

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC - SP

CARLOS ROBERTO IBANEZ CASTRO

**MODIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL E O ATRIBUTO DE  
ESTABILIDADE DA NORMA FUNDAMENTAL**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2007

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC - SP

CARLOS ROBERTO IBANEZ CASTRO

**MODIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL E O ATRIBUTO DE  
ESTABILIDADE DA NORMA FUNDAMENTAL**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, área de concentração Direito do Estado (Direito Constitucional), sob a orientação da Professora Doutora Maria Garcia.

SÃO PAULO

2007

Banca Examinadora

---

---

---

*À Professora **Maria Garcia**, a quem devo o desenvolvimento de minha paixão pelo Direito Constitucional, e cuja nobreza de espírito é a manifestação maior das inúmeras qualidades que possui.*

*Pudesse a palavra exprimir todo sentimento de gratidão que tenho por aqueles que, às suas respectivas maneiras, auxiliaram na elaboração deste trabalho, não se justificaria minha impressão de que é somente através de gestos que lhes devo demonstrar todo meu apreço. E é assim, como prelúdio dos atos pelos quais demonstrarei meu reconhecimento, que estas linhas devem ser compreendidas.*

*Meus sinceros agradecimentos à Mario Brenno Pileggi e toda equipe de seu escritório. Mais do que colegas de profissão, mostraram-se amigos, verdadeiros companheiros, que permitiram fosse minha ausência suprida por seus valiosos esforços.*

*Aos meus pais, inclusive aqueles que o casamento me trouxe, que fizeram suas as minhas preocupações e angústias, e que, assim, deverão fazer seus os meus méritos e as minhas conquistas.*

*À Andrea. E aqui, efetivamente, palavras não bastam. Não vou correr o risco de circunscrever todo meu amor nos limites de algumas letras...*

## RESUMO

A presente dissertação objetiva o estudo do dualismo *modificação x estabilidade* no contexto das Constituições, cuja solução depende da perfeita harmonização entre a necessidade de se impor mudanças na Norma Fundamental e a imprescindibilidade de fazê-lo sob métodos que priorizem a solidez do texto constitucional e da própria idéia de Constituição.

Para cumprir esse mister, faz-se necessária a análise da própria natureza da *Lex Mater*, sua estrutura, essência, extensão e o sistema pelo qual os preceitos insculpidos em seu corpo hão de se adaptar à dinâmica da realidade, a fim de que se verifique em que grau tais características influenciam no atributo da estabilidade constitucional.

De igual modo, serão cuidadosamente verificados os meios através dos quais a Constituição sofre mudanças, já que a adequada compreensão dos métodos formais (revisão e emenda) e informais (mutação constitucional) de alteração dos preceitos fundamentais nos permitirá vislumbrar a estreita relação que há entre estes e a garantia de estabilidade da ordem constitucional.

O trabalho envolve, outrossim, extensa pesquisa quanto às características de origem, estrutura e reforma da Constituição brasileira de 1988 e, ao valorizar a racionalização dos métodos de modificação constitucional e destacar a necessidade inderrogável de se desenvolver forte consciência constitucional e verdadeira *vontade de Constituição*, formula algumas propostas para que a estabilidade constitucional também prevaleça no cenário nacional.

## ABSTRACT

The present dissertation objective the study of the dualism *modification x stability* in the Constitution contexts, whose solution depends on the perfect harmonization between the necessity of if imposing changes in the Basic Norm and the indispensability to make it under methods that prioritize the solidity of the constitutional text and the proper Constitution idea.

In order to fulfill this necessity, the analysis of the proper nature of the *Lex Mater* becomes necessary, its structure, essence, extension and the system for which the rules inculcates in its body have to adapt to the dynamics of the reality, so that if it verifies where degree such characteristics influence in the attribute of the constitutional stability.

Equally, carefully the ways will be verified how the Constitution suffers changes, since the adequate understanding of the formal methods (revision and amendment) and informal (constitutional mutation) of alteration of the basic rules in will allow to glimpse them and the narrow relation that exists between these and the guarantee of stability of the constitutional order.

The work involves, likewise, extensive research how much to the characteristics of origin, structure and reform of the Brazilian Constitution of 1988 and, by valuing the rationalization of the methods of constitutional modification and detaching the irrevocably necessity of its developing fort constitutional conscience and true will of Constitution, formulates some proposals so that the constitutional stability also prevails in the national scene.

*“A Constituição é a égide da paz, a garantia da ordem, sem a qual não há progresso nem liberdade. Forçoso se lhe torna acompanhar a evolução, adaptar-se às circunstâncias imprevistas, vitoriosa em todas as vicissitudes, porém aparentemente imutável.”*

Carlos Maximiliano

---

---

## SUMÁRIO

---

---

INTRODUÇÃO.....	12
-----------------	----

### CAPÍTULO I

A CONSTITUIÇÃO.....	16
---------------------	----

I.1. AS VÁRIAS ACEPÇÕES DO TERMO “CONSTITUIÇÃO” E A POSIÇÃO QUE ADOTAMOS.....	16
---	----

I.2. AS CLASSIFICAÇÕES DE CONSTITUIÇÃO QUE IMPORTAM AO PRESENTE ESTUDO.....	27
---	----

I.2.1. A EXTENSÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL – A CONSTITUIÇÃO SINTÉTICA E A CONSTITUIÇÃO ANALÍTICA.....	28
--	----

I.2.2. O CONTEÚDO DA NORMA FUNDAMENTAL – A CONSTITUIÇÃO FORMAL E A CONSTITUIÇÃO MATERIAL.....	31
---	----

I.2.3. A ESSÊNCIA DA NORMA FUNDAMENTAL – A CONSTITUIÇÃO NORMATIVA, A CONSTITUIÇÃO SEMÂNTICA E A CONSTITUIÇÃO NOMINAL.....	33
---	----

I.2.4. A NORMA FUNDAMENTAL E SEU PROCESSO DE MODIFICAÇÃO – A CONSTITUIÇÃO RÍGIDA E A CONSTITUIÇÃO FLEXÍVEL.....	36
---	----

### CAPÍTULO II

A ESTABILIDADE CONSTITUCIONAL.....	43
------------------------------------	----

II.1. A ESTABILIDADE, A SUPREMACIA E OS CONCEITOS CLÁSSICOS DE CONSTITUIÇÃO.....	44
--	----

II.2. RIGIDEZ E FLEXIBILIDADE CONSTITUCIONAL E SEUS REFLEXOS NA SUPREMACIA E NA ESTABILIDADE DA NORMA FUNDAMENTAL.....	49
--	----

II.3. ESTABILIDADE E TÉCNICA CONSTITUCIONAL – ESTRUTURA DA CONSTITUIÇÃO E SUA INFLUÊNCIA NA ESTABILIDADE DA NORMA FUNDAMENTAL.....	59
II.3.1. A EXTENSÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL E SUA RELAÇÃO COM A ESTABILIDADE DA CONSTITUIÇÃO.....	59
II.3.2. A ESSÊNCIA DO TEXTO CONSTITUCIONAL E SUA RELAÇÃO COM A ESTABILIDADE DA CONSTITUIÇÃO.....	65
II.4. A TEXTURA ABERTA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUA RELAÇÃO COM A ESTABILIDADE DA CONSTITUIÇÃO.....	70

### CAPÍTULO III

MODIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	78
III.1. CONCEITO – ESTABELECEENDO AS BASES TERMINOLÓGICAS.....	78
III.2. AS MODIFICAÇÕES FORMAIS DA CONSTITUIÇÃO.....	80
III.2.1. REFORMA CONSTITUCIONAL.....	83
III.2.1.1. EMENDA CONSTITUCIONAL.....	88
III.2.1.2. REVISÃO CONSTITUCIONAL.....	91
III.2.2. REFORMA CONSTITUCIONAL NO DIREITO COMPARADO.....	95
III.2.3. REFORMA CONSTITUCIONAL NO BRASIL.....	100
III.3. MODIFICAÇÕES INFORMAIS DA CONSTITUIÇÃO: A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	107
III.3.1. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL MEDIANTE A INTERPRETAÇÃO DA NORMA – OS DIVERSOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO.....	117
III.3.1.1. OS DIVERSOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO E SUA CAPACIDADE DE IMPOR MODIFICAÇÕES INFORMAIS À NORMA FUNDAMENTAL.....	122
III.3.2. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL MEDIANTE OS USOS, COSTUMES E PRÁTICAS CONSTITUCIONAIS.....	145

III.3.3. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL MEDIANTE A CONSTRUÇÃO CONSTITUCIONAL.....	155
III.4. LIMITES A QUALQUER MODIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	167
 <i>CAPÍTULO IV</i>	
A CONCILIAÇÃO ENTRE A MODIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL E O COMPROMISSO DE SUA ESTABILIDADE – O CASO BRASILEIRO.....	177
IV.1. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 – ALGUNS TEMAS SOBRE SUAS ORIGENS E ESTRUTURA.....	179
IV.2. A REVISÃO CONSTITUCIONAL E AS EMENDAS À CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	196
IV.3. ALGUMAS MEDIDAS QUE CONTRIBUEM PARA A HARMONIA ENTRE MODIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL E ESTABILIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	214
IV.3.1. O QUE PODERIA TER SIDO FEITO – O TEMERÁRIO HÁBITO DE CONSTITUCIONALIZAR CASUÍSMOS E O ATRIBUTO DA AUTENTICIDADE DA CONSTITUIÇÃO.....	216
IV.3.2. O QUE AINDA SE PODE FAZER – UM MODELO DE MODIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE PRESTIGIE O ATRIBUTO DE ESTABILIDADE DA NORMA FUNDAMENTAL.....	229
 CONCLUSÕES.....	 253
 BIBLIOGRAFIA.....	 266

---

---

## INTRODUÇÃO

---

---

Se é verdade que a tradição político-administrativa do Brasil mal esconde a índole reformista que bem caracteriza as nações de origem latina, também o é o fato de que este mesmo ímpeto de mudança tem refletido com muita ênfase na criação legislativa deste País. Não nos surpreende que esse impulso tenha ganhado sólida representação também nos níveis mais altos de nosso sistema normativo, redundando em sofrível e temerária inconstância constitucional.

Mediante a análise da evolução da Carta Política de 1988, desde seu nascimento até os dias atuais, resta evidente que *estabilidade* é um adjetivo que passou ao largo do desenvolvimento desta bela criação, que bem refletia os ideais esperançosos de uma geração que aspirava por dias menos tumultuosos e maior liberdade para o exercício de uma dádiva que há tempos jazia no obscurantismo: a plena cidadania.

E esta ausência de solidez, se advém de fatores igualmente transcendentais àqueles que fomentam o espírito volúvel do brasileiro ou moveram a Nação durante os trabalhos da Constituinte de 88, concretiza-se, por outro lado, mediante processos de muita praticidade e nenhuma metafísica. Tal se deve, principalmente, em razão das sucessivas reformas no texto constitucional, levadas a efeito pelo Poder Reformador, e que, no mais das vezes, não escondem o caráter oportunista e casuístico da mudança.

O certo é que o procedimento de reforma constitucional atualmente praticado no Brasil, qual seja, o da emenda constitucional – já que a revisão

prevista no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias já se aperfeiçoou, aliás, de forma desastrosa – está sendo utilizado sem qualquer critério.

Às vésperas de completar vinte anos de existência, sofreu a Constituição Federal cinquenta e três emendas, algumas delas flagrantemente desnecessárias, como o foi a inclusão do termo “moradia” ao artigo 6º, motivado pela Emenda nº 26/00. Não houvesse previsão expressa, ao cidadão brasileiro ser-lhe-ia obstado o direito de viver em uma habitação?!...Obviamente tal modificação não se fazia necessária se considerarmos que a moradia é um direito social fundamental, estivesse ou não previsto na Lei Maior.

Tais modificações diuturnas também se devem ao fato de o Constituinte de 1988 ter preferido constitucionalizar temas que melhor estariam alojados na esfera infraconstitucional. Esta medida acabou por desfigurar o texto da Norma Excelsa, subvertendo sua real vocação e ampliando o campo de atuação do órgão reformador.

Em realidade, a freqüente alteração de uma norma essencial à condução da sociedade, a modificação constante daquilo que é a pedra angular do ordenamento jurídico de um País, inevitavelmente enfraquece sua força normativa, gerando um clima de insegurança jurídica a macular as instituições democráticas estabelecidas e a própria Constituição. No entanto, é indiscutível o valor da reforma, especialmente aquela feita com primor técnico, prudência e sabedoria.

Interessante é constatar que esse dualismo *modificação x estabilidade* nos remete há tempos pretéritos, mais precisamente ao século VI a.C., onde

encontramos, em Éfeso, um dos mais prodigiosos pensadores da humanidade: Heráclito, e seu pensamento, muito contribuirão com as idéias que pretendemos expor no presente trabalho.

Se Heráclito estava correto ao ponderar que “tudo se move” – e realmente estava – não há razão para posicionarmos a mudança constitucional e a estabilidade constitucional em pólos opostos, é preciso harmonizar ambos os princípios. Ademais, ainda sob a influência da lição de Heráclito, não podemos imaginar esteja a Constituição alheia ao *devir*, preceito inelutável, a que tudo e todos estão sujeitos, e que corresponde à verdade insuplantável de que as coisas do universo caracterizam-se pela contínua passagem de um contrário ao outro: aquilo que é frio se aquece, o quente se resfria, o que é úmido resseca, o seco torna-se úmido, o jovem envelhece, o vivo morre, mas daquilo que está morto renasce outra vida, jovem novamente. É a guerra perpétua entre os contrários que se aproximam.

E essa guerra, para o filósofo, se mostra essencial, já que toda coisa só tem sentido precisamente no *devir*. Trata-se, no entanto, de uma guerra que, ao mesmo tempo, é paz. Uma guerra de contraste que é, de igual modo, harmonia. E a chave para conciliar as idéias, aparentemente contrárias, de reforma e estabilidade reside neste axioma: *Aquilo que é oposição se concilia, das coisas diferentes nasce a mais bela harmonia e tudo é criado pelos contrários*. Somente em contenda entre si, é que estes dois valores dão sentido um ao outro. A necessidade de reforma torna a idéia de estabilidade valiosa, pois assim se evitam desnecessárias revoluções; o conforto - por vezes apático - da estabilidade, torna a reforma imprescindível, já que a estabilidade, também submetida ao *panta rhei* heraclitiano, traz em seu cerne a reforma potencial, prestes a ebulir.

Aliás, é curioso verificar que as Constituições, de alguma maneira, reconhecem a perenidade da reforma. Notemos que as regras tendentes a regular as alterações constitucionais, impondo-lhes limites, prazos e formas, visam garantir, na verdade, que a reforma se efetive adequadamente e não que a estabilidade prevaleça irredutível, atravancando a evolução dos preceptivos constitucionais. Uma análise mais cuidadosa nos permite concluir que a Constituição não prescreve a reforma – que existe haja ou não lei que a autorize -, estabelece, sim, as bases da estabilidade.

Em outras palavras, quando as Constituições fazem referência aos “limites do poder de reforma”, estão, primeiro, reconhecendo sua inevitabilidade – já que “tudo se move” – e, segundo, impondo a ela seu inafastável contrário: a necessidade de a norma constitucional se mostrar tendencialmente estável, o que se pretende seja alcançado através das referidas regras limitadoras.

De todo modo, considerando que o legislador brasileiro não parece se ocupar com a adequada harmonização desses contrários, imprescindível o reexame da forma imponderada sob a qual são impostas as alterações ao texto da Constituição nacional, tendo em mira, sempre, a defesa da norma constitucional frente aos interesses momentâneos que incessantemente visam abalar a estabilidade de nossas instituições e a confiança na plenitude da Lei Suprema, mas permitindo, de forma responsável, que “tudo flua”.

## CAPÍTULO I

---

---

### A CONSTITUIÇÃO

---

---

#### I.1. AS VÁRIAS ACEPÇÕES DO TERMO “CONSTITUIÇÃO” E A POSIÇÃO QUE ADOTAMOS

O conceito de Constituição, como é de se esperar, não se resume apenas a uma única idéia. Dado seu conteúdo abstrato o termo em análise dá azo a um sem número de definições distintas. Canotilho, cuja doutrina representa um dos mais bem elaborados estudos sobre a Constituição e o Direito Constitucional, buscou avaliar a questão sob esse mesmo enfoque multifacetado, reconhecendo a “plurisignificatividade”<sup>1</sup> do conceito de Constituição e, acima de tudo, manifestando a importância da força vinculante da norma constitucional:

*“Na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental. Conseqüentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a ‘actualização’ normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência.”*<sup>2</sup>

A bem de ver, são comuns as divergências relacionadas ao significado ideal de Constituição. Todas as concepções do termo, contudo, parecem-nos adequadas, até porque seria demasiado injusta a crítica a uma ou outra

---

<sup>1</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5 ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 80. Segundo o constitucionalista, “não há, na literatura juspublicística, um conceito único de constituição e nem sequer um conceito que se possa considerar, mesmo tendencialmente, como dominante. A própria caracterização de uma lei fundamental é apontada como um dos ‘bicos de obra’ com que se defronta a ciência jurídica”.

<sup>2</sup> Ibid., p. 235.

conceituação, quando se tem, na verdade, pontos de partida diversos para formatação de um conceito, de tal sorte que se mostra mais adequado o estudo do tema segundo a análise do fundamento de que partem tais designações.

Hesse, nesse sentido, pondera que a questão atinente à problemática que há em torno do conceito de Constituição não pode ser resolvida recorrendo-se apenas a uma definição de aceitação geral ou majoritariamente admitido. Deve se ter em mira que a teoria atual do Direito Constitucional, por mais que nela se encontrem amplas coincidências, não chegou a aclarar o conceito e a qualidade da Constituição até o ponto de alcançar um consenso suficientemente amplo para poder ser tido por uma “*opinião dominante*”<sup>3</sup> Por tal razão, esclarece o publicista alemão que a compreensão, do que é Estado e as Constituições atuais, em cada caso subjacente, é com freqüência algo dado de antemão ou pressuposto, e não algo explicitamente fundamentado, conforme destacamos.

Dessa maneira, e para que se extraia uma perspectiva mais abrangente da matéria, continuemos a pesquisar as diversas acepções da Constituição, dando ênfase, agora, ao conceito de Norma Fundamental segundo o *jusnaturalismo*. Para os jusnaturalistas, a Constituição representa os princípios gerais do Direito Natural (ou de Direito Racional), única vontade que se sobreporia à própria norma constitucional. O enfoque que se dá aqui é a Constituição como meio de subordinação do Estado a um Direito superior, donde se conclui que o poder político não existe senão em virtude da Constituição que encerraria este Direito soberano.

---

<sup>3</sup> HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 4.

Em sentido diametralmente oposto, enquanto fenômeno do *positivismo*, a Constituição é uma lei que prescindir de conteúdo axiológico, e a relação que se estabelece entre esta e as leis ordinárias encerra mera questão hierárquica e de validade. Neste sentido, Kelsen pondera que a ordem normativa encontra fundamento na ordem constitucional, seja ela entendida no sentido jurídico-positivo – assumindo posição elevada no sistema normativo –, seja no sentido lógico-jurídico, no qual a Constituição assume o caráter de norma fundamental relativa, tendo em conta que emana de autoridade cuja competência haveria de se fundar em outra norma ainda mais elevada, e assim sucessivamente. São precursores desta concepção, além de Kelsen, Jellinek, Laband, Carré de Malberg, dentre outros.

Ademais, a Norma Fundamental estabelece limitações ao poder estatal na medida em que outorga direitos fundamentais individuais e sociais, e os garante. Tal concepção é também referida como conceito *jurídico* de Constituição.

As concepções *historicistas*, por sua vez, que têm em Maistre e Gierke seus maiores ícones, vêem a Constituição como fenômeno proveniente da estrutura histórica de cada povo e base de legitimidade da sua organização política. Neste contexto, a Constituição é tida como lei regedora de um povo, estruturada segundo as particularidades dele, suas tradições, crenças, geografia, relações políticas, econômicas, etc.

As concepções *sociológicas* vêem o sentido da Constituição nos chamados “fatores reais de poder”. Ferdinand Lassalle, nesse ponto, defende a tese de que as Constituições nada mais são do que conseqüências das forças que emanam da sociedade, e que efetivamente ditam as regras que conformarão o texto da Lei Fundamental. Inviável seria, segundo o autor,

pretender fosse constitucionalizada realidade que não decorra da influência, do querer e da autoridade das forças sociais, políticas e econômicas de uma sociedade, do contrário, haveria enorme contradição entre a *Constituição real* e a *Constituição escrita*. Esta última, sucumbindo ao poder irresistível da primeira, tornar-se-ia *folha de papel*. Disso decorre que as vicissitudes constitucionais são, na verdade, vicissitudes do *Poder*, e não do *Direito*.<sup>4</sup>

No dizer de Nelson Saldanha – ainda sobre o conceito sociológico de Constituição – as Constituições são obras reflexas, e corresponderão, como expressão e como molde, à realidade e necessidades sociais gerais de uma comunidade.<sup>5</sup>

Há ainda a concepção *política* da Constituição, ou *decisionista*, que se pode extrair dos conceitos externados por Carl Schmitt. As definições<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Elucidativa, neste ponto, é a seguinte passagem da obra de Lassalle: “*Suponhamos que um país, por causa de um sinistro, ficasse sem nenhuma das leis que o governavam e que por força das circunstâncias fosse necessário decretar novas leis. Neste caso, o legislador, completamente livre, poderia fazer leis de capricho ou de acordo com o seu próprio modo de pensar? (...) Considerando a pergunta que encerra o item anterior, suponhamos que os senhores respondam: Visto que as leis desapareceram e que vamos redigir outras completamente novas, desde os alicerces até o telhado, nelas não reconheceremos à monarquia as prerrogativas de que até agora gozou ao amparo das leis destruídas; mais ainda, não respeitaremos prerrogativas nem atribuições de espécie alguma. Enfim, não queremos a monarquia. O monarca responderia assim: Podem estar destruídas as leis, porém a realidade é que o exército subsiste e me obedece, acatando minhas ordens; a realidade é que os comandantes dos arsenais e quartéis põem na rua os canhões e as baionetas quando eu o ordenar. Assim, apoiado neste poder real, efetivo, das baionetas e dos canhões, não tolero que venham me impor posições e prerrogativas em desacordo comigo. Como podeis ver, um rei a quem obedecem o exército e os canhões é uma parte da Constituição.*” (*A essência da Constituição*, em <inforum.insite.com.br/arquivos/2066>, sítio de internet acessado em 16/07/2007)

<sup>5</sup> SALDANHA, Nelson. *O Poder Constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 68. Pondera, ainda, que “*a Constituição não é um mero dado, é uma obra, uma realização, uma tentativa permanente de ajustar reciprocamente as intenções textualizadas e as circunstâncias existenciais da sociedade política; ela semelha um encaminhamento vital dirigido pelas suas próprias expressões, algo como uma vocação, a ‘Beruf’ política de um povo em dada circunstância*”.

<sup>6</sup> Schmitt alude a algumas definições acerca do termo “constituição”: “**Primera significación:** *Constitución = la concreta situación de conjunto de la unidad política y ordenación social de un cierto Estado. A todo Estado corresponde: unidad política y ordenación social; unos ciertos principios de la unidad y ordenación; alguna instancia decisoria competente em el caso crítico de conflictos de intereses o de poderes. Esta situación de conjunto de la unidad política y la ordenación social se puede llamar Constitución. Entonces la palabra no designa un sistema o una serie de preceptos jurídicos y normas con arreglo a los cuales se rija la formación de la voluntad estatal y el ejercicio de la actividad del Estado, y a consecuencia de los cuales se establezca la ordenación, sino más bien el Estado particular y concreto – Alemania, Francia, Inglaterra – en su concreta existencia política. El Estado no ‘tiene’ una constitución ‘según la que’ se forma y funciona la voluntad estatal, sino que el Estado ‘es’ Constitución, es decir, una situación presente del ser, un ‘status’ de unidad e ordenación. El Estado cesaría de existir si cesara esta Constitución, es decir, esta unidad y*

formatadas pelo autor têm um ponto comum: a Constituição é o conjunto das decisões políticas fundamentais que visam estruturar a forma e o modo de existência de uma unidade política. Esta acepção constitui o cerne do conceito *positivo* de Constituição formulado pelo autor. Tal concepção, aliás, estimulou Schmitt a identificar clara distinção entre “Constituição” e “lei constitucional”, considerada esta última segundo um juízo excludente: tudo aquilo que não for materialmente constitucional, que não se referir ao modo de estruturação da unidade política (forma de Estado, forma de governo, organização dos poderes, etc) será lei constitucional, muito embora a Constituição as prescreva expressamente.<sup>7</sup>

---

*ordenación. Su Constitución es su ‘alma’, su vida concreta y su existencia individual”;* “**Segunda significación:** Constitución = una manera especial de ordenación política y social. Constitución significa aquí el modo concreto de la supra- y subordinación, puesto que en la realidad social no se da ninguna ordenación sin supra- y subordinación. Aquí, Constitución es la ‘forma especial del dominio’ que afecta a cada Estado y que no puede separarse de él; por ejemplo: Monarquía, Aristocracia o Democracia, o como se quieran dividir las formas de gobierno. Constitución es aquí = ‘forma de gobierno’. En tal caso, la palabra ‘forma’ designa igualmente algo existente, un ‘Status’ y no algo acomodado a preceptos jurídicos o a lo normativamente ‘debido’. También en este sentido de la palabra tiene todo Estado, claro está, una Constitución, pues le corresponde siempre alguna de las formas en que los Estados existen. También en este punto sería lo más exacto decir que el Estado ‘es’ una Constitución; ‘es’ una Monarquía, Aristocracia, Democracia, república de Consejos, y no sólo ‘tiene’ una Constitución monárquica, etc. La Constitución es aquí la ‘forma de las formas’, ‘forma formarum””; “**Tercera significación:** Constitución = el principio del devenir dinámico de la unidad política, del fenómeno de la continuamente renovada ‘formación’ y ‘erección’ de esta ‘unidad’ desde una ‘fuerza’ y ‘energía’ subyacente u operante en la base. Aquí se entiende el Estado, no como algo existente, en reposo estático, sino como algo en devenir, surgiendo siempre de nuevo. De los distintos intereses contrapuestos, opiniones y tendencias, debe formarse diariamente la unidad política – ‘integrarse’, según la expresión de Rodolfo Smend””; “**Constitución en sentido relativo**’, significa...la ley constitucional en particular. Toda distinción objetiva y de contenido se pierde a consecuencia de la disolución de la Constitución única en la pluralidad de leyes constitucionales distintas, formalmente iguales. Para este concepto ‘formal’ es indiferente que la ley constitucional regule la organización de la voluntad estatal o tenga cualquier otro contenido. Ya no se preguntará por qué una prescripción legal-constitucional necesita ser ‘fundamental’ (‘grundlegend’). Este modo de consideración relativizadora, llamada formal, hace indistinto todo lo que está en una Constitución”; igual, es decir, igualmente relativo”; “La **Constitución en sentido positivo** surge mediante un acto del poder constituyente. El acto constituyente no contiene como tal unas normaciones cualesquiera, sino, y precisamente por un único momento de decisión, la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia. Este acto constituye la forma y modo de la unidad política, cuya existencia es anterior. No es pues que la unidad política surge porque se haya ‘dado una Constitución’. La Constitución en sentido positivo contiene sólo la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política. Esta forma se puede cambiar. Se pueden introducir fundamentalmente nuevas formas sin que el Estado, es decir, la unidad política del pueblo, cese. Pero siempre hay en el acto constituyente un sujeto capaz de obrar, que lo realiza con la voluntad de dar una Constitución. Tal Constitución es una decisión consciente que laudada política, a través del titular del poder constituyente, adopta ‘por sí misma y se da a sí misma”” (SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 29 e ss).

<sup>7</sup> Ibid., mesma página.

Por fim, acabou por elaborar o *conceito ideal de Constituição*, identificado com os postulados político-liberais, e caracterizado pela existência de três elementos: a Constituição deve consagrar um *sistema de garantias da liberdade*, concebida no sentido de garantir direitos fundamentais ao cidadão e conceder ao povo maior participação nos atos legislativos; a Constituição deve conter o *princípio da divisão dos poderes*, a fim de evitar o abuso dos poderes estatais; a Constituição deve ser *escrita*.<sup>8</sup>

Digna de nota, igualmente, são as concepções *institucionalistas*, de Maurice Hariou, Renard, Burdeau, Santi Romano, que entendem a Constituição como expressão da organização social, seja resultado das idéias duradouras na comunidade política, seja como ordenamento resultante das instituições, das forças e finalidades políticas. A superioridade da Constituição, nesse caso, decorre de ser ela o veículo que funda juridicamente a idéia de Direito dominante e que organiza competências.

Jorge Miranda, analisando a questão conceitual a fundo, adota posição particular, que acaba por integrar as diversas concepções até então estudadas. Vale a menção à sua doutrina:

*“...porque a Constituição é Direito, ela é elemento conformado e conformador da sociedade a que se dirige e é resultado e factor de integração política. Ela reflecte a formação, a cultura, a geografia e as condições económicas de um povo e, simultaneamente, imprimindo-lhe carácter, funciona como princípio de organização, é conjunto de normas directamente aplicáveis, dispõe sobre os direitos dos indivíduos e dos grupos, racionaliza as suas posições recíprocas e perante a vida colectiva como um todo, pode ser agente de conservação ou de transformação.*

*Mas, por ser Constituição, ela revela-se mais do que isso. Vem a ser a sede dos valores jurídicos básicos acolhidos na comunidade política, a expressão mais imediata da idéia de Direito nela triunfante, o estatuto*

---

<sup>8</sup> Op. cit., p. 58 e ss.

*do poder político que se pretende ao serviço desta idéia, o quadro de referência recíproca da sociedade e do poder.”<sup>9</sup>*

Lembra, ainda, que a Constituição exprime valor e *é* valor. Não é, entretanto, a soma de todos os valores, nem valor supremo. Sofre o influxo de todos os valores e necessita com eles interagir, o que faz mediante a interpretação e a integração dos seus preceitos. Os valores mencionados descobrem-se da análise dos comandos constitucionais e na consciência que a comunidade adquire em relação a estes. A idéia de Direito, para Jorge Miranda, surge como idéia comunitária, como representação que certa comunidade faz da sua ordenação e do seu destino à luz dos princípios jurídicos, e é nessa idéia que se assenta a Constituição material.

Pondera, outrossim, que se toda idéia de Direito é definida por um sentido de justiça – e realmente é – também aparece sempre situada e dependente de fatores como *tempo* e *lugar*, já que os valores tidos como universais e permanentes manifestam-se segundo determinado contexto histórico, por refração. Esta refração, por sua vez, será tanto maior quanto maior for o ativismo e a ostentação das ideologias. E, no contexto atual de contrastes ideológicos, a idéia de Direito expressada pela lei constitucional pode incluir disposições e formas organizatórias dissonantes com os princípios éticos deste ou daquele grupo social, e, desse modo, a própria idéia de Direito que antes prevalecia, acaba por não obter a adesão necessária à sua legitimidade, resultando, em última instância, na repulsa da norma, na perda de seu poder supremo e, conseqüentemente, de sua estabilidade.

Ainda entre os portugueses, Canotilho compreende a Constituição como sistema aberto de regras e princípios, aberta ao tempo, e temporalmente

---

<sup>9</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. T. II., 2 ed. rev., Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 56.

adequada. É plano global normativo. É lei fundamental, mas não como Constituição técnica de um Estado técnico, e sim pensada em termos de consenso, compromisso, sem *tiranía dos valores*. A Constituição, para Canotilho, é a real, como expressão do político, superando-se o *normalogismo* através da conciliação da força normativa da Constituição com a força normativa de fato.<sup>10</sup>

É de se notar, ainda, a concepção de Norma Fundamental segundo Costantino Mortati, para quem o sentido formal não basta para explicar a Constituição. Para bem compreendê-la, é preciso recorrer ao seu sentido material, que configura o núcleo essencial de fins e forças que regem qualquer ordenamento.<sup>11</sup>

Por derradeiro, havemos de destacar a posição de Konrad Hesse, dada a convergência entre o entendimento do autor acerca do conceito de Constituição e a posição por nós adotada. Para Hesse, a Constituição é a ordem jurídica fundamental e aberta da comunidade e se destina a buscar a unidade política do Estado e da ordem jurídica. Caracteriza-se por constituir uma unidade de atuação, que se torna possível e se realiza através de um acordo, ou de um compromisso, ou ainda mediante assentimento tácito, ou simples aceitação e respeito. Hesse pondera que a unidade política apenas poderá surgir através da cooperação organizada entre os vários setores sociais e a Constituição tem, dentre outros, a finalidade de constituir, estabilizar e limitar o poder, garantindo, de outro lado, as liberdades individuais.<sup>12</sup>

Destaca o autor, outrossim, que a Lei Maior bem reflete o conflito que constitui o cerne deste estudo: ao mesmo tempo que deve permanecer aberta

---

<sup>10</sup> Op. cit., pp. 59 e ss.

<sup>11</sup> MORTATI, Costantino. *La costituzione in senso materiale*. Milano: Giuffrè, 1940, pp. 87 e ss.

<sup>12</sup> Op. cit., pp. 8 e ss.

para tornar possível a resolução das múltiplas situações críticas advindas da evolução histórica, não se pode dissolver em absoluta dinâmica, havendo de estabelecer tudo aquilo que não deve ficar em aberto, como, por exemplo, os fundamentos da ordem da comunidade, os princípios fundamentais de formação da unidade política, as bases do ordenamento jurídico, a estrutura estatal e o procedimento para conformar as questões deixadas em aberto.

*“...la Constitución debe permanecer incompleta e inacabada por ser la vida que pretende normar vida histórica y, en tanto que tal, sometida a cambios históricos... Si la Constitución quiere hacer posible la resolución de ;as multiples situaciones criticas historicamente cambiantes su contenido habra de permanecer necesariamente ‘abierto al tiempo’.*

*(...) No deben quedar indeterminados los ‘fundamentos de orden de la Comunidad’. Al establecerse com carácter vinculante tanto los principios rectores de formación de la unidad política y de fijación de las tareas estatales como también las bases del conjunto del ordenamiento jurídico, dichos fundamentos deben quedar sustraídos a la lucha constante de los grupos y tendencias, creándose un núcleo estable de aquello que ya no se discute, que nos es discutibl y que, por lo mismo, no precisa de nuevo acuerdo y nueva decisión. La Constitución pretende crear un núcleo estable de aquello que debe considerarse decidido, estabilizado y distendido.*

*Pero tampoco deben quedar indeterminados ‘la estructura’ estatal y el procedimiento mediante el cual han de decidirse las cuestiones dejadas abiertas.”<sup>13</sup>*

É, ainda, mediante a capacidade de atuar na vida político-social, das circunstâncias históricas e, sobretudo, da “*vontade de constituição*”, que se extrai a força e a capacidade conformadora da Constituição. Essa “*vontade de constituição*”, por sua vez, fundamenta-se na seguinte tríade: consciência da necessidade e do valor de uma ordem normativa que afaste o arbítrio; da certeza de que essa ordem, estabelecida pela Constituição é legítima, mas, acima de tudo, necessita de perpétua legitimação; e da convicção de que se

---

<sup>13</sup> Op. cit., pp. 9 – 22.

trata de uma ordem a realizar, através da vontade sincera daqueles que estão submetidos à ordem Constitucional.<sup>14</sup>

Diante do exposto, é de se extrair que a supremacia, a vitalidade e a própria estabilidade da Constituição dependem, acima de tudo, do respeito que a sociedade e o Poder Público nutrem por ela, e que se manifesta por meio da “*vontade de constituição*”, através da qual os preceitos da Norma Fundamental assumem a força vinculante necessária para se realizarem plenamente, mesmo diante de resistências ao cumprimento dos valores que encerra. E nesse ponto, o conceito de Constituição deve abarcar os característicos dessa modalidade normativa para daí se extrair os pressupostos que permitem que essa força atue.

Ao final dessa breve síntese, não restam dúvidas de que cada conceito, cada concepção, tem inestimável valor no estudo do Direito Constitucional. Com efeito, pode-se bem entender a Constituição nos termos sociológicos de Ferdinand Lassalle, ou no sentido político de Carl Schmitt, ou ainda na idéia positivista de Hans Kelsen, ou também no sentido material proposto por Mortati. Contudo, a experiência tem demonstrado que a defesa de conceitos unilaterais não é tarefa fácil, mormente se pretendemos definir institutos de grande complexidade, como é a Constituição. Limitar o conceito desta em um único sentido, com base em um ponto de vista especificado, pode redundar na fixação de um campo muito exíguo para o bom desenvolvimento do tema.

Por esta razão, corroboramos a tese de José Afonso da Silva, que pugna por uma concepção estrutural de Constituição, que a considera em seu aspecto normativo, não como norma pura, mas como norma em sua conexão com a realidade social, esta a lhe outorgar o conteúdo fático e o sentido

---

<sup>14</sup> Op. cit., pp. 26-31.

axiológico. Deve a Constituição ser compreendida como um complexo de elementos e membros que se enlaçam num todo unitário, e não como partes que se adicionam ou se somam aleatoriamente.

Outrossim, o sentido jurídico da Constituição será apreendido da análise da totalidade da vida social, em conexão com o conjunto da comunidade, na medida em que:

*“certos modos de agir em sociedade transformam-se e condutas humanas valoradas historicamente e constituem-se em fundamento do existir comunitário, formando os ‘elementos constitucionais’ do grupo social, que o constituinte intui e revela como preceitos normativos fundamentais: ‘a constituição’”<sup>15</sup>*

Resumindo o conceito que lhe parece mais acertado, assevera:

*“A constituição é algo que tem, ‘como forma’, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); ‘como conteúdo’, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas etc.); ‘como fim’, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, ‘como causa criadora e recriadora’, o poder que emana do povo. Não pode ser compreendida e interpretada, se não se tiver em mente essa estrutura, considerada como ‘conexão de sentido’, como é tudo aquilo que integra um conjunto de valores.”<sup>16</sup>*

A Constituição pode, então, bem ser definida como um sistema aberto de normas jurídicas que regula a forma do Estado, a forma de governo, a organização dos poderes estatais, bem como limita a ação dos agentes internos, outorgando, ainda, direitos fundamentais da pessoa humana e garantindo seu exercício mediante a previsão de regras que vinculam a todos, e em cujos meandros guarda necessária correspondência com a realidade social em que vigorará.

---

<sup>15</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10 ed. rev., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 43.

<sup>16</sup> Ibid., mesma página.

Insta salientar o destaque que fazemos à necessária correspondência entre a Constituição e o contexto social que lhe servirá como um de seus pressupostos. Decerto, o sentido jurídico da Constituição não se obterá se a apreciarmos desgarrada da vida social, sem conexão com o conjunto da comunidade, conforme vimos no magistério de José Afonso da Silva e Costantino Mortati.

Como visto, é possível apreciar a temática ora em pauta sob distintos pontos de vista. Outrossim, a análise de todas as concepções estudadas nos permite concluir que algumas delas dão ênfase ao aspecto formal da Constituição, outras priorizam o sentido material. Na proposta deste trabalho tende a prevalecer o conceito de Constituição segundo sua perspectiva *material*, daí porque daremos maior atenção a este característico.

De todo modo, de nada adiantará a correspondência entre o espírito da Constituição e a realidade social se inexistir a consciência e a vontade constante e sincera de atribuir à Constituição o valor supremo que ela merece, conforme pontua Hesse. É da *vontade de Constituição* que a plenitude da Norma Fundamental será alcançada.

## **I.2. AS CLASSIFICAÇÕES DE CONSTITUIÇÃO QUE IMPORTAM AO PRESENTE ESTUDO**

A classificação ou tipologia das constituições é tema que envolve inúmeras divergências doutrinárias. Cada autor revela especial atenção a um ou outro atributo das normas fundamentais para delas extraírem algumas características que lhes permitam inseri-las nos róis classificatórios.

O fato é que o ato de classificar qualquer matéria em Direito depende do ponto de partida adotado pelo observador e do enfoque que dará ao assunto. A subjetividade desse processo não afasta, no entanto, a necessidade de o estudioso partir de premissas verdadeiras e que se mostrem úteis aos desígnios buscados.

Assim, considerando que a proposta do presente trabalho não é, necessariamente, a análise de todas as classificações de Constituição até agora formuladas, reservaremos-nos ao estudo daquelas cujo pressuposto influi diretamente no aspecto de estabilidade do texto constitucional que, ao nosso ver, encampam os indicativos da extensão, do conteúdo, da essência e da modificabilidade do corpo constitucional.

### **I.2.1. A EXTENSÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL – A CONSTITUIÇÃO SINTÉTICA E A CONSTITUIÇÃO ANALÍTICA**

Outro assunto que merece nossa atenção são os reflexos que a estrutura formal da Constituição pode produzir na idéia de estabilidade que deve ostentar o texto constitucional.

Para tanto, faz-se mister abordarmos o assunto atinente à gama de classificações que o tema da Constituição comporta, para, especificamente, analisarmos a que toca ao aspecto da *extensão do texto constitucional*.

Assim quanto à extensão, as Constituições podem ser *sintéticas* ou *tópicas* (ou ainda *negativas*, *garantias*), e *analíticas* ou *longas* (também denominadas *dirigentes*). As primeiras se caracterizam pela brevidade de suas

disposições. São compactas, concisas, muito sucintas. Abre-se mão das construções prolixas, do excesso dispositivo e do pleonasma para resultar em uma Constituição breve, enxuta.

As constituições sintéticas estabelecem apenas os princípios e as normas gerais de organização e limitação do poder do Estado. No dizer de Kildare Gonçalves Carvalho, são Constituições sumárias, básicas, principiológicas, que se restringem aos elementos substancialmente constitucionais.<sup>17</sup>

Alexandre de Moraes inclui nessa espécie as Constituições que prevêm somente os princípios e normas gerais de regência do Estado, e, por meio da estipulação de direitos e garantias fundamentais, organiza e limita a atuação do Poder Público.<sup>18</sup>

Exemplo recorrente de produção constitucional sintética é a Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, que contém apenas sete artigos e, até o presente, vinte e sete emendas, a última proposta em 1992.

Em oposição à brevidade das disposições constitucionais, estão as constituições analíticas. Diferente daquelas, estas se caracterizam pela minúcia nos detalhes, são amplas, extensas e, no mais das vezes, redundantes. Suas disposições desdobram-se entre seus vários artigos e, não raro, repete-se a mesma idéia mais de uma vez no decorrer do texto, e trazem matérias típicas da legislação ordinária.

---

<sup>17</sup> CARVALHO, Kildare Golçalves. *Direito Constitucional*. 13 ed. rev. atual. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 296.

<sup>18</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 42.

Quanto às constituições analíticas, Kildare Carvalho lembra que elas representam a maioria das Constituições atualmente em vigor, e caracterizam-se por contemplar, através de elevado número de regras jurídicas, todos os temas que têm por relevantes.<sup>19</sup> Em igual percepção, Alexandre de Moraes também reconhece este caráter extenso das *Constituições-dirigentes*.<sup>20</sup>

A Constituição portuguesa de 1976 é um bom exemplo de Norma Fundamental analítica. Ainda o é, a Constituição espanhola de 1978, a Constituição da Índia, de 1949, com 395 artigos e 94 emendas, e, ainda, a Constituição iugoslava, de 1974, considerada a maior de seu tempo, com 406 artigos. Mais recentemente, a provar que a tendência é a formulação de Textos Fundamentais longos, temos a Constituição Européia, de 2004, e seus 448 artigos.

Outrossim, temos na Constituição brasileira de 1988 um modelo muito típico de Constituição analítica, bem abrangente, cujo perfil foi objeto de interessante análise por José Afonso da Silva:

*“O constituinte (brasileiro, de 1988) fez uma opção muito clara por uma Constituição abrangente. Rejeitou a chamada constituição sintética, que é ‘constituição negativa’, porque construtora apenas de liberdade-negativa ou liberdade-impedimento, oposta à autoridade, modelo de constituição que, às vezes, se chama de ‘constituição-garantia’ (ou constituição-quadro). A ‘função garantia’ não só foi preservada como até ampliada na Constituição, não como mera garantia do existente ou como simples garantia das liberdades negativas ou liberdades-limite. Assumiu ela a característica de ‘constituição-dirigente’, enquanto define fins e programa de ação futura, menos no sentido socialista do que no de uma orientação social democrática, imperfeita, reconheça-se. Por isso, não raro, foi minuciosa e, no seu compromisso com a garantia das conquistas liberais e com um plano de evolução política de conteúdo social, nem sempre mantém uma linha de coerência doutrinária firme. Abre-se, porém, para transformações futuras, tanto seja cumprida”*<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Op. cit., p. 296.

<sup>20</sup> Op. cit., p. 42.

<sup>21</sup> Op. cit., p. 8.

E conclui, em tom profético: “*E aí está o drama de toda constituição dinâmica: ‘ser cumprida’*”. Que o digam as cinquenta e três Emendas Constitucionais ao texto de 1988, que, em última análise, não foram capazes de garantir o cumprimento estrito da Constituição brasileira...

De qualquer maneira, estas breves linhas mostram-se suficientes a permitir a exata distinção entre as Constituições sintéticas, e sua economia dispositiva, e as Constituições analíticas, recheadas de regras e pormenores que, algumas vezes, estariam melhor localizados na legislação infra-constitucional.

### **I.2.2. O CONTEÚDO DA NORMA FUNDAMENTAL - A CONSTITUIÇÃO FORMAL E A CONSTITUIÇÃO MATERIAL**

No que pertine ao estudo das constituições segundo seu conteúdo ou substância, a doutrina costuma classificar os documentos constitucionais em *formais* (ou *procedimentais*) e *materiais* (ou *substanciais*).

Quanto ao conceito de Constituição em sentido formal, limitaremos-nos a indicar que esta constitui o conjunto de normas legislativas que se distinguem das não-constitucionais em razão de serem produzidas por meio de um processo legislativo mais dificultoso, dotado de maiores exigências procedimentais e de *quorum*. Depreende-se da análise deste conceito, que a Constituição formal não busca, necessariamente, corresponder à realidade social, como ocorre com a material, tem em vista, apenas e tão somente, a instituição de um texto aprovado pela força soberana do Estado, conferindo-lhe a estrutura e definindo a dicção dos direitos fundamentais. Se entendida

como norma, não descrevem a realidade das coisas, o que são, mas instituem aquilo que deveriam ser.

Enquanto o sentido formal atende à posição das normas constitucionais em face das demais normas jurídicas e ao modo como se articulam no ordenamento jurídico, a perspectiva material, de outra banda, pertine ao objeto, ao conteúdo ou função da Constituição.

A Constituição material, vale dizer, é o conjunto de forças políticas, sociais, econômicas, ideológicas, que caracteriza a realidade efetiva de um determinado Estado, seu modo de ser claro e objetivo. Como bem atesta Celso Bastos, ao citar Augustin Perez Carrillo, ainda que mantenha relações com o direito positivado, esta realidade não se confunde com ele. *“Ela é do universo do ser, e não do dever ser, do qual o direito faz parte. Ela se desvenda através de ciências próprias, tais como a sociologia, a economia, a política, que formulam regras ou princípios acerca do que existe, e não acerca do que deve existir, como se dá com o direito”*<sup>22</sup>

Ferdinand Lassalle, ao estruturar a concepção sociológica da Constituição, que vimos anteriormente, ilustra com maestria o que constitui o sentido material da Norma Excelsa:

*“Podem os meus ouvintes plantar no seu quintal uma macieira e segurar no seu tronco um papel que diga: ‘Esta árvore é uma figueira.’ Bastará esse papel para transformar em figueira o que é macieira? Não, naturalmente. E embora conseguissem que seus criados, vizinhos e conhecidos, por uma razão de solidariedade, confirmassem a inscrição existente na árvore de que o pé plantado era uma figueira, a planta continuaria sendo o que realmente era e, quando desse frutos, destruiriam estes a fábula, produzindo maçãs e não figos. Igual acontece*

---

<sup>22</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 60.

*com as constituições. De nada servirá o que se escrever numa folha de papel, se não se justifica pelos fatos reais e efetivos do poder.”<sup>23</sup>*

Dessa perspectiva material da Constituição, deflui sua supremacia material, cuja compreensão é melhor extraída de sua análise conjunta com os pressupostos que fazem alusão aos graus de modificabilidade da Constituição. Para tanto, havemos de analisar, detidamente, os conceitos de Constituição *rígida e flexível*.

Mais adiante, veremos, em apartado, outras classificações que podem auxiliar no entendimento da questão atinente ao sentido da superioridade constitucional, ocasião em que proporemos a relação entre este primado e a tipologia das constituições.

### **I.2.3. A ESSÊNCIA DA NORMA FUNDAMENTAL – A CONSTITUIÇÃO NORMATIVA, A CONSTITUIÇÃO SEMÂNTICA E A CONSTITUIÇÃO NOMINAL**

Outra classificação importante para o bom entendimento da proposta do presente trabalho é a que faz alusão à essência da Constituição. Dita tipologia, proposta por Karl Loewenstein, ao considerar o aspecto ontológico, analisa o nível de conformação do texto constitucional com a realidade social para definir se a Constituição apresentar-se-á como *normativa, semântica* ou *nominal*.

*Normativas* seriam aquelas constituições perfeitamente adaptadas ao fato social. Demonstram total conformidade com o processo político e, por isso, são juridicamente válidas e dotadas de grande efetividade.

---

<sup>23</sup> Op. cit.

Conseqüentemente, a Constituição normativa direciona plenamente o processo de poder, de maneira tal que as relações políticas e os representantes do Poder Público ficam sujeitos às suas determinações de conteúdo.

A Constituição *semântica*, por outro lado, configura simples reflexo da realidade do processo político. Corresponderiam, na realidade, a simples instrumento à disposição dos detentores do poder, que a utilizam para manutenção de seu *status*, para consecução de seus objetivos que, no mais das vezes, destoam dos propósitos gerais da Nação. É seguro afirmar que as constituições semânticas tomam forma apenas para outorgar uma pseudojuridicidade aos interesses políticos prevalentes. Elaborar-se a Constituição no intuito de demonstrar ao povo que há uma ordem constitucional vigente que deve ser observada. As instituições seriam formatadas para garantir a continuidade dessa situação de poder, mas, no fundo, não fosse essa realidade constitucionalizada, não haveria qualquer diferença na prática, já que, nesse caso vale o poder real, não o *poder constitucional*, que é apenas aparente. Em resumo, apenas legitimam o quadro de dominação social pelos detentores do poder.

No Brasil, as Constituições de 1937 e 1967, com as alterações formuladas pela Emenda 1/69, são típicos exemplos de Constituições semânticas. A primeira a atender aos interesses da ditadura do Estado Novo. A segunda para garantir o sucesso dos desígnios pretendidos pelos idealizadores do Golpe Militar de 1964.

A terceira espécie, segundo a classificação cunhada por Loewenstein, é a que define aquele tipo de Constituição que se situa entre as duas anteriores. É a Constituição *nominal*.

As constituições *nominais* caracterizam-se por exteriorizar a boa vontade do Constituinte, a esperança dele de que os tempos vindouros hão de ser mais generosos do que os atuais. Nominal é o texto constitucional que não conforma, de imediato, a realidade político-social, mas delinea, desde pronto, os ideais que pretende consagrar para que haja essa correlação entre o *ser* e o *dever ser*. Apresenta evidente tom educativo, esperançoso até, com vistas a um futuro próspero.

Por óbvio, enquanto o programa previsto nas Normas Fundamentais do tipo nominal não for completamente realizado, prevalecerá o descompasso entre os pressupostos formais nelas sedimentados e a sua plena aplicabilidade. Daí, não levará muito tempo para que se estabeleça um cenário de freqüentes e inoperantes reformas ao texto constitucional, desferindo-se sucessivos golpes à tão valiosa estabilidade da Constituição.

Loewenstein assim se refere às constituições nominais:

*“Una Constitución podrá ser jurídicamente válida pero si la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas, la Constitución carece de realidad existencial. En este caso, cabe calificar la dicha Constitución de nominal. Esta situación no deberá, sin embargo, ser confundida con la conocida manifestación de una práctica constitucional diferente del texto constitucional. Al principio era la palabra, pero ésta cambia su significación en cuanto toma contacto con la realidad. Las Constituciones no cambian tan sólo a través de enmiendas constitucionales formales, sino que están sometidas, quizás en mayor grado, a la metamorfosis imperceptible que sufre toda norma establecida por efecto del ambiente político y de las costumbres. Lo que la Constitución nominal implica es que los presupuestos sociales y económicos existentes - por ejemplo, la ausencia de educación en general y, en particular, de educación política, la inexistencia de una clase media independiente y otros factores - en el momento actual operan contra una concordancia absoluta entre las normas constitucionales y las exigencias del proceso del poder. La situación de hecho impide, o no permite por ahora, la completa integración de las normas constitucionales en la dinámica de la vida política.”*

*Probablemente, la decisión política que condujo a promulgar la Constitución, o este tipo de Constitución, fue prematura. La esperanza, sin embargo, persiste, dada la buena voluntad de los detentadores y los destinatarios del poder, de que tarde o temprano la realidad del proceso del poder corresponderá al modelo establecido en la Constitución. La función primaria de la Constitución nominal es educativa; su objetivo es, en un futuro más o menos lejano, convertirse en una Constitución normativa y determinar realmente la dinámica del proceso del poder en lugar de estar sometida ella. Y para continuar con nuestro símil: el traje cuelga durante cierto tiempo en el armario y será puesto cuando el cuerpo nacional haya crecido.*<sup>24</sup>

A menção que se faz aos textos constitucionais nominais no presente trabalho tem razão de ser, uma vez que a Constituição brasileira de 1988 assumiu esse caráter, conforme também se observara nas Constituições de 1891, 1934 e 1946, e tal fato, como se verá adiante, influi no atributo de estabilidade da Norma Fundamental, tanto quanto outra característica do texto constitucional, que faz alusão ao processo de modificação de seu conteúdo.

#### **I.2.4. A NORMA FUNDAMENTAL E SEU PROCESSO DE MODIFICAÇÃO – A CONSTITUIÇÃO RÍGIDA E A CONSTITUIÇÃO FLEXÍVEL**

O entendimento da questão afeta à estabilidade e supremacia da Constituição, especialmente à supremacia material, que trataremos adiante, não pode prescindir da análise dos conceitos de *rigidez* e *flexibilidade* constitucional.<sup>25</sup>

De plano podemos definir como *rígida* aquela Constituição somente alterável mediante processos e exigências formais especiais, diferindo do

<sup>24</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986, p. 220.

<sup>25</sup> O publicista James Bryce foi o primeiro jurista a fazer uso dos termos “rígida” e “flexível”, quando, em 1897, lançou as bases de sua obra *The American Commonwealth*. Antes dele, no entanto, a distinção que Aristóteles fazia entre as normas fundamentais da organização política (*politéia*) e as normas meramente ordinárias, fundadas naquelas (*nomói*), sugere uma origem mais remota.

procedimento mais simples para a formação ou alteração das leis ordinárias ou complementares.

Tem-se, portanto, que o critério de rigidez constitucional está relacionado com os requisitos necessários para a reforma constitucional. Entenda-se reforma, nesse contexto, tal qual proposto no presente trabalho, valendo a ressalva de que grande parte da doutrina leciona que a idéia de rigidez constitucional só faz sentido no seio das constituições escritas que prescrevem meios formais de alteração de seus preceptivos, excluída, pois, a possibilidade de se modificar a Constituição pelo método informal da mutação quando esta for rígida. Note-se que esta ressalva é feita apenas para que nosso raciocínio, *a priori*, seja coerente com a natureza do instituto da rigidez constitucional que lhe atribui a doutrina. Em realidade, conforme veremos adiante, não vemos óbice para a mudança informal da Constituição rígida, já que baseamos nossa tese na idéia de que a mudança é inerente a todas as coisas, e não respeita formas pré-estabelecidas para se impor.

Assim, apenas as constituições rígidas são modificáveis por intermédio de um procedimento especial que visa, preponderantemente, garantir a supremacia e estabilidade da norma constitucional por meio da imposição de alguns obstáculos à produção de emendas à Constituição e à revisão da letra da Lei Maior.

Canotilho, no entanto, aponta critério diferente para averiguação do caráter mais ou menos rígido da Constituição. Segundo o mestre, ao contrário do que comumente se afirma, não é a existência de um processo de revisão estabelecido de exigências específicas para a alteração constitucional que caracteriza a rigidez da Constituição. “As normas de revisão não são o

‘fundamento’ da rigidez da Constituição, mas os meios de revelação da escolha feita pelo poder constituinte”.<sup>26</sup>

Através dessa escolha, a impedir a livre modificação da Constituição pelo legislador ordinário – o que caracterizaria o modelo flexível -, estar-se-á garantindo o texto constitucional, e o processo agravado da reforma configura um instrumento dessa garantia. A rigidez constitucional, para Canotinho, é um “limite absoluto” ao Poder Reformador, assegurando, desse modo, a relativa estabilidade da Constituição.

Entendimento correlato nos é apresentado por Alessandro Pace, que vê no procedimento especial de revisão uma garantia da rigidez e, conseqüentemente, ordem constitucional, e não seu próprio fundamento:

*“Il procedimento di revisione costituzionale è, quindi, posto a garanzia dell’assetto costituzionale (‘rectius’: di un dato assetto costituzionale), nel senso che ne consente l’adattamento alle mutate esigenze sociali pur senza pregiudicare la rigidità costituzionale, e cioè la ‘stabilità’ delle regole consegnata alla (e assicurata dalla) scrittura. Ancora una volta: la revisione speciale non è fondamento, ma garanzia della rigidità costituzionale. Il che, oltre tutto, spiega perché mai la eventuale presenza di limiti sostanziali alla revisione costituzionale sia funzionale alla natura stessa della revisione”*<sup>27</sup>

Jorge Miranda, ainda sobre o conceito da rigidez constitucional, ensina que rígida é a Constituição que exige a observância de uma forma particular distinta da forma seguida para a elaboração das leis ordinárias quando se pretende a alteração do texto constitucional.<sup>28</sup>

O aspecto da rigidez constitucional ganha ainda mais relevo quando analisado como característica inerente à própria lei constitucional. Carl

<sup>26</sup> *Direito...*, op. cit., p. 1129.

<sup>27</sup> PACE, Alessandro. *La causa della rigidità costituzionale*. 2a. ed. amp. Padova: Cedam, 1996, p. 90.

<sup>28</sup> Op. cit., T. II, p. 127.

Schmitt, por exemplo, vê na rigidez constitucional o pressuposto fundamental para definir o caráter constitucional de uma norma. Em outras palavras, pode-se identificar a norma constitucional segundo a análise da técnica necessária à sua reforma.

Para Schmitt, a nota formal da Constituição, ou da lei constitucional, se evidencia pelo rito especial a que as alterações estão submetidas, dotado de maior dificuldade. Declara, ademais, que é mediante as condições dificultadas para a reforma que se protegem a supremacia, a duração e a estabilidade das leis constitucionais e, o mais importante, incrementa-se sua força legal.<sup>29</sup>

E define:

*“Se califican, sin embargo, de Constituciones rígidas aquellas en que está prevista constitucionalmente la posibilidad de reformas o revisiones constitucionales; pero esta reforma o revisión se encuentra ligada a ‘supuestos procedimientos especiales de mayor dificultad.’”<sup>30</sup>*

Veja-se que Schmitt valoriza o papel da rigidez constitucional, reconhecendo seu atributo de garantir a estabilidade e a supremacia da Constituição, quando lembra que há Estados em que todas as prescrições legais, pouco importando seu conteúdo, podem ser reformadas por meio do procedimento reservado às leis comuns. Falta, nesse caso, toda a proteção especial contra as reformas e não se nota diferença alguma entre leis constitucionais e leis ordinárias.

Como bem se vê da análise dos conceitos até aqui estudados, parece natural a relação que se costuma fazer entre rigidez constitucional e

---

<sup>29</sup> Op. cit., p. 41.

<sup>30</sup> Ibid., p. 42.

Constituição escrita, na medida em que a previsão de métodos mais difíceis para alteração da Lei Fundamental pressupõe a existência de norma escrita.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho anota, porém, que Constituição rígida não é, necessariamente, Constituição escrita, ao fazer menção ao Estatuto Albertino, Constituição escrita do reino da Itália, cujas modificações poderiam ser feitas por leis ordinárias. Desse modo, alerta que o conceito de Constituição rígida deve se restringir a designar aqueles textos constitucionais que prescrevem processos especiais para sua alteração. No exemplo citado, apesar de escrita, a Constituição italiana de 1848 comportava mudanças via procedimento legislativo ordinário.<sup>31</sup>

Em sentido oposto ao da rigidez constitucional, temos a idéia de Constituição *flexível*, que, no dizer do mesmo autor são aquelas que, escritas às vezes, não escritas sempre, podem ser modificadas pelo processo legislativo ordinário.<sup>32</sup>

Para Jorge Miranda, diz-se flexível a Constituição em que são idênticos o processo legislativo e o processo de revisão constitucional, “*aquela em que a forma é a mesma para a lei ordinária e para a lei de revisão constitucional*”.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 12. Em igual sentido temos, com José Afonso da Silva, que se não pode confundir o conceito de Constituição rígida com o de Constituição escrita, nem o de Constituição flexível com o de Constituição histórica. Vários são os exemplos de Constituições escritas flexíveis, embora o mais comum é que sejam rígidas. As Constituições históricas, por seu turno, são juridicamente flexíveis, vez que podem ser modificadas pelo legislador ordinário, mas, contudo, no que pertine ao sentido político e social, são rígidas, raramente são modificadas (*Curso...Op. cit.*, p. 46).

<sup>32</sup> *Ibid.*, mesma página. Quanto à flexibilidade imanente às Constituições não escritas, confira-se, ainda, Jorge Miranda, para quem uma Constituição consuetudinária deve ser flexível, e só assim não seria na hipótese, nunca verificada, de o costume constitucional implicar requisitos mais exigentes que os do costume em geral (*Op. cit.* T. II, p. 122).

<sup>33</sup> *Op. cit.*, T. II, p. 121.

José Afonso da Silva anota que a Constituição flexível é aquela que pode ser livremente modificada pelo legislador segundo o mesmo processo de elaboração das leis ordinárias. Neste caso, a própria lei ordinária que contrasta com a norma constitucional é capaz de operar mudanças na Constituição.<sup>34</sup>

O estudo da obra do tratadista britânico James Bryce, permitiu a Alessandro Pace desenvolver uma abrangente análise das causas da rigidez constitucional. Em sua obra, obviamente, reservou espaço à idéia de flexibilidade constitucional, que, apesar de não diferir das visões já mencionadas, merece destaque em razão da menção que faz ao caráter indistinto do fenômeno, que tanto se verifica nas constituições não escritas (materiais), quanto nas constituições escritas (formais):

*“Per vero, avendo dato per scontata la natura originariamente flessibile dello Statuto albertino – ma a tale conclusione autorevoli studiosi ottocenteschi erano pervenuti sulla base de non velate considerazioni di opportunità politica (la necessità di individuare un procedimento di modificazione ‘diverso’ dalle assemblee costituenti ‘tempestosamente aleatori’) -, la dottrina, soprattutto quella contemporanea, ne ha indotto – scambiando per impostazione logica quella che, in effetti, era stata una soluzione meramente politica – la conseguenza teorica che tutte le costituzioni scritte le quali non prevedano né una esplicita clausola di immutabilità, né un procedimento speciale di revisione, sarebbero, di per ciò stesso, ‘flessibili’.*

*Il presupposto (peraltro indimostrato) della originaria flessibilità dello Statuto ha, perciò, contribuito, in maniera determinante, ad accomunare `nella categoria delle costituzioni flessibili: i ‘coacervi’ (o ‘aggregati’) di atti e fatti nomativi ‘sostanzialmente’ (ma non ‘formalmente’) costituzionali (come la Costituzione britannica) – che, ovviamente, non prevedono procedimenti speciali di revisione -; le costituzioni scritte (appartenenti all’area culturale britannica) esplicitamente modificabili mediante leggi ordinarie; le costituzioni formalizzate in uno speciale atto che non prevedono alcun procedimento per la loro revisione (come, per l’appunto, lo Statuto albertino).”<sup>35</sup>*

---

<sup>34</sup> Op. cit., p. 46.

<sup>35</sup> Op. cit., p. 18.

Por fim, corroborando as teorias até aqui observadas, Celso Bastos explica que a Constituição flexível é aquela que admite a sua modificação por um processo idêntico ao adotado para a produção legislativa, ou seja, por leis ordinárias.<sup>36</sup>

Feitas as necessárias distinções entre um e outro característico, podemos resumir a questão estabelecendo que enquanto as constituições rígidas demandam, para sua alteração, maiores formalidades e rito procedimental específico e mais dificultoso do que exige para as leis ordinárias, as constituições flexíveis não impõem maiores obstáculos para a reforma das leis constitucionais, que por sua vez sofrerão os câmbios que se entender necessários segundo o mesmo critério que se utiliza para a criação legislativa infraconstitucional.

---

<sup>36</sup> Op. cit., p. 71.

## CAPÍTULO II

---

---

### A ESTABILIDADE CONSTITUCIONAL

---

---

Estabilidade, em notas gerais, é a condição daquilo que se mantém constante, estável. Reflete o estado de equilíbrio, de imperturbabilidade, de firmeza.

Transferindo essa idéia para o cenário constitucional, pode-se asseverar que Constituição estável é aquela cuja ordem não está sujeita a constantes abalos, suas disposições são duradouras e seu espírito jaz consolidado.

Obviamente esta tentativa de conceituar a estabilidade da Constituição não se mostra suficiente a abranger todos os aspectos a envolverem o fenômeno que se pretende avaliar. O fato de a Constituição mostrar-se estável, ou não, depende de diversos fatores, diretos e indiretos à própria idéia que se faz da Lei Maior e, com base em tal realidade, necessário se faz analisar o fenômeno da estabilidade constitucional sob distintos enfoques, para melhor compreender este conceito tão abrangente e de suma importância para o adequado conhecimento de sua influência no cenário constitucional.

Para tanto, curial é a análise conjunta do valor *estabilidade constitucional* com outros preceitos relacionados à idéia de Constituição, buscando verificar se há relação direta entre eles e em que medida contribuem para a manutenção de uma ordem constitucional estável.

## **II.1. A ESTABILIDADE, A SUPREMACIA E OS CONCEITOS CLÁSSICOS DE CONSTITUIÇÃO**

O exame prudente do princípio da estabilidade constitucional demanda seja ele avaliado em consonância com outro princípio de enorme importância no Direito Constitucional: o da supremacia da Constituição.

A supremacia, segundo uma visão generalizada do conceito, indica a condição daquilo que goza de total e incontestável superioridade, que tem primazia, preponderância sobre as demais coisas. O supremo não admite a existência de algo que lhe supere. Não condiz com a idéia de que deva submeter-se a qualquer força que lhe preceda. É a partir dessa idéia de hegemonia que havemos de compreender o sentido da supremacia da Constituição.

O estudo acerca da superioridade da Constituição não se restringe apenas à análise do contexto gramatical em que o conceito está inserido. É matéria complexa, que normalmente é conhecida sob duas perspectivas bem distintas. A primeira faz referência a fatores intrínsecos à norma, e, nesse caso, sua força decorre da correspondência entre suas diretrizes e a realidade do contexto social. Nesse contexto, importa observar se o conteúdo da Lei Maior é reconhecidamente conformador da ordem estatal e da sociedade à qual se destina, harmonizando-se com um e outro e garantindo, assim, sua eficácia e exeqüibilidade.

A segunda perspectiva remete a questões externas à Constituição, mais precisamente à defesa de sua superioridade perante as demais normas legais mediante critérios de controle da constitucionalidade das leis. No caso

das constituições escritas, é fruto, também, da maior ou menor dificuldade de lhe imporem mudanças formais. O conceito de rigidez constitucional.

Nessa segunda perspectiva, a supremacia constitucional é comumente tratada sob a ótica dos instrumentos garantidores dessa superioridade, pontuados no corpo da Constituição. Com efeito, o atributo da imperatividade – comum a toda obra legislativa – assume, no tocante às normas constitucionais, uma feição particular, a da superioridade perante os demais preceitos contidos no mesmo ordenamento jurídico. Além de imperativas, as Constituições são supremas, e ganham lugar de destaque em relação às demais normas que, por sua vez, haverão de conformar-se àquelas, tanto no que concerne ao processo de elaboração, quanto no que se refere à matéria de que tratam, sob pena de padecerem do vício da inconstitucionalidade.

Desse modo, partindo desse pressuposto de necessária validação das normas infraconstitucionais perante a Constituição, os estudos sobre a supremacia constitucional invariavelmente abordam o tema do controle de constitucionalidade, do processo legislativo e seus limites, enfim, da submissão do sistema legal hierarquicamente inferior à Norma Fundamental.

O trabalho proposto não vislumbra a análise aprofundada da supremacia constitucional segundo o contexto exterior à Norma Fundamental, à questão da proteção de sua superioridade perante a produção legislativa infraconstitucional. Fez-se indispensável, aqui, um corte metodológico que permita o estudo da supremacia da Constituição independentemente do sistema de controle constitucional. Em razão disso, circunscreveremos o estudo do princípio da superioridade constitucional àquela primeira perspectiva, que alude à correspondência axiológica entre a proposta constitucional e à realidade social. À supremacia material da Constituição

como pressuposto indispensável à manutenção da estabilidade da Norma Fundamental.

Insta salientar, no entanto, que pouco importa o ângulo sob o qual se analisa o princípio da supremacia da Constituição, o que se deve ter em conta é que este princípio configura a base do ordenamento jurídico de qualquer sistema. As normas constitucionais efetivamente gozam de posição superior às demais normas jurídicas em qualquer hipótese, seja a Constituição escrita ou costumeira, seja rígida ou flexível, seja sob o critério formal ou material. É ele, segundo Pinto Ferreira, “uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”.<sup>37</sup> Isso quer dizer que a Constituição exerce um papel fundamental ao se colocar na base do sistema jurídico. É a lei suprema, a norma fundamental do Estado, pois nela se encontra a própria estruturação deste e a ordenação de seus órgãos. É dela que se extraem as normas fundamentais do Estado, e isto basta para evidenciar sua superioridade diante das demais normas legais, tanto em razão das regras garantidoras dessa supremacia, previstas na própria Constituição, quanto - e principalmente - pelo fato de que a Norma Fundamental, por representar a vontade e os princípios soberanos da Nação, não pode suportar qualquer sujeição, independentemente da existência de normas de controle de constitucionalidade.

Com base nesta concepção, forçoso concluir no sentido de que a Constituição não representa apenas um limite, é antes o fundamento do poder público e da ordem jurídica. É ela quem estabelece o poder do Estado e regula a formação das normas jurídicas que, conseqüentemente, devem conformar-se com as normas constitucionais para dotarem-se de validade e legitimidade.

---

<sup>37</sup> FERREIRA, Luiz Pinto. *Princípios gerais do Direito Constitucional moderno*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 90.

Esta posição de superioridade diante de outras manifestações é característica indissociável da norma de natureza constitucional. Tanto é que os vários conceitos de Constituição já estudados estão carregados deste valor, ainda que sejam vários os sentidos da palavra “constituição”. Carl Schmitt bem expôs a questão, destacando, dentre os vários conceitos do termo, aquele que faz referência àquilo que chamou de “Constituição em sentido absoluto”:

*“Constitución em sentido absoluto puede significar una ‘regulación legal fundamental’, es decir, un ‘sistema de normas’ supremas y últimas (Constitución = norma de normas).*

*Aquí, constitución no es una actuación del ser, ni tampoco un devenir dinámico, sino algo normativo, un simple ‘deber-ser’. Pero con esto non se trata de leyes o normas particulares, si bien quizá muy importantes y producidas con determinadas características externas, sino de una normación total de la vida del Estado, de la ley fundamental en el sentido de una unidad cerrada, de la ‘ley de las leyes’. Todas las otras leyes y normas tienen que poder ser referidas a esa una norma. Bajo tal significación de la palabra, el Estado se convierte en una ordenación jurídica que descansa en la Constitución como norma fundamenal; es decir, en una unidad de normas jurídicas. Aquí, la palabra ‘Constitución’ designa una unidad y totalidad’. También es, por eso, factible identificar Estado y Constitución; pero no, com en la anterior significación de la palabra, en el modo Estado = Constitución, sino al contrario: la Constitución es el Estado, porque el Estado es tratado como um ‘Deber-ser’ normativo, y se ve en él sólo un sistema de normas, una ordenación ‘jurídica’, que no tiene una existencia del Ser, sino que vale como deber, pero que no obstante – puesto que aquí se coloca una unidad cerrada, sistemática, de normas y se equipara con el Estado – sirve para fundar un concepto asoluto de Constitución. Por eso es también posible designar en este sentido a la Constitución como ‘soberana’, si bien ésta es una forma poco clara de expresarse. Pues, en pluridad, sólo una cosa con existencia concreta, y no una simple norma válida, puede ser soberana.”<sup>38</sup>*

E explica o que é necessário para que uma Constituição tenha validade e goze de superioridade material:

---

<sup>38</sup> Op. cit., p. 33.

*“En realidad, una Constitución es válida cuando emana de un poder (es decir, fuerza o autoridad) constituyente y se establece por su voluntad. La palabra ‘voluntad’ significa, en contraste con simples normas, una magnitud del Ser como origen de un Deber-ser. La voluntad se da de un modo existencial: su fuerza o autoridad reside en su ser. Una norma puede valer cuando es justa; entonces la concatenación sistemática conduce al Derecho natural y no a la Constitución positiva; o bien una norma vale porque está positivamente ordenada, es decir, por virtud de una voluntad existente. Una norma nunca se establece por sí misma (éste es un modo fantástico de hablar), sino que se reconoce como justa porque es derivable de preceptos cuya esencia es también justicia y no sólo positividad, es decir, verdadera realidad ordenadora. Quien dice que la Constitución vale como ‘norma fundamental’ (no como voluntad positiva), afirma con ello que es capaz de portar, en virtud de ciertas cualidades ‘de contenido’, lógicas, morales u otras, un sistema cerrado de preceptos justos. Decir que una Constitución no vale a causa de su justicia normativa, sino sólo de su positividad, y que sin embargo, funda como pura norma un sistema o una ordenación de puras normas, es una confusión llena de contradicciones.”<sup>39</sup>*

Note-se, por importante, que a noção de supremacia da Constituição está diretamente relacionada, segundo o publicista, dentre outros, com a necessidade de a norma constitucional derivar de preceitos justos, não bastando esteja ela fulcrada em sua positividade.

Nesse diapasão, é forçoso concluir que da simples análise das diversas concepções de Constituição é possível vislumbrar a correlação entre esta e a supremacia, tal qual visto em Carl Schmitt. A partir da compreensão da natureza da Lei Maior, tornam-se mais claras as idéias de supremacia e estabilidade que pretendemos priorizar neste estudo.

---

<sup>39</sup> Op. cit., p. 34.

## II.2. RIGIDEZ E FLEXIBILIDADE CONSTITUCIONAL E SEUS REFLEXOS NA SUPREMACIA E NA ESTABILIDADE DA NORMA FUNDAMENTAL

Tendo analisado os conceitos e as classificações que envolvem o termo “Constituição”, imperiosa é a análise da dicotomia *rigidez x flexibilidade*, e como tal reflete na questão da supremacia e da estabilidade da Norma Fundamental.

Uma vez mais, é Jorge Miranda quem nos auxilia nessa tarefa, ao asseverar que a rigidez constitucional revela-se um corolário natural, histórico – ainda que não logicamente - decorrente da adoção de uma Constituição em sentido formal. A força jurídica das normas constitucionais, por sua vez, esta relacionada a um modo especial de produção e as dificuldades postas à aprovação de uma nova norma constitucional, impedem que a Lei Maior seja alterada indistintamente, em quaisquer circunstâncias, sob a pressão de certos acontecimentos, ou que seja afetada por eventual oscilação ou inversão da situação política.<sup>40</sup> Denota-se, aqui, o caráter estabilizador da rigidez constitucional.

Contudo, em que pese desempenhar esse nobre papel, a rigidez constitucional jamais deverá extrapolar os limites da razoabilidade, sob pena de impossibilitar a adaptação da norma às novas exigências políticas e sociais. “*A sua exacta medida pode vir a ser, a par (em certos casos) da flexibilidade, também ela uma garantia da Constituição*”.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> Op. cit., T. II, p. 122.

<sup>41</sup> Ibid., p. 123.

É o que salienta, igualmente, Konrad Hesse, ao lecionar que a solução destes contrários é exatamente aquela harmonização natural entre os opostos, filosoficamente ponderada por Heráclito:

*“(...) De ahí que la cuestión acerca de la ‘rigidez’ o ‘movilidad’ de la Constitución no se plantee em forma de alternativa sino como un problema de coordinación ‘correcta’ de dichos elementos.*

*Ambos son necesarios para que la Constitución pueda cumplir su cometido, los caracteres de apertura y amplitud porque sólo ellos permiten responder al cambio histórico así como a la diversidad de las situaciones vitales, las disposiciones vinculantes porque su virtud estabilizadora posibilita esa relativa constancia, única capaz de preservar a la vida de la Comunidad de su disolución en un cambio continuo, inabarcable e incontrolable. La coordinación de ambos elementos es necesaria a fin de que ambos puedan cumplir su misión. Lo persistente no puede convertirse en un obstáculo allí donde el movimiento y el progreso se imponen; de lo contrario el cambio se produce al margen de la norma jurídica. Lo cambiante no debe eliminar la virtud estabilizadora de las disposiciones vinculantes; de lo contrario, queda incumplido el cometido de la Constitución, el orden jurídico fundamental de la Comunidad”.*<sup>42</sup>

Não destoa desse pensamento José Afonso da Silva. Para o constitucionalista, a estabilidade das Constituições não deve ser absoluta, não pode, jamais, redundar em imutabilidade da norma. Na verdade, não existem Constituições imutáveis diante da realidade social que, ao contrário, é altamente mutável, e, se a Constituição não é apenas um instrumento da ordem, mas também de progresso social, não pode quedar-se inerte diante da evolução da sociedade. Necessita, é claro, assegurar certa estabilidade constitucional, certa permanência e durabilidade das instituições, mas sem prejuízo da perfeita e constante adaptação às exigências do progresso, da evolução e do bem-estar social.<sup>43</sup>

E, parafraseando Meirelles Teixeira, conclui:

---

<sup>42</sup> *Escritos...*, op. cit., p. 25.

<sup>43</sup> *Curso...*, op. cit. 46.

*“A rigidez relativa constitui técnica capaz de atender a ambas as exigências, permitindo emendas, reformas e revisões, para adaptar as normas constitucionais às novas necessidades sociais, mas impondo processo especial e mais difícil para essas modificações formais, que o admitido para a alteração da legislação ordinária.”<sup>44</sup>*

Em igual doutrina, Canotilho ensina que a dicotomia entre rigidez e flexibilidade não demanda uma alternativa radical. O que se exige na verdade, é uma articulação ou coordenação dessas duas grandezas, pois, *“se por um lado o texto constitucional não deve permanecer alheio à mudança, também, por outro lado, há elementos do direito constitucional (princípios estruturantes) que devem permanecer estáveis, sob pena de a Constituição deixar de ser uma ordem jurídica fundamental do Estado para se dissolver na dinâmica das forças políticas”*. A estabilidade aqui tratada deve preservar o que o autor designa de *identidade da Constituição*, ou seu núcleo de princípios inalteráveis.<sup>45</sup>

O mesmo entendimento é asseverado por Konrad Hesse, defensor ferrenho da *vontade de Constituição*:

*“A questão sobre a ‘rigidez’ ou sobre a ‘mobilidade’ da Constituição não é, por conseguinte, questão de uma alternativa, senão uma questão de coordenação ‘exata’ desses elementos. Ambos são, por causa da tarefa da Constituição, necessários, a abertura e amplitude porque somente elas possibilitam satisfazer a transformação histórica e a diferenciabilidade das condições de vida, as determinações obrigatórias, porque elas, em seu efeito estabilizador, criam aquela constância relativa, que somente é capaz de preservar a vida da coletividade de uma dissolução em mudanças permanentes, imensas e que não mais podem ser vencidas. É necessária a coordenação desses elementos para que ambos possam cumprir sua tarefa. O persistente não deve converter-se em impedimento onde movimento e progresso estão dados; senão o desenvolvimento passa por cima da normatização jurídica. O movente não deve abolir o efeito estabilizador das fixações obrigatórias; senão a*

---

<sup>44</sup> Op. cit., p. 46.

<sup>45</sup> *Direito...*, op. cit., p. 152.

*tarefa da ordem fundamental jurídica da coletividade permanece invencível*<sup>46</sup>

Assiste razão aos autores aqui referidos. É preciso relativizar ambos os conceitos, de rigidez e flexibilidade, se o objetivo é alcançar o ponto ideal entre estes dois opostos. Se de um lado a Constituição não pode frear a evolução social, de outro não pode estar a descoberto, sujeita a toda sorte de interesses reformistas, mais ou menos oportunos.

Nesse sentido, cabe indagar qual dos dois sistemas, se o das constituições rígidas ou o das constituições flexíveis, melhor preserva o sentido da supremacia constitucional, donde decorre a estabilidade da Lei Suprema. Na nossa opinião, os dois. Cada qual à sua maneira. A rigidez funcionando como obstáculo ao interesse de se imporem reformas inoportunas ao texto; e, a flexibilidade, permitindo que, quando realmente necessário, a Constituição se desenvolva no ritmo da sociedade.

A doutrina, vale dizer, costuma distinguir entre *supremacia material* e *supremacia formal* da Constituição. Já tivemos oportunidade de avaliar o aspecto atinente à idéia de *Constituição material* e *Constituição formal*, pelo que limitamo-nos àquelas considerações, suficientes ao fim ora pretendido.

A *supremacia material*, do ponto de vista sociológico, é característica inclusive das constituições flexíveis, conforme veremos. Todavia, do ponto de vista jurídico, só é concebível a supremacia formal, que se apóia na regra da rigidez.

---

<sup>46</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, p., 46.

A *supremacia formal*, como dito, somente pode ser destacada no caso de rigidez constitucional. Segundo Georges Burdeau, a simples previsão de um modo especial de revisão constitucional dá nascimento à distinção de duas categorias de leis: as *leis ordinárias* e as *leis constitucionais*<sup>47</sup>, e, atualmente, também a uma terceira categoria: *as leis complementares*.

A Constituição brasileira de 1988, por exemplo, é rígida. Dessa forma, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Não há um órgão ou pessoa sequer que sejam soberanos, pois todos os Estados brasileiros, o Distrito Federal, os titulares das Funções Legislativa, Executiva e Judiciária, estão limitados, de maneira explícita ou implicitamente, pelas normas positivas da Lei Maior. Exercem suas atribuições sob os termos nela estabelecidos.

Não há que se perder de vista, reiterar-se, o fato de que todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional apenas serão válidas se forem ao encontro das normas constitucionais, sob pena de serem aquelas declaradas inconstitucionais.

Sobre o tema, Canotilho nos ensina que a Constituição cumpre o papel de fundamento das *estruturas normativas*. É a idéia de Constituição como *norma primária sobre a produção jurídica*.

E explica:

*“O sentido que aqui se dá à Constituição situa-se muito próximo da noção de constituição material de Kelsen e do conceito de constituição substancial de Lavagna. Queremos com isto dizer que a constituição vai entendida no sentido de uma norma positiva ou conjunto de normas*

---

<sup>47</sup> BURDEAU, Georges. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966. p. 76.

*positivas através das quais é regulada a produção de normas jurídicas. Nesta acepção, a Constituição é uma norma primária sob um duplo ponto de vista: sob o ponto de vista genético-funcional, porque regula os processos através dos quais as normas do sistema jurídico podem ser criadas e modificadas; sob um ponto de vista hierárquico, porque a constituição se situa no topo da pirâmide normativa”.*<sup>48</sup>

E conclui, suscitando que a superioridade da Constituição relativamente às outras normas implica uma *relação axiológica* entre a Constituição e essas normas, precisamente porque a sua primariedade postula uma maior força normativa”.<sup>49</sup>

Canotilho alerta, no entanto, que a supremacia da Constituição não se deduz apenas em razão dessa perspectiva normativista. A idéia de Constituição como *estatuto jurídico do político* impõe compreendermos essa superioridade com base no fato de a Norma Fundamental constituir elemento de determinação, direção, impulsão, harmonização e coordenação das diversas funções políticas, atribuídas a múltiplos órgãos estaduais, atuando como gênese dos atos de direção política.<sup>50</sup> É a noção de *supremacia material* da Constituição, cuja força vinculante independe do grau de rigidez da norma constitucional.

E é exatamente sob este fundamento que nos é possível compreender que também – ou mais – as Constituições flexíveis ostentam seu valor supremo, na medida em que a Constituição material igualmente vincula a ordem jurídica, os entes estatais e o povo, ainda que para tanto haja a necessidade de uma maior *consciência constitucional*, ou, no dizer de Hesse,

---

<sup>48</sup> *Direito...*, op. cit., p. 817.

<sup>49</sup> *Ibid.* p. 818.

<sup>50</sup> *Ibid.* p. 819.

*vontade de Constituição*, capaz de compelir o Poder Público e o povo em geral a se sujeitarem aos ditames constitucionais.<sup>51</sup>

Jorge Miranda, dedicando-se a compreender a matéria, ratifica esse entendimento, e ressalta que perante uma Constituição flexível não se posterga, nem é mais diluída a incidência material das suas normas sobre as leis, as quais lhe estão logicamente subordinadas. Apesar de criadas e revogadas sem maiores solenidades, são inconfundíveis as funções da norma constitucional e das normas ordinárias, mesmo sob o signo da flexibilidade constitucional.<sup>52</sup>

Para Miranda, há limites intrínsecos a que se sujeitam as normas e os atos jurídico-públicos, e também por isso é a Constituição, e não a lei, a norma jurídica superior dentro do Estado, podendo haver, a toda evidência, inconstitucionalidade em um sistema que adotou uma Constituição flexível. Tal é decorrência da supremacia em sentido formal.

Corroborando esse entendimento José Afonso da Silva, que, sob o escólio de Burdeau, bem identifica a supremacia das Constituições flexíveis:

*“Georges Burdeau sustenta que a constituição é a lei suprema do Estado, quer seja escrita, quer seja costumeira. Do ponto de vista sociológico a assertiva é procedente, e pode ser admitida uma supremacia material da constituição, como o autor salienta, resultante do fato de que a ordem jurídica repouse sobre ela, nela se origine e só nela obtenha validade; do fato de ser a constituição que organiza as competências resulta sua superioridade material; criando competências,*

---

<sup>51</sup> Uadi Lammêgo Bulos (*Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 55) teve a oportunidade de expor seu pensamento sobre o assunto, asseverando que “a Constituição, situada no vértice do ordenamento jurídico, não permite que confundamos o ato de elaboração das leis comuns com o procedimento solene e dificultoso utilizado para a sua reforma. Nesse particular aspecto de natureza ‘formal’, a supremacia das Constituições emana da rigidez. Mas não é somente a Constituição rígida que goza do atributo da supremacia constitucional. Os textos flexíveis, de vertente sociológica, também são supremos. Disso resulta a diferença entre a supremacia ‘formal’ e a supremacia ‘material’ das Constituições”.

<sup>52</sup> Op. cit., T. II, p. 126.

*ela é necessariamente superior às autoridades naquelas investidas, pelo quê essas autoridades não poderiam ir de encontro à constituição sem se despojarem, em consequência, de seu título jurídico. Essa doutrina de Burdeau é plenamente válida no plano sociológico.*<sup>53</sup>

As Constituições costumeiras, históricas, flexíveis sob o ponto de vista jurídico, apresentam, freqüentemente, notável rigidez, consideradas na realidade da vida. Ninguém ousaria afirmar, por exemplo, que a Constituição do Reino Unido não goza de exemplar supremacia perante o povo e as instituições britânicas. É, sob o ponto de vista sociológico, dotada de maior rigidez que a Constituição norte-americana que, sob o ponto de vista jurídico, é super rígida.<sup>54</sup>

Na França, outrossim, sob influência da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, convencionou-se considerar o critério material como sustentáculo da Constituição, uma vez que “toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes não possui Constituição”<sup>55</sup>.

Digna de lembrança, nesse sentido, é a concepção de Constituição que deve prevalecer segundo Costantino Mortati, em cujos meandros ganha destaque o senso real da Norma. Mortati, como vimos, considera a Constituição como a categoria central do direito público, que assume a função de compor a unidade entre Estado e sociedade.

Partindo do pressuposto que os elementos formais são insuficientes para determinar as características essenciais da Constituição, deve-se

---

<sup>53</sup> SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 41.

<sup>54</sup> Confira-se, nesse sentido, Carlos Mario da Silva Velloso e sua obra *Temas de Direito Público*, Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 148.

<sup>55</sup> Conforme dicção do artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. No original: “*Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*”.

qualificá-la segundo seu elemento material. A Constituição emana de forças político-sociais dominantes, historicamente determinadas, que também garantem a observância de seus limites, ainda que sobrevenham sensíveis mudanças no texto constitucional.

A Constituição material, a representar o núcleo essencial de fins e forças que regem qualquer ordenamento positivo, é a que prevalece, inclusive englobando a Constituição formal. Esta, em verdade, adquirirá tanto maior capacidade vinculativa quanto mais o seu conteúdo corresponder à realidade social e quanto mais esta se estabilizar num sistema harmônico de relações sociais.

Dessa feita, seja rígida, seja flexível, a supremacia da Constituição guarda íntima relação com sua própria essência. E a essência da Constituição não está na sua juridicidade, e sim nas manifestações das forças sociais, políticas e econômicas dominantes, como bem analisa Mortati.<sup>56</sup>

Obviamente que a Constituição não deve apenas refletir essas tais “forças dominantes”, sob o risco de configurar um documento meramente semântico. Deve, acima de tudo, coordená-las, de modo a conformar essas manifestações ao *dever ser* pretendido pela Norma Excelsa. Desde que exista consciência e vontade constitucional, para que todos, indistintamente, adequem suas condutas aos preceptivos constitucionais supremos, a Constituição passa a incorporar a alma da realidade que pretende regular, e, assim, adquire força tamanha que não haverá quem subestime seu poder soberano, nem mesmo os detentores das forças dominantes.

---

<sup>56</sup> Op. cit., pp. 87 e ss.

E, neste cenário, de respeito à Norma Fundamental, que decorre do consenso geral quanto à sua supremacia, há um vasto campo para o desenvolvimento da idéia de estabilidade constitucional como pressuposto indispensável à manutenção do Estado Democrático de Direito.

Ora, se existe a consciência de que a Constituição é dotada de supremacia, de que seus preceptivos devem ser cultuados, de que seus pressupostos contribuirão com a evolução da vida social, já que conformes com a realidade daquele povo, não haverá razão para que se proponham reiteradas alterações à Norma Fundamental. Se ela guarda enorme coerência com os anseios da sociedade, será devidamente respeitada como norma. Se respeitada, prescindirá de modificações freqüentes, já que sua estabilidade será tida como indispensável à evolução humana.

Veja-se que há íntima relação entre supremacia e garantia de estabilidade. Cremos que ambas caminham *pari pasu*. A supremacia constitucional floresce em um terreno estável. A estabilidade depende do reconhecimento da superioridade da Constituição, quando, então, as modificações constitucionais inoportunas serão vistas como ervas daninhas a destruir ambos os valores.

## **II.3. ESTABILIDADE E TÉCNICA CONSTITUCIONAL - ESTRUTURA DA CONSTITUIÇÃO E SUA INFLUÊNCIA NA ESTABILIDADE DA NORMA FUNDAMENTAL**

### **II.3.1. A EXTENSÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL E SUA RELAÇÃO COM A ESTABILIDADE DA CONSTITUIÇÃO**

O que releva considerar, nesse ponto, é a relação entre a extensão do texto constitucional e, na prática, o modo como a técnica adotada pelo constituinte pode refletir na idéia de estabilidade, que deve caminhar em ritmo com a Constituição.

Um estudo histórico nos permite concluir que a grande virtude das Constituições sintéticas reside na sua maior duração ao curso dos anos. Apresentam-se facilmente adaptáveis às transformações da realidade sem que haja necessidade de alterações formais em seu texto, mérito do caráter principiológico que ostentam. A Constituição norte-americana, como marco de estabilidade formal na seara constitucional, é fato incontroverso a comprovar a tese ora suscitada.

*A contrario sensu*, é de se supor que as Constituições analíticas, cuja nota é a positivação de tantas normas quantas bastem para suprir o intento legiferante do constituinte, seriam facilmente modificáveis, na medida em que a constitucionalização de todo tipo de matéria acaba por aumentar o rol de possibilidades de reforma. Quanto mais abrangente o texto constitucional, maior o campo de trabalho do poder de reforma, o que contribui com a crise de supremacia da Lei Maior.

Mas, essa ilação deve ser vista com extrema prudência. Cremos que não exista relação direta e indistinta entre Constituição analítica e debilidade constitucional, ou mesmo instabilidade constitucional. Não é correto afirmar que o declínio ou a perda da estabilidade da Constituição decorra, nos modelos analíticos, da extensão exagerada de seu texto. E tal, por duas razões primordiais.

Primeiro porque na maioria das vezes – queremos crer que sempre – o constituinte entende válida a constitucionalização de um sem-número de valores, idéias, princípios, e até mesmo sentimentos, simplesmente porque tal retrata a realidade histórica cujas forças atuaram no processo constitucional, e assim determinaram que tais preceitos ali fixassem suas bases, exatamente para ganharem *status* constitucional e, assim, vincularem a ordem jurídica.

Por esta razão é que a grande maioria das Constituições nascidas em momento imediatamente posterior a períodos de instabilidade social e política, de profundos traumas na ordem vigente e de injustas e desmedidas privações aos direitos fundamentais, tendem a ganhar esse aspecto *dirigente*. E tal se dá, não porque a previsão constitucional expressa de um ou outro direito garantam sua prevalência e obstaculizam eventual violação, mas, acima de tudo, porque é essa a realidade que conformará a Constituição.

Oportuno é o comentário de Gisela Maria Bester ao avaliar esta problemática tendo como enfoque o cenário que cingia o berço da Constituição brasileira de 1988, a qual, na sua opinião, reflete exatamente o estado e a realidade da Nação, e espelha:

*“...as virtudes e os defeitos do povo brasileiro. E se ela é extensa, é porque não somos sutis a ponto de termos regras claras e objetivas com paralela economia de palavras. Não, não somos dados às sutilezas; nós*

*somos explícitos, minudentes e repetitivos, e bem por isso precisamos inserir e repetir no texto constitucional regras que pareceriam óbvias em outras culturas.*

*Se a Constituição é ‘exagerada’, é porque nós brasileiros somos exatamente assim: exagerados, expansivos, largos nos sorrisos e nas maneiras. Somos abundantes nas cores, nos decotes, nas mesas postas, na voluptuosidade da exibição dos corpos masculinos e femininos. Somos fartos na exposição de nossas vaidades, mas também na admiração do que vem de fora. Falamos alto, furamos filas, mas também somos exuberantemente solidários, acolhedores, hospitaleiros, sensíveis, emotivos. Um sem-número de outros defeitos e qualidades poderiam ser descritos, mas os listados já nos bastam para provarmos uma tese irrefutável: a tese de que a Constituição é o nosso retrato.*

*A Constituição modelo, dos Estados Unidos, enxuta na forma, breve, objetiva, talvez não nos sirva porque somos de uma exuberante extroversão, daí que para nós só poderia ser mesmo uma Constituição do tipo generosa.”<sup>57</sup>*

Dissertando sobre o tema, o professor André Ramos Tavares, seguindo a mesma linha de raciocínio, recorda que as razões para o surgimento das constituições analíticas são várias, sempre relacionados com a tentativa de assegurar com maior ênfase os direitos e liberdades. Segundo o autor, o motivo pela escolha da Constituição dirigente está na indiferença do legislador ordinário, que se transforma em desconfiança; a relevância de certos direitos subjetivos que demandam proteção constitucional; a imposição de deveres ao Poder Público, visando coibir desvios de poder e atos arbitrários; a necessidade de que certos valores sejam permanentes, “*garantindo, assim, um sentimento de segurança jurídica decorrente da rigidez constitucional*”<sup>58</sup>.

Desse modo, se a Constituição é extensa porque são muitos os valores que o povo entende merecedores de promoção ao nível constitucional, se é essa a vontade manifestada pelos nacionais, não pode ser isso que demanda

<sup>57</sup> BESTER, Gisela Maria. Direito constitucional – fundamentos teóricos. São Paulo: Manole, 2005, vol. 1, p. 115.

<sup>58</sup> TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 67

contra a estabilidade constitucional. Configuraria enorme contradição entender que o texto constitucional restaria fragilizado exatamente porque ali se planificou tudo o que o povo – soberano, vale lembrar – anseava.

A segunda razão reside em uma constatação concreta: o respeito à Constituição não decorre do número de páginas que possui, pouco ou nada tem a ver com a quantidade de artigos que organiza em seu corpo. Muitos são os exemplos de Constituições que reduziram à termo, minuciosamente, questões de pouca ou nenhuma vocação constitucional e, nem por isso, deixaram de ser respeitadas no seio da sociedade, mostrando-se exemplarmente estáveis.

Nesse contexto, limitaremos-nos a citar um único exemplo, que, além de ilustrar bem o que se pretende provar, vale pela relevância histórica: a Constituição de Weimar, de 1919.

É sabido que a Constituição de Weimar foi concebida enquanto a Alemanha ainda recolhia os destroços da Primeira Grande Guerra, conflito que lhe custou, além de diversas vidas humanas, uma recessão econômica sem precedentes na história alemã, agravada pela escorchante e irreal indenização de guerra imposta pelo tratado de Versalhes.

Diante desse quadro, a Alemanha moldou o que se tornaria um dos marcos do constitucionalismo moderno, e cuja superioridade diante do ordenamento jurídico alemão ganhou notoriedade. A institucionalização das bases da social-democracia foi determinante para esse sucesso, pois vinha suprir uma necessidade premente do povo alemão. E, se não vigorou por maior período, se não gozou de maior estabilidade, foi porque seus princípios foram gravemente subvertidos pelo partido nazista de Hitler, quando este

alçou o poder em 1933. Nenhuma Constituição resiste a uma ruptura profunda da ordem vigente, a um atentado de tamanha proporção.

Com 165 artigos, e recorrendo a detalhes como, por exemplo, a previsão exata do texto do juramento do Presidente eleito perante o *Reichstag*<sup>59</sup>, A Constituição de Weimar não pode ser considerada uma Constituição sintética, e, nem por isso, deixou de ostentar importante soberania.

Dito isso, é de se frisar, então, que não é o tamanho do texto que definirá se a Constituição gozará de plena estabilidade ou não. Ainda que se reconheça que a ampliação da matéria constitucionalizada colabora com a sujeição maior do texto à índole reformista do legislador, será, novamente, a *consciência constitucional* que determinará se as tais reformas serão aceitáveis e em que intensidade. A estabilidade constitucional, repisamos, pouco tem a ver com a extensão do texto da Lei Fundamental, depende, muito mais, do conteúdo desse texto, da necessidade de conformação dele com a realidade social. Pode-se dizer que não se trata de uma questão de “comprimento”, mas sim de “cumprimento”, pelo Constituinte, de seu dever, como representante da soberania popular, de elaborar a Constituição de maneira que ela represente, tanto quanto seja possível, a sociedade que se pretende constituir, sem deixar, obviamente, de prever o modelo ideal a ser seguido, as diretrizes que devem ser observadas e os caminhos que haverão de ser abertos para que a Nação evolua sob o signo do *dever ser*.

---

<sup>59</sup> Nos termos do artigo 42 da Constituição de Weimar, o Presidente eleito deveria jurar, perante o Parlamento, que devotaria sua força à manutenção do bem-estar do povo alemão, à sua prosperidade, protegendo-os de qualquer dano, à observância da Constituição e das leis da Federação alemã, a cumprir seus deveres conscientemente e promover a justiça a todo homem. O dispositivo ainda facultava ao novo Presidente inserir em seu juramento um discurso religioso.

Vale trazer à baila, quanto a este aspecto, o magistério de José Afonso da Silva, que bem resume o contraste que há entre a decisão do Constituinte de prescrever tudo quanto possa imaginar de relevante no texto constitucional, ou se limitar a um breve rol de valores a serem desdobrados pelo legislador ordinário.

Segundo o autor, muitas matérias não-constitucionais por natureza, porque pertencentes ao direito civil, administrativo, processual etc., são incluídas na Constituição formal e, desse modo, adquirem a natureza de normas constitucionais, em virtude do instrumento a que aderem.<sup>60</sup>

Por conseguinte, é um erro considerar essas normas como estranhas ao conteúdo lógico da Constituição, porque esta, hodiernamente, não se destina apenas a definir o estatuto orgânico do Estado, mas, acima de tudo, pretende exprimir a idéia de Direito como diretiva da atividade estatal. Nesse ponto, observa que o caráter social das Constituições contemporâneas abriu espaço às normas programáticas, exigindo do Constituinte adaptar-se às novas exigências do bem comum que, vez ou outra, encontram nestas normas compromisso a fórmula ideal para se alcançar as finalidades sociais. Através delas é possível traçar um objetivo e definir os meios adequados para se chegar lá.

Nesse exercício, de buscar o caminho para atingir a meta traçada pela norma programática – que inicialmente poderia parecer dispensável na Constituição – a sociedade ganha duas vezes: ao reconhecer as metas que necessitam ser buscadas, o que exige intensa mobilização nesse sentido; e, ao formular as estratégias que lhe permitirão cumprir esse desiderato, ser-lhe-á possível traçar um panorama de sua realidade e avaliar se as diretivas estatais

---

<sup>60</sup> *Aplicabilidade...*, op. cit., 42.

estão contribuindo com a concretização dessas metas, ou se as estão afastando, hipótese em que o povo deverá cobrar de seus dirigentes que honrem o compromisso outrora assumido. Não deixa de ser um excelente exercício de cidadania!

### **II.3.2. A ESSÊNCIA DO TEXTO CONSTITUCIONAL E SUA RELAÇÃO COM A ESTABILIDADE DA CONSTITUIÇÃO**

No que tange à essência da Norma Fundamental, é de se indagar qual modelo de Constituição melhor preserva a idéia de estabilidade que o texto constitucional deve ostentar: se a *normativa*, a *semântica* ou a *nominal*. E, nesse ponto, é natural vislumbrar o exemplo que a atual Constituição brasileira nos traz.

Não restam dúvidas de que a Constituição de 1988 é compromissória, pretende algo muito maior do que a realidade poderia comportar. Diante de tal fato, afigurar-se-ia correto dizer que é por isso mesmo, em razão de levantar promessas de difícil concretização, que a Lei Fundamental de 1988 estaria fadada ao insucesso, o que também justificaria os freqüentes ataques à estabilidade constitucional?

Talvez, se considerarmos que ela rege a vida e as instituições de um País pouco afeito às práticas constitucionais, à busca pelo entendimento, razoável que seja, do significado do texto constitucional. Não há perfeição técnica ou similitude perfeita entre a norma e o fato que resistam à indiferença, à *letargia constitucional*.

Ainda que reconheçamos, como Celso Bastos, que as crises jurídico-constitucionais advenham da falta de correspondência entre o descrito e prescrito na Lei Maior e o concretizado ou materializado no mundo empírico – pois a essa dissonância também não há nada que resista -, é certo que um povo carente de vivência constitucional, de vontade de Constituição, não será capaz de transformar em movimento a potência que a Constituição prevê. E, nesse sentido, é o próprio autor que nos dá supedâneo:

*“Aos interesses agasalhados e protegidos pela Lei Fundamental não correspondem iguais organizações e mobilizações dos beneficiados que pudessem pressionar o cumprimento da Constituição. Pode parecer estranho que haja necessidade de exercer pressão nesse sentido. Todavia, é assim que se passam as coisas. A Magna carta não se cumpre espontaneamente. Sua interpretação, entregue em última instância ao Poder Judiciário, não pode permanecer como questão reclusa, a ser resolvida, esforçada e dignamente embora, dentro dos gabinetes e das salas de juizes e Tribunais. É necessário tanto que o povo acompanhe tal atividade, expondo o seu sentir profundo, como também que o Judiciário se abra a esse nacional, fazendo de si o seu grande intérprete.”*<sup>61</sup>

É de se notar, pois, que por mais que se afigure importante o aspecto referente à essência da Constituição, não será esta característica que garantirá, isoladamente, a estabilidade da norma. De nada adiantaria a elaboração de uma Constituição *normativa*, perfeita em seu núcleo, exemplarmente adaptada ao fato social, em plena simbiose com o processo político, em suma, trajando adequada e confortavelmente a sociedade se esta prescindir da necessária *vontade de constituição*, capaz de atribuir à *Lex Mater* a necessária força normativa.

Tal não significa dizer, contudo, que a questão relacionada às características que deram a nota quando do processo de elaboração da Norma Fundamental não reflitam na solidez do texto constitucional. Seria demasiado temerário imaginar que a maior ou menor conformação dos preceptivos

---

<sup>61</sup> *Curso...*, op. cit., p. 125.

constitucionais com a realidade imposta pela vida social em nada influenciaria na estabilidade da Constituição. Obviamente o texto constitucional mais bem adaptado à realidade tende a exteriorizar maior firmeza, menos sujeição ao trânsito das coisas, daí porque a Constituição normativa melhor contribui para a manutenção da subsistência da Lei Maior.

Todavia, a estabilidade não decorre diretamente da eleição do Constituinte por uma Constituição *normativa*, *semântica* ou *nominal*. O respeito não é consequência da estrutura do texto. Em realidade é a estrutura do texto que constitui uma consequência do nível de respeito que o povo guarda para com a idéia de Constituição. Se o Constituinte foi capaz de fazer convergir o texto com o fato social, tal demonstra sua aptidão em reconhecer o verdadeiro papel da Norma Fundamental. Se, por outro lado, a Constituição refletir apenas os interesses do poder político dominante, é porque a concepção do verdadeiro significado de Norma Fundamental não alcançou, naquele Estado, o nível de evolução necessário. Nesse caso, quando diante de uma Constituição *semântica*, devemos de reconhecer que a estabilidade constitucional está sujeita ao enorme risco de jamais prevalecer.

No caminho entre ambas, a Constituição *nominal* parece refletir a vontade de um Constituinte que não quer, necessariamente, sucumbir ao poder político prevalente, mas precisa fazê-lo, e o faz de maneira sutil, pois, ao mesmo tempo que não resiste àquela força, busca compensar seu esmorecimento tratando de constitucionalizar valores, princípios, programas que gostaria fossem concretizados. O resultado disso, se por um lado institucionaliza o poder dominante, por outro traz esperança e direciona a sociedade ao caminho necessário para se alcançar aquela condição de plenitude que, permitisse a conjuntura atual, já deveria estar sedimentada.

Por isso, não nos parece prudente afirmar que a Constituição do tipo *nominal* atravanca o desenvolvimento de uma consciência constitucional capaz de trazer maior equilíbrio ao sistema da Constituição. Ao contrário, a necessidade de materializar aqueles programas que ainda estão no mundo das idéias deveria servir como inspiração e incentivo à Nação, um pretexto, que seja, para justificar a necessidade de se adequar as condutas aos preceitos da Norma Fundamental, pois sabe-se que, assim o fazendo, estar-se-á contribuindo para transformar a Constituição *nominal* em Constituição *normativa*.

E, nesse ponto, cabe ferrenha crítica quanto à maneira que alguns Estados buscam estatuir essa Constituição *normativa*. Quando deveriam trabalhar no sentido de desenvolver os pressupostos da Constituição *nominal*, que quando valorizada tende a transformar-se, assumindo a característica de texto constitucional normativo, o Poder Reformador acaba por operar mudanças freqüentes na Norma, contribuindo com a instabilidade constitucional e a insegurança nas instituições. E este é o menor prejuízo que pode advir dessa prática irresponsável, já que, por vezes, a reforma casuística, a manipulação desrespeitosa e interesseira do texto constitucional, acaba por subverter por completo os valores dessa Constituição *nominal*, que corrompida, converter-se-á em Constituição *semântica*. A partir daí, o caminho de volta ao progresso constitucional será muito mais longo e desgastante.

É para evitar esse equívoco que se deve fomentar o compromisso constitucional. Imbuir na sociedade a idéia da consciência constitucional que permitirá maior respeito à norma, e, por conseguinte, contribuirá com o prestígio de uma Constituição estável, mais resistente à incontinência reformista. Outrossim, advirá daí uma maior compreensão quanto às

possibilidades de modificação da Lei Fundamental sem alteração do texto, via interpretação mutacional, por exemplo, outro fundamento garantidor de segurança, constância e estabilidade constitucional.

Nesse contexto, Celso Bastos define o que, para nós também assim parece, a chave para o triunfo da Constituição:

*“Nisto reside o segredo das Constituições duradouras: na possibilidade de acomodarem-se aos anseios populares pela via da interpretação, que finda por dispensar as alterações freqüentes através de emenda, que em nada engrandecem a socialidade da Lei Maior. (...) há necessidade de comprometer-se o povo com a realidade constitucional, invocando-se a presença conivente do Judiciário como aquele apto a vocalizar a vontade da Lei Maior, influída pelo clamor popular.”<sup>62</sup>*

Já é possível notar, aqui, a importância pela opção de um modo de alteração das Constituições que produza menos traumas no ordenamento jurídico-constitucional. Demais disso, é de se perceber a estreita relação que há entre estabilidade e reforma, e o valor que esta possui, tanto como fator promovedor de adequação e evolução constitucional, quanto como aspecto capaz de garantir maior constância e equilíbrio dos preceitos da Constituição.

Vimos, logo no início destas linhas, que parece mesmo paradoxal a comunhão de idéias como *alteração constitucional e estabilidade da Norma Fundamental*. Em princípio não é possível vislumbrar de que forma ambos aspectos podem coexistir, e mais custoso ainda, é imaginar como o fenômeno da alteração constitucional pode contribuir com a estabilidade da Constituição, já que no senso comum predomina a idéia de que a modificação constitucional é fator primordial para que se institua um estado de total perturbabilidade da norma.

---

<sup>62</sup> Op. cit., p. 127.

Entretanto, a evolução do tema que nos propusemos debater permite vislumbrar que é na harmonização destes dois contrários que reside, em grande parte, a solução para os inconvenientes que advêm de uma eventual situação de instabilidade e insegurança constitucional, e tal juízo será melhor elucidado em capítulo próprio, quando analisarmos essa problemática com base no sistema constitucional brasileiro.

Por ora, resta-nos abordar uma questão mais, que diz respeito à abertura da norma constitucional e sua relação com a estabilidade da Constituição.

#### **II.4. A TEXTURA ABERTA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUA RELAÇÃO COM A ESTABILIDADE DA CONSTITUIÇÃO**

Realmente a ciência do Direito é prodigiosa em nos apresentar alguns paradoxos, ou pelo menos algumas questões assim se apresentam à primeira vista: incongruentes. Não bastasse a aparente oposição entre reforma e estabilidade – a qual nos esforçaremos a demonstrar que não existe – o Direito Constitucional traz uma outra, cujo conflito nasce das idéias inicialmente contrapostas de força normativa, estabilidade constitucional e abertura das normas constitucionais.

Sabemos que a Constituição, como construção normativa, possui natureza *sui generis*. Ao mesmo tempo em que invoca conceitos inequívocos e prescreve regras impositivas e bem específicas de conduta, limitando assim o espaço para conformação da norma, o texto constitucional traz preceptivos de caráter geral e indeterminado, cuja concretização dependerá do talento demonstrado pelo intérprete, da habilidade do construtor do Direito, em

apreender o intento da norma e aplicá-la coerentemente, de modo a atribuir a maior efetividade possível à Constituição.

Desde logo se nota a importância desse aspecto dualista da Norma Fundamental, na medida em que a existência de espaço para conformação de suas regras abertas constitui elemento indispensável para a adaptabilidade do texto constitucional, o que, conseqüentemente, gera reflexos no contexto de estabilidade da Constituição.

Proposto a identificar a verdadeira vocação do texto constitucional, Hesse ensina que a Constituição é “*um sistema aberto de normas e princípios*” cuja função depende de sua capacidade em permanecer incompleta e inacabada, porque a vida que ela quer ordenar é vida histórica e, por causa disso, está sujeita a alterações históricas.<sup>63</sup>

Canotilho, a respeito do assunto, pontifica que o caráter geral e indeterminado de muitas normas constitucionais, e que por tal razão se abrem à mediação legislativa concretizadora, define o que denominou *abertura vertical* da norma constitucional.<sup>64</sup>

Conforme avalia o constitucionalista da Universidade de Coimbra, não é tarefa simples dizer quais normas constitucionais devem ser abertas e quais devem exteriorizar maior densidade, tão pouco é viável fazê-lo sob conceitos rígidos e definitivos. Numa tentativa de pontuar melhor umas e outras, pondera que se deve assinalar a abertura das normas constitucionais em assuntos “*sobre os quais há um consenso geral; em relação aos quais é*

---

<sup>63</sup> *Elementos...*, op. cit., p. 40.

<sup>64</sup> *Direito...*, op. cit., p. 194. Pondera o autor, complementando sua análise, que há outro nível segundo o qual se pode estudar o conceito de abertura das normas constitucionais, fazendo alusão à *abertura horizontal*, para significar a incompletude e o caráter fragmentário e não codificador de um texto constitucional.

*necessário criar um espaço e conformação política; em relação aos quais podem ser justificadas medidas coercitivas ou adaptadoras”*, enquanto a densidade da norma constitucional impõe-se quando há necessidade de tomar decisões inequívocas sobre determinados assuntos polêmicos; quando se faz mister definir e identificar os princípios conformadores da ordem social; e, quando a concretização constitucional imponha a conveniência de normas constitucionais densas. E, tomando como exemplo a Constituição portuguesa, leciona:

*“A abertura de uma norma constitucional significa, sob o ponto de vista metódico, que ela comporta uma ‘delegação’ relativa nos órgãos concretizadores; a ‘densidade’, por sua vez, aponta para a maior proximidade da norma constitucional relativamente aos seus efeitos e condições de aplicação.*

*A abertura e a densidade são ‘grandezas variáveis’, não se podendo dizer, como é ainda hoje corrente na doutrina juspublicística, que há ‘normas constitucionais exequíveis por si mesmo e normas constitucionais não exequíveis por si mesmo... Em nenhum dos casos é possível descortinar, nas normas constitucionais, um ‘programa-condicional’ reconduzível a um simples esquema subsuntivo: se a norma constitucional estabelece um pressuposto de fato, então os concretizadores da constituição (o legislador, o juiz, a administração) têm de adotar certos e determinados comportamentos. Isso são modelos de normas praticamente estranhas ao direito constitucional.*

*Existem certas normas cuja densidade pressupõe um menor espaço de ‘discricionariedade’ ou de ‘liberdade de conformação’ que outras. Assim, por ex., a norma constitucional que regula a liberdade de imprensa é uma norma mais ‘densa’ (cfr. art. 38º) do que uma norma que estabelece como tarefa de Estado ‘Promover o aumento do bem-estar social e econômico e da qualidade de vida do povo, em especial das classes mais desfavorecidas’ (cfr. art. 81º/a). A primeira possui uma ‘determinabilidade’, ‘densidade’ ou ‘exequibilidade’ muito maior que a segunda. Mesmo que seja necessária, em ambos os casos, a ‘interpositio legislatoris’, não oferece dúvidas será a liberdade do legislador muito maior no tipo de norma do art. 81º/a do que no do art. 38º.*

*Por outro lado, há tipos de normas que praticamente constituem um ‘limite’ ao legislador (ex.: normas organizatórias), enquanto noutras avulta o caráter dirigente material (ex.: normas impositivas). As primeiras atuam, fundamentalmente, como ‘determinantes negativas’ dos*

*poderes públicos; as segundas surgem como 'determinantes positivas'".<sup>65</sup>*

O caráter aberto da norma, como se viu, permite uma maior delegação dos órgãos concretizantes, esta sujeita, obviamente, aos postulados e limites impostos na própria Constituição. Pode-se dizer que o intérprete, o aplicador da norma constitucional tem ainda um campo de atuação que lhe permitirá melhor conformar a inteligência do dispositivo constitucional aberto à realidade social, adaptando uma a outra segundo o primado da força normativa da Constituição.

Desse exercício de concretização e conformação da norma certamente surgirão conflitos entre os vários princípios constitucionais. Essas tensões, comuns no direito Constitucional quando da subsunção do caso concreto à norma de Direito, não podem ser resolvidas segundo a ótica restritiva do tudo ou nada, mas devem ser objeto de ponderação e concordância prática entre os valores plasmados em cada princípio e o conflito real. Nessa atividade de harmonização dos princípios não se faz necessária a intervenção do legislador ou mesmo do Poder Reformador, é questão que bem pode ser resolvida pelo aplicador da norma, via construção constitucional. Muda-se o entendimento que se tem da norma constitucional sem violar seu texto. O conflito será solucionado e prevalecerá a estabilidade constitucional.

Impende observar, então, que apesar de a Constituição estabelecer uma ordem material, transportando os princípios materiais caracterizadores do Estado e da sociedade, ela deve permitir o confronto e até mesmo uma certa tensão entre as forças políticas. Não pode a Constituição codificar os assuntos constitucionais de forma exaustiva, deve deixar um espaço ao trabalho

---

<sup>65</sup> *Direito...*, op. cit., p. 195.

concretizador que a irá adaptar à realidade mutante, garantindo, assim, sua força vinculante no tempo.

Aqui, novamente é Canotilho que ratifica esse entendimento, ao asseverar que se á a Constituição o instrumento adequado a regulamentar as relações de vida historicamente cambiantes ela deve apresentar conteúdo temporalmente adequado, apto a permanecer “dentro do tempo”. Do contrário, colocará em risco a sua força normativa e estará sujeita a constantes alterações.<sup>66</sup>

A prática constitucional tem evidenciado esse entendimento, que importa em reconhecer a vocação conformadora da Constituição por intermédio de preceitos amplos, complacentes, adaptáveis à realidade dinâmica. Exemplo que bem ilustra esta proposição é tirado do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4/DF, em que o Ministro Celso de Mello teve a oportunidade de conhecer do tema e bem elucidá-lo:

*“É preciso ter presente que a Constituição, enquanto Lei Fundamental do Estado, representa, na dimensão jurídica em que se projeta, um estatuto conformador da atividade estatal e do próprio processo político-institucional, que alberga, na síntese de sua expressão normativa, ‘um sistema interno de normas e princípios’.*

*(...) Dentro de uma perspectiva estritamente jurídica, a Constituição traduz um complexo normativo, que busca encerrar, em si mesmo, um sentido totalizante, unificador e integrador da ordem positiva.”<sup>67</sup>*

Como se vê, o caráter aberto das normas constitucionais permite ao aplicador conformar o texto à conjuntura atual, diante de casos concretos que demandem seja a inteligência da norma construída conforme os princípios que integram a matéria constitucional analisada.

---

<sup>66</sup> *Direito...*, op. cit., p. 89.

<sup>67</sup> ADin 4/DF, Relator Ministro Sydney Sanchez, publ. no DJ de 07/03/1991, p. 175.

É de se definir, pois, que as constituições, exatamente porque vocacionadas à adaptabilidade e constância de seu ordenamento - que, por isso, não pode constituir-se em título imutável, eterno – não condizem com o esgotamento total da matéria no momento de sua criação. A estabilidade constitucional será garantida, dentre outros, pela maior adaptação da Norma Fundamental aos novos tempos e, para tanto, imprescindível seja ela elaborada sob total e completo respeito a essa textura aberta.

O império da estabilidade constitucional será conquistado pela capacidade de a Constituição inserir-se no processo histórico, caminhar em compasso com a dinâmica da vida. Se esta flui, a Constituição deve igualmente fluir, encontrando o ponto ideal de conformação com esta realidade. Se muito rígida, estanque, a necessidade de atualização de seus preceitos redundará na ruptura da ordem constitucional vigente, e a Constituição será substituída por outra nova, pois como vimos, não há como resistir à evolução social, sintonizada com as novas exigências do contexto histórico. Por outro lado, se demasiadamente débil, facilmente modificável, perderá sua identidade, e transformar-se-á em outra coisa qualquer que não uma Constituição. É necessário, repita-se, identificar o ponto de equilíbrio que permitirá, quando da concretização de sua estrutura aberta, a convergência entre ambos os aspectos.

Jorge Miranda enfoca o tema e adverte que não é apenas uma maior elasticidade da Constituição o pressuposto de sua subsistência, mas a *“estabilidade ou a instabilidade política e social dominante no país, é o grau de institucionalização da vida colectiva que nele se verifica, é a cultura político-constitucional, é a capacidade de evolução do regime político”*.<sup>68</sup>

---

<sup>68</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p., 389.

Veza mais, percebe-se que a estabilidade da Constituição passa, necessariamente, pela idéia de consciência de vontade constitucional. Cremos que a textura aberta das normas constitucionais é fator primordial no exercício dessa consciência, pois exigirá do construtor do Direito esforço constante para concretizar a Norma Fundamental. Sabemos que não é tarefa fácil, mas havemos de considerar que a superioridade da Constituição, corolário do valor de estabilidade da norma, há de ser tutelado também em momentos difíceis, de provação, como bem pontifica Hesse:

*“...a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (‘Wille zur Verfassung’).*

*(...) Nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condicionantes naturais. Tudo depende, portanto, de que se conforme a Constituição a esses limites. Se os pressupostos da força normativa encontrarem correspondência na Constituição, se as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem, se, também em tempos difíceis, a Constituição lograr preservar a sua força normativa, então ela configura verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio. Não é, portanto, em tempos tranqüilos e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força. Em verdade, esta prova dá-se nas situações de emergência, nos tempos de necessidade. Em determinada medida, reside aqui a relativa verdade da conhecida tese de Carl Schmitt segundo a qual o estado de necessidade configura ponto essencial para a caracterização da força normativa da Constituição. Importante, todavia, não é verificar, exatamente durante o estado de necessidade, a superioridade dos fatos sobre o significado secundário do elemento normativo, mas, sim, constatar, nesse momento, a superioridade da norma sobre as circunstâncias fáticas.”<sup>69</sup>*

Não restam dúvidas, pois, que a estabilidade constitucional está adstrita a diversos fatores, e à própria idéia de Constituição, sua essência, rigidez, flexibilidade, abertura etc. No entanto, o que prevalece em todos os momentos que se busca compreender o tema é o dogma segundo o qual o

---

<sup>69</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 24.

trunfo da Constituição, de sua superioridade e constância, depende da *consciência constitucional* que deve brotar no seio da sociedade; da *vontade de Constituição* exercida a cada dia, por cada um dos cidadãos. Basta, para que isso aconteça, que se parta de um pressuposto diverso daquele que hoje parece imperar. Se atualmente espera-se que sobrevenha uma Constituição que possa animar a sociedade a desenvolver essa consciência, deve-se percorrer o caminho inverso: a consciência constitucional será capaz de transformar a Constituição vigente, por mais imperfeita que possa parecer, em documento merecedor de nossa deferência.

Em capítulo próprio, o estudo pragmático da Constituição brasileira de 1988 e do cenário constitucional em nosso País permitirá uma visão pormenorizada de como transportar para nossa realidade os ideais ora suscitados.

Antes, veremos a complexa temática que envolve o fenômeno da modificação constitucional.

## CAPÍTULO III

---

---

# MODIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL

---

---

### III.1. CONCEITO – ESTABELECENDO AS BASES TERMINOLÓGICAS

O debate acerca das modificações constitucionais é tema complexo, especialmente em razão dos inúmeros conceitos e definições que cercam a matéria.

Sendo assim, não se deve iniciar o estudo deste fenômeno jurídico sem antes proceder à necessária distinção entre modificação constitucional, reforma constitucional, emenda constitucional, revisão constitucional e mutação constitucional, mormente quando temos em conta que as constituições brasileiras, muitas vezes, fizeram uso de alguns desses termos de forma indistinta e equivocada.

A esse exemplo, temos a Constituição brasileira de 1937, que, ao tratar da alteração constitucional, em seu artigo 174, fazia menção a três definições diferentes: emenda, modificação e reforma constitucional, quando, na verdade, o texto da norma cuidava apenas do procedimento da emenda constitucional, sem distinção entre este e aqueles institutos.<sup>70</sup>

Anteriormente, o constituinte de 1934 já houvera criado confusão semelhante. Ao referir às hipóteses de modificação constitucional, o artigo 178 daquela Lei, trata do tema da emenda e da revisão constitucionais de

---

<sup>70</sup> Conforme se extrai do *caput* do referido dispositivo, *in verbis*: “A Constituição pode ser emendada, modificada ou reformada por iniciativa do Presidente da República, ou da Câmara dos Deputados.”

maneira imprecisa, mesclando ambos os conceitos, reservando a mesma ocasião para que ocorressem, e fazendo uso de procedimentos semelhantes para a efetivação de uma e outra modalidade de alteração constitucional.<sup>71</sup>

Assim, a fim de pôr termo aos equívocos no trato e na utilização dos termos concernentes a toda e qualquer alteração constitucional, oportuno distinguí-los de forma precisa. Para tanto, a proposta que se apresenta mais adequada aos desígnios do presente estudo, é o uso do termo modificação constitucional como gênero, do qual são espécies as *modificações formais* e as *modificações informais* do Texto.

Como soe acontecer, tal distinção ainda não se mostra suficiente a espantar as dúvidas advindas da análise do tema modificação constitucional, tendo em conta que os meios formais e informais de alteração do texto constitucional se exteriorizam por intermédio de várias vias.

---

<sup>71</sup> É a dicção do art. 178 da Constituição de 1934: “Art 178 - A Constituição poderá ser emendada, quando as alterações propostas não modificarem a estrutura política do Estado (arts. 1 a 14, 17 a 21); a organização ou a competência dos poderes da soberania (Capítulos II III e IV, do Título I; o Capítulo V, do Título I; o Título II; o Título III; e os arts. 175, 177, 181, este mesmo art. 178); e revista, no caso contrário.

§ 1º - Na primeira hipótese, a proposta deverá ser formulada de modo preciso, com indicação dos dispositivos a emendar e será de iniciativa:

a) de uma quarta parte, pelo menos, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;  
b) de mais de metade dos Estados, nos decurso de dois anos, manifestando-se cada uma das unidades federativas pela maioria da Assembléia respectiva.

Dar-se-á por aprovada a emenda que for aceita, em duas discussões, pela maioria absoluta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em dois anos consecutivos.

Se a emenda obtiver o voto de dois terços dos membros componentes de um desses órgãos, deverá ser imediatamente submetida ao voto do outro, se estiver reunido, ou, em caso contrário na primeira sessão legislativa, entendendo-se aprovada, se lograr a mesma maioria.

§ 2º - Na segunda hipótese a proposta de revisão será apresentada na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal, e apoiada, pelo menos, por dois quintos dos seus membros, ou submetida a qualquer desses órgãos por dois terços das Assembléias Legislativas, em virtude de deliberação da maioria absoluta de cada uma destas. Se ambos por maioria de votos aceitarem a revisão, proceder-se-á pela forma que determinarem, à elaboração do anteprojeto. Este será submetido, na Legislatura seguinte, a três discussões e votações em duas sessões legislativas, numa e noutra casa.

§ 3º - A revisão ou emenda será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. A primeira será incorporada e a segunda anexada com o respectivo número de ordem, ao texto constitucional que, nesta conformidade, deverá ser publicado com as assinaturas dos membros das duas Mesas.

§ 4º - Não se procederá à reforma da Constituição na vigência do estado de sítio.

§ 5º - Não serão admitidos como objeto de deliberação, projetos tendentes a abolir a forma republicana federativa.”

Necessário, pois, desdobrar as modificações formais na sub-espécie *reforma constitucional*, que, por sua vez, compreende a *emenda constitucional* e a *revisão constitucional*; e, as modificações informais, que se dão via *mutação constitucional*, nas diversas formas em que se apresenta, seja por ocasião da interpretação constitucional, seja pela construção constitucional, seja ainda em razão das práticas constitucionais, ou por qualquer meio através do qual se dará a alteração do conteúdo da Lex Legum sem a mudança formal de seus dispositivos.

É este o modelo conceitual que será adotado no presente trabalho, em que pesem classificações outras que tratam da matéria de forma distinta, as quais, por questões de metodologia, não serão objeto de considerações mais detidas neste estudo.

Vejamos, neste diapasão, de que forma se manifesta o ato consistente em se alterar a Norma Fundamental em cada uma das hipóteses aventadas.

### **III.2. AS MODIFICAÇÕES FORMAIS DA CONSTITUIÇÃO**

São alterações formais da Constituição os meios pelos quais modifica-se a ordem constitucional vigente através de mudança expressa no texto da Lei, formalizadas por intermédio de procedimentos previamente estruturados na redação da Norma Fundamental original, segundo seus pressupostos, limites e quoruns ali estabelecidos.

Canotilho utiliza o termo *alteração constitucional* (*Verfassungsänderung*) para definir as modificações formais em uma

Constituição, consistentes na revisão formal do compromisso político, acompanhada da alteração do próprio texto constitucional.<sup>72</sup>

Ainda em meio ao constitucionalismo português, Jorge Miranda define as modificações da Constituição como *vicissitudes constitucionais*, entendidas como quaisquer eventos que se projetem sobre a subsistência da Constituição ou de algumas de suas normas.<sup>73</sup>

E, destaca, a variadíssima gama de vicissitudes pode manifestar-se segundo cinco grandes critérios: *quanto ao modo, quanto ao objeto, quanto ao alcance, quanto às conseqüências sobre a ordem constitucional e quanto à duração de seus efeitos*.<sup>74</sup> Dentre tais critérios, oportuno realçar aquele relativo ao *modo* pelo qual as vicissitudes se manifestam.

Segundo o modo como se produzem, tendo em mira a forma pela qual é exercido o poder ou representada a vontade constitucional por meio dela, as modificações – ou *vicissitudes*, como prefere o autor – podem ser *expressas* ou *tácitas*. Serão expressas quando a alteração intentada produzir-se como resultado de ato a ele especificamente dirigido. E, exatamente aqui, se vislumbra a conformidade desta definição com aquela relativa à modificação formal que propusemos, levada a termo por meio de regras e procedimentos previa e especificamente estabelecidos para este fim, o da alteração da norma constitucional.

---

<sup>72</sup> Op. cit., p. 237.

<sup>73</sup> Op. cit., T. II, p. 109.

<sup>74</sup> Ibid., mesma página.

Assevera Jorge Miranda, por fim, que as vicissitudes constitucionais expressas constituem a grande maioria das vicissitudes, assentadas numa vontade, afirmando-se como atos jurídicos propriamente ditos.<sup>75</sup>

Insta salientar que as mudanças constitucionais formais só fazem sentido – e por isso mesmo somente observáveis – nas constituições escritas, já que pressupõem a existência, no texto positivado da Lei Excelsa, do rito a ser seguido para estruturar a modificação pretendida, conforme veremos adiante.

Insistindo na dicotomia existente quando do estudo das modificações constitucionais, oportuno trazer à baila o escólio de Edvaldo Brito, o qual pondera que as alterações da Constituição jurídica rígida são realizadas por processo formal, cujos tipos são a emenda e a revisão, distintas quanto à matéria objeto de cada qual e quanto ao procedimento a ser observado.<sup>76</sup>

Ressalva, entretanto, que as alterações a que estão sujeitas as Constituições rígidas não decorrem apenas de processos formais. Há casos em que atos integrativos praticados pelo legislativo, e atos jurisdicionais, sobretudo oriundos dos tribunais constitucionais, têm força suficiente para modificar os termos da Constituição. Tal prescinde de forma pré-definida no texto constitucional e, por isso, são denominados processos não-formais de modificação constitucional, tema este que será melhor abordado na seção correspondente.

Analisemos, então, as modificações constitucionais formais segundo os critérios ora esposados, os quais demandam o exame deste instituto sob a

---

<sup>75</sup> Op. cit., p. 111.

<sup>76</sup> BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, pp. 83 e ss.

ótica das denominadas *reformas constitucionais*, que, por sua vez, aperfeiçoam-se por via de emenda e revisão à Constituição.

### III.2.1. REFORMA CONSTITUCIONAL

A reforma constitucional caracteriza-se por constituir um processo formal de modificação de uma Constituição rígida, através da atuação de órgãos, mediante certas formalidades, previstas nas próprias constituições para o exercício do poder reformador, como bem assevera José Afonso da Silva.<sup>77</sup>

De outro dizer, a reforma é toda e qualquer alteração em uma Constituição que se realize sob a observância de determinadas regras e formalidades, obedecidos alguns procedimentos, condições e limites, e levada a termo por órgão constitucionalmente nomeado para tanto. Daí porque a inserirmos no rol das mudanças formais da Constituição.

Para Carl Schmitt, o termo remete à reforma do texto das leis constitucionais vigentes até aquele momento, correspondendo, ademais, à supressão de prescrições legais-constitucionais isoladas e a recepção de novos ordenamentos legais-constitucionais isolados.

E, atento à abrangência da reforma, arremata:

*“La palabra reforma constitucional (revisión) es inexacta, porque no se trata de reformas de la Constitución misma, sino tan sólo de las determinaciones legal-constitucionales. Sin embargo, conviene conservar la expresión, por ser usual hoy.”*<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> Op. cit., p. 64.

<sup>78</sup> Op. cit., pp. 115 e ss.

Válida é a preocupação de Schmitt a respeito da terminologia adequada ao instituto da reforma constitucional. O autor considera o termo equívoco, na medida em que poderia transmitir a idéia errônea de que o instituto refere-se à modificação formal indistinta de toda ordem constitucional, quando, em verdade, a reforma, no mais das vezes, incide apenas sobre alguns poucos dispositivos da Constituição.

Contudo, se por um lado o magistério de Schmitt afigura-se coerente com a boa técnica textual do Direito, por outro revela-se contraditório em seus próprios termos, e exatamente quanto às necessidades de uma definição unívoca dos conceitos em pauta.

Longe de assumirmos a pretensão de apontar equívocos na obra do renomado publicista alemão, havemos de ponderar a respeito da controversa utilização do termo *revisão* como sinônimo de *reforma*, quando o autor faz referência, exatamente, ao cuidado quanto à análise do alcance da reforma constitucional e ao uso da palavra a ela relacionada.

Conforme já debatido, mais propícia é a utilização do termo *reforma* como gênero das alterações formais da Constituição – ou de suas prescrições, como prefere Schmitt -, que então se exteriorizam via *emenda* constitucional ou *revisão* constitucional. Poder-se-ia até mesmo fazer uso do termo *reforma constitucional* como paradigma da expressão *alteração formal da Constituição*, evitando-se, por prudência, apontar sinonímias entre os termos *reforma* e *revisão* constitucionais.

Curiosamente quem dá supedâneo à este nosso entender é o próprio Carl Schmitt, que ao examinar as reformas legais da Constituição as divide em *revisão constitucional e emendas*.<sup>79</sup>

De todo modo, a visão de Carl Schmitt a respeito da reforma constitucional bem se aproxima daquela que sugerimos, fundada na possibilidade de mudança das normas insertas em uma Constituição rígida, sob o crivo de certos procedimentos e formalidades oportuna e previamente dispostas no texto constitucional, obedecidas, ainda, certas e determinadas regras de competência e *quorum* de aprovação. Tais reformas manifestar-se-ão sob a forma de revisão constitucional ou emenda constitucional.

Insta destacar, na doutrina de Canotilho, certa preferência às alterações formais da Constituição, como meio de assegurar a certeza quanto aos mandamentos constitucionais, afastando-se as desvantagens advindas de revogações tácitas de alguns ou vários dispositivos constitucionais, as quais serão melhor exploradas no âmbito da análise das mutações constitucionais.

Ressalvada, vez mais, a opção terminológica do autor, incondizente com a solução adotada neste estudo, em que se procura bem distinguir os termos, conceitos e definições adstritos ao tema da reforma e revisão constitucionais, Canotilho alerta para a necessidade de a revisão – para nós o termo possui o sentido de *reforma* – da Constituição ser feita de modo expresso, trate ela da supressão, substituição ou aditamentos no texto constitucional, melhor sejam elas inseridas no lugar próprio da Norma Fundamental, pois assim prevalecerá a certeza com relação a abrangência da reforma.<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup> “...II. Reformas legales de la Constitución (revisión constitucional, enmiendas)...”, op. cit., p. 117.

<sup>80</sup> Op. cit., p. 1139.

Persistindo no aspecto terminológico, oportuno frisar que o uso de termos distintos a definir a *reforma* e a *revisão* da Constituição, e mesmo o uso de um pelo outro, são uma constante no estudo da ciência do Direito Constitucional. Por certo não será este ponto, isoladamente, que redundará no maior ou menor crédito da doutrina analisada, até porque a colocação do tema e suas peculiaridades é opção metodológica, que, se bem delineada, não gerará grandes inconvenientes.

Optamos por bem distinguir a *reforma constitucional* da *revisão constitucional* também por uma questão de método, e considerando, ademais, a redação da Constituição brasileira de 1988, que distingue a emenda do artigo 60, da revisão constitucional prevista no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ambas como manifestação do poder instituído e competente a operar as oportunas reformas da norma constitucional. Imaginar o contrário, inserindo a emenda constitucional como espécie da revisão, subverteria todo o sentido das alterações constitucionais previstas na Constituição vigente no Brasil.

Lançar mão do emprego dos termos *revisão* e *reforma* constitucional como sinônimos acarretaria, pelo menos em nosso País, em temerária e inadequada confusão quanto ao estudo dos institutos da emenda constitucional e da revisão da Constituição tal qual estampadas no texto da Carta Política de 1988. Obviamente o constituinte fez clara e evidente distinção entre ambas as hipóteses de alteração formal das normas constitucionais, como se pode depreender da leitura dos dispositivos mencionados, e, sendo assim, não há porque confundi-los, sob pena de equivocadamente inserir o instituto da emenda constitucional no rol das

revisões constitucionais, quando, na verdade, são ambas manifestações do poder de reformar (dar outra e nova forma) expressamente a Constituição.

Demais disso, há certa tendência na doutrina brasileira de empregar o termo *reforma* como gênero, a englobar todos os métodos de mudança formal das constituições, que se revelam por meio do procedimento de *emenda constitucional* e *revisão constitucional*.

Nesse ponto, elucidativas são as lições de Luiz Pinto Ferreira e J. H. Meirelles Teixeira, ao asseverarem que a expressão reforma, genérica, abrange a emenda e a revisão, com significações distintas. “*A reforma é qualquer alteração do texto constitucional, é o caso genérico, de que são subtipos a emenda e a revisão.*”<sup>81</sup>

Não discrepa desta compreensão José Afonso da Silva, que assegura ser este entendimento aquele que mais se adequa à realidade constitucional presente em nosso país, que bem distingue - ao menos textualmente - a *emenda* da *revisão*, ambas manifestações da *reforma constitucional*, como processo formal de alteração da Lei Maior.<sup>82</sup>

Feitos os necessários apontamentos relativos ao gênero *reforma constitucional*, importante explorar com maior propriedade o tema, desenvolvendo-o de modo a melhor explicitar os modos específicos pelos quais dita reforma toma corpo no Direito Constitucional pátrio.

---

<sup>81</sup> Cf. FERREIRA, Luiz Pinto. *Da Constituição*, 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1956. p. 102 e TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. p. 132.

<sup>82</sup> Op. cit., T. II, p. 64.

### III.2.1.1. EMENDA CONSTITUCIONAL

A emenda constitucional revela-se como a modificação de certos pontos os quais o legislador constituinte não atribuiu o mesmo grau de estabilidade reservado àquelas matérias que constituem o núcleo imodificável do texto constitucional. É, como visto, mecanismo formal de alteração constitucional, ao lado da revisão.

Segundo Canotilho, seriam as emendas alterações parciais de certas disposições constitucionais, que se dão por meio da *supressão*, *substituição* ou *aditamento* de normas.<sup>83</sup>

Jorge Miranda, por sua vez, fundado nas doutrinas de Carl Schmitt, Miguel Galvão Teles, Georges Burdeau, Karl Loewenstein, entre outros, edifica complexa conceituação relativa às modalidades de alterações constitucionais. Definindo-as como *vicissitudes constitucionais*, como visto, distingue-as quanto ao modo, quanto ao objeto, quanto ao alcance, quanto as conseqüências sobre a ordem constitucional, e quanto à duração dos seus efeitos.<sup>84</sup>

Com base na teoria de Jorge Miranda, pode-se conceituar a emenda constitucional, tal qual a conhecemos no Brasil, como uma *vicissitude constitucional expressa*, quanto ao modo, já que a alteração se realiza por intermédio de mudança anexável ao texto constitucional; *parcial*, quanto ao objeto, vez que atingem parte da Constituição e jamais os princípios definidores da idéia de Direito que a caracteriza; *de alcance geral e abstrato* em alguns casos, especialmente quando a alteração a ser realizada via emenda

---

<sup>83</sup> Op. cit., p. 1140.

<sup>84</sup> Op. cit., p. 109.

cujo tema englobe todas e quaisquer situações de idêntica ou semelhante contextura e todos e quaisquer destinatários que nelas se encontrem, e *de alcance concreto ou excepcional* em outros, em que as situações referidas pela emenda revestem-se de concretude, verificada ou a verificar-se, e identificados, ou identificáveis, os destinatários possíveis abrangidos pela norma<sup>85</sup>; que correspondem a uma *evolução constitucional*, quanto às conseqüências sobre a ordem constitucional, já que a emenda, se formal e materialmente perfeita, não colide com a integridade da Constituição e, sobretudo, corresponde a uma solução de continuidade; e, por fim, quanto à duração de seus efeitos, é a emenda vicissitude de *efeitos definitivos*, pois altera a ordem constitucional de forma perene.

Em termos sucintos, a emenda constitucional é espécie de reforma da Constituição, que se caracteriza pela mudança das normas constitucionais mediante processo legislativo especializado, solene e mais dificultoso do que aquele que se reserva à legislação infraconstitucional.

Assim, a tarefa de alterar um ou outro dispositivo constitucional por meio de emendas à Constituição somente será levada a efeito se cumpridas todas as exigências formais e materiais previstas no próprio texto constitucional, inclusive quanto ao órgão legitimado para tanto, que, por sua

---

<sup>85</sup> Exemplo de emenda de alcance geral e abstrato em nossa Constituição é aquela publicada sob nº 39/2002, que previu a instituição, pelos Municípios e o Distrito Federal, de contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública, observados os princípios tributários da legalidade e anterioridade. E exemplo da segunda hipótese no ordenamento constitucional pátrio, vicissitude de alcance concreto ou excepcional, é a Emenda nº 51/2006, que acrescentou os parágrafos 4º, 5º. e 6º., ao art. 198 da Constituição Federal, no trecho que estabelece que os agentes comunitários de saúde e os agentes de combate às endemias somente poderão ser contratados diretamente pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios na forma do § 4º. do referido art. 198, ou seja, por meio de concurso público, observado o limite de gasto estabelecido na Lei Complementar de que trata o art. 169 da Constituição Federal.

vez, exercerá o Poder Constituinte Derivado, ou, como preferimos, Poder Constituído ou Instituído.<sup>86</sup>

Destaque-se ainda, por oportuno, que após sua aprovação, a proposta de emenda constitucional – agora efetivamente emenda à Constituição – passa a ostentar *status* de Lei Fundamental, constituindo norma de hierarquia idêntica a das normas constitucionais originárias.

Contudo, tal presunção de que a emenda constitucional possui o mesmo grau de vinculação das normas constitucionais originárias somente se concretiza a partir do momento em que a modificação da Constituição tenha sido realizada sob o manto das limitações nela mesmo impostas. Caso contrário, se desrespeitado qualquer limite previsto no texto da Lei Maior, a emenda constitucional estará eivada do vício da inconstitucionalidade.

Desse modo, é perfeitamente possível a incidência de controle de constitucionalidade sobre as emendas constitucionais, verificando-se sua constitucionalidade ou não a partir da análise da observância aos parâmetros fixados na Constituição, tanto aqueles específicos ao procedimento da emenda, quanto aqueles constantes dos vários dispositivos que a integram, que por sua vez constituem-se em limites implícitos de toda

---

<sup>86</sup> J. J. Gomes Canotilho nos remete ao fato de que o órgão de revisão constitucional é o próprio órgão legislativo ordinário, que executa a alteração da Lei Suprema segundo um processo particularmente agravado. Assim, “*verdadeiramente, o poder de revisão só em sentido impróprio se poderá considerar constituinte; será, quando muito, ‘uma paródia do poder constituinte verdadeiro’*” (*Direito...*, op. cit., pp. 99 e 1131).

alteração constitucional.<sup>87</sup> Tal aspecto será melhor delineado no capítulo correspondente.

### III.2.1.2. REVISÃO CONSTITUCIONAL

A revisão constitucional assume, nos termos da conceituação proposta, o caráter de meio formal para alteração da constituição escrita, e, *pari pasu* com a emenda constitucional, integra o rol das modalidades de reforma constitucional.

E, insistindo no distintivo semântico da questão, seguro afirmar que a pragmática constitucional difere a *emenda* da *revisão*, tendo em conta a importância dos dispositivos a serem modificados, a abrangência e extensão da reforma, e o procedimento a ser observado para o cumprimento deste desiderato.

A revisão constitucional, nas palavras de Pinto Ferreira<sup>88</sup>, constitui-se em alteração anexável, exigindo maiores formalidades e processos mais lentos e dificultados que a emenda, com o intuito de garantir uma suprema constância do texto constitucional. Tal qual a emenda, é também definida como processo formal de mudança da Constituição.

---

<sup>87</sup> Merece referência o voto do Ministro Celso de Mello, quando do julgamento pelo STF da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 981: “*É preciso, pois, não perder de perspectiva que as reformas constitucionais podem revelar-se incompatíveis com o texto da Constituição a que aderem ou a que se referem, quer assumam, no plano instrumental ou na esfera procedimental, o caráter de emenda ou a natureza de revisão da Carta Política. Daí, a plena sindicabilidade jurisdicional dos processos de mutação formal da Constituição, especialmente em face do núcleo temático protegido pela cláusula de imutabilidade inscrita no art. 60, § 4º, da Carta Magna. Atos de revisão constitucional – tanto quanto as emendas à Constituição – podem, assim, também incidir no vício de inconstitucionalidade, configurado esta pela inobservância de limitações jurídicas superiormente estabelecidas no texto da Carta Política por deliberação do órgão exercente das funções constitucionais primárias ou originárias*”.

<sup>88</sup> Op. cit., p. 102.

No dizer de Jorge Miranda<sup>89</sup>, a revisão constitucional é a modificação parcial da Constituição expressa, de alcance geral e abstrato, de forma a traduzir mais imediatamente um princípio de continuidade institucional, que se faz, na maioria das vezes, por meio da inserção da modificação no próprio texto constitucional.

É, pois, a alteração da Constituição com uma finalidade de autoregeneração e autoconservação, ou seja, de eliminação das suas normas já não justificadas política, social ou juridicamente e de adição de elementos novos que a revitalizem.

Acrescenta o constitucionalista português que a revisão constitucional pode estar prevista no próprio corpo da Norma Excelsa. Algumas Constituições, inclusive, prevêm a possibilidade de se executar uma revisão parcial ou total de suas disposições. Contudo, Jorge Miranda ressalva que nas hipóteses de revisão total o que há é uma verdadeira transição constitucional, e não propriamente uma revisão total, que só existe quando há a intenção de renovar na totalidade um texto constitucional sem renúncia dos princípios fundamentais que o informam. Tal revisão, portanto, somente é possível no contexto da Constituição formal.

Igualmente relevante é o conceito de revisão que nos apresenta Canotilho<sup>90</sup>, muito semelhante ao conceito geral de reforma. Para ele, tal qual a emenda constitucional, e guardadas as devidas proporções, a revisão pode consistir na renovação de certas disposições através da supressão, substituição ou aditamento de normas.

---

<sup>89</sup> Op. cit., T. II, pp. 113 e 114.

<sup>90</sup> Op. cit., pp. 1140 e 1141.

Segue, afirmando que a revisão pode ser total, com a substituição do texto da Constituição por outro completamente novo. É a revisão total em sentido formal, que difere da revisão total em sentido material, na qual se alteram as normas constitucionais caracterizadoras de um Estado, o cerne político da Constituição.

Canotilho lembra que a possibilidade de revisão total normalmente está expressa na Constituição. No entanto, nos sistemas constitucionais onde tal previsão não é expressa, considera-se que a revisão total atua como um limite da revisão parcial. “*Significa isto que uma alteração da constituição que surja como revisão total da constituição não pode ser efetuada pela via da revisão parcial.*”<sup>91</sup>

E conclui, consignando que:

“...em termos de poderes competentes, isso se traduz na afirmação da exclusiva competência do poder constituinte para efetuar tal revisão e na subtração ao poder de revisão da possibilidade de operar qualquer revisão total da constituição.”<sup>92</sup>

Carl Schmitt inclui a revisão constitucional como modalidade das denominadas *reformas legais da Constituição*, levadas a termo segundo as prescrições legal-constitucionais previstas na Norma Excelsa, seja ela realizada por uma Assembléia convocada, exclusiva e limitadamente, para cumprir tal missão; ou por corpos legislativos, cujos decretos de revisão

---

<sup>91</sup> Op. cit., p. 1141.

<sup>92</sup> Ibid., mesma página.

poderão<sup>93</sup> ou não<sup>94</sup> ser submetidos a referendo popular. O autor aponta que a não submissão das conclusões revisionais à opinião dos cidadãos com direito a voto deve, necessariamente, resultar em um procedimento de reforma constitucional mais rigoroso, realizado segundo critérios de maior dificuldade, tais como a necessidade de maioria qualificada para aprovação das deliberações, reexame necessário das alterações propostas, etc., o que, a *contrario sensu*, poder-se-ia prescindir nos casos em que o referendo é obrigatório.<sup>95</sup>

Hesse, por seu turno, identifica a revisão constitucional de forma a diferenci-la da mutação constitucional, a qual veremos adiante, bem para explicar a distinção entre rigidez e flexibilidade constitucional:

*“...la revisión constitucional sólo se plantea allí donde la misma amplitud y apertura de la Constitución no es capaz de dar respuesta a los problemas planteados por una situación determinada. A este punto se llegará tanto antes cuanto más estrictas y detalladas sean las disposiciones materiales de la Constitución.*

*Por ‘revisión constitucional’ se entiende aquí exclusivamente la revisión del texto de la Constitución. La cual hay que distinguirla de la ‘ruptura constitucional’ (‘Verfassungsdurchbrechung’), es decir, la no observancia del texto en un supuesto individual (sin modificación del texto), como se admitía en la práctica política de la República de Weimar con tal de que se dieran las mayorías requeridas para la reforma de la Constitución. Finalmente, la ‘revisión constitucional’ debe ser diferenciada de la ‘mutación constitucional’ (‘Verfassungswandel’), que no afecta al texto como tal – el cual permanece inmodificado – sino a la concretización del contenido de las normas constitucionales; en efecto, dada la amplitud y apertura de las normas constitucionales; las*

---

<sup>93</sup> Menciona, a ilustrar seu entendimento, a Constituição suíça, de 1874: *Constitución federal de la comunidad suiza de 29 de mayo de 1874, art. 118: la Constitución federal puede ser revisada total o parcialmente en todo tiempo. Art. 119: La revisión total de la Constitución se tramita como una ley federal. Art. 123: La Constitución federal revisada, y en su caso la parte revisada de la misma, entran en vigor cuando son aceptadas por la mayoría de los ciudadanos que tomen parte en la votación y por la mayoría de los cantones (referéndum, ligado a la ratificación por los cantones). Op. cit. p. 117.*

<sup>94</sup> Traz o exemplo do art. 76 da Constituição alemã: *La Constitución puede ser reformada em vía legislativa ordinaria. Sin embargo, solamente pueden adoptarse acuerdos del Reichstag sobre reforma de la Constitución cuando están presentes dos tercios del número legal de sus miembros y votan en pro, al menos, dos tercios de los presentes. Ibid., mesma página.*

<sup>95</sup> Ibid., pp. 117 e ss.

*mismas pueden conducir a resultados distintos ante supuestos cambiantes...operando en este sentido una 'mutación'. La problemática de la revisión constitucional comienza allí donde terminan las posibilidades de la mutación constitucional.*

*Si se dificultan las reformas constitucionales en una Constitución que deja poco espacio a la mutación entonces resulta efectivamente correcto hablar de una Constitución 'rígida'.”<sup>96</sup>*

Para bem definir a revisão constitucional, e com vias a não destoar da metodologia adotada, havemos de considerá-la como processo formal de alteração parcial das Constituições escritas, por meio do qual modificam-se expressamente os dispositivos constitucionais objetos da reforma, e que se dá sob a égide de ritos mais rigorosos e formalmente mais complexos do que aqueles previstos para a inclusão de emendas à Constituição, com a finalidade de permitir o reexame substancial e periódico do ordenamento jurídico-constitucional, atualizando seu sentido à dinâmica social, sem, contudo, vilipendiá-lo.

Justifica-se o fato de a revisão constitucional recair apenas sobre parcela da Constituição no entendimento segundo o qual sua alteração total e irrestrita redundaria, por certo, em supressão da Constituição vigente e transição para uma nova ordem constitucional.

### **III.2.2. REFORMA CONSTITUCIONAL NO DIREITO COMPARADO**

Há que se notar que a supremacia e a segurança jurídica que devem ser inerentes a toda e qualquer Constituição dependem, sobremaneira, da técnica adotada para sua reforma, que importa em estruturar um procedimento mais difícil para modificá-la.

---

<sup>96</sup> *Escritos...*, op. cit., p. 25.

Dito procedimento varia entre os países. Nos Estados Unidos, por exemplo, sempre que dois terços de ambas as Câmaras julgarem necessário, o Congresso poderá propor emendas a Constituição daquele País, ou a pedido dos Legislativos de dois terços dos vários Estados, convocará uma assembléia para propor emendas que serão válidas para todos os objetivos e propósitos como parte da Constituição, se ratificados pelos Legislativos de três quartos dos diversos Estados ou por assembléias reunidas para este fim em três quartos destes, podendo o Congresso propor um modo diverso de ratificação<sup>97</sup>.

Uma forma interessante de procedimento de emenda constitucional observa-se na Suíça. Naquele país, além de ser admitida a iniciativa popular, a emenda constitucional deve ser aprovada pela Assembléia Nacional e ratificada por referendo popular<sup>98</sup>, num exemplo da mais pura democracia participativa.

Na Itália, por sua vez, a alteração da Constituição é realizada pelas duas Câmaras após duas deliberações sucessivas, intercaladas por um intervalo mínimo de três meses, devendo ser aprovada pela maioria absoluta dos membros das Câmaras na segunda votação. A nova norma constitucional ficará sujeita, ainda, a um referendo popular se, três meses após a sua publicação, isso for solicitado por um quinto dos membros de uma das Câmaras ou por quinhentos mil eleitores, ou ainda por cinco conselheiros regionais, e só será considerada aprovada quando obtiver a maioria dos votos válidos. Entretanto, se a emenda for aprovada pela maioria de dois terços dos membros das duas Câmaras na segunda votação, não caberá o *referendum*<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> Artigo V da Constituição dos Estados Unidos da América.

<sup>98</sup> Artigos 118 e 123 da Constituição suíça.

<sup>99</sup> Artigo 138 da Constituição italiana.

A Constituição Argentina também prevê procedimento mais solene para sua modificação, que se divide em duas etapas: uma primeira, na qual o Congresso declara que a reforma é necessária; e uma segunda, que dá ensejo à instalação de um órgão especialmente habilitado, denominado *Convención Reformadora*, o qual aprovará ou não o projeto de emenda.<sup>100</sup>

Em Cuba, um dos remanescentes comunistas do mundo atual, o trâmite reservado às alterações de leis constitucionais reflete um processo democrático poucas vezes visto em países que formalmente elegeram a democracia como a base de seus sistemas.

Conforme dispõe o artigo 137 da Constituição cubana, a reforma constitucional, seja total ou parcial, é reservada à *Asamblea Nacional del Poder Popular*, a máxima instância do poder estatal e da expressão da vontade soberana do povo, mediante acordos adotados em votação nominal pela maioria de dois terços de seus integrantes.

Se, no entanto, a reforma proposta representar a modificação total do texto da Constituição; referir-se à estrutura e funções da própria Assembléia Nacional do Poder Popular ou de seu Conselho de Estado; ou, alterar ou suprimir os direitos e deveres consagrados originalmente pela Norma Fundamental, requerer-se-á, ademais, sua ratificação através do voto favorável da maioria dos cidadãos, em referendo convocado para esse fim pela própria Assembléia.

---

<sup>100</sup> CAMPOS, Germán J. Bidart. *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*. Madrid: Dykinson, 1992. p. 53.

Bem assim, a Constituição da Espanha exige, para a sua reforma, a submissão da emenda a referendo popular, se, dentro dos quinze dias seguintes a sua aprovação, uma décima parte dos membros de qualquer das Câmaras o solicitar, ou, independentemente de qualquer solicitação, se a reforma versar sobre determinadas matérias que ela enumera.<sup>101</sup>

Na Colômbia, a Constituição pode ser reformada pelo Congresso, por uma Assembléia Constituinte, ou pelo próprio povo mediante referendo. O processo de aprovação de emenda à Constituição daquele País, pelo Congresso, se dá em dois períodos, sendo defeso no segundo debater-se propostas não apresentadas no primeiro. As reformas constitucionais aprovadas pelo Congresso deverão submeter-se, ainda, a referendo, quando se referirem aos direitos reconhecidos no Capítulo 1 do Título II e a suas garantias, aos procedimentos de participação popular, ou ao Congresso, se assim solicitar, dentro dos seis meses seguintes a promulgação da emenda constitucional, um e meio por cento dos cidadãos que integrem o censo eleitoral.<sup>102</sup>

A Constituição do México, por sua vez, exige, para a sua modificação, o voto de dois terços dos membros do Congresso da União presentes à sessão e a aprovação da maioria dos legislativos dos Estados.<sup>103</sup>

Na Venezuela, a Constituição prevê procedimentos diferenciados para a sua alteração: um para a emenda e outro para a sua reforma geral. Neste último caso, a modificação dependerá sempre de referendo popular, sendo considerada aprovada pelo voto da maioria dos eleitores.<sup>104</sup>

---

<sup>101</sup> Artigos 167 e 168 da Constituição espanhola.

<sup>102</sup> Artigos 374 e 379 da Constituição espanhola.

<sup>103</sup> Artigo 135 da Constituição do México.

<sup>104</sup> Artigos 245 e 249 da Constituição da Venezuela.

A reforma da Constituição do Equador é realizada pelo Congresso Nacional ou mediante consulta ao povo, o qual tem, inclusive, poder de iniciativa.<sup>105</sup> O projeto de reforma constitucional naquela Nação deve tramitar em dois turnos, com intervalo não superior a um ano, e submeter-se à sanção ou veto presidencial. Se o Congresso não deliberar o projeto em cento e vinte dias após o vencimento do referido prazo anual, o povo será convocado para aprovar ou não a reforma constitucional. A consulta ao povo também se dará por determinação do Presidente da República, nos casos de urgência, assim qualificados previamente pelo Congresso.<sup>106</sup>

No Brasil não houve inovação significativa no sistema de modificação constitucional. Vale lembrar, porém, que até a votação no Plenário, anteprojetos e projetos da Constituição de 1988 admitiam a iniciativa e o referendo populares em matéria de emenda constitucional. Ocorre que as alas conservadoras da Assembléia Nacional Constituinte derrubaram tal possibilidade, a qual constava do § 2º do artigo 74 do Projeto aprovado na Comissão de Sistematização.

Cumprе ressaltar, contudo, que apesar de o referendo popular não figurar como meio de aprovação de emendas à Constituição brasileira, note-se que o parágrafo único ao artigo 1º da Constituição de 1988 expressamente determinou que o poder emana do povo, e poderá ser exercido por meio de representantes ou de forma direta pelos cidadãos.

De igual forma, o artigo 14, incisos II e III da “Constituição Cidadã”, previu como forma de participação popular o referendo e a iniciativa popular,

---

<sup>105</sup> A iniciativa depende de no mínimo um por cento do eleitorado.

<sup>106</sup> Artigos 280e 283 da Constituição equatoriana.

estabelecendo, mais adiante, em seu artigo 49, inciso XV, que cabe ao Congresso Nacional autorizar referendo sem especificação, o que permite o referendo facultativo constitucional. Assim, o uso de tais institutos em matéria de emenda constitucional dependerá do desenvolvimento da noção de democracia participativa em nosso País, princípio tido como fundamental segundo a Constituição Federal.

### **III.2.3. REFORMA CONSTITUCIONAL NO BRASIL**

O legislador constitucional tratou do procedimento de reforma, via emendas à Constituição, no Título IV (Da Organização dos Poderes), Capítulo I (Do poder Legislativo), Seção VIII (Do processo legislativo), Subseção II.

Preferiu o legislador separar em duas ordens o processo legislativo. A primeira, em que o poder constituído se transforma em poder reformador e efetua emendas à Constituição, e a segunda dedicada às leis, estabelecida nos artigos 61 a 69 da Lei Maior.

Segundo o artigo 60 do texto constitucional, a Constituição poderá ser emendada mediante proposta de no mínimo um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; através de iniciativa do Presidente da República; ou por meio de proposta da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros, retomando, neste último caso, uma regra já prevista na Constituição de 1891, suprimida pela Emenda n. 1/69 à Constituição de 1967. Esta regra, aliás, não teve uma única aplicação em cem anos de República.

Se partirmos de uma análise sistemática e construtiva dos dispositivos constitucionais mencionados, especialmente do quanto disposto no § 2º do artigo 61, concluiremos, com muita segurança, que poderá ainda ser proposta modificação à Constituição através da iniciativa popular. Em casos tais, a proposta de emenda deverá ser subscrita por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos em cinco Estados, com não menos de três décimos dos eleitores de cada um deles.

À evidência, o método previsto para a alteração constitucional por via popular em nosso País não é tarefa das mais simples. Resta a impressão de que, neste ponto, o legislador constituinte realmente preferiu manter a soberania do povo apenas no mundo das idéias, inatingível na prática constitucional cotidiana.

De qualquer modo, importante notar que o procedimento previsto para elaboração das emendas constitucionais é relativamente simples. Apresentada a proposta na forma dos incisos I, II e III - ou ainda através da iniciativa popular, para aqueles que obtiverem sucesso em superar o calvário procedimental do § 2º, do artigo 61<sup>107</sup> - será a mesma apresentada para discussão e votação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros de cada uma delas, conforme prevê o § 2º do artigo 60. Assim, diferentemente do que ocorria por força do estabelecido na Constituição reformada de 1967, que previa a discussão e votação da emenda em sessão conjunta das duas Casas, a Constituição vigente prevê que ambas atuem separadamente.

---

<sup>107</sup> Cujas disposições prevêm: *A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.*

O inciso I do referido artigo 60 trata do requisito para que os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal apresentem qualquer alteração à Lei Maior. A condição para a propositura é de que um terço dos deputados ou dos senadores subscrevam a sugestão de modificação.

Creemos que o percentual citado na norma mostra-se adequado, especialmente se considerarmos que a mera proposta não implica a necessária aprovação da emenda, limitando, outrossim, a possibilidade de congestionamento de propostas de emendas constitucionais desnecessárias no Congresso Nacional, que dificultam a tramitação daquelas verdadeiramente importantes.

Outrossim, o quociente previsto no inciso I e III do artigo 60 desestimula a apresentação de propostas aventureiras, apresentando-se como uma solução razoável para incentivar a propositura de projetos de relevância.

Ao Presidente da República também cabe a iniciativa para a proposta de emenda constitucional, conforme prevê o inciso II, do mencionado artigo 60. Insta salientar que o Presidente da República é o único Chefe de Poder com a faculdade de iniciativa para proposta de emenda constitucional, não necessitando de composição ou cooperação para apresentar sua emenda.

Tal faculdade reservada ao Chefe do Poder Executivo tem fundamento no fato de que é ele, Poder Executivo, que enfrenta o problema real da execução das leis. Aquele que percebe, em sua aplicação, as dificuldades decorrentes dos textos legais, quando discrepantes com a realidade social.

Independente de ser ou não apresentada pelo Chefe do Poder Executivo, a proposta de emenda constitucional será sempre levada à apreciação do Congresso, que aceitará ou não o respectivo projeto.

Cabe às Assembléias Legislativas das Unidades da Federação, também, o direito-dever de propor emendas constitucionais, conforme estabelecido no inciso III do artigo em questão.

Segundo a Lei Fundamental, o projeto de emenda deverá ser apresentado, nesse caso, por mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação<sup>108</sup>, manifestando-se, favoravelmente, em cada Casa Legislativa, a maioria simples de seus membros.

O § 1º do referido artigo 60 reza que a Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal<sup>109</sup>, de estado de defesa ou de estado de sítio<sup>110</sup>. Certo é que as três hipóteses elencadas na norma traduzem a existência de uma crise política grave que pode ameaçar as instituições. Tanto o é que apenas os graves fatos previstos nos artigos 34, 136 e 137 da Constituição Federal justificam a decretação da intervenção federal e dos estados de sítio e de defesa.

Ademais, a produção de um texto legislativo supremo, como é a emenda constitucional, termina por ser conjuntural e de pouca duração quando produzidas em períodos de perturbação política e social.

---

<sup>108</sup> Ainda resiste certo debate a respeito do que o legislador constituinte teria considerado como *unidades da Federação*. Entendendo que compõem a Federação Brasileira a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos teriam competência para apresentar proposta de emenda à Constituição. Por outro lado, quisesse o constituinte estender tal capacidade aos mais de cinco mil Municípios brasileiros, não teria feito constar no texto constitucional a expressão *Assembléias Legislativas*, órgãos, como sabemos, exclusivos do Poder Legislativo dos Estados. Pactuamos com essa segunda doutrina.

<sup>109</sup> Artigos 34 a 36, da Constituição Federal de 1988.

<sup>110</sup> Artigos 136 a 141, da Constituição Federal de 1988.

O trâmite para aprovação de uma proposta de emenda à Constituição segue, após sua apresentação, com a discussão de seu conteúdo e a subsequente votação em cada Casa do Congresso Nacional, realizada em dois turnos. A proposta será aprovada se obtiver, tanto no Senado Federal quanto na Câmara dos Deputados, três quintos dos votos de seus respectivos membros (art. 60, § 2º, da CF/88).

Justifica-se o *quorum* qualificado de três quintos dos parlamentares para aprovação de uma emenda constitucional em dois turnos. Tal reflete a necessidade de assegurar que a Constituição dure no tempo, permitindo-se modificações apenas em casos extremos e se refletirem a necessidade atual e o anseio do povo, representado, no caso, pela maioria qualificada de seus senadores e deputados.

A votação em dois turnos, igualmente, é medida de extremo bom senso, vez que, caso uma emenda seja aprovada em primeiro turno, e diante disso a sociedade demonstrar enorme descontentamento em relação a tal reforma constitucional, haverá oportunidade para que não seja permitida sua aprovação em segundo turno. Daí decorre ser oportuna tal formalidade.

Uma vez aprovada, será a emenda promulgada pelas mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem (art. 60, § 3º), sendo que este é constituído pelo número da emenda, seguido do ano de sua promulgação.

O § 4º do referido artigo 60, por sua vez, trata das matérias que não poderão ser objeto de emenda, por constituírem princípios basilares da organização político-social do Brasil. Tais limitações, porém, serão objeto de análise mais detida no item correspondente.

Por fim, mas não menos importante, destacamos o mandamento contido no § 5º do mencionado artigo 60, que estabelece não poder ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa, que corresponde ao período anual, a matéria constante de emenda rejeitada ou havida por prejudicada.

Tal estipulação nos parece sensata. Não há razão para que os autores de propostas de emenda rejeitada ou havida por prejudicada insistam em tal projeto, pois dificilmente a conjuntura nacional, as aspirações da sociedade e os motivos que culminaram na rejeição da proposta de reforma, teriam mudado durante o período assinalado na norma. Apesar de ser extremamente difícil fazer previsões acerca da duração de uma determinada situação social, se tem como razoável o tempo especificado no § 5º.

Perceba-se que não basta a alteração da redação de proposta de emenda constitucional para que a mesma, depois de rejeitada, seja reapresentada na mesma sessão legislativa. Note-se que o constituinte fez menção à matéria tratada na emenda, havendo prevalência do aspecto estrutural, em detrimento do aspecto formal.

Nesse lanço, vale salientar que, nas palavras de Ives Gandra Martins, a rejeição corresponde ao projeto que, apresentado, termina por não receber a votação suficiente para sua aprovação. Já o projeto prejudicado refere-se aquele que nem sequer é apresentado ao Plenário por estar eivado de vício anterior ou por não haver passado nas Comissões correspondentes. Em ambos os casos, sua não aprovação final impossibilita sua reapresentação no mesmo exercício.<sup>111</sup>

---

<sup>111</sup> MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de Outubro de 1998)*, tomo I, 4 vol., 1 ed., São Paulo: Saraiva, p. 378.

Além da emenda constitucional, o constituinte brasileiro previu a possibilidade de se operarem alterações formais na Constituição de 1988 por intermédio do procedimento da revisão constitucional, prevista no artigo 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, *in verbis*:

*Art. 3º. A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.*

Note-se, por relevante, que o referido dispositivo impôs três limitações a essa modalidade de reforma constitucional. A primeira temporal, donde se conclui que a revisão da Constituição será realizada somente depois de transcorrido o período de cinco anos de sua vigência, o que denota a preocupação do legislador constituinte no sentido de permitir o necessário amadurecimento da nova Constituição no seio social antes da propositura de modificações mais relevantes.

A segunda limitação, de ordem formal, faz referência ao *quorum* especial para aprovação da referida revisão, a qual, ademais, se dará mediante votação em sessão unicameral. Mais uma vez o constituinte houve por bem impor limites à alteração constitucional, restringindo a atuação das casas legislativas da União – que nesta ocasião trabalharão em conjunto -, e submetendo a confirmação da revisão constitucional ao voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional. Tal demonstra a valorização quanto à estabilidade da Norma Fundamental.

A derradeira limitação, de ordem quantitativa, esta merece críticas. A análise da regra inserta no referido artigo 3º. do ADCT evidencia que a oportunidade de a Nação brasileira submeter sua Constituição à saudável

revisão de suas cláusulas, há de ocorrer uma única vez. E de fato já ocorreu, resultando nas singelas seis Emendas Constitucionais de Revisão, de 1994. Feito isto, esgotou-se esta modalidade de reforma constitucional em nosso País, enquanto viger a atual Constituição.

Assim, hodiernamente, a Constituição Federal de 1988 somente poderá se submeter à reforma constitucional, como rito formal de modificação, através de emendas ao texto original.

Releva ponderar que esta opção, infeliz, em nosso juízo, subtrai da realidade constitucional brasileira o conveniente reexame periódico da *Lex Legum*, capaz de permitir a re-análise da convergência da Norma com os ideais pátrios, por meio de procedimento que, dada sua formalidade excepcional, preserva mais adequadamente a estabilidade da Constituição, valor este que há de prevalecer diante da necessidade reformista do legislador brasileiro.

### **III.3. MODIFICAÇÕES INFORMAIS DA CONSTITUIÇÃO: A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Por certo os impactos da dinâmica social e política não atuam sobre a ordem constitucional apenas e tão somente mediante os processos formais de alteração constitucional. Com frequência maior do que se possa supor, a Constituição sofre mudanças substanciais, ainda que tais não reflitam na dicção da letra da Norma. Estes processos informais de modificação constitucional acompanham – ou buscam acompanhar – a marcha evolutiva inerente à toda e qualquer sociedade, cujo desenvolvimento demanda o emprego de fórmulas menos rígidas que permitam, de uma lado adaptar,

oportunamente, a realidade constitucional às exigências político-sociais, e, de outro, garantir a estabilidade da norma através da observância dos limites impostos à generalidade da metamorfose constitucional.

Cabe às Constituições, ainda que formatadas sob o signo da rigidez, acompanhar as transmutações e os progressos da ordem social, sob pena de vir a se tornar a improdutiva “folha de papel” a que se referiu Ferdinand Lassalle.

Neste passo, merece lembrança o dizer de José Horácio Meirelles Teixeira:

*“Seria errôneo, entretanto, e mesmo ingênuo, pensar-se que as Constituições rígidas somente pudessem sofrer alterações através de técnicas jurídicas expressa e previamente estabelecidas, e que o impacto da evolução política e social somente pudesse atuar sobre elas através desses canais, e que a vida deveria necessariamente acomodar-se, em seu eterno fluxo de progresso, dobrando-se com docilidade ao sabor dessas fórmulas e apenas ao juízo de políticos e legisladores.”*<sup>112</sup>

Igualmente clássico é o entendimento de Biscaretti di Ruffia, citado por Anna Candida da Cunha Ferraz, que atesta serem as modificações formais apenas um meio de mudança dos sistemas constitucionais, mas não os únicos. *“Para se conhecer bem o desenvolvimento da vida constitucional de um Estado é preciso, com efeito, não perder de vista as múltiplas modificações não formais das normas escritas constitucionais, que sempre ocorrem de modo mais ou menos acentuado, segundo os diversos sistemas”*.<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Apostilas de Direito Constitucional*. São Paulo: FADUSP, 1961, p. 72.

<sup>113</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1986, p. 7.

Destaque-se, ainda, a lógica de Jellinek, tanto pela autoridade com que aborda o tema, quanto pelo fato de ter sido um dos precursores no estudo das mutações constitucionais:

*“Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación.”<sup>114</sup>*

Canotilho, ao dedicar-se ao estudo das alterações constitucionais, também depara com a existência das *transições* ou *mutações constitucionais* (*Verfassungswandlungen*), considerando-as como “*a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional*”. E, concluindo, aponta, de forma sintética, o resultado desta modalidade de modificação constitucional: “*Muda o sentido sem mudar o texto.*”<sup>115</sup>

Karl Wheare, por seu turno, admite que as modificações constitucionais dar-se-ão, excluídas as modalidades formais, em compasso com as mudanças sociais que, se não modificam o texto da Constituição, impõe-lhe significado totalmente distinto daquele até então prevalecente ou perturbam o equilíbrio constitucional.<sup>116</sup>

No mesmo sentido, Manuel Garcia-Pelayo, que assevera:

*“Claro que la constitución sufre cambios aunque permanezca inalterable su texto y que, por consiguiente, no es el método de reforma previsto por la constitución el único camino para la transformación de la misma, y*

<sup>114</sup> JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Tradução de Christian Foster, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 7.

<sup>115</sup> Op. cit. p. 236.

<sup>116</sup> WHEARE, Karl C. *Modern constitutions*. Londres: Oxford University Press, 1972, p. 77.

*hemos visto, en fin, que la transformación está estrechamente vinculada a la esencia de la constitución”.*<sup>117</sup>

Karl Loewenstein, do mesmo modo, aborda as hipóteses de alteração constitucional que não afetam a letra do texto, asseverando, ademais, que estes tipos de mutações a que estão sujeitas as constituições se têm observadas em todos os Estados dotados de uma Constituição escrita, e são muito mais freqüentes que as reformas constitucionais por método formal.<sup>118</sup>

É fato, então, que a Constituição está sujeita a modificações que não seguem as prescrições estabelecidas em seu texto no que concerne ao procedimento formal de mudança, o que, em um primeiro momento, pode sugerir a idéia de que tais alterações informais estariam eivadas do vício da inconstitucionalidade.

Por esta razão, a doutrina tem dispensado especial atenção em distinguir aquelas modificações informais que não violam a Constituição, ou seja, que se analisadas sob a égide dos meios de controle de constitucionalidade, inclusive o jurisdicional, não se evidenciam incongruentes com os valores de estabilidade e continuidade estampados na Norma, daquelas que contrariam os fundamentos de validade expressos no texto constitucional e, por tal razão, não mereceriam subsistir.

A estas duas hipóteses Anna Candida Ferraz tratou de cuidar em seus estudos, asseverando que no primeiro caso incluem-se, por exemplo, as interpretações jurisdicionais que dão sentido renovado à letra constitucional,

---

<sup>117</sup> GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. 2 ed., Madrid: Revista de Occidente, 1951, p. 126.

<sup>118</sup> Op. cit., p. 165.

sem, contudo, violá-la, e, no segundo grupo, poder-se-ia apontar a “*lei integrativa inconstitucional e o costume contra constitutionem*”.<sup>119</sup>

E segue, tratando de criar clara distinção entre a alteração informal constitucional e alteração informal inconstitucional, pondo termo à confusão terminológica que poderia derivar dessa dicotomia:

*“A expressão ‘mutação constitucional’ é reservada somente para todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido, o significado e o alcance da Constituição ‘sem contrariá-la’; as modalidades de processos que introduzem alteração constitucional, contrariando a Constituição, ultrapassando os limites constitucionais fixados pelas normas, enfim, as alterações inconstitucionais são designadas por ‘mutações inconstitucionais’.*

*Assim, em síntese, a ‘mutação constitucional’ altera o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito. Essa a característica fundamental da noção de mutação constitucional que merece, por ora, ser ressaltada. Trata-se, pois, de mudança constitucional que não contraria a Constituição, ou seja, que, indireta ou implicitamente, é acolhida pela Lei Maior.”*<sup>120</sup>

As mudanças constitucionais informais, segundo o magistério de Georges Burdeau, a quem Anna Candida da Cunha Ferraz faz menção em sua obra, sedimentadas fora das modalidades organizadas de exercício do Poder Reformador da Constituição, justificam-se e têm fundamento jurídico-constitucional. “*São, em realidade, obra ou manifestação de uma espécie inorganizada do Poder Constituinte, o chamado ‘poder constituinte difuso’...*”<sup>121</sup>

De todo modo, processo informal de alteração, vicissitude constitucional tácita, transições constitucionais, mudança material da Constituição, processos indiretos, processos oblíquos, mudança constitucional

---

<sup>119</sup> Op. cit., p. 9.

<sup>120</sup> Ibid., p. 10.

<sup>121</sup> Ibid., mesma página.

silenciosa, alteração por meio difuso, etc, são denominações válidas às hipóteses de alteração constitucional que vão além dos modelos predeterminados no texto da Lei Fundamental e que formatam o processo da reforma constitucional.

São todas definições coerentes com o espírito dos processos informais de mudança das constituições rígidas, que se levam a efeitos por intermédio da tradição, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetam a estrutura orgânica do Estado.

Uadi Lammêgo Bulos define o instituto com base em uma conceituação excludente, ao asseverar que a mutação constitucional é “*o fenômeno mediante o qual os textos constitucionais são modificados sem revisões ou emendas.*”<sup>122</sup>

Em verdade, a mutação caracteriza-se por ser uma alteração não da letra, mas do significado, do sentido do alcance do texto constitucional. Altera-se ora através da interpretação, ora dos costumes, e ora por força das leis complementares que definem os contornos da norma constitucional.

Essa modificação se dá, conforme visto, em razão da dinâmica social, política, econômica e cultural do Estado. À Constituição, como organismo vivo, impõe-se a necessidade de acompanhamento dessa evolução que, se não lhe altera o texto literal, modificam-na em substância, alcance e sentido.

Parte considerável da doutrina constitucionalista dedicou-se ao estudo das mutações constitucionais, tanto no Brasil quanto no direito alienígena.

---

<sup>122</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 54.

Contudo, não há consenso entre os diversos autores sobre as modalidades desta espécie de mudança constitucional. Tal se dá, certamente, em razão da própria natureza do instituto, cujo pressuposto e fundamento de existência não advém exclusivamente das regras jurídico-constitucionais – tal qual se dá com os modelos de reforma constitucional. Antes está fragmentado em toda a atividade estatal.

Em realidade, os denominados *meios difusos* de alteração, e integrativos, da Constituição, prescindem, como o próprio nome pode sugerir, de forma definida ou rígidos procedimentos para que se estabeleçam na rotina constitucional. É exatamente sua natureza informal a tônica do instituto em testilha. Alheio a requisitos específicos e configuração precisa, os préstimos que reserva ao ordenamento jurídico-constitucional revestem-se da mesma sutileza de seus meandros, e, por isso, seus resultados costumam passar despercebidos ou serem subestimados.

A mutação constitucional aperfeiçoa-se lentamente e, em geral, de modo imperceptível. Apenas a comparação entre o entendimento que se atribui à norma em épocas diferentes é que nos permite identificar a ocorrência desse fenômeno sutil por natureza.

Assim, a análise das peculiaridades desse modelo de alteração constitucional nos permite resumir suas características, apontando, dentre outros, (I) o processo lento e contínuo que as precede; (II) a imprevisibilidade de sua ocorrência, já que ocorrem naturalmente, sem a obediência a formas ou padrões pré-estabelecidos; (III) aperfeiçoam-se em momentos históricos distintos, perante situações diferentes, que exigem a leitura do texto constitucional sob novas perspectivas; (IV) não atingem a letra da Constituição, preservando sua redação original, que então será compreendida

de modo diverso, assumindo novo entendimento.

A estas características básicas, Milton Campos acrescenta mais uma: as mutações constitucionais não geram deformações maliciosas, nem subversões traumatizantes, o que as reveste com o manto da constitucionalidade.<sup>123</sup>

Quanto ao veículo propulsor de uma mutação constitucional, esta pode assumir as mais diversas formas, tantas quantas forem as oportunidades de manifestação das forças capazes de gerar tais mudanças, tanto é, que parte da doutrina classifica as alterações constitucionais informais segundo sua origem, destacando (I) aquelas que são operadas em decorrência de atos elaborados por órgãos estatais de caráter normativo (leis, regulamentos); (II) aquelas decorrentes de atos de natureza jurisdicional (decisões judiciais); (III) aquelas advindas dos costumes; (IV) aquelas que decorrem de atos de natureza político-social (regras de conduta convergentes com os princípios estampados na Constituição); e, (V) aquelas advindas de simples prática constitucional.

Na verdade, as distintas características e classificações que envolvem o tema são fruto do entendimento particular daqueles autores que pretenderam desenvolver o tema com maior precisão, e não existe consenso a respeito das modalidades pelas quais pode a Constituição sofrer alterações de sentido sem, contudo, modificar-lhe o texto. Certamente esse dissenso advém, exatamente, de uma das características da mutação constitucional, sua espontaneidade. O fenômeno da mutação constitucional não obedece regras pré-determinadas que possibilitem seu estudo sem desbordar dos sistemas rígidos e bem definidos próprios das alterações formais da norma constitucional.

---

<sup>123</sup> CAMPOS, Milton. *Constituição e realidade*. Revista Forense, v. 187, ano 57, Rio de Janeiro, 1960, p. 22.

Jellinek, por exemplo, defende que a mutação constitucional é levada a termo através das práticas legislativas, parlamentares, judiciais e mesmo em razão da perda do sentido original da regra.<sup>124</sup>

Digna de nota, novamente, é a palavra de Uadi Lamêgo Bulos, ao mencionar que a mutação constitucional é “*o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da Lex Legum, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (construction), bem como dos usos e costumes constitucionais (as práticas constitucionais)*”.<sup>125</sup>

E segue, fazendo menção aos estudiosos do assunto que preferem distinguir algumas formas de mutação constitucional. Dentre tais, temos Hsü Dau-Lin, que, seguido por Pablo Lucas Verdú e por Manuel García Pelayo, esboçou quatro categorias: (I) mutação constitucional através de prática que não vulnera a Constituição; (II) mutação constitucional por impossibilidade do exercício de determinada atribuição constitucional; (III) mutação constitucional em decorrência de prática que viola preceitos da Carta Maior; (IV) mutação constitucional através da interpretação.<sup>126</sup>

---

<sup>124</sup> Cf. Georg Jellinek, *Los preceptos constitucionales a menudo son oscuros o extensos y sólo el legislador les da sentido preciso mediante leyes que los concretan de modo muy parejo a como el juez, primero, tomo conciencia clara del contenido de las leyes que ha de aplicar Así como por general la aplicación jurisprudencial de los textos legales vigentes está sujeta las necesidades y opiniones variables de los hombres, lo mismo ocurre con el legislador, cuando interpreta mediante leyes ordinarias la Constitución. Lo que parece en un tiempo inconstitucional emerge más tarde conforme a la Constitución y así la Constitución sufre, mediante el cambio de su interpretación una mutación. No solo el legislador puede provocar semejantes mutaciones, también pueden producirse de modo efectivo mediante la práctica parlamentaria, la administrativa o gubernamental y la de los tribunales. Han de interpretar las leyes y también las normas constitucionales, pero de modo subrepticio una ley constitucional puede adquirir, poco a poco, un significado totalmente distinto al que tenía en el sistema jurídico originario.* Op. cit. pp. 15 e 16.

<sup>125</sup> Op. cit., p. 57.

<sup>126</sup> Ibid., p. 63.

Paolo Biscaretti Di Ruffia, igualmente citado na obra de Uadi Lammêgo, vislumbra duas hipóteses de mutação constitucional. Na primeira delas temos as modificações operadas em decorrência de atos elaborados por órgãos estatais de caráter normativo e de natureza jurisdicional. Na segunda hipótese, estão as mudanças ocorridas em virtude dos fatos de caráter jurídico, como os costumes; de natureza político-social, como as regras sociais de conduta; ou as práticas constitucionais.<sup>127</sup>

Milton Campos, estudando o tema com habilidade, assegura que os *processos oblíquos de adaptação da lei fundamental*, as infindáveis mutações da realidade, são modalidades mais fecundas de alteração constitucional, porque constantes e revelados por meio de vagarosas germinações. Tais mudanças por meio oblíquo podem advir da *complementação legislativa*, da *construção jurídica* e do *consenso costumeiro*.<sup>128</sup>

Por seu turno, Anna Candida da Cunha Ferraz simplifica as diversas formas pelas quais as mutações constitucionais operam mudanças na Constituição. E, tomando por base a classificação adotada por Biscaretti di Ruffia, examina tais processos sob os signos da *interpretação constitucional* e dos *usos e costumes constitucionais*.<sup>129</sup>

A proposta deste estudo, ainda que não passe ao largo do tema da interpretação constitucional – dada sua afeição com as mudanças constitucionais que daí advém – não é exatamente a análise da complexa teoria dos modos pelos quais o intérprete deve extrair da Norma Fundamental seu verdadeiro querer. Haveríamos, para tanto, de percorrer caminhos outros

---

<sup>127</sup> Op. cit., pp. 63 e 64.

<sup>128</sup> Op. cit., p. 19.

<sup>129</sup> Op. cit. p. 13.

que, por mais fascinantes que se apresentem, nos desviariam dos desígnios originais que envolvem nossa pesquisa.

Diante dessa proposição, reservar-nos-emos a examinar a interpretação constitucional enquanto motor das modificações constitucionais informais, sem, contudo, adentrarmos ao estudo das regras, métodos, pressupostos ou postulados dessa interpretação, aspectos que merecem atenção individualizada, em trabalho específico.

### **III.3.1. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL MEDIANTE A INTERPRETAÇÃO DA NORMA – OS DIVERSOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO**

Não é de hoje que a doutrina aponta a interpretação constitucional como veículo precursor do processo de mutação constitucional. Mesmo aqueles que resistem à idéia da mutação por via interpretativa admitem a existência dessa força modificativa do alcance e significado do texto da Constituição. Nesse diapasão, oportuna é a síntese de José Afonso da Silva que, em verdade, ao repelir a denominada *mutação constitucional por via indireta*, o faz sob o enfoque das deformações da Norma advindas de eventuais leis complementares<sup>130</sup>, mas reconhece, por outro lado, a peculiar capacidade de se vislumbrar, por meio dela, a transformação do objeto normativo da Constituição:

*“A interpretação...não pode produzir mutação constitucional. O que ela pode é mostrar que o objeto a ser conhecido se transformou, quer porque a realidade a que se refere evoluiu e requer que o objeto normativo se acomode a ela, se tiver elasticidade suficiente para tanto, ou porque as palavras ou expressões normativas sofreram mudanças semânticas que exigem que o seu novo sentido seja explicitado pela interpretação. É especialmente nessa hipótese que se diz que o significado da*

<sup>130</sup> *Aplicabilidade...*, op. cit., p. 230.

*Constituição dos Estados Unidos da América é hoje muito diferente do original. A interpretação, especialmente a judicial, exerce um papel fundamental de adaptação das normas constitucionais às exigências de novos conceitos da realidade por ela pensadas.”<sup>131</sup>*

Ainda seguindo o mesmo raciocínio, Canotilho aponta, em princípio, a impossibilidade de ocorrerem mutações constitucionais por via interpretativa, no entanto, admite a existência das alterações do âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar suscetíveis de serem abrangidas pelo programa normativo:

*“A necessidade de uma permanente adequação dialética entre o programa normativo e a esfera normativa justificará a aceitação das transições constitucionais que, embora traduzindo a mudança de sentido de algumas normas provocado pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contrariam os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da constituição. O reconhecimento dessas ‘mutações constitucionais silenciosas’ (‘stillen Verfassungswandlungen’) é ainda um acto legítimo de interpretação constitucional”<sup>132</sup>.*

A bem da verdade, aquilo que o constitucionalista lusitano rechaça é o aval a qualquer entendimento que se traduza em uma *realidade constitucional inconstitucional*, representadas por aquelas alterações manifestamente incomportáveis pelo programa da norma constitucional. Daí a importância de se diferir entre as mutações constitucionais e as mutações inconstitucionais, conforme visto anteriormente.

De outra banda, a capacidade modificadora da interpretação constitucional não passou ao largo das pesquisas de Ruy Barbosa, e, ainda que houvesse se referido à interpretação judicial, de forma genérica, é certo que as características notadas pelo grande jurista se amoldam perfeitamente às modalidades de interpretação constitucional, conforme nos remete Luiz Pinto Ferreira:

<sup>131</sup> SILVA, José Afonso. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 291.

<sup>132</sup> Op. cit., p. 237.

*“Ninguém ignora o papel da interpretação judiciária na evolução do direito escrito. Sobre a letra, fixada nos textos, passa a autoridade dos arestos, que os filtra, os decompõe, os alui. O juiz, pela sua colaboração contínua, exerce uma função de cooperador e modificador na obra legislativa. A jurisprudência, obra sua, altera insensivelmente o direito positivo.”<sup>133</sup>*

Resta analisar, por conseguinte, de que forma a interpretação constitucional é capaz de realizar alterações na Constituição, ou seja, em quais ocasiões a mutação constitucional é fruto do trabalho do intérprete da norma.

Anna Candida Ferraz atesta que a interpretação constitucional extrapola seu papel de exercício esclarecedor da norma para assumir a rubrica de processo de mutação constitucional, sempre que a atividade interpretativa confere à norma constitucional um sentido que originariamente não ostentava:

*“Sempre que se atribui à Constituição sentido novo; quando, na aplicação, a norma constitucional tem caráter mais abrangente, alcançando situações dantes não contempladas por ela ou comportamentos ou fatos não considerados anteriormente disciplinados por ela; sempre que, ao significado da norma constitucional, se atribui novo conteúdo, em todas essas situações se está diante do fenômeno da mutação constitucional. Se essa mudança de sentido, alteração de significado, maior abrangência da norma constitucional são produzidas por via da interpretação constitucional, então se pode afirmar que a interpretação constitucional assumiu o papel de processo de mutação constitucional.”<sup>134</sup>*

Dar-se-á, então, mutação constitucional por meio da interpretação da Norma, sempre que o intérprete alterar o significado, o sentido ou o alcance do texto constitucional, e esta modificação for capaz de gerar efeitos no campo de aplicação da regra constitucional a partir daí, sem a necessidade de incorporações ou subtrações na letra expressa da Lei.

---

<sup>133</sup> Op. cit., p. 159.

<sup>134</sup> Op. cit., p. 56.

De outro dizer, haverá mutação constitucional pelo uso das regras de interpretação sempre que a realidade social modifica-se em relação àquela vigente no momento da publicação do texto constitucional original, que obriga a extensão, restrição ou esclarecimento do sentido contido em suas normas. Ao concretizar o texto constitucional – providência indispensável ao intérprete, diante do caráter amplo e genérico do texto da Lei Maior – o exercício interpretativo, invariavelmente, atualiza os enunciados constitucionais, captando sua essência para amoldá-la à dinâmica social.

Paulo Bonavides, por sua vez, reservou parte de seus estudos ao tema da mutação constitucional por meio da interpretação, identificando nos novos métodos da hermenêutica jurídica tradicional o pressuposto da mudança silenciosa do sentido das normas constitucionais, sem a necessidade de substituí-las expressamente ou sequer alterá-las pelas vias formais.

E, disposto a demonstrar a enorme importância dessa modalidade de alteração da Carta Política, a elegeu como um dos três caminhos *normais* para renovação da ordem constitucional:

*“Excluída a via excepcional do golpe de Estado ou do apelo extremo aos recursos revolucionários, a ordem constitucional, quando se lhe depara o imperativo de renovação a que se acha sujeita, pode perfeitamente atender essa necessidade por três caminhos normais: o estabelecimento de uma nova Constituição, a revisão formal do texto vigente e o recurso aos meios interpretativos (...) mediante o emprego dos instrumentos de interpretação logram-se surpreendentes resultados de alteração do sentido das regras constitucionais sem que todavia se faça mister modificar-lhes o respectivo teor”*.<sup>135</sup>

---

<sup>135</sup> BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 293.

Jorge Miranda, por sua vez, tratou de considerar a interpretação jurídica como meio operativo das chamadas *modificações tácitas* da Constituição, estas resultantes da interpretação evolutiva da Lei das Leis.

Segundo o doutrinador da Universidade de Lisboa, a interpretação jurídica há de ser evolutiva, sistemática, para congregar as normas interpretadas com as demais normas do ordenamento jurídico:

*“A interpretação jurídica deve ser não só objectivista como evolutiva: pela necessidade de congregar as normas interpretadas com as restantes normas jurídicas (as que estão em vigor, e não as que estavam em vigor ao tempo da sua publicação), pela necessidade de atender aos destinatários (os destinatários actuais, e não os do tempo da entrada em vigor das normas), pela necessidade de reconhecer um papel activo ao intérprete, ele próprio situado no ordenamento em transformação. E também a interpretação constitucional deve ser, e é efectivamente, evolutiva – pois qualquer Constituição é um organismo vivo, sempre em movimento como a própria vida, e está sujeita à dinâmica da realidade que jamais pode ser captada através de fórmulas fixas”.*<sup>136</sup>

E conclui pela enorme importância da interpretação sistemática, capaz de alterar o entendimento da norma não alcançada por eventual revisão constitucional (entendida como meio formal de alteração):

*“Não obstante, não pode a interpretação evolutiva servir para matar um número maior ou menor de normas, mas, pelo contrário, para, preservando o espírito da Constituição, as manter vivas; aquilo, no limite, poderá ocorrer por virtude de costume constitucional, não por virtude de actividade interpretativa.*

*Por seu turno, a ‘revisão indirecta’ não é senão uma forma particular de interpretação sistemática. Consiste no reflexo sobre certa norma da modificação operada por revisão (revisão directa, revisão propriamente dita): o sentido de uma norma não objecto de revisão constitucional vem a ser alterado por virtude da interpretação sistemática e evolutiva em face da nova norma constitucional ou da alteração ou da eliminação de norma preexistente.*<sup>137</sup>

---

<sup>136</sup> Op. cit., T. II., p. 116.

<sup>137</sup> Ibid., p. 117.

Certo é, pois, que a interpretação constitucional é capaz de transmutar o sentido e alcance da norma inserta na Constituição em decorrência do câmbio natural e insuplantável da realidade sócio-política do sistema que rege que, vez por outra, impõe a restrição, ampliação ou construção da idéia originalmente contida no texto da Norma Excelsa.

Nesse contexto, é válido analisar quem é o intérprete da norma, capaz de modificar o entendimento do direito constitucionalizado.

### **III.3.1.1. OS DIVERSOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO E SUA CAPACIDADE DE IMPOR MODIFICAÇÕES INFORMAIS À NORMA FUNDAMENTAL**

A prática jurídica tem revelado que os denominados *intérpretes orgânicos* da Constituição atuam de forma mais acentuada. Assim, o Legislativo, Executivo e Judiciário, este último com maior ênfase, assumem papel determinante nas alterações informais da Constituição.<sup>138</sup>

A maior atividade dos intérpretes orgânicos, entretanto, não exclui a influência e importância dos chamados *intérpretes inorgânicos*, dos quais destacam-se os grandes juristas, a sociedade que se expressa por meio da opinião pública, os grupos de pressão organizados, etc. Estes são responsáveis tanto por formatar o pressuposto jurídico-constitucional necessário à fundamentar a mudança, no caso dos juristas, quanto por mover as forças necessárias a efetivá-la, papel bem desempenhado pelos grupos de pressão,

---

<sup>138</sup> Anna Candida da Cunha Ferraz nos remete a Rolando Tamayo y Salmorán para esclarecer que esta definição se justifica porque a interpretação é realizada por órgão que retira, direta ou indiretamente, da própria Constituição, força para aplicá-la. Às instituições referidas cabe, direta ou indiretamente, aplicar a norma constitucional, desdobrando-a para completar e desenvolver o sistema por ela fixado ou mesmo para imprimir-lhe atuação efetiva. Op. cit., p. 53.

ou, ainda, legitimar a tal mudança silenciosa quando é esta a vontade do povo (no caso da opinião pública).

Atenta a esta realidade, Anna Candida da Cunha Ferraz identificou a importante função dos intérpretes inorgânicos e sua força quase irresistível ao referir à interpretação constitucional popular, que inclui, além daquela desenvolvida diretamente pelo povo, a que é também impulsionada pelas forças vivas da comunidade, tais quais os grupos de pressão, os partidos políticos e a opinião pública.<sup>139</sup>

Segundo a autora, a participação popular na interpretação da Constituição, que varia conforme o ordenamento jurídico-constitucional, se perfaz por meio dos mecanismos previstos na própria Lei Fundamental, que permitem ao povo influir na elaboração constitucional e alterar a Constituição formal.

Destaca, nesse contexto, o prestígio que essa forma de participação popular goza em países como os Estados Unidos, Suíça e Itália, nações habituadas ao exercício do referendo, plebiscito, iniciativa popular, veto popular, *recall*.

No Brasil, carecedor de maturidade cívica, o constituinte da Norma vigente foi econômico ao outorgar ao cidadão brasileiro apenas o poder de opinar diretamente sobre a criação ou alteração de Municípios e Estados (art. 18, § 3º e § 4º. da CF/88); optar pela forma e sistema de governo (art. 2º. do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) – direito cujo exercício já se consumou em setembro de 1993 -; e apresentar projeto de lei às Casas Legislativas Federal e dos Municípios, na remota hipótese de lograr êxito em

---

<sup>139</sup> Op. cit., p. 169.

superar os requisitos dos artigos 29, XIII e 61, § 2º da Constituição Federal. Esse obstáculo ao exercício pleno da cidadania, que, em última análise, configura injustificável e temerária ofensa ao princípio democrático, rendeu à última constituinte numerosas críticas de alguns constitucionalistas, dentre os quais podemos citar Maria Garcia<sup>140</sup>, com a qual fazemos coro.

Segue Anna Candida Ferraz explicando de que forma atua a iniciativa popular na modificação constitucional:

*“Esses instrumentos podem modificar diretamente a Constituição provocando (a) reformas da letra constitucional, (b) podem, também, acarretar, indiretamente, mudança do sentido da norma constitucional, sem alterar a letra constitucional, ou (c) podem mudar ou mais precisamente ‘revogar’ uma disposição constitucional.”*<sup>141</sup>

E exemplifica:

*“O referendo, nos Estados Unidos e na Suíça, é obrigatório para a aprovação de reformas constitucionais, quer a nível federal, quer a nível dos Estados-membros. A reforma constitucional somente será efetivada se obtiver aprovação do povo.*

*O referendo pode, também, ser obrigatório para a aprovação de decretos ou leis contrárias à Constituição. É o que se encontra no artigo 89 bis da Constituição Suíça que determina a realização do referendo quando a Assembléia Nacional decreta medidas que derroguem a Constituição. Como o povo pode aprovar ou não o referendo e conseqüentemente o decreto, não há porque se negar o caráter de*

---

<sup>140</sup> No artigo intitulado *O cidadão, intérprete da Constituição* (in Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 48, p. 102 e ss), a autora anota que na elaboração da Carta de 1988 não se atendeu ao previsto no pacto fundacional das origens do Estado, a Constituição do Império, erigindo o cidadão em mediador da defesa da Constituição. Cita, ainda, o exemplo pertinente à ausência do *cidadão* como legitimado a propor a ação direta de constitucionalidade prevista no art. 103 da Lei Maior, e apresenta, por sua vez, brilhante solução tendente a solucionar a negligência do constituinte. Maria Garcia demonstra que, diante do rol de prerrogativas inerentes à cidadania, disposto difusamente na Constituição, o cidadão brasileiro efetivamente detém a titularidade constitucional para propor a ação de inconstitucionalidade e, mais, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, razão pela qual a menção expressa a essa prerrogativa se mostra desnecessária: *Essa conclusão resulta inevitável, diante do preceito vigente na formação do Estado brasileiro pela Constituição de 1824: esse é o mesmo Estado, então constituído, que permanece no tempo e no espaço, com as mudanças inerentes à dinâmica social, progredindo ou retrocedendo, e o art. 179, XXX, ainda se mantém, implícito e contido, na estrutura do ordenamento jurídico originário e fundante do Estado, até a atualidade.*

<sup>141</sup> Op. cit., p. 169.

*processo de mutação constitucional à atuação popular. A aprovação da medida inconstitucional, nesse caso, nem sempre implicará derrogação do texto formal da Constituição. É possível que a mudança de sentido se limite àquela hipótese legal, permanecendo o texto em vigor.”<sup>142</sup>*

O plebiscito, segundo a publicista em referência, pode ensejar mudança constitucional enquanto aprova a prática de atos contrários à Constituição ou quando aprova a realização de mudanças constitucionais pré-determinadas.

A iniciativa popular, por seu turno, e o veto constitucional, podem provocar mudança formal na Constituição ou obstaculizá-la, tais são os exemplos da Constituição do Cantão de Friburgo e o veto adotado na Constituição de Neuchatel.

Sobre o *recall*, previsto na Constituição dos Estados Unidos da América, a autora suscita sua importante relevância, na medida em que a revisão de decisões judiciais pode declarar a inconstitucionalidade de certas leis, provocando, assim, a alteração da *Lex Legum*.

E, concluindo seu entendimento, ressalta as características da mutação via interpretação constitucional popular:

*“A interpretação constitucional popular configura-se, assim, como um dos caminhos para a mudança formal ou informal da Constituição, e portanto, um dos caminhos para adequar a norma constitucional à realidade; e apresenta-se, enquanto processo de mutação constitucional, revestida de algumas características: é ‘vinculante’ (referendo para aprovar reformas, recall para revisão de sentenças, etc.), é ‘definitiva’ quanto aos resultados (só nova reforma e conseqüentemente novo referendo podem eliminar os resultados do referendo anterior).”<sup>143</sup>*

---

<sup>142</sup> Op. cit., pp. 16 e 170.

<sup>143</sup> Ibid., p. 171.

Ainda a demonstrar a força participativa dos chamados intérpretes inorgânicos, é certo que o entendimento doutrinário a respeito da interpretação da norma constitucional tem, por vezes, o condão de fomentar a modificação informal da Constituição, considerada a maior ou menor reputação de que goza o jurista no meio acadêmico.

Dúvidas não há da capacidade que possuem os grandes juristas de sistematizar o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro ao esmiuçarem esse campo. O trabalho diante da Constituição, das leis, princípios explícitos e implícitos do Direito, costumes, jurisprudência e sua confrontação com a realidade social e idéia de justiça vigentes, permite aos expertos das ciências jurídicas teorizar as novas possibilidades de abrangência, sentido e alcance da norma constitucional diante da concreta realidade que então se apresenta, servindo de fundamento valioso a justificar a mutação constitucional e mesmo uma futura alteração formal da Norma Excelsa.

Cumprir destacar que a interpretação doutrinária atua de forma indireta na mutação constitucional, influenciando, como vimos, no processo de mudança da Constituição a se efetivar por intermédio da interpretação levada a termo pelo Judiciário, Legislativo e Executivo. Não vincula, jamais, o exercício interpretativo dessas três classes, mas, por certo, goza de enorme prestígio entre elas, o que explica sua relevância.

Muitos são os exemplos na prática constitucional que comprovam o indiscutível valor da interpretação doutrinária no processo de modificação e mesmo criação das normas constitucionais. A própria doutrina faz repetidas

menções à influência dos constitucionalistas brasileiros na elaboração das Constituições nacionais.<sup>144</sup>

No constitucionalismo estrangeiro, basta fazer menção à Constituição austríaca de 1920. Idealizada e formatada por Kelsen, é um grande – senão o maior - exemplo da influência dos doutrinadores na construção constitucional.

Dentre os chamados *intérpretes orgânicos*, de outro lado, especial atenção deve ser dispensada à *interpretação constitucional judicial*, dada a reconhecida repercussão das decisões judiciais e sua aptidão para promover alterações na aplicação da norma constitucional, especialmente nos países que adotam o controle jurisdicional de constitucionalidade, como é o caso do Brasil.

Coaduna com essa síntese José Alfredo Baracho, ao ponderar que a interpretação constitucional realizada pelos tribunais é de extrema importância, principalmente naqueles Estados que se filiaram à corrente da revisão judicial dos atos de autoridade, perante os juizados comuns, nos moldes da Constituição estadunidense, ou mesmo perante um tribunal especializado em matéria constitucional, como é o caso da Constituição austríaca de 1920.<sup>145</sup>

Igualmente Kildare Gonçalves Carvalho, que, seguindo a mesma linha de raciocínio, vai ainda além, superdimensionando a importância da interpretação judicial da Constituição, ao revelar que sua função não se

---

<sup>144</sup> Muito se comenta acerca do papel valioso de Ruy Barbosa e Pedro Lessa na criação das bases da doutrina do *habeas corpus* da Constituição de 1891; de Herculano de Freitas na redação da reforma de 1926, que, dentre outros, conferiu aos Estado maior autonomia com a alteração da redação original do art. 6º, e melhor definiu a hipótese de cabimento do próprio *habeas corpus* previsto no art. 72, § 22; de Carlos Maximiliano na Constituição de 1934; de Francisco Campos na Constituição do Estado Novo; de Afonso Arinos na primeira fase dos trabalhos da Constituinte de 1987.

<sup>145</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da Constituição*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979, p. 72.

resume a compreender os parâmetros da norma, mas, acima de tudo, serve a concretizar a Constituição vigente, contribuindo mesmo com sua alteração. Refere o autor aos caminhos traçados pela *tópica* de Theodor Viehweg, cuja fórmula seduziu juristas como Martin Kriele, Peter Häberle, Friedrich Muller e Konrad Hesse e fundamenta, dentre outros, a interpretação evolutiva, capaz de atribuir novo sentido ao texto constitucional:

*“...são as denominadas posições não interpretativas, que se opõem às interpretativas, estas considerando que os juízes, ao interpretarem a Constituição, devem limitar-se a captar o sentido dos preceitos nela expressos, ou tidos como claramente implícitos.”<sup>146</sup>*

Segue, então, parafraseando Inocêncio Mártires Coelho:

*“Nessa perspectiva, em nome do sentido material da Constituição torna-se ‘legítima a invocação de outros valores substantivos, como justiça, igualdade e liberdade, e não, apenas ou preferencialmente, o valor democracia, para atribuir à magistratura uma competência interpretativa em sentido forte. De mais a mais, tendo em conta a historicidade e a estrutura do texto constitucional –essencialmente conformado por princípios jurídicos abertos e indeterminados, que só adquirem efetividade com a mediação dos seus aplicadores – parece lícito concluir que, ou se confere liberdade ao intérprete para concretizar aqueles princípios, ou se renuncia à pretensão de vivenciar a Constituição.”<sup>147</sup>*

E, em arremate, ressalta o poder dos tribunais constitucionais, alçando-os a um nível privilegiado perante as demais funções do Estado:

*“Nesta ordem de idéias, o Tribunal Constitucional, na sua competência de interpretar e aplicar, em caráter definitivo a Constituição, estaria situado acima da tradicional repartição dos poderes estatais, mesmo porque sua atividade interpretativa se desenvolveria em torno de enunciados abertos, indeterminados e polissêmicos, como são as normas constitucionais.”<sup>148</sup>*

---

<sup>146</sup> Op. cit., p.342 e ss.

<sup>147</sup> Ibid., p. 342.

<sup>148</sup> Ibid., p. 343.

Conforme veremos adiante - e essa ressalva visa permitir a concatenação lógica das idéias contidas no presente trabalho – optamos por inserir o método da *concretização constitucional* no item correspondente ao estudo da construção constitucional, dado nosso interesse em demonstrar a importância desse recurso por si só, independentemente da relação que se costuma reconhecer entre este e a interpretação constitucional.

Retomando o tema: inexistem dúvidas, portanto, que o valor da interpretação constitucional executada pelos magistrados, no exercício da atividade jurisdicional do Estado, ganha ainda mais notabilidade quando realizada pelas Cortes Constitucionais. No Brasil, é notória a autoridade do Supremo Tribunal Federal como guardião da ordem constitucional, alçado a esta categoria pela imposição contida no *caput* do artigo 102 da Constituição Federal, como veremos mais adiante.

Reconhecemos, é verdade, a tese de que tal determinação não basta para converter o Supremo Tribunal Federal de nosso País em legítima Corte Constitucional, mormente se considerarmos que não é ele o único órgão competente para compor litígios que envolvem matéria constitucional, e assim é, também por imposição da Lei Maior, que em seu artigo 97 prevê o controle de constitucionalidade no caso concreto, a ser efetivado pelos tribunais inferiores quando for constada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Desse modo, se a contenda posta à análise do juízo envolver debate acerca da eventual inconstitucionalidade de norma, a Constituição garante seja a alegação conhecida pelos órgãos jurisdicionais que são competentes para declarar a falta de pressuposto constitucional de validade do ato do legislativo ou executivo.

Difere do controle concentrado, ou abstrato, pois neste a competência para o exame da constitucionalidade é exclusiva a um único órgão, constituindo este a cúpula do Poder Judiciário, ou a uma Corte Constitucional a quem é atribuída a função indelegável de controlar a constitucionalidade dos atos infraconstitucionais.

Ainda sobre a real característica do Supremo Tribunal Federal, José Afonso da Silva aponta, ainda, outra razão, de ordem funcional, a demonstrar a falta de vocação do órgão que nos permitisse identificá-lo como verdadeira Corte Constitucional: a forma de recrutamento de seus membros, a evidenciar que continuará o STF a examinar questão constitucional sob enfoque puramente técnico-jurídico, e, incumbido de julgar os recursos extraordinários através dos quais levar-se-ão a seu conhecimento as questões constitucionais nos casos concretos, priorizará ele a solução do litígio - preocupação comum no sistema difuso -, evitando, ao máximo, declarar inconstitucionalidades.<sup>149</sup>

Contudo, em que pese a insuficiência de requisitos caracterizadores das Cortes Constitucionais, certo é que ao Pretório Excelso brasileiro jamais faltarão os pressupostos que lhe permitam exercer a justiça constitucional, especialmente em razão de sua competência originária para julgar a ação direta de inconstitucionalidade e a ação de inconstitucionalidade por omissão, a ação declaratória de constitucionalidade, a argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Não por outra razão, Oscar Vilhena destaca a importância desse Tribunal e a influência de suas decisões, capazes de gerar impactos profundos sobre a conduta das demais Funções estatais e da população brasileira.

---

<sup>149</sup> *Curso...*, op. cit., p. 527.

Tamanha é a força vinculante das deliberações do Supremo Tribunal Federal, que se torna forçoso concluir que exerce ele mais do que simples atividade jurisdicional. Se exerce autoridade perante os demais, exerce função política.<sup>150</sup> Daí reconhecer-se o grau de importância e penetração de suas decisões, capazes de patrocinarem consideráveis alterações na Constituição.

Embora não configure interpretação autêntica – esta reservada ao legislador constituinte – os impactos e efeitos da interpretação judicial no ordenamento jurídico-constitucional são análogos àqueles oriundos do trabalho de compreensão da norma efetivado pelo constituinte, e, por vezes, podem mesmo anular a interpretação constitucional legislativa, ao declarar inconstitucional a lei de aplicação constitucional.

E, vale notar, o exercício da jurisdição constitucional não se resume no nobre mister de controlar a constitucionalidade das leis e atos normativos, declarando ou não a inconstitucionalidade destes. Ora, é inerente ao trabalho jurisdicional, em todos os níveis, a aplicação da norma para solução das lides postas à apreciação do judiciário. Se não há aplicação da lei sem interpretação que a preceda, é certo que o julgador pode conferir a norma nova roupagem, que se afigure mais adequada, justa e capaz de atender à realidade imposta pela dinâmica social. Fazendo-o sob o crivo das normas de hermenêutica e interpretação constitucional, o resultado bem poderá produzir, de igual modo, uma mutação constitucional.

Confira-se, a respeito, a lição de Anna Candida Ferraz:

*“Forma-se um litígio constitucional, porque a pretensão se funda na norma constitucional e é com aplicação desta que o conflito será*

---

<sup>150</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 228.

*solucionado. Assim sendo, a tutela jurisdicional vai recair em lide que se formou em virtude de relação jurídico-constitucional”*.<sup>151</sup>

Exemplificando o tema, faz referência às lides constitucionais sem controle da constitucionalidade da lei, decorrente da previsão estampada no artigo 154 da Constituição brasileira de 1967, com a nova redação que lhe deu a Emenda Constitucional n. 1/69.<sup>152</sup> Cumpre obtemperar que, se essa previsão não mais figura no texto da Carta atual, tal não desabona a análise da renomada autora, cujas ponderações, em tempos atuais, encontram guarida no artigo 9º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>153</sup>, cuja redação igualmente prevê a abertura da jurisdição constitucional nos moldes propostos em sua obra.

A certeza de que os atores da jurisdição constitucional brasileira atuam com grande frequência na interpretação da Norma Fundamental é, pois, facilmente defensável quando analisamos a “versatilidade funcional” do Supremo Tribunal Federal, cujas decisões hão de refletir na idéia atual de Constituição, sejam elas proferidas em decorrência do controle de constitucionalidade, sejam conseqüentes da pura e simples aplicação da norma ao caso concreto, independentemente de declaração de inconstitucionalidade.

Lembremos, conforme assinala Karl Wheare, que a Constituição é um reflexo de forças políticas, econômicas e sociais que atuam no momento de

---

<sup>151</sup> Op. cit., p. 104.

<sup>152</sup> Cujo texto previa que “o abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa.”

<sup>153</sup> Que ostenta a seguinte redação: “Os que, por motivos exclusivamente políticos, foram cassados ou tiveram seus direitos políticos suspensos no período de 15 de julho a 31 de dezembro de 1969, por ato do então Presidente da República, poderão requerer ao Supremo Tribunal Federal o reconhecimento dos direitos e vantagens interrompidos pelos atos punitivos, desde que comprovem terem sido estes eivados de vício grave.”

sua aplicação.<sup>154</sup> Assim, a Constituição deve ser encarada tanto como elemento condicionado, quanto como elemento condicionante da estrutura social.

Pois bem, se a Constituição revela-se condicionada e condicionante com as estruturas estatais e a realidade social, e tais estão sujeitas aos câmbios constantes ditados por sua própria natureza dinâmica, estas mudanças projetar-se-ão sobre a estrutura constitucional. Além de sujeita às alterações formais, a Constituição submete-se, com igual intensidade, às modificações informais, de significado e alcance de seus enunciados.

É este o trabalho construtivo dos Tribunais, através do qual as constituições sofrem mudanças de reconhecida importância no sentido, abrangência e conteúdo de suas proposições, sem a necessidade de valer-se da formalização de tais alterações mediante o uso de emendas ao texto ou revisão constitucional. Teremos, à frente, a oportunidade de analisar mais amiúde o tema da *construction* em nosso País.

No tocante à *interpretação legislativa* da Constituição, afigura-se importante partirmos do axioma segundo o qual o primeiro intérprete da lei é, necessariamente, seu próprio criador. O próprio legislador constituinte, o qual presume-se dominar a técnica legislativa e conhecer o verdadeiro papel de cada vocábulo de que lançou mão para materializar a norma constitucional, transformando-a em signo compreensível, ele próprio inaugura o trabalho de compreensão do texto constitucional. É de se reconhecer, então, a importância da interpretação constitucional legislativa.

---

<sup>154</sup> Op. cit., p. 67.

Atente-se, no entanto, que a interpretação constitucional legislativa não está adstrita ao Constituinte Originário, sendo certo que o próprio Constituinte Derivado - ou Constituído, melhor ainda Reformador<sup>155</sup> -, deve lançar mão da interpretação constitucional quando da elaboração de emendas ao texto da Constituição. Demais disso, também está o legislador ordinário autorizado a proceder à interpretação constitucional, autorização esta que constitui, em verdade, um dever - do qual não pode se furtar – a ser cumprido quando da elaboração das leis infraconstitucionais.

Obviamente, se a validade da construção legislativa está adstrita ao respeito aos preceptivos constitucionais, sob pena de reputar-se inconstitucional, não é crível imaginar-se possa o legislador se abster de bem compreender os preceitos que haverão de fundamentar sua obra. De outro dizer, o sucesso de seu trabalho é diretamente proporcional ao triunfo de sua capacidade de interpretar a Constituição.

---

<sup>155</sup> Sobre a impropriedade do termo “Poder Constituinte Derivado”, confira-se Carl Schmitt (op. cit., p. 114), quando pondera que *“es especialmente inexacto caracterizar como Poder constituyente, o pouvoir constituant, la facultad, atribuida y regulada sobre la base de una ley constitucional, de cambiar, es decir, de revisar determinaciones leal-constitucionales. También la facultad de reformar o revisar leyes constitucionales...es, como toda facultad constitucional, una competencia legalmente regulada, es decir, limitada en principio. No puede sobrepasar el marco de la regulación legal-constitucional en que descansa”*. Nelson Saldanha (*O Poder...*, op. cit., pp. 86 e ss.) merece igual destaque quanto ao estudo do assunto, ao consagrar que *“há todavia autores, e dos mais notáveis e ilustres, que identificam o ‘poder de reforma’ com o ‘poder constituinte’. Por exemplo Burdeau, que chama de originário ao poder de fazer e instituído ao poder de rever ou reformar constituição; ambas designações como espécies do poder constituinte. É todavia inaceitável esta identificação, e logicamente estranha a expressão “poder constituinte de revisão”. Pois fazer Constituição é uma coisa; emendar é outra. O poder constituinte tem um alcance muito maior; é ele que coloca a vida constitucional, que precede toda existência constitucional. Mesmo se tratando de Constituição nova, o sentido do ato constituinte é muito mais profundo do que o do ato de revisão, que o pressupõe e que é colocado por ele. Dizer que o poder constituinte é poder de fazer ou revisar a Constituição significa afirmar que é um poder que pode ser constituinte...ou não. Chamar ao de reforma ‘poder constituinte derivado’ consiste em continuar vendo as reformas constitucionais como atos constituintes. O que não é admissível. A reforma não coloca nenhuma Constituição, mantém uma já feita. O poder de reforma é por assim dizer um poder cirúrgico, um poder ‘reconstituente’, pois apenas refaz uma Constituição feita. É quando muito um poder demiúrgico, e só parcialmente, pois não pode mexer em todas as partes da Constituição existente; nunca um poder criador. (...) O poder de reforma é simplesmente um poder constituído, um poder especial, anexo ao constituinte, e que é colocado expressamente na Constituição por este para prevenir necessidades eventuais e justamente para não ter de voltar a atuar, ou seja, para dispensar a feitura de uma Constituição nova. (...) O ato de reforma é praticado por um poder constituído, é competente para a reforma o corpo legislativo ordinário. Enquanto que o ato constituinte revela um poder anterior, que concentra e simboliza todas as implicações da soberania nacional.”*

Nesse contexto, recorreremos, uma vez mais, a José Alfredo de Oliveira Baracho, quando ressalta que o legislador, no exercício de expedir disposições ordinárias, deve interpretar o alcance das normas constitucionais. Toda norma infraconstitucional deve estar em conformidade com o texto e os princípios constitucionais de criação jurídica, razão pela qual os órgãos legislativos devem interpretá-las para bem determinar seu alcance, de modo a se ajustar a seu texto e ao seu espírito.<sup>156</sup>

Realmente, ao ter por base o sistema constitucional, o ente legislativo deverá interpretar suas normas para atribuir-lhe sentido concreto e, assim, decidir pelo melhor caminho a seguir para dar continuidade lógica ao ordenamento jurídico do País.

E tal se dá, no dizer de Anna Candida Ferraz, pois a Constituição não esgota o conteúdo que positiva em seu texto, até porque não é essa sua vocação. Se não pode regular toda a matéria constitucional minuciosa e pormenorizadamente, limitando-se a determinar as características dos atos que a aplicam, impõe ela, até explicitamente, a necessidade de o legislador infraconstitucional intervir para sua concreta aplicação.<sup>157</sup>

Diante de tal, o sujeito incumbido de aplicar ou sancionar a aplicação da norma constitucional mediante ato normativo legislativo, fará, necessariamente, a interpretação do tema constitucional.

Ressalte-se que quanto maior a previsão daquelas “normas-compromisso” ou “normas programáticas”, tanto maior será o trabalho do legislador, haja vista que sua aplicabilidade está condicionada à edição de leis

---

<sup>156</sup> Op. cit., p. 62.

<sup>157</sup> Op. cit. p. 65.

posteriores tendentes a viabilizar sua concretização. A própria Constituição brasileira de 1988 revela essa tendência pródiga de dizer mais do que deveria, ou poderia,<sup>158</sup> fruto de uma Constituinte virtuosa em buscar ideais que em nada lembrassem os tempos de repressão.

Há de se ressaltar, novamente, a lição de Anna Candida Ferraz, para fazer menção às características da interpretação constitucional legislativa por ela mencionada.

Conforme entende a autora, a interpretação levada a efeito pelo legislativo apresenta nove importantes características: (I) é *direta* ou *primária*; (II) é *permanente*; (III) é *limitada*; (IV) é *mutável*; (V) *não é definitiva*; (VI) é *obrigatória* quanto ao exercício; (VII) é *discricionária* quanto ao momento de ação e à escolha das opções, alternativas ou conteúdo concreto da norma; (VIII) é *espontânea*; e, (IX) possui força *vinculante*.<sup>159</sup>

Vejamos cada uma dessas peculiaridades.

A *primariedade* da interpretação legislativa decorre do fato de que se volta diretamente para a aplicação das disposições constitucionais. Atua de forma direta sobre a Constituição e esta atuação resulta na elaboração de ato normativo primário, por se fundar somente na Constituição, sem sujeitos intermediários ou processo de intermediação.

---

<sup>158</sup> É reconhecida a importância das normas programáticas no corpo da Constituição. Por tal, não é nossa intenção fazer uma crítica gratuita à existência de uma enormidade delas na Carta de 1988. O que se reputa inaceitável é a tese, invariavelmente defendida em nossos tribunais, de que tais normas não possuem aplicabilidade imediata. É com esse entendimento que não podemos consentir, sob pena de se transformar a Constituição em simples protocolo de intenções. Prodígiosa é a lição de Canotilho (*op. cit.* p. 193), ao asseverar que as normas programáticas constituem mais do que princípios e regras definidoras de diretrizes para o legislador e a administração. São vinculantes para os tribunais, já que os juízes têm acesso à constituição e o conseqüente dever de aplicar as normas em referência, por mais geral e indeterminado que seja seu conteúdo e mais, devem suscitar o incidente de inconstitucionalidade perante aqueles atos normativos que se afigurem contrários a essas normas.

<sup>159</sup> *Op. cit.*, pp. 67 e ss.

A *permanência* se justifica pela idéia de constância e continuidade da atividade legislativa, demandada a aplicar cotidianamente os ditames constitucionais para cumprirem seu desiderato.

O caráter *limitado* da interpretação constitucional legislativa faz alusão à idéia de que todo poder que deriva da Constituição é, por natureza, adstrito rigorosamente às suas regulações. É, pois, limitada quanto à competência, procedimento de elaboração das leis e conteúdo.

Será *mutável*, por outro lado, porque as normas de igual natureza poderão sempre ser editadas, revogando a norma anterior e alterando a interpretação outrora dada ao texto constitucional.

*Não é*, todavia, *definitiva*, mormente quando a constitucionalidade da lei é impugnada perante órgão competente para analisá-la e anulá-la. Ou seja, tal característica está presente nos sistemas judiciais em que se admite a revisão judicial das leis, Contudo, se não houver possibilidade de o órgão jurisdicional contrastar a lei – se inexistente órgão competente para tanto ou a questão não lhe pode ser conduzida – a interpretação constitucional legislativa assume caráter de *definitiva*, permanecendo no sistema até modificação por reforma constitucional ou edição de lei posterior que venha revogá-la.

A *obrigatoriedade* é fruto da própria razão de existir da Constituição, que é criada para ser aplicada. Se assim o é, configura dever dos órgãos legislativos expedir as leis necessárias à plena aplicação dos preceitos constitucionais, obrigação esta decorrente do princípio da supremacia constitucional, daí a desnecessidade de vir expresso no texto da Carta.

Se a interpretação constitucional legislativa é obrigatória quanto ao seu exercício, é, entretanto, *discricionária* quanto ao momento de atuar e à escolha dos meios a seguir para concretização do mandamento constitucional. Nesse sentido, valiosa é a menção à doutrina de Miguel Reale, lembrada pela publicista em referência:

*“O ato de legislar é tarefa técnica por excelência, exigindo uma larga esfera de livre apreciação das oportunidades política, de cotejo de valores, de exame de situações e contingências. Cada lei promulgada representa a negação de mil outras possíveis, constitui o termo de uma seleção e de um pronunciamento, segundo critérios variáveis que só podem ser apreciados em concreto, em função de cada caso particular”*.<sup>160</sup>

Caracteriza, outrossim, a interpretação constitucional legislativa, sua *espontaneidade*, visto que o órgão legislativo atua de modo independente e autônomo na elaboração de leis de aplicação constitucional. De outro dizer, pode o legislador atuar de ofício, sem a necessidade de ser provocado para tanto, diferindo, assim, do intérprete judicial, adstrito ao princípio da inércia da jurisdição.

Por derradeiro, a força *vinculante* da interpretação constitucional legislativa é conseqüência do caráter imperativo do produto advindo do ato de legislar. A lei possui força vinculante, ela obriga. Por conseguinte, é natural que a interpretação dada à norma constitucional quando da elaboração do ato normativo ordinário também vincule, já que integrará a norma.

Insta ressaltar, por importante, que a mutação constitucional pela via da interpretação legislativa ocorre quando o sentido atribuído aos conceitos fixados pela norma constitucional é alterado. Tal se dá em razão da necessidade de amoldá-lo a situações novas, ditadas por circunstâncias

---

<sup>160</sup> Op. cit. p. 74.

diferentes, decorrentes de momento histórico distinto e do irrefreável desenvolvimento social.

Veja-se que a mutação, nestes casos, dar-se-á tanto pela edição de lei nova, quanto pela alteração, ampliação ou restrição do programa delineado pela Constituição, que carece de melhor acabamento. De igual modo, operar-se-á a mutação ao se preencherem as lacunas existentes no sistema constitucional, dando-se, por via legislativa, alcance diferenciado ao texto constitucional, que por sua vez abrangerá situações novas, e disciplinando melhor eventuais comportamentos previstos de forma deficiente na Constituição.

Resta analisar a última modalidade de interpretação constitucional orgânica, que é aquela realizada pelos órgãos do Poder Executivo quando da prática de atos administrativos. Toda vez que os representantes da administração pública trabalham no sentido de ajustar seus atos e resoluções aos princípios exigidos pela Constituição, dar-se-á ensejo à chamada *interpretação constitucional administrativa*.

No dizer de Celso Bastos, os órgãos administrativos também interpretam a Constituição, seja por ocasião da aplicação direta da lei ao caso concreto, seja em razão da criação de outras normas, tais como os decretos, regulamentos, portarias.<sup>161</sup>

Sempre referência no estudo do tema, Anna Candida Ferraz explica que a interpretação constitucional administrativa é aquela que nasce com os atos, resoluções ou disposições, gerais ou específicas, que não tenham por

---

<sup>161</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p. 72.

objetivo a elaboração de leis integrativas ou complementares à Constituição ou decisões judiciais tendentes à aplicação da Lei Maior a casos concretos ou à declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, sendo que para cumprir este mister, a função administrativa há de ser restringida pelo princípio da legalidade, que submete a administração pública a realizar somente aquilo que a lei autoriza:

*“Na aplicação constitucional por meio de ato administrativo em sentido amplo, a conduta do poder aplicador deve ser conduzida pela indagação seguinte: é constitucional o ato a ser editado? E nesta indagação estarão, forçosamente, os elementos que informam a prática de atos sob o princípio da constitucionalidade, e por reflexo ou decorrência, o princípio da legalidade: assim, por exemplo, competência, forma, conteúdo, finalidade e limites para agir, previstos na Constituição e, eventualmente, em norma infraconstitucional integradora do preceito constitucional ou que, de modo válido, possa incidir sobre o ato.”<sup>162</sup>*

E, visando aclarar a questão atinente a quem cabe o papel de intérprete administrativo da Constituição, pondera:

*“Frente a essa noção, mais ampla, são órgãos de interpretação constitucional administrativa: o Poder Executivo, por excelência, e os demais poderes constituídos, quando exercem atribuições de natureza administrativa conferidas pela Constituição.”<sup>163</sup>*

Realmente, a interpretação administrativa não é exercida exclusivamente pelo Executivo. Não se pode olvidar que também o

---

<sup>162</sup> Op. cit., p. 150. Corroborar a assertiva José Baracho (op. cit., p. 64), ao defender que o ato administrativo deve estar inspirado no princípio da legalidade, segundo o qual a autoridade administrativa impõe-se o dever de ajustar-se às disposições legais aplicáveis, mesmo quanto aos aspectos discricionários. “Esta legalidade do ato administrativo pressupõe a conformidade deste com a disposição legal secundária, com o texto e com o espírito das normas constitucionais”.

<sup>163</sup> Ibid., p. 148.

Legislativo e o Judiciário executam atos de administração<sup>164</sup>, ainda que indiretamente, e, quando o fazem, acabam por interpretar a Constituição. Nestes casos, é correto entender que a interpretação será administrativa, mesmo que desempenhada no exercício de funções cujo ato administrativo é apenas conseqüência de sua atuação primordial, e não sua finalidade específica.

Enquanto processo de mutação constitucional, a interpretação constitucional administrativa ganha relevo quando no exercício de aplicar, integrar e concretizar a Constituição, conformando suas disposições às conjunturas vigentes, possibilita a transformação do sentido e os limites de alcance das normas constitucionais, ampliando seu significado ou restringindo sua aplicação. Tais alterações, como soe acontecer, operam-se sem a mudança do texto constitucional, tal qual ocorre com as interpretações judicial e legislativa da Constituição quando fomentam modificações constitucionais.

Seja como for, a interpretação constitucional constitui importante ferramenta motivadora de mutações da Norma Excelsa, à medida que o ato de apreender o sentido e alcance da norma constitucional, para aplicá-la ao caso concreto, é capaz de conceber nova acepção aos preceptivos fundamentais, adaptando-os às exigências sociais igualmente variantes.

---

<sup>164</sup> A incumbência exclusiva do Congresso Nacional de autorizar referendo e convocar plebiscito (art. 49, XV, da CF/88), a prerrogativa de convocar Ministro de Estado para prestar informações sobre determinado assunto (art. 50, da CF/88) e os próprios atos praticados em função das investigações das comissões parlamentares de inquérito (art. 58, § 3º, da CF/88), bem ilustram a versatilidade do Legislativo brasileiro, cujas atribuições, não se limitando ao ato de legislar, redundam na prática de atos meramente administrativos. Igualmente, ao prever que os tribunais devem eleger seus órgãos diretivos e dispor sobre a competência e funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos (art. 96, I, *a*, da CF/88), bem como prover os cargos necessários à administração da Justiça, fazendo-o mediante concurso público, obedecidas, inclusive, as regras orçamentárias previstas na Constituição, de flagrante natureza administrativo-financeira (art. 96, I, *e*, da CF/88), a Carta Política de 1988 franqueia ao Judiciário a prática de atos administrativos que, a priori, não compõem sua vocação original.

No entanto, o descuido do intérprete no que concerne ao respeito aos princípios e regras atinentes à adequada interpretação constitucional, faz desbordar os limites desse nobre ofício, findando no desvirtuamento completo da essência dos preceptivos constitucionais. Nessa hipótese, estaremos diante das temidas mutações inconstitucionais a que referimos anteriormente.

Muitos são os exemplos de mutações inconstitucionais motivadas pela interpretação corrompida da Constituição. Exemplo recorrente no Brasil é a posse do Marechal Floriano Peixoto, então Vice-Presidente, na Presidência da República, com a renúncia de Deodoro da Fonseca, em novembro de 1891.

A Constituição Republicana, de 1891, contudo, previa expressamente, em seu artigo 42: *“Si, no caso de vaga, por qualquer causa, da Presidencia ou Vice-Presidencia, não houverem ainda decorrido dous annos, do periodo presidencial, proceder-se-há a nova eleição”*.

Fazendo desta disposição letra morta, o Congresso Nacional, no período imediatamente posterior à promulgação da Constituição que inaugurou a República no País, entendeu possível ao Vice-Presidente ocupar o cargo vago e assumir a presidência, embora o Marechal Deodoro houvesse ocupado o cargo pouco mais de um ano e três meses, o que, nos termos da norma constitucional referida, ensejaria nova eleição.

Violações como esta, fruto de interpretações distorcidas da Constituição, acabam por motivar mudanças inconstitucionais que, muitas vezes, perduram no tempo, refletindo de forma negativa na manutenção da ordem constitucional.

Carl Schmitt faz alusão a este fenômeno nefasto sob a rubrica de “*quebra inconstitucional da Constituição*”. Segundo o autor, ela se dá quando da violação excepcional de uma prescrição legal-constitucional, sem atender ao procedimento previsto para as reformas constitucionais. Difere da “*quebra constitucional*” pois esta viola a prescrição legal-constitucional em alguns casos concretos quando tal quebra é excepcionalmente permitida por uma lei constitucional, ou são respeitados os procedimentos previstos para as reformas da Constituição.

Ilustra a “*quebra inconstitucional*” com os seguintes exemplos:

*“Un Presidente de República disuelve un Parlamento incapaz de actuar a causa de su atomización de partidos, aun cuando las prescripciones legal-constitucionales no conozcan esa disolución, o incluso quizá la prohiban expresamente (como el artículo 68 de la Constitución francesa de 4 de noviembre de 1848): el golpe de Estado del Presidente de la República, Luis Napoleón, de 2 de diciembre de 1851.*

*Otro ejemplo: El período de mandato (diputación) de un Parlamento se prolonga por simple ley para una sola vez, a pesar de la regulación legal-constitucional de la duración de dicho período.”*<sup>165</sup>

É de ver que a interpretação constitucional, passível de operar mutação na Constituição, envolve considerável risco, à medida que seu mau uso acaba por comprometer a própria segurança da ordem jurídico-constitucional, quando, em realidade, deveria promover o franco desenvolvimento das idéias e valores contidos no texto constitucional.

Não se pode permitir que, a pretexto de se buscar a convergência entre as resoluções constitucionais e a realidade concreta, sejam patrocinadas graves violações à Constituição. Estes atentados devem ser repelidos com veemência, venham de onde vierem - seja uma prática constitucional viciosa e

---

<sup>165</sup> Op. cit., p. 116.

sem apoio da opinião pública, seja uma lei ordinária capciosa, de fins escusos, bem ou mal disfarçados, ou mesmo de uma não aplicação que constitua atentado ou desrespeito aos expressos fins encerrados na Constituição.<sup>166</sup>

Anna Candida Ferraz, no ensejo, propõe uma fórmula para coibir as mutações inconstitucionais derivadas da má interpretação. As mutações inconstitucionais são incompatíveis com um controle jurisdicional fortalecido, um adequado e efetivo controle político-parlamentar, a criação de novos instrumentos de controle popular, e por conseguinte a maior participação do povo no processo político a partir do aperfeiçoamento dos sistemas eleitorais e do sistema partidário.<sup>167</sup>

Acrescente-se a estas sugestões a necessária e salutar “vontade de Constituição”, capaz de aproximar o intérprete da Norma Fundamental, destruindo eventuais obstáculos que possam viciar o trabalho de compreensão da norma.

Concluída a síntese daquilo que nos propusemos a explorar no tocante à mutação constitucional por meio da interpretação da Norma Fundamental, cujo estudo mais aprofundado não constitui a tônica do presente trabalho, bastando-nos o entendimento geral do tema, passemos a analisar outras fontes de mudança informal da Constituição, mais especificamente os usos, costumes e práticas constitucionais.

---

<sup>166</sup> Cf. Meirelles Teixeira, *Apostilas...*, op. cit., p. 80.

<sup>167</sup> Op. cit., p. 251.

### III.3.2. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL MEDIANTE OS USOS, COSTUMES E PRÁTICAS CONSTITUCIONAIS

Genericamente, costume é a prática reiterada de determinado comportamento, normalmente relacionado a atitudes que se mostraram, em algum momento, socialmente aceitáveis, e que, portanto, tendem a ser repetidas pelos demais membros do grupo social.

Houaiss e Villar definem o costume como o hábito, a prática freqüente, regular. Constitui o modo de pensar e agir característico de pessoa, grupo social, povo, nação etc. na contemporaneidade ou em uma determinada época.<sup>168</sup>

Essa prática reiterada, o modo de pensar e agir característico de pessoas ou grupos, acabam por definir certas condutas que são obedecidas em razão da convicção generalizada de seu caráter obrigatório. Tão enraizada é a idéia dessa imposição característica aos costumes, que Georges Rénard chegou a afirmar serem eles insubstituíveis pela lei<sup>169</sup>.

Apresentando esta característica de obrigatoriedade tão acentuada, era de se esperar que o costume penetra na seara jurídica quando uma norma com pretensão de império inexorável se manifesta através dele, regendo numa coletividade e obrigando juridicamente.<sup>170</sup>

---

<sup>168</sup> HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 854.

<sup>169</sup> RÉNARD, Georges. *Le droit, l'ordre et la raison*. Paris, Sirey, 1927, p. 11.

<sup>170</sup> Cf. Meirelles Teixeira, *Apostilas...*, op. cit., p. 79.

Carlos Maximiliano entende ser o costume uma norma jurídica que influi sobre determinada relação de fato, que resulta da prática constante e uniforme que lhe dá força de lei.<sup>171</sup>

Os costumes, entendidos como o modo de proceder dos membros do grupo social, cuja observância uniforme e constante lhe dá força de lei, são dotados de dois elementos característicos. Um primeiro, de ordem objetiva, material, externa revela-se, exatamente, pela replicação de um certo comportamento (*usus*) e, um segundo, de nota subjetiva, psicológica, interna, resultante da convicção generalizada de sua obrigatoriedade, do juízo de valor desempenhado por cada pessoa que a faz estar segura da necessidade de observar a norma costumeira, revestindo-a mesmo de força jurídica (*opino juris vel necessitatis*).<sup>172</sup>

Aliás, é essa obrigatoriedade a tônica da norma jurídica consuetudinária, que a difere das demais regras de comportamento, igualmente costumeiras, mas que revestidas de força executória capaz de compelir o mais irredutível dos sujeitos a cumpri-la.

A doutrina identifica no costume jurídico algumas características que importam em sua melhor definição. É *ato primário*, enquanto disposto ao lado das leis ordinárias, diferindo delas pelo fato de não ser escrito, o que denota sua formação *espontânea, voluntária e direta*. Apresenta, ademais, caráter *peremptório*, ainda que possa vir a ser modificado ou suprimido por lei posterior e, por fim, é *vinculante*, porquanto sua aplicação constitui dever imposto ao Poder Público no exercício da administração e da atividade jurisdicional.

---

<sup>171</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 9 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 188.

<sup>172</sup> Cf. Anna Candida Ferraz, op. cit., p. 177.

Com efeito, integram os costumes o rol das fontes formais subsidiárias do Direito, ao lado da analogia, dos princípios gerais de direito e, agora, das súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal sob a égide do artigo 103-A da Constituição Federal. Não por outra razão, a Lei de Introdução ao Código Civil previu expressamente a aplicação das regras costumeiras pelo juiz quando for omissa a lei, conforme se deduz da leitura de seu artigo 4º.<sup>173</sup>

Há de se cuidar, entretanto, para que a utilização dos costumes não represente ofensa ao próprio Direito. Nesse diapasão, é de rigor considerar as espécies de costume jurídico, dentre as quais merece realce a tese que o divide em três categorias, prevendo a existência do costume *secundum legem*, *praeter legem* e *contra legem*.

Os costumes previstos ou admitidos pelo direito positivo, os quais devem ser observados em certas ocasiões pelo construtor<sup>174</sup> do Direito, servindo de auxiliares na interpretação do texto, configuram a primeira categoria, dos costumes *secundum legem*. Aqueles, por sua vez, que servem a preencher as lacunas do direito escrito, configurando o próprio fundamento normativo quando da falta de lei específica, configuram os costumes *praeter*

---

<sup>173</sup> É a exata letra do dispositivo: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

<sup>174</sup> Preferimos o uso do termo “construtor” a “operador” do Direito, em que pese o emprego mais usual deste último para designar os profissionais que têm nas ciências jurídicas seu objeto de trabalho. Respeitados os juízos em contrário, cremos que não é característica do Direito eventual aspecto de passividade que permita seja ele simplesmente executado, submetido a operações técnicas pré-definidas ou apáticas manipulações. O Direito, especialmente o Direito Constitucional, como sistema aberto de princípios e regras, anseia pela atuação plena, absoluta e, até, apaixonada do jurista, que, ao fazê-lo, contribui na construção, na concretude das idéias abstratas do Direito.

*legem*. Por fim, serão *contra legem* os costumes que contrariam a lei, formatados em dissonância com as disposições escritas.<sup>175</sup>

Temistocle Martines, estudando o fenômeno com base no Direito italiano, identifica as mesmas três modalidades de costume, fazendo menção ao artigo 8 das *Disposizioni sulla Legge in Generale* e ao fato deste fazer expressa referência ao costume:

“Dispone, infatti, l’art. 8 delle ‘Disposizioni sulla legge in generale’ che ‘Nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti gli usi hanno efficacia solo in quanto sono da essi richiamati’. La Dizione dell’articolo non è, a dire il vero, ben chiara, ma esso viene comunemente interpretato nel senso che non sono ammesse, nel nostro ordinamento, consuetudini contrarie a leggi o regolamenti (*contra legem*) ma soltanto consuetudini che integrano e specificano il dettato legislativo (*secundum legem* o interpretative) o disciplinano materie non regolate da una legge (*prae legem* o introduttive).”<sup>176</sup>

Lembremos, por importante, que alguns autores aceitam o costume *contra legem* nos casos em que a lei não corresponde ao desenvolvimento da consciência nacional, quando, então, perde, tacitamente, sua autoridade, e o anseio popular determina seja ela revogada expressamente. Contudo, mais comum é encontrarmos aqueles que vêm nos costumes *contra legem*

---

<sup>175</sup> O estudo do tema atinente ao costume *contra legem* revela vultoso debate acerca do real papel destes no mundo do Direito. Diverge a doutrina e a jurisprudência quanto a amplitude dos efeitos do costume *contra legem*. Abrangeria ele apenas as práticas ou usos contrários à lei – característica sobre a qual não pendem grandes controvérsias -, ou contemplaria também o desuso, a inobservância uniforme, constante e prolongada do texto escrito, a ponto de redundar na revogação tácita na norma positivada? Anna Candida Ferraz (op. cit., p. 180) assera que a corrente mais cautelosa se pronuncia no sentido de que a não aplicação reiterada de textos escritos não importa em sua revogação, mas apenas configura o desuso da norma que, não revogada expressamente, pode voltar a ser aplicada em qualquer momento. Contudo, anota a opinião daqueles que entendem que contrariedade à lei e desuso são aspectos de um mesmo fenômeno, o que implica concluir que em ambos os casos se está diante de uma norma consuetudinária formada ao arpejo da norma escrita.

<sup>176</sup> MARTINES, Temistocle. *Diritto Costituzionale*, 7ª. edizione riveduta e aggiornata. Milano: Giuffrè Editore, 1992, p. 85.

verdadeira agressão ao ordenamento jurídico, mormente em países que adotaram a tradição do Direito escrito.<sup>177</sup>

No tocante a esta problemática, entendemos que os costumes *contra legem* somente não poderiam revogar a lei escrita quando contradizem todo o sistema de princípios e regras jurídicas vigentes. Nesse caso, por certo, o costume não ofende apenas lei específica, mas toda uma estrutura de normas que se pretende estáveis. *A contrario sensu*, pensamos que a lei dissonante com os princípios constitucionais – que não são raras –, inclusive àqueles implícitos, tende a perder sua eficácia em razão de regra consuetudinária que a contrarie, já que, neste caso, o costume refuta aquela lei específica, mas converge com os postulados que regem o ordenamento.

Transitando nesse ambiente, Jorge Miranda ainda menciona outra forma de compatibilizar o costume *contra legem* com a idéia de revogação da lei escrita. O eminente jurista anota, em princípio, que o costume constitucional *contra legem* equivale à preterição da constitucionalidade, porém, é possível que ele resulte no desuso da norma constitucional positivada. Para isso, é necessário haver certa consciência de que não se está diante de derrogação de norma por simples casuísmo ou necessidade momentânea; deve existir a plena convicção, em todos os setores da sociedade, de que o entendimento agora trazido pelo costume valerá para todas as situações futuras e, legitimado, não mais terá a nota da inconstitucionalidade.<sup>178</sup> Este entendimento não deixa de reconhecer a necessidade de certa ruptura da ordem até então prevalente, o que, se

---

<sup>177</sup> Meirelles Teixeira (*Curso...*, op. cit., p. 30), para quem os costumes *contra legem* se formam através de comportamentos e práticas contrárias às normas legais, porque a lei contradiz os fatos, a consciência coletiva, as necessidades e os valores sociais, lembra o magistério de Palma, que vê no costume contrário à lei um meio de pôr fim à vigência da lei que rechaça.

<sup>178</sup> Op. cit., T. II, p. 102.

corroborada pela maioria dos cidadãos e, portanto, representar a vontade geral, é perfeitamente válida num Estado Democrático de Direito.

Igualmente tormentosa é a questão concernente à eventual incompatibilidade entre o costume constitucional e os sistemas de constituição formal, escrita e rígida. A problemática aqui está relacionada à idéia apoiada por parte da doutrina no sentido de que não existiria costume constitucional, dotado dos mesmos atributos que revestem o costume como fonte de direito em geral, frente ao ordenamento constitucional baseado em uma constituição escrita, onde, por conseguinte, não há lugar para o costume constitucional, vez que toda norma, positivada ou não, cede diante da superioridade da norma constitucional.

Creemos, em contrário, e sob a lição de Anna Candida Ferraz, que o costume constitucional encontra fundamento no exercício do próprio Poder Constituinte, cuja força não se esgota com a elaboração da Constituição, mas, ao contrário, permanece como energia potencial, a reviver quando da manifestação de seu poder reformador, cujo procedimento deve estar previsto na própria norma constitucional. Ressalvamos, é claro, nossa opinião expressada anteriormente, quanto a exata natureza e definição do poder que concretiza modificações formais à Constituição, que não nos permite cunhá-lo de “constituinte”.

Demais disso, o mesmo poder de modificar os preceitos constitucionais, ainda que de maneira indireta, é verificável quando da análise do controle concreto de constitucionalidade, exercido de maneira difusa pelos magistrados nos sistemas que adotam essa espécie de fiscalização da constitucionalidade das leis e atos normativos, como é o caso do Brasil. A considerar que este poder constituinte difuso é exercido por aqueles órgãos

competentes para aplicar a norma constitucional, segundo previsão expressa na própria Lei Maior, e que esta mesma norma, como vimos, por vezes não contempla todas as hipóteses que possam surgir no seio da sociedade, forçoso concluir que a esta função soma-se a prerrogativa – na verdade, dever - de preencher as lacunas e vazios constitucionais, sob o respaldo, ademais, do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Dessa feita, não há incompatibilidade entre o costume constitucional e a Constituição rígida, como assinala Anna Candida Ferraz:

*“Assim, a lacuna constitucional, que pode ser preenchida pela interpretação da Constituição, em qualquer de suas modalidades, pode, igualmente, ser preenchida pelo costume constitucional’, quer formado à base do Legislativo, quer do Executivo, conforme caiba a um ou outro atuar na matéria constitucional em questão.”<sup>179</sup>*

Basta, para que se não cometam atentados ao Texto Supremo, e se evite a formação do costume contrário à Constituição, que sejam observados os mesmos critérios e limites impostos ao poder previsto para sua reforma, garantindo, assim, a mais plena segurança na execução das alterações constitucionais informais.

Vários outros autores admitem a harmonia entre o costume constitucional e rigidez da Constituição formal e escrita. Dentre tantos, fazemos alusão a Jorge Miranda, cuja lição demonstra que o Direito Constitucional não se limita apenas às normas formais escritas, já que sua integração se perfaz, também, pelas normas consuetudinárias, que atuam de forma subsidiária:

*“O costume possui, decerto, um relevo bem secundário no domínio do Direito constitucional. A verificação mais elementar assim o comprova.*

---

<sup>179</sup> Op. cit., p. 184.

*Mas não porque o vede a Constituição em sentido formal, e sim porque a vocação desta vem a ser a de conformar a totalidade das relações políticas e apenas onde ela não chega ou onde não é efectiva pode entrar o costume.*

*A existência de Constituição formal não determina a sua exclusividade; determina...a primazia da normatividade constitucional. O que a Constituição formal implica não é a proibição de normas constitucionais criadas por outra via que não a legal; é que tais normas se lhe refiram, nela entronquem e formem com ela, e sob a sua égide, uma incindível contextura sistemática.*”<sup>180</sup>

Assiste razão ao constitucionalista português. Se por um lado não se pode admitir seja o costume constitucional irrelevante no contexto das modificações constitucionais, por outro deve ele assumir posição suplementar diante da norma escrita. Lembremos que a segurança jurídica, cuja noção integra a necessidade de a norma constitucional exteriorizar certa estabilidade, é valor tão importante quanto a imprescindibilidade de a Norma Fundamental conformar seus preceitos à dinâmica social. E, nessa dicotomia, valorizar a importância do costume constitucional e sua força construtiva, mas posicioná-lo sob a norma positivada, é cautela que prestigia ambos os valores.

Reconhecida, pois, a influência do costume constitucional nos países que, como o Brasil, adotaram o conceito da Constituição formal, escrita e rígida, havemos de verificar os modos pelos quais o sentido e alcance das regras estampadas na Lei Fundamental podem sofrer mutação por influência do costume constitucional.

Pinto Ferreira aborda o tema dissertando que as modificações constitucionais são perpetradas pelos costumes e usos políticos que se agregam aos textos formais da Constituição, alterando, subtraindo,

---

<sup>180</sup> Op. cit., T. II., p. 99.

acrescentando e influenciando o espírito da Norma Excelsa, dando-nos, em última instância, uma Constituição não escrita.<sup>181</sup>

Com efeito, o costume *secundum legem*, ou interpretativo, atua para aclarar a norma constitucional imprecisa ou genérica, cujo conteúdo será alterado por força da interpretação. Já o costume *praeter legem*, ou integrativo, tem vez quando se fizer necessário preencher as lacunas porventura existentes no texto constitucional, criando-se regras de natureza costumeira para regular questões não disciplinadas e, assim, sanar as omissões mais ou menos freqüentes do legislador constituinte.

Jorge Miranda, ao fazer apontamento quanto à experiência constitucional portuguesa, rica em exemplos nesse campo, traz à lume alguns casos de costume constitucional observados na tradição jurídica daquele País. A prática dos decretos ditatoriais e do *bill de indenidade* das Câmaras, sob a égide da Carta Constitucional, e o Ato Adicional revestido dessa forma, de 1895-1896; a proibição da existência de partidos políticos, na vigência da Constituição de 1933; a prática legislativa do Governo entre o período de 1933 e 1945; a participação dos eleitores de Macau na eleição presidencial; a ampla liberdade do Presidente da República nas consultas para nomeação do Primeiro-Ministro e a indigitação como momento anterior à nomeação; a possibilidade do Governo de retirar decretos-leis antes da promulgação, etc.<sup>182</sup>

Canotilho, por seu turno, anota a função integradora e complementadora do costume constitucional, dissertando que tal precisa ser inserido no programa da norma constitucional de forma a poder considerar-se que, através da articulação do direito formal constitucional com regras

---

<sup>181</sup> *Princípios...*, op. cit., p. 172.

<sup>182</sup> Op. cit., T. II, pp. 104 e 105.

materiais consuetudinárias, contribua ele para o desenvolvimento da construção.

Mas alerta:

*“...o costume para além da constituição ou constitui a expressão de uma alteração constitucional à qual ainda se pode estender o programa normativo ou extravaza do âmbito do programa da norma constitucional e, nesse caso, estaremos perante um puro facto que não pode reivindicar qualquer força normativa.”<sup>183</sup>*

Não olvidemos, porém, da capacidade transformadora dos costumes *contra legem*, que atuam tanto quanto os costumes anteriormente vistos, quando se trata de transformar o sentido da norma constitucional, ainda que sua influência no sistema constitucional deva ser cuidadosamente controlada, sendo permissível que resulte mudanças na lei ordinária, conforme visto anteriormente, mas cuidando para que não impliquem em modificação prejudicial à Lei Máxima.

A exemplificar o tema Meirelles Teixeira cita as práticas parlamentares da época do Segundo Império, flagrantemente contrárias aos mandamentos da primeira Constituição pátria, a atribuir a D. Pedro II o poder absoluto de nomear e demitir livremente seus ministros.<sup>184</sup>

A história política mais recente traz-nos outra passagem emblemática, já sob a vigência da Constituição de 1934, quando Getúlio Vargas, eleito Presidente pela Assembléia Constituinte de 1934, após exercício provisório do Governo, dissolveu o Congresso e, ato contínuo, outorgou a Constituição de 1937, em 10 de novembro daquele ano. Veja que este exemplo demonstra a capacidade dos costumes, ainda que contrários à Constituição, de operar

---

<sup>183</sup> *Direito...*, op. cit., pp. 948 e 949

<sup>184</sup> *Curso...*, op. cit., p. 151.

transformações profundas na ordem constitucional. *In casu*, a atitude de Getúlio Vargas não só configurou mudança informal da ordem constitucional vigente, mas, também, em um segundo momento, culminou com a ruptura completa da estrutura anterior, dando origem a uma nova Carta.

Insta salientar, após concluídos os necessários apontamentos sobre a matéria, que os costumes, de um modo geral, contribuem com a evolução das Constituições, operando modificações consideráveis em seu sentido. Todavia, é imperioso que atuem eles em harmonia com os postulados constitucionais, permitindo o desenvolvimento *pari passu* da Norma Fundante e das necessidades impostas pela dinâmica social.

Sob esse enfoque, afigura-se patente que um processo mutacional exitoso depende, vale repisar, da responsabilidade do Poder Público no que pertine ao julgamento da conveniência, legalidade e imprescindibilidade da mudança por meio da prática consuetudinária, harmonizando ambos os valores: evolução do Direito e segurança jurídica.

Por fim, resta o exame de outro método capaz de produzir mutações constitucionais, cujo estudo é de extrema relevância para o alcance dos objetivos propostos no presente trabalho.

### **III.3.3. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL MEDIANTE A CONSTRUÇÃO CONSTITUCIONAL**

Conforme alertamos nas linhas precedentes, o tema da construção constitucional merece análise particularizada, tamanho o valor dessa ferramenta para fins de mutação constitucional e, ainda, segundo entendemos,

pelo fato de apresentar peculiaridades que a diferem da interpretação pura e simples da norma.

De início, vale notar que a construção constitucional, apesar de notarmos sua presença – muito tímida, é verdade - na grande maioria dos sistemas jurídico-constitucionais, teve nos Estados Unidos da América, onde encontramos sua origem (*construction*), o ambiente ideal para fortificar-se e se destacar como método integrativo da norma constitucional, capaz, por vezes, de operar sensíveis mudanças no entendimento usual da norma inserta na Constituição.

Ao abordar o tema, é fácil notar a semelhança que o instituto da *construction* guarda com a interpretação constitucional, como vimos. Alípio Silveira bem define o ponto, a expressar que a importância da valoração político-social na aplicação do direito constitucional norte-americano se manifesta especialmente através da construção das regras constitucionais. Define o fenômeno, então, como um processo hermenêutico mais amplo do que a interpretação em si, localizando esta no *direito* e aquela na *política*.<sup>185</sup>

É a interpretação limitada, ainda segundo o autor, à análise do texto escrito, ao passo que a construção extrapola essa simples verificação textual para invocar, também, considerações extrínsecas.

Essa similitude entre ambos os fenômenos não passou ao largo das pesquisas de Anna Candida Ferraz, que, recorrendo a Meirelles Teixeira, pondera ser a construção uma espécie do gênero interpretação, não havendo porque diferenciá-las, mas reconhece, de qualquer maneira, uma sutil distinção entre uma e outra:

---

<sup>185</sup> SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 08.

*“Pela interpretação constitucional procura-se o sentido do texto, que resulta da sua letra, do conceito gramatical e lógico, e do confronto com outros dispositivos; trata-se da explanação, explicação, em termos inteligíveis e familiares, daquilo que se apresenta obscuro, ambíguo ou ininteligível. O intérprete detém-se, exclusivamente, em face do texto legal, cujo exato sentido se quer apreender. É, em suma, a aplicação dos métodos gramatical e lógico em todos os desdobramentos, à interpretação constitucional.*

*O segundo método – o da construção constitucional – emprega, também, todos os critérios interpretativos mencionados: o lógico e o gramatical, e seus desdobramentos. Inclui, todavia, um critério extrajurídico, ou metajurídico, de natureza política. A construção constitucional implica, assim, ‘confrontação de elementos quer intrínsecos, isto é, oferecidos pelo próprio texto, quer extrínsecos a este, a saber, princípios, valores e fatos a que é alheio, em sua letra, o texto aplicável’; o que o intérprete tem em vista, em última análise, ‘é adaptar o texto constitucional à realidade social ou à exigência do momento, no sentido de uma mais perfeita eficiência do regime instituído’.”<sup>186</sup>*

Em que pesem as boas justificativas e o notável saber dos autores que integram a corrente doutrinária que defende a inexistência de diferenciação entre a interpretação e a construção, ousamos discordar dessa visão.

Não restam dúvidas de que se tratam de dois métodos distintos. A própria menção que se faz no sentido de que uma é espécie da outra, já denota a existência de características diferenciadas na estrutura de cada qual (uma possui caráter geral, e outra, específico). Outrossim, devemos primar pela boa terminologia para, assim, evitar o uso de expressões equívocas. O fato de a construção estar intimamente ligada à interpretação, constituindo até uma decorrência lógica desta, não resulta na identidade dos termos ou das idéias que encerram.

Admitimos que a construção depende do processo interpretativo, já que extrai dele parte de seu pressuposto de existência. Reconhecemos,

---

<sup>186</sup> Op. cit., p. 47.

também, que pode haver interpretação sem construção, mas jamais haverá construção sem interpretação. No entanto, pensamos que não se tratam de institutos idênticos, o fossem, certamente os doutrinadores que encampam aquela teoria não necessitariam formatar a idéia de “gênero” e “espécie”. Melhor, então, é definir a construção como uma das fases do processo interpretativo, ao qual o intérprete poderá chegar ou não. Satisfeito com a interpretação literal da norma, por exemplo, que efetivamente solucionou a questão posta em análise, não construirá nada; carecerá de razões para prosseguir até a fase da *construction*, daí porque Anna Candida Ferraz, ainda que não reconheça grandes diferenças entre ambos, estatui que se distinguem particularmente pelos elementos ou critérios interpretativos que adotam e pelos “*resultados finais alcançados*”.<sup>187</sup>

Para os fins a que se destina este trabalho, faz-se importante destacar a construção, entendendo-a distinta da interpretação, ou, no máximo, uma decorrência, nem sempre observável, daquela. E assim preferimos, porque o papel da *construction* é de extrema relevância para a modificação constitucional segundo bases criteriosas e seguras.

Dito isso, e considerando que a idéia da construção constitucional experimentou maior evolução no direito estadunidense, temos por lógico mencionar o modo pelo qual o instituto é designado naquela Nação.

Partindo de uma distinção entre a idéia de interpretação e a estrutura da *construction*, entende-se que o ato de interpretar está relacionado com a linguagem e os símbolos da norma, e a capacidade de se aferir o verdadeiro significado destes, ao passo que a *construction* não se presta a avaliar o

---

<sup>187</sup> Op. cit., p. 48.

sentido das palavras e signos pura e simplesmente, mas para determinar o real significado de todo o sistema da Constituição.

Reescrito em novas palavras, a interpretação consiste na observação do verdadeiro sentido das palavras, da linguagem escrita presente no texto da Lei Maior, enquanto o construcionismo tem em mira toda a estrutura do Texto Fundamental, buscando seu verdadeiro entendimento e a lógica total do sentido da norma.<sup>188</sup> É natural, a esta altura, a lembrança recorrente do método de interpretação sistemático.

Depreende-se, pois, que a interpretação se conteria ao texto, procedendo à análise da letra da lei, suas palavras e significado, ao contrário da construção, que, viajando mais longe, examinaria a norma jurídica em face do conjunto que a contém, buscando extrair dela sua vontade diante do sistema lógico do qual faz parte.

Uadi Lammêgo Bulos aborda também a questão conceitual que envolve as idéias de interpretação e construção constitucional, fazendo menção a Henry Black, para concluir, enfim, que não existem distinções importantes entre a atividade de interpretar e de construir o Direito:

*“Henry Campbell Black, em manual específico sobre o assunto, concluiu que construção é o processo ou arte de determinar o sentido, o significado real, a explicação própria dos termos, obscuros ou ambíguos, de uma lei, de um documento escrito, ou de um contrato verbal, tendo em vista sua aplicação a um caso concreto, quando existir dúvida, quer por motivo de aparente conflito entre normas, quer em razão de que o caso concreto não se ache expressamente previsto na lei. A interpretação, segundo Black, implica na mera análise da linguagem utilizada pelo legislador. Trata-se da explanação dos termos difíceis e ininteligíveis, daquilo que se apresenta oculto. Aqui o jurista se acha, apenas, em face do texto legal, cujo exato sentido procura apreender. Difere, pois, da construção que visa, antes de tudo, a aplicação do texto*

---

<sup>188</sup> Segundo a especificação do termo sugerida no *Black's Law Dictionary*, 1968.

*ao caso concreto, quando os dispositivos legais forem aparentemente contraditórios ou, então, omissos a respeito de uma dada matéria.*

*De acordo com essa postura, o ato interpretativo significa a simples análise gramatical e lógica das expressões legisladas, mera pesquisa dos termos isolados de um preceito jurídico, o qual é considerado em si mesmo, somente em sua letra, em sua gramática. A construção, por sua vez, constitui um critério extrajurídico, que busca confrontar elementos intrínsecos – aqueles existentes no Texto Maior, com outros extrínsecos, tais como princípios, fatos, valores etc. que não são estranhos à sua letra, mesmo não vindo expressos nela, mas servem para adaptar a Constituição às exigências do momento.”<sup>189</sup>*

Seja como for, a construção representa inestimável veículo de mutação constitucional, à medida em que pretende ajustar as normas da Constituição à sociedade em evolução, à uma realidade ou situação nem sempre disciplinada expressamente pelo texto constitucional.

Bem sabemos que a norma constitucional caracteriza-se por seu sentido amplo. Tem por vocação não exaurir todos os temas nela contidos. Por isso, na busca pelo real significado de idéias ou valores como igualdade formal e material, justiça, saúde, liberdade, honra, direito de associação, devido processo legal, o construtor do Direito é obrigado a romper os limites prescritos na Constituição para buscá-lo no campo metajurídico, em que as máximas da experiência, a análise do conjunto que forma o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro e a compreensão de que a idéia de Justiça está intimamente ligada com o ideal de que a cada um há de ser atribuído o que é seu e em prazo que não inviabilize o gozo do próprio direito que lhe foi reconhecido, contribuem decisivamente para uma construção adequada do real sentido da Norma Fundamental.

Como, por exemplo, não reconhecer que o escritório do advogado ou o consultório do médico são seus asilos invioláveis, tanto quanto suas

---

<sup>189</sup> Op. cit., p. 172.

respectivas moradias, já que integrantes do conceito de “casa” (art. 5º, XI, da CF/88)? De que forma permitir a compreensão de que os turistas estrangeiros têm garantido a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança etc., mesmo diante de uma regra que aparentemente intenta preservar apenas os estrangeiros residentes no Brasil (art. 5º, *caput*, da CF/88)? Somente o exercício da construção constitucional é capaz de solucionar estas aparentes obscuridades.

Frise-se, por importante, que, por mais que se reconheça o inestimável valor da construção constitucional para o desenvolvimento da idéia de Constituição, e até mesmo para sua maior legitimidade, pois contribui para a adaptação dos preceptivos constitucionais às exigências da evolução social, não podemos deixar de acentuar o caráter supletivo dessa construção. Tal significa dizer que a construção constitucional só pode ser invocada na ausência de disciplina expressa no Texto Fundamental que seja capaz de solucionar a questão posta em debate.

Ainda mais, deve o construcionismo ser executado com prudência, cautela, equidade. Jamais poderá o construtor desconsiderar a lógica do sistema constitucional na tentativa de compensar a ausência de previsão expressa, pois tal demandaria contra o princípio da própria idéia de construcionismo constitucional, que visa, acima de tudo, a plenitude da harmonia do ordenamento jurídico-constitucional.

Parafraseando Bulos, o juiz deve, na atividade construtivista, raciocinar indutivamente, exercitando sua experiência de vida, suas impressões pessoais acerca do caso concreto, avaliar provas, inclusive as orais, averiguar fatos, para então dar-lhes significado e determinar com maior precisão conceitos jurídicos vagos e abstratos, como justiça social, bem de

todos, notável saber jurídico etc. É recorrendo a esses elementos, externos ao texto constitucional, mas que não atentem contra eles, portanto, constitucionais, que o magistrado poderá extinguir ambigüidades, obscuridades e dúvidas que dificultam a aplicação da norma, mantendo intacto, em contrapartida, o trabalho do Poder Constituinte e sua manifestação originária.<sup>190</sup>

Foi exatamente a habilidade em executar a *construction* que elevou a Suprema Corte dos Estados Unidos à categoria de Corte Constitucional de destaque no cenário mundial. Sua capacidade em reconhecer novas acepções para os antigos preceitos instituídos na Constituição daquele País, sem a necessidade de alterar formalmente a norma, é virtude que merece ser homenageada e, até mesmo, com os devidos ajustes, adaptada a realidade de outros sistemas constitucionais, como o brasileiro.

Nesse diapasão, vale lembrar que a estruturação de nosso Pretório Excelso tem as bases inspiradoras voltadas para a Corte Constitucional estadunidense, consoante lição de Bulos, ao recordar a posse do Ministro Evandro Lins e Silva e seu discurso esclarecedor nesse sentido:

*“...o modelo que inspirou o nosso Supremo Tribunal Federal, não esqueçamos, é a Corte Suprema dos Estados Unidos. A nosso ver, o legislador brasileiro esteve bem inspirado no momento em que adotou, em nosso país, aquilo que fora na verdade uma genial formulação do constituinte americano: a criação de uma Corte de Justiça com funções políticas. O modelo norte-americano é, realmente; a melhor forma de assegurar o predomínio da Constituição. Ao longo de seus quase duzentos anos de existência, a Corte Suprema americana tem demonstrado isto de forma clara, não só na defesa enfática de um sistema constitucional sem rival no mundo, mas também naquela necessária sabedoria de enfrentar os problemas na devida ocasião.”<sup>191</sup>*

---

<sup>190</sup> Op. cit., p. 175.

<sup>191</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Manual de interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 100.

A criação do Supremo Tribunal Federal remonta às guerras napoleônicas e à necessidade de a Família Real portuguesa instalar-se no Brasil, trazendo consigo o que seria a primeira experiência em solo brasileiro no tocante à atividade de um tribunal superior, instalando-se aqui a Casa de Suplicação do Brasil nos mesmos moldes daquela que havia em Lisboa.<sup>192</sup>

Mais adiante, já na vigência da Carta Política de 1824, a Corte de origem portuguesa foi sucedida pelo Supremo Tribunal de Justiça, competindo-lhe conhecer dos recursos excepcionalmente interpostos perante decisões dos tribunais inferiores, as *Relações Provinciaes*; julgar os Ministros e Presidentes das Províncias por prática de delito ou improbidade administrativa (*erros de Officio*); e, conhecer e julgar os conflitos de competência entre os mencionados tribunais provinciais. Foi, no entanto, a Constituição republicana que formatou o Pretório Excelso de modo a atribuir-lhe maior competência e a prerrogativa exclusiva de interpretar as leis (art. 59). Na realidade, o Decreto 848, publicado em 1890, já havia modificado a estrutura da Corte Judicial brasileira, mas foi com a Constituição de 1891 e, mais tarde, com a Lei 221, de 20 de novembro de 1894, que o Supremo Tribunal Federal teve suas linhas melhor delineadas e seu funcionamento efetivamente regulado.

Tão evidente era o intento de se buscar semelhanças entre o Supremo Tribunal pátrio e a Corte norte-americana - ou qualquer outra Corte Constitucional - que a Constituição de 1934 tratou de alterar, uma vez mais, a denominação do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, os artigos 63 e seguintes da Carta de 1934, fazem menção a uma tal Corte Suprema,

---

<sup>192</sup> Cujá atribuição, segundo o Alvará Régio de sua criação, de 10 de maio de 1808, incluía o julgamento de “*todos os pleitos em última Instância, por maior que seja seu valor, sem que das últimas sentenças proferidas em qualquer das Mezas da sobredita Casa se possa interpor outro recurso*”, valendo referir que a competência territorial dessa Corte não estava limitada ao território brasileiro, já que sua alçada incluía as causas provenientes das Ilhas dos Açores e Ilha da Madeira.

ampliando, outrossim, sua competência originária e recursal (art. 76).<sup>193</sup> Posteriormente, com o advento da Constituição de 1937, a casa voltou a ser nominada como Supremo Tribunal Federal, mantendo esta designação até hoje.

---

<sup>193</sup> Para permitir o cotejo analítico de ambos os dispositivos, vale a transcrição de seus respectivos textos: Artigo 59, da Constituição de 1891, *in verbis*: “Ao Supremo Tribunal Federal compete: I - processar e julgar originária e privativamente: a) o Presidente da República nos crimes comuns, e os Ministros de Estado nos casos do art. 52; b) os Ministros Diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade; c) as causas e conflitos entre a União e os Estados, ou entre estes uns com os outros; d) os litígios e as reclamações entre nações estrangeiras e a União ou os Estados; e) os conflitos dos Juizes ou Tribunais Federais entre si, ou entre estes e os dos Estados, assim como os dos Juizes e Tribunais de um Estado com Juizes e Tribunais de outro Estado. II - julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos Juizes e Tribunais Federais, assim como as de que tratam o presente artigo, § 1º, e o art. 60; III - rever os processos, findos, nos termos do art. 81. § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas. § 2º - Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União”. Artigo 76, da Constituição de 1934, *in verbis*: “A Corte Suprema compete: 1) processar e julgar originariamente: a) o Presidente da República e os Ministros da Corte Suprema, nos crimes comuns; b) os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os Juizes dos Tribunais federais e bem assim os das Cortes de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos nos crimes comuns e nos de responsabilidade, salvo, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do 1º do art. 61; c) os Juizes federais e os seus substitutos, nos crimes de responsabilidade; d) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, ou entre estes; e) os litígios entre as nações estrangeiras e a União ou os Estados; f) os conflitos de jurisdição entre Juizes ou Tribunais federais, entre estes e os Estados, e entre Juizes e Tribunais de Estados diferentes, incluídos, nas duas últimas hipóteses, os do Distrito Federal e os dos Territórios; g) a extradição de criminosos, requisitada por outras nações, e a homologação de sentenças estrangeiras; h) o habeas corpus, quando for paciente, ou coator, Tribunal, funcionário ou autoridade, cujos atos estejam sujeitos imediatamente à jurisdição da Corte; ou quando se tratar de crime sujeito a essa mesma jurisdição em única instância; e, ainda se houver perigo de se consumir a violência antes que outro Juiz ou Tribunal possa conhecer do pedido; i) o mandado de segurança contra atos do Presidente da República ou de Ministro de Estado; j) a execução das sentenças contra causas da sua competência originária com a faculdade de delegar atos do processo a Juiz inferior; 2) julgar: I - as ações rescisórias dos seus acórdãos; II - em recurso ordinário: a) as causas, inclusive mandados de segurança, decididas por Juizes e Tribunais federais, sem prejuízo do disposto nos arts. 78 e 79; b) as questões resolvidas pelo Tribunal Superior de Justiça Eleitoral, no caso do art. 83, § 1º; c) as decisões de última ou única instância das Justiças locais e as de Juizes e Tribunais federais, denegatórias de habeas corpus; III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada; d) quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva da lei federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um destes Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal federal; 3) rever, em benefício dos condenados, nos casos e pela forma que a lei determinar, os processos findos em matéria criminal, inclusive os militares e eleitorais, a requerimento do réu, do Ministério Público ou de qualquer pessoa. Parágrafo único - Nos casos do nº 2, III, letra d, o recurso poderá também ser interposto pelo Presidente de qualquer dos Tribunais ou pelo Ministério Público”.

Tal qual ocorre com a Corte dos Estados Unidos, o Supremo Tribunal Federal acumula em sua história diversas decisões que denotam a presença da *construction* em terras brasileiras, o que comprova, vez por todas, que não é apenas por meio das alterações formais que a Constituição de nosso País busca ajustar-se aos novos tempos. Torna-se cada vez mais inconteste a existência, no Brasil, das modificações constitucionais operadas por meio da mutação.

A função precípua de guardar a Constituição Federal, cuidando pela sua maior efetividade e salvaguardando-a das constantes tentativas de vilipêndio ao seu texto, obriga o Pretório Excelso, na eventual omissão do constituinte, a buscar a plenitude da Norma em outros ambientes. O uso supletivo da construção, nesses casos, propicia aos Ministros do Supremo Tribunal Federal a complementação do sentido da Lei Maior mediante a análise de todo o conjunto que compõe a lógica constitucional, de julgados anteriores, da repercussão pública que envolve determinada matéria, dentre outros.

A considerar que a construção constitucional não é meio expressamente previsto para modificar a Constituição brasileira, havemos de reconhecer, então, sua força irresistível, já que não são poucos os casos em que o Supremo Tribunal Federal reconhecidamente construiu o entendimento acerca de determinada matéria constitucional, revelando o poder normativo verdadeiramente externado pela referida Corte.

Novamente é Uadi Lammêgo Bulos quem exemplifica a questão, citando a conclusão do pedido de Intervenção Federal nº 14, de 1951, e o da Reclamação nº 315, de 1953, relatado pelo Ministro Edmundo Ludolf. Na ocasião, o Ministro Ludolf, ao discursar em plenário, destacou que a

prerrogativa que competia ao Supremo Tribunal Federal de construir o próprio direito, em dadas circunstâncias de premência e necessidade, em ordem a suprir as deficiências ou imperfeições da legislação. Seguindo a mesma linha, o Ministro Edgard Costa realçou o honrado papel daquele tribunal, ao asseverar que o Supremo, ao modo da Corte Suprema Norte Americana, desempenha não o papel de um simples tribunal de justiça, mas o de uma constituinte permanente, porque os seus deveres são políticos, no mais alto sentido da palavra, tanto quanto judiciais. Ainda, o Ministro Ribeiro da Costa atribuiu ao julgamento da Reclamação em tela caráter normativo, tornando-a aplicável a qualquer procedimento judicial, seja de juízes ou tribunais inferiores, tendente a impedir, obstar ou embaraçar de qualquer modo, direta ou indiretamente, a execução de decisões definitivas do Supremo Tribunal, sobre demandas instauradas para importação ou entrega de mercadorias sujeitas à licença prévia e à legislação especial sobre a matéria. Finalmente, no recurso extraído do mandado de segurança nº 4.928/1957, o Pretório Excelso corroborou a tese de que seu papel vai além do conhecimento da matéria constitucional, para alcançar também a construção constitucional, tendo entendido sua inclinação para proceder à construção do direito *in concreto* - correspondente da *construction* do Direito norte americano.<sup>194</sup>

Outro exemplo histórico do reconhecimento, pelo próprio STF, da capacidade daquela Corte em prescrever novas diretrizes aos preceitos constitucionais, depreende-se da análise da Reclamação nº 141, julgada em 25 de janeiro de 1952, cujo relator, Ministro Rocha Lagoa, suscitou o princípio de que a competência não expressa dos tribunais federais pode ser ampliada por construção constitucional:

---

<sup>194</sup> *Curso...*, op.cit., p. 320.

“Na lição de Black, em seu *Hand-book of american Constitucional Law*, § 48, tudo o que fôr necessário para fazer efetiva alguma disposição constitucional, envolvendo proibição ou restrição ou a garantia de um poder, deve ser julgado implícito e entendido na própria disposição.”<sup>195</sup>  
(grifos no original)

Com base em tudo que expusemos, dúvidas não resistem quanto ao fato de que a *construction* configura meio eficaz no processo de alteração do sentido e alcance dos preceitos constitucionais, daí sua posição de destaque entre os métodos informais de modificação constitucional.

Mais adiante, quando tratarmos das modificações constitucionais no Brasil, veremos exemplos mais recentes de como a mutação vem galgando cada vez mais espaço na realidade constitucional de nosso País.

#### **III.4. LIMITES A QUALQUER MODIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Inicialmente, é de salientar que a reforma constitucional – aqui entendida como processo formal de alteração da *Lex Maxima* - está regrada por normas da própria Constituição, que impõem procedimento e modo de agir, os quais, se não observados, trarão como conseqüência a nulidade de tais reformas. Esse tipo de regramento da atuação do poder de reforma configura as denominadas “limitações formais”. Atuam elas como obstáculos às modificações constitucionais, sendo que o órgão detentor do poder de reforma deve, obrigatoriamente, proceder nos termos enunciados na Constituição.

Releva notar as palavras de Carl Schmitt sobre o tema, segundo o qual a competência para reformar a Constituição não constitui uma competência normal, no sentido de um conjunto de atividades regulado e delimitado. Para

---

<sup>195</sup> Reclamação 141, Relator Ministro Rocha Lagoa, j. em 25/01/1952.

o autor, reformar as leis constitucionais não é uma função normal do Estado, como dar leis, resolver processos, realizar atos administrativos, etc., é uma faculdade extraordinária. Sem embargo, não é ilimitada, pois, sendo uma faculdade atribuída em lei constitucional é, como toda faculdade legal-constitucional, limitada e, em tal sentido, “*competência*” autêntica. No marco de uma regulação legal-constitucional não se podem dar faculdades ilimitadas; toda competência é limitada.<sup>196</sup>

Canotilho nos remete ao fato de que o procedimento inerente à modificação constitucional está fundado nas diversas formas de participação popular, nas alterações constitucionais, na escolha do órgão a quem é atribuído o poder de revisão, na exigência de um trâmite processual mais complexo do que o processo legislativo ordinário, e no exercício temporal do poder de revisão.<sup>197</sup>

Já discorremos, neste trabalho, acerca das particularidades relativas às limitações formais do poder de revisão, ao tratarmos do processo de reforma previsto em nossa Constituição e nas leis fundamentais dos países estudados, razão pela qual nos deteremos, quanto aos limites procedimentais, nas considerações já formuladas.

Além das citadas limitações formais, a doutrina costuma classificar as limitações do poder de reforma em três grupos: as *temporais*; as *circunstanciais*; e, as *materiais*, divididas estas últimas em *implícitas* ou *explícitas*.

---

<sup>196</sup> Op. cit., p. 118.

<sup>197</sup> *Direito...*, op. cit., p. 1130.

*Temporais* são as limitações que consistem na fixação de um prazo certo e determinado, imposto como mínimo, a contar do início da vigência de uma Constituição, para que possa ela ser reformada. Busca preservar a Constituição e atribuir-lhe estabilidade, afastando as tendências reformistas remanescentes do processo constituinte e garantindo a permanência das novas instituições então criadas.

Exemplo dessa limitação é tirado da Constituição de Portugal. Nela o instituto se faz presente, em seu artigo 284, que prevê a revisão constitucional após cinco anos contados da data da publicação de qualquer lei de revisão. Estabeleceu-se também, em sua versão originária, um período inicial de quatro anos durante o qual não seriam admissíveis alterações no ordenamento constitucional lusitano.

Entre nós, as limitações temporais são raras, poucas vezes vistas na história constitucional brasileira. Apenas a Constituição do Império estabeleceu esse tipo de limitação ao consignar, em seu artigo 174, a possibilidade de sua reforma, decorridos quatro anos de sua vigência.<sup>198</sup>

Necessário salientar, por importante, que a revisão constitucional prevista pelo constituinte de 1988, inserida no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, não configura limitação temporal ao poder de reforma da Constituição. Na verdade, aquele dispositivo simplesmente previu fosse a Constituição revista após cinco anos de sua vigência sem, contudo, obstaculizar a reforma do texto por meio de emenda.

---

<sup>198</sup> *In verbis*: “Se passados quatro annos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escripto, a qual deve ter origem na Camara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte delles”.

Tanto é, que foram quatro as emendas constitucionais<sup>199</sup> publicadas antes de transcorrido o período assinalado no ADCT.

*As limitações circunstanciais* visam a proteção do texto constitucional em momentos e ocasiões de grande perturbação nacional, vedando a possibilidade de reforma durante a superveniência dos fatores que abalaram a ordem constituída.

Mais uma vez Canotilho nos ensina que determinadas circunstâncias excepcionais (estado de guerra, estado-de-sítio, estado de emergência) podem constituir ocasiões favoráveis à imposição de alterações constitucionais, limitando a liberdade de deliberação do órgão representativo.<sup>200</sup>

No Brasil, a limitação circunstancial ao poder de reforma surgiu com a Constituição de 1934, que limitava o poder reformador, no âmbito circunstancial, apenas na vigência do estado de sítio.

Atualmente, a Constituição de 1988, em seu artigo 60, §1º, proíbe a reforma constitucional – especificamente por meio de emenda – na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

A questão acerca dos limites para reforma constitucional se torna mais complexa quando nos referimos aos *limites materiais*, ou seja, quando tratamos sobre quais dispositivos da Constituição poderão ser objeto de reforma e quais estarão imunes a ela.

---

<sup>199</sup> Emenda Constitucional n. 1, de 31 de março de 1992 (sobre a remuneração dos Deputados Estaduais e Vereadores); Emenda Constitucional n. 2, de 25 de agosto de 1992 (sobre o plebiscito previsto no artigo 2º. do ADCT); Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993 (alterou os artigos 40, 42, 102, 103, 150, 155, 156, 160 e 167, da CF/88); e, Emenda Constitucional n. 4, de 14 de setembro de 1993 (alterou o artigo 16 da CF/88).

<sup>200</sup> *Direito...*, op. cit., p. 1134.

Celso Bastos lembra ser freqüente na atividade constituinte, por razões políticas, o isolamento de determinados assuntos estruturais do Estado, excluindo qualquer possibilidade de eventual reforma recair sobre estes.<sup>201</sup>

A questão aqui se centra, então, nas seguintes indagações: Estaria o poder reformador autorizado a modificar a Constituição independentemente da matéria a ser alterada? Há princípios e dispositivos constitucionais imunes ao trabalho do Poder Reformador?

A doutrina, quanto a este aspecto, entende pela existência de temas constitucionais intocáveis, fazendo distinção entre *limitações materiais explícitas* e *limitações materiais implícitas*.

As limitações materiais explícitas compreendem aquele rol de dispositivos, princípios e fundamentos que o legislador constituinte expressamente excluiu da incidência do poder de reforma.

Nesse lanço, lembramos que as constituições brasileiras republicanas sempre contiveram um núcleo impassível de modificações, no sentido de preservar a Federação e a República. A Constituição atual, por sua vez, não veda expressamente emenda tendente a abolir a República, embora considere a forma republicana como um princípio fundamental a ser assegurado e observado<sup>202</sup>. Assim, se por um lado certos elementos do conceito da República, como a periodicidade de mandato e o sistema representativo devem ser respeitados, por outro, fica reconhecido o direito de formação de partido monarquista que atue no sentido de instaurar a Monarquia, mediante

---

<sup>201</sup> *Curso...*, op. cit., p. 50.

<sup>202</sup> Conforme artigo 34, VII, *a*, da Constituição Federal de 1988.

emenda à Constituição. O que tal limitação quer dizer é, enquanto houver República, os princípios a ela inerentes devem ser assegurados, contudo, há a possibilidade de sua abolição por via de emenda constitucional. É o que deflui da análise sistemática do texto da Norma Fundamental.

A Constituição Federal define, em seu artigo 60, § 4º, quais são as matérias imodificáveis por via de emenda constitucional, rezando que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; os direitos e garantias individuais.

Há que se ressaltar que a vedação contida no § 4º do artigo 60 atinge também a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, secreto, universal, ou indiretamente abolir a liberdade de culto, uma vez que o dispositivo citado traz em seu texto o termo “tendente”, ou seja, basta que a proposta de emenda tenda a abolir as garantias ali determinadas para deixar de ser objeto de deliberação.

A forma federativa de Estado, citada no inciso I, do § 4º do referido artigo 60, já era cláusula pétrea na Constituição anterior. Todavia, a expressão “forma Federativa do Estado” afigura-se deveras genérica, ofertando assim um campo de difícil apreensão de seus limites pétreos.

Há duas linhas de pensamento distintas que se podem adotar no que tange à forma Federativa do Estado. A primeira é de que o inciso I em questão cuida da Federação Brasileira como foi consignada na Constituição, sendo que qualquer alteração em seu perfil é forma de reduzir o sistema federativo, atingindo norma pétrea que não seria lícito modificar.

De outra banda, poder-se-ia defender que tal mudança se mostra perfeitamente cabível, uma vez que a Constituição fala em “abolir” a forma federativa de Estado, e a eliminação de um município, por exemplo, não implicaria na abolição do sistema federativo do Estado.

Conclui-se que as normas pétreas exclusivamente genéricas oferecem complexas questões de interpretação, que poderiam ser solucionadas pela atuação do Supremo Tribunal Federal, que definirá, em cada caso concreto, os limites da imodificabilidade.

O inciso II refere-se à impossibilidade de reforma constitucional que tenha por escopo abolir o voto direto, secreto, universal e periódico.

É de se atentar ao fato de que o voto direto a que se refere o constituinte é aquele previsto nas hipóteses constitucionais, sem prejuízo das expressas disposições da Constituição Federal em que o voto é indireto. O legislador constituinte cuidou do voto direto, nos termos da Constituição, e apenas este constitui a referida cláusula pétreia.

O voto secreto é garantia inerente ao sistema democrático. Por sua natureza, o sigilo do voto assegura maior independência e autonomia, eliminando prováveis pressões sobre os eleitores caso o voto fosse aberto.

O sufrágio universal é outra característica fundamental da democracia, que se contrapõe à idéia de formação de elites nas eleições, equiparando, pois, todas as castas sociais.

O voto periódico é necessário para que o povo avalie a eficiência de seus representantes e adote soluções novas ou de manutenção dos eleitos.

Ademais, a periodicidade do voto é imprescindível à renovação necessária na boa democracia, bem como ao acompanhamento da dinâmica a ela inerente.

O instituto da separação dos Poderes, tratado no inciso III, é igualmente cláusula pétrea no ordenamento constitucional brasileiro.

A Tripartição dos Poderes – preferimos “Funções” do Estado -, segundo o modelo adotado no País, permite a independência e a convergência de atividades entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Submetendo o dispositivo constitucional em questão a uma interpretação sistemática, conclui-se que a intenção da norma é desautorizar a redução na força e independência atual dessas três Funções. A vedação refere-se a abolir sua separação tal e qual foi conformada na Constituição vigente.

Os direitos e garantias individuais também não podem ser objeto de emenda constitucional que intente em aboli-los, conforme dispõe claramente o inciso IV, do § 4º.

Devem ser entendidos como direitos e garantias fundamentais, não apenas aqueles contidos no artigo 5º da Lei Maior, como também todos os outros distribuídos no texto constitucional e, ainda, aqueles que decorrem do regime e dos princípios adotados pela Constituição e pelos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, na forma do quanto disposto no § 2º do dispositivo retro citado.

No que tange às *limitações materiais implícitas*, ou *inerentes*, ou *tácitas*, há uma tendência atual em ampliar as hipóteses de limitações

materiais expressas que tem a consequência de não mais se reconhecer a possibilidade de limitações materiais implícitas.

Quando a Constituição enumera matérias de direitos fundamentais como insuscetíveis de emendas, poder-se-ia considerar essa postura como excludente de hipóteses de limitação implícita. Entretanto, das quatro categorias de normas constitucionais que, segundo Nelson de Sousa Sampaio<sup>203</sup>, estariam implicitamente fora do alcance do poder de reforma, há três que, por razões óbvias, ainda o estão, quais sejam:

**I as concernentes ao titular do poder constituinte**, vez que uma reforma não pode mudar o titular do poder que cria o próprio poder reformador;

**II as referentes ao titular do poder reformador**, pois seria despropósito que o legislador ordinário estabelecesse novo titular de um poder derivado exclusivamente da vontade do poder constituinte originário;

**III as relativas ao processo da própria emenda**, sendo admissível a reforma para tornar mais difícil o processo da emenda, porém, nunca no sentido de atenuá-lo.

De qualquer modo, Canotilho pondera que algumas vezes as Constituições realmente não prescrevem expressamente qualquer limite ao poder reformador quanto à matéria, mas entende-se que há *limites não articulados ou tácitos*, vinculativos do poder de revisão que podem

---

<sup>203</sup> SAMPAIO, Nelson de Souza. *O poder de reforma constitucional*. Salvador: Livraria Progresso, 1954. p. 93.

desdobrar-se em *limites textuais implícitos*, deduzidos do próprio texto constitucional, e *limites tácitos* imanentes numa ordem de valores pré-positiva, vinculativa da ordem constitucional concreta.<sup>204</sup>

Destaque-se, contudo, que face à falta de controle de constitucionalidade em relação às emendas que desrespeitam as limitações implícitas, há a tendência no moderno constitucionalismo de se ampliar cada vez mais as matérias insuscetíveis de emendas constitucionais, como sucedeu com a Constituição de Portugal<sup>205</sup>, e conforme vem ocorrendo também com a brasileira, na medida em que a maior compreensão dos ideais presentes na Carta Política de 1988 permite ao construtor do Direito conhecer de tais limites tácitos.

Por derradeiro, cumpre repisar que as limitações impostas à reforma do texto constitucional também se aplicam às modificações informais da Constituição. Vimos que a mutação constitucional somente prevalece se não vai de encontro com os princípios e regras estampados na Norma Fundamental, dentre os quais se inclui o rol de seus preceitos imodificáveis. Por óbvio, qualquer modificação informal da Constituição que viole seu programa, será tida como mutação inconstitucional e, por tal, não surtirá qualquer efeito na ordem constitucional.

---

<sup>204</sup> *Direito...*, op. cit., p. 1135.

<sup>205</sup> A Constituição portuguesa, em seu artigo 288, prevê extensa relação de matérias não passíveis de revisão: quanto aos princípios fundamentais (independência nacional, unidade do estado, forma republicana de governo, separação entre as igrejas e o Estado), quanto aos direitos fundamentais (direitos, liberdades e garantias, direitos fundamentais dos trabalhadores), quanto à organização econômica (coexistência de setores, existência de planos), quanto à organização do poder político (sufrágio universal, direto, secreto e periódico, pluralismo de expressão e organização, separação dos órgãos de soberania, independência dos tribunais, autonomia das autarquias locais e das regiões autônomas), quanto à garantia da Constituição (fiscalização da constitucionalidade).

## CAPÍTULO IV

---

---

### A CONCILIAÇÃO ENTRE A MODIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL E O COMPROMISSO DE SUA ESTABILIDADE – O CASO BRASILEIRO

---

---

Conforme visto, um dos fatores mais importantes em uma Constituição é o poder normativo que ela exerce sobre aqueles que estão sob seu manto. O Texto Supremo deve manter preservada sua capacidade e força ordenadora para ser capaz de gerar reflexos positivos no meio social. Deve, ademais, concomitantemente, apresentar certa elasticidade que permita a adaptação de seus preceitos à realidade cambiante desse meio, a fim de que a mudança constitucional se aperfeiçoe de maneira natural, harmoniosa e tranqüila, sem grandes intervenções na letra da Lei.

Certamente a convergência do aparente conflito entre alteração constitucional e estabilidade não é tarefa fácil. Depende de vários fatores que contribuem para que ambas as questões possam coexistir no ordenamento constitucional. O ideal é que cada um deles possa justificar a existência do outro, atribuindo-lhe força necessária a determinar o valor de seu oposto. Assim, um processo racional de alteração da Constituição garantirá um sistema estável, na medida em que as necessárias modificações constitucionais dar-se-ão sem grandes traumas. Ao contrário, nenhuma Constituição poderá prevalecer se pretender obstaculizar a mudança sob o argumento de que a Norma Fundamental é intocável. Nesse caso, se a mudança é irrefreável, a ordem constitucional certamente sucumbirá à revolução, que se organizará para fazer as vezes do Poder Reformador

inoperante ou impossibilitado de ordenar a alteração constitucional. O risco de subversão total da ordem vigente, aqui, é muito maior, o que conflita com a idéia de segurança jurídica decorrente da estabilidade constitucional.

A instabilidade constitucional, no entanto, não é aspecto exclusivo dos momentos de (grande) convulsão social. Apesar de facilmente verificável em épocas de tumulto social, não se restringe a estas ocasiões, vez que a redução ou total inexistência de estabilidade da ordem constitucional é também fenômeno presente em fases relativamente equilibradas da vida sócio-política.

Temos que, algumas vezes, a instabilidade da Constituição não é fruto do desequilíbrio total da ordem, mas reflete, sobretudo, o grau de maturidade – ou imaturidade - do desenvolvimento político, social, econômico, etc., de um povo que, no mais das vezes, tem na constância das alterações constitucionais a pseudo-solução para este problema evolutivo. Ocorre, no entanto, que essa medida, longe de converter-se em remédio para afastar os malefícios oriundos de um progresso debilitado, constitui placebo, incapaz de retomar os trilhos da evolução social.

Certamente que não é a estabilidade da Constituição o único fator responsável pelo pleno desenvolvimento de uma nação. Não restam dúvidas, no entanto, que por constituir um dos aspectos mais importantes da ordem constitucional, senão o mais, o atributo da estabilidade integra o conjunto dos elementos determinantes para o sucesso de um País. Se a Constituição é o retrato do país, melhor que este país seja retratado sob um semblante sereno, seguro, estável, mas não estático.

Nessa perspectiva, qual fotografia a Constituição de 1988 tem projetado? A de uma Nação segura em seus princípios e modos, em

conformidade com uma ordem constitucional suprema e plena de intenções positivas e sinceras quanto ao seu futuro? Ou o retrato de um País pouco comprometido com seus próprios ideais, desinteressado frente aos parâmetros descritos na Lei Maior e sempre disposto a sacrificar a ordem pelo progresso, ainda que a menção ao progresso seja mero subterfúgio para justificar constantes violações à Norma como meio de assegurar a manutenção de antigos e novos privilégios e de interesses mesquinhos, casuísticos e egoístas?

Um percurso pelas alterações da Lei Fundamental de 1988 auxiliará na busca por uma resposta, que se não definitiva – já que não temos a pretensão de formular questões peremptórias - pelo menos suficiente a lançar nova luz ao tema.

#### **IV.1. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 – ALGUNS TEMAS SOBRE SUAS ORIGENS E ESTRUTURA**

Para bem entender a fotografia que a Constituição de 1988 ostenta de nossa sociedade, é necessário vislumbrar a realidade que ensejou sua formação, até porque a conjuntura que fora retratada naquela década de 1980 sofreu sensíveis mudanças, e seria realmente temerário buscar compreender como se apresenta a Constituição nos tempos atuais sem entender como ela se apresentava naquela oportunidade.

Sabemos que o cenário político e social presente quando da elaboração da Lei Maior de 1988 em muito contribuiu com a roupagem que o Constituinte deu ao texto constitucional vigente. Aliás, vale lembrar, quanto a este aspecto, que a própria Assembléia Nacional Constituinte responsável pela promulgação da Carta Política de 1988 padecia de vícios de origem, na

medida em que se instalou sob as mesmas bases que estruturavam o Congresso Nacional da época.

Com efeito, a preferível opção pela eleição de uma Assembléia Constituinte propriamente dita – com o fim único e específico de votar a Constituição de 1988 para, em seguida, dissolver-se – foi preterida, sob veementes críticas da opinião pública, pela fórmula pouco louvável de delegação dos poderes constituintes a ambas as Casas do Congresso Nacional estruturado nos tempos do autoritarismo militar, tal qual pondera Luís Roberto Barroso:

*“A Assembléia Nacional Constituinte, que iria elaborar a nova Constituição da República, marcou o ingresso do Brasil no rol dos Países democráticos, após vinte e cinco anos de regime militar e quase doze de abertura ‘lenta, segura e gradual’. Não prevaleceu a idéia, que teve amplo apoio na sociedade civil, de eleição de uma constituinte exclusiva, que se dissolveria quando da conclusão dos trabalhos. Ao revés, optou-se pela fórmula insatisfatória de delegação dos poderes constituintes ao Congresso Nacional, a funcionar, temporariamente, como constituinte, inclusive com a participação de senadores eleitos anteriormente à sua instalação, por se encontrarem no curso de seus mandatos de oito anos.”<sup>206</sup>*

É verdade que ainda assim, em que pese esse inconveniente estrutural de seu nascimento, a Assembléia Constituinte instalada em 1º de fevereiro de 1987 pelo Ministro Moreira Alves, então Presidente do Supremo Tribunal

---

<sup>206</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8ª. ed. - Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 40. Sobre o tema, vide, ainda, a obra *Quem tem medo da constituinte* (editora Paz e Terra) do então deputado Flávio Bierrenbach, cuja postura em defesa da instalação de uma Assembléia Constituinte exclusiva, inclusive mediante consulta plebiscitária para que o povo deliberasse se o Poder Constituinte deveria ser exercido por representantes “eleitos exclusivamente com esta finalidade, ou ao Congresso Nacional eleito em 1986”, custou-lhe a relatoria dos trabalhos. É de se notar que a “promoção” do Congresso Nacional em Assembléia Nacional Constituinte não se deu sem antes se esgotar o debate a respeito da melhor forma de estruturação do Corpo Constituinte. Três correntes dominavam a temática. A primeira, que representava a mais avançada – e coerente com a idéia de Poder Constituinte – preconizava a convocação de uma Assembléia livre, soberana e exclusiva que então seria dissolvida quando do cumprimento da função que lhe incumbia e antes das eleições gerais. A segunda corrente, representando os interesses mais conservadores, temendo que uma Constituinte, qualquer que fosse ela, implicaria na ruptura política, inclinava-se por outorgar ao Congresso Nacional os poderes para votar uma nova Constituição. A terceira, vitoriosa, obteve a convocação de um “Congresso Constituinte”, nos moldes já mencionados.

Federal, teve o mérito de eleger como seu Presidente aquele que fora o principal líder de oposição frente ao regime militar, o Deputado Ulisses Guimarães, e como Presidente da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais o Constituinte Afonso Arinos. Mérito de um lado, demérito de outro, na medida em que o anteprojeto elaborado pela Comissão Afonso Arinos foi rejeitado, sequer encaminhado ao Congresso, dentre outros, pela discordância de José Sarney, na ocasião nosso Presidente da República, quanto à opção parlamentarista do anteprojeto.

Os trabalhos que se seguiram vieram a comprovar que não seria simples a transição de um regime de exceção para uma democracia, ainda que, em seu início, indireta. O alerta de Lassalle quanto aos *fatores reais do poder* parecia fazer muito sentido entre os Constituintes da redemocratização. A assunção do Poder Constituinte pelo Congresso Nacional, cujos quadros bem representavam a influência da classe dominante do País, era indicativo de que o papel da nova Constituição também seria o de constitucionalizar o poder outrora instituído. Esse mister foi perseguido com empenho por alguns políticos da época – alguns deles continuam por aqui -, conforme lembraram Maria Victoria Benevides e Fabio Comparato, em debate realizado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em outubro de 1985:

*“Para o governo e para o Congresso, parece-me muito claro: o que se quer é a legitimação do mesmo sistema de poder, que vigorou desde 64 e que agora conheceu uma espécie de ‘make up’, no sentido de tirar de sua aparência os traços mais aberrantes, menos capazes de serem absorvidos pelo povo. Essa legitimação é muito evidente, por exemplo, no caso do atual ocupante da Presidência da República. S. Excia. Não foi escolhido pelo sistema militar, como foram escolhidos os presidentes anteriores. Não foi escolhido pelo voto direto. Ao contrário, ele foi um dos líderes da recusa do Congresso em votar a emenda das diretas. O presidente José Sarney era, à época, presidente do partido do governo, do PDS, e coordenou a abstenção dos membros desse partido que não deram quorum para a votação da emenda Dante de Oliveira. E, finalmente, o presidente José Sarney não foi tampouco eleito pelo*

*Congresso, aliás pelo Colégio Eleitoral restrito, estabelecido pela Constituição de 69, porque, na verdade, o que o Colégio Eleitoral sancionou foi uma combinação muito hábil, no sentido de se eleger Tancredo Neves. O atual presidente da República subiu ao poder na garupa do falecido presidente; na verdade, ele não recebeu votação direta por parte dos membros do Colégio Eleitoral. Então, essa legitimação é necessária, e ela traz em si essa confusão que foi apontada habilmente pelo governador Brizola. O presidente José Sarney continua depois dessa nova Constituição ou ele sai?*

*Para o Congresso há também a necessidade de uma legitimação jurídica, em boa e devida forma. A Constituição seria como a tábua da nova aliança, da 'Aliança Democrática', que subiu ao poder sem romper com o regime passado. A nova Constituição é importante para o Congresso, porque sobre ele pesa um processo de corrosão paulatina, sua autoridade política e sua autoridade moral vêm-se contestadas, e uma nova Constituição, feita justamente pelo próprio Congresso, daria ele (segundo o pensamento dos autores dessa proposta) um novo alento.*

*(...) E a segunda questão... diz respeito à importância que certos políticos e analistas que defendem o Congresso com poderes constituintes atribuem ao que eles chamam de respeito à tradição brasileira. Nesse sentido é muito comum você ouvir falar que de acordo com a teoria o ideal seria uma Assembléia Constituinte, exclusiva, especificamente convocada para esse fim, com ampla participação popular, etc. Mas isso não combina com a tradição brasileira. Quando participei de um debate em Brasília com a comissão mista do Congresso Nacional, deputados e senadores, isso foi lembrado por vários deles: o que vocês estão defendendo é muito bonito, é uma proposta muito generosa, mas a tradição é muito forte no Brasil, então nós temos de manter o Senado como ele é, não podemos mexer na composição proporcional da Câmara dos Deputados, na propriedade da terra, etc. Ora, a nossa única resposta é que, se é para respeitar a esse ponto a tradição, se é para não mudar as coisas, então para que fazer uma nova Constituição?"<sup>207</sup>*

A realidade pontuada por Benevides e Comparato bem demonstra o nível de comprometimento da “Assembléia-congresso Constituinte” de 1987 em relação à garantia de manutenção do *status quo*. Não se mostrou, como alguns esperavam, um marco revolucionário, a sinalizar o fim de um período de escassez democrática e o início da “Nova República”. Ao revés, o resultado dos trabalhos da Constituinte demonstra que muitas das instituições

---

<sup>207</sup> BENEVIDES, Maria Victoria; COMPARATO, Fábio. *A Constituinte os impasses da Nova República*. In SANDRONI, Paulo (organizador). *Constituinte, economia e política da Nova República*. São Paulo: Cortez: EDUC, pp. 83-104, 1986, p. 84.

seculares da República mereceram certa solução de continuidade na nova Lei Fundamental, ainda que não guardassem mais nenhuma correspondência com a auspiciosa República pós-ditadura.<sup>208</sup>

De qualquer maneira, a Constituição de 1988 é reflexo da reconquista dos direitos fundamentais tolhidos durante o período de repressão política. E o sentimento de libertação cívica e a ânsia de jamais ter de se curvar ao autoritarismo eram tão evidentes que a Constituinte foi palco de intensas paixões e demonstrações dos mais profundos sentimentos que ali encontraram clima perfeito para aflorarem. O pronunciamento do Presidente Ulysses Guimarães no ato da promulgação da nova Constituição bem ilustra essa nota e constitui um dos momentos mais notáveis de nossa história recente:

*“Minhas irmãs e meus irmãos Constituintes, quando partimos para a travessia, em 1º de fevereiro de 1987, a esperança estava no cais, com os olhos nos corações e nas reivindicações dos 65 milhões de brasileiros que para Brasília nos mandaram. Hoje é o alvoroço da chegada com a âncora da Constituição chatada no chão da democracia.*

*Em nome dos Constituintes, seus pais, com amor, ternura e fé, dizemos à recém-nascida:*

*Seja o amparo dos fracos e injustiçados e o castigo dos fortes prepotentes.*

*Expulse a ditadura no Brasil, pela prática do ofício público com honestidade, competência, compromissos sociais e pela autoridade do exemplo, mais do que pelo ruído das palavras.*

<sup>208</sup> Um grande exemplo foi a manutenção da instituição do Senado Federal. A Câmara de Senadores, como órgão representativo dos Estados federados, foi uma invenção norte-americana, incorporada à República brasileira já na Constituição de 1824. Natural que, com o advento da Nova República, houvesse pelo menos o debate sobre a necessidade da manutenção de um sistema bicameral. Outro exemplo, trazido por Reis Friele (*Curso Analítico de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 255), é a preservação da Justiça Federal que, conforme sustenta, foi uma forma de centralizar a ação do Judiciário, especialmente nos momentos em que as oligarquias estaduais ameaçavam a hegemonia do governo central. Para o autor “a Carta de 1988, ao contrário do que se poderia esperar, não só manteve a estrutura básica dessa justiça nacional (não obstante alguns projetos legislativos que preconizavam a sua simples extinção), como ainda a fortaleceu, ampliando sobremaneira a sua anterior estrutura (com a criação, por exemplo, dos cinco Tribunais Regionais Federais para o exercício jurisdicional da anterior competência outorgada ao extinto Tribunal Federal de Recursos), e chegando até mesmo a impor um processo de federalização, ainda que parcial, da própria justiça local (estadual e distrital) com o advento do STJ, na qualidade de incontestável tribunal federal e, neste aspecto, órgão de cúpula da Justiça Federal, mas também da Justiça Estadual (e distrital)”. É de se recordar, outrossim, a continuidade da governança por meio de Medidas Provisórias, artifício amplamente utilizado em governos anteriores, e à forma de nomeação dos Ministros dos tribunais superiores, que remonta ao período imperial.

*Seja escola para as crianças e analfabetos, igualdade para as mulheres e minorias discriminadas.*

*Salário condizente com distribuição de renda para os trabalhadores, proteção e estímulo para o empresariado, seguridade para todos os brasileiros, inclusive 11 milhões de aposentados abandonados.*

*Seja o homem sua religião, pois o Estado é criatura do homem, o homem criou o Estado e não o Estado criou o homem; O homem é o fim e o Estado é o meio; na disputa entre o Estado e o homem, fique com o homem amparado pela razão.*

*Seja alegre, a alegria é o testemunho dos fortes; seja corajosa, sem a coragem todas as virtudes perecem na hora do perigo; não seja escapatória, pois a indecisão é o refúgio dos fracos; seja a nuncia da esperança, a esperança é o sinal de que o homem pode vencer.*

*Seja irmã do pobre, o pobre só pode se salvar pela lei e pela justiça; seja Moisés guiando milhões de desamparados para a Canaã da cidadania.*

*Não fique somente nas estantes, saia, ande, escute, olhe mais do que escute, mais vale ver uma vez do que ouvir cem vezes.*

*Saia da Assembléia Nacional Constituinte, seu berço, para o serviço, o progresso e a segurança social e política da Pátria.*

*(...) Nós vamos. A Constituição fica. Fica para ficar, pois com ela ficará a democracia, a liberdade, a Pátria como uma casa de todos, com todos e para todos.*<sup>209</sup>

Sem dúvida uma expressão daquilo que todos anseavam: uma Constituição genuinamente brasileira<sup>210</sup>, capaz de lançar no esquecimento os tempos difíceis por que passou o País e construir um futuro próspero, justo, democrático e igualitário. Não lhe faltaram sinceros votos de sucesso.

Vimos, no entanto, que esse ideal, quase utópico em uma recém democracia, não foi suficiente a esconder as falhas do processo constituinte. Era evidente a falta de coordenação das oito comissões instituídas para elaborarem o texto da Lei Fundamental de 1988. A abrangência dos temas tratados por cada uma das comissões não permitiu uma convergência adequada entre as diversas fases do texto, o que culminou com uma redação

<sup>209</sup> Texto extraído do sítio de *internet* mantido pela Câmara Federal, em <[www.camara.gov.br/internet/infdoc/Publicacoes/html/pdf/construcao4.pdf](http://www.camara.gov.br/internet/infdoc/Publicacoes/html/pdf/construcao4.pdf)>. Acesso em 28 de maio de 2007.

<sup>210</sup> O fato de a Constituição de 1988 ter sofrido influência do direito estrangeiro, mormente das fontes portuguesas, espanholas, francesas, italianas, inglesas e americanas, não retira do texto seu caráter genuinamente nacional.

prolixa, rica em detalhes minuciosos e até mesmo casuística, características impróprias para um documento dessa magnitude. Outrossim, conforme mencionado, os Constituintes não lograram êxito em afastar o assédio dos grupos de pressão interessados em manter, tanto quanto fosse possível, uma ordem constitucional que lhes fosse favorável, gerando um texto com “*inúmeras esquizofrenias ideológicas e densamente corporativo*”, como bem apontado por Barroso.<sup>211</sup> Mas, ainda assim:

*“A crítica, cabível e necessária, não empana o seu caráter democrático, mas apenas realça a fisionomia ainda imatura de um País fragilizado pelas sucessivas rupturas institucionais e pela perversidade de suas relações sociais. (...) De toda sorte, não devem ser minimizadas as inovações dignas de louvor, não só no campo dos direitos fundamentais...como também na constitucionalização de importantes garantias, a exemplo da ação civil pública e do mandado de segurança coletivo. No tocante à organização dos Poderes, promoveu-se um maior equilíbrio, que atenuou a supremacia do Executivo. E, no âmbito da organização do Estado, realizou-se significativa descentralização política, que revalorizou Estados e Municípios, pelo incremento de suas competências e de suas receitas.”<sup>212</sup>*

Com razão o autor. Apesar das imperfeições ocasionadas pela estrutura fragmentária das comissões constituintes, pela confusão gerada pelos grupos de pressão e sua força quase irresistível em impor as idéias que lhes convinham, pela dificuldade em unir as partes de um País cujas intenções eram divididas, a Constituição de 1988 constitui um marco no constitucionalismo brasileiro, quiçá mundial. Jamais o Brasil estivera sob a égide de um texto constitucional com princípios, direitos e garantias fundamentais tão bem definidos, uma melhor técnica de controle dos atos do Poder Público, e em cujo cerne se evidenciava uma enorme preocupação com a justiça social. Tal aspecto mereceu justa atenção por parte do Ministro Carlos Ayres Britto:

---

<sup>211</sup> Op. cit., p. 42

<sup>212</sup> Ibid., mesma página.

*“...ao menos no seu atacado normativo, a ‘Constituição- cidadã’ faz justiça à metáfora que lhe aplicou ULYSSES GUIMARÃES. Com que liberdade falamos, hoje, dos temas nela enfeixados! Como se trata de uma Constituição inovadora, em sede de direitos subjetivos fundamentais e instrumentos de contenção do poder governamental! Como a Federação brasileira se aproximou do paradigma norte-americano de autonomia dos Estados-membros (a partir do que mais conta, que é a autonomia tributário-financeira) e foi além: contemplou o Distrito Federal e os Municípios! Como a Administração Pública foi normada sob princípios consagradores da idéia-primaz de que **administrar não é atividade daquele que se põe como senhor de coisa própria, mas gestor de coisa alheia** (RUI CIRNE LIMA)! Como os Tribunais de Contas e o Ministério Público e o Poder Judiciário foram aparelhados para bem cumprir o seu mister de evitar o desgoverno! Como os temas recorrentes do meio ambiente e do nacionalismo foram zelosamente versados! Enfim, como a Democracia foi prestigiada pelo nosso Magno texto, a pondo de resplender como o valor dos valores ou o cântico dos cânticos de toda a axiologia ali consagrada! Assim a Democracia formal como a substancial, de modo a compor a unidade possível entre o Estado Democrático de Direito (art. 1º ‘caput’) e o Estado de Direito Democrático (art. 3º)*

*(...) No plano dos direitos fundamentais, por exemplo, nenhuma Constituição contemporânea se aproximou tanto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, como a nossa Lei Republicana e a constituição portuguesa de 1976. E no plano da contenção do Poder, também não conhecemos nenhuma Carta que prestigiasse tanto os mecanismos de montagem e atuação do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, com a brasileira de 1988 (ressalva feita ao modo ainda ‘imperial’ de nomeação dos agentes de cúpula de tais instituições, mormente os dos tribunais judiciais superiores)”<sup>213</sup>.*

Não restam dúvidas, pois, que a Constituição de 1988 constitui um documento avançado, e, considerada a situação política do momento de sua elaboração, é de se surpreender tenha ela se firmado no cenário mundial como uma das mais progressistas. Inobstante essa face positiva, não há como relegar o fato de que o texto constitucional de 1988 externa uma riqueza de detalhes talvez exagerada, e, de certo modo, não compatível com o

<sup>213</sup> BRITTO, Carlos Ayres. *A Constituição e o monitoramento de suas Emendas*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, janeiro, 2004. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 18 de Fevereiro de 2007. Ressalvamos apenas, quanto aos efusivos elogios à Democracia brasileira, que o trabalho do Constituinte nesse sentido alcançaria a quase perfeição tivesse ele garantido maior espaço à participação direta do povo nesta Democracia, valorizando as consultas populares e permitindo, por exemplo, que qualquer cidadão fosse legitimado para a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade, ou Ação Civil Pública.

documento que funda as bases da ordem política e social do Estado. Um dos motivos, já vistos, decorre da falta de convergência entre as comissões constituintes e da não limitação quanto à abrangência dos temas tratados, o que deu azo a algumas redundâncias no texto constitucional e abriu espaço à constitucionalização de matérias que estariam melhor posicionadas na legislação infra. A esse título citamos o exemplo contido no artigo 53 da Constituição Federal, que, ao tratar da inviolabilidade civil e penal dos Deputados e Senadores, prescreve minuciosamente em seus parágrafos, o rito processual tendente a investigar eventuais delitos cometidos pelos congressistas, assunto que bem poderia ser tratado por lei complementar ou mesmo ordinária. Tal dispositivo, cabe ressaltar, já foi objeto de Emenda Constitucional.

Há de se ponderar, apesar disso, que o descomedimento normativo pode ser encarado sobre outro viés, menos crítico, mais positivo e, portanto, adequado à tendência mais acertada de atribuir à norma maior coerência e efetividade, ao invés de lançar críticas que também contribuem para o descrédito da Constituição. Nesse contexto, o Ministro Ayres Britto, talvez incorporando ao máximo seu papel de representante do guardião por excelência do Texto Magno, assevera que os muitos aspectos estruturantes e metodológicos da Constituição de 1988, e mesmo o “*apetite normativo*” do Constituinte podem ser justificados na sua desconfiança em deixar certas matérias aos cuidados do legislador ordinário, este historicamente muito mais conservador do que as instâncias constituintes, e no fato de o Poder Executivo freqüentemente usurpar competência legislativas que não lhe pertencem. Ademais, a densa principiologia contida na Constituição vigente é característica que apenas evidencia os propósitos entranhadamente político-

filosóficos de inserção do Brasil no rol dos países de democracia consolidada e economia desenvolvida.<sup>214</sup>

Ora, não há como conter o ímpeto normativo de uma Constituinte a qual foi dada a missão de redemocratizar o Brasil. Bem analisando, talvez a missão tenha sido a de democratizar um País que vivera sucessivas rupturas, golpes e quebras de legalidade, desde a tomada *manu militari* da Presidência da República por Floriano Peixoto até a investida no poder da ultraconservadora ala dos generais do golpe de 64 que, não só reduziram a marcha democrática que parecia estar se firmando após a Constituição de 1946, como a obstaculizaram completamente, com o recrudescimento das arbitrariedades do regime de exceção em fins da década de 1960 início dos anos 70. A abertura política, e por conseguinte, democrática advinda com o fim da ditadura militar permitiria aos brasileiros concretizar um ideal que jazia adormecido há muito tempo e, como todo recluso que ganha a liberdade anseia por retomar o tempo perdido, o Constituinte de 1987 não podia – e não queria – pecar pelo uso deveras contido da oportunidade que lhe caía às mãos. E isso ficou bem claro na elaboração da Norma Fundamental vigente, e muitas vontades tiveram de ser consideradas e administradas, como bem notou Luís Roberto Barroso:

*“A face menos virtuosa da Constituição de 88 é que ela não é a Constituição de nossa maturidade, ela foi a Constituição das nossas circunstâncias. As nossas circunstâncias na década de 80 eram circunstâncias complexas, de uma sociedade cuja participação política tinha ficado represada por muitos anos. A Constituinte que a elaborou foi quase que o cenário de um espetáculo antropológico. Nos corredores da Constituinte havia militares, índios, magistrados, prostitutas, garimpeiros, promotores. Todo mundo queria estar na Constituição, que*

---

<sup>214</sup> Op. cit., p. 4.

*acabou como um documento excessivamente analítico, prolixo, em alguns momentos casuístico e em outros momentos corporativos.*<sup>215</sup>

Obviamente, conforme já assinalamos, a Constituição de 1988 realmente contém algumas impropriedades, especialmente no que pertine à constitucionalização de matérias que deveriam ter permanecido aos cuidados do processo legislativo ordinário. A Constituição, não podemos olvidar, deve conter alguns valores perenes e determinadas escolhas políticas de relevância constitucional. Ao constitucionalizar questões que deveriam estar adstritas ao momento legislativo oportuno, a evolução do processo político e social acaba tendo de ser realizada por meio de reformas constitucionais, o que explica a sucessão de emendas ao texto original de 1988. Qualquer transformação na ordem positivada no texto da Norma Suprema passou a exigir a conseqüente adequação constitucional pelo processo da reforma do Texto Fundamental. Tal fenômeno também se explica em razão de o Constituinte brasileiro haver menosprezado, em dada parcela de seu trabalho, a importância do caráter aberto das normas constitucionais. O detalhamento com que tratou de certos aspectos acabou por influir na redação final da Carta Política de 1988, culminando com disposições constitucionais consideravelmente específicas, fechadas, com pouco ou nenhum espaço à concretização pelo aplicador da norma.

Contudo, e ainda com base na lição de Barroso, que resume a corrente doutrinária da *dogmática constitucional da efetividade*, a Constituição de 1988 merece ser defendida, pois o cerne da organização política, dos direitos fundamentais e da garantia desses direitos, que haveria de estar contido na Carta Política de 1988 permanece intocado, e:

---

<sup>215</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judiciário deixou de ser um departamento técnico*. Consultor Jurídico, São Paulo, Jornal Estado de São Paulo, entrevista concedida em 14 de junho de 2006. Disponível na Internet: <[www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)>. Aceso em 28 de abril de 2007.

*“O que é objeto de reforma permanente, na prática, não deveria estar lá. Vejo a sucessão de reformas constitucionais com desconforto como qualquer professor de Direito Constitucional. No entanto, não se pode esquecer que o que era verdadeiramente constitucional e bom, lá continua. O que saiu é o que não deveria ter entrado.”<sup>216</sup>*

Assim, a estrutura da Constituição de 1988 é a síntese das matérias que haveriam de delinear a nova ordem nacional. Ela contém, em seu núcleo permanente, nove títulos: Título I, Dos Princípios Fundamentais; Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais; Título III, Da Organização do Estado; Título IV, Da Organização dos Poderes; Título V, Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas; Título VI, Da Tributação e do Orçamento; Título VII, Da Ordem Econômica e Financeira; Título VIII, Da Ordem Social; Título IX, que compreende as Disposições Constitucionais Gerais e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Cada um dos títulos encampa os temas próprios daquela estrutura maior, e se, por vezes, extrapola a matéria própria dos documentos fundadores da ordem estatal, tal não pode, por si só, ser motivo para o aviltamento da Lei Maior.

Não pode porque, em contrapartida, elaborou um rol de princípios e direitos fundamentais nunca dante vistos em nosso ordenamento. E, insta destacar, não se limitou a consagrar tais prerrogativas de forma exaustiva, mas deixou bem claro que às normas protetivas de direitos fundamentais estampadas nos setenta e oito incisos do artigo 5º, somam-se aqueles decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição e previstos nos tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário (§ 2º., do art. 5º), o que amplia a lista a níveis incomensuráveis. Além dos direitos e garantias fundamentais que, pela primeira vez, foram deslocados para o início do texto constitucional – o que denota a clara preocupação do Constituinte em reservar um espaço nobre ao instituto -, a Constituição de 1988 introduziu novas

---

<sup>216</sup> *Judiciário...*, op. cit.

matérias à ordem vigente, como os preceitos sobre a seguridade social, meio ambiente, criança, adolescente e idoso, índio, ciência e tecnologia.

Assuntos que jamais mereceram a atenção do Constituinte foram consagrados na nova Constituição, dentre os quais se pode enumerar o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX); o mandado de injunção, para possibilitar o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas atinentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício desses direitos (art. 5º, LXXI); o *habeas data*, para assegurar o conhecimento de informações relativas ao impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais e de caráter público, e ainda para retificar tais dados (art. 5º, LXXII).

Os direitos fundamentais sociais mereceram igual destaque, e, declarados nos artigos 6º a 11, abrangem o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia (com a inclusão da Emenda nº 26/2000), ao lazer, à segurança, à previdência social ampla, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, aos direitos dos trabalhadores quanto à segurança no emprego, ao salário, à associação sindical, à greve etc.

Importa notar, ainda, que além dos direitos fundamentais declarados ao longo do Título II, a Constituição de 1988 prevê outras normas que dizem respeito a essa modalidade de direitos, impondo limites ao poder de tributar do Estado (art. 150), proibindo a comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento (art. 199, § 4º); garantindo o pleno acesso aos meios culturais (art. 215) e ao desporto (art. 217); a livre manifestação de pensamento sem qualquer embaraço à plena liberdade de informação jornalística (art. 220); ao meio ambiente

ecologicamente equilibrado (art. 225); a especial proteção às crianças, adolescentes e idosos, garantindo a estes a gratuidade no transporte coletivo (arts. 227, 230 e § 2º). A Lei Maior reconhece, ainda, os direitos dos índios quanto à sua organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, sendo vedada a remoção dos grupos indígenas dessas terras salvo se tal for necessário para a própria proteção deles, garantindo a eles a plena defesa judicial de seus interesses, inclusive com a intervenção do Ministério Público (art. 231).

Demais disso, no Capítulo IV, do Título II, dedicado aos direitos políticos, a Constituição Cidadã prevê o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular, o voto direto e secreto, a capacidade eleitoral ativa para os maiores de 16 anos, cujo exercício é facultativo, já que obrigatório a partir dos 18 anos completos. Os partidos políticos, cuja criação, fusão, incorporação e extinção são livres, passam a ser definidos como pessoas jurídicas de direito privado (art. 17), dotados de plena autonomia, aos quais é proibido o recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros, com relação aos quais também não se subordinam. Outrossim, a Constituição concede aos partidos políticos o direito aos recursos do fundo partidário e o acesso gratuito ao rádio e à televisão, mas prevê, em contrapartida, a obrigatoriedade de prestarem contas à Justiça Eleitoral.

No que tange à organização do Estado e dos Poderes, nos Títulos III e IV, a Constituição de 1988 consagra a República e o presidencialismo, mantém o federalismo – com uma certa preponderância da União, é verdade – e fortalece a divisão dos Poderes. A relativa autonomia constitucional-legislativa dos Estados é garantida pela norma inserta no artigo 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que confere a cada Assembléia

Legislativa dos Estados poderes constituintes para elaborar suas respectivas constituições estaduais, o que deveria se concretizar no prazo de um ano contado da promulgação da Constituição da República e sob a obediência dos princípios nela estabelecidos.

O Poder Judiciário na Constituição de 1988 é formado da integração do Supremo Tribunal Federal, que ganhou *status* de guardião maior da ordem constitucional (arts. 101 a 103-B, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04), do Superior Tribunal de Justiça (arts. 104 e 105), dos Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais (arts. 106 a 110), dos Tribunais e Juízes do Trabalho (arts. 111 a 116), dos Tribunais e Juízes Eleitorais (arts. 118 a 121), dos Tribunais e Juízes Militares (arts. 122 a 124) e dos Tribunais e Juízes dos Estados (arts. 125 e 126). O Ministério Público (arts. 127 a 130-A, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04), a Advocacia Pública (arts. 131 e 132) a Advocacia privada e a Defensoria Pública (arts. 133 a 135) são consideradas pelo Texto Fundamental funções essenciais à Justiça.

Releva notar, por importante, que a simbiose entre os princípios inerentes aos chamados *Estado liberal* e *Estado social* está bem clara no domínio da ordem econômica prevista no Título VII. De se notar que ao mesmo tempo em que Constituição prescreve a livre iniciativa, própria do liberalismo, como paradigma do sistema econômico (art. 170, *caput*), enumera como outros de seus princípios a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII), a busca do pleno emprego (art. 170, VIII) e o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de pequeno porte (art. 170, IX, com a redação da Emenda nº 6/94), pressupostos da social democracia, corrente que influenciou sobremaneira a elaboração da atual Constituição brasileira e que, segundo Paulo Bonavides, só pode ser compreendida se respeitada essa particularidade:

*“A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado Social. Portanto, os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento. Uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra a Constituição do Estado social. A primeira é uma Constituição antigoverno e anti-Estado; a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder.*

*(...) Com efeito, não é possível compreender o constitucionalismo do Estado social brasileiro contido na carta de 1988 se fecharmos os olhos à teoria dos direitos sociais fundamentais, ao princípio da igualdade, aos institutos processuais que garantem aqueles direitos e aquela liberdade e ao papel que doravante assume na guarda da Constituição o Supremo Tribunal Federal.”<sup>217</sup>*

Diante de todo o exposto, considerando a nota social-democrática de nossa Constituição, comum aos documentos fundamentais estruturados após a Segunda Guerra Mundial, era de se esperar um texto que não poupasse o verbo. Assim, a Constituição brasileira de 1988 pode ser classificada, conforme visto anteriormente, como uma Constituição nominal e analítica, que não pôde se livrar completamente da realidade do poder dominante quando de sua elaboração, mas, que na medida do possível, buscou inserir o País no contexto mundial das Constituições plenas de disposições relativas aos direitos e garantias fundamentais individuais e sociais, ainda que com certo atraso.

Obviamente que quanto maior o rol de direitos constitucionalizados e quanto mais extenso o campo das disposições constitucionais, maior será a probabilidade de se imporem modificações à letra da Lei Maior. E, em um País marcado pela heterogeneidade, por sucessivos câmbios nas relações políticas e institucionais, seria ingênuo pretender estivesse a Constituição de

---

<sup>217</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21 ed. atual., São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 371 e 373.

1988 alheia a essa conjuntura, a ponto de permanecer incólume ao desenvolvimento sócio-político.

O certo é que não existem sistemas constitucionais perfeitos<sup>218</sup>. Acima de tudo a Constituição é obra humana, e, como tal, falível, imperfeita, dependente de constante reparo e adequação, fruto, ademais, da eterna insatisfação do homem com suas criações, sentimento responsável pela tendência reformista que reveste o caráter humano. Louvável, se considerarmos que a busca pela perfeição é o pressuposto da evolução da vida.

Se não se pode alimentar a pretensão de que existirão Constituições perfeitas, deve-se, pelo menos, acreditar que exista uma Constituição mais adequada à determinada realidade social. Temos, pois, um importante elemento cuja presença é indispensável para o sucesso da Norma Fundamental: não se contesta a imprescindibilidade de um conceito e modelo de Constituição adequado a seus destinatários, que permita a maior correspondência possível com os anseios daquele povo e, assim, seja dotada de real força normativa, conformando a vida social e sendo conformada por ela. Busca-se, aqui, congruar a teoria da força normativa da Constituição, de

---

<sup>218</sup> O festejado sistema do *judicial review*, consagrado pela Constituição norte-americana de 1787, tem sido alvo de severas críticas naquele país. Alexander Bickel contesta o valor democrático do instituto, que nada contribui com a nota participativa externada no “*We the people of the United States...*”: “*It is that judicial review runs so fundamentally counter to democratic theory that in a society which in all other respects rests on that theory, judicial review cannot ultimately be effective. We pay the price of a grave inner contradiction in the basic principle of our government, which is an inconvenience and a dangerous one; and in the end to no good purpose, for when the great test comes, judicial review will be unequal to it.*” (BICKEL, Alexander Mordecai. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 23). O artigo 48 da Constituição de Weimar carecia de lei complementar para sua execução, de forma a limitar os poderes do Presidente no que concerne à edição de decretos de exceção e na instauração da “ditadura constitucional do gabinete”. Na falta da lei, dada a omissão recalcitrante do *Reichstag* em fazê-lo, Hitler tratou de interpretar o texto constitucional de forma a justificar o poder que usurpara. O teor democrático e a previsão expressa do devido processo legal constantes da Constituição francesa de 1793 não se mostraram suficientes a debelar o ânimo dos jacobinos em demonstrar que a França precisava de mais guilhotinas ao invés de mais juizes.

Hesse, com a noção de Constituição real, de Lassalle. E isso é possível, e pouco tem a ver com a extensão do texto constitucional!

O que realmente importa em uma Constituição não se resume a eventual brevidade do seu texto. O que se deve esperar, conforme pontifica Seabra Fagundes, é que ela atenda às várias situações que mereçam ser disciplinadas com a exatidão necessária a lhe conferir vida longa e o respeito passível de garantir que os poderes do Estado não a corrompam. Tais situações serão mais ou menos numerosas dependendo das características do povo e do momento vivenciado quando da elaboração da Lei Maior.<sup>219</sup> A Constituição portuguesa, com seus 296 artigos, foi um instrumento hábil para a redemocratização de Portugal com o fim do período salazarista. O mesmo se diga da Constituição da Espanha, com seus 169 artigos, que contribuiu sobremaneira com o desenvolvimento daquele País ao final da ditadura de Francisco Franco.

#### **IV.2. A REVISÃO CONSTITUCIONAL E AS EMENDAS À CONSTITUIÇÃO DE 1988**

A atual Constituição brasileira prevê expressamente a possibilidade de alteração de seu texto apenas mediante o processo formal de modificação. Assim, está a Constituição Federal submetida às duas modalidades de reforma constitucional anteriormente analisadas: a emenda constitucional, cujo procedimento está previsto no artigo 60 da Norma Fundamental, e a revisão constitucional prevista no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Contudo, tendo em vista que o Constituinte limitou temporal e

---

<sup>219</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. *Treze anos de prática da Constituição*. In Revista Forense, n. 187, Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 11.

quantitativamente a possibilidade deste último tipo de reforma, e tal já se aperfeiçoou, remanesce apenas a emenda constitucional como meio possível de reforma da Lei Maior. De outro dizer, a Constituição de 1988 estabeleceu duas hipóteses de reforma constitucional: uma permanente e ordinária, a da emenda constitucional prevista no artigo 60 da Lei Maior, com *quorum* de aprovação especializado, de três quintos dos membros de cada uma das casas do Congresso Nacional, em dois turnos; e, a outra transitória e excepcional, a da revisão constitucional estampada no artigo 3º do ADCT, com *quorum* de aprovação menos restritivo, já que a emenda constitucional de revisão estará aprovada pelo voto da maioria absoluta dos integrantes do Congresso Nacional, que votarão em sessão unicameral.

Com efeito, a revisão estabelecida no referido artigo 3º do ADCT, foi realizada após decorridos cinco anos da data da promulgação da Constituição Federal, iniciando-se em 13 de outubro de 1993, cujas deliberações foram tomadas em sessão unicameral, sob a presidência do Senador Humberto Lucena e a relatoria do Deputado Nelson Jobim.

Insta salientar que o período que antecedeu a revisão em comento foi marcado por efusivos debates sobre sua real abrangência. Três correntes disputavam a prevalência de suas idéias. A primeira defendia que a revisão estava limitada ao resultado do plebiscito previsto para 7 de setembro – que na verdade foi antecipado para 21 de abril – tendo em conta a relação que entendiam haver entre os artigos 3º e 2º do ADCT. Lembremos que o resultado da consulta popular apontou a preferência do cidadão brasileiro pela

forma republicana e o sistema presidencialista de governo<sup>220</sup> e, assim, segundo os adeptos desta corrente, não havia que se falar em revisão do texto constitucional que, em verdade, haveria de acontecer caso as urnas apontassem a vitória da monarquia constitucional ou do parlamentarismo. Mantida a república presidencialista, a revisão não faria sentido.

O segundo grupo admitia a possibilidade de revisão independentemente do resultado do plebiscito, contanto que a reforma não extrapolasse o limite imposto no núcleo petrificado do §4º, do artigo 60 da Constituição Federal, e não ofendesse a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e, os direitos e garantias individuais.

A terceira corrente, por seu turno, aceitava a idéia de que a revisão poderia alterar toda a Constituição, indistintamente, incluindo as matérias que compunham o cerne imutável do artigo 60, eis que, prevista no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a revisão não estaria vinculada à parte permanente do Texto Supremo.

O fato é que o Regimento Interno da Assembléia Revisora tratou de vedar emendas revisionais que incidissem nas cláusulas pétreas previstas no § 4º, do artigo 60 da Constituição, prevalecendo, pois, o querer da segunda

---

<sup>220</sup> O plebiscito de 1993 talvez tenha sido um dos maiores exercícios de desinformação política da história do Brasil. Cada uma das frentes defensoras de seus sistemas de governo preferidos tratou de estruturar suas respectivas campanhas em belas imagens, *slogans* marcantes, *jingles* interessantes e nenhuma informação prática acerca daquilo que propunham. A chamada “Frente Presidencialista” (PT, PFL, PMDB e PTB) de um lado, e de outro a Frente Parlamentarista (PSDB), quando não se apegavam às tais imagens, *slogans* e *jingles* em seus anúncios de televisão e rádio, tratavam de lançar críticas e acusações pueris uma contra a outra, e ambas contra as propostas monarquistas. Enquanto isso, a esmagadora maioria do eleitorado brasileiro sequer tinha compreensão do que realmente se tratava o plebiscito, muito menos em que consistiam, com exatidão, o sistema parlamentarista ou presidencialista e a forma de governo republicana ou monárquica. Ganhou a república (66,06% dos votos) presidencialista (55,45%). Perderam a monarquia constitucional (10,21%), o parlamentarismo (24,65%) e o povo brasileiro. Este viu esvaír-se uma ótima chance de elevar seu nível de participação cívica. Respondeu nas urnas: apesar da obrigatoriedade do voto, 25,7% do eleitorado nacional preferiu aproveitar o feriado bem longe das sessões eleitorais.

doutrina, bem como admitiu a possibilidade de promulgação imediata de emenda revisional, o que justificou a promulgação da Emenda Constitucional de Revisão nº 1, que incluiu os artigos 71 a 73 – acerca da instituição do Fundo Social de Emergência - no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Ao final dos trabalhos de revisão, foram promulgadas as Emendas Constitucionais de Revisão de ns. 2 a 6. Dentre as alterações, destaca-se a redução do mandato do Presidente da República de cinco para quatro anos, objeto da Emenda nº 5. De resto, a revisão estendeu o rol de autoridades que deverão prestar informações à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, ou a qualquer de suas comissões (ECR nº 2), incidiu sobre as regras de nacionalidade (ECR nº 3), inelegibilidade (ECR nº 4) e perda do mandato de parlamentar (ECR nº 6). Percebe-se, diante da análise do teor das emendas referidas, que as alterações constitucionais não foram substanciais, limitando-se a questões de pouco ou nenhuma relevância constitucional, o que revela a ineficácia da única revisão constitucional prevista na Norma Fundamental. Tirante o prazo do mandato presidencial, e, com algumas ressalvas, a instituição do Fundo Social de Emergência, reformou-se a Constituição sem reformular coisa alguma.

Para Kildare Gonçalves Carvalho, o malogro da revisão resultaria do contexto político-institucional em que foi instalado o Congresso revisor, caracterizado pelas especificidades do governo de transição e de “*salvação nacional*”, que balizaram o período pós-*impeachment*, e da gestão do Presidente Itamar Franco no primeiro ano de seu mandato; pela comoção institucional gerada pela CPI do orçamento; pela crise fiscal da época e o fato de as discussões constitucionais terem ocorrido simultaneamente com a elaboração do orçamento de 1994; e, em razão do calendário eleitoral do

mesmo ano, que previa eleições para quase todos os cargos eletivos da República, exceto na administração municipal.<sup>221</sup>

O pequeno volume de alterações formalizadas por intermédio da revisão poderia, *a priori*, indicar suposta preocupação do Poder Reformador no que tange à estabilidade da Constituição, evitando alterações constitucionais em demasia. Contudo, a partir de 1995 outras várias reformas somar-se-iam àquela realizada por meio da revisão de 1994, agora, por meio do procedimento de emendas constitucionais, as quais, mesmo antes da mencionada revisão, já haviam pontuado o texto constitucional em quatro oportunidades.

Conforme visto, antes mesmo da revisão constitucional do artigo 3º do ADCT se aperfeiçoar, a Constituição brasileira de 1988 já havia sido alterada em quatro oportunidades, dando ensejo à edição das Emendas Constitucionais nº 1/92, sobre a remuneração dos Deputados Estaduais e dos Vereadores, alterando o §2º, do artigo 27, e acrescentando os incisos VI e VII ao artigo 29, ambos da Constituição Federal; nº 2/92, antecipando o plebiscito de que trata o artigo 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; nº 3/93, alterando os artigos 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal, mormente no que se refere às aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais, a competência do Supremo Tribunal Federal, determinadas regras sobre incidência, base de cálculo, instituição, isenção, cobrança, compensação e vinculação de receita de tributos, sendo que, posteriormente, algumas dessas alterações perderam efeito em razão da edição de novas emendas constitucionais que viriam, pasmem, para formalmente

---

<sup>221</sup> Op. cit., p. 504.

“alterar a alteração”<sup>222</sup>; e, nº 4/93, que altera a redação do artigo 16 da Constituição Federal apenas para conformá-lo à melhor técnica jurídica, fazendo distinção entre vigência e aplicabilidade da lei constitucional.<sup>223</sup>

Superada a fase da revisão constitucional prevista no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com as seis modificações já vistas, a grande maioria delas de pouca ou nenhuma relevância, a Constituição brasileira de 1988 rumava para outras e novas alterações, iniciadas pouco mais de um ano após o término dos trabalhos revisionais.

É de notar que a partir de 1995, com o governo de Fernando Henrique Cardoso, as alterações efetuadas na Constituição Federal tiveram o condão de adaptar o texto constitucional à nova política do neoliberalismo que, segundo os defensores dessa filosofia, visavam inserir o Brasil no contexto econômico mundial, esvaziando o Estado dos ônus que alguns dispositivos da Constituição de 1988 o impunham. Acima de tudo, pretendia o governo abrir caminhos à onda de privatizações que se seguiria, rompendo o monopólio estatal em diversos setores.

Assim, é que em agosto de 1995, em um único dia, foram editadas mais quatro emendas constitucionais. A Emenda Constitucional nº 5/95, ao alterar o § 2º, do artigo 25 da Lei Maior, deixou de exigir que a exploração dos serviços locais de gás canalizado fosse, necessariamente, feito por

---

<sup>222</sup> A. quase totalidade das alterações impostas pela Emenda Constitucional nº 3/93 restaram prejudicadas pela edição posterior das Emendas Constitucionais ns. 18/98, 29/00, 33/01, 37/02, 45/04, e de Revisão nº 1/94. A “alteração formal da alteração formal”, em período tão curto, é indicativo de certa instabilidade constitucional, motivada, dentre outras, pela falta de critério quanto à necessidade da emenda, seja na primeira, seja na segunda alteração, ou, ainda, em razão do texto minucioso dos dispositivos multialterados, cujo detalhamento exagerado não permite que se amoldem às novas situações prescindindo da mudança na redação da norma.

<sup>223</sup> A nova redação, ao dispor que “a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”, revogou o texto original, que impunha que a lei que alterasse o processo eleitoral só entraria em vigor um ano após sua promulgação. Respeitada a distinção acadêmica entre vigência e aplicabilidade da norma, na prática, ambos os textos, o atual e o revogado, surtem os mesmos efeitos.

empresa estatal, proibindo, ademais, que medida provisória regulamentasse a matéria, limitando tal função, como não haveria de ser diferente, ao trabalho do Legislativo. A Emenda Constitucional nº 6/95, por sua vez, alterou o inciso IX, do artigo 170 e o § 1º, do artigo 176 da Constituição Federal, e revogou o artigo 171, estabelecendo tratamento favorecido às empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede e administração no País e dispendo sobre a pesquisa e lavra de recursos minerais. Em ambos os casos, a regra constitucional definiu que não há necessidade de as empresas terem apenas sócios brasileiros, tanto para fazerem jus aos benefícios dispensados às empresas de pequeno porte, quanto para a exploração dos recursos minerais, bastando que sejam constituídas sob as leis brasileiras e tenham sede e administração no Brasil.

Referida Emenda Constitucional incluiu, ainda, o artigo 246 no Título das Disposições Constitucionais Gerais, para vedar a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por emenda promulgada a partir de 1995. Tal determinação foi curiosamente repetida pela Emenda Constitucional nº 7/95, e ambas ficaram prejudicadas pela edição da Emenda Constitucional nº 32/01. Veja-se que o Poder Reformador, talvez muito preocupado com a índole legislativa do Executivo, habituado a governar por medida provisória, e na crença de que a repetição tende a surtir algum efeito, tratou de proibi-las para regulamentar os artigos constitucionais modificados por emendas promulgadas a partir de 1995, fazendo-o em três ocasiões diferentes, quando da edição das Emendas

ns. 6/95, 7/95 e 32/01.<sup>224</sup> Pensamos que bastaria uma única menção à proibição de o Poder Executivo fazer as vezes do legislador na complementação ou regulamentação das normas constitucionais. Em verdade, não seria necessária qualquer menção, já que simples interpretação sistemática da Constituição Federal, e de suas regras de tripartição dos Poderes, seria suficiente para concluirmos pela impossibilidade de o Poder Executivo editar medidas provisórias indistintamente, usurpando a função do Legislativo. Aliás, esse entendimento, ao final, restou positivado no inciso III, do § 1º, do artigo 62 da Constituição Federal, incluído, também, pela Emenda Constitucional nº 32/01, quanto à lei complementar. Assim, vimos que o legislador, por quatro vezes, fez uso de seu Poder Reformador para dizer praticamente a mesma coisa, que, vale lembrar, já decorria do ordenamento constitucional brasileiro...

Além de repetir o assunto tratado na emenda anterior, a Emenda Constitucional nº 7/95 alterou a redação do artigo 178 da Constituição Federal, simplificando a redação anterior e reservando à legislação infraconstitucional a regulamentação quanto ao transporte aquático de mercadorias e a navegação interior.

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 8/95 alterou o inciso XI e a alínea *a* do inciso XII do artigo 21 da Constituição Federal, permitindo a exploração dos serviços de telecomunicação, radiodifusão sonora e de sons e

---

<sup>224</sup> A redação do trio de emendas constitucionais é praticamente idêntica na parte relativa à vedação das medidas provisórias com a inclusão do artigo 246, com sutis diferenças, que aqui destacamos. A EC 6/95 dispõe: “Art. 2º. Fica incluído o seguinte art. 246 no Título IX – ‘Das Disposições Constitucionais Gerais’: ‘Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação do artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995””. Igualmente, a EC 7/95: “Art. 2º. Fica incluído o seguinte art. 246 no Título IX – ‘Das Disposições Constitucionais Gerais’: ‘Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995””. Por fim, a EC 32/01, que reza: “Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º. de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive”. O legislador repetiria a mesma determinação nas Emendas Constitucionais ns. 8/95 e 9/95.

imagens por empresas de capital privado, mediante autorização, concessão ou permissão por parte da União, determinando ao legislador que disponha sobre a matéria e crie um órgão regulador para o setor. E, mais uma vez, insistiu na proibição de o Executivo lançar mão de medida provisória para regulamentar o tema.

Antes do término daquele ano, de 1995, a Constituição foi mais uma vez alterada. Com a Emenda Constitucional nº 9/95, abriu-se a possibilidade de a União contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades de exploração de recursos naturais que constituem monopólio da União, conforme previsto no artigo 177 da Constituição Federal. Para não perder o hábito, o legislador repetiu novamente o alerta referente à vedação de regulamentação da matéria via medida provisória.

A Emenda Constitucional nº 10/96 veio para comprovar, ao nosso ver, o mau uso do processo de reforma do texto da Lei Maior. Como se não bastasse modificar dispositivos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que, por sua própria natureza, devem ser passageiros, efêmeros, temporários, o que se alterou já havia sido objeto de modificação anterior. Com efeito, a EC 10/96 alterou os artigos 71 e 72 do ADCT, que por sua vez haviam sido introduzidos pela Emenda Constitucional de Revisão nº 1/94, acerca do Fundo Social de Emergência. Não sabemos ao certo se o Brasil é o único País em que as disposições *transitórias* são *definitivas*, conforme pontifica Uadi Lammêgo Bulos<sup>225</sup>, mas, não restam dúvidas, somos um grande (e péssimo) exemplo para o resto do mundo no que concerne à prática dessa anomalia constitucional, que se repetiria por ocasião da promulgação das Emendas Constitucionais ns. 12/ 96, 14/96, 17/97 (incidente sobre os mesmos artigos 71 e 72 do ADCT), 21/99, 27/2000, 29/2000, 30/2000,

---

<sup>225</sup> *Curso...*, op. cit., p. 1356.

31/2000, 37/02, 38/02, 40/03, 42/03, 43/04 e, finalmente, 53/06. Algumas delas, cabe ressaltar, tinham a finalidade precípua de prorrogar a cobrança da famigerada Contribuição Provisória(?) sobre Movimentação Financeira (CPMF), que, nos termos da EC 42/03, deve ser cobrada até 31 de dezembro de 2007. Aguardemos a edição de nova emenda constitucional para prorrogar por mais alguns anos a cobrança da contribuição ou para, quem sabe, alterar o significado do “P” da sigla identificadora do tributo: de “Provisória” para “Permanente”.<sup>226</sup>

Para permitir a admissão de professores, técnicos e cientistas estrangeiros pelas universidades brasileiras, o legislador entendeu necessária a edição da Emenda Constitucional nº 11/96. Não nos parece que o texto original fazia distinção quanto à origem dos educadores, de forma a justificar mais essa alteração na Norma Suprema.

A já mencionada CPMF nos seria apresentada pela Emenda Constitucional nº 12/96, que incluiu o artigo 74 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, atribuindo à União a competência para instituir o impopular tributo.

---

<sup>226</sup> A edição do jornal o Estado de São Paulo do dia 2 de agosto de 2007 publica à página A4, sob a manchete “Lula abre temporada de nomeações nas estatais para prorrogar CPMF”, reportagem que destaca os esforços do governo para renovar a validade da CPMF e da DRU (Desvinculação das Receitas da União): “(...) Por ordem de Lula, o ministro das Relações Institucionais, Walfrido dos Mares Guia, passou os últimos dias acertando cargos com líderes dos partidos. Até a próxima semana – quando o relatório sobre a emenda que estica a validade da CPMF e da DRU até 2011 será votado na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara -, o governo promete fechar a composição do setor elétrico. A CPMF e a DRU são dois dispositivos constitucionais que vencem em dezembro e, para serem renovados, precisam passar pelo crivo do Congresso até 30 de setembro. (...) A arrecadação prevista para este ano, somente com a CPMF, é de R\$ 36,2 bilhões...o ‘imposto do cheque’ é definido pelo Planalto como ‘essencial’ para sustentar a parte fiscal do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)”. Lembremos que a CPMF foi originalmente criada para custeio do Fundo Nacional de Saúde (art. 74, § 3º, do ADCT) para onde onde o produto da arrecadação seria destinado integralmente. Com a EC 37/02, os recursos arrecadados passariam a ser rateados entre o Fundo Nacional de Saúde, a previdência social e o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (art. 84, § 2º e incisos, do ADCT), o que, de certo modo, já configura um desvirtuamento da finalidade primeira do tributo em questão. Agora, o Poder Público pretende lançar mão dos recursos da CPMF para financiar o novo Programa de Aceleração do Crescimento, evidenciando a visão do governo no sentido de que referida contribuição é tida como fonte permanente para custeamento dos novos projetos governamentais.

A Emenda Constitucional nº 14/96 apenas tratou de incluir o “resseguro” no rol das matérias a serem regulamentadas por lei complementar, previstas no artigo 192, inciso II, da Constituição Federal, dispositivo este que, em seguida, quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 40/03, foi revogado.

Os artigos 34, 208, 211 e 212 da Constituição Federal, mais o artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, foram alterados pela Emenda Constitucional nº 14/96, sendo que, posteriormente, as Emendas ns. 29/2000 e 53/06 trariam novas modificações aos artigos 34, VII, *e*; 212, § 5º, da Lei Maior, e 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. As alterações incidiram sobre as regras relativas à intervenção federal, ao acesso gratuito ao ensino fundamental, ao regime de colaboração entre os entes federados quanto à organização do sistema de ensino e ao financiamento do ensino público básico.

A exigência de “Estudo de Viabilidade Municipal” para a criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios foi acrescida pela Emenda Constitucional nº 15/96 que, por outro lado, excluiu do texto constitucional a necessidade de que tais mudanças preservem a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano.

A promulgação da Emenda Constitucional nº 16/97 teve a finalidade de instituir em nosso País a possibilidade de reeleição do Presidente da República, Governadores de Estado e do Distrito Federal, e de Prefeitos Municipais, para um único período subsequente ao do término de seus respectivos mandatos e estabeleceu novo dia e mês para as eleições de Governador e Vice-Governador do Estado, Prefeito e Vice-Prefeito e Presidente e Vice-Presidente da República.

Em seguida, a Emenda Constitucional de nº 17/97, conforme já assinalado, alterou uma vez mais os artigos 71 e 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que trata do multicitado Fundo Social de Emergência. A Emenda Constitucional 18/98 dispõe sobre o regime constitucional dos militares, alterando os artigos 37, XV; 42; 61, § 1º, II; e, acrescentando o § 3º ao artigo 142, todos da Constituição Federal. A maior parte destas alterações restou prejudicada pela posterior edição das Emendas Constitucionais ns. 19/98 e 20/98.

Mais abrangente foi a Emenda Constitucional nº 19/98, que lançou as bases da chamada “reforma da administração”, e modificou o regime e dispôs sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas, custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, etc. Igualmente, algumas de suas disposições foram revistas pelas Emendas Constitucionais ns. 25/2000, 32/01, 34/01, 41/03 e 53/06.

Posteriormente, a Emenda nº 20/98, também muito abrangente, modificou o regime de previdência social, alterando diversas regras previstas na Constituição Federal, algumas das quais seriam novamente modificadas pelas Emendas Constitucionais ns. 30/2000, 41/03, 45/04 e 47/05.

A Emenda Constitucional nº 21/99, por seu turno, provocou nova alteração no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Além de prorrogar por trinta e seis meses a cobrança da CPMF, que, por sua própria natureza, haveria de ser provisória, aumentou a alíquota do referido tributo, de vinte e cinco centésimos percentuais para trinta e oito centésimo por cento nos primeiros doze meses, e trinta centésimos nos meses subseqüentes. Iniciava-

se a perpetuação de nova modalidade tributária cuja arrecadação persiste até hoje, não obstante, insistimos, seu caráter “provisório”. É de se notar como o Poder Público faz uso da reforma constitucional para instituir situações esdrúxulas, na crença de que tal instrumento possa revestir de legalidade o ato.

Ainda no ano de 1999 operaram-se mais três alterações na Norma Fundamental: a Emenda nº 22/99, que possibilita a criação dos juizados especiais no âmbito da Justiça Federal; a de nº 23/99, que institui o cargo de Ministro de Estado da Defesa e os de Comandantes da marinha, do Exército e da Aeronáutica, modificando novamente a alínea *c*, do inciso I, do artigo 105 da Constituição Federal, que havia sido objeto de alteração anterior pela Emenda nº 22/99; e, por fim, a de nº 24/99 que extingue a representação classista na Justiça do Trabalho e foi sensivelmente modificada pela edição da Emenda Constitucional da “reforma do Judiciário”, de nº 45/04.

No último ano do século passado, advieram mais sete emendas, o que, na média, corresponde a uma nova alteração a cada mês e meio. Foi o ano mais produtivo em termos de atividade reformadora.

Com efeito, a Emenda Constitucional nº 25/2000 deu nova redação ao artigo 29 do Texto Excelso, acrescentando-lhe o artigo 29-A e criando a figura do crime de responsabilidade para o Prefeito Municipal e para o Presidente da Câmara Municipal. A Emenda Constitucional 26/2000 veio para acrescentar a moradia ao rol de direitos fundamentais sociais do artigo 6º da Constituição Federal. Foram promulgadas, ainda, as Emendas Constitucionais 27/2000, que acrescenta o artigo 76 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; 28/2000, que dá nova redação ao inciso XXIX do artigo 7º e revoga o artigo 233 da Lei Maior, alterando o prazo prescricional para as

ações quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho; 29/2000, que altera os artigos 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal, instituindo, dentre outros, o imposto predial e territorial urbano com alíquotas progressivas em razão do valor do imóvel, e acrescenta o artigo 77 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para garantir os recursos mínimos a serem aplicados para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde; 30/2000, que altera o artigo 100 da Constituição Federal e acrescenta o artigo 78 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para instituir a “moratória dos precatórios”, determinando que aqueles que possuem créditos não honrados perante o Poder Público, decorrentes de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999, receberão os valores a que fazem jus em dez prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos; e, 31/2000 que, vez mais, altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzindo artigos que criam o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, com o objetivo de viabilizar o acesso de todo brasileiro aos níveis satisfatórios de subsistência. Insta salientar que algumas alterações constitucionais havidas no ano de 2000 por força das emendas supra referidas foram objeto de outras emendas constitucionais, especialmente a de nº 42/03, que veremos adiante.

Em 2001 foram promulgadas as Emendas Constitucionais ns. 32, 33, 34 e 35. Cada qual, respectivamente, alterou o regime constitucional das medidas provisórias, restringindo seu uso; modificou os artigos 149, 155 e 177 da Constituição Federal, especialmente no que pertine às contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico e ao imposto sobre circulação de mercadorias e prestação de serviços; deu nova redação à alínea *c*, do inciso XVI, do artigo 37 da Constituição Federal, permitindo a cumulação de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões

regulamentadas; e, deu nova redação ao artigo 53 da Norma Fundamental, fixando novas regras sobre as imunidades parlamentares.

A Emenda Constitucional nº 36/02 deu nova redação ao artigo 222 da Constituição Federal, permitindo a participação de pessoas jurídicas no capital social de empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, estabelecendo que pelo menos 70% do capital total e do capital votante das referidas empresas devem pertencer a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que também exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades, a responsabilidade editorial e estabelecerão o conteúdo da programação.

No mesmo ano foram promulgadas as Emendas Constitucionais ns. 37, que altera as regras acerca dos precatórios judiciais (art. 100 da CF/88), do imposto sobre serviços de qualquer natureza, de competência dos Municípios (art. 156 da CF/88) e acrescenta os artigos 84 a 88 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; 38, que acrescentou o artigo 89 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, incorporando os Policiais Militares do extinto Território Federal de Rondônia aos quadros da União; e, 39, que acrescentou ao artigo 149-A à Constituição Federal, instituindo contribuição para custeio do serviço de iluminação pública nos Municípios e no Distrito Federal. O ano de 2002 também marca o término do mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso.

Já sob a égide do governo Lula, a Emenda Constitucional nº 40/03 foi editada para alterar o inciso V, do artigo 163 e o artigo 192 da Constituição Federal, e o *caput* do artigo 52 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, referentes ao sistema financeiro nacional.

A Emenda Constitucional nº 41/03, que foi precedida por calorosos debates, alterou os artigos 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revogou o inciso IX, do § 3º, do artigo 142 da Constituição Federal e alguns dispositivos da Emenda Constitucional nº 20/98, reformulando completamente as regras atinentes à previdência social.

A emenda Constitucional nº 42/03 alterou o Sistema Tributário Nacional para, dentre outros, corrigir as discrepâncias motivadas pelas antigas regras de vacância das leis que instituem ou majoram tributos, proibindo, além da cobrança do novo tributo no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que o instituiu ou aumentou, seja o tributo cobrado antes de decorridos noventa dias da referida publicação, pondo fim à malfadada prática legislativa de instituir ou aumentar tributos nos últimos dias de dezembro para serem cobrados em janeiro do ano seguinte (art. 150, III, *c*, da CF/88).

No ano que seguiu, a Emenda Constitucional nº 43/04 instituiu nova alteração ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, modificando seu artigo 42 para prorrogar, por dez anos, a aplicação, por parte da União, de percentuais mínimos do total de recursos destinados à irrigação nas Regiões Centro-Oeste e Nordeste. Posteriormente a Emenda Constitucional nº 44/04 alterou novamente o Sistema Tributário Nacional, para modificar a redação do inciso III do artigo 159 da Constituição Federal, que trata do repasse do produto da arrecadação da contribuição de intervenção no domínio econômico aos Estados e ao Distrito Federal.

Ainda no ano de 2004, O Poder Reformador patrocinou consideráveis mudanças no Poder Judiciário, por meio da edição da Emenda nº 45/04 que, por isso mesmo, foi denominada “emenda da reforma do Judiciário”. Referida

emenda alterou os artigos 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescentou ao Texto Supremo os artigos 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, criando, dentre outros, o Conselho Nacional de Justiça, órgão responsável pelo controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, a quem cabe, ademais, zelar pela autonomia do Poder Judiciário, pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, pela observância dos princípios regedores da Administração Pública no âmbito do Judiciário, etc.

Em 2005 foram promulgadas mais três emendas: a Emenda Constitucional nº 46/05, que alterou o inciso IV do artigo 20 da Constituição Federal; a de nº 47/05, que alterou os artigos 37, 40, 195 e 201 da Norma Excelsa, dispondo sobre a previdência social; e, a de nº 48/05, que acrescentou o § 3º ao artigo 215 da Constituição Federal, instituindo o Plano Nacional de Cultura, no intuito de fomentar o desenvolvimento cultural do País.

Por fim, no ano de 2006 foram acrescentadas outras cinco emendas à Constituição Federal. A Emenda Constitucional nº 49/06 alterou a redação da alínea *b* e acrescentou a alínea *c* ao inciso XXIII do artigo 21, bem como alterou a dicção do inciso V do *caput* do artigo 177 da Constituição Federal, para excluir do monopólio da União a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida curta, para usos médicos, agrícolas e industriais. A emenda Constitucional nº 50/06 modificou o artigo 57 da Lei Maior para reduzir o recesso parlamentar, de noventa e quatro para cinquenta e sete dias. A Emenda Constitucional nº 51/06 acrescentou os §§ 4º, 5º, e 6º ao artigo 198 da Constituição Federal, que trata sobre as políticas públicas de saúde. A Emenda Constitucional nº 52/06, que deu azo a grandes discussões

no cenário político nacional alterou o § 1º do artigo 17 da Constituição Federal, para disciplinar as coligações eleitorais, não prevalecendo a tão debatida “verticalização partidária” que vincularia as coligações engendradas para as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital e municipal. A Emenda Constitucional nº 53/06, a última promulgada até o presente, deu nova redação aos artigos 7º, 23, 30, 206, 208, 211 e 212 da Constituição Federal e ao artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, disciplinando várias matérias, dentre elas, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, o FUNDEB.

Diante do exposto, o balanço que se pode fazer das cinquenta e três emendas constitucionais e das seis emendas de revisão não é dos mais positivos. Vimos que grande parte das modificações operadas na Constituição Federal foi motivada pelo casuísmo, o que explica a enorme quantidade de dispositivos alterados mais de uma vez e as inúmeras modificações ao texto do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que, como bem sugere o termo, possuem caráter provisório, e não devem estar sujeitas a reformulações que visam somente perpetuar regras que contemplam providências para serem adotadas no período de transição entre a ordem constitucional anterior e a vigente a partir da promulgação da Norma Fundamental de 1988.

Não é necessário grande conhecimento jurídico para saber que modificações constitucionais indistintas, desprovidas de nexos ou incontestável necessidade, demandam contra o princípio da estabilidade constitucional e tumultuam o já conturbado cenário constitucional brasileiro, desprestigiando as instituições nacionais e a própria Constituição Federal, que acaba por perder sua identidade.

Contudo, mesmo frente a essa realidade angustiante, é possível conferir ao Texto Fundamental todos os atributos necessários à garantia de sua solidez, de modo a fazer triunfar a necessária e salutar confiança jurídica.

#### **IV.3. ALGUMAS MEDIDAS QUE CONTRIBUEM PARA A HARMONIA ENTRE MODIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL E ESTABILIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

A tarefa de buscar a harmonia entre a alteração constitucional e a estabilidade da Lei Maior envolve diversos fatores, conforme já analisamos. Alguns deles dizem respeito à própria estrutura da Constituição, suas características essenciais e à escolha do Constituinte quanto às matérias a serem constitucionalizadas. Demais disso, a convivência pacífica entre as idéias de estabilidade e alteração constitucional decorre das técnicas executadas pelo Poder Reformador no que tange ao processo de reforma constitucional e à habilidade dos órgãos responsáveis pela concretização dos preceptivos constitucionais em bem encontrarem o modelo adequado de proceder à necessária conformação do texto à realidade social, de forma a garantir a solidez da Norma Fundamental sem, contudo, subverter seus valores e sua força normativa. Obviamente a Constituição não deve estar alheia às situações fáticas vigentes, mas também não pode, passivamente, curvar-se às conjunturas sociais quaisquer que sejam elas.

Nesse diapasão, merece realce a lição de Hesse:

*“Considerada em suas conseqüências, a concepção da força determinante das relações fáticas significa o seguinte: a condição de eficácia da Constituição jurídica, isto é, a coincidência de realidade e norma, constitui apenas um limite hipotético extremo. É que, entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa*

*eliminar. Para essa concepção do Direito Constitucional, está configurada permanentemente uma situação de conflito: a Constituição jurídica, no que tem de fundamental, isto é, nas disposições não propriamente de índole técnica, sucumbe cotidianamente em face da Constituição real. A idéia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a própria negação da Constituição jurídica. Poder-se-ia dizer, parafraseando as conhecidas palavras de Rudolf Sohm, que o Direito Constitucional está em contradição com a própria essência da Constituição.*

*Essa negação do Direito Constitucional importa na negação do seu valor enquanto ciência jurídica. Como toda ciência jurídica, o Direito Constitucional é ciência normativa; Diferencia-se, assim, da Sociologia e da Ciência Política enquanto 'ciências da realidade'. Se as normas constitucionais nada mais expressam do que relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica na ausência do direito, não lhe restando outra função senão a de constatar e comentar os fatos criados pela 'Realpolitik'. Assim, o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão-somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes. Se a Ciência da Constituição adota essa tese e passa a admitir a Constituição real como decisiva, tem-se a sua descaracterização como ciência normativa, operando-se a sua conversão numa simples ciência do ser. Não haveria mais como diferenciá-la da Sociologia ou da Ciência Política.'<sup>227</sup>*

Assim, é que havemos de analisar a problemática do conflito entre estabilidade constitucional e alteração constitucional, com base na Constituição Federal de 1988, sob a ótica estrutural de seu texto e sob o viés das técnicas de alteração constitucional mais adequadas a permitir a coexistência harmônica entre os dois institutos. No primeiro caso, relativo à ordenação do texto constitucional, a análise limitar-se-á àquilo que o Constituinte deveria ter observado quando da elaboração da atual Constituição brasileira, consistindo, portanto, numa avaliação fundamentalmente teórica, mas que poderá ser considerada futuramente, quando da superveniência de uma nova ordem constitucional.

---

<sup>227</sup> A força..., op. cit., pp. 10 e 11.

A segunda análise, esta sim, permite-nos idealizar algumas propostas exequíveis tendentes a prestigiar o aspecto da estabilidade constitucional frente à necessidade de adequação da Norma Fundamental aos novos tempos.

Insta salientar que não temos nenhuma pretensão em solucionar definitivamente a problemática, até porque sua complexidade não permite seja a solução extraída destas breves linhas. O que tencionamos é lançar alguma luz, ainda que branda, suficiente a aclarar a penumbra que envolve a matéria.

#### **IV.3.1. O QUE PODERIA TER SIDO FEITO – O TEMERÁRIO HÁBITO DE CONSTITUCIONALIZAR CASUÍSMOS E O ATRIBUTO DA AUTENTICIDADE DA CONSTITUIÇÃO**

As escolhas feitas pelo Constituinte quando da elaboração e estruturação do texto constitucional podem, é verdade, influir no aspecto atinente à maior ou menor estabilidade da Constituição, conforme assinalado anteriormente. Contudo, este é um assunto que deve ser analisado com extrema cautela, já que a solidez da norma constitucional é atributo que depende mais da *consciência constitucional* do que da forma de redação da norma, e seria temerário afirmar que a Constituição de 1988 padece de alguma instabilidade apenas e tão-somente porque o legislador Constituinte brasileiro não economizou nas palavras.

Com efeito, a Constituição de 1988 tem por característica um texto analítico, exagerado às vezes, que não poupou matérias cuja normatização poderia ter sido reservada ao legislador ordinário. Outrossim, considerando o cenário político e social do período que marcou a elaboração da Norma Fundamental de 1988, era de se esperar que o texto resultante dos trabalhos

do “Congresso Constituinte” exteriorizasse a preocupação daquele órgão em constitucionalizar intenções, anseios e esperanças, culminando em mandamentos constitucionais impossíveis de serem imediatamente executados, daí o caráter nominal da Lei Maior vigente.

Analítica, a Constituição de 1988 demonstrou certa dificuldade em caminhar no mesmo passo do desenvolvimento da sociedade brasileira sem que sofresse algumas reformas, tendentes a permitir a administração de um País em que todos os assuntos acabaram por se tornar norma constitucional, modificáveis – assim acredita o Poder Público – apenas por meio de emendas constitucionais.

Nominal, a Norma Fundamental da Nova República tende a vigorar sempre em descompasso com a real situação e a capacidade do Estado em colocar em prática todo seu programa, e esse descompasso acaba por desprestigiar a norma. Desacreditada, a Constituição perde a força necessária a resistir ao ímpeto reformista dos governos, tenham eles boas ou más intenções. O resultado é a sucessão daquilo que chamaríamos de “frustração constitucional”, quando a sociedade passa a não confiar nos preceitos da Constituição e, assim, pouco interesse tem com relação àquilo que se passa com ela.

Sob esse contexto Luís Roberto Barroso analisa a questão:

*“Ao ângulo sociológico, a descontinuidade institucional frustra a cristalização de um ‘sentimento constitucional’, resultado último do entranhamento da Lei maior na vivência diária dos cidadãos, criando uma consciência comunitária de respeito e preservação, como um símbolo superior, de valor afetivo e pragmático. A Constituição, como criação intelectual, pode ter um mérito intrínseco, apto a seduzir os espíritos iniciados em sutilezas doutrinárias. Mas ninguém, lucidamente, admitiria confiná-la a horizonte tão estreito. Para a generalidade dos*

*indivíduos, ou ela se materializa em proveitos reais e visíveis – no amplo espectro que vai, v.g., da proibidade governamental ao direito de repouso remunerado – ou é simplesmente ignorada, em justificada incompreensão. Quando não desprezada, como um mero regimento para a luta pelo poder no âmbito da classe dominante.”<sup>228</sup>*

Tal é ainda mais grave se considerarmos que o Brasil carece de maior conscientização nacional ou sentimento democrático, que pudesse ser capaz de neutralizar os efeitos da descrença na Constituição, conforme assinala o mesmo autor, ao comparar a realidade brasileira com a de outros países:

*“A falta desse sentimento constitucional não é infortúnio privativo. Suíça e França, para citar exemplos insuscetíveis de outras especulações, jamais o desenvolveram de forma assinalável. Mas o forte sentimento democrático suíço e a arraigada consciência nacional francesa neutralizaram esta carência, pelo sentido permanente de valores e instituições consolidadas. Entre nós, a ausência de tais sucedâneos – a natural impossibilidade de transplantar-se experiência histórica alheia – reserva a via exclusiva da sedimentação jurídica, numa ambição prospectiva nem sempre bem dosada.”<sup>229</sup>*

A visão de Barroso corrobora nossa tese no sentido de que o sucesso da Constituição depende, sobremaneira, dos atributos da sociedade no que concerne à criação e suporte da *vontade de Constituição* de que nos fala Hesse. O que se indaga é se essa vontade possui alguma relação com - ou sofre influência da - forma com que se estrutura uma Constituição. Cremos que sim, não como fator determinante ao ingresso da Nação na categoria dos países que têm na Constituição seu norte, seu fundamento maior de conformação política e social, mas como elemento importante no desenvolvimento pleno dessa vontade.

Transportando o tema para a realidade constitucional brasileira, e em que pese o receio de outros tempos quanto ao risco de subversão dos valores

<sup>228</sup> *O direito constitucional...*, op. cit, p. 48.

<sup>229</sup> *Ibid.*, mesma página.

mais caros em uma democracia plena caso não estivessem expressamente previstos na Constituição, podemos asseverar que o Constituinte de 1987 poderia ter elegido melhores caminhos para inaugurar o período de redemocratização do País. E, cumpre esclarecer, não nos referimos à idéia de que um texto fundamental sintético, em oposição ao analítico, pudesse resolver o problema da fragilidade constitucional.

Nesse diapasão, cabe lembrar que sempre renasce, aqui e ali, como proposta para assegurar maior estabilidade à Constituição, a idéia de um texto constitucional sintético, com poucas disposições, concentradas basicamente na enumeração de uns poucos princípios fundamentais, nas regras de organização do Estado e na definição de competências entre Legislativo, Executivo e Judiciário. Tal recomendação vem rotineiramente acompanhada da alusão à Constituição norte-americana de 1787, com seu corpo principal enxuto e pouco mais de duas dúzias de emendas em mais de dois séculos. Aparentemente é um belo modelo a ser copiado, mas, tendo em conta que a ordem constitucional, e a própria Lei em geral, não são artigos de vestuário que se possa padronizar para que vistam todos os corpos, o exemplo norte-americano não seduz por muito tempo, e certamente não nos serve.

Primeiramente é de se ressaltar que os sete artigos originais do texto aprovado na Filadélfia correspondem a um número muito maior de disposições, se considerarmos que cada um deles se desdobra em várias seções, parágrafos e incisos, além, é claro, das vinte e sete emendas somadas à Constituição daquele País. Demais disso, atualmente o Direito Constitucional norte-americano, ainda que não pareça, guarda pouca relação com a estrutura das disposições elaboradas em 1787, o que, em parte, é motivado pelas peculiaridades do sistema do *common law* próprio do direito anglo-saxão, em que a importância da norma positivada sucumbe diante da

tradição jurisprudencial. Assim, mais do que se possa supor, a Constituição estadunidense é aquilo que a Suprema Corte, a cada época, diz que é, e essa mudança de sentido não é transportada para o texto da Norma Fundamental. Nesse sentido é a percepção de Bernard Schwartz. Mesmo ponderando que é a Constituição que permanece como lei, e não as decisões da Suprema Corte, reconhece o autor o papel fundamental daquela instituição em construir o Direito Constitucional diante da abertura do Texto Fundamental de 1787:

*“Nor is it accurate to think of the work of the Supreme Court as mere exegesis of a fundamental text. A picture of American constitutional law as only a mechanical process, akin to the judicial construction of a contract or a will, though true sometimes, is at variance with reality in the great majority of instances. The most important cases in our constitutional law have stemmed from a handful of brief phrases in the organic document, particularly the grant of Congressional power ‘To regulate Commerce...among the several States’ and the prohibition against the deprivation of ‘life, liberty, or property, without due process of law’. In giving meaning to these general phrases (which have constituted the heart of constitutional-law litigation), the Supreme Court has been left almost completely at large. Furnished with no guide, beyond the broad language of the text, the Court has been able to give meaning to the phrases in question in accordance with its own policy considerations in specific cases - and, in this field, not even entirely subject to the normal necessity of keeping the corpus of the law internally consistent.*

*It is true, in the phrase of a leading Supreme Court historian, that, however the Court may interpret the provisions of the Constitution, it is still the Constitution which is the law and not the decisions of the Court. <http://www.questia.com/reader/action/gotoDocId/59482809> Yet, in most cases of consequence, the constitutional language is not so precise as to make its application automatic; even in supposedly simple cases, the Supreme Court presents anything but the aspect of a judicial ‘slot machine’. On the contrary, as Charles Evans Hughes once so candidly remarked, ‘We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is’. The Federal Constitution is not a self-executing document. The ought laid down in 1787 must run the gauntlet of judicial interpretation before it attains the practical status of an is. This is, in a sense, true of all legislation; but it is especially true of a constitution whose terms must, of necessity, be less specific and detailed than those of an ordinary law. Thus, a constitution must, in practice, be what the judges say it is.”<sup>230</sup>*

---

<sup>230</sup> SCHWARTZ, Bernard. *The Supreme Court, Constitutional Revolution in Retrospect*. New York: Ronald Press, 1957, pp. 4 e 5.

É a capacidade dos juízes da Suprema Corte em adaptar o sentido da Constituição estadunidense à realidade vigente que atribui ao texto constitucional norte-americano a estabilidade formal, ainda que materialmente a atual Constituição daquele País pouco lembre as origens que marcaram a reunião dos *Founding Fathers* em torno de um objetivo comum.

Digna de nota, no que tange a esse aspecto, é a constante readequação quanto ao sentido e alcance da liberdade de imprensa prevista na Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, especialmente no que pertine à relação entre *liberdade e responsabilidade* da imprensa. Da idéia de que referido princípio consiste em conceder a todos o direito de se expressar, à noção de que a liberdade de imprensa está intrinsecamente relacionada com o dever de dizer a verdade, passando por uma compreensão mais conservadora do termo no início dos anos 1930, reeditada na era Reagan, o conceito do que é a liberdade de expressão prevista na Constituição norte-americana foi alterado no mesmo ritmo das mudanças políticas, conforme assinala Elizabeth Blanks Hindman,<sup>231</sup> numa prova insofismável de que o modelo constitucional dos Estados Unidos, baseado em um texto sintético, também está adstrito aos câmbios político-sociais. Não parece ser esta, então, a solução definitiva para a problemática da instabilidade constitucional brasileira.

Outrossim, lembra Barroso que a idéia de uma Constituição abreviada, sintética, contendo apenas um punhado de princípios gerais em nosso sistema jurídico é fantasiosa, até porque defender a tese contrária seria pretender filiar nosso direito ao sistema do *common law*, com a redefinição das competências e do papel dos Tribunais brasileiros, o que se afigura completamente inviável, além de que “*seria ingênuo artificialismo a pretensão de converter 500 anos*

---

<sup>231</sup> HINDMAN, Elizabeth Blanks. *Rights vs. Responsibilities: The Supreme Court and the Media*. Westport: Greenwood Press, 1997, pp. 151 e ss.

*de tradição jurídica para, em recalque colonial, copiar um modelo tão peculiar e exclusivo como o norte-americano”<sup>232</sup>.*

Se é para buscar exemplos, que repisemos a lembrança já feita sobre as Constituições de Portugal e Espanha, as quais foram instrumentos valorosos ao retorno da democracia em seus respectivos países. Igualmente analíticas, cumpriram importante papel na transição dos regimes ditatoriais ao cenário democrático que hoje ostentam as Nações da Península Ibérica.

O que se pretende demonstrar é que não errou o Constituinte brasileiro ao optar por uma Constituição analítica, mas talvez tenha se equivocado ao cumprir sua função com certa tendência ao casuísmo. A escolha por uma Carta analítica pode bem decorrer do interesse em melhor estruturar a Constituição, dando-lhe corpo e sustentação nos diversos princípios fundamentais que estatui. Outra coisa, bem distinta, é o equívoco em se formatar uma Carta casuística, que certamente se perderá no tempo, como assinala Barroso:

*“Por oportunismo ou generosidade, é grave o equívoco e alto o preço da inclusão na Constituição de regras e sub-regras de ‘curto fôlego histórico’, que conduzem à prematura obsolescência do texto, condenando-o ao desprestígio e à breve decadência. Quando se dá a mesma dignidade ao principal e ao acessório, deprecia-se o que de fato é relevante. O casuísmo é a ‘patologia do analítico’ e deve ser evitado, não apenas como uma preocupação técnica, mas como tributo às lições de História”<sup>233</sup>.*

Houvesse o Constituinte optado por um texto repleto de princípios, direitos e garantias, ainda que para tanto fosse necessário organizar tudo em trezentos ou quatrocentos artigos, acreditamos que esta prática em nada demandaria contra a força normativa da Constituição, pressuposto

<sup>232</sup> *O direito constitucional...*, op. cit., p. 55.

<sup>233</sup> *Ibid.*, p. 56.

indispensável ao prestígio da estabilidade da Norma Fundamental. O que ocorreu, no entanto, é que, não obstante a falta de habilidade para eleger os temas que realmente mereceriam *status* constitucional, o Constituinte de 1987 permitiu a constitucionalização de uma gama monumental de assuntos corriqueiros, de questiúnculas que surgiam entre uma reunião de comissão e outra, a ponto de dispor no texto constitucional uma enorme variedade de situações que se perderiam em um átimo, não condizentes com a natureza peregrina da Constituição.

É de fundamental importância, por exemplo, a forma de remuneração dos Ministros de Estado, ou o procedimento atinente à reintegração do servidor demitido por ato administrativo invalidado mediante sentença judicial, a ponto de merecerem a atenção do legislador Constituinte? Não seria melhor se a regulação de matérias que tais fossem reservadas ao processo legislativo ordinário, menos avesso às constantes modificações no plano político e administrativo?

Nesse sentido, uma análise mais detida do texto constitucional nos permite concluir que boa parte de seus dispositivos encerra normas de direito formal, constituem regras procedimentais, o que, indubitavelmente, acarreta em expansão do campo passível de reforma, especialmente por se tratarem de regras mais suscetíveis a modificações.

A exemplificar nosso entendimento, podemos citar, ainda, o § 2º, do artigo 27, da Constituição Federal, que, inclusive, já foi objeto de duas emendas constitucionais.<sup>234</sup>

---

<sup>234</sup> Emenda Constitucional nº 1, de 31 de março de 1992 e Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998.

Tal dispositivo, que normatiza a forma de remuneração a ser percebida pelos Deputados Federais não se trata, s.m.j, de princípio fundamental merecedor de constitucionalização. Tal regra poderia constituir objeto de simples lei ordinária, ou complementar até, o que já teria evitado um par de emendas à Constituição.

Igual situação deparamos ao examinar o artigo 28 da Lei Maior, cujo *caput* foi alterado pela Emenda Constitucional nº 16/97. O dispositivo em questão chega ao extremo de mencionar até mesmo o mês e o dia da semana em que se dará a eleição de Governador e Vice-Governador de Estado. Havemos de convir que tal minúcia não configura matéria substancialmente constitucional. Bastaria estabelecer, por exemplo, que os Governadores e seus vices seriam eleitos nos termos do artigo 14 da Constituição, para exercerem mandato de quatro anos. Mais uma emenda constitucional seria evitada.

Diante de todo o exposto, infere-se que o fato de a Constituição brasileira ter previsto normas que não se caracterizam por fundamentais, criou a necessidade da periódica e infundável reforma constitucional para adequar à realidade sócio-política atual aqueles dispositivos que traduziam interesses momentâneos. Ora, por mais que seja difícil vislumbrar situações cuja importância perdure no tempo, o Constituinte de 1987 deveria ter resistido aos caprichos e casuísmos das forças políticas presentes quando da elaboração do Texto Fundamental de 1988, atendo-se a discutir matérias que realmente merecessem figurar entre os preceitos fundamentais. Deveria, acima de tudo, agir sob o signo da necessidade, a fim de que seu trabalho resultasse em um documento constitucional autêntico.

Analisando a questão, Hesse, ao citar Humboldt, assinala que a norma constitucional mostra-se eficaz, adquire poder e prestígio se for determinada

pelo princípio da necessidade, sendo que a constitucionalização de interesses momentâneos ou particulares exige uma constante revisão constitucional, incondizente com a natureza da própria Constituição.<sup>235</sup>

Quanto ao atributo da “autenticidade constitucional”, é de extrema relevância que o Constituinte tenha em mente as possibilidades, efetivas ou potenciais, que detêm o Poder Público de fazer cumprir – ou pelo menos trabalhar no sentido de concretizar – os programas constantes do corpo constitucional. Não se trata aqui de criticar as Constituições nominais e sua inconfundível característica de idealizar um Estado perfeito mas, conforme sustentado alhures, todo sonho humano somente tem valor se acompanhado do justo e sincero desejo de concretizá-lo, e a Norma Fundamental deve externar as condições para tanto. Do contrário, a Constituição verá enfraquecida sua efetividade, e transmudar-se-á em triste devaneio, em obra literária do romantismo. Guardará pouca relação com a realidade que pretende regular e, assim, perderá em autenticidade.

Nesse sentido é a lição de José Roberto Dromi:

*“La Constitución no debe ser un documento de promesas imposibles de cumplir, ni de enunciados abstractos. Tiene que haber armonía y compatibilidad entre lo que realmente se necesita, se requiere y se puede. Y desde este punto de vista es un constitucionalismo de la transparencia, de la ética, de la sinceridad, del ‘no mentirás’.*

*La Constitución no es una teoría, nada más práctico que ella. Es es pueblo, es la comunidad hecha ley en su circunstancia y en su tiempo. La Constitución tampoco puede ser una sublimación de lo fragmentario, porque sería incompleta y parcial, y no sería ética ni respondería a la verdad.*

*Las reglas que inspiran el constitucionalismo del porvenir son la eficacia, la conveniencia, la oportunidad, la identidad entre lo que*

---

<sup>235</sup> A força..., op. cit., pp. 18 e 21.

*enuncia y lo que se hace; la verdad, la verdad de los valores, que sean 'de veras', no declarativos.*

*Así, pues, la Constitución debe contener los elementos para hacer imperativos los mandatos que emanan de ella. Debe existir disposición para recibirla, observarla y acatarla, como el símbolo de la fe social y política, pues ella manda, es soberana, es suprema.”<sup>236</sup>*

E, fazendo alusão à necessidade de se abandonar modelos arcaicos de governo – o que o Constituinte de 1987 efetivamente não o fez, já que preferiu manter um sistema político que remete ao Império, de poder centralizado e de representatividade que em nada respeita as peculiaridades de cada região do País -, conclui:

*“Otro señal que debe orientar la reforma constitucional, es la que llamaríamos la 'concepción eficientista'. La Constitución debe abandonar y eliminar aquellos modelos de gobierno y modelos de control que respondan a fórmulas arcaicas del manejo de la administración, del funcionamiento de la justicia, de las tareas parlamentarias.”<sup>237</sup>*

Forçoso assinalar, pois, que a problemática da carência de estabilidade da Norma Fundamental de 1988, analisada sob o aspecto dos reflexos oriundos das escolhas feitas pelo Constituinte brasileiro, não decorre de sua preferência por um texto analítico ou uma Constituição nominal. Em verdade, a relação que se pode inferir entre a estrutura da Lei Maior vigente entre nós e sua instabilidade é fruto do insucesso do Congresso Constitucional brasileiro em resistir às investidas dos grupos de pressão que insistiram em reservar um espaço no texto constitucional para constitucionalizar seus interesses momentâneos, culminando em um documento fundamental repleto de casuísmos, como o é, por exemplo, a disposição constante do artigo 57 da Constituição de 1988, o qual já foi objeto de emenda constitucional para

---

<sup>236</sup> DROMI, José Roberto. *El constitucionalismo del "por venir". La reforma de la Constitución*. In ARÉVALO, Manuel Clavero; ENTERRIA, Eduardo García de; LEÓN, Luis Díez-Picazo y Ponce de et al. (coordenadores). *El Derecho Publico de finales del siglo. Uma perspectiva iberoamericana*. Madrid: Civitas/Fundación BBV, 1997, pp. 108 e 109.

<sup>237</sup> *Ibid.*, p. 110.

ajustar a “jornada de trabalho” dos parlamentares às novas exigências da atualidade, ou ainda a questão relativa ao monopólio estatal em diversos segmentos da economia, matéria que teve de ser revista diante da realidade imposta pelo mercado internacional em se aumentar a eficiência de alguns setores da produção.

Outro exemplo marcante, que bem demonstra a falta de acuidade do Constituinte brasileiro em identificar adequadamente as matérias que realmente mereciam constitucionalização, é a questão atinente à taxa de juros reais a ser praticada nas operações financeiras de concessão de crédito. Não é necessário conhecer profundamente o campo das Ciências Econômicas para saber que a política de juros de mercado é regulada segundo a dinâmica do próprio setor financeiro, cujas regras não guardam nenhuma similitude com a estrutura marcadamente rígida do texto constitucional, que não tem condições, e nem pode, congelar situações econômicas de extrema volatilidade. Tão evidente essa realidade, que tal matéria, anteriormente inserta no § 3º do artigo 192 da Constituição Federal, quedando-se em letra morta, foi desconstitucionalizada pela superveniência da Emenda Constitucional nº 40/03. Outro golpe à estabilidade constitucional, motivada por uma escolha infeliz do Constituinte de 1987 ao tentar a constitucionalização de uma variável econômica que deveria, quando muito, ser normatizada por meio de lei ordinária.

Conforme vimos anteriormente, a constitucionalização generalizada de todas as vontades manifestadas à época da Constituinte de 1987 tem por conseqüência uma situação grave: a mínima transformação da realidade passou a exigir a conseqüente adequação constitucional pelo processo da reforma da Lei Maior. O fato de o Constituinte brasileiro haver menosprezado a importância do caráter aberto das normas constitucionais acabou por influir

na redação final da Constituição vigente, culminando com disposições constitucionais exageradamente detalhadas, remanescendo pouco ou nenhum espaço à construção do sentido e alcance dos preceptivos da Lei Fundamental pela via informal da mutação, instrumento de grande valor à alteração constitucional sem modificação do texto da Norma.

No que pertine ao caráter nominal do Texto Fundamental de 1988, queremos crer que o Constituinte, esperançoso quanto ao futuro virtuoso da Nação brasileira, buscou delinear as bases para a edificação de um Estado forte e um País justo, que caminharía em passos firmes rumo a uma Constituição normativa. Contudo, em que pese a vontade do Constituinte em construir um País melhor, não poderia ter ele se afastado em demasia das reais possibilidades do Estado brasileiro. Sabedor de que a concretização dos programas estabelecidos na Norma dependia de uma estrutura ainda não existente, deveria, na mesma medida em que estatuiu alguns compromissos, ter formatado a estrutura de nossas instituições de maneira a viabilizar adequadamente a materialização dessas promessas. Ao pretender a erradicação da pobreza, por exemplo, ou a redução das desigualdades sociais e regionais, haveria de ter considerado que o modelo federativo do Estado brasileiro - com as unidades da federação orbitando ao redor de uma União extremamente forte e centralizadora, que inadvertidamente vincula a distribuição das receitas a afinidades político-partidárias - não respeita as particularidades e vocações de cada região brasileira e, assim, dificulta o pleno progresso do País.<sup>238</sup>

O fato é que a estabilidade da Constituição será melhor garantida se o Constituinte cuidar de prescrever alguns valores permanentes e,

---

<sup>238</sup> Acerca do tema consultem-se: Celso Ribeiro Bastos, *Por uma nova Federação*, Editora Revista dos Tribunais; e, Janice Helena Ferreri Morbidelli, *Um novo pacto federativo para o Brasil*, Celso Bastos Editor.

eventualmente, algumas escolhas políticas indispensáveis, atentando para a necessidade de indicar os meios aptos a atingir os programas que porventura estatuir, estruturando o Estado, seus poderes e competências, de modo a permitir a concretização desses valores. Olvidadas essas premissas, a constante modificação do texto constitucional para adequá-lo à realidade cambiante e a frustração perante a Norma Fundamental, fruto da insinceridade normativa, constituirão duros golpes à solidez da Constituição.

De fato, a oportunidade de construir uma Constituição segundo os princípios ora elencados jaz superada. Pelo menos no que se refere ao texto promulgado em 1988. Contudo, pode-se bem considerá-los para o futuro, quando as vicissitudes inerentes à evolução política, econômica e social determinarem a instituição de uma nova ordem constitucional. Se esta jamais vier, que então essas propostas sirvam para refletir sobre a necessidade premente de se pensar na Carta Política de 1988 como um documento que merece ser respeitado, que quer prevalecer, que precisa ver cumpridos seus programas, que, acima de tudo, deseja evoluir para uma Constituição normativa.

#### **IV.3.2. O QUE AINDA SE PODE FAZER – UM MODELO DE MODIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE PRESTIGIE O ATRIBUTO DE ESTABILIDADE DA NORMA FUNDAMENTAL**

Se a proposta anteriormente formulada carece de aplicabilidade prática, exatamente por se tratar de orientação que haveria de ter sido seguida pelo Constituinte de 1987 no ato de elaboração da atual Norma Fundamental, oportunidade que há muito se esvaiu, já que seu texto foi promulgado e aí está, em plena vigência, o que agora planejaremos constitui proposição

factível, que esperamos, com a devida vênia, servir de inspiração a um novo modelo de alteração constitucional que prestigie a estabilidade da Constituição de 1988, mas que permita a adequação da norma constitucional à dinâmica do tempo.

Nesse passo, a utilização racional das modalidades de alteração constitucional, formais e informais, é requisito indispensável. Cremos que a solidez da Constituição, se dependente dos processos de modificação constitucional, será melhor garantida se tais processos forem utilizados segundo um critério que melhor concilie a inevitabilidade da mudança com a salutar estabilidade da Norma Fundamental. Para tanto, se faz necessário considerar o impacto que cada uma das modalidades de alteração constitucional exerce no texto da Constituição, o que, por conseguinte, acaba por influir no atributo da estabilidade da Lei Maior.

Para melhor esclarecer a idéia, devemos partir da análise daquela que acreditamos ser a forma de alteração constitucional que mais demanda contra o princípio da estabilidade da Constituição, que é a emenda constitucional, e tal se dá por razões muito simples: Primeiro, temos que a emenda incide diretamente sobre o texto constitucional, modificando-o em sua literalidade, o que, se feito sem o devido cuidado, redundará na violação do corpo constitucional, este que deve ser tendencialmente estável; e, segundo, porque a reforma constitucional por via da inclusão desses “enxertos” na Constituição não está adstrito a limitações temporais, obedece apenas ao desejo do legislador, mais preocupado com a facilitação do exercício do poder do que propriamente com a manutenção de uma Norma Suprema estável, o que lhe permite lançar mão desse procedimento tantas vezes quantas forem necessárias para lhe garantir esse mister.

Por tal razão, vemos na emenda constitucional a *ultima ratio* para que se operem mudanças no texto da Constituição, a ser levada a termo quando impossível a adequação do texto constitucional à realidade cambiante por intermédio dos outros dois processos restantes: a revisão constitucional e a mutação constitucional.

Desse modo, propomos que a alteração da Norma Fundamental se dê segundo um critério de exclusão: Primeiro valoriza-se a revisão periódica da Constituição – o que no nosso caso dependerá, desde logo, da inclusão, no Texto Excelso, de um dispositivo que a preveja; em seguida prestigia-se o método informal de alteração, por meio da mutação constitucional, que permitirá a construção do entendimento dos preceptivos constitucionais sem a necessidade de se proceder à modificação da letra da Lei; e, por último, quando não se puder operar a revisão, tão pouco a mutação constitucional, recorrer-se-á ao processo de emenda. Em resumo, a alteração constitucional se dará pela revisão; na impossibilidade desta, pela mutação constitucional; e, se inviáveis ambas, pelo processo de emenda constitucional.

À primeira vista pode parecer incoerente pretender-se a revisão do texto como a primeira medida, já que, como processo formal de alteração constitucional, que obrigatoriamente atua modificando o texto da norma, demandaria ela contra a estabilidade da Norma Fundamental. Mas não é bem assim.

A revisão constitucional não padece do malefício da surpresa e da inconstância, tal qual a emenda, antes segue um rito limitado no tempo, e se operacionaliza em intervalos regulares e pré-determinados na vigência do texto constitucional. Não surpreende, não dissimula, não acontece de inopino,

portanto, não viola a solidez da Constituição, mas dinamiza seu conteúdo em momento esperado, cuja oportunidade já era por todos planejada.

Pretende-se, pois, transformar a revisão constitucional, que hoje é tida como via extraordinária e transitória de reforma, em processo comum e permanente de alteração da Lei Maior. O processo de revisão constitucional é muito importante para se exaurir em um átimo, tal qual proposto na dicção do artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Nesse aspecto, ressalvada a confusão quanto aos conceitos, vale lembrar que a Constituição de 1934 prestigiou a revisão constitucional prevendo-a como processo normal de alteração da Norma Excelsa, conforme vimos anteriormente. Ainda que aquele Constituinte tenha reservado a revisão como meio de modificar a parte verdadeiramente material da Constituição, exigindo *quorum* bem mais elevado do que aquele requerido para aprovação de qualquer emenda, diferindo, aqui, de nossa proposta, o exemplo vale como prova de que a idéia da revisão como procedimento permanente de reforma da Constituição não é nova, e possui lastro em nossa história legislativa, ainda que, repita-se, a experiência anterior não guarde total similitude com o que ora se propõe.

O processo de revisão constitucional que tencionamos defender, em muito se assemelha com o rito já previsto no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, diferindo daquele apenas no que concerne ao aspecto temporal e ao *quorum* das deliberações. Se lá a revisão estava limitada a uma e única oportunidade – que já se exauriu – aqui ela seria tida como processo regular de reforma, obedecido um dado lapso temporal entre um e outro trabalho revisional. Se lá a aprovação das alterações estava submetida ao voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, aqui propomos a especialização desse *quorum*, exigindo-se a concordância de três quintos dos membros de ambas as Casas Legislativas, o mesmo que hoje

a Constituição prevê para a emenda. Esta, por sua vez, passaria a exigir *quorum* ainda mais rigoroso, de dois terços.

Evidentemente que para tanto, far-se-á necessária, desde já, a competente alteração constitucional que invoque esta nova modalidade de reforma do texto. O que muito se indaga - e aqui não deixamos de considerar o caloroso debate que envolveu a Proposta de Emenda Constitucional 157/03 -, é a possibilidade de uma alteração constitucional modificar a previsão da reforma contida no próprio núcleo da Constituição, mormente no que tange ao *quorum* para aprovação do texto revisado.

Nos termos da PEC 157/03 original<sup>239</sup>, apresentada pelo Deputado Luiz Carlos Santos, uma Assembléia de Revisão Constitucional, formada pelos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, instalar-se-ia no dia 1º de fevereiro de 2007, com o objetivo de revisar a Constituição. Segundo a mesma proposta, a revisão constitucional, consubstanciada em apenas um ato, seria promulgada após a aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos membros da Assembléia de Revisão Constitucional, órgão que se extinguiria no prazo máximo de doze meses contados da data de sua instalação. Ressalte-se que, ainda nos termos da proposta, os trabalhos revisores sujeitar-se-iam às limitações materiais contidas no § 4º do artigo 60 da Constituição Federal.

O texto original da proposta foi objeto de alguns substitutivos da lavra da Comissão de Constituição e Justiça, cuja relatoria coube ao Deputado Michel Temer. Em seu parecer, a Comissão em referência entendeu por alterar o processo de formação da Emenda proposta em cinco pontos cruciais:

---

<sup>239</sup> Referida proposta foi, posteriormente, com as modificações e inclusões oriundas do processo legislativo, renumerada, prevalecendo a denominação PEC 157-A/03.

a) a discussão das matérias que se pretender revisar será feita em sistema unicameral; b) finda a discussão, a votação se dará em cada Casa do Congresso Nacional por maioria absoluta de votos; c) o projeto de revisão será submetido a referendo para ser promulgado apenas depois da aprovação popular; d) não será objeto de modificação a matéria relativa aos Direitos Sociais, contida no Título II, Capítulo II da Constituição Federal; e, e) a Revisão Constitucional nos moldes propostos será levada a termo a cada dez anos.

Alguns - e não são poucos, nem desprovidos de autoridade para comentar o assunto – vêm na proposta de inserir a revisão periódica no contexto da ordem constitucional brasileira um ato eivado de completa e irremediável inconstitucionalidade. Paulo Bonavides critica a idéia referindo-se a uma manobra de “terrorismo constitucional”:

*“O projeto de emenda aprovado na CCJ é um ato de terrorismo contra a Carta Magna. Terrorismo constitucional. Trata-se de outra singularidade, maquinada por congressistas cuja cegueira não lhes deixa perceber que, ao convocarem uma Constituinte de bolso, nos termos em que pretendem fazê-lo, estão perpetrando duas monstruosas inconstitucionalidades: a primeira está na convocação mesma de tal assembléia; a segunda, no aniquilamento do ‘quorum’ constitucional do artigo 60. Nesse ‘quorum’ está o coração da Carta Magna, que deixará de bater, fulminado no instante em que o alterarem. É o ‘quorum’, como garantia constitucional, talvez a maior das cláusulas pétreas [que não podem ser alteradas] tácitas. Alterá-lo é assassinar a Constituição. É imergir o país no caos, na ingovernabilidade e na catástrofe das instituições.”<sup>240</sup>*

Semelhante posição defende Lenio Luiz Streck, Marcelo Cattoni, Martonio Barreto Lima e Menelick de Carvalho Netto, para quem a revisão constitucional, nos moldes da PEC 157/03, constitui verdadeiro golpe:

---

<sup>240</sup> Entrevista publicada no jornal Folha de São Paulo, em 15 de agosto de 2005. Disponível no sítio de Internet <<http://investigapreciso.incubadora.fapesp.br/portal/noticias/cf88manifesto>>.

*“É preciso deixar claro que a PEC 157, que visa à redução do ‘quorum’ de três quintos para maioria absoluta, à diminuição dos turnos de votação, bem como à reunião unicameral das Casas Legislativas, enfim, a uma ‘simplificação’ do processo legislativo de reforma, é **inconstitucional**, estando sujeita à declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário. Tão inconstitucional que o porteiro do STF deveria declará-la, dispensando-se os Ministros da Corte de apreciar tamanha heresia.*

*(...) Uma Proposta de Emenda do tipo da PEC 157, que pretende modificar o disposto no art. 60, da Constituição do Brasil, viola a ‘rigidez constitucional’ - e não por um simples apego à ‘forma’. Cabe insistir: ela viola a Constituição porque coloca em risco direitos e garantias das minorias políticas em face dos interesses das majorias, porque infringem as próprias condições constitucionais e processuais para deliberação por maioria, subvertendo, assim, o próprio processo legislativo democrático, sob a desculpa de ‘democracia’.*

*(...) Em síntese, essa proposta de revisão prevista na PEC 157 é apenas mais uma manobra escusa para encobrir a ausência de enfrentamento sério que reforçasse a crença em instituições vigorosas neste país. O desvio proposto encobre o aspecto parcial e insuficiente das condenações havidas no Conselho de Ética, por exemplo, deslocando o foco das atenções para um suposto problema de texto normativo. Na verdade, não há nada que possa ser abertamente apresentado ao debate público como uma justificativa para a ruptura institucional que se propõe, seja através de uma assembléia constituinte exclusiva, seja mediante uma revisão não autorizada pela própria Constituição.”<sup>241</sup>*

Entretanto, ainda que se reconheça o valor das posições contrárias à idéia de se instituir a revisão constitucional periódica no contexto da atual Constituição brasileira, entendemos que essa modalidade de reforma do texto constitucional detém atributos que em muito auxiliarão na evolução do constitucionalismo em nosso País, contribuindo, ademais, com a harmonização do binômio alteração e estabilidade constitucionais.

Decerto, a possibilidade de se albergar a revisão periódica no ordenamento constitucional pátrio depende, sobremaneira, da manifestação do detentor por natureza do Poder Constituinte: o povo. Daí decorre a

---

<sup>241</sup> STRECK, Lenio Luiz; Cattoni, Marcelo et al. *Revisão é golpe! Porque ser contra a proposta de revisão constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, nº 985, 13 mar. 2006. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8093>>. Acesso em 14 de maio de 2007. Grifos no original.

imprescindibilidade de qualquer proposta nesse sentido estar sujeita ao crivo do eleitor, que manifestará sua posição por meio de referendo. Cremos que, assim, não restarão inconstitucionalidades à instauração do processo de revisão constitucional periódica.

Nesse sentido, vale lembrar que a Constituição brasileira de 1988 consagrou o princípio da soberania popular e, diferentemente do que se previu nas Cartas anteriores, estatuiu que o poder absoluto que emana do povo será exercido diretamente, e não apenas por meio de seus representantes. Assim, tal qual assinala Celso Bastos, o Poder Constituinte jamais desaparece, permanece latente nos domínios do povo, seu titular por excelência, e em havendo aprovação popular direta, nada existe na Constituição que não possa ser alterado:

*“É certo, também, que não se pode descurar dos aspectos jurídicos que tal proposta traz consigo. É comum observar que a doutrina entende como cláusula pétrea implícita a questão do quorum de deliberação de reforma constitucional, e portanto esta não poderia ser alterada. No entanto, em havendo aprovação popular direta, não há nada que não possa ser alterado na nossa Constituição, haja vista que seu artigo primeiro estabelece que todo poder emana do povo. O Poder Constituinte está sempre adormecido nos braços do povo e, a qualquer momento, poderá ele ser despertado. Pontes de Miranda ao se debruçar sobre o tema, conclui com brilhantismo que ‘nem a fórmula espanhola nem a brasileira traduzem bem a alemã. O que o art. 1º, segunda alínea, da Constituição de Weimar, quis dizer foi que a **soberania** está no povo; isto é, qualquer que seja o poder estatal, inclusive o de **constituição e emenda ou revisão da Constituição**, está no povo’.*

*Ninguém nega que a Constituição é do povo. Aliás, aqueles que saem em defesa do Poder Constituinte originário, dizem que é preciso defender os ditames estabelecidos por este, pois são conquistas populares, obtidas através dos representantes populares reunidos em assembleia. Mas o que dizer quando o povo está clamando por mudanças. Vai querer proteger o produto popular do seu próprio titular? Tal feito é sobretudo ilógico. O argumento que se arrima no fato de a Constituição ser intangível e ter algumas de suas cláusulas petrificadas por respeito à vontade popular acaba por se mostrar fundamentador da posição inversa. Se é a vontade popular que legitima a inalterabilidade de algumas cláusulas constitucionais, ela (e somente ela) pode autorizar alterações. Uma vez*

*aprovada uma nova Revisão, através de consulta popular, não há argumentos que sustentem a ilegitimidade de tal feito. Não se pode opor a Constituição àquele que a legitima.*

*É certo, pois, que o Poder Constituinte originário afastou do Congresso Nacional (poder constituído) a competência para alterar certas disposições constitucionais. Mas isso não significa que também o fez perante o povo. Até por uma falta de perspectiva eficaz, a Carta não retira do povo a possibilidade de alterá-la ou substituí-la. A soberania popular não é um poder constituído e, conseqüentemente, limitado juridicamente, mas é força anterior a este. Quando a Constituição faz referência a este não está criando-o, mas tão somente reconhecendo-o.*<sup>242</sup>

O entendimento de Bastos encontra guarida nas teorias que originaram o estudo do Poder Constituinte. Com efeito, Sieyès advoga que enquanto um corpo submetido a formas constitutivas somente pode decidir algo segundo a Constituição, à nação nunca lhe é obstada o poder de reformar a Norma Fundamental quando esta é contestada.<sup>243</sup>

Some-se ao entendimento maciço de que, na democracia, o Poder Constituinte emana do povo, o fato de que este não desaparece uma vez estabelecida a Constituição, e bem pode reaparecer para estabelecer outra. Manoel Gonçalves Ferreira Filho explica a razão:

*“O poder constituinte sobrevive à edição de Constituição porque ele é uma forma de liberdade. Ora, do mesmo modo que a liberdade individual não se esgota num ato livre, um ato de liberdade não esgota a liberdade, mas a liberdade persiste, manifestando-se sucessivamente, também, o poder constituinte não se esgota numa Constituição. O poder constituinte originário, portanto, subsiste após a edição da Constituição, e subsiste como expressão da liberdade humana. Subsiste, portanto, fora da Constituição, não dentro da Constituição.”*<sup>244</sup>

<sup>242</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *A reforma da Constituição: em defesa da revisão constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n° 36, nov. 1999. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=141>>. Acesso em 21 de fevereiro de 2007. Grifos no original.

<sup>243</sup> SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa. Qu'est-ce que lê Tiers État?* Organização e Introdução de Aurélio Wander Bastos. 3ª ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, pp. 99 e 100.

<sup>244</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Comparado: o poder constituinte*. vol. 1, São Paulo: Bushatsky, Editora da Universidade de São Paulo, 1974, p. 68.

Impende observar que esta expressão tem uma formulação clássica, prevista no artigo 28 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ao enunciar que *“um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar a sua Constituição. Uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras”*.

Assim, cremos que eventual proposta para instituição da revisão constitucional periódica no País não esbarraria em inconstitucionalidade se submetida ao crivo popular, mediante a oportuna e necessária campanha maciça de esclarecimento sobre o tema, a fim de que o consentimento ou dissentimento da Nação se faça de forma esclarecida.

Desse modo, a revisão constitucional periódica passa a ser a regra, e a reforma da Constituição via emendas constitucionais, seriam exceção, tal qual planificado no constitucionalismo português, cujo exemplo bem serve à proposta que pretendemos estruturar. Nesse sentido, vale notar a menção feita por Canotilho no sentido de que o processo de revisão constitucional definido na Constituição portuguesa pretendeu harmonizar duas exigências opostas: *“(a) garantir uma suficiente ‘estabilidade’ da lei fundamental; (b) permitir as ‘mudanças constitucionais’ que se revelam indispensáveis”*:

*“A primeira exigência traduziu-se logo na proibição de qualquer revisão antes de decorrido certo período de tempo após a aprovação da Constituição, correspondente à duração da primeira legislatura, ou seja, entre 1976 e 1980 (art. 286º – 1 na redacção originária); a garantia de estabilidade resulta ainda no lapso temporal de cinco anos que normalmente deve ocorrer entre as revisões (art. 284º). Por outro lado, a fim de evitar a flutuação da Constituição ao sabor das maiorias parlamentares do momento da revisão, estabeleceu-se ainda a exigência de uma maioria particularmente qualificada para a aprovação de alterações constitucionais (art. 286º – 1).*

*Todavia, a Constituição pode precisar de alterações que permitam acorrer às deficiências nela manifestadas e às transformações entretanto operadas na realidade constitucional. Daí a admissão da faculdade de 'revisão normal' quinquenal, e de 'revisões extraordinárias' em qualquer momento. No entanto, para impedir a banalização destas revisões excepcionais, que seriam foco da instabilidade constitucional e de insegurança institucional, exige-se uma prévia assunção de poderes de revisão pela AR (Assembleia da República), deliberação essa que deve ter o voto favorável da maioria de 4/5 dos deputados em efetividade de funções (art. 284º – 2).”<sup>245</sup>*

Com efeito, a Constituição de Portugal prevê a possibilidade de a Assembleia da República, uma assembleia de Deputados representativa de todo o povo português, rever a Norma Fundamental portuguesa decorridos cinco anos da data de publicação da última lei de revisão ordinária, e mediante a aprovação das propostas de revisão por *quorum* especializado de dois terços dos Deputados, ocasião em que as alterações do texto serão reunidas numa única lei de revisão, vedado ao Presidente da República recusar a promulgação da lei (art. 286º). Referida assembleia. Outrossim, pode assumir, em qualquer momento, poderes de revisão extraordinária por maioria de quatro quintos dos Deputados no exercício efetivo de seus mandatos (art. 284º).

Digno de nota é o rol de limitações materiais à proposta de revisão ordinária ou extraordinária da Constituição portuguesa, a encampar a independência nacional e a unidade do Estado; a forma republicana de governo; a separação das Igrejas do Estado; os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais; a coexistência dos setores público, privado, cooperativo e social de propriedade dos meios de produção; a existência de planos econômicos no âmbito de uma economia mista; o sufrágio universal, direto, secreto e periódico, bem como o sistema de representação

---

<sup>245</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, pp. 292 e 293.

proporcional; o pluralismo político-partidário, inclusive com a garantia de exercício do direito de oposição democrática; a separação e a interdependência dos órgãos de soberania; a fiscalização da constitucionalidade das normas jurídicas; a independência dos tribunais; a autonomia das autarquias locais; e, a autonomia político-administrativa dos arquipélagos dos Açores e da Madeira (art. 288º).

Veja-se, pois, que a idéia de revisão periódica do texto constitucional em intervalos regulares de tempo se justifica, exatamente, na necessidade de se conciliar as exigências de mudança constitucional e estabilidade da Lei Maior, lançando mão de um instrumento que permite à Nação o debate adequado sobre o fundamento, a amplitude e a conveniência da reforma constitucional em período exclusivamente reservado para tanto. O fato de se vincular a alteração da Constituição a um momento político especialmente designado para isso é fator que em muito contribui para a racionalização da modificação constitucional, ao passo que o processo de emenda, a ser instituído a qualquer tempo – inclusive naqueles momentos em que a atenção popular está voltada para outras questões – tende a reduzir o valioso debate sobre a reforma e sua indispensabilidade, pois, se dispensável, a alteração constitucional redundará em verdadeira afronta ao princípio da estabilidade.

Desse modo, vemos na revisão constitucional periódica ferramenta importantíssima para a manutenção da estabilidade constitucional, garantida pela otimização do processo de reforma da Constituição.

Contudo, a ressalva que fazemos àquilo que se apresentou na referida proposta brasileira de revisão constitucional reside em dois aspectos. O primeiro, conforme já assinalado, faz alusão ao *quorum* para a aprovação das alterações propostas pelo Poder Revisor. Pensamos que a exigência pela

maioria absoluta dos membros, prevista no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, se mostra dissonante com a necessidade de se impor um processo razoavelmente dificultado para a autorização de alterações no texto constitucional. Assim, o *quorum* especializado de três quintos, que atualmente se exige para a aprovação das emendas constitucionais, se afigura mais adequado à garantia da estabilidade constitucional, preservada, aqui, pelo processo mais dificultoso, capaz, por conseguinte, de assegurar maior estabilidade à Lei Suprema, bem como dotar o processo da reforma de maior legitimidade.

A segunda ressalva pertine ao lapso temporal que deve transcorrer entre uma revisão e a seguinte. O período de dez anos proposto por Temer se apresenta demasiado longo, o que poderia sujeitar a Constituição a uma sucessão de emendas tendentes a suprir a necessidade da reforma no interregno entre as revisões. Por outro lado, o prazo de cinco anos do referido artigo 3º do ADCT se mostra excessivamente curto, se considerarmos a complexidade dos procedimentos inerentes à instalação da assembléia revisora. Tomemos o caminho intermediário, para que a revisão constitucional se realize a cada oito anos e, de preferência, que coincida com o início da legislatura da maioria dos membros do Senado (art. 46, § 2º, da CF/88) a fim de que o eleitor, considerando o fato de que os congressistas eleitos também atuarão na revisão constitucional, tenha em conta a necessidade de escolher seu representante para que bem desenvolva suas funções de legislador ordinário e de legislador constituinte. Decerto a Nação brasileira exercitará melhor sua cidadania se tiver de ponderar ambas as circunstâncias.

Ademais, a emenda constitucional reservar-se-ia aqueles casos excepcionais de alteração da Constituição entre uma revisão e outra, e quando

a mutação constitucional não for suficiente para adequar os preceitos da Norma Fundamental à realidade imposta. Daí porque nosso entendimento no sentido de se modificar o *quorum* para votação das emendas, dos atuais três quintos, que então passariam a ser a proporção exigida para a revisão, para dois terços. Tenha-se em vista que a modificação do *quorum* para aprovação do texto reformado em nada esbarra nos preceptivos constitucionais, vez que o que se pretende não é a flexibilização do processo de mudança por meio da redução do *quorum* – o que realmente demandaria contra limitação implícita à reforma, conforme já vimos -, mas sim o enrijecimento formal dele, com relação ao qual não existe qualquer óbice de índole constitucional.

De resto, tanto a revisão quanto a emenda constitucional continuarão adstritas às regras previstas no artigo 60, incisos I, II e III, e §§ 1º, 3º, 4º e 5º da Constituição Federal, quanto à competência para propositura das emendas, agora revisoras e extraordinárias; a proibição de reforma na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio; o rito para promulgação das emendas; as limitações materiais, inclusive as implícitas; e a impossibilidade de deliberação na mesma sessão legislativa de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada.

Releva notar que o quadro que ora propomos privilegiará sobremaneira o princípio da estabilidade constitucional sem, contudo, estancar a adaptação da Norma Fundamental ao desenvolvimento constante da sociedade. E isso por duas razões. Além de racionalizar o processo de reforma constitucional, com a conseqüente modificação do texto da Constituição, o processo mais dificultoso de alteração formal da Lei Maior permitirá a adequada evolução da mutação constitucional, mediante a construção do sentido da Norma que, como vimos, favorece em muito a

manutenção da solidez constitucional à medida que não impõe alterações ao texto da *Lex Legum*.

Nem se diga, quanto a isso, que no Brasil não existem experiências de mutação constitucional, o que poderia inviabilizar a tese que abarcamos. Exatamente por sua natureza sutil, a mutação constitucional costuma passar despercebida aos olhos do observador menos atento, mas, conforme fazem prova os inúmeros julgados que efetivamente deram conotação diferente a antigos preceitos constitucionais – alguns deles já tratamos no Capítulo III deste estudo –, essa modalidade de alteração da Norma Fundamental é muito mais comum entre nós do que se possa supor.

Com efeito, em 23 de agosto de 2006, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 86.834, o Supremo Tribunal Federal alterou sua jurisprudência, para definir a competência dos Tribunais de Justiça dos Estados e Distrito Federal em processar e julgar *habeas corpus* impetrado contra ato de Turmas Recursais dos Juizados Especiais.

Embora, nesse aspecto, não tivesse havido propriamente alteração do texto do artigo 102, I, *i*, da Constituição Federal, o qual define a competência originária do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar certos *habeas corpus*, a interpretação conferida a Lei Maior modificou a jurisprudência até então assentada no julgamento do *Habeas Corpus* nº 71.713 e, posteriormente, confirmada no *Habeas Corpus* nº 79.570, que atribuía ao Pretório Excelso a competência para apreciação deste remédio constitucional contra decisões proferidas por Turmas Recursais.<sup>246</sup>

---

<sup>246</sup> STF, HC nº 71713/PB, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 26.10.1994, DJ 23.03.2001, e STF, HC-QO nº 79570/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.11.1999, DJ 01.08.2003.

A celeuma surgiu, porque a Constituição não outorga competência expressa para tais processamento e julgamento originários. Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal se considerava competente para apreciá-los, tendo em vista que as decisões proferidas por Turmas Recursais não estão sujeitas à revisão por outro órgão senão a Cúpula do Judiciário, mediante recurso extraordinário, eis que incabível recurso aos tribunais locais e especial ao Superior Tribunal de Justiça. A idéia, portanto, era a de hierarquia jurisdicional.

Entretanto, apreciada novamente a questão, o Pretório Excelso, por maioria de votos, houve por bem alterar a competência para processar e julgar tais *habeas corpus* por efeito de mutação constitucional, sob o fundamento de que a Constituição atribui aos Tribunais de Justiça o julgamento originário de ação penal proposta contra os juízes estaduais, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (artigo 96, III), bem como prevê expressamente a competência originária e recursal do Supremo Tribunal Federal, nela não se inserindo o julgamento de *habeas corpus* contra decisões de Turmas Recursais.

A propósito, vale transcrever o seguinte trecho do Voto prolatado pelo Relator Ministro Marco Aurélio no julgamento do *Habeas Corpus* nº 86.834:

*“(...) Consoante dispõe o artigo 96, inciso III, da Constituição Federal, aos tribunais de justiça cabe processar e julgar os juizes estaduais nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral. Então, imputado o ato de constrangimento a turma recursal de juizado especial criminal, incumbe ao tribunal de justiça examinar o ‘habeas’. Essa óptica é reforçada pelo fato de a competência originária e recursal do Supremo estar fixada na própria Carta, e aí não se tem preceito a versá-las que, interpretado e aplicado, conduza à conclusão sobre competir a esta Corte apreciar o ‘habeas’ ajuizados contra atos de turmas recursais criminais, tratando-se de processo concernente a delito de menor potencial ofensivo. Considerando o disposto no artigo 102, inciso I, da Lei Fundamental, compete ao Supremo julgar ‘habeas corpus’ sendo pacientes o Presidente e o Vice-*

*Presidente da República, os membros do Congresso Nacional, os próprios ministros da Corte, o Procurador-Geral da República, os ministros de Estado, os comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os membros dos tribunais superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente. Relativamente à alínea “i” do citado inciso e tendo em vista atos de tribunais, veio à baila a Emenda Constitucional nº 22/99, explicitando que cumpre ao Supremo julgar os ‘habeas’ uma vez envolvida Corte possuidora da qualificação de superior, sendo destinado ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento das demais impetrações voltadas a afastar ato de tribunal que não tenha tal qualificação. Constitui até mesmo paradoxo interpretar o Diploma Básico, assentando-se que ao Supremo apenas cabe julgar o ‘habeas’ quando se cuida de ato de tribunal superior, e apreciar toda e qualquer impetração direcionada ao afastamento de ato de turma recursal criminal cujos integrantes não compõem sequer tribunal. Vale frisar também que está no âmbito da competência do Supremo, ante a alíneas “i” referida, os ‘habeas’ que revelem como coator autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à respectiva jurisdição ou se trate de crime sujeito a mesma jurisdição em uma única instância, o que não é o caso (...).”<sup>247</sup>*

Releva notar que o fenômeno da mutação constitucional ora relatado, foi explicitamente proclamado em decisão proferida em processo outro, que se seguiu ao citado *habeas corpus*. Confira-se o teor da ementa:

*“QUESTÃO DE ORDEM. HABEAS CORPUS CONTRA ATO DE TURMA RECURSAL DE JUIZADO ESPECIAL. INCOMPETENCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALTERACAO DE JURISPRUDÊNCIA. REMESSA DE AUTOS. JULGAMENTO JÁ INICIADO. INSUBSITÊNCIA DE VOTOS PROFERIDOS. Tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, modificando sua jurisprudência, assentou a competência dos Tribunais de Justiça estaduais para julgar habeas corpus contra ato de Turmas Recursais de Juizados Especiais, impõe-se a imediata remessa dos autos à Corte local para reinício do julgamento da causa, ficando sem efeito os votos já proferidos. Mesmo **tratando-se de alteração de competência por efeito de mutação constitucional (nova interpretação à Constituição Federal), e não propriamente de alteração no texto da Lei Fundamental**, o fato é que se tem, na espécie, hipótese de competência absoluta (em razão do grau de jurisdição), que não se prorroga. Questão de ordem que se resolve pela remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, para reinício do julgamento.”<sup>248</sup>*

<sup>247</sup> STF, HC nº 86834/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.08.2006, DJ 09.03.2007.

<sup>248</sup> STF, HC-QO nº 86009/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, j. 29.08.2006, DJ 27.04.2007, destaques nossos.

Noutro caso concreto, também relativo à fixação de competência jurisdicional, a Excelsa Corte igualmente lançou mão da mutação constitucional e o fez, inclusive, contrariando a sua Súmula nº 501, editada sob a égide da Constituição anterior.

Referida orientação sumular registrava a seguinte diretriz: “*Compete à Justiça ordinária estadual o processo e o julgamento, em ambas as instâncias, das causas de acidente do trabalho, ainda que promovidas contra a União, suas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista*”.

Tanto a Constituição de 1967, como a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, excluía a competência da Justiça Obreira para apreciar causas dessa natureza, deixando explícito que a matéria competiria à Justiça Comum Estadual.<sup>249</sup>

Apesar de a atual Constituição não conter regramento semelhante, a orientação foi mantida. Essa era a ilação que extraía o Supremo Tribunal Federal da exegese contida no artigo 109, I, da Lei Fundamental<sup>250</sup>, para afastar a competência da Justiça do Trabalho regulada pelo artigo 114.

---

<sup>249</sup> CF/1967: “Art 134 - Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores e as demais controvérsias oriundas de relações de trabalho regidas por lei especial.

(...) § 2º - Os dissídios relativos a acidentes do trabalho são da competência da Justiça ordinária.”

EC 1/69: “Art. 142. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores e, mediante lei, outras controvérsias oriundas de relação de trabalho.

(...) § 2º Os litígios relativos a acidentes do trabalho são da competência da justiça ordinária dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, salvo exceções estabelecidas na Lei Orgânica da Magistratura Nacional.” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977)

<sup>250</sup> “Art. 109. Aos juizes federais compete processar e julgar: I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal, forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e às sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho...”

Registre-se que, mesmo após o advento da Emenda Constitucional nº 45/04, que alterou a redação do artigo 114 da Lei Maior<sup>251</sup>, o entendimento sedimentado na Súmula nº 501 foi reafirmado pelo Plenário da Corte Suprema, em 09 de março de 2005, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 438.639/MG, cujo voto condutor do Acórdão foi da lavra do Ministro Cezar Peluso.

No entanto, decorridos pouco mais de três meses, o Supremo Tribunal Federal reapreciando o tema, no julgamento do Conflito de Competência nº 7.204, reviu o posicionamento até então adotado, para reconhecer a competência da Justiça Laboral em processar e julgar as ações decorrentes de acidente de trabalho, deduzidas pelo empregado contra o seu ex-empregador, desde a redação originária da Carta de 1988. O Acórdão recebeu a seguinte ementa:

*“CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA JUDICANTE EM RAZÃO DA MATÉRIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO, PROPOSTA PELO EMPREGADO EM FACE DE SEU (EX-)EMPREGADOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART. 114 DA MAGNA CARTA. REDAÇÃO ANTERIOR E POSTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROCESSOS EM CURSO NA JUSTIÇA COMUM DOS ESTADOS. IMPERATIVO DE POLÍTICA JUDICIÁRIA.*

*Numa primeira interpretação do inciso I do art. 109 da Carta de Outubro, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, ainda que movidas pelo empregado contra seu (ex-)empregador, eram da competência da Justiça comum dos Estados-Membros.*

*2. Revisando a matéria, porém, o Plenário concluiu que a Lei Republicana de 1988 conferiu tal competência à Justiça do Trabalho. Seja porque o art. 114, já em sua redação originária, assim deixava transparecer, seja porque aquela primeira interpretação do mencionado inciso I do art. 109 estava, em boa verdade, influenciada pela jurisprudência que se firmou na Corte sob a égide das Constituições anteriores.*

---

<sup>251</sup> “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (...) VI – as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho...;”

3. Nada obstante, como imperativo de política judiciária -- haja vista o significativo número de ações que já tramitaram e ainda tramitam nas instâncias ordinárias, bem como o relevante interesse social em causa --, o Plenário decidiu, por maioria, que o marco temporal da competência da Justiça trabalhista é o advento da EC 45/04. Emenda que explicitou a competência da Justiça Laboral na matéria em apreço.

4. A nova orientação alcança os processos em trâmite pela Justiça comum estadual, desde que pendentes de julgamento de mérito. É dizer: as ações que tramitam perante a Justiça comum dos Estados, com sentença de mérito anterior à promulgação da EC 45/04, lá continuam até o trânsito em julgado e correspondente execução. Quanto àquelas cujo mérito ainda não foi apreciado, hão de ser remetidas à Justiça do Trabalho, no estado em que se encontram, com total aproveitamento dos atos praticados até então. A medida se impõe, em razão das características que distinguem a Justiça comum estadual e a Justiça do Trabalho, cujos sistemas recursais, órgãos e instâncias não guardam exata correlação.

5. O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência ‘*ex ratione materiae*’. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto.

6. Aplicação do precedente consubstanciado no julgamento do Inquérito 687, Sessão Plenária de 25.08.99, ocasião em que foi cancelada a Súmula 394 do STF, por incompatível com a Constituição de 1988, ressalvadas as decisões proferidas na vigência do verbete.

7. Conflito de competência que se resolve, no caso, com o retorno dos autos ao Tribunal Superior do Trabalho.”<sup>252</sup>

A alteração da jurisprudência da Corte Excelsa deveu-se a uma releitura do artigo 109, I, parte final, da atual Constituição Federal, para, a partir dela, tão-somente, excluir-se as ações relativas à acidente de trabalho da competência da Justiça Federal *stricto sensu*, mas não da Justiça do Trabalho, a quem, desde a redação originária do artigo 114 da Lei Maior, competia o

<sup>252</sup> A decisão final restou assim consignada: “O Tribunal, por unanimidade, conheceu do conflito e, por maioria, definiu a competência da justiça trabalhista, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, para julgamento das ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, vencido, no caso, o Senhor Ministro Marco Aurélio, na medida em que não estabelecia a edição da emenda constitucional como marco temporal para competência da justiça trabalhista. Votou a Presidente. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Nelson Jobim (Presidente). Presidiu o julgamento a Senhora Ministra Ellen Gracie (Vice-Presidente). Plenário, 29.06.2005.” (STF, Tribunal Pleno, CC nº 7204/MG, Rel. Min. Carlos Britto, j. 29.06.2005, DJ 09.12.2005).

processamento e julgamento das controvérsias decorrentes da relação de trabalho e, dentre elas, as oriundas de acidente de trabalho.

É bem verdade que o Pretório Excelso, por uma questão de política judiciária, decidiu fixar a Emenda Constitucional nº 45/04 como marco temporal dessa alteração de competência, num intuito de preservar ações cujo mérito já havia sido apreciado pela Justiça comum estadual, sob o espectro da jurisprudência que se acabava de reformar.

Entretanto, tal fato não afasta o verdadeiro fenômeno da mutação constitucional que se presenciou. A respeito do tema, consignou o Ministro Carlos Ayres Brito, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 450.504:

*“(...) a decisão não foi motivada pelas alterações trazidas com as EC nº 45/04; a mudança na jurisprudência do Supremo surgiu por mutação constitucional. Vale dizer, da redação originária do artigo 114 c/c inciso I do artigo 109 da Lei Maior, esta Colenda Corte passou a extrair um outro sentido – o da competência da Justiça trabalhista. Sentido muito diferente do que até então extraíra (competência da Justiça comum estadual).”<sup>253</sup>*

No âmbito do direito material, exemplo emblemático de mutação da atual Constituição Federal verificou-se na interpretação judicial do seu artigo 5º, XLVI.

Não obstante o princípio da individualização da pena estar estampado na referida norma constitucional, grande discussão sobre sua exata dimensão surgiu a partir do advento da Lei de Crimes Hediondos, de 1990. Isso porque a citada Lei impõe, em seu artigo 2º, § 1º, o cumprimento da pena decorrente da condenação pela prática de crime hediondo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes ou terrorismo, em regime integralmente fechado.

---

<sup>253</sup> STF, RE nº 450504/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, j. 21.11.2006, DJ 02.02.2007. Destaques nossos.

Analisando a matéria, em dezembro de 1992, o Supremo Tribunal Federal concluiu que a vedação à progressão do regime de cumprimento de pena, contida na Lei nº 8.072/90, não viola o princípio constitucional da individualização da pena. Confira-se o teor da ementa do julgado paradigma:

*“HABEAS CORPUS. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. PENA CUMPRIDA NECESSARIAMENTE EM REGIME FECHADO.*

*Tráfico ilícito de entorpecentes. Condenação, onde o artigo 2º-§1º da Lei 8072, dos crimes hediondos, impõe cumprimento de pena necessariamente em regime fechado. Não há inconstitucionalidade em semelhante rigor legal, visto que o princípio da individualização da pena não se ofende na impossibilidade de ser o regime de cumprimento da pena: retirada a perspectiva da progressão frente à caracterização legal da hediondez, de todo modo tem o juiz como dar trato individual à fixação da pena, sobretudo no que se refere à intensidade da mesma. Habeas corpus indeferido por maioria.”<sup>254</sup>*

Cerca de quatorze anos depois, a questão foi reapreciada pela Excelsa Corte, que, modificando a interpretação anteriormente conferida ao artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal, agora declarou inconstitucional o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, por afronta ao direito fundamental à individualização da pena, *“já que, ao não permitir que se considerem as particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e esforços aplicados com vista à ressocialização, acaba por afetar o núcleo essencial desse direito – limite ao qual a atuação do legislador estaria submetida –, tornando-se inócua a garantia constitucional.”<sup>255</sup>* O julgado foi assim ementado:

*“PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – RAZÃO DE SER.*

*A progressão no regime de cumprimento de pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA – CRIMES HEDIONDOS – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – ÓBICE – ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 – INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização pena – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento de pena em regime integralmente fechado. Nova*

<sup>254</sup> STF, HC nº 69.657-1/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 18.12.1992, DJ 04.02.1992.

<sup>255</sup> Excerto do Voto do Min. Gilmar Mendes, conforme Informativo STF nº 372.

*inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.*<sup>256</sup>

Observe-se que, nos mesmos moldes dos exemplos anteriores, o Pretório Excelso alterou substancialmente a dimensão do princípio constitucional da individualização da pena, a ponto de reputar ofensiva à Lei Maior norma legal anteriormente considerada válida. E, tal se deu sem que tenha havido qualquer alteração no texto constitucional, pelo que evidenciado mais um caso de mutação da atual Constituição.

Desse modo, resta devidamente comprovado que a alteração informal da Constituição, pelo processo da mutação constitucional, é fenômeno há muito instituído em nosso sistema, o que demonstra a total harmonia entre ela e a ordem constitucional vigente. Considerando, ademais, que a mutação constitucional prioriza a manutenção do texto original da *Lex Legum* na readequação de seu conteúdo às novas exigências da vida social, constitui ela instrumento de extrema importância na manutenção da estabilidade constitucional e na harmonização desse princípio com a necessidade premente de atualização dos preceitos constitucionais à realidade cambiante. Por tal razão, merece atenção maior em nossa ordem constitucional, devendo prevalecer diante da modificação formal por via de emenda, e constituir uma alternativa à revisão periódica da Constituição quando a realidade impuser a necessidade de adaptação dos preceitos constitucionais às exigências do novo contexto no interregno entre uma revisão e outra.

Obviamente, e insistimos nesse aspecto, de nada adianta a estruturação de um sistema tendente a garantir a estabilidade da norma frente à alteração constitucional, conforme proposto, se a Nação brasileira não

---

<sup>256</sup> STF, HC nº 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.02.2006, DJ 01.09.2006, maioria de votos.

cultivar os sentimentos mais importantes, determinantes até, para o sucesso do modelo ora formatado: a *consciência constitucional* e a *vontade de Constituição*. Disso depende a coexistência entre alteração e estabilidade no contexto da Lei Maior.

Acreditamos que a própria racionalização do processo de modificação da Norma Fundamental, tal qual proposto, fomentará esse *espírito constitucional* em cada cidadão brasileiro, dada a oportunidade que terá de melhor vivenciar o processo de renascimento constante da Constituição, fazendo renascer, também, o prestígio da Lei Maior.

---

---

## CONCLUSÕES

---

---

1. Pretender explorar a temática que envolve a Constituição, os fenômenos que impõem sua modificação e a garantia de sua estabilidade, demanda o conhecimento da natureza do texto constitucional, suas concepções, seu significado, o papel que desempenha como norma fundante.

O próprio conceito de Constituição e, mais ainda, a posição de destaque que ocupa no sistema jurídico, transmitem a falsa idéia de que os preceitos constitucionais são naturalmente dotados de estabilidade. Já nascem assim. Possuem, como característica determinante, o caráter estável de seu corpo. No entanto, ocorre exatamente o inverso: se realmente deveriam nascer vocacionadas à uma existência estável, a modificação da realidade que buscam conformar impõe a constante reconsideração desse pendore.

2. De início, já a partir do exame mais atento dos diversos conceitos de Constituição, nos é possível inferir que a matéria está carregada de tensões, e que essas forças constituem incessante desafio à prevalência da estabilidade constitucional. Por mais que a doutrina reconheça a multidimensão do termo Constituição, o fato é que ninguém ousa conceber o fenômeno constitucional desgarrado da realidade. Se para uns mais (Lassalle) e para outros menos (Hesse), o fato é que a Constituição deve corresponder às peculiaridades dos sistemas político, social, econômico e institucional do Estado, cuidando de permitir certa adequação de seus preceptivos aos câmbios desses sistemas. Por outro lado, deve estabelecer determinadas disposições que se pretendem inabaláveis, que a transformação da conjuntura social não seja capaz de afetá-

las, e que os valores propostos por esse elenco de normas assim se mantenham: igualmente inabaláveis.

Daí porque a Constituição é comumente designada como um sistema aberto de princípios e regras, mas que possui, em seu núcleo, normas petrificadas, que não admitem subversão, estão acima do intento reformista do legislador. Assim, a Constituição conforma a realidade e é por ela conformada, e é na harmonização desse dualismo que reside sua maior capacidade em se manter estável. Contudo, a considerar essa íntima relação entre Constituição e realidade, e tendo em conta que a transmutação dessa mesma realidade não está adstrita a regras e fórmulas pré-estabelecidas, a manutenção do próprio núcleo estável da Norma Fundamental tem-se mostrado uma perpétua e árdua missão, comprovada pelos incessantes ataques à solidez constitucional.

3. A estabilidade da Norma Fundamental não é decorrência de sua natureza, mas de seu atributo conformador e integrador, que, à medida que encontra o ponto ideal entre a mudança e a constância, lhe permite resistir às turbulências do desenvolvimento humano.

Nesse passo, é certo que não se pode desconsiderar a relevância do modo pelo qual a Constituição é formatada. Constituições sintéticas, nas quais o constituinte optou pela normatização de alguns poucos princípios e a organização do Estado e de suas funções, tendem a se mostrar menos sujeitas aos incessantes câmbios sócio-políticos, na medida em que transferem ao legislador ordinário a regulação daquelas matérias mais sensíveis às modificações da realidade, preservando dessas vicissitudes o corpo da Lei Maior, que conterà apenas o núcleo indispensável à estruturação das bases institucionais e as normas fundamentais garantidoras do bem-estar social,

aspectos dotados de maior solidez e, portanto, praticamente inabaláveis diante do fato histórico.

Outrossim, é possível identificar certa relação entre a essência da Constituição e o atributo de sua estabilidade, para concluir que as constituições normativas, por guardarem íntima correspondência com a realidade, prescindem de constantes reformulações. Tal solidez, no entanto, encontra severos obstáculos nos sistemas que optaram pela formulação de textos semânticos ou nominais.

Realmente, a estrutura da Lei Maior, apesar de não atuar isoladamente, influi na constância da ordem constitucional, visto que textos mais longos ou que não guardam similitude com a situação concreta de seu meio constituem um convite aos intentos reformistas do legislador. Contudo, a supremacia material da Constituição – donde decorre sua estabilidade substancial – é, sim, fundamento que se aperfeiçoa segundo uma relação de causa e efeito, mas que parte da sociedade para a norma, e não o inverso.

A estabilidade constitucional, então, não decorre da estrutura, extensão ou essência do texto, mas sim da consciência constitucional, da *vontade de Constituição*, do compromisso constitucional que a Nação assume perante a Norma Fundamental. Estes característicos, por sua vez, atuarão, também, no momento da elaboração da Lei Maior e determinarão a forma do texto constitucional, que se evidenciará, pois, menos sujeito aos infortúnios da instabilidade, ainda que este documento constitucional careça de primor técnico ou idealize um Estado cujos adjetivos não correspondam integralmente com a conjuntura social existente quando da elaboração da norma.

4. Se por um lado a Constituição deve impor seus comandos e sujeitar algumas condutas, por outro é educadora e, sendo assim, quer orientar a sociedade no caminho do progresso, quer direcionar a existência humana no sentido da evolução. Para cumprir esse desiderato pouco importa seja ela extensa, breve, realista ou compromissória, é preciso, sobretudo, que o povo compreenda seu papel e assuma, com sinceridade, a missão de implementar o *dever ser*, encerrado, sim, pela norma, mas com vistas a um fim único e exclusivo: o próprio homem.

5. O sistema de modificação dos preceitos constitucionais é também elemento fulcral para manutenção da soberania e da estabilidade da Constituição, mas não pode ser analisado sob o argumento de que os sistemas de constituições rígidas estariam submetidos em menor grau às reformas constitucionais, ao passo que as constituições flexíveis perderiam sua força normativa em razão da simplicidade procedimental que envolve a reformulação de seus preceitos.

A aparente lógica dessa constatação não resiste a uma análise mais densa do Direito Constitucional. Não há rito procedimental que resista ao ânimo da sociedade no que pertine a reconsideração da ordem institucionalizada ou mesmo constitucionalizada. A rigidez do texto constitucional pode estar submetida à flexibilidade ideológica de um povo (Brasil). Da mesma forma, a Constituição flexível pode ser idealizada para conformar uma realidade social que privilegie a estabilidade da ordem constitucional e de suas instituições (Reino Unido). E nem por isso lá teremos uma Norma Fundamental estável e, aqui, uma situação de instabilidade constitucional.

O que importa, nesse ponto, é a supremacia material da Constituição. A capacidade externada pelo texto constitucional em fazer convergir a realidade com o Direito posto. Esse cenário beneficia o reconhecimento da soberania da Norma Fundamental e, por conseguinte, garante sua estabilidade frente a eventuais interesses reformistas menos nobres. O critério para justificar a reforma constitucional partirá, então, da necessidade inegável de adequação do texto à nova realidade. O pressuposto, aqui, será o da manutenção da estabilidade como valor fundamental para o progresso, e não a busca desmedida do progresso pelo caminho da reforma e em detrimento da estabilidade. E, por mais poder que a ordem constitucional pressuponha, ela não é capaz, sozinha, de transformar a natureza humana. Mais uma vez a estrutura da Constituição pouco influenciará na conquista da supremacia e da estabilidade constitucionais se a sociedade não assumir um “querer constitucional”.

6. Igualmente, cabe ao constituinte respeitar a natureza e a vocação dos textos fundamentais, encontrando o ponto de equilíbrio entre a estruturação exaustiva da ordem estatal e a abertura natural do texto constitucional. Se realmente algumas matérias devem estar precisa e densamente reguladas na Constituição, como os princípios fundamentais e conformadores da ordem social, as bases estruturais do Estado e sua organização, outras necessitam permanecer abertas à discricionariedade dos órgãos concretizantes, especialmente aquelas que remetem às particularidades institucionais e de administração e aquelas mais suscetíveis às mudanças do contexto social. Nesse caso, a estabilidade constitucional estará garantida pela perfeita e natural adaptação de seus ditames às exigências trazidas pelos tempos vindouros.

7. Se em determinada parcela a origem e a estrutura do texto constitucional geram reflexos no atributo de estabilidade da norma, o procedimento de modificação das disposições constitucionais é tão ou mais relevante no que tange à pacífica coexistência do dualismo *estabilidade x modificação*.

Toda existência está submetida ao *panta rhei* heraclitiano, inclusive a existência humana, suas aspirações, seus anseios, sua conduta e, conseqüentemente, suas obras. Desse modo, a Constituição, como obra humana, não está acima da fluência natural das coisas, e a opção do modo pelo qual devem seus preceitos adequar-se a uma realidade em que tudo *é e não é* ao mesmo tempo, revela a habilidade dos indivíduos subordinados àquela ordem constitucional em bem compreender esse *dinamismo universal*.

8. A transmutação do sentido e significado dos dispositivos da Norma Fundamental pode decorrer tanto dos métodos formais de alteração constitucional (revisão e emenda) quanto via mutação, procedimento informal que, diferentemente daqueles, não impõe mudanças na letra da Lei Maior, preserva sua forma mas adapta seu conteúdo à dinâmica da evolução. E a escolha entre um ou outro método pode indicar a maior afeição de um povo quanto à inevitabilidade do *dever*. Se à contínua mobilidade das coisas não se pode resistir, mas, ao mesmo tempo, há de se preservar os valores constitucionais mais importantes, que esse aparente conflito entre contrários seja solucionado de maneira racional, lançando-se mão dos procedimentos de alteração constitucional que melhor pacifiquem essa contínua oposição.

9. Muito se exalta a capacidade brasileira de conviver com as diferenças. O Brasil é um País de contrastes, e tão presente é a diversidade em nosso ambiente, que a própria Constituinte de 1987 não esteve alheia a essa

realidade. O desejo de desatar as amarras da repressão; a vontade de estatuir compromissos para um futuro melhor; o interesse em perpetuar antigos e novos privilégios; a dificuldade em equilibrar o liberalismo e o intervencionismo econômico; o conflito entre a filosófica garantia do bem estar social e da dignidade da vida humana com a fria e dura realidade da escassez de recursos; a necessidade de melhor explorar as potencialidades do País e a falta de aptidão em engendrar os meios para fazê-lo. Tudo isso, e uma enormidade de outras coisas mais, disputavam espaço no Congresso Constituinte da Nova República, e, a considerar o ecletismo do fruto desses trabalhos, é de se concluir que muitas delas obtiveram êxito em conquistar lugar no Texto Excelso, inclusive aquelas que estariam mais bem alojadas em normas infraconstitucionais.

10. Se por um lado o caráter multifacetado da Constituição Federal de 1988 bem reflete nosso País, por outro se vê que o critério da necessidade (Humboldt) não foi a tônica durante a eleição dos assuntos a serem constitucionalizados. A Constituição, qualquer que seja, deve preferencialmente estabelecer princípios fundamentais, ainda que sejam muitos, cujo conteúdo específico, mesmo que apresente características novas em razão das mudanças na realidade sócio-política, mostre-se em condições de ser desenvolvido. Reduzir em norma constitucional interesses de caráter momentâneo ou particular exige uma constante revisão da Norma, com a conseqüente e inevitável desvalorização da força normativa da Constituição.

Necessário, também, que a Constituição mostre-se apta a se adequar a uma eventual mudança dessas condicionantes. E aí reside a técnica constitucional de fazer constar no Texto Excelso apenas o indispensável, cuidando ainda para que se permita sua adaptação aos diversos períodos de transformação social.

Não se critica, aqui, o descomedimento do Constituinte de 1987, já que a opção por um texto analítico encontra respaldo na conjuntura sócio-política da época. O que se indaga é a falta de compromisso que se via naquela oportunidade e que resultou em um documento fundamental não apenas extenso, mas, em grande medida, casuístico. E quanto a isso não podemos calar. Não se pode pretender estável uma Constituição marcada pela normatização de questiúnculas momentâneas, de interesses casuísticos, de assuntos pontuais. Não há boa intenção ou *querer constitucional* que possa resistir a isso, e as sucessivas reformas ao texto da Carta Política vigente são uma prova disso.

11. A oportunidade de elaborar um texto constitucional conciso, sincero, compromissado com o futuro, mas também com as possibilidades do presente, constituído de valores e princípios perenes, insuscetível aos interesses particulares e casuísmos inoportunos, jaz superada. No entanto, se naquela ocasião não foi possível dotar a Constituição de uma forma capaz de assegurar sua solidez, haveria o Poder Reformador, então, de compensar essa falta. No entanto, o que se vê são sucessivas violações ao texto constitucional e nenhuma consideração quanto à necessidade de se fazer convergir o princípio da estabilidade da Constituição com a inevitabilidade de sua reforma. E um ambiente irresponsavelmente reformista não condiz com a manutenção de uma ordem constitucional justa e com o desenvolvimento das instituições democráticas. Não pode haver estabilidade e paz social sem confiança na Lei, sem segurança jurídica.

Veja-se, por exemplo, o caso da Emenda Constitucional nº 26/2000, que inseriu no texto do artigo 6º, como direito social, a moradia quando, na realidade tal prerrogativa é inerente ao princípio da dignidade da pessoa

humana, estampado no artigo 1º, inciso III, da Constituição brasileira, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e não se fazia necessária uma reforma constitucional para dizer o óbvio.

Devemos, no entanto, ponderar na crítica a esse aspecto, pois ainda que ele resulte em um texto analítico e excessivamente complexo ou em reformas constitucionais para se dizer o óbvio, é válido, mesmo em se tratando de técnica constitucional. É óbvio que direitos como tais não necessitariam constar na norma constitucional, mas se ali estão, não são eles, isoladamente, que acabam por transformar a Constituição vigente em verdadeiro *vademecum* de Direito. Essa qualidade é melhor atribuída àquela ordem de dispositivos que bem poderiam ser objeto de leis infraconstitucionais.

Nesse mesmo diapasão, é de se concluir que não fazem sentido as Emendas ns. 2/92, 10/96, 12/96, 14/96, 17/97, 20/98, 21/99, 27/00, 29/00, 30/00, 31/00, 37/02, 38/02, 40/00, 42/03 e 53/06, e a Emenda de Revisão nº 1/94, na parte em que vislumbram a alteração e até o acréscimo de artigos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Ora, não é crível aceitar que a índole reformista de nosso Poder Reformador seja capaz de alcançar até aqueles dispositivos que, por sua própria natureza, já tiveram exaurido seus efeitos no tempo.

12. O Estado de Direito – em nosso País, o Estado Democrático de Direito - previsto no artigo 1º da Constituição Federal, é um princípio constitucional que possui outro princípio implícito: o da *confiança e segurança jurídica*. Pelo princípio da confiança jurídica entende-se a idéia de que as leis, especialmente as fundamentais, devem ser tendentemente estáveis, sob pena de se criar certa sensação de debilidade da força normativa dessas leis.

O homem necessita de uma certa segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Deve ter a segurança de confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se aderem os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas (Canotilho). É o princípio basilar da proteção da confiança dos cidadãos que não pode ser olvidado em uma ordem que se pretende garantidora dos valores universais de existência humana.

E, nesse sentido, a harmonização do conflito *estabilidade x modificação constitucional* deve ser o fundamento primo na elaboração e na modificação da Lei Maior. Ela atua como incentivo ao cidadão na crença em relação àquilo que lhe é dado cumprir, não necessariamente no âmbito ideológico, mas, preponderantemente, no que se refere ao poder coercitivo da norma e à confiança em sua continuidade. Em outras palavras, a norma deve transmitir uma legalidade tamanha, que ninguém seja capaz de frustrar seus efeitos, mas tem de se adaptar aos novos tempos, se assim se fizer necessário, para que não constitua simples *folha de papel* (Lassalle).

13. A possibilidade de alteração constitucional após o processo constituinte originário deve ser encarada, em nosso País – e em qualquer outro -, como procedimento excepcional. A reforma constitucional deve ser levada a termo apenas em situações extremas, quando a evolução da sociedade assim o determinar. Não se podem criar novas constituições de ano em ano, pois isso é desgastante para o sistema, sendo capaz de gerar uma sensação de vulgaridade incompatível com a função do Texto Maior.

Tenha-se em mente que uma Constituição é um diploma legislativo que, por sua relevância na conformação do ordenamento jurídico da Nação, deve ser estável, deve durar no tempo e resistir frente a modificações inoportunas. Tem lastro de permanência. Não pode ter vida efêmera, visto que sua transitoriedade ou freqüente alterabilidade reduz a própria estabilidade das instituições e cria um ambiente propício ao crescimento da sensação de insegurança jurídica. Lembremos que a segurança jurídica é bem supremo de um País.

14. A importância de otimizar o processo de modificação constitucional vem há muito sendo menosprezada, e não há razão para isso. O sistema constitucional brasileiro já reúne todas as condições para permitir a evolução da Norma Fundamental sem traumas. A Constituição de 1988 prevê a Revisão e a Emenda como processos formais de modificação, e o Judiciário brasileiro já demonstrou estar atento às vantagens da mutação constitucional. Basta rever algumas posições e reconhecer os benefícios que a racionalização do processo de modificação constitucional trarão ao atributo da estabilidade da norma.

A Revisão constitucional não pode permanecer reclusa na hipótese do artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Deve ser vislumbrada como salutar instrumento permanente de reforma da Lei Maior, a ser invocada em intervalos regulares de tempo, como acontecimento que mereça toda atenção e desperte interesse na sociedade, que poderá concentrar seus esforços em bem conduzir esse processo nos momentos especificamente reservados para tanto, reduzindo a incidência de alterações repentinas via Emenda constitucional, fenômeno que não respeita prazos, oportunidades melhores ou o contexto social, já que, muitas vezes, surgem subitamente e não permitem o necessário debate quanto à sua conveniência. A Revisão

constitucional poderá estancar a enxurrada de mudanças pontuais da Constituição, introduzindo relevantes alterações de maneira racional e sistêmica, e seria introduzida como processo ordinário de reforma constitucional sob o consentimento popular, via referendo, ocasião em que também se alteraria o *quorum* para aprovação das emendas de revisão e emendas extraordinárias, de forma a permitir a modificação do Texto Excelso sob o valor da estabilidade, diante de um processo mais dificultado.

15. Coexistindo pacificamente com os métodos formais de modificação constitucional – e não substituindo-os -, devemos valorizar a construção constitucional passível de atribuir à Constituição novo sentido. O processo informal de alteração da Lei Suprema deve funcionar como meio alternativo de adequação constitucional naqueles casos em que a Revisão não for capaz de atuar, conferido novo significado aos preceptivos constitucionais, sem, contudo, alterar-lhes a forma. Tal permitirá que a Constituição acompanhe a natural evolução da vida prescindindo de Emendas em seu texto, as quais passarão a ocorrer em menor grau.

Obviamente tanto um quanto outro processo hão de respeitar os limites expressos e implícitos na própria Norma Fundamental, que visam, exatamente, garantir a transformação da idéia contida no texto constitucional sem vilipendiar seu espírito, concorrendo, assim, com a valorização da estabilidade da Constituição e a redução de medidas inconstitucionais.

Concluimos nosso estudo com a certeza de que o império da estabilidade não será conquistado através do extermínio da reforma constitucional. Não é esta um inimigo que deve sucumbir diante do brandir das armas dos ferrenhos defensores da “estabilidade a todo custo”. Ao contrário, a perpétua batalha entre a estabilidade e a modificação

constitucional comporta a vitória de ambos os institutos, pois é na conciliação desses opostos que a Constituição prevalece, essa sim, vitoriosa e suprema em todos os sentidos.

---

---

## BIBLIOGRAFIA

---

---

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da Constituição*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Judiciário deixou de ser um departamento técnico*. Consultor Jurídico, São Paulo, Jornal Estado de São Paulo, entrevista concedida em 14 de junho de 2006. Disponível em: <[www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)>. Acesso em: 28 Abril 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

\_\_\_\_\_. *A reforma da Constituição: em defesa da revisão constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 36, nov. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=141>>. Acesso em: 21 fevereiro 2007.

\_\_\_\_\_. *Modernas Tendências para a Alteração Constitucional*. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, São Paulo. Disponível em: <<http://www.ibdc.com.br>>. Acesso em: 10 junho 2000.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

\_\_\_\_\_; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1998*. 4 vol., Tomo I, São Paulo: Saraiva, 1995.

BASTOS, Elísio. Interpretação constitucional: a quem cabe a tarefa de concretizá-la? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 41: 241-255, 2002.

BELAUNDE, Domingo García; SEGADO, Francisco Fernández; VALLE, Rubén Hernández (coords). *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*. Madrid: Dykinson, 1992.

BENEVIDES, Maria Victoria; COMPARATO, Fábio. *A Constituinte os impasses da Nova República*. In SANDRONI, Paulo (org.). *Constituinte, economia e política da Nova República*. São Paulo: Cortez: EDUC, p. 83-104, 1986.

BESTER, Gisela Maria. *Direito constitucional: fundamentos teóricos*. vol. 1, São Paulo: Manole, 2005.

BICKEL, Alexander Mordecai. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 21 ed. atual., São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (coords). *Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

BRITTO, Carlos Ayres. *A Constituição e o monitoramento de suas Emendas*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, janeiro, 2004. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 18 Fevereiro 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Manual de interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997

\_\_\_\_\_. *Mutação Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BURDEAU, Georges. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966.

CAMPANHOLE, Adriano e CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 9 ed., São Paulo: Atlas, 1987.

CAMPOS, Germán J. Bidart. *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*. Madrid: Dykinson, 1992.

CAMPOS, Milton. *Constituição e realidade*. Revista Forense, v. 187, ano 57, Rio de Janeiro, 1960.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5 ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

\_\_\_\_\_. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

\_\_\_\_\_; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARVALHO, Kildare Golçalves. *Direito Constitucional*. 13 ed. rev., atual. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. Reforma constitucional: conceito, procedimento e limites. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 11, n. 43: 138-167, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Elementos de Direito Constitucional*. 4 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CUSTÓDIO, Antonio Joaquim Ferreira. *Constituição Federal interpretada pelo STF*. 8 ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

DROMI, José Roberto. *El constitucionalismo del “por venir”. La reforma de la Constitución*. In ARÉVALO, Manuel Clavero; ENTERRIA, Eduardo García de; LEÓN, Luis Díez-Picazo y Ponce de et al. (coordinadores). *El Derecho Publico de finales del siglo. Uma perspectiva iberoamericana*. Madrid: Civitas/ Fundación BBV, pp. 107-116, 1997.

DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas (orgs.). *Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ENTERRIA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1981.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *Treze anos de prática da Constituição*. In Revista Forense, n. 187, Rio de Janeiro: Forense, 1960

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 3 ed., São Paulo: Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Comparado: o poder constituinte*. vol. 1, São Paulo: Bushatsky, Editora da Universidade de São Paulo, 1974.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 22 ed., atual., São Paulo: Saraiva, 1995.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Da Constituição*. 2 ed., Rio de Janeiro: José Konfino, 1956.

\_\_\_\_\_. *Princípios gerais do Direito Constitucional moderno*. São Paulo: Saraiva, 1983.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. A interpretação constitucional como “concretização” ou método hermenêutico concretizante. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, n. 46: 117-135, 2004.

FRIEDE, Reis. *Curso Analítico de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado*. 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GARCIA, Maria. O cidadão, intérprete da Constituição. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, n. 48: 102-113, 2004.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. 2 ed., Madrid: Revista de Occidente, 1951.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

\_\_\_\_\_. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

\_\_\_\_\_. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2 ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

\_\_\_\_\_. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998

HINDMAN, Elizabeth Blanks. *Rights vs. Responsibilities: The Supreme Court and the Media*. Westport: Greenwood Press, 1997.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Trad. Christian Foster, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 4 ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986.

MARTINES, Temistocle. *Diritto Costituzional*. 7 ed. rev. e atual., Milano: Giuffrè Editore, 1992.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 9 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal anotada*. 2 ed. ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 1986.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Constitucional: Introdução à Teoria da Constituição*. Tomo II., 2 ed. rev., Coimbra: Coimbra, 1988.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Constitucional: Preliminares – O Estado e os sistemas constitucionais*. Tomo I., 4 ed. rev. e atual., Coimbra: Coimbra, 1988.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15 ed., São Paulo: Atlas, 2004.

MORTATI, Costantino. *La costituzione in senso materiale*. Milano: Giuffré, 1940

MUSSO, Enrico Spagna. *Diritto Costituzionale*. 4 ed., Padova: CEDAM, 1992.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

PACE, Alessandro. *La causa della rigidità costituzionale*. 2 ed. ampl., Padova: CEDAM, 1996.

PACE, Alessandro. *La causa della rigidità costituzionale*. 2 ed. amp., Padova: Cedam, 1996

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo, Max Limonad, 1999.

RÉNARD, Georges. *Le droit, l'ordre et la raison*. Paris, Sirey, 1927.

REVISTA DA ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, n. 5, 2004.

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA/Supremo Tribunal Federal, Serviço de Divulgação. vol. 153, Setembro de 1995.

ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ROURE, Agenor de. *A Constituinte Republicana*. Brasília: Universidade de Brasília, 1979.

SALDANHA, Nelson. *O Poder Constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986

SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*. Salvador: Livraria Progresso, 1954.

- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996.
- SCHWARTZ, Bernard. *The Supreme Court, Constitutional Revolution in Retrospect*. New York: Ronald Press, 1957
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa. Qu'est-ce que lê Tiers État?* Organização e Introdução de Aurélio Wander Bastos. 3 ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1997.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10 ed. rev., São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2002
- SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Direito Constitucional do MERCOSUL*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- STRECK, Lenio Luiz; Cattoni, Marcelo et al. *Revisão é golpe! Porque ser contra a proposta de revisão constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 985, 13 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8093>>. Acesso em: 14 maio 2007.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Apostilas de Direito Constitucional*, São Paulo: FADUSP, 1961.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO (Brasília). *A Constituição na Visão dos Tribunais: interpretação e julgados artigo por artigo*. São Paulo: Saraiva, 1997.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

WHEARE, Karl C. *Modern constitutions*. Londres: Oxford University Press, 1972.