto da complexidade da sociedade atual, que vive a era do saber tecnocrático, cujas soluções sequer permeiam o processo político de debate e argumentação. A maior acessibilidade é diametralmente oposta a ausência de poder econômico, logo não há abertura para aqueles que são menos abastados do que outros participarem das decisões públicas fundamentais, como é o caso da reforma do texto constitucional.

Vislumbro que o caminho mais adequado a ser seguido é o exercício direto do poder político pelo povo em sede de Emenda da Constituição porque é a única forma de manter coerência do ordenamento jurídico brasileiro com seus princípios básicos, especialmente, a soberania popular. No entanto, pode ser feita a opção pela instituição de mecanismos de participação no processo legislativo, tais como seminários, audiências públicas, cuja realização seja obrigatória.

É importante frisar que esta idéia de concretizar a soberania popular consagrada na Constituição Federal de 1988, bem como de instituir o controle popular das reformas à constituição decorre da *liberdade política, entendida como possibilidade de participação no exercício do poder público* (VILANI e MARQUES: 1992:06).

MULLER (2004:21), analisando a questão do Poder Constituinte na Lei Fundamental de Bonn de 1949 diz que a inexistência do povo leva à substituição deste por argumentos ideológicos, os quais sugerem a existência de um povo não cindido por instituições jurídicas e

²⁷ Vide Ação Penal 470 no Supremo Tribunal Federal que apura o esquema ilegal entre Parlamentares conhecido por "Mensalão".

políticas e que justamente por isso não necessita de uma Constituição. Para o autor, o povo é mais uma justificativa ideológica dos interessados pelo poder violência assim como “Deus” o foi para justificar o poder absoluto dos reis, mas a população real não foi consultada.

MAGALHAES (2006:180) já indicou a necessidade da criação de conselhos municipais, orçamento participativo e o incentivo à organização da sociedade civil para construção de uma democracia social e participativa, a partir do poder local.

Mas não só o poder local deve sofrer a influência direta do poder político do povo. Sobretudo o processo legislativo de reforma da Constituição deve estar atento a tais mecanismos, porque toda a regulação da vida em comum no Estado Federal parte do instrumento normativo que desencadeia todo o discurso de legitimação das leis em geral: a Constituição. Ela que vai mencionar o que é possível, como é possível e o que fazer para aprovação das regras de convivência daquela sociedade e vai ditar as normas básicas para instrução do poder político local, visto que a própria Constituição percebe o dinamismo, o pluralismo e a formação de projetos de vida boa distintos dentro do território que lhe pertence.

Por isso suscito alternativas ao processo legislativo, principalmente no que tange a reforma da Constituição, pois as possibilidades previstas no artigo 14 da CF/88, do referendo, do plebiscito e da iniciativa popular, são deveras limitadas em face do arcabouço de instrumentos que podem ser criados, apenas para citar: audiências públicas, fóruns populares, seminários legislativos, conselhos populares, movimentos da sociedade civil organizada etc.

O respeito ao princípio da soberania popular, previsto no artigo 1º da Constituição, desencadeia toda a fundamentação da proposta de um Poder Constituinte Permanente, já que o poder político que cria e que modifica a Constituição deve ser, obrigatoriamente, legítimo. Todavia, legitimidade não é sinônimo de maioria, logo, a busca de procedimentos alternativos aos instrumentos constitucionais (referendo, plebiscito e iniciativa popular) também deve levar em conta os anseios de grupos minoritários, o que foge a proposta da democracia representativa, limitada pelos quóruns e regras que a própria Constituição estabelece em favor da maioria.

A chamada “Tirania da Maioria” só possibilitou chegarmos no atual estágio de alteração da Constituição em apenas 20 anos, porque basta preencher o quorum de 3/5 de votos dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para aprovação de uma Emenda Constitucional (art.60, §2º CF/88). Quer dizer, se há crise de representatividade e corrupção no âmbito do Legislativo Federal, o preenchimento dos requisitos formais do procedimento de Emenda Constitucional não garante legitimidade política e facilmente se consegue o quórum mediante a conjugação dos interesses privados. E ainda há quem queira

diminuir o quorum necessário para reformar a constituição, bem como instituir meios para institucionalizar verdadeiros *golpes de Estado*, conforme denuncia OLIVEIRA (2007:72/73).

Como assinalado no primeiro capítulo, é patente que a interpretação das normas constitucionais, segundo o modelo Liberal não atende os anseios da democracia participativa que o Estado Democrático de Direito pretende inaugurar. Basta analisar as Constituições do Brasil desde 1824 (art.179) para ver que o modelo liberal é marcante na história constitucional do país.

De 1824 até os dias atuais pouca coisa mudou em termos de paradigma político em seu sentido prático, tendo em vista a continuidade do sistema, mesmo com a promulgação de novas Constituições. Não há qualquer rompimento entre as sete constituições brasileiras editadas até 1988. Fortalece esta afirmativa o fato de que todos os “golpes” nas mudanças das Constituições ocorreram de maneira formal, ou seja, por intervenção legislativa, seja de hierarquia constitucional ou ordinária. Além disso, a previsão de disposições constitucionais transitórias provoca a acomodação do novo texto à realidade constitucional anterior, mantendo, em certos pontos, o *status quo*, sem rompimento com a ordem jurídico-política anterior.

Outro fator que fortaleceu a manutenção do modelo Liberal de Estado foi a recepção das Leis e Decretos por todas as ordens constitucionais subseqüentes em relação às anteriores. Exemplo disso é o fato de estarem em vigor hoje no Brasil diversos Decretos-Lei e até mesmo Leis Ordinárias do início do século XX, embora neste mesmo século tenham sido editadas nada menos do que cinco Constituições.

Portanto, é possível perceber que não houve qualquer alteração na forma de se interpretar a Constituição e de concretizá-la em praticamente 185 anos de Constitucionalismo Brasileiro, permanecendo os óculos liberais, embora não se olvide o fato de que tivemos constituições sociais (1934) e democráticas (1946 e 1988).

Nas palavras de Gisele Cittadino:

O pensamento jurídico brasileiro é marcadamente positivista e comprometido com a defesa de um sistema de direitos voltado para a garantia da autonomia privada dos cidadãos. Uma cultura jurídica positivista e privatista atravessa não apenas os trabalhos de autores vinculados à área do direito privado, mas também caracteriza a produção teórica de muitos de nosso publicistas. Em todos estes autores a defesa do sistema de direitos se associa prioritariamente aos direitos civis e políticos e menos à implementação dos direitos econômicos e sociais, inclusive pelo fato de que defendem uma concepção menos participativa do que representativa da democracia. Em outras palavras, a cultura jurídica brasileira está majoritariamente comprometida com um liberalismo do *modus vivendi*. CITTADINO (2000:14)

É com base nesta prevalência patente do modelo liberal que proponho a reeleitura do processo legislativo de reforma da Constituição para que seja interpretado segundo os pressupostos do Estado Democrático de Direito, modelo eleito pela Constituição de 1988. É preciso romper com a prevalência absoluta da democracia representativa em sede de reformas à Constituição a fim de que garantir o mínimo de identidade constitucional, passando para um modelo participativo e que garanta o maior nível possível de legitimidade política quando se trata de emendar a Constituição.

Bom, neste ponto surge a questão: o que é identidade constitucional? Como garanti-la? Segundo ROSENFELD (2003:22) a identidade constitucional é confirmada hoje pelos direitos fundamentais de igualdade e liberdade de expressão. Envolve o problema de permanecer distinta e oposta a outras identidades relevantes, mas precisa incorporá-las parcialmente para adquirir sentido suficientemente determinável. A identidade constitucional é produto de um processo dinâmico sempre aberto à maior elaboração e à revisão.

O sujeito e a matéria constitucionais, segundo Rosenfeld, devem ser considerados mais como ausência do que presença. Nas palavras do autor,

o sujeito constitucional deve ser considerando um hiato ou uma ausência em pelo menos dois sentidos: primeiro, a ausência do sujeito constitucional não nega o caráter indispensável, daí a necessidade de reconstrução permanente. Segundo, o sujeito constitucional sempre envolve com hiato porque ele é inerentemente incompleto, então é sempre aberto a uma necessária e possível busca de completude (ROSENFELD, 2003:26)

E conclui ROSENFELD (2003:110) que a redução evolutiva do sujeito constitucional conduz certamente à patologias, à medida que os antigos constructos constitucionais de ontem tornam-se mais propensos a produzir recalque ou repressão do que promover possibilidades de emancipação.

A garantia da identidade constitucional deve ser produzida pelo seu guardião maior, ou seja, o Supremo Tribunal Federal. A sua atuação jurisdicional representa uma inexorável repercussão política porque a Constituição também compreende esta dimensão, não só a de conformação do ordenamento jurídico. Nas palavras de CITTADINO (2000:65), no contexto da constituição atual a atividade jurisdicional não está restrita a uma legalidade positivista e absoluta, sem dimensão política.

Portanto, cabe ao Judiciário, especialmente ao STF, como guardião da Constituição Federal, o controle político das emendas constitucionais que não possuam a característica da identidade constitucional. É certo que a Constituição não é do Supremo, do Presidente ou do

Congresso Nacional. Todavia, num sistema político baseado na divisão dos Poderes, se há prevalência absoluta do Legislativo em face das reformas constitucionais, é evidente que o controle político, quando não exercido diretamente pelo povo, através do processo legislativo participativo, deve receber filtros da Corte Constitucional máxima do país, rechaçando as reformas e devolvendo ao povo, dotado de autonomia política e através de processos racionais-discursivos, o poder de editar as emendas constitucionais.

Aliás, sobre a necessidade de atuação judicial Paulo Bonavides já advertiu e classifica a democracia participativa como a essência mais legítima em termos de emancipação política. Nas palavras do autor:

Não há teoria constitucional de democracia participativa que não seja, ao mesmo passo, uma teoria material da Constituição. Uma teoria cuja materialidade tem seus limites jurídicos de eficácia e aplicabilidade determinados grandemente por um controle que há de combinar, de uma parte, a autoridade e a judicatura dos tribunais constitucionais e, doutra parte, a autoridade da cidadania popular e soberana exercitada em termos decisórios de derradeira instância. Nisso reside a essência desse figurino de constitucionalidade que há de ser o mais democrático, o mais aberto, o mais legítimo dos modelos de organização da democracia emancipatória do futuro nos países periféricos. (BONAVIDES, 2001:25)

É verdade que o sujeito constitucional sempre está aberto à completude, mas isto deve ocorrer de forma sistematizada, guardando o mínimo de relação possível com o texto já existente porque senão a Constituição tende a virar uma “colcha de retalhos” e então corremos o risco dela se tornar simbólica porque assim interessa àqueles que fazem da atividade política uma forma de validar interesses particulares em detrimento do interesse público.

De acordo com NEVES (2007:68), determina-se a vigência das normas constitucionais não apenas pelo procedimento constituinte ou de reforma. É necessário buscar formas plurais de processo de filtragem, com várias finalidades, para obter a concretização constitucional.

A previsão de um processo legislativo de reforma da constituição participativo representa um destes processos de filtragem, que contribuirá para evitar a constitucionalização simbólica, a qual está diretamente associada à falta de concretização normativo-jurídica do texto constitucional.

Bom, mais participação dos atores sociais interessados na concretização de normas constitucionais e abertura do debate político na sociedade mediante processos de filtragem demandam soluções para os problemas básicos da população. Diante disso, é fundamental que haja um avanço da cultura política do país, pois a justificativa para os problemas sociais e políticos é dada com base na ausência ou presença de normas na Constituição, *como se*

pudessem ser solucionados mediante as respectivas emendas ou revisões constitucionais (NEVES, 2007:187). O resultado é a desconfiança:

À medida que se ampliam extremamente a falta de concretização normativa do diploma constitucional e, simultaneamente, o discurso constitucionalista do poder, intensifica-se o grau de desconfiança no Estado. A autoridade pública cai em descrédito. A inconsistência da “ordem constitucional” desgasta o próprio discurso constitucionalista dos críticos do sistema de dominação. (NEVES, 2007:188)

Portanto, entendo que pode haver uma coesão entre teorias procedimentalista e concretistas, vez que a concretização das normas constitucionais está intrinsecamente relacionada à legitimação de tais normas. Um processo popular de controle da reforma constitucional evita o discurso que justifica os problemas sociais e políticos na ineficiência da Constituição e pretende solucioná-los mediante emendas ou revisão constitucional, conseqüentemente, estar-se-ia garantindo legitimidade política, amparada pela mobilização social em torno da Constituição Federal, via processos de participação na formação da opinião e da vontade.

Logo, a junção de ambos os pensamentos contribui para o fortalecimento da ordem constitucional e, por conseguinte, garante a cidadania e aplicação dos direitos fundamentais, tão caros à doutrina constitucionalista contemporânea. Por isso, é fundamental entender o como de justifica o processo de participação popular e de legitimidade das leis.

4.3 A participação popular como instrumento de controle social e fundamento de legitimidade das leis: Habermas e Pettit

Bem mais do que um trabalho teórico a respeito do tema das cláusulas pétreas, da reforma constitucional e do poder constituinte, busco colocar minhas idéias ao leitor expondo não só as teorias, mas mesclando-as com a realidade constitucional brasileira. Por isso o texto contém perspectivas históricas, referências às normas das Constituições anteriores e fatos recentes do cenário político brasileiro.

Não se trata aqui de investigar todas as teorias existentes sobre legitimidade do poder político ou sobre o poder constituinte. Com estas finalidades podem ser citados aqui bons trabalhos desenvolvidos no próprio Programa de Pós –Graduação da Puc Minas (OLIVEIRA, Carla, 2006 e FREITAS, 2006). O que pretendo é encontrar uma forma, dentre várias possibilidades, de melhor estruturar o atual sistema democrático, a partir de teorias que

consagram a participação popular. Mas o fim último da pesquisa é a legitimidade das emendas à constituição.

Acredito que a melhor resposta a ser dada à crise vivida no Poder Legislativo Federal, veiculada todos os dias nos meios de comunicação, é a participação popular como instrumento de controle. ANASTASIA (2002:34) vislumbra esta crise de representação na sociedade contemporânea e se fundamenta na apatia política porque nas sociedades de voto facultativo são poucos cidadãos que comparecem às urnas e nas sociedades de voto obrigatório os índices de votos brancos e nulos é alto.

Desta forma, a autora aponta como desafio para a democracia a *institucionalização de novas formas de participação política que venham acoplar-se aos mecanismos clássicos da representação e não substituí-los.*(ANASTASIA, 2002:36).

Assim sendo, retorna a velha questão da tirania da maioria, citada acima. A manutenção da ordem política é prejudicada pela instabilidade decorrente do mecanismo exclusivo de agregação de preferências contida no sistema da regra majoritária. Logo, o desafio da democracia contemporânea é o controle dos governantes pelos governados, sobretudo nos intervalos eleitorais. (ANASTASIA, 2002:38/43).

É certo que não dispomos do *recall* no ordenamento jurídico brasileiro, mas é possível pensar em formas alternativas, a partir de teorias recentes como a discursiva de Habermas e a contestatória de Pettit, com o intuito de, cada vez mais, promover o controle social da atividade legislativa, já que o Judiciário não se incumbe do exercício do controle político, como já dito no capítulo primeiro.

O controle popular da reforma constitucional depende, sobretudo, da delimitação dos níveis e da forma de participação da sociedade neste processo. É preciso consignar que a autonomia política não pode se tornar objeto de disputa econômica ou de interesses particulares, já que a prova da falibilidade do liberalismo político está no oligopólio nas mãos de elites políticas, causada, principalmente, pelo sistema de representação política e competição partidária. Neste sentido, o voto não pode significar a transmissão de preferências mediante escolha de alternativas dadas, ele é um instrumento de autonomia política, que envolve um poder comunicativo capaz de agregar valor ao discurso jurídico com vistas à formação de uma opinião pública transformadora de sua realidade, enfatizando as decisões no âmbito do Legislativo.

No tópico anterior esbocei algumas palavras a respeito do pensamento habermasiano, mas aqui pretendo aprofundar um pouco mais na questão da formação da vontade política de acordo com a Teoria do Discurso a partir de *Facticidade e Validade* (HABERMAS,2003a).

Tratando da validade do direito, HABERMAS (2003a:50) vai dizer que são seus elementos a coerção e a liberdade. A aceitação fática das normas de direito é que vai determinar a sua validade social, apoiada pela ameaça de sanções definidas conforme o direito. Já a legitimidade do direito está relacionada com a sua discursividade, ou seja, importa apenas que o processo legislativo tenha sido racional, independentemente da imposição ou ameaça de sanção.

A integração social se dá a partir do processo de legislação que dá origem ao sistema jurídico, portanto,

Na medida em que os direitos de comunicação e de participação política são constitutivos para um processo de legislação eficiente do ponto de vista da legitimação, esses direitos subjetivos não podem ser tidos como os de sujeitos jurídicos privados e isolados: eles têm que ser apreendidos no enfoque de participantes orientados pelo entendimento, que se encontram numa prática intersubjetiva de entendimento. (HABERMAS, 2003a:53)

Ainda sobre a função integradora do direito, Habermas, apoiado em Parsons, diz que *os destinatários da norma somente estarão motivados suficientemente para obediência, quando tiverem internalizado os valores incorporados nas normas.*(HABERMAS, 2003a:95)

Do poder comunicativo do povo surge a legitimação da tomada de decisão, com base na maioria, tomada pelo Estado. O autor enxerga no modelo de Estado de Direito de Max Weber, cuja legitimidade advém da estrutura abstrata das regras e leis, autonomia da jurisdição e não da forma democrática da formação política da vontade, a dominação elitista dos partidos políticos, tentando dele se desvencilhar. (HABERMAS, 2003a:103)

A democracia para Habermas gira em torno da idéia de igualdade, liberdade e da autonomia do povo. A igualdade não pode ser entendida como formal, garantida apenas pelo texto legal e que privilegia determinado grupo de pessoas baseando essa exclusão em fundamentos ligados a argumentos não jurídicos, e que por vezes, tornam-se, por exemplo, a igualdade do Estado Liberal em que assegurava o direito ao voto à universalidade desde que a universalidade comportasse os parâmetros burgueses ditados.

A liberdade também não pode ser mera formalidade, deve ser entendida como liberdade material. E autonomia do povo? Entendida no melhor sentido de autolegislação deve ser uma autonomia caracterizada pela vontade do povo que é capaz de se enxergar como autor e destinatários das leis e da Constituição. Tal vontade popular representa na democracia o agir coletivo e a supressão das vontades individuais em prol da sociedade.

HABERMAS (2003:182) observa que na modernidade o poder político desenvolve-se como poder legal, estabiliza as expectativas de comportamento, possibilitando aos destinatários saber as conseqüências do comportamento próprio e alheio, mas o direito não se esgota em normas de comportamento, pois as regras de competência, a produção de instituições políticas e procedimentos também são determinados por ele.

Portanto, a formação de opinião e vontade pública só é possível através de um processo que garanta a efetividade da soberania popular. E esse processo de construção da opinião e vontade popular se evidencia a partir do momento em que a sociedade civil se organiza por meio de associações livremente agrupadas e sejam abertas ao discurso com o Estado, dentro do 'espaço público'.

O modelo de Democracia de Habermas baseia-se nas condições de comunicação sob as quais o processo político supõe-se capaz de alcançar resultados racionais, justamente por cumprir-se de modo deliberativo. Pelo modelo discursivo do autor, o procedimento democrático cria uma coesão interna na tomada de decisão por baseá-la em discursos que visam as negociações e o auto-entendimento entre a sociedade civil e o Estado.

Existe uma carga valorativa sobre as liberdades subjetivas no processo de formação de opinião e vontade no pensamento habermasiano. *O direito a iguais liberdades subjetivas fundamentado moralmente, interliga-se com o princípio da soberania do povo.* (HABERMAS, 2003a:127). A ordem jurídica é legítima quando não contraria princípios morais, portanto, completam-se reciprocamente a moral autônoma e o direito positivo. HABERMAS (2003a:141)

A autodeterminação moral dos direitos humanos para os Liberais e a auto-realização ética pela via da soberania popular, em Habermas, não são concorrentes como podem parecer a princípio, são complementares. Para Habermas, Kant e Rousseau tentaram essa aproximação entre os direitos humanos e princípio da soberania popular, mas a leitura kantiana da autonomia política se aproxima dos Liberais, enquanto Rousseau aproxima-se do Republicano. (HABERMAS, 2003a: 134)

O fundamento da legitimidade discursiva de Habermas reside no fato de que as leis somente podem pretendê-la quando ocorrer o assentimento de todos no processo normativo. Por isso o autor vê a necessidade de associações livres e o princípio democrático garante o direito de igual participação de todos, mediante formas de comunicação estabelecidas e garantidas pelo sistema jurídico, de saber sólido e conectado à moral por princípios. (HABERMAS, 2003a:146)

Confirmando minha opinião acerca da intrínseca ligação entre a concretização normativa e um processo discursivo-racional de formação da opinião e da vontade, Habermas afirma que o sentido normativo do direito não se dá por seu conteúdo moral aprioristicamente, mas sim através do procedimento que instaura o direito e que gera a legitimidade. Sendo assim, só é legítimo o *direito que conseguiu aceitação racional por parte de todos os seus membros, numa formação discursiva da opinião e da vontade*. (HABERMAS, 2003a:172). Isso indica que, além de um conteúdo moral universalizável, as normas devem observar um processo de formação que enseja, pelo menos, a concretização do princípio da soberania popular. De acordo com Habermas:

Quanto mais concreto for o caráter do direito e mais concreta a matéria a ser regulada, tanto mais a aceitabilidade das normas fundamentadas exprime a autocompreensão de uma forma de vida histórica, a compensação entre interesses de grupos concorrentes e uma escolha empiricamente informada entre fins alternativos. Os pontos de vista teleológicos, bem como componentes volitivos que acedem aos conteúdos do direito, fortalecem-se na medida em que uma sociedade concentra no Estado a persecução de fins coletivos (...)HABERMAS (2003a:192):

Numa outra linha, a construção da democracia para PETTIT (2003:371) faz-se a partir do poder contestatório do povo. Mas o que seria poder contestatório? Para o autor ele é a forma como o povo se manifesta contra o poder arbitrário expresso nas decisões executivas e legislativas que levam em conta apenas interesses particulares, sejam eles individuais ou de determinado grupo. É essencial para o autor que haja identificação e aprovação dos interessados pela decisão tomada, à medida que visa a liberdade enquanto não-arbitrariedade por parte dos governantes.

Não se trata apenas de conseguir apoio majoritário para as decisões que são tomadas, pois determinadas políticas podem ter esse apoio e interferir arbitrariamente na vida das minorias. O que Pettit sinaliza é necessidade de mais poder de contestar as decisões do que a obtenção do consentimento. O consentimento para PETTIT (2003), contrariamente à idéia habermasiana, está associado ao abuso de poder e à imposição de vontade seja ela do Estado ou de um grupo social dominante.

A democracia para Pettit é, assim como em Habermas, propiciada pelos movimentos sociais e pelo associativismo, mas ao contrário dele que busca uma tomada de decisão baseada no consenso entre os atores sociais nos canais deliberativos, Pettit acredita que por esses canais as associações civis devem exercer seu poder contestatório na construção de uma decisão que espelhe seus interesses (decisões políticas contestatórias).

Satisfazer o perfil democrático, segundo PETTIT (2003:371), significa fugir ao modelo tradicional, o qual está vinculado ao consentimento do povo traduzido, basicamente, na eleição de membros do Legislativo e Executivo e passar para o modelo contestatório em que o governo democrático se caracteriza pela possibilidade do povo usufruir da contestabilidade em relação às decisões do governo, seja individual ou coletiva, permanentemente.

A forma de contestação é balizada por um processo discursivo, assim como em Habermas, em que se colocam meios que apóiem as deliberações baseadas na contestação das decisões tomadas unicamente pelo Estado. Para PETTIT (2003:372) as decisões públicas podem assumir duas formas: a de barganha, na qual as preferências são dadas e as discussões e debate partem de idéias predefinidas; e a forma de debate, na qual há formação das preferências mediante deliberações que convergem para determinada decisão apoiada no reconhecimento mútuo das pretensões e na formalização do acordo.

A vantagem da forma de debate sobre a de barganha é o fato de que não é necessário ter importância ou poder especial, basta uma argumentação plausível para que qualquer indivíduo conteste uma decisão pública de determinada linha que lhe é contrária.

Trazendo a argumentação de PETTIT (2003) para o foco deste trabalho, a respeito do poder de reforma da constituição, entendo que é crucial estabelecer mecanismos de contestação das decisões tomadas pelo Legislativo no âmbito do Poder Constituinte Derivado, com a finalidade de garantir o verdadeiro poder de mando do povo, consagrado na Princípio da Soberania Popular. A contestabilidade das decisões no âmbito da reforma do texto constitucional é um caminho para evitar a fraude à constituição, bem como a perda da identidade constitucional. Trata-se de fazer do Legislativo um poder mais inclusivo.

Um legislativo verdadeiramente inclusivo deverá incorporar, em seu próprio benefício, todos os diferentes canais encontrados no seio da comunidade. Deverá assegurar que, ao longo dos debates decisórios, as deliberações manifestadas sejam consideradas pela Assembléia Legislativa não apenas com base em um conjunto restrito de pareceres privilegiados, mas com base no extenso leque de perspectivas sociais (PETTIT, 2003:374).

É bom relacionar aqui algumas medidas que PETTIT (2003:375) propõe para fomentar um Legislativo mais inclusivo, as quais, de certa maneira, já são adotadas no Brasil, mas não ajudaram muito na questão da legitimidade do poder político, face as vicissitudes apontadas acima. O autor propõe a exigência de um número mínimo de candidaturas femininas no patamar de 40% nos partidos. No caso brasileiro, a atual legislação exige que o

mínimo de candidaturas por sexo deve ser 30% e máximo 70%, ou seja, é um modelo até mais amplo do que o proposto por Pettit neste ponto.

Além disso, o autor apresenta uma proposta de obrigatoriedade de obtenção do título de eleitor e de participação nas eleições. De forma semelhante acontece por aqui pois há obrigatoriedade das pessoas obterem o título eleitoral aos 18 anos, bem como a obrigatoriedade do voto nas eleições, inclusive com status de cláusula pétrea, conforme visto no tópico 3.4. Some a isso a possibilidade de eleições regionais bem como a garantia de participação da população indígena distribuída de forma mais ou menos equitativa no território, o que o autor considera bastante para imprimir um caráter inclusivo ao Legislativo (PETTIT, 2003:375)

Note que algumas das medidas já são adotadas no regime político nacional e não representam a esperada inclusão nos termos da pretensão de Pettit. Essa afirmação é possível a partir da identificação da crise vivida pelo Legislativo no Brasil, com denúncias diárias de irregularidades e ilegalidades, consoante os exemplos apresentados neste trabalho. Por isso é interessante pensar em formas ainda mais alternativas, como é o caso de audiências públicas, fóruns populares, seminários temáticos entre outros, a fim de possibilitar a criação de mecanismos não só de contestação das decisões políticas, mas de participação popular no processo de reforma da constituição.

Segundo PETTIT (2003:377) a eficiência dos mecanismos de contestação das decisões públicas está diretamente relacionado à efetividade dos movimentos sociais organizados. Tais movimentos funcionam como uma espécie de primeira instância de reclamações e, via de regra, seus pleitos têm mais força do que as queixas apresentadas individualmente aos órgãos públicos. Os movimentos sociais são capazes de exercer uma pressão tão forte de maneira que aumentam as chances de êxito ao passo que as ingerências de particulares nas decisões públicas importantes tende a diminuir.

Corroborando a idéia aqui apresentada, a respeito da transformação do mandato eletivo em instrumento de consagração de interesses privados de determinados grupos, PETTIT (2003:377) diz que uma das maiores dificuldades de um sistema realmente democrático e inclusivo é de acabar com os financiamentos de campanha, uma vez que existe a tendência dos financiados acolherem as pretensões dos financiadores em detrimento do interesse coletivo. Esse financiamento representa um risco para a democracia inclusiva, conseqüentemente, um risco para a legitimidade política das reformas constitucionais levadas à efeito nos vinte e um anos da “Constituição Cidadã” (para lembrar Ulisses Guimarães em 1988).

PETTIT (2003:378/382) discorre ainda sobre a necessidade das manifestações recebidas como contestação às decisões públicas serem decididas fora da arena política, longe do debate parlamentar, no entanto, é essencial, mais do que a favorabilidade do resultado, a correção procedimental, ou seja, a equidade nos procedimentos.

Com base nas argumentações produzidas, sobretudo por Habermas e Pettit, é que busco a reflexão sobre formas alternativas de garantir a legitimidade das reformas da constituição, já que considero as regras formais insuficientes para esse mister. Entretanto, uma coisa é certa: a participação popular, seja em qualquer nível ou órgão, é o melhor instrumento de controle das decisões políticas, lembrando que “controle” deve ser entendido não apenas como limitar, mas também promover e estimular (PEREIRA, 2008:106).

No modelo habermasiano, na linha da teoria do discurso, ou no modelo de Pettit, de acordo com a orientação da democracia contestatória, os canais de participação são extremamente importantes na configuração do Estado democrático, recebendo as contestações pela via dos movimentos sociais ou colocando as idéias das minorias em debate nos fóruns temáticos, seminários, audiências públicas etc.

A institucionalização desses canais de participação passa por uma práxis constitucional condizente com o Estado Democrático de Direito. Não é necessário reformar a Constituição para implementar mecanismos semelhantes aos citados acima com a finalidade de garantir o controle popular das emendas, pois estaria caindo em contradição com os próprios argumentos lançados. Basta que a Constituição seja lida e interpretada a partir do paradigma, não o contrário, o paradigma a partir da Constituição.

Como já foi dito a respeito da constitucionalização simbólica, é preciso que o sistema normativo seja socialmente vigente e eficaz para evitar o fenômeno, portanto, basta que haja uma aproximação entre generalização das expectativas normativas e o texto constitucional, aproximando a realidade social da realidade constitucional. A pretensão deste trabalho é vincular a vontade popular ao processo de emenda constitucional a fim de que este não se torne simbólico e a ponto de submeter os atores políticos às influências de interesses particulares (NEVES, 2007:151).

A ausência de legitimidade das reformas constitucionais bem como a falta de participação popular neste processo pode ser justificada a partir da interpretação das normas a partir do modelo liberal, que retira a força concretizadora do texto constitucional a fim de preservar a Constituição como mero instrumento de governo. Exemplo dito foi a edição de

emenda constitucional²⁸ com a simples finalidade de autorizar a reeleição presidencial, de que fez uso o presidente Fernando Henrique Cardoso em 1998, proponente da matéria.

A falta de força normativa do texto da constituição leva à sua insuficiência, no sentido de que falta conexão entre as construções dogmáticas e da teoria do direito em relação ao texto constitucional. A construção doutrinária vai divergir da realidade constitucional (NEVES, 2007:154) e é justamente essa distorção que precisa ser corrigida para possibilitar o controle popular da reforma constitucional.

A prática política clientelista, o patrimonialismo e outras formas de particularização dos interesses na esfera pública de formação da opinião e da vontade representativa do pacto constitucional demonstra como é preciso avançar em relação à cultura política. Para tanto, não basta a aproximação das construções dogmáticas e da teoria do direito à realidade constitucional, é preciso implementar mecanismos alternativos de participação popular no processo de formação discursivo-racional da vontade popular em sede de reforma constitucional a fim de realizar audiências públicas, seminários, fóruns temáticos entre outros, institucionalizar mecanismos de participação e oitiva dos movimentos sociais neste processo, além da criação de instrumentos de contestação das decisões legislativas tomadas no âmbito da reforma constitucional.

A condição do Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, é importante nesse processo a partir do momento em que não se omitir quanto às decisões sobre os aspectos políticos na concretização das normas constitucionais. Se a participação popular é considerada um direito fundamental, é claro que pode haver a intervenção do STF nas questões de cunho político pois estar-se-ia diante de uma agressão à liberdade pública de opinião popular no processo de reforma constitucional, ou seja, descumprimento de preceito fundamental estabelecido na Constituição Federal.

Como salienta NEVES (2007:186), o modelo constitucional baseado na falta de concretização normativo-jurídica do texto se torna álibi para justificar a realidade social discrepante, cuja culpa é transferida para a sociedade, retirando a responsabilidade do Estado e do Governo Constitucional, transferindo a realização da Constituição para um futuro remoto e incerto. E é no mesmo sentido que vejo as emendas constitucionais no caso brasileiro, tornan-se álibi de um modelo que é governista e não político, de princípios liberais, individualista e patrimonialista

²⁸ De acordo com a Emenda Constitucional 16/97.

As emendas e revisões não são suficientes para resolver os problemas sociais e políticos que são atribuídos à Constituição. Os Programas de Governo são reduzidos a programas de reforma da Constituição (NEVES, 2007:187). É através do controle popular da reforma constitucional que busco mitigar essa retórica das emendas, consequentemente garantir legitimidade material, porque não se trata de problema com o texto e sim de como o discurso político que pretende apenas a manutenção da tradição cultural brasileira do clientelismo a fim de que governantes e políticos permaneçam à frente deste sistema de dominação e das relações de poder, fugindo da responsabilidade pelas mazelas sociais e atribuindo à Constituição total culpa pela ineficiência de seus instrumentos, como se isso justificasse a omissão dos Governos.

De tudo, resta apenas buscar amparo social para a pretensão de controlar as emendas à constituição para que em breve não sejamos, novamente, vítimas do reformismo e porque não, de uma nova constituinte que apenas vai buscar a manutenção do *status quo*, imprimindo um texto que possa até ser inovador, mas reiterando práticas políticas já conhecidas sem que haja solução para as demandas sociais que pautam a realidade brasileira.

5 CONCLUSÃO

Iniciei este trabalho com a seguinte questão: qual o papel da limitação existente nas cláusulas pétreas do artigo 60,§4º da Constituição Federal no contexto do Estado Democrático de Direito. Chego ao final concluindo pela confirmação da hipótese pensada, no sentido de que a limitação do Poder Constituinte Derivado deve assegurar a efetividade do Estado Democrático de Direito, a partir de mecanismos adequados a um processo legislativo participativo, que possibilite o controle popular da reforma constitucional através de mecanismos institucionalizados como a iniciativa popular e ainda outros mecanismos de participação popular no processo legislativo.

Asseguram este posicionamento as seguintes premissas básicas: *(i)*a necessidade de nova interpretação das limitações materiais ao poder de reforma da constituição; *(ii)* a adoção de uma concepção material das cláusulas pétreas, que vê a Constituição como um processo aberto, suscetível de adequação a qualquer tempo a fim de atingir o máximo de legitimidade; *(iii)* a construção teórica de um Poder Constituinte Permanente no âmbito do processo legislativo, já que a participação popular direta equivale a manifestação constituinte independentemente do momento institucional desse agir constitucional; *(iv)*a necessidade do Supremo Tribunal Federal exercer o controle político sobre as emendas constitucionais, bem como interpretar as limitações ao poder de reforma de acordo com o paradigma democrático, sobretudo para rechaçar as emendas que não observem o processo legislativo participativo sob o prisma de descumprimento do preceito fundamental da participação popular.

(i) A necessidade de (re)interpretar as limitações materiais ao poder de reforma decorre do entendimento, segundo o qual, o modelo democrático liberal, apoiando nas regras eleitorais e no sistema parlamentar representativo não garantem legitimidade política material. Isso significa que é preciso reconhecer a necessidade de interpretar os dispositivos constitucionais, sobretudo de reforma (art.60 e seus parágrafos), de acordo com o modelo de Estado democrático, ou seja, reconhecendo as novas facetas dos direitos fundamentais e buscando alternativas para limitação do poder que consagrem a participação popular.

O projeto liberal de fomento ao individualismo, de formação do interesse geral a partir dos mecanismos parlamentares, impede a formação de uma identidade coletiva, capaz de se estruturar em torno da política, possibilitando a identidade da lei com a soberania popular. Quando esse problema é transportado para o tema da reforma constitucional, aliado à crise política atual, o resultado é a falta de legitimidade das emendas, pois foram produzidas a

partir de um modelo que não possibilita a formação coletiva da opinião e da vontade, que não observa a soberania popular em si e que se estrutura no jogo de interesses das maiorias parlamentares.

(ii) Por conseqüência lógica, as cláusulas pétreas têm que ser vistas como um processo aberto, buscando uma concretização a partir de processos dialógicos que consagrem a soberania popular e, a partir disso, contribuir para legitimação das reformas. A partir desse processo aberto, que aceita as mudanças decorrentes da manifestação popular, a concretização da soberania popular autorizará até mesmo a alteração ou edição de norma inicialmente incompatível com as cláusulas pétreas, porém, havendo manifestação direta e legítima do povo, estes atos deverão ser reconhecidos pelo direito vigente e estarão livres e desembaraçados de qualquer suspeita de inconstitucionalidade, já que surgiram diretamente do poder popular de formar a vontade do Estado, conseqüentemente, de atualizar a Constituição.

(iii) Daí a proposta de um Poder Constituinte Permanente, que não pode ser confundido de maneira alguma com o exercício da jurisdição constitucional. Trata-se de propiciar a participação popular em todos os assuntos que interessem diretamente à todos e aqui posso citar os direitos e garantidas fundamentais, as regras do processo eleitoral, o controle da Administração Pública, as regras gerais tributária, previdenciária, trabalhista, econômica, educacional, cultural (se é que já não estão incorporadas aos direitos fundamentais)etc.

(iv) Neste processo todo, de consagração do poder popular de reger a formação da vontade do Estado, que se exterioriza na Constituição Federal, é importante o papel a ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal no controle dos atos políticos reservados aos Legisladores, já que estes deverão observar, sobretudo em sede de reforma constitucional, este privilegio da manifestação do povo, conseqüentemente, caberá ao Supremo Tribunal o controle dos atos políticos, rechaçando, pela via das Ações de Descumprimento do Preito Fundamental da Participação Popular, as modificações da Constituição que não obedeçam a este processo, podendo entrar no mérito das mesmas porque é função da Corte o controle político e jurídico dos atos do Congresso Nacional, embora não exista o histórico do primeiro, conforme assinalado no segundo capítulo.

Some-se a tais premissas a construção de uma concepção de processo legislativo de reforma do texto constitucional que consagra não apenas as modalidades de plebiscito e referendo, mas mecanismos alternativos com a previsão de sérias audiências públicas, fóruns temáticos, seminários legislativos e tantas outras formas de chamar a sociedade civil

organizada para dentro do processo legislativo, incorporando, inclusive, a iniciativa de emenda prevista no artigo 60, incisos I e III da Constituição Federal.

Esta construção é possível a partir doutrinas bastante difundidas como a da concretização/efetivação das normas constitucionais (no caso, do princípio da soberania popular), da democracia participativa, no viés da teoria discursiva do direito de Habermas ou sob o olhar da democracia contestatória de Pettit, apresentadas no capítulo anterior.

Outro fundamento importante para a construção do raciocínio empregado nesta pesquisa é quanto ao requisito da legitimidade política. As crises e polêmicas envolvendo o Legislativo Federal brasileiro, através de freqüentes notícias de corrupção, esquemas de compra de apoio político-partidário comumente chamados de “mensalão”, somadas aos traços coronelistas e patrimonialistas da cultura política brasileira demonstram a realidade do sistema de democracia representativa do país quando ausentes os mecanismos de participação popular, capazes de corrigir ou pelo menos minimizar tais distorções, como é o caso bem sucedido do orçamento participativo de algumas localidades, como Belo Horizonte.

Considerando a crise política brasileira e a baixa legitimidade do Congresso Nacional para, sozinho, editar atos normativos efetivos é possível concluir pela necessidade de outros mecanismos de democracia direta que sejam alternativos ao plebiscito e referendo, uma vez que estes, necessariamente, passam pelo crivo do Poder Legislativo e dos representantes eleitos pelo povo, mas não diretamente por este, a não ser para opinar “sim ou não” sem abertura democrática do debate sobre o tema em foco na votação, seja de um ou de outro. Assim, é preciso aplicar esses institutos ao processo de reforma à constituição, ato mais que autorizado pelo conjunto sistêmico da Constituição Federal, que prevê os institutos como forma de manifestação direta do povo, associados ao princípio da soberania popular (art.1)

Portanto, não há como duvidar ou questionar a necessidade de (re)interpretar os limites constitucionais ao poder de reforma em face da tendência política liberal quando se trata de aplicar as cláusulas pétreas. No caso deste trabalho, o foco dessa interpretação conforme os pressupostos do Estado Democrático de Direito é nas emendas constitucionais.

Enfim, não poderia deixar de manifestar aqui que uma das críticas mais repetidas à doutrina da participação popular é a dificuldade de consultar ao povo em todas as decisões fundamentais do Estado, ou seja, a democracia direta é estrutural e economicamente inviável. No entanto, formas alternativas podem ser buscadas, principalmente quando se pensa na sociedade civil organizada através de diversas entidades, governamentais ou não, de caráter social ou filantrópico, educacional, cultural, os movimentos e associações de classe e tantas outras entidades revestidas de naturezas jurídicas diversas das citadas. Tais entidades podem

servir de centros para discussões sobre os temas que demandam a participação popular através de reuniões, gerando documentos, manifestos e diretrizes que servirão de amparo para as decisões políticas fundamentais.

Mesmo em região e localidades com baixos índices sociais, educacionais e econômicos, a participação do povo é possível através dos conselhos e associações de moradores, cooperativas de trabalho e prestação de serviços, até mesmo através das Câmaras Municipais, com a participação da população local.

Essa obrigatoriedade da participação da sociedade nas decisões sobre a reforma da Constituição Federal através de emenda constitucional é uma medida que decorre da interpretação das normas constitucionais adequadamente ao Estado Democrático de Direito que os constituintes de 1988 inauguraram no país. Basta efetivar essas regras e princípios, pois a sociedade brasileira é capaz de participar como o fez nos movimentos das “Diretas” e nos trabalhos constituintes de 1986/1987. Desprezar este fato é desprezar a história político-cultural do povo brasileiro.

Espero ter contribuído para que o leitor veja a necessidade de consagração do Estado Democrático de Direito para privilegiar a participação do povo, a efetivação dos direitos fundamentais (principalmente os de participação) e limitar o poder, sobretudo, o poder dos representantes eleitos do povo, que não podem fazer da Constituição Federal um instrumento de politicagem²⁹ e favorecimento dos interesses governamentais em detrimento da concretização e efetivação dos direitos e garantias fundamentais, fundamentos e objetivos do Estado nela estabelecidos.

²⁹ Segundo o Houaiss (2004), politicagem significa *política de interesses pessoais, de troca de favores, ou de realizações insignificantes*.

REFERÊNCIAS

ALEXY, ROBERT. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANASTASIA, Fátima. Teoria democrática e o novo institucionalismo. Cadernos de Ciências Sociais: [Belo Horizonte], Belo Horizonte, v. 8, n. 11, p. 31-46, dez. 2002.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º 7, outubro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de agosto de 2008.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4º Ed., revista. São Paulo: Malheiros Editora, 2005.

AVRITZER, Leonardo. Sociedade civil e democratização. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

AVRITZER, Leonardo. A moralidade da democracia: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática. Belo Horizonte: Ed. da UFMG; São Paulo: Perspectiva, 1996.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do federalismo. Belo Horizonte: FUMARC, 1982.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luis Roberto. Temas de direito constitucional. 2ª Ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). IN: SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e crise política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.97/148.

BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 466/DF. Rel. Min. Celso de Mello. DJ, 10/05/1991. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266369&pgI=1&pgF=100000>. Acesso em 03 de maio de 2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 939-7/DF. Rel. Sydney Sanches. DJ 18/03/1994. Disponível em [http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(ADI\\$.SCLA.%20E%20939.NUME.\)%20OU%20\(ADI.ACMS.%20ADJ2%20939.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(ADI$.SCLA.%20E%20939.NUME.)%20OU%20(ADI.ACMS.%20ADJ2%20939.ACMS.)&base=baseAcordaos). Acesso em 03 de maio de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 815/DF. Rel. Min. Moreira Alves. DJ, 10/05/1996. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266547&pgI=1&pgF=100000>. Acesso em 03 de maio de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento Preceito Fundamental Medida Cautelar. n 45/DF. Rel. Min. Celso de Mello. DJe, 04/05/2004. Disponível em:
[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(\(45.NUME.%20OU%2045.DMS.\)\)%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=((45.NUME.%20OU%2045.DMS.))%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas). Expressão de busca: 45 decisão monocrática. Acesso em 03 de maio de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 2280/MG. Distribuição DJ 06/02/2006. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2344091>. Acesso em 20 de dezembro de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.685-8/DF. Rel. Min. Ellen Gracie. DJ, 10/08/2006. Disponível em
[http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(ADI\\$.SCLA.%20E%203685.NUME.\)%20OU%20\(ADI.ACMS.%20ADJ2%203685.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(ADI$.SCLA.%20E%203685.NUME.)%20OU%20(ADI.ACMS.%20ADJ2%203685.ACMS.)&base=baseAcordaos)
Acesso em 03 de maio de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2024/DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ, 22/06/2007. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=466214&pgI=1&pgF=100000>. Acesso em 03 de maio de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470/MG. Distribuição DJ 20/11/2007. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11541>. Acesso em 20 de dezembro de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3895/SP. Rel. Min. Menezes Direito. DJe, 28/08/2008. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=544035&pgI=1&pgF=100000>. Acesso em 29 de agosto de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Medida Cautelar n. 4076/DF. Rel. Ricardo Lewandowski. DJe, 11/09/2008. Disponível em
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Expressão de busca:4076. Acesso em 08 de dezembro de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4097/DF. Rel. Min. César Peluzo. DJe, 07/11/2008. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=559799&pgI=1&pgF=100000>. Acesso em 25 de janeiro de 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. Mutação constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997.

BONAVIDES, Paulo. Constituinte e constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea. Fortaleza: EUFC, 1985.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. História constitucional do Brasil. 3.ed. Brasília: [Paz e Terra], 1991.

BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa. Malheiros: São Paulo, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de Minas Gerais, vl. 1, n.º, Belo Horizonte, jan./1999, p. 473-486

CERQUEIRA, Marcello. A constituição na história: origem & reforma. Rio de Janeiro: Revan, 1993.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CITTADINO, Gisele. Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COMPARATO, Fabio Konder. Réquiem para uma Constituição. IN: FIOCCA, Demian e GRAU, Eros Roberto. Debate sobre a Constituição de 1988. São Paulo: Paz e Terra, 2001, 77/87.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do estado. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIAS, Maria Tereza Fonseca, GUSTIN, Miracy B. S. Repensando a pesquisa jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa, versão 1.0, Instituto Antônio Houaiss. Produzido e distribuído por Editora Objetiva Ltda. Março de 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. rev. Porto Alegre: Globo Comunicações e Participações, 1976.

FAORO, Raymundo. Assembléia constituinte: a legitimidade recuperada. 4a ed. São Paulo: Brasiliense, 1985.

FARIA, José Eduardo. A crise constitucional e a restauração da legitimidade. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1985.

FARIA, Edimur Ferreira de. Curso de direito administrativo positivo. 5. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FAUSTO, Boris. História do Brasil. 12. ed. 1ª reimp., São Paulo: Edusp, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ, Luciano. Controle da administração pública: elementos para a compreensão dos Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

FICHA limpa com mudanças: projeto popular que impede candidatura de políticos condenados pela Justiça chega à Câmara dos Deputados, mas presidente da Casa prevê modificações dos parlamentares até votação. Estado de Minas, Belo Horizonte, 30.set.2009, pag.05.

FRANÇA, Phillip Gil. O Controle da administração pública e sua efetividade no estado contemporâneo. Interesse Público, Sapucaia do Sul, RS, v.9, nº43, p167-197, maio 2007.

FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. Poder constituinte: uma reconstrução teórica com base na teoria discursiva do direito e da democracia de Jürgen Habermas. 2006. 156f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica Constitucional e Pluralismo. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). Hermenêutica e jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GALUPPO, Marcelo Campos. Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. A Constituição pode fundar uma República? IN: SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e crise política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

GIDDENS, Anthony. As conseqüências da modernidade. São Paulo: UNESP, 1991.

GOMES, Alexandre Travessoni. O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GUNTHER, Karl. Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação. Trad. Claudio Moiz. São Paulo: Landy, 2004.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição : contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos Normativos de Democracia. Caderno Escola Legislativa. Belo Horizonte, 3 (3): Jan./Jun. 95, p. 105-122..

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

HABERMAS, Jürgen. Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

HABERMAS, Jürgen A inclusão do outro: Estudos de teoria política. Trad. George Sperbe e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2007.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. 26. ed. 17ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

HORTA, Raul Machado. Direito constitucional. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

KANT, Immanuel. A paz perpétua. Porto Alegre; São Paulo: L&PM, 1989.

KANT, Immanuel. La metafísica de las costumbres. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

KELSEN, Hans. A Democracia. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KERSTING, Wolfgang. Democracia e Educação Política. IN: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. Direito e legitimidade. São Paulo: Landy, 2003.

KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LEAL, Victor Nunes. Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. Os artigos federalistas, 1787-1788. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Pacto federativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direito constitucional (v1). 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direito constitucional (v2). Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MAGALHAES, José Luiz Quadros de. O futuro do Direito Constitucional: em busca de novos paradigmas, ou, a necessidade da construção de um conhecimento transdisciplinar que promova a ligação de saberes. IN: SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e crise política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MAGALHAES, José Luiz Quadros de. Constitucionalismo e ideologia. IN GONÇALVES, Moisés Augusto e MAGELA DE FÁTIMA, Geraldo (orgs). Outros olhares – debates contemporâneos – Vol.I Belo Horizonte: Editora Leeditathi, 2008a.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Reflexões livres sobre a interpretação constitucional. Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais: Belo Horizonte, nº 11, jul/dez 2008b, p.46/68.

MARINHO, Josaphat. Limites ao Poder de Revisão Constitucional. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Revista Eletrônica disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de março de 2008.

MAYER, Otto. Derecho administrativo alemán: tomo 1 : parte general. Buenos Aires: Depalma, 1949.

MAYER, Otto. Derecho administrativo alemán: tomo 2 : parte general. Buenos Aires: Depalma, 1949.

MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno: de acordo com a EC 19/98. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes; AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Dêlcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. Direito administrativo brasileiro. 29. ed. / atual. por Eurico de Andrade Azevedo, São Paulo: Malheiros, 2004.

MELO, Osvaldo Ferreira de. Fundamentos da política jurídica. Porto Alegre: S. A. Fabris, [Florianópolis]: CPGD-UFSC, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 26 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 20 de março de 2008.

MENEGAZ, Sergio. Controle interno da administração pública. Justiça do Direito:[Passo Fundo], Passo Fundo, RS, v.16, nº01, p.319-333, jan.2002.

MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. Direito e legitimidade. São Paulo: Landy, 2003.

MOREIRA, Luiz. Direito e política. IN: SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e crise política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.149/157.

MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna com e contra Carl Schmitt. Trad. Menelick de Carvalho Netto. In: Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, jul./dez. 1994, p.87-107.

MÜLLER, Friedrich. Legitimidade como conflito concreto do direito positivo. Trad. Peter Naumann. Rev.Georghio Alessandro Tomelin e Menelick de Carvalho Netto. In: Cadernos da Escola do Legislativo, Assembléia Legislativa de Minas Gerais, Belo Horizonte, jul/dez.1999, p.7-37.

MÜLLER, Friedrich. Direito, linguagem, violência : elementos de uma teoria constitucional, I. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995.

MULLER, Friedrich. Quem é o povo? A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. Editora Max Limonad. São Paulo: 2003.

MÜLLER, Friedrich. Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. A revisão constitucional brasileira: como se situa, qual seu alcance e quais seus limites. Rio de Janeiro: L. Juris, 1993.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. A regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 12, novembro/dezembro/janeiro, 2008. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp> Acesso em 17 de junho de 2008.

NEVES, Marcelo. A Constitucionalização simbólica. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OLIVEIRA, Carla Dumont. Limites e apontamentos acerca do poder constituinte originário. 2006. 132 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Jurisdição Constitucional: Poder Constituinte Permanente. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). Hermenêutica e jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Direito Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006a.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Poder Constituinte e patriotismo constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006b.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PACHECO, Regina Silvia. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro. V.40, nº04, p.523-543, jul./ago.2006.

PASCAL, Georges. O pensamento de Kant. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 43, nº 172. out./dez. 2006.

PEREIRA, Rodolfo Viana. Hermenêutica filosófica e constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PEREIRA, Rodolfo Viana. Direito Constitucional Democrático. Ed. Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2008.

PETTIT, Philip. Democracia e contestabilidade. IN: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. Direito e legitimidade. São Paulo: Landy, 2003.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional; trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. O poder de reforma constitucional. 3. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1995.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e crise política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br> Acesso em 20 de março de 2008.

SCHMITT, Carl. Teoria de la constitucion. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 2. ed., de acordo com a Emenda Constitucional 52 São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. O poder reformador na Constituição brasileira de 1988 e os limites jurídicos às reformas constitucionais. São Paulo: RCS, 2006.

SOARES, L.L.; ARAUJO, M.M. A Força Normativa da Constituição de 1988 e a cultura política brasileira: como enfrentar o problema da força simbólica dos Direitos Fundamentais? IN: XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília –DF, 2008. Disponível em http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/07_762.pdf. Acesso em 30 de outubro de 2009.

SOARES, Mario Lúcio Quintão. Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização. 3ª Ed. São Paulo:Atlas,2008.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A constituinte burguesa: que é o terceiro estado?. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

TAVARES, André Ramos. Democracia e exercício de poder: apontamentos sobre a participação política. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo , n.3 , p. 351-378, jan. 2004.

VILANI, Maria Cristina Seixas; MARQUES, Maria Elizabeth. PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Corporativismo e centrais sindicais: um desafio da construção da ordem democrática no Brasil. 1992.

VILANI, Maria Cristina Seixas. Origens medievais da democracia moderna. Belo Horizonte: Inédita, 2000.

VILANI, Maria Cristina Seixas. Olhares sobre a democracia contemporânea. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte , v.11, n.21 , p.229-237, jan. 2008.