

ano 12 - n. 48 | abril/junho - 2012
Belo Horizonte | p. 1-256 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
Administrativo & Constitucional

A&C

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
ROMEÚ FELIPE
BACELLAR

© 2012 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Supervisão editorial: Marcelo Belico
Revisão: Daniel Starling
Pablo Gobira
Patrícia Falcão

Bibliotecária responsável: Ana Carolina Marques - CRB 2933 - 6ª Região

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Virgínia Loureiro

Diagramação: Reginaldo César Pedrosa

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246	A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral ISSN 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis

Ana Cláudia Finger

Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Odilon Borges Junior (UFES)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Eros Roberto Grau (USP)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
José Carlos Abraão (UEL)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile)
José Eduardo Martins Cardozo (PUC-SP)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
	Weida Zancaner (PUC-SP)
	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Os limites explícitos e implícitos aos processos formais e informais de mudança da Constituição: ensaio em defesa do constitucionalismo e da democracia

Eneida Desiree Salgado

Professora adjunta de Direito Constitucional e de Direito Eleitoral da Universidade Federal do Paraná. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito — Mestrado — da Unibrasil. Professora do Instituto Romeu Felipe Bacellar. Vice-líder do Núcleo de Investigações Constitucionais. Mestre e Doutora em Direito pela UFPR.

Resumo: O artigo explora a questão da mutação constitucional e sua relação com a defesa da Constituição. Aponta os fundamentos do constitucionalismo para evidenciar a necessidade da proteção do núcleo duro da Constituição em face das mudanças formais e informais. Ressalta, ainda, a necessidade de discussão dos limites da interpretação judicial da Constituição para evitar um desvirtuamento das escolhas constituintes democráticas.

Palavras-chave: Democracia. Constituição. Mutação constitucional. Poder Judiciário.

O tema da mutação constitucional, relativo às mudanças informais da Constituição, à alteração de seu entendimento sem que haja alteração no texto, está no centro da tensão entre o constitucionalismo e a democracia.

O núcleo de uma Constituição é formado pela expressão dos valores fundantes da ordem jurídica, como conteúdo central da decisão política fundamental. Esses valores se juridicizam em princípios normativos, que estão para além do poder de reforma da Constituição.¹ Tais princípios se revestem

¹ Pietro Costa, com base em Ferrajoli, se refere aos *principiî indecidibili* como proteção da Constituição em face da democracia, com um entendimento de um caráter metaestatal dos princípios e dos direitos fundamentais para permitir-lhes a resistência ao *decisionismo della*

de força normativa e têm seu recorte fracamente evidenciado por sua enunciação (sempre por termos imprecisos) e fortemente estabelecido pelos demais princípios constitucionais estruturantes, que formam o arcabouço do ordenamento.

Maurice Hauriou, ao tratar da supremacia da ordem constitucional, não se refere à Constituição escrita, mas à superlegalidade constitucional que, para além do texto, “comprende también todos los principios fundamentales del régimen, es decir, los principios individualistas — que son la base del Estado — y los principios políticos — que son la base del gobierno”.²

Há uma primazia interpretativa absoluta desses princípios. Eduardo García de Enterría, sustentando sua intangibilidade, afirma sua posição hierarquicamente superior e sua função de presidir a interpretação da Constituição e de todo o ordenamento. Para o autor, esses princípios consistem nas opções constitucionais básicas que singularizam e configuram o sistema político, refletindo valores supremos superconstitucionais.³

Konrad Hesse acentua o conteúdo da Constituição a partir da fixação de princípios reitores que alicerçam a unidade política e configuram as tarefas do Estado. A Constituição funda a ordem jurídica fundamental, define os procedimentos para a resolução dos conflitos e regula a organização e o procedimento de formação da unidade política.⁴

Além disso, o autor ressalta que o núcleo material da Constituição está para além do alcance da modificação constitucional, pois se compõe dos “elementos fundamentais da ordem democrática e estatal-jurídica da Lei Fundamental”. Estão incluídos nesse núcleo material os direitos fundamentais, o princípio da divisão de poderes (como “princípio organizacional sustentador

politica (COSTA, Pietro. *Democrazia politica e Stato costituzionale*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2006. p. 49).

² HAURIOU, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional*. 2. ed. Tradução de Carlos Ruiz del Castillo. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927. p. 325. Sobre a existência de princípios implícitos, o autor afirma: “*hay otros muchos principios que no necesitan texto, porque lo característico de los principios es existir y valer sin texto*” (p. 327).

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1983. p. 99, 231.

⁴ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Seleção, tradução e introdução de Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992 [1966, 1959, 1974], p. 16. Para José Alfredo de Oliveira Baracho, “[o] núcleo material da Constituição é definido por suas dimensões normativo-materiais fundamentais que, por sua vez, alimenta todo o projeto constitucional. Como estatuto jurídico do político ou como estatuto fundamental da comunidade, objetiva, entre outros, alguns dados essenciais: dignidade da pessoa humana, a regulação da vida comunitária pelo direito e o processo democrático” (O abuso do poder econômico nas Constituições brasileiras. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 71, p. 57-81, jul. 1990).

da Constituição”), os fundamentos da ordem democrática — “a legitimação do domínio pela maioria do povo, a oportunidade igual e a proteção das minorias, o processo político aberto e livre da democracia” — e ainda os princípios do Direito Eleitoral, “a cooperação dos partidos na formação da vontade política, o princípio do pluripartidarismo, a liberdade de fundação e a igualdade de oportunidades dos partidos políticos, o controle parlamentar e o direito à oposição parlamentar”, as bases da ordem estatal-federal e os dispositivos sobre a reforma da Lei Fundamental.⁵

Para Manuel Aragón, a característica de uma Constituição principialista é poder se adaptar às mudanças sociais e suas novas demandas, mas a constitucionalização dos seus princípios impõe limites às mutações desvirtuadoras da normatividade constitucional. Deve-se evitar, assim, a busca de valores implícitos, como princípios não positivados, em uma tarefa que o juiz substitui o legislador.⁶

Para Luis Sanchez Agesta, aproximando-se de Maurice Hauriou, três elementos formam um regime constitucional: um núcleo central de ideias, externado por princípios que se vinculam à legitimidade do poder, a organização do Estado e de seus órgãos e uma ordem econômica e social.⁷ Sem esses componentes, não há o que se pensar em um Estado constitucional. E as escolhas centrais não podem ser objeto de alterações pelos poderes constituídos, sob pena de inexistir um conteúdo realmente com força constitucional — tudo fica à mercê da autoridade constituída, sem o respeito à autoridade constituinte.

⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. 20. ed. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 512-516.

⁶ ARAGÓN, Manuel. La eficacia jurídica del principio democrático. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, ano 8, v. 24, p. 9-45, sep./dec. 1985. O autor faz uma longa citação do voto do magistrado Rubio Llorente na sentença 53/85 do Tribunal Constitucional Espanhol, que vale trazer aqui: “El intérprete de la Constitución no puede abstraer de los preceptos de la Constitución el valor o los valores que, a su juicio, tales preceptos ‘encarnan’, para deducir después de ellos, considerados ya como puras abstracciones, obligaciones del legislador que no tienen apoyo en ningún texto constitucional concreto. Esto no es ni siquiera hacer jurisprudencia de valores, sino lisa y llanamente suplantar al legislador, o quizá más aún, al próprio poder constituyente”. E adiante: “La proyección normativa de los valores constitucionalmente consagrados corresponde al legislador, no al juez” (p. 23).

⁷ SANCHEZ AGESTA, Luis. *Curso de derecho constitucional comparado*. 7. ed. Madrid: Universidade de Madrid, 1980. p. 51. Na página 56 desta obra, o autor traz um quadro intitulado “A autoridade e as formas de governo” em que distingue as formas puras democracia e constitucionalismo. A primeira tem como princípio do poder a soberania da nação, como fundamento de autoridade a vontade atual do povo, como função o interesse nacional e a liberdade e como título da autoridade eleição ou representação. No constitucionalismo, a segurança e os fins institucionais configuram o princípio do poder, o poder como competência jurídica é o fundamento de autoridade, sua função se relaciona ao respeito ao Direito e à liberdade e o título da autoridade se vincula ao acesso ao poder regulado pelo Direito.

Nem mesmo o povo soberano, por manifestações de vontade que não se configurem constituintes, poderá alcançar esse conjunto de valores externalizados em princípios e que evidenciam o esqueleto constitucional. O constitucionalismo importa o estabelecimento de limites ao próprio poder soberano, ao menos em sua atuação cotidiana, em que ele se manifesta por meio de seus representantes ou diretamente, mas sem uma ruptura constitucional.

O isolamento em face da política majoritária das disposições constitucionais estruturais é democrático, afirma Cass Sunstein, enquanto assegure a atuação estatal no interesse do povo.⁸ Com Gustavo Zagrebelsky, a Constituição “es aquello sobre lo que no se vota; o mejor, en referencia a las constituciones democráticas, es aquello sobre lo que ya no se vota, porque ya ha sido votado de una vez por todas, en su origen”.⁹

Assim se configuram os princípios constitucionais estruturantes, inclusive os relativos ao Direito Eleitoral. São decisões inatingíveis, que formam o núcleo duro da Constituição: são os pilares do Estado brasileiro. Apenas um novo momento constituinte, que venha a substituir a estruturação estatal e as determinações políticas fundamentais, ao fazer tábula rasa do ordenamento jurídico vigente, pode afastar esses princípios.

Essa compreensão do constitucionalismo e da existência de um núcleo duro e inatingível da Constituição é que possibilita o desenvolvimento de uma “vontade de Constituição”, que leva à realização de seus conteúdos e à sua vigência real.¹⁰ Sem ele, e sem a vontade, não há Constituição, pois suas normas centrais

⁸ SUNSTEIN, Cass R. *Constituciones y democracias: epílogo*. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). *Constitucionalismo y democracia*. Tradução de Monica Utrilla de Neira. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999 [1988], p. 344-371. Para o autor, as disposições estruturais se destinam a minimizar as patologias das concepções de democracia — assim, a separação de poderes tende a limitar o poder das facções e o exercício do poder em benefício próprio. E afirma: “Los temores por partida doble a la tiranía faccional y a la representación egoísta a menudo han sido importantes fuerzas motivadoras tras las disposiciones estructurales”.

⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principios y votos: el Tribunal Constitucional y la política*. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta Editorial, 2008 [2005], p. 27. O autor é enfático: a Constituição fixa os pressupostos da vida em comum e as regras de exercício do poder público e os coloca para além da batalha política (p. 29).

¹⁰ Para Konrad Hesse, “[l]a voluntad del constituyente histórico no puede fundamentar la vigencia real de la Constitución y, desde luego, no puede mantenerla”. A força normativa da Constituição está condicionada pela possibilidade de realização dos seus conteúdos. “Cuanto más intensa sea la ‘voluntad de Constitución’ (Wille zur Verfassung) tanto más lejos cabrá situar los límites de las posibilidades de realización de la Constitución” (HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. p. 26-27). Segundo Carlos Ayres Britto, a vontade da Constituição de 1988 é ótima, mas a vontade de Constituição da sociedade brasileira está aquém da Constituição (Democracia como princípio, meio e fim. Palestra proferida na Jornada Jurídica em homenagem ao Professor Jorge Miranda: os 20 anos da Constituição Brasileira de 1988. Brasília. 03 out. 2008).

sempre poderão ser alteradas, formal ou informalmente, confundindo-se com a legislação ordinária.

A noção de constitucionalismo impõe a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, entre decisões que estão ao alcance das deliberações democráticas e questões que estão para além delas. Pressupõe a rigidez constitucional e sua pretensão de estabilidade.¹¹ A Constituição se caracteriza por sua intenção fundacional,¹² que implica um peso jurídico e político superior à atividade legislativa cotidiana.

A Constituição tem como necessário conteúdo a ideia de Direito, fruto da manifestação do poder constituinte, conforme afirma Georges Burdeau.¹³ A renúncia do povo a essa ideia tem que ser expressa, o que implica a exclusão da ideia de direito do debate democrático ordinário. Apenas o poder constituinte pode alterar, substituindo-a, a ideia de Direito de um Estado.

Além disso, a própria ideia de Constituição escrita impõe a presunção de seu caráter duradouro e da existência de regras estabelecidas para a sua alteração. Daí deriva o efeito estabilizador, racionalizador e de garantia que emana do texto constitucional — o que fracassa quando se lhe deixa de considerar vinculante.¹⁴

A Constituição não pretende, no entanto, cristalizar-se. Conforme Karl Loewenstein, a Constituição é um organismo vivo, dinâmico, sempre em movimento, jamais sendo idêntica a si mesma, o que exige mecanismos de adaptação do texto constitucional.¹⁵ Disso não decorre, contudo, sua prescindibilidade.

¹¹ Georg Jellinek aponta que as Constituições escritas revelam a fé na razão humana e que “se invoca al legislador para curar los males de la sociedad”. A intenção de estabelecer normas fundamentais para além do alcance do legislador mostra-se frustrada, pela perda da fé no constituinte e no legislador e instabilidade das normas constitucionais. No início do século XX, o autor já aponta a oposição de poderes ao legislador, que se atrevem a substituí-lo (*Reforma y mutación de la Constitución*, p. 5-6).

¹² GARCÍA DE ENTERRÍA. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. p. 50.

¹³ A ideia de Direito é a representação dominante da ordem social desejável, juridicamente garantida (BURDEAU, Georges. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Tradução de Ramón Falcón Tello. Madrid: Editora Nacional, 1981 [1977], p. 39; BURDEAU, Georges. *Manuel de droit public*, 1948. p. 35).

¹⁴ HESSE. *Escritos de derecho constitucional*. p. 21. Para o autor, quando se adota uma solução que não é aquela que deriva da interpretação literal da Constituição, ainda que seja de alguma maneira ou em algum caso mais adequada, “queda abierto el camino por el que la Constitución pueda ser dejada de lado con sólo invocar cualquier interés aparentemente más alto pero cuya superioridad será, con toda seguridad, puesta en cuestión. La idea básica de la Constitución escrita se ve entonces sustituida por una situación de inseguridad producida por una lucha constante de fuerzas y opiniones que en su argumentación no disponen de una base común de referencia” (p. 22).

¹⁵ “Cada constitución es un organismo vivo, siempre en movimiento como la vida misma, y está sometido a la dinámica de la realidad que jamás puede ser captada a través de fórmulas

A Constituição, documento escrito, solene, formal, deve carregar consigo um conteúdo determinado, ainda que mínimo, sob pena de não significar coisa alguma. O constitucionalismo resolve essa dinâmica entre alteração e permanência a partir da previsão de mudança do texto constitucional, geralmente com a reserva de determinadas matérias: a ideia de Direito.

A mudança do texto constitucional é levada a cabo mediante um processo previsto pela própria Constituição, que determina o sujeito, o procedimento e os limites da alteração. Assim, o ordenamento traz em si os limites materiais, formais, circunstanciais e temporais para a alteração do texto.

Se a titularidade do poder constituinte é objeto de discussão na doutrina, que ora considera o poder constituinte como um poder de Direito, cujo titular é necessariamente o povo e que encontra limites no Direito natural, ora como um poder de fato, cuja titularidade não pode ser pré-determinada e que é naturalmente ilimitado,¹⁶ o titular do poder de reforma da Constituição é claramente estabelecido pela própria Constituição. E para que se caracterize seu papel de fundadora e fundamentadora do ordenamento jurídico, sua reforma deve ser confiada a um “superlegislador”.¹⁷

A Constituição brasileira em vigor assenta que o titular do poder de reforma do seu texto é o Poder Legislativo, seja pelo processo de emenda (artigo 60), seja pelo processo de revisão (artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).¹⁸ A revisão mostra-se como um processo excepcional de reforma, único, realizado após cinco anos da promulgação da Constituição, pelo Congresso Nacional reunido e cuja aprovação de suas reformas exige maioria absoluta. Pelo texto constitucional — apesar de leituras distintas principalmente na esfera política — a revisão já se deu

fijas. Una constitución no es jamás idéntica consigo misma, y está sometida constantemente al panta rhei heraclítico de todo lo viviente” (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976 [1961]. p. 164).

¹⁶ Consideram o poder constituinte de titularidade do povo José Afonso da Silva, Dalmo de Abreu Dallari, Josaphat Marinho, Afonso Arinos de Melo Franco, Goffredo Telles Junior e Paulo Bonavides; e apontam o caráter não jurídico do poder constituinte e afirmam a impossibilidade de determinar sua titularidade Celso Bastos, Cotrim Neto, Aricê Moacyr Amaral Santos, José Adércio Leite Sampaio e Carlos Ari Sundfeld. A análise do pensamento dos autores foi realizada durante a pesquisa de mestrado da autora, que tratava da Assembleia Nacional Constituinte que elaborou a Constituição de 1988 (SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 41-61).

¹⁷ SANCHEZ AGESTA, Luis. *Curso de derecho constitucional comparado*. 7. ed. Madrid: Universidade de Madrid, 1980. p. 47.

¹⁸ Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. 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”.

em 1993, com seis emendas alterando o texto constitucional. Não pode ser repetida: o dispositivo constitucional esgotou-se com a sua concretização.¹⁹

O artigo 60²⁰ traz toda a disciplina de reforma da Constituição. Estabelece como titulares de proposta de reforma os membros do Congresso Nacional (um terço de uma das casas), o Presidente da República e mais da metade das Assembleias Legislativas.²¹ Não reconhece a legitimidade do povo, soberano por forma do parágrafo único do artigo 1º, para propor a alteração da Constituição, o que, segundo Karl Loewenstein, contraria a ideologia do Estado constitucional democrático, que exige que a competência para a reforma constitucional esteja o mais distribuída possível, pois “soberano es aquel entre los detentadores del poder que decide sobre la reforma constitucional”.²²

A Constituição impõe o procedimento de mudança, a partir da votação nas duas casas legislativas, em dois turnos, com a exigência de aprovação de três quintos dos membros de cada uma. Exige-se, assim, uma prévia reflexão para a mudança,²³ e um amplo consenso. Não há previsão de sanção pelo Presidente da República, de aprovação pelas assembleias legislativas e nem

¹⁹ Assim a posição de José Afonso da Silva (*Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 243).

²⁰ Art. 60. “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. §1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. §2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. §3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. §5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”.

²¹ Em uma fraca acepção federalista, pois reconhece a legitimidade dos estados membros para propor a reforma da Constituição, mas não exige a sua concordância para a entrada em vigor das modificações. Conforme LOEWENSTEIN. *Teoría de la Constitución*. p. 182.

²² *Ibidem*, p. 172. Para Fábio Konder Comparato e Dalton José Borba, a não vedação expressa de iniciativa popular para a apresentação de propostas de emendas à Constituição implica a possibilidade da participação do povo, em nome do princípio da soberania popular, no processo de alteração da Constituição. COMPARATO. Emenda e revisão na Constituição de 1988. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 93, p. 125-128, jan./mar. 1990; BORBA. *Iniciativa popular de emenda constitucional no Brasil*. Curitiba, 2002. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

²³ A prévia reflexão para a mudança da Constituição é exigência da configuração de um Estado constitucional, conforme Georges Burdeau (*Derecho constitucional e instituciones políticas. op. cit.*, p. 115). Isso não ocorre, ou não ocorre necessariamente, quando da mutação constitucional.

de referendo popular. Pela previsão constitucional, a reforma da Constituição não é nem fácil demais nem muito difícil, o que permite a adaptação do texto sem fragilidade em face das maiorias eventuais e um relativo poder de veto a minorias discordantes.

As limitações circunstanciais estão postas, proibindo a alteração da Constituição em momentos de crise institucional (intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio). E, assegurando a estabilidade das decisões fundamentais, retira expressamente determinadas questões do alcance do poder de reforma: a federação; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes e os direitos e as garantias individuais. Não há no texto constitucional limitações temporais à reforma do texto.

Os incisos do parágrafo 4º do artigo 60, no entanto, não são os únicos limites materiais à mudança da Constituição. Alguns derivam da lógica da disciplina constitucional: são limites ao poder de reforma a sua titularidade, o seu procedimento e o próprio dispositivo que prevê os limites materiais.²⁴ Outros limites derivam da ideia de Constituição, do seu papel e de seu conteúdo necessário. Dessa maneira, sob pena de esvaziar-se a noção de constitucionalismo, os princípios constitucionais estruturantes, gerais e setoriais, estão para além do alcance do poder de reforma da Constituição, pois constituem o núcleo constitutivo de identidade,²⁵ a essência da ideia de Direito.²⁶ A competência reconhecida constitucionalmente para a alteração da Constituição pressupõe a preservação da identidade e continuidade da Constituição, entendida aqui como decisão política fundamental.²⁷

Acentua Jorge Miranda que o sentido da existência de limites às alterações da Constituição é a “intangibilidade de certos princípios”, em face da

²⁴ Não se admite a hipótese de “dupla revisão”, com o afastamento das cláusulas protetoras e posteriormente das matérias originalmente protegidas. Parece adequada à noção de Constituição e de poder constituinte a visão de José Joaquim Gomes Canotilho, que vê na dupla revisão uma fraude à Constituição (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 997-998).

²⁵ *Ibidem*, p. 1001.

²⁶ Conforme Karl Loewenstein, os limites da reforma da Constituição são “por una parte, medidas para proteger concretas instituciones constitucionales — intangibilidad articulada —, y, por otra parte, aquellas que sirven para garantizar determinados valores fundamentales de la constitución que no deben estar necesariamente expresados en disposiciones o en instituciones concretas, sino que rigen como ‘implícitos’, ‘inmanentes’ o ‘inherentes’ a la constitución. En el primer caso, determinadas normas constitucionales se sustraen a cualquier enmienda por medio de una prohibición jurídico-constitucional, y, en el segundo caso, la prohibición de reforma se produce a partir del ‘espíritu’ o telos de la constitución, sin una proclamación expresa en una proposición jurídico-constitucional” (*Teoría de la Constitución*, p. 189).

²⁷ SCHMITT. *Constitutional theory*, p. 150.

função do poder de reforma: defender a Constituição e garantir sua identidade e continuidade.²⁸

A incorporação no texto constitucional de determinados princípios que dão a estrutura do Estado e a legitimidade do poder político obriga que seus termos sejam dotados de significado jurídico²⁹ e colocados para além do alcance das possibilidades de alteração constitucional.

No núcleo constitucional intangível estão incluídos, exemplificativamente, o princípio republicano,³⁰ o princípio do Estado de Direito, o princípio democrático (para além da garantia do voto direto, secreto, universal e periódico), o princípio da anualidade tributária, o princípio da legalidade penal, os princípios da Administração Pública e os princípios eleitorais: a autenticidade eleitoral, a liberdade para o exercício do mandato, a necessária participação das minorias no debate público e nas instituições políticas,³¹ a máxima igualdade na disputa eleitoral e a legalidade específica em matéria eleitoral. Esses princípios fazem parte dos conteúdos essenciais da Constituição, são decisões constituintes fundamentais,³² compõem seu núcleo imodificável.³³

As competências constitucionais também são inalcançáveis ao poder de reforma.³⁴ Além disso, os preceitos que as prevêm se caracterizam como regras,

²⁸ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 411, 414. O autor, sublinhando a natureza declarativa das cláusulas pétreas, afirma que elas são afastáveis, podendo ser revogadas pelo poder de reforma, desde que não se atinjam os princípios nucleares da Constituição (p. 418-419).

²⁹ ARAGÓN. La eficacia jurídica del principio democrático, p. 27.

³⁰ Paulo Peretti Torelly demonstra a inconstitucionalidade da Emenda 16/97, que insere a reeleição no ordenamento jurídico brasileiro, em face do princípio republicano, ofendendo a "moldura republicana desenhada pelo Poder Constituinte originário na definição do estatuto do poder, o que acaba por afrontar a própria essência do Estado Democrático de Direito, concebido precipuamente como limitação do poder e garantia substantiva de participação e legitimidade populares" (*A substancial inconstitucionalidade da regra da reeleição: isonomia e república no direito constitucional e na teoria da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 197).

³¹ Vale ressaltar que o sistema de representação proporcional é limite material expresso ao poder de reforma na Constituição portuguesa (artigo 288º, h), não sendo admissível sua relativização ou "qualquer 'engenharia de círculos' que perverta, na prática, a regra da proporcionalidade" (CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 301).

³² Terminologia adotada por Ingo Sarlet (*A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 414). O autor reconhece a existência de limites materiais imanentes e implícitos à reforma constitucional, incluindo aí os princípios fundamentais do Título I da Constituição, as normas sobre a reforma da Constituição, a República e o presidencialismo (a partir da decisão popular em 1993) (p. 417 *et seq.*).

³³ Conforme a expressão de José Afonso da Silva (*Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 66). O autor, revendo posicionamento anterior, defende a intangibilidade da República.

³⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 83.

de aplicação direta e cogente, sem possibilidade de ponderação ou oposição a outros princípios. Assim não cabe ao Poder Judiciário, ao considerar a ineficácia do Poder Legislativo em estabelecer normas jurídicas, assumir a competência legislativa.

Uadi Lammêgo Bulos apresenta quatro teses a respeito dos limites materiais ao poder reformador: (a) insuperabilidade dos limites materiais; (b) ilegitimidade dos limites materiais em face da igual dignidade do poder constituinte inicial e posterior; (c) imprestabilidade dos limites materiais expressos; e (d) possibilidade de dupla revisão, como limites que podem ser alterados pelo legislador reformador. Aponta que essa última tese configura uma fraude à Constituição, uma ruptura constitucional.³⁵ Afirmar, ainda, a existência de limitações implícitas, inerentes, tácitas ou imanes ao poder de reforma, relacionadas aos direitos fundamentais, à titularidade do poder constituinte e do poder reformador e às disposições que regulam o processo de emenda ou da revisão constitucional.³⁶

O desrespeito aos limites constitucionais referentes à sua reforma leva ao afastamento da modificação, mediante controle de constitucionalidade. Vale ressaltar, no entanto, que a reforma do texto não é a única maneira pela qual a Constituição pode ser modificada. A realidade constitucional revela a alteração da Constituição por meio de mutação constitucional, fenômeno que, mantendo incólume o texto constitucional, altera seu significado. Se a reforma da Constituição encontra disciplina expressa no próprio texto constitucional, a mutação não é prevista, o que dificulta o estabelecimento de seus limites e o reconhecimento da legitimidade dos seus agentes.

Os autores distinguem a reforma da mutação a partir de diferentes elementos. Georg Jellinek considera reforma da Constituição a modificação voluntária e intencional das suas normas e entende por mutação a alteração que deixa incólume o seu texto e que se produz por fatos que não precisam ser acompanhados de intenção ou consciência. Configura mutação constitucional a alteração do significado do dispositivo da Constituição sem um processo de revisão ou reforma. Têm natureza fática. O autor aponta a força constituinte do fato consumado, que revela a necessidade política como um poder criador do Direito, transformador da Constituição, não apenas em momentos críticos.³⁷

³⁵ Ruptura constitucional é entendida por Karl Loewenstein como uma exceção em um caso concreto da aplicação de uma norma que tem sua validade geral preservada (LOEWENSTEIN. *Teoría de la Constitución*, p. 187).

³⁶ BULOS. *Mutação constitucional*. p. 40-51.

³⁷ "Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución,

Entender a mutação constitucional como um poder de fato — caracterização do poder constituinte — faz tábula rasa do princípio da constitucionalidade, da noção de Constituição, de sua supremacia e rigidez. Para José Afonso da Silva, essa compreensão leva a “uma verdadeira flexibilização das Constituições rígidas”.³⁸

Para Karl Loewenstein, reforma constitucional é a modificação do texto, sua técnica (aspecto formal) e seu resultado (aspecto material). A mutação constitucional, mais frequente, é a transformação na realidade da configuração do poder político, da estrutura social e do equilíbrio de interesses sem alteração do texto constitucional.³⁹

Konrad Hesse afirma que revisão constitucional é apenas aquela que modifica o texto da Constituição. A mutação constitucional afeta não o texto, mas a concretização do conteúdo das normas constitucionais, a partir da abertura de seus termos. O conteúdo é modificado, “de la manera que sea”, mudando o conteúdo da norma ou a “situação constitucional”⁴⁰ de modo que a norma passa a ter uma significação diferente. O autor aponta ainda a ruptura constitucional, que é a não observância do texto constitucional em um caso concreto.⁴¹

Anna Cândida da Cunha Ferraz aponta que ocorre mutação constitucional quando é atribuído um sentido novo à Constituição, quando se dá à norma um caráter mais abrangente ou um novo conteúdo e quando se preenchem lacunas do texto constitucional.⁴² Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco afirmam que a mutação constitucional decorre “da conjugação da *peculiaridade* da linguagem constitucional, polissêmica e

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 consciencia, de tal mutación” (JELLINEK. *Reforma y mutación de la Constitución*. p. 7, 29). Pablo Lucas Verdú, em estudo preliminar a essa obra, afirma que essa compreensão revela a influência de Lassale sobre o pensamento de Jellinek (p. LXIII). Para Konrad Hesse o tratamento dado por Georg Jellinek à mutação constitucional leva à conclusão de que é impossível traçar limites à mutação constitucional, que se mostra como o resultado da atuação de forças elementares irresistíveis, com a capitulação da Constituição em face dos fatos (HESSE. *Escritos de derecho constitucional*. p. 88, 99).

³⁸ SILVA. *Poder constituinte e poder popular*, p. 284.

³⁹ LOEWENSTEIN. *Teoría de la Constitución*, p. 165.

⁴⁰ Com o afastamento da vigência efetiva de uma norma constitucional. Para o autor, não é possível vislumbrar-se uma mutação constitucional quando se opõem a situação constitucional e a norma constitucional, porque se está argumentando em diferentes níveis (HESSE. *Escritos de derecho constitucional*, p. 87).

⁴¹ *Ibidem*, p. 24, 85-86.

⁴² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha Ferraz. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 56-58.

indeterminada, com os *factores externos*, de ordem econômica, social e cultural, que a Constituição — pluralista por antonomásia — intenta regular e que, dialeticamente, interagem com ela, produzindo leituras sempre renovadas das mensagens enviadas pelo constituinte”.⁴³

A mutação, para Georg Jellinek, pode dar-se pela prática parlamentar, da administração e da jurisdição, pela necessidade política, por desuso das faculdades estatais (negada pelo autor, ao afirmar a imprescritibilidade do Direito do Estado) e pela integração das lacunas da Constituição.⁴⁴

A partir das lições de Hsü Dau-Lin, Pablo Lucas Verdú e Manuel García-Pelayo, Uadi Lammêgo Bulos aponta quatro modalidades de mutação constitucional: por meio de prática que não vulnera a Constituição; por impossibilidade do exercício de determinada atribuição constitucional; em decorrência de prática que viola preceitos constitucionais; e pela interpretação. Em face da espontaneidade dos métodos de mutação, que podem ser pela interpretação, pela construção judicial, pelos usos e costumes, pela complementação legislativa, por práticas governamentais, legislativas e judiciárias e pela influência dos grupos de pressão, o autor afirma sua ilimitação.⁴⁵

O ponto nodal da mutação constitucional está na interpretação das normas constitucionais, quando de sua aplicação pelo juiz.⁴⁶ As alterações informais do conteúdo do preceito constitucional pelo legislador, mediante a elaboração de uma lei que contrarie o entendimento de determinado comando, sempre pode ser objeto de controle de constitucionalidade. Práticas que trazem novos significados ao texto constitucional podem ser afastadas ou afirmadas pelo Poder Legislativo. A aplicação da Constituição pelo julgador, no entanto, pode assumir uma feição definitiva.

⁴³ MENDES; COELHO; BRANCO. *Curso de direito constitucional*, p. 130.

⁴⁴ JELLINEK. *Reforma y mutación de la Constitución*. Afirma o autor que cabe ao legislador o preenchimento das lacunas como regra geral, “porque la reforma de la Constitución es el camino más seguro para colmar completamente tales lagunas” (p. 56).

⁴⁵ BULOS. *Mutação constitucional*, p. 63-66. De maneira bastante singela, Paulo José Leite Farias aduz que “a Constituição de um país deve ser o bastante plástica e flexível para acolher e permitir mutações decididas pela sociedade por intermédio de mecanismos democráticos estabelecidos pela própria Constituição”, afirmando a impossibilidade de que a mutação ofenda a letra ou o espírito da Constituição (Mutações constitucionais judiciais como mecanismo de adequação da Constituição econômica à realidade econômica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 34, n. 133, p. 214-215, jan./mar. 1997).

⁴⁶ Konrad Hesse afirma que a função da interpretação é “hallar el resultado constitucionalmente ‘correcto’ a través de un procedimiento racional y controlable, el fundamentar este resultado, de modo igualmente racional y controlable, creando, de este modo, certeza y previsibilidad jurídicas, y no, acaso, el de la simple decisión por la decisión”. Aduz, ainda, que o recurso acríptico a valores provoca crescente insegurança (*Escritos de derecho constitucional*, p. 35).

Ao aplicar a norma jurídica, o intérprete pode atribuir novos sentidos aos seus termos, alargando ou restringindo seu significado. A textura aberta da linguagem e a plasticidade das normas constitucionais permitem essa atualização, como se verifica facilmente nos termos “bem comum”, “interesse público”, “reputação ilibada”, “honra”, “justiça social”, “igualdade”, “liberdade”.

O Supremo Tribunal Federal reconhece a possibilidade de uma mudança informal do texto constitucional por meio dos seus julgados. O Ministro Celso de Mello acentua que a interpretação constitucional é instrumento juridicamente idôneo para realizar a mutação, afirmando sua legitimidade “se e quando imperioso” for compatibilizar a Constituição “com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos”. O Ministro Gilmar Mendes ressalta a influência do tempo no Direito Constitucional, evidenciando a importância da evolução jurisprudencial e da mutação constitucional. Referindo-se às lições de Karl Larenz, Inocêncio Mártires Coelho e Peter Häberle, acentua que a norma é o resultado do processo de interpretação, sempre integrado à realidade e ao tempo.⁴⁷

O Direito é linguagem e sua aplicação exige uma atribuição de sentido ao seu enunciado. Essa atribuição de sentido não pode, no entanto, ser ilimitada. A configuração de um Estado democrático constitucional exige o afastamento do *gerrymandering* interpretativo,⁴⁸ a partir do estabelecimento de critérios, a fim de não permitir o esvaziamento da ideia de Constituição pela mutação constitucional promovida pelos juízes e tribunais. Não é suficiente a existência de um “lastro democrático”, “uma demanda social efetiva por parte

⁴⁷ Manifestações nos julgados: Habeas corpus 96.772-8 São Paulo, Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 09 de junho de 2009, publicado em 21 de agosto de 2009. Embargos de divergência no Recurso Extraordinário 166.791-5 Distrito Federal, Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado em 20 de setembro de 2007, publicado em 19 de outubro de 2007. O primeiro caso se refere à não subsistência da prisão civil do depositário infiel, prevista no artigo 5º, LXVII, em face da adesão do Brasil à Convenção Americana dos Direitos Humanos, que veda tal prisão. O segundo diz respeito ao artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que prevê a anistia aos servidores públicos que foram atingidos por atos da ditadura militar e assegura o direito a promoções. O Supremo Tribunal Federal entendia que o dispositivo alcançava apenas as promoções por antiguidade, mas passa a compreender que estão incluídas também as promoções por merecimento. O Supremo Tribunal Federal se manifesta sobre as mudanças de entendimento dos dispositivos constitucionais também nos mandados de segurança sobre a fidelidade partidária (Mandados de segurança 26.602, 26.603 e 26.604).

⁴⁸ Expressão utilizada por Jônatas Machado, a partir da preocupação com a proteção do conteúdo da liberdade de expressão (*Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 740, 1129). *Gerrymandering* é uma fraude eleitoral relacionada à divisão do território em distritos, que leva à distorção da representação.

da coletividade”.⁴⁹ adotar uma Constituição significa expressamente impor limites à vontade democrática. Tampouco parece adequado ao princípio da constitucionalidade conceber a mutação constitucional como a expressão de um “poder constituinte difuso”.⁵⁰

Konrad Hesse estabelece limites à mutação constitucional, afirmando que a ideia de Constituição e sua garantia exigem controle e bloqueios aos ataques ao seu texto: “Cuando tales parámetros faltan, entonces no cabe distinguir ya entre actos constitucionales e inconstitucionales porque la afirmación siempre posible de una mutación constitucional no puede probarse ni refutarse”.⁵¹ Certamente a aceitação da mutação constitucional como fato, como força constituinte, e o não reconhecimento de limites a ela levam à quebra da própria ideia de Constituição.

A concretização de uma norma constitucional (sua interpretação) exige a incorporação das circunstâncias da realidade regulada pela norma. Há uma atividade criativa, mas limitada por sua vinculação à norma. Assim, como em Friedrich Müller,⁵² há na teoria constitucional de Konrad Hesse,⁵³ uma distinção entre norma e texto normativo. O programa normativo — texto da norma — acolhe o âmbito normativo, as circunstâncias do mundo social, e, assim, se atualiza e se mostra aberto às modificações sociais, permitindo uma mutação constitucional constante na concretização da norma.⁵⁴

Mas as hipóteses de interpretação são vinculadas às possibilidades da norma — a Constituição escrita “se convierte en límite infranqueable de la interpretación constitucional”, há a primazia do texto constitucional.⁵⁵ É o programa

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 126.

⁵⁰ Conforme a dicção de Georges Burdeau, com a adesão de Luís Roberto Barroso (*Curso de direito constitucional contemporâneo*, p. 127) e Anna Cândida da Cunha Ferraz (*Processos informais de mudança da Constituição*, p. 10).

⁵¹ Hesse ressalta a aceitação majoritária do fenômeno da mutação, a partir de argumentos históricos ou de dinâmica constitucional, sem uma explicação concreta sobre o funcionamento e os limites a essas alterações das normas constitucionais (*Escritos de derecho constitucional*, p. 81-84).

⁵² MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

⁵³ Konrad Hesse assume o método tópico, mas não em toda a sua extensão. A noção de concretização implica a interpretação da norma a partir de um problema concreto. A atuação tópica, no entanto, é orientada e limitada pela norma, o que restringe os argumentos que podem ser colacionados pelo intérprete, sendo-lhe vedado ignorar o programa normativo e as diretrizes constitucionais (*Ibidem*, p. 42-43).

⁵⁴ *Ibidem*, p. 41, 28.

⁵⁵ Ou, como apontam Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Reis Siqueira Freire, analisando o método hermenêutico-concretizador de Konrad Hesse como adequado para a decisão em colisão de direitos fundamentais, estão ao alcance do intérprete “os elementos concretizantes ofertados pela normativa constitucional” (CLÈVE; FREIRE. Algumas notas sobre colisão de

normativo — o texto da norma — que permite ou não que sejam consideradas circunstâncias da realidade que ao se modificarem alteram o conteúdo da norma constitucional. Essa possibilidade de alteração do conteúdo deve ser demonstrada com argumentos extraídos da própria norma jurídica e não a partir de razões vinculadas à força dos fatos ou à necessidade. Permite-se a mutação constitucional, mas se exclui a ruptura constitucional, o seu “quebrantamiento”, que leva à reforma do texto, pois estipula um conteúdo incompatível com o texto da norma.⁵⁶

As modificações admitidas pelo âmbito normativo na concretização da norma não podem admitir conteúdos que contrariem as normas, não podem ser aceitas como “realidade constitucional”, ou Constituição realizada. Os limites da mutação constitucional estão na Constituição: na norma escrita e nas funções da Constituição, relacionadas à estabilização, racionalização e estabilização do poder.⁵⁷

Anna Cândida Cunha Ferraz denomina a mudança informal que ofende à Constituição de “mutação inconstitucional”, embora desenvolva o tema a partir da noção de “mutações manifestamente inconstitucionais”, cuja ofensa à Constituição é facilmente perceptível. A autora ressalta que “para que o *espírito* da Constituição seja limite para o intérprete é importante que ele deflua claramente do texto constitucional” e que não se pode congelar a Constituição “a pretexto de respeitar [seu] *espírito*”.⁵⁸ Há dificuldade, no entanto, de marcar o que seja “manifestamente inconstitucional”.⁵⁹

Há falseamento da Constituição quando seu texto é afastado sem mudanças regulares no direito constitucional, afirma Maurice Hauriou, que, no entanto, aduz que tais falseamentos “sólo crean estados de hecho y no estados de derecho; que no modifican el Derecho y que, por lo tanto, es lícito — desde que sea posible — la vuelta a las prescripciones y prerrogativas de la Constitución”.⁶⁰

direitos fundamentais. In: GRAU; CUNHA (Org.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 231-243, 236).

⁵⁶ HESSE. *Escritos de derecho constitucional*, p. 48-49, 100-102. O texto pode trazer elementos firmes, em relação aos quais não resta espaço para preenchimento com dados da realidade (p. 95).

⁵⁷ *Ibidem*, p. 29, 102.

⁵⁸ FERRAZ. *Processos informais de mudança da Constituição*, p. 9-10, 58, 243-251.

⁵⁹ Anna Cândida da Cunha Ferraz afirma que as alterações informais manifestamente inconstitucionais produzem deformação constitucional, (a) afetando a aplicação da Constituição em um caso concreto, (b) ab-rogando ou derogando uma norma constitucional, (c) suspendendo temporariamente a eficácia das normas constitucionais, (d) produzindo rupturas no ordenamento constitucional ou (e) provocando mudança total da Constituição (*Ibidem*, p. 245).

⁶⁰ HAURIOU. *Principios de derecho público y constitucional*, p. 331-332.

Cabem quanto à mutação as considerações feitas em relação aos limites materiais implícitos ao poder de reforma: a mudança da Constituição, ainda que informal, não pode atingir o núcleo da Constituição, seus princípios fundamentais, os princípios constitucionais estruturantes. Assim não fosse e o Poder Judiciário estaria para além da submissão à Constituição.

Ressalta Luís Roberto Barroso que há dois limites para a mutação constitucional: as possibilidades semânticas da norma e a “preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição”.⁶¹

Assim o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco: a mudança de interpretação “há, porém, de encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violentar os princípios estruturantes da Lei Maior; do contrário, haverá apenas uma interpretação inconstitucional”.⁶²

Ainda que seja lógico argumentar nesse sentido, e que essa afirmação decorra do sistema constitucional, não há remédio jurídico para a correção de uma mudança informal da Constituição que não tenha respeitado esses limites quando seu agente é o Poder Judiciário pelo seu órgão de cúpula.⁶³ A atuação nesse sentido, porém, leva ao desprestígio do papel da Constituição, provocado por quem tem o dever de protegê-la.⁶⁴ Ao modificar a Constituição o Poder Judiciário extrapola os poderes que lhe foram confiados pela própria Constituição, apropriando-se da soberania e do poder constituinte.⁶⁵

O desrespeito às normas constitucionais, demonstrado seja pela desconsideração de seu comando normativo seja por alterações constantes de

⁶¹ BARROSO. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, p. 127. Não se pode concordar com Uadi Lammêgo Bulos, para quem somente há uma limitação subjetiva, a consciência do intérprete, às mutações constitucionais, sendo impossível determinar-lhe outros limites (*Mutação constitucional*, p. 91, 197).

⁶² MENDES; COELHO; BRANCO. *Curso de direito constitucional*, p. 230. Os autores, às páginas 1022-1025, tratam do “processo de inconstitucionalização”, pela alteração da interpretação de uma norma constitucional: com a mudança de entendimento, uma regra que era considerada constitucional para a ser vista como contrária à Constituição. Impõe-se, nesses casos, a adoção de uma técnica de decisão que traduza a mudança de valoração.

⁶³ Há a possibilidade de o poder de reforma da Constituição, mediante a modificação expressa do texto constitucional, reestabelecer o sentido originário da norma. No entanto, além do alto custo político da alteração — com exigência do processo de emenda e de alto grau de consenso — ainda poderia o Supremo Tribunal Federal, provocado, afastar a emenda por inconstitucionalidade.

⁶⁴ Para Karl Loewenstein, “toda constitución debe, por lo menos, tener para su pueblo una validez superior a la del producto diario de sus ruedas legislativas” e as reformas constitucionais levam a uma depreciação do sentimento constitucional do povo (*Teoría de la Constitución*, p. 199-200).

⁶⁵ Ressalta Sieyès que “a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação. É neste sentido que as leis constitucionais são *fundamentais*” (*A constituinte burguesa*, p. 117).

seu texto ou de seu significado, leva ao enfraquecimento da percepção do cidadão em relação à força normativa da Constituição e à debilitação do sentimento constitucional.

A observância das normas jurídicas depende em grande medida da relação de percepções e expectativas dos cidadãos. Para que ela se imponha de maneira usual e faça parte da prática cotidiana daqueles formalmente submetidos ao ordenamento jurídico, é necessário que o cidadão perceba que a aplicação da norma é efetiva e que os agentes públicos, bem como os demais cidadãos, respeitam suas determinações.

O sentimento constitucional é formado por esse respeito às determinações constitucionais, e, segundo Karl Loewenstein, é a consciência de que a Constituição estabelece uma ordem a que todos estão submetidos, que transcende os antagonismos e tensões e que exige tanto uma educação constitucional como um contato direto do povo com a Constituição.⁶⁶

Para Pablo Lucas Verdú, o sentimento constitucional se refere à adesão afetiva à ordem constitucional, por uma valoração ética a partir de uma implicação com o texto constitucional. Para que esse sentimento exista e se mantenha, não é necessário um conhecimento técnico e profundo do texto constitucional, mas uma relação de crença e de justiça nas determinações constitucionais.⁶⁷

O que leva um povo a sentir-se albergado na Constituição é sua participação, ainda que mediatizada, na elaboração de seu texto. A Constituição de 1988, por sua gênese, mostra-se capaz de produzir esse sentimento, pela situação constituinte que se estabelece no final da década de 1970 e que se fortalece com a derrota do movimento pela eleição direta para presidente em 1984. Há intensa discussão sobre o que deve estar na Constituição, sobre seus princípios e normas, com organização de espaços de debate e envio de formulários com sugestões aos constituintes, e interferência direta na elaboração do texto, com a apresentação de emendas populares.⁶⁸

⁶⁶ LOEWENSTEIN. *Teoría de la Constitución*, p. 200-202.

⁶⁷ VERDÚ. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004. principalmente p. 53 *et seq.* O autor traz um conceito de sentimento constitucional: “adesão interna às normas e instituições fundamentais de um país, experimentada com intensidade mais ou menos consciente porque estima-se (sem que seja necessário um conhecimento exato de suas peculiaridades e funcionamento) que são boas e convenientes para a integração, manutenção e desenvolvimento de uma justa convivência” (p. 75).

⁶⁸ Sobre o processo constituinte e a participação popular, ver SALGADO. *Constituição e democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*.

Essa Constituição não pode ser afastada por discussões em espaços restritos de sedes partidárias nem reeditada por expertos. Suas escolhas fundamentais devem ser respeitadas pela cidadania e pelos poderes institucionalizados, sob pena de entornar o constitucionalismo e a democracia.

The Explicit and Implicit Limits to Formal and Informal Constitutional Change: Essays in Defense of Constitutionalism and Democracy

Abstract: The article explores the issue of informal constitutional change and its relation to the defense of the Constitution. It sets out the fundamentals of constitutionalism to demonstrate the necessity of protecting the core of the Constitution in the face of formal and informal changes. Also highlights the need for discussion of the limits of constitutional judicial interpretation to avoid a distortion of the democratic framers' choices.

Key words: Democracy. Constitution. Informal constitutional change. Judicial branch.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SALGADO, Eneida Desiree. Os limites explícitos e implícitos aos processos formais e informais de mudança da Constituição: ensaio em defesa do constitucionalismo e da democracia. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 159-176, abr./jun. 2012.

Recebido em: 05.09.2011

Aprovado em: 24.02.2012