

A PEC Nº 341/09: POR QUE É TÃO IMPORTANTE MANTER NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA TODAS AS SUAS GARANTIAS?

THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL PROPOSAL AMENDMENT Nº 341/09: WHY IS SO IMPORTANT KEEP ALL THE GUARANTEES IN THE BRAZILIAN FEDERAL CONSTITUTION?

Mariana Barbosa Cirne

*Mestre em Direito, Estado e Constituição, pela Universidade de Brasília - UnB
Bacharel em direito pela UFPE, especialista em Direito Constitucional pela UNP
e em Processo Civil pelo IDP. Professora de Direito Constitucional, Ambiental
e Teoria Geral do Estado. Procuradora Federal e Coordenadora do Centro de
Estudos Jurídicos da Presidência da República*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A PEC nº 341/09 – A Proposta de Lipoaspiração na Constituição de 1988; 2 O Constitucionalismo e os Direitos Fundamentais; 2.1 A Falsa Dicotomia entre Constituição Formal e Material; 2.2 A Importância da Constitucionalização de Direitos Fundamentais; 2.2.1 A Limitação das Paixões e Interesses; 2.2.2 A Efetivação de Direitos e o Poder Judiciário; 2.2.2 O Momento Constituinte; 3 Conclusão; Referências

RESUMO: A Proposta de Emenda Constitucional nº 341/09, em debate no Congresso Nacional Brasileiro, pretende reduzir o número de artigos da Constituição Federal de 1988, no intuito de torná-la mais efetiva. A proposta defende que para garantir os direitos previstos na constituição, basta a sua concepção material, e que a amplitude do texto constitucional é um empecilho à construção de um Estado Democrático de Direito. Utilizando tal caso como paradigma, o presente estudo pretende abordar como o fenômeno do constitucionalismo, no que se refere às experiências americana e francesa, pode ajudar a entender a importância do respeito aos direitos fundamentais. Nessa tarefa de aprendizado, intenta-se apresentar a falsa dicotomia entre constituição formal e material, a importância dos princípios constitucionais e do significado do momento constituinte para a construção da Democracia. Com a experiência do constitucionalismo, espera-se desconstruir o mito encartado na ideia da PEC nº 341/09, de que as reformas constitucionais podem ser a solução para os graves problemas sociais do Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo. Reforma Constitucional. Direitos Fundamentais. Proposta de Emenda Constitucional nº 341/09.

ABSTRACT: The Constitutional Amendment Proposal nº 341/09, under discussion in the Brazilian National Congress, aims to reduce the number of articles of the Brazilian Federal Constitution of 1988 to make it more effective. The proposal argues that to guarantee the rights, is enough its material form, and the extension of the constitution text is an impediment to building a Democratic State of Law's. This work is using this leading case to show how the phenomenon of constitutionalism in the American and French experiences can help us understand the importance of the respecting the fundamental rights. In this learning, it seeks to present a false dichotomy between formal and material constitution, the importance of constitutional principles and the constituent moment mean for the construction of Democracy. With the experience of constitutionalism, it is expected to deconstruct the myth of the proposal nº 341/09, that the constitutional reforms may be the solution to serious social problems of Brazil.

KEYWORDS: Constitutionalism. Constitutional reform. Fundamental rights. Constitutional amendment proposal nº 341/09.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende tratar sobre o fenômeno do constitucionalismo, que gerou a universalização das constituições escritas em todo o mundo. No desenvolvimento de seu conceito, partindo das experiências das constituições americana e francesa, intenta-se apresentar o desenvolvimento de modelos universais, mesmo em realidades díspares.

Para se encontrar uma mudança de paradigma quanto ao constitucionalismo, este estudo busca resgatar o desenvolvimento da ideia de constituição escrita. A pesquisa insere-se na dimensão conceitual, para trabalhar o papel da constituição na organização de um Estado Democrático de Direito.

No intuito de ter um ponto de partida para a discussão, elegeu-se como caso de estudo a pretensão atual de reforma constitucional em curso no Brasil: a PEC nº 341/09, mais popularmente conhecida como a “PEC da lipoaspiração”. Em suma, o projeto almeja reduzir a número de artigos da Constituição Federal de 1988, sob o argumento de torná-la mais efetiva.

Partindo de tal caso, em se percorrendo o itinerário histórico – mas acima de tudo conceitual – do constitucionalismo – espera-se que seja possível notar como o constitucionalismo se reinventou para se adequar às realidades. Para a abordagem sobre a PEC nº 341/09, neste artigo, ganha destaque o cotejo com os seguintes assuntos: a) desconstrução de conceitos como constituição formal e material como elementos dissociados; b) a importância dos princípios constitucionais estarem previstos no texto constitucional e c) o momento constituinte.

Nesse contexto, ambiciona-se trazer luz aos argumentos endossados na proposta objeto do estudo (PEC nº 341/09), para confrontá-los com o que pode ser aprendido com a experiência do constitucionalismo americano e francês.

Passa-se à análise.

1 A PEC Nº 341/09 – A PROPOSTA DE LIPOASPIRAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

No Brasil, foram muitas as propostas de reforma da Constituição de 1988. Apesar de sua pouca idade – quase 25 anos – inúmeras são as

críticas ao seu conteúdo. A principal delas, no entanto, materializa-se no raciocínio de que a nossa constituição é muito extensa. 250 artigos, mais o ato das disposições constitucionais transitórias (o que acresce ao texto mais 96 dispositivos), segundo alguns, são previsões em excesso.

Alega-se que frente a um rol tão amplo de assuntos abordados, a Constituição brasileira terminou por ser desacreditada em sua missão de mudar a realidade social. Em suma, permitiu – e chancelou – a grande desigualdade social vigente no Brasil.

Em 2006, houve uma grande investida contra a Constituição de 1988. Nos termos da PEC nº 157/03, da lavra do deputado federal Luiz Carlos Santos, com substitutivo redigido pelo deputado federal Michel Temer, o intuito era promover uma revisão constitucional. De acordo com a proposta, apenas as cláusulas pétreas estariam a salvo da reforma, podendo todos os outros dispositivos sofrer alterações. A proposta chegou inclusive a ser aprovada na Câmara de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados¹.

Naquela oportunidade, juristas como Konder Comparato, Paulo Bonavides e José Geraldo de Sousa Júnior² posicionaram-se frontalmente contrários às propostas de uma nova constituinte. Como se manifestaram na época, tal alvitre, em verdade, travestia-se de uma tentativa de vulnerabilidade, diante das possibilidades democráticas possíveis com a Constituição de 1988. O desprestígio dos órgãos políticos não poderia dar ensejo à supressão ou até ao enfraquecimento dos direitos e garantias constitucionais, sem qualquer controle, seja do povo ou do Poder Judiciário. Diante das manifestações em audiência pública, a proposta perdeu fôlego, encontrando-se sem movimentações desde 29.07.2008³.

Mas, o fato da PEC nº 157/03 não estar mais andando não põe fim à controvérsia. Existiram – assim como existem, e não deixarão de existir – muitas outras sugestões de novas constituintes ou de revisões constitucionais. Os motivos para alterar a Constituição de 1988 podem ser os mais diversos: reforma política, reforma tributária, reforma

1 PAIXÃO, Cristiano. A Constituição subtraída. In *Constituição & Democracia*, Brasília, 2006, nº 1, 10 fev. 2006, p. 4.

2 SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. Defesa da Constituição. In *Constituição & Democracia*, Brasília, 2006, n. 1, 10 fev, 2006, p. 3.

3 BRASIL. _____. Proposta de Emenda Constitucional nº 157, de 2003. Brasília, 2003. Convoca Assembleia de Revisão Constitucional e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=131896>>. Acesso em: 16.07.2011.

administrativa, entre outros. Contudo, poucas detêm a pretensão materializada na PEC nº 341/2009, objeto do debate no país.

A PEC nº 341/2009, da autoria deputado federal Régis de Oliveira, é um claro exemplo recente da imputação de culpa à constituição quanto aos problemas sociais, em decorrência da extensão de seu texto. Segundo a ementa da PEC, o seu objetivo é modificar a constituição “retirando do texto o que não é constitucional”. Isso significaria transformar a Constituição brasileira em um diploma de 70 artigos.

Na sua justificativa, o deputado Régis de Oliveira traçou uma linha histórica do constitucionalismo, passando por Hobbes, Locke, Rousseau e Montesquieu para chegar à conclusão de que a constituição “é o resultado de um pacto social que gera uma determinada situação possível”⁴.

Partindo da noção de que o que importa é o contexto social, a proposta chegou à conclusão de que apenas os direitos de liberdade contra o Estado deveriam ser mantidos. Nos termos da PEC nº 341/09, que parte do exemplo da constitucionalização de carreiras jurídicas para chegar a uma abordagem sobre os direitos sociais, bastaria uma noção genérica de tais direitos para a sua implementação.

Se efetivada a alteração constitucional pretendida na PEC nº 341/09, seriam excluídos do texto constitucional a função social da propriedade, o direito dos quilombolas, a proteção aos indígenas, o direito de todos à educação e à saúde, dentre outros direitos sociais. Mas, segundo o relator, não haveria redução de direitos, pois a dimensão material da constituição bastaria para garanti-los. Conforme a proposta, algo não precisa estar inserido no texto constitucional formal para ser constitucional. Aquilo que é materialmente constitucional está a salvo de retrocessos, afinal, pode ser inserido por meio da interpretação.

Pautado em tais premissas, a noção sobre os direitos fundamentais, desenhada na PEC nº 341/09, pode ser resumida assim:

Em nosso país, podemos dizer que os direitos e garantias individuais retratam a solução pacífica dos conflitos. Em verdade, destinam-se a imunizar as pessoas contra ingerências do Estado. Há, pois, círculo

4 BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº 341, de 2009. Brasília, 2009. Modifica os dispositivos constitucionais retirando do texto matéria que não é constitucional. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427473>>. Acesso em: 16.08.2011.

indepassável pelo Estado. Este é mero instrumento da sociedade para que garanta sua própria sobrevivência, se e enquanto se mantiver dentro dos limites traçados na própria constituição⁵.

Logo, por meio de uma compreensão do conceito do constitucionalismo e das suas mudanças no tempo, a proposta de emenda constitucional prega um Estado mínimo quanto a garantias fundamentais, restringindo-as à proteção do cidadão contra o Estado. Nas palavras da PEC 341/09, “garantido o núcleo mínimo a impedir a invasão do Estado na intimidade dos indivíduos, garantindo o equilíbrio dos poderes e trazendo a declaração solene dos direitos individuais, pouco sobra à constituição”⁶.

Diante de tal proposta, passa-se para uma desconstrução dessa evolução do constitucionalismo, no intuito de demonstrar porque é tão relevante os direitos fundamentais constarem no texto constitucional em um Estado Democrático de Direito.

2. O CONSTITUCIONALISMO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 A falsa dicotomia entre constituição formal e material

Quando versa sobre o conceito ocidental da constituição, Rogério Ehrhardt Soares⁷ identifica um problema presente na PEC nº 341/09 e no imaginário de muitas pessoas: a idéia de que a constituição resolverá todos os problemas, como num toque de mágica. Bastaria para tanto alterá-la, até encontrar uma solução para os problemas sociais, como se as dificuldades sociais viessem da constituição. No entanto, pensar assim, adverte o autor, é ultrapassar as forças de uma constituição, seja pelo motivo de ingenuidade ou por abuso da ingenuidade das outras pessoas.

Para construir uma crítica ao conceito de constituição ocidental, Rogério Ehrhardt Soares⁸ atribui a ela 3 (três) principais características:

5 BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº 341, de 2009. Brasília, 2009. Modifica os dispositivos constitucionais retirando do texto matéria que não é constitucional. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427473>>. Acesso em: 16.08.2011, p. 22.

6 Idem.

7 SOARES, Rogério Ehrhardt. O conceito ocidental de constituição. *Revista de legislação e jurisprudência*, Coimbra, ano 119, n. 3743, 01 jun. 1986, e n 3744, 01 jul. 1986, p. 36.

8 SOARES, Rogério Ehrhardt. O conceito ocidental de constituição. *Revista de legislação e jurisprudência*, Coimbra, ano 119, n. 3743, 01 jun. 1986, e n 3744, 01 jul. 1986, p. 36.

a) a individualização de uma comunidade como um ser autônomo; b) a indicação de um titular do poder, ou seja, a definição de onde se localiza a soberania e c) o apontamento de valores irrecusáveis, que dão sentido e estrutura ao corpo social e compõem as tensões internas. Ora, é exatamente dentro dessas características que está o equívoco em pensar que a constituição é algo a ser reduzido à sua estrutura formal.

A estrutura formal e a material não se separam. São facetas de uma mesma moeda, que se constituem reciprocamente. Com a passagem da Idade Média (que trabalhava com o conceito de constituição material), para a Idade Moderna (com o surgimento do Estado - idéia abstrata, coesa e eficaz⁹) nasce a opinião equivocada de que seria possível separar o aspecto material do formal, em uma constituição. Com a modernidade, surge e se desenvolve uma crença de que é possível desenvolver um Estado eternamente perfeito, participante de uma racionalidade universal¹⁰. Por meio da razão, seria possível construir uma constituição formal perfeita (a lei positiva organizadora do Estado) o que garantiria a felicidade de seus cidadãos.

A lei torna-se, então, o mais alto grau de racionalidade, pois ela é abstrata e genérica. Eis o triunfo do constitucionalismo e da necessidade de uma constituição formal. A constituição se torna a abertura para o reino da felicidade¹¹.

Contudo, o problema da legitimidade fez nascer o questionamento, para se enxergar que era necessária ainda a sua concepção material. Passado um período de desvalorização da constituição, chega-se a uma redescoberta pautada na integração entre o Estado e sociedade. Antes, estes eram elementos separados. Agora, o “Estado é apenas uma especial dimensão da sociedade”¹². Logo, a constituição volta a ser o ordenamento de toda a comunidade.

9 Explica o autor que a visão do Estado, trazida pela Modernidade, permitiu a compreensão de que por meio do Estado o príncipe agia em prol de interesses imparciais e atemporais. Essa visão é chancelada pela forma do despotismo esclarecido. Esse processo termina por afetar o conceito de constituição material (SOARES, Rogério Ehrhardt. O conceito ocidental de constituição. *Revista de legislação e jurisprudência*, Coimbra, ano 119, n. 3743, 01 jun. 1986, e n 3744, 01 jul. 1986, p. 37-38).

10 SOARES, Rogério Ehrhardt. O conceito ocidental de constituição. *Revista de legislação e jurisprudência*, Coimbra, ano 119, n. 3743, 01 jun. 1986, e n 3744, 01 jul. 1986, p. 38.

11 *Idem*, p. 69.

12 SOARES, Rogério Ehrhardt. O conceito ocidental de constituição. *Revista de legislação e jurisprudência*, Coimbra, ano 119, n. 3743, 01 jun. 1986, e n 3744, 01 jul. 1986, p. 71.

Exatamente por isso, vale a crítica aqui formulada, pois as novas constituições são muito mais do que “o simples esquema de instituição dos governantes e propõem regras para garantir uma certa ordem econômica e social”¹³. Elas também contêm um ideal de justiça, o que acentua o seu conceito material, assentado em sua tradição cultural e na sua experiência histórica.

Apesar disso, a PEC nº 341/09 retrocede a um pensamento da Idade Média para repisar a ideia de uma constituição meramente material. Despreza, assim, o seu conteúdo formal e a indissociabilidade de tais elementos. A PEC nº 341/09 resume a sua pretensão assim: “o que estamos analisando é o retorno à pureza do conteúdo constitucional, evitando-se a existência das constituições formais, onde cabe todo e qualquer matéria, por mais irrelevante que seja”¹⁴.

Deixando mais explícita a sua pretensão, convoca: “devemos voltar, urgentemente, ao conceito de *constituição material*”¹⁵. Em outras palavras, essa é a “visão derrotista” definida por Marcelo Cattoni como aquela em quando os juristas vêm frustrados “os “ideais não realizados” da Constituição brasileira de 1988, o que os leva, de modo sinistro, a celebrar um *réquiem* para o projeto constitucional brasileiro.”¹⁶ A culpa é atribuída ao texto constitucional, que precisa ser reformado¹⁷.

No entanto, resumir o constitucionalismo a conceitos como os de constituição formal e material é desconhecer – e até ignorar – uma história de reinvenção de seu conceito¹⁸.

Como se apresentará neste trabalho, o constitucionalismo é muito mais do que a existência de um texto escrito. Em verdade, sua qualidade fundamental é a limitação jurídica ao governo e a sua possibilidade de reinvenção.

13 SOARES, op. cit.

14 BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº 341, de 2009. Brasília, 2009. Modifica os dispositivos constitucionais retirando do texto matéria que não é constitucional. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427473>>. Acesso em: 16.08.2011, p. 25.

15 Idem, p. 23.

16 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 16.

17 CARVALHO NETO, Menelick de. *A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. Fórum administrativo, ano I, n. 1, Belo Horizonte: Fórum, março de 2001.

18 CARVALHO NETO, Menelick de. *A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. Fórum administrativo, ano I, n. 1. Belo Horizonte: Fórum, março de 2001.

2.2 A importância da constitucionalização de direitos fundamentais.

2.2.1 A limitação das paixões e interesses

A crítica à Constituição de 1988, formalizada na justificativa da PEC nº 341/09, pode ser resumida assim: a constituição consolidou valores em permanente contradição, o que gera uma determinada situação possível¹⁹.

No entanto, a constituição não é a responsável pelos problemas sociais vividos no Brasil. O erro de tal raciocínio é esquecer que o texto existe justamente para tratar das relações entre pessoas, que tem interesses e paixões próprias. É preciso enxergar que das relações sociais surgirão abusos por parte das pessoas. A constituição precisa ser vista com todos esses riscos, sabendo que o texto não resolverá por si só os problemas.

Menelick de Carvalho adverte que fundamentos constitucionais importantes não podem ser compreendidos como definitivos. Ao contrário, continuam em permanente risco de serem manipulados e abusados²⁰. Esse fator de choque de interesses é inerente ao constitucionalismo.

Endossando tal raciocínio, Antônio Negri, quando analisa a experiência da constituição americana, citando as premissas de Madison, para pensar sobre o constitucionalismo, aduz:

Se os homens fossem anjos, não haveria necessidade de governo; se os homens fossem governados por anjos, nenhum controle, externo ou interno, sobre o governo seria necessário. Porém, quando se organiza um governo que será exercido por homens sobre outros homens, a grande dificuldade será, primeiro, pôr o governo em condições de controlar os governados e, segundo, obrigá-los a controlar a si próprio.²¹

19 BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº 341, de 2009. Brasília, 2009. Modifica os dispositivos constitucionais retirando do texto matéria que não é constitucional. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427473>>. Acesso em: 16.08.2011, p. 19-20.

20 CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica constitucional e os desafios postos aos Direitos Constitucionais. SAMPAIO, José Adécio Leite (Org.). In *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003, p. 142.

21 NEGRI, Antônio. *O poder constituinte. Ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 245.

O constitucionalismo, portanto, precisa ser entendido não só como uma limitação do cidadão contra o Estado, no que concerne à liberdade. É preciso voltar os olhos para as possibilidades de abuso de uns cidadãos contra os outros. Exemplos atuais brasileiros de que isso pode ocorrer – como de fato ocorrem – são o trabalho escravo, a concentração de rendas, o acesso restrito à propriedade, dentro muitos outros temas.

Pensar nos problemas que advém das relações pessoais, dos interesses e das paixões, é um tema continuamente abordado, desde as origens do constitucionalismo americano. Quando Madison escreveu o *Federalista* número 10 ressaltou a grande vantagem de uma constituição: conter e controlar a violência das facções²². O próprio autor advertiu que muitas decisões seriam tomadas sem justiça e sem levar em consideração os partidos minoritários, por uma maioria arrogante e interesseira.

Como proposta de solução para os malefícios das facções, Madison identificou dois possíveis processos: a) a remoção de suas causas ou b) o controle de seus efeitos.²³

Quando abordou as causas das facções, Madison propôs dois possíveis remédios: a) a destruição da liberdade ou b) fazer com que todos os cidadãos tenham a mesma opinião²⁴. Contudo, em seguida, verificou que nenhuma das duas soluções era factível. A liberdade é essencial como o ar, não podendo ser retirada das facções. Além disso, é preciso reconhecer que sempre haverá opiniões diferentes, pois isso está na essência dos homens.

Desenvolvendo o seu raciocínio, sem deixar de reconhecer a permanência de paixões e interesses nas pessoas, Madison identificou a importância da legislação moderna para a coordenação destes interesses em choque. Contudo, conclui que isso não bastaria para remover as causas pelas quais existem facções²⁵. Madison, então, atribuiu um importante

22 O autor define as facções como “um grupo de cidadãos, representando quer a maioria, quer a minoria do conjunto, unidos e agindo sobre um impulso comum de sentimentos ou de interesses contrários aos direitos dos outros cidadãos ou aos interesses permanentes e coletivos da comunidade.” (MADISON, James. *Federalista* nº 10 e nº 51. In: _____. HAMILTON, Alexander; JAY, Jonh. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 148).

23 MADISON, James. *Federalista* nº 10 e nº 51. In: _____. HAMILTON, Alexander; JAY, Jonh. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 148, p. 147.

24 MADISON, James. *Federalista* nº 10 e nº 51. In: _____. HAMILTON, Alexander; JAY, Jonh. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 148.

25 *Idem*, p. 150.

papel às constituições, mas, advertiu que isso não seria suficiente para conter os interesses e paixões (as facções).

Como não encontrou uma maneira de conter o problema das facções nas causas, Madison passou para uma abordagem sobre o controle de seus efeitos. Aqui, ele vislumbrou os benefícios de uma república. Para chegar a tal conclusão, propôs dois caminhos: a) evitar a ocorrência simultânea das mesmas paixões ou interesses por parte da maioria ou b) tornar essa maioria incapaz, explorando o seu número e situação local, de elaborar e pôr em execução esquemas de opressão²⁶.

Em resumo, o que Madison pregou foi: não há cura para os males das facções em uma democracia pura²⁷. No entanto, em uma república²⁸ grande é possível que a vontade externada pelos representantes do povo seja mais condizente com o bem geral. Segundo ele, os representantes não serão nem poucos (o que evita o conluio), nem muitos, (o que previne a confusão de multidões). Além disso, em uma grande república seria mais difícil a utilização de artifícios desonestos²⁹. Por fim, registrou que “a Constituição federal apresenta a esse respeito uma feliz combinação: os interesses maiores e de conjunto são tratados pelo Legislativo nacional; os locais e particulares, pelos estaduais.”³⁰

Madison defendeu que a mescla entre os interesses nacionais e locais poderia ser um eficiente mecanismo para conter as facções e seus interesses. Dito de outra forma: o sistema federativo poderia ajudar no balanceamento dentre os interesses, defendendo-se as minorias, ao mesmo tempo em que poderia garantir também espaço às maiorias.

Jon Elster, em sua análise sobre a experiência americana, também identifica esse problema: “A maioria restringe a minoria; nada mais, nada

26 Idem, p. 151.

27 Madison vê a democracia pura como “uma sociedade congregando um pequeno número de cidadãos que se reúnem e administram o governo pessoalmente.” (MADISON, James. *Federalista* nº 10 e nº 51. In: _____. HAMILTON, Alexander; JAY, Jonh. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 151)

28 A República é compreendida como “um governo no qual o esquema de representação tem lugar” (Idem, p. 151).

29 MADISON, James. *Federalista* nº 10 e nº 51. In: _____. HAMILTON, Alexander; JAY, Jonh. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 152.

30 MADISON, James. *Federalista* nº 10 e nº 51. In: _____. HAMILTON, Alexander; JAY, Jonh. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 153.

menos.”³¹. Por isso, também prega como solução a criação de mecanismos contra-majoritários.

Se confrontados tais argumentos, àquilo que está inserido na proposta da PEC nº 341/09, chega-se à importância das divisões de interesses para que seja possível reduzir os malefícios das facções. Contudo, em visão diversa, a PEC nº 341/09 defende que bastaria a divisão de poderes, em uma república, representada no Congresso Nacional, como mecanismo apto a garantir uma democracia e um Estado Democrático de Direito. O papel da constituição ficaria resumido à divisão de poderes e à proteção dos cidadãos contra possíveis abusos do Estado.

No Brasil, a divisão da representação (entre o federal, o estadual, o distrital e o municipal) é importante para conter os interesses de maioria que inegavelmente estão presentes no Congresso Nacional. Contudo, só isso não basta. Da mesma feita, não é suficiente que exista a legitimidade popular prevista no artigo 1º da Constituição Federal de 1988. Apesar disso, a PEC nº 341/09 chega à seguinte conclusão:

Daí se indagar, hoje, se é importante a constitucionalização de todo o direito ou se o processo deve ser o reverso, isto é, buscar-se o desmonte de regras, que, diferentemente dos direitos, foram se incorporando ao texto constitucional.

Não devemos dar grande importância aos denominados princípios, por oposição às regras. Aqueles nada mais são que normas dotadas de potencial maior na produção dos efeitos. As regras submetem-se aos princípios. Daí a fácil superação das regras por outras. Estas são superadas pela incidência de outra em sentido contrário. Os princípios em conflito são superados pelo confronto eventual da maior valorização circunstancial de um ante o outro.³²

Em suma, a proposta indaga, para quê uma Constituição como a de 1988 tão cheias de preceitos? Não bastariam apenas alguns princípios para a tarefa constitucional?

31 ELSTER, John. *Ulisses liberto: estudos sobre a racionalidade, pré-compromisso e restrições*. São Paulo: UNESP, 2009. p. 125.

32 BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº 341, de 2009. Brasília, 2009. Modifica os dispositivos constitucionais retirando do texto matéria que não é constitucional. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427473>>. Acesso em: 16.08.2011, p. 21.

Como se apresentará em seguida, a resposta para essa pergunta passa por uma visão mais ampla do constitucionalismo e do papel dos poderes de Estado.

2.2.2 A efetivação de direitos e o poder judiciário

Quando aborda o constitucionalismo, Charles McIlwain provoca discussão sobre se a Inglaterra pode ser entendida como uma nação constitucional³³. Depois de traçar as características do constitucionalismo conclui, por fim, que nem toda constituição é escrita. No caso da Inglaterra, a limitação constitucional está na sua tradição nacional. Já no modelo americano, a limitação constitucional decorre da positivação de princípios notados na realidade. No entanto, nos dois modelos está mantida a característica principal do constitucionalismo: a limitação jurídica do governo³⁴.

Quando faz a distinção entre a existência de um constitucionalismo com ou sem constituição escrita, Jon Elster sintetiza as suas diferenças:

Uma diferença entre as Constituições escritas e não-escritas é que as primeiras são *feitas*, enquanto as segundas surgem ou *se desenvolvem*. Uma outra diferença é que enquanto a violação da Constituição escrita pode desencadear sanções *legais* – por exemplo, por meio do controle da constitucionalidade ou por decretos executivos –, aqueles que violam uma convenção não-escrita arriscam-se a sofrer sanções *políticas* que vão de uma derrota eleitoral a uma revolução.³⁵

O que se pode extrair de tais premissas é a importância do constitucionalismo, em cada realidade ímpar, como mecanismo de limitação diferente do poder. Isso significa que não necessariamente o modelo americano, ou o inglês, serão as melhores propostas a serem adotadas no Brasil. O sistema brasileiro pode se pautar em princípios, ou até em uma tradição, ou em outro modelo. O que vale a pena trazer como lição do constitucionalismo é a necessidade de limitação de governo que é viabilizada por meio da constituição.

33 McILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1991.

34 Idem.

35 ELSTER, John. *Ulisses liberto: estudos sobre a racionalidade, pré-compromisso e restrições*. São Paulo: UNESP, 2009. p. 129.

No então, não existe apenas esse papel para o texto constitucional. Há ainda uma importante conquista possível por meio da relação entre o texto constitucional e Poder Judiciário: a possibilidade de efetivação dos direitos previstos na Constituição de 1988. Isso pode ser concretizado, dentre outros meios, em função da apreciação judicial.

Nessa linha de raciocínio, Gerald Stourzh enfatiza como a maior conquista advinda do constitucionalismo americano a hierarquia constitucional, que possibilita o controle de constitucionalidade. Esse fator diferenciaria a importância do constitucionalismo, a ponto de permitir que os princípios constitucionais possam acompanhar as mudanças no tempo.

The rise of the constitution as the paramount law, reigning supreme and therefore invalidating, if procedurally possible, any law of a lower level in the hierarchy of legal norms, including “ordinary ” legislator-made law, is the great innovation and achievement of American eighteenth-century constitutionalism. Awareness of this innovation, not of constitutions reduced to written documents, was what evoked the proud commentary of eighteenth-century Americans such as Tom Paine, James Iredell, and James Madison.³⁶

No desenrolar de sua análise do constitucionalismo, John Elster enumera as seguintes vantagens de uma constituição escrita: a) a regulamentação dos aspectos mais fundamentais da vida (substantiva); b) é mais difícil mudar uma constituição que promulgar uma legislação ordinária (procedimental) e c) a constituição tem precedência sobre a legislação ordinária em caso de conflito³⁷. No entanto, mais do que isso, deve-se atentar para a importância do constitucionalismo como um meio de assegurar que a mudança constitucional será lenta, caso comparada com a via ordinária da política parlamentar.³⁸

A hierarquia superior da constituição é o elemento diferenciador do conceito de constituição entre a América e a Inglaterra. Por ter

36 STOURZH, Gerald. Constitution: changing meanings of the term from the early seventeenth to the late eighteenth century. In: POCKOCK, J.G.A.; BALL, Terence. *Conceptual change and the constitution*. Lawrence: University press of Kansas, 1988. p. 47.

37 ELSTER, John. *Ulisses liberto: estudos sobre a racionalidade, pré-compromisso e restrições*. São Paulo: UNESP, 2009. p. 133.

38 ELSTER, John. *Ulisses liberto: estudos sobre a racionalidade, pré-compromisso e restrições*. São Paulo: UNESP, 2009. p. 133.

adotado o Brasil a hierarquia superior da constituição, com a sua possibilidade de controle, é possível não só uma atualização do conteúdo de seus princípios por meio de uma história constitucional, mas também a efetividade a ser conferida pelo Poder Judiciário dos direitos previstos na Constituição de 1988.

Cristiano Paixão e Renato Bigliuzzi, quando analisam as experiências do constitucionalismo inglês e americano, endossam a importância da supremacia constitucional e do controle de constitucionalidade, mas, sem deixar de lado a ideia do constitucionalismo moderno³⁹. As duas facetas do constitucionalismo não se excluem, mas, ao contrário, complementam-se. Ao mesmo tempo em que se forma uma história constitucional, a apreciação do Poder Judiciário também participa deste processo.

Logo, não merece guarida a afirmação de que os dispositivos da Constituição Federal são excessivos e supérfluos, podendo ser reduzidos para o número de 70 artigos, sem qualquer prejuízo. Os preceitos constitucionalizados detêm um papel não só na criação das leis ordinárias, mas também na concretização perante as Cortes Constitucionais. Além disso, podem ser os indicativos para a realização de uma sociedade mais afeita ao bem comum⁴⁰.

Quando se trabalha a atuação do Poder Judiciário, na efetivação dos direitos, há quem o critique (a PEC nº 341/09 faz essa ponderação) sob o argumento de que careceria de legitimidade para tratar sobre tais temas, pois não foram eleitos pelo povo. No entanto, pensar assim é reduzir o constitucionalismo à representação dos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal crítica, em verdade, ampara-se em uma compreensão liberal do clássico esquema da divisão de poderes⁴¹. Sabe-se que houve a evolução de tal compreensão para uma visão social, que culminaria, na atualidade, por tratar os princípios como se fossem uma comparação de bens. Mas, em uma leitura mais contemporânea, para Habermas, o papel

39 PAIXÃO, Cristiano e BIGLIAZZI, Renato. *História Constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: UnB, 2008. p. 132.

40 CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito: A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

41 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003. p. 298.

do Tribunal Constitucional é proteger o procedimento democrático da legislação, para renovar a compreensão republicana⁴².

A Corte Constitucional se legitima ao tratar sobre os temas controversos, gerar o debate na sociedade e permitir a participação social no julgamento. Habermas enfatiza a importância do discurso produzido no espaço público. Utilizando a avaliação de Michelman, passa a ver as seguintes vantagens:

[...] o assédio discursivo do tribunal através de uma sociedade mobilizada produz uma interação capaz de gerar conseqüências favoráveis para os dois lados, pois o alargamento da base de decisão faz com que o tribunal, que continua a decidir de modo independente, amplie também o campo de visão dos especialistas. E, aos olhos dos cidadãos que tentam influir no tribunal através de uma opinião pública provocativa, cresce a legitimidade do procedimento que conduz à decisão.⁴³ (2003b, p. 158)

A experiência do constitucionalismo americano endossa que o Poder Judiciário tem um papel fundamental de “resolver dinamicamente as ambigüidades que a máquina constitucional evidencia na rigidez que lhe constituía garantia”⁴⁴. Em tal tarefa, o Poder Judiciário funda e inova pautado naquilo que o texto constitucional pode lhe dar abertura.

Madison, ao traçar os alicerces do constitucionalismo americano, não se conteve na idéia de facções e paixões. Percebendo que a república não bastaria para conter os malefícios dos interesses, propôs outros mecanismos como os “freios e contrapesos”, no federalista nº 51⁴⁵. Nas palavras do autor, esse mecanismo significaria que “as diferentes partes constituintes possam, através de suas mútuas relações, ser os meios de conservar cada uma em seu devido lugar”⁴⁶.

42 Idem, p. 299.

43 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 158.

44 NEGRI, Antônio. *O poder constituinte. Ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 255.

45 MADISON, James. Federalista nº 10 e nº 51. In: _____. HAMILTON, Alexander; JAY, Jonh. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 417.

46 MADISON, James. Federalista nº 10 e nº 51. In: _____. HAMILTON, Alexander; JAY, Jonh. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 417.

No entanto, quando tratou sobre a eficácia da divisão de poderes, o próprio Madison fez uma ressalva. Explicou que “a dependência em relação ao povo é, sem dúvida, o principal controle sobre o governo, mas a experiência nos ensinou que há necessidade de precauções suplementares.”⁴⁷

Em outras palavras, Madison registrou que não bastava a divisão de poderes, como um autocontrole. Segundo ele, tão importante quanto essa garantia seria a proteção da opressão de um cidadão contra o outro:

É da maior importância em uma república não apenas defender a sociedade contra a opressão de seus governantes, mas também evitar que uma parte exerça opressão contra a outra. Sempre existirão interesses diferenciados entre classes diferentes de cidadãos. Se uma maioria se constituir em torno de um interesse comum, os direitos da minoria correrão perigo.

Há apenas dois processos de proteção contra esse mal: um é criando na comunidade um consenso independente da maioria, isto é, um sentimento da própria sociedade; o outro, formando na sociedade tantos grupos independentes de cidadãos que tornem de todo improvável, senão mesmo impraticável, qualquer pretensão injusta da maioria.⁴⁸

Dentro deste contexto, para Madison, a primeira solução seria o governo hereditário. Já a segunda, pretenderia uma reunião da nação em torno de princípios como a justiça e o bem comum. Para tanto, pregava que deveria existir uma voz independente da própria sociedade⁴⁹. Trazendo tal raciocínio para os dias de hoje, tal papel foi inegavelmente assumido pelo Poder Judiciário.

Adair explica que Beard – um dos estudiosos do constitucionalismo Americano – concorda com essa conclusão: “[...] there was no usurpation, that a majority of the Fathers approved of “judicial control” of majority will, and that the antidemocratic principle of judicial supremacy was in harmony with the whole spirit of the Constitution”.⁵⁰

47 MADILSON, op. cit., p. 418.

48 Idem, p. 420.

49 Idem, p. 421.

50 ADAIR, Douglass. The tenth federalist revisited/ That politics may be reduced to a science. David Hume, James Madison, and the Tenth Federalist. In: _____ *Fame and the founding fathers. Liberty fund:*

A proteção garantida por um controle de constitucionalidade não é só afirmada no pensamento constitucional americano. Sieyès, ao tratar da experiência constitucional francesa, explica: “Si queréis dar una salvaguardia ala Constitución, um freno saludable que mantenga a cada acción representativa dentro de los límites de su procuración especial, estableced una *jurie constitutionnaire*”.⁵¹

Sieyès concede um papel de grande importância à constituição e ao seu controle. Registra isso quando afirma que “una constitución es un cuerpo de leyes obligatorias”⁵² e , em seguida, explica que a obrigatoriedade só tem sentido se houver um controle de constitucionalidade por uma Corte Constitucional. Mas, faz certa ressalva à rigidez constitucional, quando afirma que “una obra hecha por manos de hombre necesita mantenerse abierta a los progressos de su razón y de su experiencia”⁵³.

Exatamente a proposta deste meio termo que é a endossada por esse trabalho. Não se pretende aqui retirar a importância do Poder Legislativo para a efetivação de direitos. No entanto, é preciso manter aberta a possibilidade de que os mesmos direitos que podem ser construídos por uma legislação ordinária, sejam efetivados também pelo Poder Judiciário. Isso não evita a construção se uma história constitucional, mas, na verdade, concede-lhe ainda outros elementos.

Quando trata sobre a identidade constitucional, Rosenfeld explica que esta é abstrata, e sempre pode ser reconstruída e reinterpretada⁵⁴, mas precisa ser entendida como algo complexo, fragmentado, parcial e incompleto. Quando apresenta a sua forma de construção, esclarece que essa história também perpassa pelos julgamentos da Corte Suprema⁵⁵.

Não cabe negar a importância dos princípios no contexto constitucional, diante da possibilidade de construção de uma história

Indianapolis, 1998, p. 120.

51 SIEYÉS, Emmanuel Joseph de. *Escritos Políticos de Sieyès*. Tradução e organização David Pandoja Morán. México: Fondo de Cultura Económica, 1993. p. 247.

52 Idem, p. 258.

53 Idem, p. 264.

54 ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 18.

55 Idem, p. 19.

constitucional, a partir deles. É simplista e sem validade o argumento de que a constitucionalização de um tema seja apenas o medo quanto a futuras alterações.

Apesar disso, a PEC nº 341/09 esposa esse argumento quando afirma que “a busca da inserção de uma norma na constituição é o medo de qualquer alteração posterior”⁵⁶.

O que pode ser lido nas entrelinhas da PEC nº 341/09 é a pretensão de ampliar uma competência do legislativo que já é sua. Em outras palavras, intenta-se trazer tais temas para a incumbência das leis ordinárias, como se a previsão na constituição não albergasse qualquer sentido ou efetividade. A PEC nº 341/09 prega o seguinte: “em verdade, o que deve ser evolução natural da sociedade, que é própria para absorção de suas divergências, passa a ser disciplina constitucional, o que torna estéreis as discussões políticas, para inclusão social. Tudo é de ser levado à constituição, o que é, no mínimo, patético.”⁵⁷

Divergindo da proposta, quando trata sobre os princípios, Rogério Soares os define de maneira diversa. “São esses princípios que dão sentido e justificação a cada constituição formal. E que recebidos ou implícitos em todas elas, aumentam a sua força normativa, isto é, a capacidade de se manifestarem como um instrumento vivo e actuante de composição dos conflitos”.⁵⁸

Conforme conclui Argemiro Martins, pode ser constitutivo o paradoxo entre a universalização das constituições e a atenção aos interesses contrapostos na realidade social. Nas suas palavras, “a constituição depende fundamentalmente da razão e da habilidade dos constituintes em arranjar e contrapor os interesses e paixões que compõem a “natureza política humana” seja nas ex-colônias, na Inglaterra, na França ou em qualquer outra parte do mundo.”⁵⁹

56 BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº 341, de 2009. Brasília, 2009. Modifica os dispositivos constitucionais retirando do texto matéria que não é constitucional. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427473>>. Acesso em: 16.08.2011, p. 22.

57 Idem, p. 33.

58 SOARES, Rogério Ehrhardt. O conceito ocidental de constituição. Revista de legislação e jurisprudência, Coimbra, ano 119, nº 3743, 01 jun. 1986, e n 3744, 01 jul. 1986. p. 71.

59 MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. Texto apresentado na cadeira “Elementos da Teoria da Constituição”. 2009.

No trabalho de harmonizar tais interesses, a constituição detém um papel essencial para lidar com aquilo que no nascimento do constitucionalismo americano já havia sido identificado: as paixões e os interesses. Além disso, deve atentar para a proteção das minorias, contra os abusos das maiorias.

Quando propõe possibilidades de defesa das minorias, Antônio Negri sugere dois caminhos: a) conceber a sociedade como um contrapoder, opondo-a ao governo ou b) o pluralismo. De saída, o próprio autor reconhece que o primeiro caminho é perigoso e precário. Em seguida, perfilha a posição de que o caminho que deve ser trilhado é o segundo: o pluralismo⁶⁰.

A Constituição de 1988 é uma enorme expressão deste pluralismo. Foram inseridos, dentro de seu corpo, interesses contraditórios, mas que podem se tornar produtivos na construção de uma história constitucional. Não se está dizendo aqui que as constituições são instrumentos infalíveis. Como afirma Jon Elster, “as constituições podem restringir os outros em vez de serem atos de auto-restrição. Além disso, as constituições podem nem mesmo ter o poder de restringir”⁶¹. Contudo, a sua vulnerabilidade não pode ser um argumento para desacreditar os benefícios.

Sobre essa empreitada, para a efetivação dos direitos fundamentais, Menelick de Carvalho propõe entendê-los “algo permanentemente aberto, ver a Constituição formal como um processo permanente, e portanto mutável, de afirmação da cidadania.”⁶². É exatamente em razão dessa abertura que é tão importante manter a Constituição de 1988, mesmo com as possibilidades de abusos e seus riscos.

2.2.2 O momento constituinte

Outro argumento ventilado na PEC nº 341/09 para reduzir os direitos na constituição é o de que o momento atual da sociedade é outro. No texto da PEC nº 341/09 está expresso que não existe mais a ditadura, a tirania, logo, não há mais necessidade de tantos direitos.

60 NEGRI, Antônio. *O poder constituinte. Ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

61 ELSTER, John. *Ulisses liberto: estudos sobre a racionalidade, pré-compromisso e restrições*. São Paulo: UNESP, 2009, p. 124.

62 CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica constitucional e os desafios postos aos Direitos Constitucionais. SAMPAIO, José Adécio Leite (Org.). *In Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

Afirma: “justifica-se, outrora, a imensidão de dispositivos insertos no texto do diploma político para que fossem assegurados os direitos, diante das ondas de agressão de ditaduras e poderes tirânicos que sacrificam as pessoas. Nas modernas democracias, os poderes já se encontram razoavelmente consolidados”.⁶³

Pensar assim é não compreender o poder constituinte e as particularidades do seu momento.

Quando analisa o momento constituinte americano, Antônio Negri o define como aquele que realiza uma enorme mudança de paradigma, pois o espírito constituinte é antes de tudo radical. Todas as relações são colocadas em discussão e tudo é abalado⁶⁴. Trata-se de um momento único. O autor oferece como suas características: a) a radicalidade democrática, b) a inovação ontológica e c) a sua incidência sobre o imaginário⁶⁵.

Então, o momento constituinte não pode ser resumido à sua conjuntura histórica. Não é apenas o momento de pós-ditadura, em 1987/88. É muito mais do que isso. Consiste na possibilidade de uma construção democrática e plural, na revisão de valores e na quebra de conceitos, além de uma imaginação coletiva sobre um futuro melhor. Em cima de tudo isso é que se constrói uma constituição como a brasileira de 1988.

O poder constituinte não apenas funda, mas também desenvolve o contexto social. Antônio Negri⁶⁶ explica esse fenômeno, pautado na experiência da constituição americana:

Nessa primeira abordagem da Constituição dos Estados Unidos, o que mais impressiona é a autêntica *translatio* do poder constituinte aqui verificada. Pela primeira vez, ele não é concebido como algo que funda a constituição, mas como combustível de seu motor. O poder constituinte não é mais um atributo do povo – daquele povo livre e capaz de reinventar sua liberdade nos grandes espaços americanos

63 BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº 341, de 2009. Brasília, 2009. Modifica os dispositivos constitucionais retirando do texto matéria que não é constitucional. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427473>>. Acesso em: 16.08.2011, p. 28.

64 NEGRI, Antônio. *O poder constituinte. Ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 219.

65 Idem, p. 220.

66 Idem, p. 237.

e através da apropriação, daquele povo que Burke havia descrito. O poder constituinte tornou-se um modo da sociedade política: ela é que forma o povo através da representação, da divisão de poderes, através de todas as engrenagens da máquina constitucional. O *homo politicus* é redefinido pela constituição; sem constituição, não há mais poder constituinte.

Logo, constituição e poder constituinte estão intrinsecamente ligados. O momento constituinte não só faz nascer a constituição, mas se mantém presente em sua história a ser formada. As discussões da Constituição de 1988, com a população, em um momento de otimismo, para uma vida melhor, é único. A inserção de proteções a minorias como os indígenas, os quilombolas, são decorrentes de uma participação democrática que também se desenvolve na história constitucional. O fato da efetivação não ocorrer de maneira automática não dá azo à tentativa de uma nova constituinte, como se tal deliberação, pudesse, por si só, transformar a realidade. Contra esse tido de derrotismo, Marcelo Cattoni prega o seguinte:

Essa postura desesperada deveria, num giro paradigmático, levantar-se do leito mortuário e ir à luta, tendo como armas uma nova concepção do Direito Constitucional, perpassado pelas tensões entre facticidade social e autocompreensão normativa do constitucionalismo democrático, e abandonar uma teoria “idealista” da Constituição a fim de enfrentar a segunda postura, a da “jurisprudência de valores”, já questionada em seu país de origem e distorcida, aqui, ao sabor dos interesses políticos e econômicos do atual Governo Federal e dos grupos que o sustentam.⁶⁷

No caso americano, exemplo disso é o pensamento de Thomas Paine, que trata no momento constituinte americano, a América como a terra prometida; aquela que detém a capacidade de se auto-regular⁶⁸. Thomas Jefferson traçará a relação entre a finalidade política do texto (a declaração de independência das colônias americanas) e o poder constituinte (a declaração dos direitos democráticos). Em outras palavras, a ligação entre a democracia e poder constituinte.

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

68 NEGRI, Antônio. *O poder constituinte. Ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 222.

Na PEC nº 341/09 há também o desenvolvimento da premissa de que uma constituição muito ampla termina por se tornar antidemocrática. Nas palavras da proposta, “a impregnação de validade de todas as normas, leva à estagnação da sociedade”⁶⁹. Ao ser muito ampla, a constituição terminaria por retirar a atribuição do Congresso Nacional de legislar, pois, já trataria dos temas sociais controvertidos.

Segundo o relator da PEC nº 341/09, a inserção de muitos direitos sociais na constituição, ao invés de efetivá-los, leva à tendência de “desobediência ao que foi escrito”⁷⁰. Há sempre a produção de uma compreensão de que a constituição não acompanha as mudanças sociais futuras, engessando, assim, o futuro.

Mas, perspectivas como essa não são novidade. Não. Ao contrário. Tais indagações surgiram desde o nascimento do constitucionalismo com perguntas como esta: como podem os governados se vincularem a uma decisão tomada anteriormente, em outro contexto? De tal questionamento nascem duas linhas de raciocínio, segundo Elster e Slagstad: a) a existência de uma tensão inconciliável entre constitucionalismo e democracia ou b) constitucionalismo e democracia se apóiam reciprocamente⁷¹.

Desenvolvendo a compatibilidade entre democracia e o constitucionalismo, Negri desenha assim os seus papéis: “[...] se o pessimismo diz respeito à democracia, o otimismo refere-se à Constituição da República, ou seja, ao encarceramento do espírito democrático e à domesticação do poder constituinte.”⁷² Em outras palavras, ambos se constituem e se autolimitam.

A idéia de a constituição “amarrar” as futuras gerações, por decisões tomadas em outro contexto, não é uma crítica nova ao constitucionalismo. O equívoco da PEC nº 341/09 é um tema recorrente na história constitucional.

69 BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº 341, de 2009. Brasília, 2009. Modifica os dispositivos constitucionais retirando do texto matéria que não é constitucional. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427473>. Acesso em 16.08.2011, p. 28.

70 BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº 341, de 2009. Brasília, 2009. Modifica os dispositivos constitucionais retirando do texto matéria que não é constitucional. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427473>>. Acesso em: 16.08.2011. p. 23.

71 ELSTER, John. *Ulisses liberto: estudos sobre a racionalidade, pré-compromisso e restrições*. São Paulo: UNESP, 2009. p. 219.

72 NEGRI, Antônio. *O poder constituinte. Ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 233.

Quando Habermas trata sobre tal compatibilidade, deixa claro que um princípio não é possível sem o outro. Aduz:

[...] a idéia de direitos humanos, vertida em direitos fundamentais, não pode ser imposta ao legislador soberano a partir de fora, como se fora uma limitação, nem ser simplesmente instrumentalizada como um requisito funcional necessário a seus fins. Por isso, consideramos os dois princípios como sendo, de certa forma, co-originários, ou seja, um não é possível sem o outro⁷³.

Para superar essa falta dicotomia entre democracia e o Estado de Direito, Habermas propõe que se pense a “constituição como um projeto que pereniza o ato fundador constituinte no interior do processo evolutivo das gerações seguintes.”⁷⁴. Faz a correlação entre o poder constituinte e a própria constituição.

3 CONCLUSÃO

A proposta deste artigo foi questionar os argumentos da PEC nº 341/09, ao impugnar o número de artigos como um empecilho para a modificação social. Para demonstrar os seus equívocos, um bom caminho aparece com a revisita às experiências do constitucionalismo americano e inglês.

Do resgate das bases do constitucionalismo, pode-se perceber que o problema não se encontra no texto constitucional, mas sim nas paixões e interesses humanas que existem em toda comunidade de pessoas. Não bastasse isso, a constituição não pode ser vista em seu aspecto meramente formal ou material, mas sim com os dois elementos que lhe são constitutivos.

A história do constitucionalismo também faz perceber o quanto é importante a hierarquia constitucional, o que pode – e a prática demonstra que ocorre – ocasionar a efetivação dos princípios pelo Poder Judiciário. Manter os princípios no texto não só dificultam a sua modificação, mas também conferem a via judicial como importante mecanismo contramajoritário.

73 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003. p. 155.

74 Idem, p. 156.

Outro aspecto digno de nota foi o momento constituinte e a sua correspondência com a democracia. A Constituição de 1988 é o resultado de um momento único, com amplo debate com a sociedade. E as propostas de reformas constitucionais – dentre as quais se insere a política – olvidam-se desta pluralidade e de seu valor simbólico.

Não se nega que existem interesses contrapostos. Da mesma forma, não há como evitar os interesses e paixões, porque de outra forma não poderia ser, afinal, são inerentes à natureza humana.

O objetivo desta pesquisa foi demonstrar que os direitos inseridos no texto constitucional podem – e são – o ponto de partida para a sua efetivação. Eles garantem o debate na sociedade, e dão vez à mobilização social. Em havendo um conceito no texto, pode-se efetivar a sua construção de sentido, no tempo.

Os textos escritos são falíveis. Podem gerar distorções, injustiças e desigualdades. Contudo, podem ajudar na tarefa de efetivação de uma sociedade mais justa e igualitária. Diante de tal possibilidade, é preciso deixar de lado a proposta de uma constituinte – como instrumento apto a resolver todos os problemas com um toque de mágica - e trabalhar para construir uma sociedade melhor, utilizando-se de todos os seus mecanismos, sejam judiciais, sociais ou legislativos. O que de fato importa é levar a construção dessa história a sério.

REFERÊNCIAS

ADAIR, Douglass. The tenth federalist revisited/ That politics may be reduced to a science. David Hume, James Madison, and the Tenth Federalist. In: _____ Fame and the founding fathers. Liberty fund: Indianapolis, 1998.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 31 de julho de 2012.

_____. Proposta de Emenda Constitucional nº 157, de 2003. Brasília, 2003. Convoca Assembléia de Revisão Constitucional e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=131896>>. Acesso em: 16.07.2011.

_____. Proposta de Emenda Constitucional nº 341, de 2009. Brasília, 2009. Modifica os dispositivos constitucionais retirando do texto matéria que não é constitucional. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetrmitacao?idProposicao=427473>>. Acesso em: 16.08.2011.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica constitucional e os desafios postos aos Direitos Constitucionais. SAMPAIO, José Adécio Leite (Org.). In *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

_____. A contribuição do direito administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. *Fórum administrativo*, ano I, n. 1, Belo Horizonte: Fórum, março de 2001.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito*: A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DIPPEL, Horst. Os direitos humanos na América, 1776-1849: redescobrimo o contributo dos Estados. In: _____. *História do constitucionalismo moderno – novas perspectivas*. Tradução de António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.

ELSTER, John. *Ulisses liberto*: estudos sobre a racionalidade, pré-compromisso e restrições. São Paulo: Unesp, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003 (a).

_____. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003 (b).

_____. *Era das Transições*. Tradução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003 (c).

JUNIOR, José Geraldo de Sousa. Defesa da Constituição. In *Constituição & Democracia*, Brasília, 2006, nº 1, 10 Fev.

- MADISON, James. Federalista n. 10 e n. 51. In: _____.
HAMILTON, Alexander; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.
- MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. Texto apresentado na cadeira “Elementos da Teoria da Constituição”. 2009.
- McILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1991.
- NEGRI, Antônio. *O poder constituinte. Ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair de. Discutindo o essencial. *Observatório da Constituição e da Democracia*, Brasília, n. 1, p. 10-10, 2006.
- PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História Constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: UnB, 2008.
- PAIXÃO, Cristiano. A Constituição subtraída. In *Constituição & Democracia*, Brasília, 2006, n. 1, 10 fev. 2006.
- _____. *Modernidade, Tempo e Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- PAIXÃO, Cristiano; CARVALHO NETTO, Menelick. Entre permanência e mudança: reflexões sobre o conceito de constituição. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (org.). *Constituição, jurisdição e processo: estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007.*
- ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- SIEYÉS, Emmanuel Joseph de. *Escritos Políticos de Sieyès*. Tradução e organização David Pandoja Morán. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

SOARES, Rogério Ehrhardt. O conceito ocidental de constituição. *In: Revista de legislação e jurisprudência*, Coimbra, ano 119, nº 3743, 01 jun. 1986, e n. 3744, 01 jul. 1986.

STOURZH, Gerald. Constitution: changing meanings of the term from the early seventeenth to the late eighteenth century. *In: POCOCK, J.G.A.; BALL, Terence. Conceptual chance and the constitution*. Lawrence: University press of Kansas, 1988.

URL: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/640892.pdf>>. Acesso em: 21.01.2011.

URL: <http://www.camara.gov.br/sileg/prop_detalhe.asp?id=131896>. Acesso em: 04.2.2011.