

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO
CONSTITUCIONAL**

CAROLINA REIS JATOBÁ COELHO

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: A ATUAÇÃO DA
SOCIEDADE ABERTA COMO PROTAGONISTA
NA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO
BRASILEIRA DE 1988.**

Brasília – DF

2008

CAROLINA REIS JATOBÁ COELHO

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: A ATUAÇÃO DA
SOCIEDADE ABERTA COMO PROTAGONISTA
NA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO
BRASILEIRA DE 1988.**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientadora: Dra. Prof.^a Christine Oliveira Peter da Silva

Brasília – DF

2008

CAROLINA REIS JATOBÁ COELHO

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: A ATUAÇÃO DA
SOCIEDADE ABERTA COMO PROTAGONISTA
NA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO
BRASILEIRA DE 1988.**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Especialista em Direito
Constitucional, no Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com
menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Ao Paulo Rogério dos Santos Coêlho, simplesmente pelo que és.

A Deus, Senhor Todo Grandioso e Todo Poderoso, Sabedor de Todo Conhecimento e toda Ciência. A Ti, Amado Mestre, sempre toda Honra e todo Louvor. Obrigada por me fazer compreender que todas as coisas cooperam para o bem daqueles que servem a Ti.

Ao Paulo, por tudo que tens sido e aqui, efetivamente, as palavras vão ser inúteis para demonstrar o quão grata sou por tudo que representas na minha vida.

Aos meus pais, por sempre me mostrarem o que é agradável, justo e correto, por seus valores coincidirem com o ideal de Justiça que busca o Direito e por me incentivarem na permanência e disciplina, sempre nos caminhos da leitura constante, dos estudos, da possibilidade elevação cultural.

Aos irmãos, Júlio e Marcelo, extensão da minha própria vida, os homens companheiros, fortes, inteligentes e muito bem humorados que me fazem entender que tudo na vida pode ser levado de forma mais leve, com uma pitada de ironia.

Aos meus sogros, também pais que a vida me concedeu, pelas estórias contadas – muitas delas na mesa do almoço, jantar ou chá - que me abrem a cabeça para lições de vida e Direito. E o que não é o Direito senão a regulação e manifestação da vida?

Quisera eu que as palavras saíssem de sua limitação material e que pudessem exprimir de maneira real o verdadeiro sentimento de gratidão que tenho nutrido pelas pessoas aqui relacionadas.

Porém, se vale o gesto, é dever agradecer:

À orientadora Doutora Christine Peter, que desde a época da graduação (Núcleo de Estudos Constitucionais – N.E.C UNICEUB) sempre me incentivou a trilhar os caminhos da pesquisa acadêmica e com seu espírito jovem e curioso fez brotar no meu coração o respeito e a admiração pelas coisas que não são captadas às pressas, com a simplicidade de um olhar, mas que exigem longa e dedicada observação.

À todo corpo docente e discente do Instituto Brasiliense de Direito Público, local onde ocorrem valiosas contribuições à Ciência do Direito. Especial agradecimento ao Professor Doutor Paulo Gonet Branco pelas sugestões de temas e leituras e ao Professor Doutor Inocêncio Mártires Coelho, pelo valioso empréstimo da obra do chinês *Hsü Dau Lin*.

Às bibliotecárias Solange e Vanessa, as duas imbuídas de espírito pesquisador e possuidoras de presteza e cortesia no atendimento dos alunos.

Meus sinceros agradecimentos à Heloísa Tepedino e equipe da Caixa Econômica Federal que, mais do que colegas mostraram-se verdadeiros companheiros, permitindo que minhas ausências fossem supridas com seus valiosos esforços.

À amiga Priscila, pelo empréstimo de livros relevantes; À Valleska, pelo incentivo que me fez sempre continuar e à Clarissa pela solidariedade nas horas de angústia intelectual.

“Não é o mais forte nem o mais inteligente que evolui. É o mais adaptado a mudanças.”

Charles Darwin

“Uma Constituição não é jamais idêntica a si própria, estando constantemente submetida ao *pantha rhei* heraclitiano de todo ser vivo.”

Karl Loewenstein

RESUMO

COELHO, Carolina Reis Jatobá. **Mutação constitucional: a atuação da sociedade aberta como protagonista na interpretação da constituição brasileira de 1988.** Brasília, 2008. 96 fls. Monografia apresentada como requisito para obtenção de título de especialista em Direito Constitucional. Instituto Brasiliense de Direito Público.

A pesquisa monográfica trata do fenômeno da mutação constitucional, que decorre do poder constituinte difuso de reforma, com vistas a constante atualização do sentido da norma constitucional. Apesar de não ser um instituto novo, já que suas origens remetem aos doutrinadores vinculados à Escola Alemã de Direito Público no período correspondente ao final do século XIX e início do século XX, atualmente a temática figura na pauta contemporânea de discussões constitucionais, principalmente no contexto neoconstitucional do pós-positivismo jurídico. Pretende-se repensar as formas de mudança da Constituição, não mais considerando somente as reformas formais, que abarcam as emendas e revisões, mas também as informais, que tratam da interpretação da norma diante das circunstâncias sociais expostas em uma sociedade que pretende ser plural e democrática. Como referencial teórico, a pesquisa utilizar-se-á da obra do professor *Peter Häberle* que entende que sociedade aberta é essencial na interpretação da norma constitucional. Afinal, o paradigma trazido por ele traduz uma mudança radical na interpretação constitucional, não mais calcada em uma sociedade fechada, restrita aos intérpretes oficiais, mas propondo que quem vive a norma é que deve interpretá-la. O trabalho descreve a Teoria do Poder Constituinte; relaciona os princípios da Rigidez Constitucional e da Supremacia da Constituição, sopesa o caráter estático e dinâmico da Constituição e elenca as reformas formais, para adentrar na temática da mutação constitucional, conceituando-a e descrevendo suas modalidades. Finalmente, trata da mutação constitucional via interpretação, classificando-a pelos seus sujeitos ativos, os Poderes Estatais e a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, base da hermenêutica constitucional proposta pelo professor *Häberle*.

Palavras-chave

Direito Constitucional; mutação constitucional; processo informal; transformação, constitucional; mudança constitucional; mutação constitucional popular.

ABSTRACT

COÊLHO, Carolina Reis Jatobá. **Constitutional mutation: the operation of the open society as the protagonist in the interpretation of the 1988 Brazilian Constitution. 96 fls.** Monograph submitted as a requirement toward the achievement of the title of specialist in Constitutional Law. *Instituto Brasiliense de Direito Público* (Brasilia Institute of Public Law).

The monographic research deals with the phenomenon of the constitutional mutation, deriving from the diffuse constituent power of the reform, aimed at the constant updating of the constitutional norm sense. Despite the fact that it is not a new institute, since its origins derive from the doctrinators linked to the German School of Public Law in the period corresponding to the end of the 19th century and the beginning of the 20th century, currently the theme is included in the contemporary agenda of constitutional discussions, especially in the neoconstitutional context of the legal post-positivism. The intent is to rethink the ways the constitution may be changed, no longer taking into account only the formal reforms, which not only encompass the amendments and revisions, but also the reforms, which deal with the interpretation of the norm before the social circumstances exposed in a society intending to be plural and democratic. As a theoretical referential, the research will use the work from Professor Peter Häberle, who understands that the open society is essential in the interpretation of the constitutional norm. After all, the paradigm brought by him translates a radical change in the constitutional interpretation, no more based on a closed society, restricted to the official interpreters, but rather proposing that who lives the norm should interpret it. The work describes the Theory of the Constituent Power; it relates the principles of the Constitutional Rigidity and of the Supremacy of the Constitution, reflects on the static and dynamic character of the constitutional mutation, by forming a concept on it and describing its modalities. Finally, it deals with the constitutional mutation via interpretation, classifying it by its active subjects, the State Powers and the open society of the Constitution interpreters, the basis of the constitutional hermeneutics proposed by professor Häberle.

Key words

Constitutional Law; constitutional mutation; informal process; transformation, constitutional, constitutional change, popular constitutional mutation.

SUMÁRIO

Introdução	12
1. Contexto histórico para abordagem do tema	16
2. Teoria do Poder Constituinte	20
2.1 Relação entre os princípios da rigidez constitucional e supremacia da Constituição	20
2.2 Teoria Clássica do Poder Constituinte	27
2.3 Caráter Estático e Dinâmico da Constituição	34
2.4 Poder Constituinte de Reforma	39
2.4.1 Poder Constituinte de Reforma Formal	39
2.4.1.1 Emendas	40
2.4.1.2 Revisões	44
2.4.2 Poder Constituinte de Reforma Informal ou Poder Constituinte Difuso	46
3. Mutações Constitucionais	49
3.1 Conceito	49
3.2 Origem	52
3.3 Características	57
3.4 Modalidades	58
3.4.1 Mutações constitucionais por interpretação	60
3.4.1.1 Mutações constitucionais legislativas	62
3.4.1.2 Mutações constitucionais judiciais	64
3.4.1.3 Mutações constitucionais administrativas	67
4. Mutações Constitucionais populares e a sociedade aberta de <i>Peter Häberle</i>	70
4.1 Mutações constitucionais populares	70
4.2 Método hermenêutico de <i>Peter Häberle</i>	74
5. Participação da “sociedade aberta” na mutação constitucional brasileira: análise na comemoração dos vinte anos de Constituição de 1988	80
5.1 Mutações constitucionais populares no Poder Legislativo	81

5.2 Mutação constitucional popular no Poder Executivo	83
5.3 Mutação constitucional popular no Poder Judiciário	85
Conclusão	88
Referências	92

INTRODUÇÃO

Inspirando-se no contexto de celebração do vigésimo aniversário constitucional, o presente estudo monográfico visa estabelecer discussão entre os contrastantes temas de permanência/estabilidade e mudança/dinamicidade constitucional no tocante às reformas constitucionais formais e informais.

O fenômeno de reforma informal da Constituição, pela mutação constitucional, ao lado das reformas constitucionais formais, constitui instrumento de concretização e afirmação dos dispositivos constitucionais, principalmente os de caráter principiológicos, abertos e garantistas. Entretanto, a mutação constitucional, por constituir a evolução do sentido da norma, confere mais identidade à Constituição, dando-lhe significados e sentidos mais próximos da realidade social.

A presente pesquisa monográfica trata do tema considerando o pressuposto doutrinário da escola pós-positivista do direito, que reconhece os princípios como normas fundamentais para a estruturação do ordenamento jurídico.

A metodologia adotada para a pesquisa caracteriza-se como dogmática instrumental, a medida que se fundamentará no tripé norma, jurisprudência e doutrina para análise do objeto problema. A técnica fundamental será o levantamento de dados bibliográficos.

Para o enfrentamento do tema, imprescindível analisar questões como supremacia da constituição, teoria do poder constituinte e rigidez constitucional, para finalmente tratá-lo diante da legitimação dos atores sociais oficiais - como Poder Judiciário, Poder Legislativo, Poder Executivo – e não oficiais, no conceito de *Peter*

Härbele – a “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição¹” - como protagonistas do fenômeno da mutação constitucional.

O objetivo geral é a pesquisa do tema de reforma informal denominado mutação constitucional, que embora não seja instituto contemporâneo - pois já era objeto de estudo de *Georg Jellinek* no século XIX - tem tomado posição especial no estudo da moderna teoria constitucional e sua importância na dinâmica do ordenamento jurídico, que deve evitar a dissociação entre norma e realidade, já que a disciplina Direito Constitucional está intrinsecamente relacionada com a realidade política e social, muitas vezes ligada à idéia dos “fatores reais de poder”, que, no entendimento de *Lassale*, constituem substrato necessário para que a Constituição não seja uma simples “folha de papel”².

Os objetivos específicos da pesquisa são: a identificação do instituto, com base na revisão da bibliografia existente, no que se refere a seu conceito, classificação e limites.

Ademais, pretende-se identificar o instituto, confrontando-o com a necessidade de interpretação constitucional baseada no método hermenêutico de *Peter Härbele*³, que considera a atuação dos intérpretes sociais na sociedade aberta e pluralista.

Partindo do conceito de constituição aberta, analítica e programática a mutação constitucional é um fenômeno indispensável à leitura da Constituição, pois permite que ela seja sempre renovada à luz da evolução social⁴.

¹ HÄRBELE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

² LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 1998, p. 33.

³ HÄRBELE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 220.

O caráter dinâmico da ordem jurídica “propicia o redimensionamento da realidade, onde as constituições, sem revisões ou emendas, assumem significados novos”⁵, permitindo releituras do texto constitucional. Neste contexto, a problematização do tema envolve os seguintes questionamentos:

É possível considerar uma forma de reforma constitucional que não conte apenas com o papel fundamental do legislador (no papel de constituinte originário ou derivado), como no caso de emendas ou revisões?

Quem são os atores sociais - oficiais ou não - necessários à formulação e efetivação de tais reformas?

Quanto ao referencial teórico, relativamente à conceituação, caracterização e classificação do fenômeno da mutação constitucional, dentro da teoria do poder constituinte, utilizar-se-á a doutrina brasileira, no nome de autores como Uadi Lammêgo Bulos, Paulo Bonavides, José Afonso da Silva, Nelson de Sousa Sampaio e Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

A importância da mutação constitucional, a fim de evitar a dissociação entre norma e realidade será exposta com base na teoria de *Lassale*, *Jellinek* e *Hesse*.

Quanto ao conceito e classificação do fenômeno “mutação constitucional”, a pesquisa terá por base a obra de autores brasileiros Uadi Lammêgo Bulos e Anna Candida da Cunha Ferraz e do autor chinês *Hsü Dau-Lin*.

Já considerando a classificação “mutação constitucional via interpretação”, utilizar-se-á principalmente a obra do professor *Peter Häberle* como referencial teórico, a fim de fundamentar a legitimidade da interpretação da norma constitucional realizada pelos atores sociais, seja o Poder Judiciário, Poder Legislativo, Poder Executivo, mas principalmente de forma mais efetiva pelos

⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 53

intérpretes “não-oficiais”, qual sejam todos os componentes da “sociedade aberta dos intérpretes da constituição”.

Espera-se que a pesquisa – gerada no período de comemoração aos vinte anos da Constituição Brasileira de 1988 - contribua a seu modo para despertar discussões acerca da necessidade de se considerar o tema na pauta da teoria constitucional, repensando as formas de mudança constitucional, principalmente as mais dinâmicas e mais próximas da realidade social.

1.CONTEXTO HISTÓRICO PARA ABORDAGEM DO TEMA

Em 05 de outubro de 2008 a atual Constituição da República Federativa do Brasil completou duas décadas de vigência.

A importância cívica do momento histórico convida toda sociedade à reflexão sobre diversos aspectos da “Constituição Cidadã”⁶, assim denominada por um de seus idealizadores, o então presidente da Assembléia Constituinte, saudoso Deputado Ulysses Guimarães.

A relevância da Constituição Federal de 1988, bem como as expectativas decorrentes de sua edição, são evidentes para uma Carta que marca o reinício da era democrática de um país que viveu um processo constitucional recortado por momentos de autoritarismo político.

A Constituição de 1988 apresenta tendências até então não desenvolvidas de modo tão singular em nossa história constitucional, como a de vincular a legitimidade do poder a quem o detém - o povo; prever o equilíbrio entre o poder estatal e os direitos fundamentais, aperfeiçoando os últimos; prever direitos sociais inspirados na Constituição do México (1917) e de *Weimar* (1919); traduzir transformações sócio-econômicas, definindo planejamento econômico com vistas à realização de progresso social; indicar caminhos para desenvolvimento sustentável e preservação do meio ambiente; enaltecer a atuação independente do Poder Judiciário; prever formas de controles e de participação - seja da sociedade civil organizada, da imprensa ou de instituições oficiais que têm como missão a defesa de interesses relevantes, exercendo funções essenciais à justiça, como o Ministério

⁶ TÁCITO, Caio. *Constituições Brasileiras: 1988*. 5.ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2004, p. 1. Ao promulgar a Constituição de 1988, o Deputado Ulysses Guimaraes, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, afirmou: “A Constituição é, caracteristicamente, o estatuto do Homem, da Liberdade e da Democracia (...). Tem substância popular e cristã o título que a consagra: a Constituição Cidadã!”. A informação consta do Volume VII da Coleção Constituições Brasileiras, organizado por Walter Costa Porto e editada pelo Senado Federal - SEEP e Centro de Estudos Estratégicos do Ministério da Ciência e Tecnologia - CEE – MCT.

Público, a Defensoria Pública e Advocacia Pública e Privada; garantir o direito à dignidade da pessoa humana em sua acepção mais ampla e congregar, assim, uma infinidade de interesses, de forma que um de seus grandes méritos é ser fruto da conjunção de diversas forças políticas antagônicas⁷.

O documento produzido é avançado e de grande importância, caracterizando-se por ser um texto moderno⁸, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial.⁹

Dentre as características da Constituição de 1988 destaca-se de forma positiva seu caráter pluralista e analítico. E é exatamente sob tais características que se fundamentam as críticas relativas à sua insuficiente concretização normativa¹⁰.

Não se pode olvidar que foi a partir de seu marco teórico que se fundamentaram legislações infraconstitucionais de reafirmação do princípio democrático, como o Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente e Estatuto do Idoso, bem como leis que tratam de questões jurídicas e políticas relevantes para o processo democrático como as Leis nº 9.868/99 e 9.882/99, que tratam de procedimentos no controle concentrado de constitucionalidade, destacando-se a admissão do *amicus curie* e o extenso rol de legitimados para a propositura de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade/Constitucionalidade. Aliás, depois de 1999, também se admite a participação de atores sociais nos controles difusos de constitucionalidade, nos termos dos parágrafos primeiro e terceiro do artigo 485 do Código de Processo Civil¹¹.

⁷ TÁCITO, Caio. *Constituições Brasileiras: 1988*. 5.ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2004, p. 23 – 41.

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 52. Para o doutrinador português, por constituição moderna se entende aquela a qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político.

⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 89.

¹⁰ Uma das críticas mais contundentes tem sido feita pelo doutrinador NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 80 – 120.

¹¹ BRASIL. Congresso Nacional. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 20 julho 2008.

A despeito de numerosas mudanças fáticas ocorridas durante sua vigência, a trajetória constitucional tem sido feliz. Ao longo desses vinte anos, assistiu-se a problemas econômicos e sociais e, sobretudo, políticos. Inobstante tais pressões, nas palavras do Presidente da Corte Suprema em seu discurso de posse (2008), “a Constituição tem mantido a sua capacidade regulatória”¹²

Vinculada à capacidade regulatória da Constituição, sua necessidade de permanência e estabilidade é idéia comum às teorias constitucionalistas modernas. Segundo Raul Machado Horta¹³:

A permanência da Constituição é idéia inspiradora do constitucionalismo moderno. Concebeu-se o texto constitucional como documento que deveria durar indefinidamente no tempo, e, para assegurar sua duração, as Constituições do século XVIII organizaram complexo processo de defesa e de proteção, que tornava a mudança constitucional hipótese distante e cuja efetividade dependeria da transposição das regras dilatórias do sistema de defesa (...) O modelo norte-americano construiu os fundamentos da rigidez constitucional, organizou a técnica da Emenda à Constituição e ofereceu as primeiras manifestações da intangibilidade de matérias constitucionais, subtraindo-as à atividade do órgão constituinte de emenda ou revisão, seja de forma temporária ou permanente.

Neste sentido, a rigidez constitucional se apresenta como princípio imprescindível para que seja garantida a estabilidade da norma fundamental, pois sem a necessária rigidez, não há nem identidade da “norma fundamental”¹⁴, como quer *Kelsen*, nem a “força normativa da Constituição”¹⁵, como quer *Hesse* e sequer capacidade regulatória da Carta, a fixar o fundamento de validade de todo o ordenamento.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira. *Discurso de posse do Presidente do Supremo Tribunal Federal em 2008*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 26.05.2008.

¹³ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 97 – 99.

¹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Geral das normas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.

¹⁵ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. O conceito utilizado por Hesse também é considerado como um princípio interpretativo da Constituição. Na visão de MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 45, a melhor interpretação é a que garanta eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais.

Para enfrentamento do tema, no próximo capítulo tratar-se-á da Teoria do Poder Constituinte, sob a ótica de relação entre os princípios da rigidez constitucional e supremacia da Constituição, bem como necessidade de adequabilidade das normas constitucionais à realidade, devendo o princípio da rigidez ser aliado à necessidade imperiosa de mudanças, adaptações e evolução dos fatos, de forma a justificar reformas constitucionais, formais ou informais. Para Mendes, Coelho e Branco¹⁶:

Aceita-se, então, que a Constituição seja alterada, justamente com a finalidade de regenerá-la, conservá-la na sua essência, eliminando normas que não mais se justificam política, social e juridicamente, aditando outras que revitalizem o texto, para que possa cumprir mais adequadamente a função de conformação da sociedade.

E é com fundamento na preservação da essência constitucional que se justificam as mudanças, tendo impacto o estudo da mutação constitucional como fenômeno indispensável à validade da Carta.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 203.

2. TEORIA DO PODER CONSTITUINTE

2.1 Relação entre os princípios da rigidez constitucional e supremacia da Constituição

A teoria do poder constituinte está intrinsecamente ligada aos consagrados princípios da supremacia da constituição e rigidez constitucional, motivo pelo qual entendemos necessário relacioná-los de modo sintético e introdutório, sem aprofundamento do tema.

A evolução do movimento constitucionalista resultou no reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição, caracterizando-a como ordem fundamental da sociedade e fundamento de validade de quaisquer disposições normativas.

A compreensão do princípio perpassa a idéia de que, como parâmetro das leis, a Constituição está em posição de destaque – “posto de hierarquia máxima no escalonamento normativo do Estado Brasileiro”, nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos¹⁷ - de forma que, tanto atos legislativos como administrativos ou jurisdicionais devem submeter-se material e formalmente à Lei Maior.

Deve-se salientar que tal princípio amolda-se ao conceito jurídico de Constituição desenvolvido por *Kelsen*, no qual a Lei Maior adquire *status* de norma fundamental de todo ordenamento jurídico¹⁸.

O princípio da supremacia da Constituição embora não esteja disposto de forma expressa no texto constitucional - diferentemente do que ocorre em outras constituições alienígenas, a exemplo das Constituições Portuguesa de 1976 e

¹⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 53.

¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Geral das normas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Frabris, 1986.

Espanhola de 1978¹⁹ - encontra-se implícito na ordem jurídica, extraindo-se da lógica de todo o articulado constitucional, como se verifica das normas dos artigos 23, I; 25;29;32;60;78;85;102;103;121, parágrafos 3º e 4º; 125 etc.²⁰ Ademais, o princípio é reconhecido diuturnamente pela jurisprudência pátria, que nos mais diversos casos o utiliza como argumento para decisões sobre a conformação ou não das normas à Constituição. Vejamos o exemplo do acórdão exarado nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2215²¹:

Sabemos que a supremacia da ordem constitucional traduz princípio essencial que deriva, em nosso sistema de direito positivo, do caráter eminentemente rígido de que se revestem as normas inscritas no estatuto fundamental. Nesse contexto, em que a autoridade normativa da Constituição assume decisivo poder de ordenação e de conformação da atividade estatal - que nela passa a ter o fundamento de sua própria existência, validade e eficácia -, nenhum ato de Governo (Legislativo, Executivo e Judiciário) poderá contrariar-lhe os princípios ou transgredir-lhe os preceitos, sob pena de o comportamento dos órgãos do Estado incidir em absoluta desvalia jurídica. Essa posição de eminência da Lei Fundamental - que tem o condão de desqualificar, no plano jurídico, o ato em situação de conflito hierárquico com o texto da Constituição - estimula reflexões teóricas em torno da natureza do ato inconstitucional, daí decorrendo a possibilidade de reconhecimento, ou da inexistência, ou da nulidade, ou da anulabilidade (com eficácia ex nunc ou eficácia ex tunc), ou, ainda, da ineficácia do comportamento estatal incompatível com a Constituição. Tal diversidade de opiniões nada mais reflete senão visões doutrinárias que identificam, no desvalor do ato inconstitucional, "vários graus de invalidade" (...) Impõe-se reconhecer, no entanto, que se registra, no magistério jurisprudencial desta Corte, e no que concerne a determinadas situações (como aquelas fundadas na autoridade da coisa julgada ou apoiadas na necessidade de fazer preservar a segurança jurídica, em atenção ao princípio da boa-fé), uma tendência claramente perceptível no sentido de abrandar a rigidez dogmática da tese que proclama a nulidade radical dos atos estatais incompatíveis com o texto da Constituição da República (RTJ 55/744 - RTJ 71/570 - RTJ 82/791, 795)" (grifos nossos)²²

A própria existência e atuação da Corte prevista constitucionalmente está intimamente relacionada com a proteção das normas constitucionais, na esteira do Princípio da Supremacia da Constituição. Assim, a previsão nos ordenamentos constitucionais modernos de uma Corte Constitucional coaduna com a idéia

¹⁹BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 52.

²⁰BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 52.

²¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. ADI 2215/PE. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 07 maio 2008.

representada pelo princípio. A cada vez que lhe couber efetuar o controle de constitucionalidade, seja de modo difuso ou concentrado, declarando a compatibilidade ou não de certo dispositivo à nossa Carta Magna estará a declarar mais e mais tal princípio, ainda que de forma implícita.

Da supremacia da Constituição decorrem numerosas conseqüências – refletindo outros princípios como os da simetria, da hierarquia, da força normativa da constituição - dentre as quais se extrai o controle de constitucionalidade, bem como a primazia do Poder Constituinte Originário sobre os poderes constituídos, e mais especificamente a rigidez constitucional.

Se considerada a posição hierárquica da Constituição frente aos demais textos normativos, geralmente seu processo de mudança tende a ser mais dificultoso, de forma a preservar a estabilidade constitucional, resguardar direitos e garantias fundamentais e manter estruturas e competências, com vistas à defesa da ordem jurídica estabelecida.

Nosso texto constitucional é considerado rígido²³, já que a Constituição, embora apresente parte imodificável, o que a doutrina denomina de cláusulas pétreas, expressas no parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição Federal, também determina quórum qualificado para realização de mudanças constitucionais (a proposta de mudança deverá ser votada e aprovada por 2/3 dos parlamentares, nas duas casas e em dois turnos), diferenciando o processo legislativo constitucional daquele infraconstitucional.

Tal rigidez, considerada como média na classificação doutrinária majoritária, decorre do posicionamento da Constituição no grau máximo de hierarquia das normas do ordenamento jurídico brasileiro e deveria possibilitar, pelo menos em tese, certa estabilidade ao texto constitucional.

²³ A doutrina majoritária entende que a Constituição de 1988 é classificada como rígida, quanto ao critério de estabilidade. Entretanto, Alexandre de Moraes a classifica como super rígida, afirmando que “em regra poderá ser alterada por um processo legislativo diferenciado, mas, excepcionalmente, em alguns pontos é imutável”. Vide MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 13.ed.São Paulo: Atlas, 2003, p. 39.

É claro que tal previsão ideal pode se dar tão-somente no plano jurídico e não necessariamente no plano sociológico ou da realidade, como bem descreve Nelson de Sousa Sampaio²⁴:

(...)Se pode dar o fato de uma constituição qualificada de flexível ser de mais difícil ou lenta reforma do que outra juridicamente classificada como rígida. Conseqüentemente, não podemos prever a maior ou menor estabilidade de fato das constituições com estudo das dificuldades jurídicas para sua alteração. A Constituição Suíça, que é rígida em termos de processo legal de revisão, tem sido alterada mais freqüentemente e facilmente do que, digamos, a Constituição da Terceira República Francesa, cuja reforma não exigia mais do que uma reunião conjunta das duas casas, a Câmara dos Deputados e o Senado (...) Com isso queremos tão só salientar que há outros fatores, além dos legais, que influem na freqüência das revisões constitucionais sem significar que os obstáculos jurídicos sejam de pequena monta”

Em conclusão, caminham juntos o princípio da rigidez constitucional e o princípio da supremacia da constituição. Pelo princípio da rigidez se pressupõe a supremacia da constituição. José Afonso da Silva²⁵ afirma:

A rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como principal conseqüência, o princípio da supremacia da constituição que, no dizer de Pinto Ferreira, “é reputado como pedra angular em que se assenta o edifício do moderno direito político” (...) O próprio Burdeau, que fala na supremacia material, realça que é somente no caso da rigidez constitucional que se pode falar em supremacia formal da constituição, acrescentando que a previsão de um modo especial de revisão constitucional dá nascimento à distinção de duas categorias de leis: as leis ordinárias e as leis constitucionais.

A Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 é considerada pela doutrina constitucionalista majoritária como rígida, tendo em vista as disposições previstas em seu texto, principalmente no parágrafo 4º do artigo 60.

Por isso, em regra, é garantido o princípio da supremacia da constituição pela existência da rigidez constitucional, cumprindo ela a necessária permanência apregoada pelas teorias constitucionalistas que entendem que a força normativa da constituição advém de sua razoável estabilidade.

²⁴ SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O Poder de Reforma Constitucional*. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições Ltda., 1995, p. 62.

²⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 45 – 46.

Entretanto, é claro que nem sempre a rigidez constitucional garante a estabilidade constitucional, como já citado por Nelson de Souza Sampaio²⁶.

Ademais, alguns autores entendem que este pode ser o caso da Constituição Brasileira de 1988, que ao sofrer numerosas emendas, teve desfigurado seu caráter inicial²⁷.

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, advém de fatores igualmente transcendentais àqueles que fomentam o espírito volúvel do brasileiro ou que moveram a Nação durante dos 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 do texto constitucional, levadas a efeito pelo Poder Reformador, e que, no mais das vezes, não escondem o caráter oportunista e casuístico da mudança.

A crítica sob a instabilidade constitucional também tem fundamento no caráter analítico de nossa Constituição, somadas às instabilidades econômicas e sociais do país em desenvolvimento²⁸:

Sabemos também que a constituição muda não apenas através da mudança do seu texto. A mudança do texto é apenas um mecanismo de atualização e aperfeiçoamento da Constituição. A Constituição também muda, evolui, se atualiza, com a mudança de sua interpretação. Portanto, mudando a sociedade e os valores desta sociedade, muda o olhar sobre o

²⁶ SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O Poder de Reforma Constitucional*. 3.ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições Ltda, 1995, p. 61 – 70.

²⁷ CASTRO, Carlos Roberto Ibanez. *Modificação constitucional e o atributo de estabilidade da norma fundamental*. 2007. 276f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 12.

²⁸ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Uma nova leitura da classificação das constituições modernas*. Disponível em <<http://www.datavenia.net/opiniao/umanovaleituraclassificacaoconstituicoesmodernas.htm>>. Acesso em 17 julho 2008.

texto e mudam os significados dos diversos significantes, que são as palavras, regras e princípios. Uma conexão que é possível se estabelecer a partir desta constatação, é a de que, numa tradição de textos analíticos, detalhados, com um grande número de regras, a uma restrição maior as mudanças interpretativas e, portanto, uma necessidade maior de mudanças formais do texto, enquanto, numa tradição de texto sintético e principiológico, os processos de mudança interpretativos superam os processos de mudança do texto que, por este motivo, não são tão necessários. Isto explica, em parte, a razões de um maior número de emendas em textos analíticos do que em textos sintéticos. Um exemplo é o número de emendas ao texto da Constituição dos EUA e ao texto brasileiro. Obviamente que o exagero das mudanças do nosso texto não se explica apenas por este motivo, somando-se a instabilidade econômica e as radicais mudanças de nossa sociedade e economia durante este período, além de resquícios autoritários da pós-ditadura, que levou por vezes, ao desrespeito à Constituição que resultou em emendas inconstitucionais, que suprimiram direitos fundamentais, como as que ocorreram durante os governos Fernando Collor e Fernando Henrique.

Portanto, embora a rigidez constitucional represente uma barreira evidente que impede instabilidade constitucional, nem sempre pode ser associada à imutabilidade da Constituição, pois esta deverá acompanhar a dinamicidade social. Daí a importância das reformas constitucionais, sejam formais ou informais. A dinamicidade social impõe que as normas constitucionais estejam em plena evolução, transformação e movimento, de forma a preservar sua essência, sua vivacidade e dar aderência às circunstâncias sociais. Jorge Miranda afirma²⁹:

“Naturalmente, resta observar, em compensação, que não deve a Constituição ser tão rígida e fechada nas suas formas organizativas e processuais que impeça ou dificulte, para além do razoável, a correspondência dos preceitos com vontade e os circunstancialismos do povo, em constante mutação.”

Em interessante artigo sobre o tema, Paulo César Santos Bezerra, corrobora o entendimento, afirmando de modo categórico que o fundamento que via de regra se utiliza para invocar a rigidez, é a supremacia, mas a associação nem sempre é

²⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 5.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 123.

tão lógica. Pode-se ter uma constituição flexível ou aberta e não abalar necessariamente sua supremacia. Por este motivo, independente da natureza constitucional, seja ela flexível ou rígida, é necessária a alteração formal e informal de seu texto, sob pena de tornar absolutamente ultrapassada e ineficaz, além de criar problemas para a comunidade que regula³⁰:

O fundamento que via de regra se invoca para determinar a rigidez da Constituição é a sua supremacia. Contudo essa associação entre rigidez e supremacia é falaciosa. Uma Constituição pode ser aberta sem abalar sua supremacia. A dicotomia *Constituição flexível x Constituição rígida*, coincidente em larga medida, com a distinção entre constituição escrita e constituição não escrita, e criada por Bryce ao analisar a Constituição da Inglaterra (flexível), “tem hoje um valor tendencialmente arquelógico: a) porque a maioria dos países possui uma Constituição escrita, mas não com rigidez absoluta, antes com rigidez relativa (Constituição semi-rígida); b) o problema da flexibilidade ou rigidez do direito constitucional não se reduz somente à suscetibilidade ou insuscetibilidade de alterações das leis constitucionais pelas leis ordinárias, mas a uma problemática muito mais vasta e complexa que é a da *abertura ao tempo* (BAÜMLIN) do direito constitucional e do conseqüente *desenvolvimento constitucional* (O-BRYDE). O desenvolvimento constitucional significará, precisamente, o compromisso, pleno de sentido, entre a estabilidade e a dinâmica do direito constitucional” (CANOTILHO, 1993 p. 147) (...) Também é aberto ao tempo aquele suscetível de alteração formal, de acordo com as necessidades impostas pela evolução política e social, adaptação e desenvolvimento constitucional. Desse modo, seja rígida ou flexível, toda Constituição é passível de mudança, e até aconselhável que o seja, sob pena de ser tornar absolutamente ultrapassada, criando problemas incontornáveis para a comunidade que regula sua conduta conforme suas normas.

³⁰ BEZERRA, Paulo César Santos. *Mutação constitucional: os processos mutacionais como mecanismos de acesso à justiça*. Disponível em <<http://www.sefaz.pe.gov.br/flexpub/versao1/filesdirectory/sessions579.pdf>>. Acesso em 05 abril 2008.

2.2 Teoria Clássica do Poder Constituinte

Embora muito se fale sobre a supremacia da Constituição e a rigidez constitucional, toda a justificativa da existência de tais princípios só tem amparo se forem consideradas à luz da doutrina do Poder Constituinte, pois a superioridade ou a rigidez constitucional só existem porque foi o povo, nas Constituições ditas democráticas³¹ – legítimo detentor do poder, segundo as concepções clássicas da Teoria do Poder Constituinte – que emprestou à Constituição – documento normativo que reflete os anseios e necessidades sociais, no seu sentido sociológico – não só posicionamento hierárquico elevadíssimo, mas também força normativa.

Entretanto, nem sempre foi assim. Aliás, se hodiernamente é patente que a Constituição tem valor de norma jurídica fundamental e que é ideologicamente a expressão da soberania do povo, em tempos passados da nossa história ocidental o conceito de constitucionalismo esteve permeado por idéias absolutistas, como as apregoadas por *Jean Bodin* - o “teórico do absolutismo³²” - que reconhecia legítimo o poder absoluto, perpétuo e irrevogável do soberano.

À medida que foram evoluindo as idéias políticas e sociais, também evoluiu a idéia sobre a legitimidade do poder constituinte, que passou do soberano para o povo, em um processo político relativamente lento.

Neste processo histórico, político e ideológico, caracterizado pelas correntes filosóficas do racionalismo destaca-se a atuação de teóricos como *Hobbes*, *John*

³¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13.ed.São Paulo: Atlas, 2003, p. 39. Para o autor, são promulgadas, democráticas ou populares as “Constituições que derivam do trabalho de uma Assembléia Nacional Constituinte composta de representantes do povo, eleitos com a finalidade de sua elaboração”.

³² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 171.

*Locke, Montesquieu e Rousseau*³³, bem como do teórico *Emmanuel Joseph Sieyès*, o qual muitos atribuem ser o fundador da Teoria Clássica do Poder Constituinte³⁴.

As idéias desenvolvidas em sua conhecida obra *Qu'est-ce que Le Tiers État?*, escrita sob grande influência da Revolução Francesa, demonstram que “a vida política não era determinada por aqueles que arcavam com as responsabilidades essenciais da sociedade, inclusive pagando tributos que subsidiavam a realeza, mas pelas ordens privilegiadas”³⁵

O conceito de Poder Constituinte, portanto, aparece nos momentos em que o racionalismo impõe a idéia de separação de poderes e legitimação do povo para a criação de normas constitucionais. Na obra de *Sieyès*, fica claro que o Terceiro Estado – a Burguesia – reivindica posição política, “pois embora fosse quem produzisse a riqueza do país, não dispunha de privilégios e não tinha voz ativa na condução política da França”.³⁶

Uadi Lammêgo Bulos entende que *Sieyès* prega na realidade uma teoria sobre legitimidade de poder, já que o poder deve pertencer ao povo, entendendo-se o Estado como a unidade política do povo.³⁷

Para *Sieyès*, que pertence a uma linha de pensamento jusnaturalista, a vontade da nação é sempre legal - porque ela é a própria lei – e acima da vontade soberana da nação só existe o direito natural. Tais leis elaboradas pelo Poder Constituinte Originário devem ser fundamentais – já que tratam dos próprios destinos da nação:

³³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 171 -178.

³⁴ A maioria dos doutrinadores constitucionalistas entende que o “pai” da teoria clássica do poder constituinte é Emmanuel Sièyes. Vide FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 18.ed.São Paulo: Saraiva, 1990, p. 19; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19.ed.São Paulo: Malheiros, 2006, p. 145

³⁵BASTOS, Wander Aurélio. Introdução à SIEYES, Emmanuel Joseph. *Qu'est-ce que Le Tiers État?, A constituinte burguesa*. 4.ed. Rio de Janeiro: *Lumen Iuris*. p. xxxvi.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 187.

³⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 280-281.

De seu pensamento decorre a idéia de superioridade da constituição democrática, como conhecido nos dias atuais, eis que, nas palavras de Celso Bastos, o poder constituinte “consiste na faculdade que todo povo possui de fixar as linhas mestras e fundamentais sob as quais deseja viver”³⁸

Mas sua importância não é restrita à legitimidade e representatividade do poder soberano. Dos estudos iniciais de *Sieyès* se depreendem as características básicas do conceito de Poder Constituinte, que se apresenta como inicial, ilimitado e incondicionado. Foi também *Sieyès* o precursor da distinção formal entre poder constituinte e poderes constituídos – ou seja: poder constituinte originário e derivado³⁹.

Atualmente, as características atribuídas pela doutrina ao Poder Constituinte Originário – ilimitado, inicial e incondicionado – foram constituídas e estabelecidas desde o tempo histórico do Abade *Sièyes*. Também a diferenciação entre este e o Poder Constituinte Derivado é fruto de seus estudos.

Nas palavras de MENDES, COELHO e BRANCO “o Poder Constituinte Originário é força política consciente de si que resolve disciplinar os fundamentos do modo de convivência na comunidade política”⁴⁰

Uadi Lammêgo Bulos define o Poder Constituinte Originário como “potência que faz a Constituição (...) trata-se da força propulsora que ao elaborar a Carta Magna fornece as diretrizes fundamentais do Estado. Por isso, é energia vital das constituições”⁴¹

Embora diferentes os focos da conceituação do Poder Constituinte, a maioria dos autores modernos e contemporâneos adota o Poder Constituinte como

³⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 142.

³⁹ SIEYES, Emmanuel Joseph. *Qu'est-ce que Le Tiers État?, A constituinte burguesa*. 4.ed. Rio de Janeiro: *Lumen Iuris*. p. xxxvi – xlix.

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 188.

⁴¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 278.

legitimador de uma ordem jurídica calcada em seus valores, interesses, desejos. Portanto, tal poder será sempre soberano, uma vez que é reflexo de valores sociais que justificarão o conteúdo das normas que vão reger uma comunidade, uma sociedade, um povo.

O novo viés a respeito da questão trata da relatividade das características atribuídas ao Poder Constituinte. Sabe-se que a doutrina constitucional contemporânea já não considera de modo absoluto o caráter ilimitado do Poder Constituinte. Hodiernamente, se admite que a liberdade do Poder Constituinte - ainda que considerado o seu caráter soberano - é limitada em termos ideológicos, culturais, institucionais e substanciais. Vejamos:

Se o poder constituinte é a expressão da vontade política da nação, não poderá ser entendido sem a referência aos valores éticos, religiosos, culturais que informam essa mesma nação e que motivam suas ações. Por isso, um grupo que se arrogue a condição de representante do poder constituinte originário, se se dispuser a redigir uma Constituição que hostilize esses valores dominantes, não haverá de obter o acolhimento de suas regras pela população, não terá êxito no seu empreendimento revolucionário e não será reconhecido como poder constituinte originário⁴²

Portanto, atualmente – e na visão doutrinária moderna - mesmo que o Poder Constituinte seja considerado em sua plenitude soberana, não poderá ir contra a vontade política já estabelecida e representada legitimamente. É claro que em momentos de revolução, em que já não haverá mais ordem estabelecida e, dentro do processo político, poderá o Poder Constituinte Originário irromper contra toda e qualquer ordem constituída, fundando nova ordem jurídica. Entretanto, para isso deverão estar conciliados os interesses de forma legítima.

Derivada desta idéia surge o conceito da “força legitimadora do êxito”, segundo a qual o Poder Constituinte Originário legítimo será tão-somente aquele que seja efetivamente representante dos anseios, interesses e valores de seus representados. Em outras palavras, o representante do povo deverá receber

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 189.

ratificação/anuência popular para atuar de forma legítima, sob pena de se considerar as manifestações do Poder Constituinte apenas como insurreição⁴³.

Também não se admite que o Poder Constituinte Originário, atuando de forma ilimitada, tome decisões caprichosas e totalitárias, desconsiderando a possibilidade de ordenar juridicamente o Estado e mantendo seu carácter absoluto de modo perpétuo. Um poder que continue a ser absoluto não cabe nas delimitações decorrentes do constitucionalismo moderno.⁴⁴

Como exemplo, pode-se dizer que um pretense Poder Constituinte não pode simplesmente desconsiderar o extenso rol de direitos e garantias fundamentais e, em um ranço de regime totalitário, constituir um Estado Absolutista. Quedar-se-ia inconcebível, pois a uma, a doutrina não o considera como totalmente ilimitado e a duas, não obteria a necessária “força legitimadora do êxito”, a personificá-lo como representante dos interesses sociais.⁴⁵

Da mesma forma que o Poder Constituinte Originário é a expressão da vontade política da nação e que tal vontade é vinculante em relação às demais disposições normativas previstas no ordenamento jurídico, também o Poder Constituinte Derivado não poderá ficar contrário à vontade social manifestada pela soberania do Poder Constituinte Originário. Nas palavras do professor Jorge Miranda⁴⁶:

O órgão que elabora e decreta a Constituição Formal é solidário da idéia de Direito, do desígnio, do projeto correspondente à ruptura e inflexão e não poderia contradizer ou alterar esta idéia, esse desígnio, esse projecto, sem nova ruptura ou inflexão, sem se transformar em entidade originária de uma diferente Constituição Material (...) Quando a idéia de Direito é democrática e a Constituição é aprovada pelo povo, directamente ou por assembléa representativa, tem o órgão da Constituição formal uma autoridade que entronca, só por si, na própria legitimidade da Constituição material ou que com ela se confunde; não nos outros casos, em que avulta uma necessária mediatização(...) Mesmo se a idéia de Direito é de democracia pluralista, o órgão encarregado de fazer a Constituição não goza de uma margem de liberdade plena; não adstrito, decerto, a um determinado e único sistema de

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 189-192.

⁴⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 278 – 288.

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 189.

⁴⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. Manual de Direito Constitucional. 5.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 89.

direitos fundamentais, de organização económica, política ou de garantia da constitucionalidade, está sujeito a um limite – o da coerência com o espírito democrático e da sua preservação (não pode estabelecer uma constituição não democrática)

Há uma aceitação de que o Poder Constituinte Derivado efetue as alterações no texto constitucional, realizando adequações necessárias relativamente à evolução dos fatos sociais. Porém, o poder de reforma constitucional também está limitado à soberania e vontade do Poder Constituinte Originário, de forma que a doutrina constitucionalista sempre entendeu imprescindível a existência de limites a tais reformas.

Tais limitações podem ser procedimentais, circunstanciais e ainda materiais (ou de conteúdo).

Quanto às procedimentais, a vista do caráter rígido da Constituição Federal de 1988, a proposta de Emenda à Constituição deve observar a iniciativa (1/3, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; Presidente da República; mais da metade das Assembléias Legislativas das Unidades Federativas, manifestando-se cada uma delas pela maioria relativa de seus membros); a impossibilidade de reapresentação na mesma sessão legislativa de proposta de emenda nela rejeitada ou tida por prejudicada e a aprovação da proposta por 2/3 dos votos em dois turnos nas duas casas legislativas.

As limitações circunstanciais impedem a deliberação sobre a alteração formal da constituição nos períodos de intervenção federal, estado de sítio ou estado de defesa, conforme disposto no parágrafo 1º do artigo 60 da Constituição Federal.

E, finalmente, as limitações materiais do poder de reforma estabelecem como intangíveis certos valores – opções feitas pelo próprio Poder Constituinte Originário, que pretendeu preservar a estrutura constitucional em aspectos considerados relevantes – cláusulas pétreas. Tais limitações visam estabelecer um núcleo essencial do projeto de Constituição estabelecido pelo Poder Constituinte Originário.

Considerando a doutrina apregoada por *Carl Schmitt*, as decisões políticas fundamentais só são passíveis de reforma mediante consideração dos limites ora expostos. Para ele, leis constitucionais se diferenciam de Constituição. Significa que as decisões políticas fundamentais jamais poderão ser modificadas em termos de reforma absoluta. Pode-se dizer que estão aí caracterizadas as normas relativas à Constituição Material, as “decisões políticas fundamentais” de *Carl Schmitt*. As leis constitucionais – Constituição Formal, diferentemente, devem receber adequação aos fenômenos sociais que a dinamizam.⁴⁷

Em um sistema de constituição rígida jamais o Poder Constituinte Derivado - ou simplesmente poder constituído – poderá se imiscuir na função do Poder Constituinte Originário e, sob pretexto de reforma, alterar suas próprias bases, numa espécie de revolta da criatura contra o criador.

Por estas e tantas outras razões, calcadas sempre no princípio da supremacia da constituição e da rigidez constitucional é que até hoje se eleva sob o manto de proteção as normas constitucionais, evitando que reformas venham a lhe causar danos tão graves que lhe desconfigure a feição dada pelo povo – titular do Poder Constituinte Originário, na sua atividade soberana e legítima.

E é com base nesta preocupação que também, de modo semelhante, as reformas ditas informais – mutações constitucionais - devem preservar o conteúdo do núcleo constitucional, delineado pelos textos constitucionais modernos.

Neste diapasão, ao se verificar a existência de fenômenos conhecidos como mutações constitucionais que gerem reformas informais no contexto constitucional, deve se buscar a observância aos métodos hermenêuticos constitucionais que coadunem com a Teoria do Poder Constituinte no que diz respeito à legitimidade do poder.

⁴⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 278 – 288.

Entendemos razoável, dentre tantas opções, a escolha do método hermenêutico tratado por *Peter Häberle*, que alarga o círculo de intérpretes da Constituição, tornando o processo de interpretação aberto e público, nos moldes ideais e desejáveis para um Estado Democrático de Direito, que tem por base legitimar o poder do povo, detentor do Poder Constituinte Originário, que constrói suas próprias bases normativas.

Ora, se o Poder Constituinte, na mitológica figura do povo, o constrói, nada mais justo e simétrico do que permitir que também participe de sua reforma, senão diretamente pelo modo formal, indiretamente pela expressão do Poder Legislativo, por intermédio de revisão e reforma constitucionais encabeçadas pelos representantes eleitos democraticamente pelo sufrágio universal, e também indiretamente pelo modo informal de reforma, na constatação de que a interpretação constitucional – realizada pelo Poder Judiciário - traduz os legítimos anseios sociais.

2.3 Caráter estático e dinâmico da Constituição

Duas características aparentemente antagônicas são essenciais à Constituição: a estabilidade e o dinamismo constitucional. E as duas devem conviver harmonicamente. Nos dizeres de Anna Candida da Cunha Ferraz, “estabilidade não é imutabilidade”⁴⁸.

Vale salientar que a consideração sobre idéias aparentemente antagônicas, como a estabilidade e a mudança não é tema novo.

Assim como o filósofo grego *Heráclito* acreditava no eterno devir e seu pensamento se notabilizou pelo simbolismo expresso na figura de um rio, que nunca

⁴⁸ FERRAZ, Anna Candida de Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad Ltda, 1986, p. 5.

é o mesmo, caracterizando a mobilidade das coisas⁴⁹, outros personagens históricos, como *Licurgo* e *Hamurabi* quiseram tornar as leis imutáveis e eternas⁵⁰.

Nos termos históricos, encontramos no Código de *Hamurabi* talvez a mais eloqüente expressão dessa ânsia de perenidade de um sistema de direito que já havia ultrapassado a fase costumeira e tinha sido reduzido à forma escrita. A garantia desse objetivo também se achava na sanção dos deuses, cujos princípios de justiça *Hamurabi* gravara em seu código de pedra, “um monumento que jamais veria destruição” e onde se lê “nos dias que hão de vir e para todo o sempre, o governante que estiver no país observará as palavras de justiça que estão escritas sobre o meu obelisco. Ele não alterará o direito do Estado, ou as leis do país, por mim promulgadas, nem danificará as minhas esculturas” (...) Segundo nos conta Plutarco, Licurgo também quis tornar as leis de Esparta imutáveis e eternas, apesar de haver recusado conferir-lhes forma escrita. Fez que todos os seus concidadãos, governantes e governados jurassem mantê-las inalteradas durante sua ausência, e partiu para Delfos a fim de consultar o oráculo sobre as instituições que fundara. Obtendo de Apolo a resposta de que suas leis eram perfeitas, mandou a palavra do oráculo aos espartanos e pôs fim aos seus dias, não tendo regressado à sua pátria para que não se quebrassem o juramento dos seus concidadãos de manter inalteradas as suas leis.

A despeito da pretensão de imutabilidade constitucional, justificada principalmente pelos iluministas do século XVII, a reforma constitucional é prevista e acolhida como necessária à evolução das normas constitucionais, sob pena de “descrédito da lei fundamental”⁵¹:

A imutabilidade constitucional, tese absurda, colide com a vida, é que mudança, movimento, renovação, progresso, rotatividade. Adotá-la equivaleria a cerrar todos os caminhos à reforma pacífica do sistema político, entregando à revolução e ao golpe de Estado a solução das crises. A força e a violência, tomadas assim por árbitro das refregas constitucionais fariam cedo ao descrédito da lei fundamental.

Aliás, por muito tempo, conforme confirma *Hsü Dau-Lin* se tinha uma “fé romântica” em uma espécie de “força mística da Constituição” e daí surgirem problemas sobre a reforma e mutação de seu conteúdo. Constatando-se que não mais se poderia ignorar que a Constituição chegaria a uma situação de tensão com

⁴⁹ CASTRO, Carlos Roberto Ibanez. *Modificação constitucional e o atributo de estabilidade da norma fundamental*. 2007. 276f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 14.

⁵⁰ SAMPAIO, Nelson de Souza. *O poder de Reforma Constitucional*. 3.ed. revista e atualizada por Uadi Lammêgo Bulos. Salvador: Nova Alvorada Edições Ltda, 1995, p. 59.

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 197.

as necessidades reais da vida estatal, viu-se, já então em tempos mais recentes, que existia uma real problemática que envolvia a procura por um método que conciliasse a estabilidade e a elasticidade da Constituição.⁵²

Portanto, não se deve considerar as idéias como antagônicas, mas se deve procurar conciliá-las de forma harmônica, pois ambas têm sua importância no contexto constitucional. O professor português J. J. Canotilho se manifesta positivamente à assertiva⁵³:

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

Para Celso Bastos, o “segredo das constituições duradouras” passa pelos conceitos dinamicidade e estabilidade⁵⁴:

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 da emenda, que em nada engrandecem a socialidade da Lei Maior. (...) Há necessidade de se comprometer 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

Manuel Gonçalves F. Filho completa a afirmação, expondo que, embora a Constituição seja peça essencial do Estado e seja a suprema lei, o que lhe confere eficácia e validade diferenciada diante das outras normas, nenhuma geração deve sujeitar as gerações futuras o propósito constitucional então vigente. Portanto, ao mesmo tempo em que a Constituição deve ser estável, deve também ser flexível ou adaptável a novas circunstâncias sociais⁵⁵:

A Constituição, assim posta, é peça essencial e principal do Estado de Direito, é a suprema de todas as leis. Em consequência disso, a Constituição deve ser dificilmente modificável, e o ideal seria que a Constituição, uma vez estabelecida, nunca precisasse ser alterada. Entretanto, como já apontava a declaração Jacobina dos Direitos do

⁵²DAU-LIN, Hsu. *Mutación de la constitución*. Oñait: IVAP, 1998, p.24.

⁵³CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 152.

⁵⁴BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 127

⁵⁵FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Revisão Constitucional*. Recife: Revista do Instituto dos Advogados em Pernambuco, 1994, p. 4.

Homem de 1973, há um outro lado nessa questão. E o outro lado é, como afirmava esse documento, que nenhuma geração tem o direito de sujeitar a si própria as gerações futuras, e que, portanto, o povo sempre tem o direito de mudar suas instituições, o povo tem sempre o direito de mudar sua constituição. Na verdade, as duas teses, que extremadas se contrapõem, levam a uma opção pelo equilíbrio. Uma Constituição deve ser estável para que ela seja realmente a suprema lei, mas uma constituição deve ser adaptável a novas condições, a novos momentos e a novas exigências. Uma Constituição não pode, para se tornar lei suprema, ser ao mesmo tempo uma lei, permitam-se a expressão, uma lei esclerosada.

Entender como isto é possível passa pelo entendimento do que a Constituição, por ser um texto normativo aberto e plurissignificativo, permeado de princípios, onde se usa mais a ponderação do que a subsunção e mais concretização do que interpretação, requer, de forma basilar que o jogo político a modifique o alcance, remodelando seus valores, modernizando suas tendências, atualizando seus preceitos⁵⁶.

Para *Karl Loewenstein*, “é preciso resignar-se com o caráter de compromisso inerente a qualquer constituição”, mas “cada constituição é um organismo vivo sempre em movimento com a vida mesma e está submetida à dinâmica da realidade que jamais pode ser captada através de fórmulas fixas.”⁵⁷

Porém, ao mesmo tempo, deve-se prezar também o caráter estático da Constituição na intenção de preservar-lhe valores sociais caros, relevantes e que dizem respeito ao seu núcleo essencial, aquele previsto e imaginado pelos titulares do poder constituinte originário, que em regra é soberano.

A convivência das duas características, seja a da estabilidade – e neste ínterim se justificam as teorias que impedem reformas casuísticas e oportunistas e que limitam reformas que possam prejudicar a identidade constitucional – seja a da dinamicidade – tratando da necessária adequação do texto da norma à realidade social - decorre em parte do constitucionalismo moderno e a necessidade de observância à força constitucional, mas também do momento histórico atual, que desde o século passado vem demonstrando a velocidade das relações sociais,

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 121.

⁵⁷ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução por Alfredo Gallego Anabitarte. 2.ed. Barcelona: Ariel, 1976.

refletidas na globalização, na sociedade de riscos, sociedade da comunicação. Vejamos como se manifestam José Ribas Vieira e Fernanda Duarte⁵⁸:

Esse conjunto de fenômenos de mudança, operadas no ambiente social, gera por certo uma enorme pressão de equacionamento de suas origens e seus possíveis desdobramentos, notadamente nas ciências sociais, que são chamadas ainda, a sobretudo, oferecer (novas) respostas às questões que esse novo ambiente desperta. Na Teoria do Direito – indissociavelmente relacionada a todo esse cenário sócio-político – o século XX se mostrou particularmente desafiador, com o surgimento e subsequente exaurimento em velocidade recorde de modelos e conceitos que, uma vez suplantados, exigiam por sua vez a oferta de novas concepções que pudessem orientar as relações entre os homens. Assim é que o positivismo, por exemplo, teve no século passado, ao mesmo tempo momentos de seu apogeu e derrocada, forçando os teóricos à construção de alternativas que conciliassem, de um lado, a prevenção do risco que a dissociação entre direito e moral apresentava; e de outro, imperativos como os da segurança jurídica e estabilidade das relações.

Neste contexto, a Constituição não deve representar somente o conceito de que é fonte de garantias imutáveis e de direitos fixos, bem como estruturas político-sociais rígidas. Muito além do conceito, parece que hodiernamente também lhe cabe o papel de conferir forma à realidade social, adequando-a aos preceitos e princípios próprios de seu texto. E executa tal atividade diante da possibilidade de alteração do sentido da norma sem que necessariamente haja modificação do próprio texto.

Assim, com justificativa em todo aparato teórico derivado de princípios como da supremacia da constituição, bem como da rigidez constitucional, embora seja imperiosa a preservação da Constituição em seu núcleo fundamental, a mesma não pode se furtar das alterações e modificações necessárias – evitando-se as alterações desnecessárias, oportunistas e casuísticas⁵⁹ -, por isso, como também já fora dito, a doutrina constitucional admite de forma salutar a ocorrência de alterações, que podem ser formais, como revisão e emendas, ou informais, o que se denomina atualmente como mutação constitucional, que é a alteração do sentido do conteúdo do texto normativo e não necessariamente da sua forma.

⁵⁸ DUARTE, Fernanda e VIEIRA, José Ribas (organizadores). *Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 02.

⁵⁹ CASTRO, Carlos Roberto Ibanez. *Modificação constitucional e o atributo de estabilidade da norma fundamental*. 2007. 276f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 12.

Sob tal aspecto e para finalizar a discussão acerca do caráter estático e dinâmico da Constituição, vale reproduzir o pensamento de Nelson Sampaio, que apregoa: “cumpre evitar uma rigidez tão acentuada que seja um convite às revoluções, ou uma elasticidade tão exagerada que desvaneça a idéia de segurança do regime sob o qual se vive.”⁶⁰

2.4 Poder Constituinte de Reforma

2.4.1 Poder Constituinte de Reforma Formal

As Constituições, que se pretendem definitivas por certo e razoável período de tempo, na intenção de determinar estruturas sociais e políticas e garantir direitos fundamentais, devem passar por um processo de modificação e adequação às circunstâncias ligadas à evolução da realidade social. Neste mesmo sentido, para o professor português Jorge Miranda⁶¹:

A modificação das Constituições é um fenômeno inelutável da vida jurídica, imposta pela tensão com a realidade constitucional e pela necessidade de efetividade que as tem de marcar. Mas do que modificáveis, as Constituições são modificadas ou doutro prisma nenhuma Constituição se esgota num momento único – o da sua criação; enquanto dura, qualquer Constituição resolve-se num processo – o da sua aplicação – no qual intervêm todas as participantes na vida constitucional.

Geralmente as reformas formais são levadas a cabo por órgãos determinados e são realizadas conforme certo procedimento, respeitando-se certos limites e formalidades previstas pelo próprio constituinte⁶², ou seja, pelo Poder Constituinte Originário, titular do poder soberano que determina a vontade constitucional.

⁶⁰ SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O Poder de Reforma Constitucional*. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições Ltda., 1995, p. 66.

⁶¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. Manual de Direito Constitucional. 5.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 89

⁶² SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a constituição)*. 1.ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 242.

As reformas formais podem ser expressas em emendas ou revisões. Para José Afonso da Silva⁶³:

Ainda que haja alguma tendência em considerar o termo reforma como gênero, para englobar todos os métodos de mudança formal das Constituições, que se revelam especialmente mediante procedimento de emendas e procedimento de revisão, a maioria dos autores, contudo, em face das Constituições Brasileiras, tem empregado indistintamente os três termos (...) Entendemos que a expressão reforma deve ser empregada em sentido genérico, para abranger emenda e revisão, com significação distinta(...)A Constituição de 1988 acolheu esta distinção. Tratou das emendas constitucionais no artigo 60 e previu uma revisão constitucional no artigo 3º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias

A doutrina portuguesa traz mais elementos à questão, considerando a revisão constitucional, derrogação constitucional, costume constitucional, interpretação evolutiva da Constituição, revisão indireta, revolução, ruptura não revolucionária, transição constitucional e suspensão parcial da Constituição. Entretanto, não é interesse da pesquisa firmar as bases doutrinárias sob esta égide, de forma que se remete o leitor para a obra do professor Jorge Miranda⁶⁴.

2.4.1.1 Emendas

No magistério de José Afonso da Silva, as emendas são alterações parciais do texto constitucional, ocorridas de modo pontual mediante processo legislativo próprio e determinado, diferenciado do processo de modificação das leis ordinárias.

65

Para Uadi Lammêgo Bulos, “diz-se emenda constitucional o recurso instituído pelo poder constituinte para realizar modificações em pontos específicos e localizados do Texto Maior.”⁶⁶

⁶³ SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a constituição)*. 1.ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 242 – 243.

⁶⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 20 julho 2008.

⁶⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 62.

⁶⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 293.

Destaca-se que, uma vez aprovada a proposta de Emenda nos limites formais e materiais estabelecidos constitucionalmente, tal norma goza de *status* constitucional.

Vale salientar que caso tal emenda não coadune formal ou materialmente com a Constituição, poderá ser questionada sua validade, com declaração de inconstitucionalidade e nulidade da Emenda, podendo a Corte Constitucional utilizar a técnica da modulação dos efeitos da decisão que declarar a inconstitucionalidade, nos termos do artigo 27 da Lei nº 9.868.⁶⁷

Dentro da teoria do poder constituinte, a mudança formal da Constituição é regulada por um processo regrado e sujeito a limites e tais “proibições ou condicionamentos servem para balizar a competência reformadora das constituições”, como descreve Uadi Lammêgo Bulos⁶⁸.

Paulo Bonavides e a maioria da doutrina moderna constitucionalista classifica as limitações em explícitas (ou expressas) e implícitas (ou tácitas)⁶⁹

Manifesta-se Paulo Bonavides da seguinte forma sobre as limitações explícitas – ou expressas⁷⁰:

Limitações explícitas ou expressas são aquelas que, formalmente postas na Constituição, lhe conferem estabilidade ou tolhem a quebra de princípios básicos, cuja permanência ou preservação se busca assegurar, retirando-os do alcance do poder constituinte derivado.

As limitações explícitas se subdividem em temporais, circunstanciais e materiais, no entendimento de Paulo Bonavides e José Afonso da Silva.⁷¹

⁶⁷ BRASIL. Congresso Nacional. Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 20 julho 2008.

⁶⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 294.

⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 198.

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 198.

⁷¹ Assim se manifestam os autores SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 64 e BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 199 - 202. O autor BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 304, não trata da limitação temporal no contexto da limitação circunstancial. E ainda traz a limitação formal,

Entretanto, há autores, como Uadi Lammêgo Bulos⁷² que entendem que as limitações temporais estão incluídas ou previstas na subdivisão de limitações circunstanciais. Ainda, há doutrinadores que entendem que há limites formais ou de procedimento/rito, que consagram o procedimento especial previsto para a iniciativa, elaboração e votação das Emendas Constitucionais, o que caracteriza a atual Constituição Brasileira como rígida, nos termos já tratados neste estudo monográfico.

As limitações temporais são aquelas que “limitam no tempo a ação reformista, paralisando o órgão revisor até o transcurso de um certo número de anos.”⁷³

As limitações temporais não estão mais previstas em nosso ordenamento constitucional desde a Constituição do Império, que previa em seu artigo 174 modificações somente após 04 anos de vigência⁷⁴:

A Carta do Império brasileiro proibiu qualquer reforma em seus primeiros quatro anos de vida (art. 174) (...) De igual natureza é o preceito da Constituição Francesa de 1791, que veda sua reforma nas duas legislaturas seguintes à sua promulgação, ou da Constituição Grega atual (art. 108), que faz idêntica proibição para o seu primeiro decênio.

As limitações circunstanciais são aquelas que se prendem a determinadas circunstâncias históricas e excepcionais da vida de um país e geralmente se ligam a à configuração de um estado de crise que torna ilegítimo empreender reforma constitucional.⁷⁵

Uadi Lammêgo Bulos expressa que circunstâncias anormais ou excepcionais não propiciam condições para modificação do texto constitucional, já

procedimental ou de rito. Embora ainda conste de muitos manuais e tenha assento doutrinário rígido, a limitação temporal não existe no ordenamento constitucionalista pátrio desde a Constituição do Império, que previa modificações somente após o período de 04 anos.

⁷² BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 295 – 304.

⁷³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 198.

⁷⁴ SAMPAIO, Nelson de Souza. *O poder de Reforma Constitucional*. 3.ed. revista e atualizada por Uadi Lammêgo Bulos. Salvador: Nova Alvorada Edições Ltda, 1995, p. 79.

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 200.

que em momentos de instabilidade institucional não há clima de tranqüilidade que proporcione mudança legítima⁷⁶:

Nas hipóteses de intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio falta o equilíbrio para realização de reformas. Daí a justificativa para os limites circunstanciais, pois em tempos caóticos faltam dois elementos primordiais para se empreender qualquer reforma na ordem instituída: a serenidade e a ponderação (...). É nesse sentido que a Constituição assegurou que as decisões reformistas sejam tomadas em ambiente tranqüilo, sem a pressa que momentos difíceis e conturbados comumente ensejam.

Neste contexto, a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 estipula em seu parágrafo 1º do artigo 60⁷⁷ que:

Art. 60(...) § 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

Os limites materiais referem-se ao que várias Constituições fazem imutável como objeto de determinada matéria e seu conteúdo⁷⁸. São aqueles que se referem à substância material da Constituição. Tal substância, para Uadi Lammêgo Bulos⁷⁹:

Trata-se do cerne intangível da constituição, ou seja, do núcleo normativo que engloba matérias imprescindíveis à configuração das suas linhas-mestras, e, por isso, não pode ser modificado. Exemplificando, seria inaceitável uma emenda constitucional suprimir o habeas corpus, descriminalizar o racismo, eliminar a liberdade de expressão etc. Tais assuntos integram a essência da manifestação constituinte que criou a Carta de 1988. Qualquer proposta de emenda tendente a aboli-los equivaleria a uma afronta ao cerne da nossa Lei Maior. Fazendo uma comparação, o homem, para viver, deve ter condições mínimas de saúde. Pois bem, violar o cerne intangível da manifestação constituinte originária é o mesmo que tirar o coração do corpo humano. (...) É precisamente o cerne intangível, imodificável, irreformável, inalterável que se convencionou chamar de cláusulas pétreas.

Convenciou-se denominar as limitações materiais de reforma constitucional como cláusulas pétreas, já que “como o povo o fez no sentido de sua preservação,

⁷⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 297.

⁷⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <www.presidencia.gov.br>. Acesso em 20 julho 2008.

⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 200.

⁷⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 298.

todos aqueles fundamentos readquiriram plena eficácia de cláusula intocável por via de emenda constitucional.”⁸⁰

Nestes termos, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ampliou o núcleo imodificável expresso no parágrafo 4º do artigo 60, abrangendo também, a capacidade de auto-organização, de autogoverno e de auto-administração, a Forma federativa e a República⁸¹.

Já as limitações implícitas, que como a própria denominação sugere, não vêm prescritas pela própria linguagem do constituinte⁸² e são assim definidas:

O poder de reforma constitucional exercitado por um poder constituinte derivado, sobre ser um poder sujeito a limitações expressas do gênero daquelas acima expostas [se refere às limitações explícitas ou expressas], é também um poder circunscrito a limitações tácitas, decorrentes dos **princípios e do espírito da constituição**. (grifos nossos)

Segundo Nelson de Souza Sampaio⁸³, embora não expressas no texto constitucional, estariam fora do alcance de reforma: a) as modificações concernentes ao titular do poder constituinte, evitando uma espécie de “revolta da criatura pelo criador”; b) as alterações referentes ao titular do poder reformador, modificando os titulares da iniciativa legislativa, por exemplo; as relativas ao processo de própria emenda.

2.4.1.2 Revisões

A revisão constitucional, diferentemente da emenda constitucional, é realizada de forma geral e não parcial do texto da Constituição. É por isso, considerado um procedimento formal mais amplo. Para José Afonso da Silva, “a revisão seria uma

⁸⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 66.

⁸¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 66 – 68. Embora o doutrinador admita que a Forma Republicana não conste do rol do dispositivo constitucional, há “certos elementos do conceito de República, como periodicidade de mandato, que devem ser assegurados e observados”. Ademais, embora se tenha, por um momento histórico afastado a limitação para que o povo, por meio do plebiscito instituído decidisse ou não pela forma de governo, sua determinação continua intangível.

⁸² BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 304.

⁸³ SAMPAIO, Nelson de Souza. *O poder de Reforma Constitucional*. 3.ed. revista e atualizada por Uadi Lammêgo Bulos. Salvador: Nova Alvorada Edições Ltda, 1995, p. 93 – 108.

alteração anexável, exigindo formalidades e processos mais lentos e dificultosos do que a emenda, a fim de garantir uma suprema estabilidade do texto constitucional”⁸⁴

A revisão constitucional, prevista no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, já se realizou, de acordo com Decreto Presidencial de 05 de agosto de 1993, que nomeou Comissão Especial de Revisão Constitucional. Dentre os integrantes, figuravam Inocêncio Mártires Coelho, Raul Machado Horta, Eros Grau, Sacha Calmon Navarro Coelho etc. A revisão findou em 1994 e culminou com a aprovação de 06 emendas de revisão ao texto original⁸⁵

O procedimento de revisão constitucional é distinto do procedimento de emenda constitucional. Enquanto no primeiro, mais simples, se exige a votação dos membros do Congresso Nacional em sessão unicameral, o último requer iniciativa específica, discussão e votação em ambas casas legislativas, com aprovação de 2/3 em cada uma delas.

Portanto, além de tempo certo para se realizar (após o decurso de cinco anos), a revisão constitucional ocorre com procedimento simplificado, se comparado à emenda constitucional:

Art. 3º. ADCT: 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.⁸⁶

Pode-se alegar no campo doutrinário que o procedimento específico criado para revisões constitucionais seja uma espécie de inconstitucionalidade, por ofensa ao artigo 60 da nossa Constituição Federal. Entretanto, com base nos ensinamentos decorrentes da teoria do poder constituinte se conclui que o poder constituinte originário poderia prever tal revisão, inclusive com previsão de procedimento mais simplificado, sem ataque direto à sua própria criação.⁸⁷

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 62

⁸⁵ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 91.

⁸⁶ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 20 julho 2008.

⁸⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 309 - 317

2.4.2 Poder Constituinte de Reforma Informal ou Poder Constituinte Difuso

Para Uadi Lammêgo Bulos, o poder responsável pelas mutações constitucionais é o Poder Constituinte Difuso, que é a força latente que altera, de modo informal as Constituições, atualizando e completando as manifestações constituintes originária e derivada. Sua natureza jurídica é de poder de fato, em virtude do “estado de latência em que se encontra, surgindo espontaneamente na vida constitucional dos Estados”⁸⁸

É assim denominado porque não é formalizado nas constituições, mas está presente na vida dos ordenamentos jurídicos. Enquanto o Poder Constituinte Originário para o autor é “potência”, que cria norma constitucional, o poder constituinte difuso é a “força invisível” que lhe modifica, lhe altera, “sem mudar uma vírgula sequer.”⁸⁹

Os atributos do poder, no entendimento de Uadi Lammêgo Bulos, que é o autor brasileiro que melhor trata da questão, são: latência; permanência; informalidade e continuidade⁹⁰.

A latência o permite ser um poder invisível, apenas aparecendo quando necessário. É exercido pelos órgãos competentes, aos quais compete aplicar a constituição, interpretando-a, dando-lhe efetividade. A característica permite que o poder só se manifeste em circunstâncias sob as quais seja necessária a manifestação da interpretação constitucional⁹¹.

A permanência indica que, embora seu procedimento não venha expresso e descrito no texto constitucional, sua existência é permanente.

⁸⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 317.

⁸⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 316-317.

⁹⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 317.

⁹¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 317.

A informalidade talvez seja a característica que mais pode gerar perplexidade e neste íterim, a doutrina brasileira impescinde de autores que tratem da questão. O poder difuso por não ser formal não apresenta as características do poder constituinte originário e derivado, por isso não é inicial, autônomo, incondicionado e ao mesmo tempo também não é secundário, limitado, e condicionado⁹².

Ora, sem regras previamente delineadas, entendemos que seu controle se limita ao controle de constitucionalidade, pois nem a doutrina nem a jurisprudência admitem mutações constitucionais que apresentem divergências ao texto constitucional.

O próprio guardião da Constituição permite a si mesmo adotar novas interpretações, quando entende que seus entendimentos não coadunam mais com a realidade, de modo que a jurisprudência também sofre uma evolução gradual, em um contexto em que a sociedade é tida como colaboradora. Significa, mais do que isso, que a construção de um Estado Democrático de Direito não permite que a última palavra seja dada pelo Supremo Tribunal Federal e que, por meio da mutação constitucional, este poder constituinte difuso, admitiria a releitura da jurisprudência.

A bem da verdade, embora se atribua a última palavra à jurisdição constitucional, ou ao órgão de cúpula do Poder Judiciário, no caso do Brasil, ao Supremo Tribunal Federal, esta não é uma decorrência necessariamente lógica do sistema, isso porque, segundo *Rawls*, a Constituição não é o que a Suprema Corte diz que ela é, e sim, o que o povo, agindo constitucionalmente por meio de seus poderes diz que ela é.⁹³

Quanto ao aspecto da continuidade, se diz que ele se manifesta no momento que os poderes instituídos – Legislativo, Executivo e Judiciário necessitem ou por lacuna normativa ou abstratividade normativa realizar a integração e concretização ou por mera interpretação se utilize dos métodos hermenêuticos clássicos ou contemporâneos e até por meio de usos e costumes.

⁹² BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 317.

⁹³ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília: Ática, 2000, p. 288.

As características atribuídas ao Poder Constituinte Difuso, que tem sua expressão na mutação constitucional, na feliz expressão de Uadi Lammêgo Bulos,, também permite um ponto de intercessão com o conceito de círculo hermenêutico, expressão cunhada por *Gadamer*⁹⁴, de modo que a interpretação é sempre renovada e reforçada por este fenômeno, que se manifesta de modo mais claro via interpretação.

Nesta pesquisa, além de atribuir relevância ao tema na pauta das discussões constitucionais, se atribui significado relevante ao fenômeno, que têm como sujeitos ativos desta interpretação mutacional os órgãos oficiais e não oficiais, tanto um quanto outros igualmente essenciais na formação do conteúdo da norma, que não é estático, mas sim contínuo e dinâmico. Os atributos do Poder Constituinte Difuso são essenciais para a caracterização das mutações, sendo imprescindível considerar o caráter de latência, permanência, informalidade e continuidade para que seja possível aliá-lo ao fluir social.

⁹⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997.

3. MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS

3.1 Conceito

Nas ciências biológicas, principalmente na genética, o termo adquire um sentido de transformação⁹⁵:

Em Biologia, mutações são mudanças na sequência dos nucleotídeos do material genético de um organismo. Mutações podem ser causadas por erros de cópia do material durante a divisão celular, por exposição a radiação ultravioleta ou ionizante, mutagênicos químicos, ou vírus. A célula pode também causar mutações deliberadamente durante processos conhecidos como hipermutação. Em organismos multicelulares, as mutações podem ser divididas entre mutação de linhagem germinativa, que pode ser passada aos descendentes, e mutações somáticas, que não são transmitidas aos descendentes em animais. Em alguns casos, plantas podem transmitir mutações somáticas aos seus descendentes, de forma assexuada ou sexuada (em casos em que as gemas de flores se desenvolvam numa parte que sofreu mutação somática. Assim, essa classificação é pouco eficiente para plantas, se ajustando melhor a animais. Uma nova mutação que não foi herdada de nenhum dos pais é chamada de mutação de novo. A fonte da mutação não se relaciona com seus efeitos, apesar de seus efeitos estarem relacionados com quais células são afetadas pela mutação.

Para J. J. Canotilho, a mutação constitucional define-se como “revisão do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem que haja alteração do texto formal”⁹⁶

García-Pelayo e Pablo Lucas Verdú, que se inspiraram na lição de *Hsü Dau-Lin* afirmam que “mutação constitucional é a separação entre o preceito constitucional e a realidade”, sendo “a realidade constitucional é mais ampla do que a normatividade constitucional.”⁹⁷

O próprio *Hsü Dau-Lin*, chinês que melhor conceituou e classificou a mutação constitucional, tida por Uadi Lammêgo Bulos como expressão do Poder

⁹⁵ GNU Free Documentation License Disponível em <<http://pt.wikipedia.org/wiki/mutacao>>. Acesso em 29.julho.2008

⁹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 165.

⁹⁷ GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1984, p 137.

Constituinte Difuso⁹⁸, já dizia que o fenômeno se manifesta no ordenamento jurídico como um todo, mas que tem sua melhor expressão na Constituição, que tem seu fundamento jurídico na necessidade política, nas exigências e expressões de vitalidade que se realizam quando o Estado se desenvolve.⁹⁹

Para Paulo César Santos Bezerra, a mutação tem natureza jurídica formal e material. Na forma, se sabe que a natureza jurídica do fenômeno é informal, pois não se encontra na Carta um processo formal ou procedimental de sua manifestação no conjunto das normas constitucionais existentes. A natureza jurídica material é constitucional, pois se trata de um processo que tem como sujeito o poder constituinte, ainda que difuso:¹⁰⁰

“Portanto, mutação constitucional consiste na alteração da Constituição segundo um processo informal, à medida em que não se encontra prevista no próprio conjunto das normas constitucionais, em contraposição aos processos que são ditos formais, porque estão expressamente regulados. Na sua acepção formal, mutação é o processo de alteração, e na acepção material ou substancial, o resultado mesmo desse processo. A natureza de um ato ou de uma atividade jurídica pode ser analisada sob dois pontos de vista: o material e o formal. No primeiro, considera-se o objeto em sua substância. No segundo, investiga-se o processo de formação do ato ou da atividade (...) Os meios difusos de mudança constitucional tem natureza informal, material. Embora informal, a mutação é de natureza constitucional, materialmente constitucional. É um *processo difuso* de modificação das Constituições.”

Os estudos de *Hsü Dau-Lin* atribuem à *Laband* e *Jellinek* os primeiros pensamentos sobre a matéria. Porém, para o chinês, tanto um quanto o outro teórico manearam o problema sob o prisma de ontologia do Direito, ou como um problema iminente do ordenamento jurídico, ou seja, as normas consuetudinárias ou convencionais tem um valor mais importante do que as normas jurídicas. Para eles, trata-se de uma mera incongruência que existe entre as normas - principalmente as constitucionais – e a realidade.¹⁰¹

⁹⁸ Em verdade, ao consultar FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. Max Limonad Ltda: São Paulo, 1986, se verifica que a expressão é de *Burdeau*.

⁹⁹ DAU-LIN, Hsu. *Mutación de la constitución*. Oñait: IVAP, 1998, p.11.

¹⁰⁰ BEZERRA, Paulo César Santos. Mutação constitucional: os processos mutacionais como mecanismos de acesso à justiça. Disponível em <<http://www.sefaz.pe.gov.br/flexpub/versao1/filesdirectory/sessions579.pdf>>. Acesso em 05 abril 2008.

¹⁰¹ DAU-LIN, Hsu. *Mutación de la constitución*. Oñait: IVAP, 1998, p.24-29.

Embora o fenômeno conhecido como reforma informal do texto constitucional seja freqüente, pois os textos constitucionais, embora rígidos, transformam-se espontânea e continuamente, ainda que de modo lento e imperceptível¹⁰², a temática ainda é tratada de forma tímida na doutrina brasileira moderna.

Na literatura brasileira, os estudos realizados por Uadi Lammêgo Bulos e Anna Cândida da Cunha Ferraz têm imensa valia, eis que tratam da temática, classificando-a no plano doutrinário, mas ainda se entende que há necessidade de mais autores brasileiros tratarem do tema, aumentando o entendimento doutrinário do tema e somando à matéria maior discussão acadêmica.

Alguns doutrinadores estrangeiros se incumbiram de sistematizar o estudo das mutações constitucionais. O trabalho mais completo deve-se ao chinês *Hsü Dau Lin*.¹⁰³

O professor chinês estabelece relações entre norma e realidade e utiliza-se de tais critérios para adotar uma sistematização do estudo. Ele próprio assume que não é possível se basear em classificações já existentes, “porque cada autor constrói seu esquema segundo sua própria formação conceitual e seus pressupostos”¹⁰⁴. Então, ele mesmo trata de citar as classificações e conceitos de *Laband, Jellinek, Hildesheimer, Smend e Brince*¹⁰⁵

O esquema proposto pelo professor *Hsü Dau Lin* é de grande importância para o entendimento de todo o fenômeno mutacional. Divide seu estudo em: 1) congruência entre norma e realidade - validade do direito constitucional: 1.1) a realidade segue a norma (validade normal do direito constitucional) e 1.2) a norma segue a realidade (necessidade de reforma constitucional); 2) incongruência entre norma e realidade: mutação da Constituição – 2.1) realidade sem norma: prática que não viola a Constituição (práticas e costumes constitucionais mutacionais); 2.2) norma sem realidade: impossibilidade de exercer direitos estatuídos pela norma; 2.3) Norma com realidade: relação incorreta entre ambas – 2.3.1) a realidade

¹⁰² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de Mudança na Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 7

¹⁰³ DAU-LIN, Hsu. *Mutación de la constitución*. Oñait: IVAP, 1998.

¹⁰⁴ DAU-LIN, Hsu. *Mutación de la constitución*. Oñait: IVAP, 1998, p.31.

¹⁰⁵ DAU-LIN, Hsu. *Mutación de la constitución*. Oñait: IVAP, 1998, p.32.

contradiz com a norma: prática anticonstitucional; 2.3.2)a realidade tergiversa a norma, a reinterpreta – a mutação interpretadora.¹⁰⁶

3.2 Origem

A matéria não é nova. Segundo Cristiano Vecchi, os primeiros trabalhos a tratar do tema surgem no marco da Constituição Bismarckiana¹⁰⁷:

A mutação foi vista como um problema para os positivistas formais, albergados na Escola Alemã de Direito Público, uma vez que as mudanças constitucionais ocorriam concretamente sem a observância do processo formal de alteração das normas da Constituição. Entre as duas guerras mundiais, a visão formalista é fortemente questionada na Alemanha, desenvolvendo-se estudos nos quais o fenômeno da mutação constitucional é colocado não mais como um problema, mas como um elemento integrante do próprio conceito de Constituição dinâmica e material, que privilegia os aspectos da realidade político-constitucional.

No final do século XIX e início do século XX doutrinadores vinculados à Escola Alemã de Direito Público iniciam os estudos sobre mutação constitucional. Sobre os teóricos do período, pode-se citar *Paul Laband*, que estabeleceu a diferença entre reforma constitucional (*verfassungänderung*) e mutação constitucional (*verfassungswanderung*), *George Jellinek*, e mais tarde *Rudolf Smend* e *Heller*. Os dois primeiros atuantes dentro da concepção formalista e positivista de direito e teoria do Estado e os dois últimos como representantes das metodologias denominadas “ciências do espírito” e já despidos das amarras formais de observação do fenômeno constitucional, considerando a Constituição como um ente dinâmico.¹⁰⁸

Entre os estadunidenses, onde a Constituição sempre foi rígida, mas acompanhada de releitura diante de casos concretos, a mutação constitucional era mera decorrência natural da aplicação das normas constitucionais¹⁰⁹. Há vários

¹⁰⁶ DAU-LIN, Hsu. *Mutación de la constitución*. Oñait: IVAP, 1998, p.31.

¹⁰⁷ VECCHI, Cristiano Brandão. *A mutação constitucional: uma abordagem alemã*. 2005.139f. Dissertação (Mestrado em Direito). Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. p. 50.

¹⁰⁸ VECCHI, Cristiano Brandão. *A mutação constitucional: uma abordagem alemã*. 2005.139f. Dissertação (Mestrado em Direito). Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. p. 55 – 60.

¹⁰⁹ PÁDUA, Antônio Carlos Torres de Siqueira de Maia e. *A mutação constitucional e a coisa julgada no controle abstrato de constitucionalidade: análise de um fragmento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 2006. 159f. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, p. 17.

representantes da teoria da mudança constitucional no cenário norte-americano, destacando-se mais recentemente - a partir da década de 90, abarcando de *New Deal* a *Clinton* - *Bruce Ackerman*, *Griffin*, *Mark Tushnet* e *Sunstein* que teorizam sobre as estruturas de poder que a constituição desenha.¹¹⁰

Comparando a teoria da mudança constitucional norte-americana e brasileira, os autores *Fernanda Duarte* e *José Ribas Vieira* concluem:¹¹¹

A teoria da mudança constitucional proposta pelos autores americanos citados e desenvolvidos em particular por *Griffin* tem um alcance muito mais amplo que o conceito emprestado pelos autores brasileiros à mutação constitucional. Sim, porque enquanto *Ferraz* – [leia-se: *Anna Candida da Cunha Ferraz*] conceitua o fenômeno como “alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais ...”, conferindo-lhe um caráter mais dogmático; *Griffin* vê na teoria da mudança um fenômeno de abrangência muito maior, que reveste o texto constitucional como um todo, de uma nova inspiração, saindo (no atual estágio da sociedade americana) do normativismo dos fundadores para uma democracia de direitos.

A evolução do conceito e o desenvolvimento do tema se deram desde as concepções sobre o conceito sociológico de *Lassale*, passando por *Jellinek*, *Hesse*, *Härbele*, dentre outros¹¹².

Foi *Lassale* quem primeiro irrompeu a idéia de uma Constituição “real” e “efetiva” versus a uma “constituição escrita em uma folha de papel”. Para ele, a estabilidade e durabilidade de uma Carta Constitucional estariam intimamente ligadas à correspondência da identidade dos fatores reais de poder que regem o país.¹¹³

Entendia, ainda, que para evitar o divórcio entre a “Constituição Real” e a “Constituição Folha de Papel”, deveria haver uma constante atualização do sentido

¹¹⁰ DUARTE, Fernanda e VIEIRA, José Ribas (organizadores). *Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 12-41.

¹¹¹ DUARTE, Fernanda e VIEIRA, José Ribas (organizadores). *Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 41.

¹¹² BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 55. O autor cita, além dos já mencionados no parágrafo: *Haug*, *Franz Klein*, *Fiedler*, *Maunz-Dürig-Herzog*, *H.Krüger*, *Heydte*, *Peter Lerche*, *Tomuschat*, *Scheunner*, *Rodolf Smend*, *Bilfinger*, *Hennis*, *Friedrich Müller* e *Hans Kelsen*, *Karl Loewenstein*.

¹¹³ LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, p. 33.

das normas constitucionais, sob pena de considerar a constituição morta, sem existência:

Onde a Constituição reflete os fatores reais e efetivos do poder, não pode existir um partido político que tenha por lema o respeito à Constituição, porque ela já é respeitada, é invulnerável. Mau sinal quando esse grito repercute no país, pois isto demonstra que na constituição escrita há qualquer coisa que não reflete a constituição real, os fatores reais de poder. E se isto acontecer, se esse divórcio existir, a constituição escrita está liquidada: não existe Deus nem força capaz de salvá-la. Essa constituição poderá ser reformada radicalmente, virando-a da direita para a esquerda, porém, mantida integralmente nunca. Somente o fato de existir o grito de alarme que incite a conservá-la é uma prova evidente da sua caducidade para aqueles que saibam ver com clareza. Poderão encaminhá-la para direita, se o governo julgar necessária esta transformação para ôpo-la à constituição escrita, adaptando-a aos fatores reais do poder, isto é, ao poder organizado da sociedade. Outras vezes, é o poder inorgânico desta que se levanta para demonstrar que é superior ao poder organizado. Neste caso, a constituição se transforma, virando para a esquerda, como a anteriormente o tinha feito para a direita; mas, num como noutro caso, a constituição perece, está irremediavelmente perdida, não pode salvar-se.

É importante ressaltar que nesta época prevalecia a idéia de que a Constituição devia uma certa “reverência” aos fatos sociais. Se houvesse dissociação entre estes e a Constituição, ela não passaria de uma “folha de papel”, sem qualquer eficácia ou força normativa. Neste contexto, a mutação constitucional se apresentava como uma “evidência” de que não era possível a contenção da realidade por meio da norma constitucional¹¹⁴ :

Realidade constitucional e norma constitucional acabaram isoladas e contrapostas. Por isso, nesse primeiro momento, a mutação constitucional foi apresentada como uma evidência de que não era possível conter o estado (realidade) por meio da constituição (norma). Os fatos se sobrepunham às normas e assim, ou a constituição se adequava à realidade ou estava fadada a ser por ela superada. Em última análise, portanto, não se reconhecia qualquer força conformadora às disposições constitucionais.

Jellinek também já delineava as bases teóricas da teoria da reforma e mutação constitucional, pois entendia que “sendo a constituição uma norma jurídica

¹¹⁴ PÁDUA, Antônio Carlos Torres de Siqueira de Maia e. *A mutação constitucional e a coisa julgada no controle abstrato de constitucionalidade*: análise de um fragmento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2006. 159f. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, p. 16.

e considerando que toda norma jurídica muda por outra lei, direito consuetudinário, “direito dos juristas” – jurisprudência, a Constituição também teria de mudar.”¹¹⁵

O autor também já diferenciava os institutos da reforma e mutação constitucional. Por reforma da constituição, o autor entende a modificação dos textos constitucionais produzidas por ações voluntárias e intencionais. Por mutação, diferentemente, entende que a modificação seja idônea ao texto, sem modificar o mesmo formalmente, por fatos que não são acompanhados de intenção ou consciência, ou seja, de maneira involuntária¹¹⁶.

Mas para ele não só o parlamentar ou legislador podem provocar modificações constitucionais por meio de reformas, mas a alteração do sentido da norma se dá também pela prática parlamentarista, administrativa, governamental e dos tribunais. Pouco a pouco, para ele, a lei irá adquirindo um significado totalmente distinto daquele que tinha quando foi publicada¹¹⁷.

A obra de *Jellinek* destaca principalmente a atuação necessária do Poder Judiciário como protetor do real significado das normas constitucionais. E isso se dá pela legitimidade dele como intérprete constitucional¹¹⁸:

O juiz ocupa efetivamente, pelo menos na América, o lugar de legislador constitucional, não sem razão, se qualificam os tribunais como terceira câmara legislativa. O juiz tem que decidir sobre a constitucionalidade frente a pressões políticas, a opinião pública etc. e também sobre as forças dos partidos, pois a democracia atua de forma contundente sobre tudo na vida pública

O autor vai mais além e reconhece as críticas e os defeitos do parlamento como instituição estatal importante para mutação constitucional. Mas entende que por mais que as instituições sejam perfeitas, ainda não estão realizando as

¹¹⁵ JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de La constitucion*. Traducción Christian Förster, Revisada por Pablo Lucas Verdu, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, P. 7.

¹¹⁶ JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de La constitucion*. Traducción Christian Förster, Revisada por Pablo Lucas Verdu, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, P. 7

¹¹⁷ JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de La constitucion*. Traducción Christian Förster, Revisada por Pablo Lucas Verdu, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, P. 20-23

¹¹⁸ JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de La constitucion*. Traducción Christian Förster, Revisada por Pablo Lucas Verdu, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, P. 24.

atividades de mutação com seriedade. E embora tropecem, ou seja, embora sejam muito imperfeitas, ninguém ainda as substituiu por instituições melhores.¹¹⁹

Hesse, já em outro contexto social, jurídico e teórico, ao se debruçar sobre os conceitos instituídos por *Lassale*, entende que a dissociação entre norma e realidade não faz da constituição simplesmente “uma folha de papel” – ou seja – “o desfecho do embate entre fatores reais de poder e constituição não se verifica, necessariamente, em desfavor desta. Existem pressupostos realizáveis que, mesmo em eventual confronto permitem assegurar a sua força normativa.”¹²⁰ Para *Hesse*, caso se tire da constituição sua força normativa, transformar-se-ia a ciência jurídica em mera ciência do ser¹²¹:

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 diferenciar-la da sociologia ou da ciência política.

Já *Hesse* pondera que tanto o positivismo jurídico da Escola de *Laband* e *Georg Jellinek*, quanto o positivismo sociológico de *Carl Schmitt* estão marcados pelo isolamento entre norma e realidade. Apregoa que a ênfase em uma ou outra direção leva a extremos – ou o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas ou a normatividade despida de elementos da realidade. Para ele também não deve haver dissociação entre norma e realidade¹²²:

¹¹⁹ JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de La constitucion. Traducción Christian Förster*, Revisada por Pablo Lucas Verdu, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, P. 83-84.

¹²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação à obra: HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, p. 5.

¹²¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, p. 11.

¹²² HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, p. 11-12.

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas.

Entretanto, embora o autor admita que a norma deva acompanhar as mudanças perpetradas na esfera social, seu o pensamento difere da teoria lassaliana no sentido de que a pretensão de eficácia da norma nada se confunde com as condições de sua realização¹²³:

Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e ao mesmo tempo determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas. Para a usar a terminologia (de Lassale) a Constituição Real e a Constituição Jurídica estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem pura e simplesmente uma da outra. Sua pretensão de eficácia (constituição jurídica) apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado

3.3 Características

Para Uadi Lammêgo Bulos, a primeira e principal característica da mutação constitucional seria o seu caráter lento. Segundo o autor, as mudanças informais, por ocorrerem de forma natural, conforme natureza fática dos meios difusos de alteração constitucional, “não geram deformações maliciosas, nem subversões traumatizantes, daí serem constitucionais”¹²⁴

Entretanto, o mesmo autor, baseado em autores como *Hesse* e *Karl Wheare* admite que tal regra pode permitir exceções, sendo possível que uma mutação

¹²³ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, p. 15-16.

¹²⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 61.

constitucional possa ocorrer em período de tempo mais ou menos largo, bem como em tempo curto¹²⁵.

Outra característica, citada tanto por Uadi Lammêgo Bulos e por Anna Candida da Cunha Ferraz é que a mutação constitucional é oriunda de “uma manifestação de uma espécie inorganizada do Poder Constituinte, o chamado poder constituinte difuso, na feliz expressão de *Burdeau*”¹²⁶

Uadi Lammêgo Bulos, também ao comentar sobre a natureza da mutação constitucional afirma¹²⁷:

De acordo com Georges Vedel, a natureza de um ato ou de uma atividade jurídica pode ser analisada sob dois pontos de vista: o material e o formal. No primeiro, considera-se o objeto em sua substância. No segundo, investiga-se o processo de formação do ato ou da atividade. Traduzindo o ensinamento do constitucionalista francês para o objeto do nosso estudo, constata-se que os meios difusos, como o próprio nome indica, não seguem formalidades ou procedimentos expressos. Sem aderir a requisitos explícitos na Constituição, os meios difusos possuem natureza informal. São mudanças de fato, não raro despercebidas, só notadas de vez em quando.

A terceira característica, esta última citada com mais ênfase por Anna Candida da Cunha Ferraz, é que o fenômeno conhecido como mutação constitucional geralmente altera o “sentido, o significado e o alcance do texto constitucional”, mas não pode contrariar o texto da Lei Maior, na letra ou no espírito, sob pena de ser considerada como mutação inconstitucional.¹²⁸

3.4 Modalidades

Embora se admita, pela doutrina brasileira, que a sistematização dada ao tema não é uniforme ou definitiva no que se refere a suas categoriais e modalidades, existem alguns critérios que permitem o estudo do fenômeno.

¹²⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 62.

¹²⁶ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. Max Limonad Ltda: São Paulo, 1986, p. 10.

¹²⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 60.

¹²⁸ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. Max Limonad Ltda: São Paulo, 1986, p. 10.

*Hsü Dau-Lin*¹²⁹, que foi seguido por *Pablo Lucas Verdú* e *Manuel García Pelayo*¹³⁰ teorizou sob quatro categorias: 1)mutação constitucional através de prática que não vulnera a Constituição; 2)mutação constitucional por impossibilidade do exercício de determinada atribuição constitucional”; 3)mutação constitucional em decorrência de prática que viola preceitos da Carta Maior (prática inconstitucional); 4)mutação constitucional através da interpretação.

A classificação realizada por *Paolo Biscaretti de Ruffia*, sugere que as mudanças agrupam-se em dois ramos: o primeiro constante de modificações operadas por órgãos estatais de caráter normativo e modificações operadas por órgãos de natureza jurisdicional e o segundo ramo mudanças ocorridas em virtude de costumes, normas convencionais – regras sociais de conduta frente à Carta Constitucional – e práticas constitucionais.

Georg Jellinek entende que as mutações constitucionais ocorrem pelas práticas parlamentaristas, administrativas, governamentais, bem como pelo desuso.¹³¹

Anna Candida da Cunha Ferraz trata da mutação ocorrida no âmbito da interpretação constitucional legislativa, judicial, administrativa, além de frizar a interpretação constitucional autêntica, popular, doutrinária. Também como Ruffia, dividiu estas modalidades do costume e construção constitucional.¹³²

Uadi Lammêgo Bulos conclui ser impossível esgotar o rol de hipóteses em que a Constituição sofre mutação constitucional no sentido de suas normas:¹³³

Isto porque, ao serem editadas as constituições não têm a perfeição de refletir todas as crenças e todos os interesses em pugna. Elas derivam de um paralelogramo de forças políticas, econômicas, sociais, culturais etc., atuantes naquele determinado momento histórico. Daí englobarem compromissos antagônicos, vontades e suscetibilidades de variadíssima gama, o que não permite ao legislador prever todas as possíveis

¹²⁹ DAU-LIN, Hsu. *Mutación de la constitución*. Oñait: IVAP, 1998, p.31- 161.

¹³⁰ GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1984, p 149.

¹³¹ JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de La constitucion. Traducción Christian Förster*, Revisada por *Pablo Lucas Verdu*, *Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 1991, p. 20.

¹³² FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. Max Limonad Ltda: São Paulo, 1986, p. 12.

¹³³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 65-66.

combinações de casos concretos, que a experiência cotidiana possa proporcionar. Isto enseja a utilização de determinados métodos, muitos deles espontâneos, naturais – sem qualquer previsibilidade de quando irão ser acionados – com o intuito de extrair o sentido, o significado e o alcance das normas constitucionais. Esses métodos, que podem provocar mudanças difusas no Texto Máximo são ilimitados porque variam de acordo com as transformações sociais, as quais repercutem sobre todo ordenamento constitucional. Não há como negar que a ordenação constitucional, mesmo no que atina aos aspectos sociais, políticos e econômicos, funda-se em fatos, nem se pode ignorar a celeridade e a concomitância espaço-temporal das mudanças na realidade.

3.4.1 Mutação constitucional por interpretação

Como exposto, a mutação constitucional pode se configurar de várias maneiras, como interpretação constitucional, práticas constitucionais, construções, costumes etc. Dentre tais práticas, a mais perceptível talvez seja a mutação constitucional via interpretação.

Quando ela ocorre? Anna Candida da Cunha Ferraz entende que sua ocorrência se dá sempre que se atribui à Constituição um sentido novo. Embora a autora elenque casos em que é perceptível a ocorrência do fenômeno, ela adverte que a enumeração não é exaustiva¹³⁴:

A mutação constitucional por via interpretativa não atinge a letra da Constituição; também não altera o conteúdo positivado expressamente na norma constitucional. Apanha, porém, o significado, o sentido ou o alcance das disposições constitucionais. A mudança da letra do texto constitucional, nas Constituições rígidas, somente se admite, quando decorrente de reforma, mediante processo previsto na própria Constituição (...) A mutação constitucional por via interpretativa é claramente perceptível numa das situações seguintes: a) quando há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentando-lhe, assim, a abrangência para que passe a alcançar novas realidades; b) quando se imprime sentido determinado e concreto ao texto constitucional; c) quando se modifica interpretação anterior e se lhe imprime novo sentido, atendendo a evolução da realidade constitucional; d) quando há adaptação do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição; e) quando há adaptação do texto constitucional para atender exigências do momento da aplicação constitucional; f) quando se preenche, por via interpretativa, lacunas do texto constitucional.

¹³⁴ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Processos informais de mudança da constituição. Max Limonad Ltda: São Paulo, 1986, p. 56 - 59.

Leva-se em conta que o objetivo da interpretação é atualizar o sentido constitucional, por isto úteis à mutação constitucional os conceitos interpretativos. Para Paulo Bonavides “interpretar a Constituição é muito mais do que fazer-lhe claro o sentido: é sobretudo atualizá-la.”¹³⁵

A interpretação constitucional poderá ser realizada por vários atores sociais e assim ser classificada quanto aos sujeitos, podendo ser de modalidade autêntica ou legislativa, doutrinária ou judicial.

Para Anna Candida “a interpretação constitucional legislativa é precipuamente atribuída ao Poder Legislativo, que a desenvolve mediante leis designadas de modo genérico como leis de aplicação da Constituição”¹³⁶

Assim, na visão da autora, leis ordinárias, complementares, orgânicas etc. geralmente integram o conteúdo constitucional, efetuando uma interpretação de sua norma aberta e programática.

A legislação infraconstitucional contribui para adensar o conteúdo constitucional e pode fazê-lo de forma a integrar, completar ou restringir normas, de acordo com a eficácia das normas constitucionais. Exemplificando, nos casos de normas de eficácia contida¹³⁷, a leitura legislativa da norma constitucional pode vir a restringir o âmbito de sua eficácia e aplicabilidade¹³⁸, já nos casos de normas de eficácia limitada, as normas que regulamentam dispositivos constitucionais podem “dar-lhes menor ou maior alcance, refletindo circunstâncias históricas, políticas e sociais do momento e imprimindo, desta forma, à Constituição maior ou menor elasticidade, caráter mais ou menos liberal”¹³⁹.

¹³⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19.ed.São Paulo: Malheiros, 2006, p. 326.

¹³⁶ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. Max Limonad Ltda: São Paulo, 1986, p. 75.

¹³⁷ Utilizando-se da classificação de SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 52.

¹³⁸ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. Max Limonad Ltda: São Paulo, 1986, p. 83.

¹³⁹ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. Max Limonad Ltda: São Paulo, 1986, p. 83..

Considerando o contexto de Constituições Modernas, geralmente programáticas e abertas, bem como do Estado Democrático de Direito e a função social do parlamento, que tem sua força legitimada, é de inegável a importância, no contexto da interpretação constitucional legislativa. Nas palavras de Luis Pinto Ferreira, citado por Anna Candida da Cunha Ferraz¹⁴⁰:

A Constituição toma sentido concreto e efetivo através do conjunto de normas que se destinam a aplicá-la. O arcabouço jurídico montado pela legislação indica, na verdade, os rumos que as normas constitucionais, e, conseqüentemente os valores, fins e princípios nelas embutidos tomam a vida do país. Daí poder-se dizer, com segurança, que é difícil conhecer adequadamente a Constituição de um país sem conhecer a legislação infraconstitucional que a põe em movimento.

3.4.1.1 Mutação constitucional legislativa

Embora seja senso comum entre a maioria dos estudiosos e operadores do Direito que a atividade de interpretação pertença precipuamente ao Poder Judiciário, a interpretação legislativa – ou autêntica, conforme definido pela hermenêutica cl ssica¹⁴¹ -   indispensável, principalmente no caso de texto constitucional que contenham sentidos abstratos, imprecisos ou duvidosos. Segundo Anna Candida Cunha Ferraz¹⁴²:

Negar-se, pois ao intérprete constitucional legislativo a faculdade de, na sua tarefa obrigatória de integração ou complementação do texto constitucional, construir, compor, compreender, descobrir e revelar o sentido e o alcance das disposições constitucionais, importaria negar a mesma faculdade ao intérprete constitucional judicial, implicaria a negação de toda formidável doutrina da construção criada pela jurisprudência norte-americana

Em alguns momentos da história constitucional brasileira, a interpretação constitucional legislativa se manifestou como mutação constitucional.   citado em Anna Candida de Cunha Ferraz o caso da educação. Desde a Constituição Imperial, se delimitou a competência entre Assembléias Provinciais e Governo Central, cabendo   instrução primária às Províncias e   superior ao Poder Central.

¹⁴⁰ PINTO FERREIRA, Luís. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 125 *Apud* FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudanç  da constituição*. Max Limonad Ltda: São Paulo, 1986, p. 66.

¹⁴¹ A denominação foi divulgada principalmente pela obra de MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

¹⁴² FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudanç  da constituição*. Max Limonad Ltda: São Paulo, 1986, p. 89.

Entretanto, após a Guerra de 1914, “particularmente em razão da existência de escolas estrangeiras que ministravam educação primária em língua estrangeira, viu-se o governo federal pressionado a atuar na área do ensino primário.”¹⁴³ E assim, sem que houvesse qualquer modificação no texto constitucional, utilizando-se de autorização legislativa, intervém o Poder Executivo Federal no domínio da educação primária, com a edição do Decreto nº 13.014, de 04/05/1918.

No caso mencionado, se percebe o exemplo de mutação constitucional realizada por interpretação constitucional legislativa, desenvolvida por meio de atuação do Poder Legislativo.

A mutação constitucional oferece, entretanto, riscos e perigos de interpretações inconstitucionais, devendo haver ponderação do legislador ao aplicar a possibilidade de desenvolvimento e de adaptação legislativa à realidade, motivo pelo qual se faz necessário o controle da atividade.¹⁴⁴

Neste sentido, nossa Carta Constitucional permitiu possibilidades de controle de constitucionalidade que vêm sendo utilizados cada vez com mais freqüência, como se têm comprovado pelas numerosas ações de controles concentrado e difuso, submetendo todos os dias à pauta de questões sociais relevantes o exame de interpretação da Carta Constitucional pelos intérpretes constitucionais oficiais, integrantes que são do Poder Judiciário¹⁴⁵.

¹⁴³ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. Max Limonad Ltda: São Paulo, 1986, p. 100.

¹⁴⁴ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. Max Limonad Ltda: São Paulo, 1986, p. 100 – 105.

¹⁴⁵ Sobre o assunto, pode-se consultar notícia no sítio do Supremo Tribunal Federal e constatar que já se chegou à marca de quatro mil ações diretas de inconstitucionalidade na recente história constitucional. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF: Mais de quatro mil ADIs em vinte anos de Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=97168>>. Acesso em 26 out 2008.

3.4.1.2 Mutação constitucional judicial

Conjuntamente com a atividade interpretativa do legislador, se posiciona ainda a atividade mutacional do Poder Judiciário na interpretação constitucional, manifestada atualmente em uma tendência ao ativismo judicial. Branco, Coelho e Mendes se posicionam:

Funcionam, então, os operadores jurídicos como instâncias heterônomas de criação abreviada do direito(...) Uma conclusão que, de resto, conta com o apoio de jurisfilósofos da maior expressão, como Elías Díaz, para quem o Direito compreende não só normas, mas também o trabalho de seus operadores, vale dizer, o que eles fazem com elas, no amplo espectro da interpretações aceitáveis (...) Em suma – ironiza Guastini -, a criação jurisprudencial do direito é pudicamente ocultada sob trajes menos vistosos e apresentada como **simples explicitação de normas implícitas, como elaboração de normas que se consideram já existentes, embora em estado latente, no sistema legislativo, mesmo que o legislador não as tenha formulado expressamente. Críticas à parte, o que a experiência mostra é que tudo isso ocorre de maneira necessária, não apenas em decorrência da insuprimível distância entre a generalidade/abstração das normas e a especificidade/concretude das situações da vida, mas também em razão das constantes alterações no prisma histórico-social de aplicação do direito, transformações que ampliam aquela distância, suscitando problemas de justiça material, que o juiz está obrigado a resolver prontamente, até porque não pode aguardar – reiterar-se -, as sempre demoradas respostas do legislador.**¹⁴⁶

A atividade do juiz tem sido, portanto, essencial à complementação da norma, - e por que não dizer de criação da mesma? - já que sua participação no processo “produção/interpretação/aplicação, inclui a interpretação e aplicação, recriando o direito.

As normas constitucionais, então, associadas à interpretação dos fatos sociais, deverão passar pelo crivo do Poder Judiciário, que lhe confere o “verdadeiro” sentido, de forma que atualmente a Constituição é aquilo que se interpreta que ela seja. Mais especificamente, considerando o modelo atual adotado para nosso controle de constitucionalidade, permeado de súmulas vinculantes, reclamações e tantas formas de controles que são ajuizados diretamente na Corte

¹⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, p. 55.

Suprema, pode-se dizer, na verdade, e sem muito receio, que a Constituição é aquilo que o Supremo Tribunal Federal quer que ela seja.

Encarando tal temática não somente na forma de uma ácida crítica, mas a considerando como uma realidade fatídica, não se deve perder de vista que os intérpretes constitucionais oficiais – membros do Poder Judiciário -, não podem de maneira alguma contemplar interpretações inconstitucionais, a violar o programa constitucional.

Para MENDES, COELHO e BRANCO, “uma coisa é admitirem-se mutações constitucionais válidas enquanto alterações no âmbito ou esfera da norma que podem ser abrangidas pelo programa normativo – outra bem diversa – é legitimarem-se mudanças que traduzam uma realidade inconstitucional”¹⁴⁷

A responsabilidade desses intérpretes, portanto, deve ser enormemente considerada, pois são um corpo doutrinário de peso de onze ministros – representantes da vontade constitucional -, que deverão estar preparados inclusive para rever suas próprias posições quando dissociadas do ideal entendimento da realidade fática – se é que existe algum entendimento ideal numa democracia plural.

Críticas à parte, o modelo que seguimos evolui de forma inexorável para tal caminho. E o que se pode fazer é trazer o debate constitucional para a sociedade, que a leva ao Supremo Tribunal Federal, legitimando suas decisões acerca de constitucionalidade/inconstitucionalidade de uma norma fundamental.

Não se pode deixar de salientar que se tem sustentado que a mudança de interpretação dos tribunais difere da mutação constitucional. Daniel Francisco Nagao Menezes¹⁴⁸ explica:

Há que se abrir espaço aqui para tratar da diferença entre mutação constitucional e a mera mudança de opinião dos tribunais. Qual o elemento que torna diferente uma mutação na Constituição de uma mera mudança de

¹⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 55.

¹⁴⁸ MENEZES, Daniel Francisco Nagao. *Economia e Mutações Constitucionais*. 2008. 157f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico). Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo. P. 57-58.

interpretação? Embora sutis, diferenças entre mutação constitucional e mudança de interpretação existem. A principal diferença vem a ocorrer na extensão da alteração. A mutação constitucional é muito mais extensa e profunda que uma mudança de interpretação. A mutação constitucional em geral, é uma adequação do texto constitucional à nova realidade política, possuindo assim, uma natureza contra-fática em relação à finalidade original da norma, enquanto a mudança de interpretação não tem natureza contra-fática, atuando dentro de uma extensão delimitada. Podemos dizer que a mudança de interpretação decorre da redação do texto legal, a qual é imprecisa ou omissa permitindo dúvida no momento de sua aplicação. Não há mudança na realidade social no caso de interpretação, mas sim uma escolha do aplicador da norma dentre uma gama de possibilidades decorrentes da norma, sempre respeitando, contudo, o texto da lei. A escolha e concretização da norma são feitas dentro da realidade social existente, não existindo mudança dessa realidade social como na mutação constitucional. Já a mutação constitucional decorre da conjuntura política de um determinado momento histórico, busca adequar o texto constitucional à nova força normativa ou, ainda, ampliar ou reduzir a força normativa da norma constitucional original

A nosso ver, o que ocorre é que o Tribunal – ou mais especificamente o Poder Judiciário – deve sempre tender a fazer o ajuste do resultado da norma com a realidade, adotando sendo ele mesmo instrumento de evolução na interpretação ou admitindo a mutação constitucional. Mendes, Coelho e Branco explicam¹⁴⁹:

Nesses casos, fica evidente que o Tribunal não poderá “fingir” que sempre pensará dessa forma. Daí a necessidade de, em tais casos, fazer o ajuste do resultado, adotando técnica de decisão que, tanto quanto possível, traduza mudança de valoração. No plano constitucional, esses casos de mudança na concepção jurídica podem produzir uma mutação normativa ou a evolução na interpretação, permitindo que venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas. A relevância da evolução interpretativa no âmbito de controle de constitucionalidade está a demonstrar que o tema comporta inevitáveis desdobramentos. A eventual mudança no significado do parâmetro normativo pode acarretar a censurabilidade de preceitos até então considerados compatíveis com a ordem constitucional (...) Cumpre assinalar, tão-somente, a inegável importância assumida pela interpretação no controle de constitucionalidade

Assim, destaca-se mais ainda a atuação do Poder Judiciário na mutação constitucional, sensíveis que deverão estar ao contexto social, de forma a interpretar não só a norma, mas entender a realidade existente e identificar mudança que justifique uma alteração no sentido normativo. Neste sentido, válida a utilização cada vez mais freqüente do instituto do *amicus curie*¹⁵⁰, de forma que a participação social

¹⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 973-974.

¹⁵⁰ O instituto do *amicus curie* permite que se consulte a sociedade sobre assuntos de interesses fundamentais, numa espécie de intervenção (embora se admita que esta não seja a

colabora fortemente para as decisões da Corte Suprema. E por que não dizer também dos Tribunais, já que as reformas de processo civil acrescentadas pela Lei 9.868/99¹⁵¹, permitem intervenção semelhante?¹⁵²

3.4.1.3 Mutação constitucional administrativa

Completando o ciclo de classificação das reformas informais via interpretação pelos sujeitos que as realizam, tendo em vista que aqui foram tratadas a atuação do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, pode-se também acrescentar que *George Jellinek*, ainda em 1906, também entendia que as “mutações constitucionais não ocorriam somente pela atividade legislativa, mas também pelas práticas judiciais, parlamentares e administrativas governamentais”¹⁵³, contemplando aí a idéia de que também se considera o Poder Executivo como sujeito ativo de tais reformas.

E é bem comum e até natural que isto ocorra. Na Teoria dos Deveres-Poderes Administrativos, destaca-se o Poder Regulamentar, que pressupõe a complementação da norma constitucional, tendo em vista que esta impõe, muitas vezes, comportamentos ativos do administrador, a fim de conferir efetividade e concretude à determinação constitucional. O professor administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵⁴ leciona:

(...) a generalidade da lei e seu caráter abstrato ensancham particularização normativa ulterior. Daí que o regulamento discricionariamente as procede e, assim, cerceia a liberdade de comportamentos dos órgãos e agentes administrativos para além dos cerceios da lei, impondo, destarte padrões de

denominação mais adequada) de intérpretes no processo objetivo no controle concentrado de constitucionalidade.

¹⁵¹ BRASIL. Congresso Nacional. Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em <www.presidencia.gov.br>. Acesso em 26 out 2008.

¹⁵² Acerca da participação do *amicus curie* no incidente de inconstitucionalidade perante os Tribunais, se defende que a proposta acabou sendo incorporada ao texto da Lei 9.868/99, facultando ao relator a possibilidade de se utilizar da mesma estrutura ao processo objetivo no controle concentrado de constitucionalidade, conforme MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 1.022.

¹⁵³ JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de La constitucion. Traducción Christian Förster*, Revisada por Pablo Lucas Verdu, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 20

¹⁵⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p.326.

conduta que correspondem aos critérios administrativos a serem obrigatoriamente observados na aplicação da lei aos casos particulares.

Assim, ao direcionar o sentido e o alcance da norma constitucional, interpretando-a, oferecendo-a concretude, estabelecendo padrões e procedimentos, o administrador está adequando à norma ao fato social, atualizando-a e permitindo que ocorra mutação constitucional via interpretação.

Tais mutações, friza-se, também não devem ser consideradas inconstitucionais. O magistério de Pontes de Miranda já previa tal hipótese, rechaçando a inclusão de regras geradoras de direitos ou obrigações novos, forma oblíqua de usurpar função legislativa¹⁵⁵:

Se o regulamento cria direitos ou obrigações novas, estranhos à lei, ou faz reviver direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações ou exceções que a lei apagou é inconstitucional.

Portanto, preservando o espírito constitucional, o Poder Executivo é também agente ativo de mutação constitucional via interpretação, pois sua atividade proporciona nova dimensão à norma, atualizando-a no plano fático, conferindo a ela sentido mais próximo da realidade social. Celso Antonio Bandeira de Mello posiciona-se¹⁵⁶:

Em diferentes conceituações ou comentários sobre o regulamento, para aclarar-lhe a compreensão, costuma-se dizer que os regulamentos executivos destinam-se a “explicitar” o conteúdo da lei, às vezes mencionam que “interpretam” a lei, ou diz-se que “existem para explicá-la”, e em outras tantas averba-se ser sua função a de “desenvolver-se” ou “pormenorizar” o texto regulamentando (...) Assim, ao prefixar o modo pelo qual se processarão relações, o regulamento coarta discricção, pois limita a conduta que órgãos e agentes terão que observar e fazer observar. Destarte, assegura-se uma uniformidade de procedimento, pelo qual se garante obediência ao cânone fundamental da igualdade, que sofreria transgressões se inexistisse a medida regulamentar. É bem de ver que as disposições regulamentares a que se está aludindo presumem, sempre e necessariamente, uma interpretação da lei aplicanda (...)

Quanto ao Ministério Público, vale salientar que há posições doutrinárias que o identificam no Poder Executivo e outras que o identificam como um outro Poder,

¹⁵⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Civil. Tomo III*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves em conformidade com o Código Civil de 2002. São Paulo: Bookseller, 2005, p. 316.

¹⁵⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p.334 - 337.

independente e autônomo, com as mesmas prerrogativas e garantias da magistratura. Independente da posição adotada¹⁵⁷, louvamos a atuação do Ministério Público como representante dos interesses sociais e individuais homogêneos e como sujeito atuante na interpretação constitucional, como sujeito ativo da mutação constitucional no âmbito da sociedade aberta, já que muitas vezes, ele mesmo viabiliza o intercâmbio de idéias entre o Estado e a comunidade.

Aliás, a ratio essendi da intervenção do Ministério Público está no fato de que o próprio Estado deve velar pela atuação e observância obrigatória dos interesses por ele tutelados, que são indisponíveis.

Voltando à questão da atividade interpretativa, deve-se dizer que ela não tem como sujeitos ativos somente o Estado, ou, mais precisamente, não se considera suficiente somente a atuação dos Poderes Estatais – Poder Legislativo, Judiciário e Executivo e Ministério Público (se não considerado um Poder Independente, pelo menos pertencente à Administração Pública).

Aliás, com a comemoração dos vinte anos da Constituição, com mais ênfase se debateu sobre alguns pontos de sua vigência, bem como expectativas futuras sobre seu poder normativo. Por que não dizer que tais palestras, debates, encontros, congressos foram então uma manifestação da sociedade acerca da interpretação constitucional? E que este fato não contou única e exclusivamente com a atuação óbvia do Poder Legislativo, Poder Judiciário e até Poder Executivo? Por que não dizer que a sociedade participa também da interpretação e que, por isso, também seria protagonista e sujeito de mutações constitucionais?

Eis as idéias do doutrinador alemão *Peter Härbele*, para quem a interpretação da Constituição nada mais é do que uma manifestação social e cultural.

¹⁵⁷ MAZZILLI, Hugro Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público: análise da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, instituída pela Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 13-35.

4.A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL POPULAR E A SOCIEDADE ABERTA DE *PETER HÄRBELE*

4.1 Mutação constitucional popular

Antes de qualquer outra observa o,   necessário esclarecer que o próprio conceito de muta o constitucional se consolida e adv m de modo direto da soberania popular, já que o povo, tanto na Teoria Clássica do Poder Constituinte, quanto na Teoria da Interpreta o Constitucional de *H rbele*,   o agente estruturante das normas constitucionais, seja para criá-las, seja para interpretá-las, em um processo complexo, dando-lhes novo sentido, diante da movimentada dinamicidade social.

O próprio direito, em concep es mais apaixonadas, s  ganha legitimidade se os poderes sociais não estiverem divorciados da realidade, de modo que a efetividade social das normas só se verificam se forem legitimadas pela sociedade que delas necessita, principalmente se tratarmos de normas constitucionais, que estruturam a essência estatal, seus poderes, sua estrutura e definem direitos fundamentais:¹⁵⁸

"O fundamento da Constitui o não   e nem pode ser, portanto, nenhuma norma jurídica prévia ou superior. (...) a norma constitucional (*Constitui o*), que serve de base a todo o sistema jurídico, apóia-se, em última instância, em "algo superior e anterior a todo direito estabelecido", sobre um "fenômeno real de existência política". A base, o fundamento último de um sistema de normas jurídicas *não  *, portanto, em última análise, algo normativo, mas algo real: a vontade social, que d  integra o   comunidade política, imprimindo-lhe certas diretivas. Esta "vontade social" não   aquela entidade misteriosa, metafísica, do romantismo político, mas um simples "processo", uma resultante, um equilíbrio das vontades individuais existentes no interior do Estado."

¹⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. *O direito constitucional e o momento político*. *Revista de Informa o Legislativa*. Ano 21, número 81, Jan/Mar.1984. p 200.

A idéia está intimamente ligada com a questão da soberania popular, já que é a partir deste conceito que nasce o direito de democracia, participação e representação. Com o adensamento do propósito constitucional e a evolução da democracia a teoria da soberania popular aumentou seu campo de atuação. Não há muito tempo, o conceito era restrito à representação político-partidária e às formas de participação direta, expressa nos plebiscitos, referendos e iniciativas populares. Hodiernamente, entretanto, o conceito de soberania e participação popular alargou-se, interpenetrando nas funções não só legislativas, mas administrativas (principalmente)¹⁵⁹ e por que não dizer, judiciais, com o advento dos institutos como *amicus curie*?

“A participação pode se dar diretamente, através da chamada democracia direta, com a utilização de instrumentos como o referendo, o plebiscito ou a iniciativa popular, como também pode ser proposta a partir de meios que, juntamente com a administração pública, pretendem cooperar para uma administração participativa, que pode se dar através de subprefeituras ou com a participação de cidadãos em conselhos públicos municipais, ou ainda pelos chamados conselhos autônomos que, apesar de não pertencerem, não serem subordinados à administração pública, podem fiscalizar e até mesmo participar da administração nos assuntos que forem pertinentes a toda coletividade.”

Neste contexto, vale destacar a classificação das mutações constitucionais proposta por Ronaldo Guimarães Gallo, que as identifica pelo critério de pureza. Assim, as mutações constitucionais puras seriam aquelas que coadunam com o objetivo social e estão em consonância com os ideais de soberania e participação popular. As impuras, diferentemente, não são travadas pelo povo, e nem contam com sua participação¹⁶⁰:

As mutações constitucionais *puras* nada mais são que o ajuste do perfeito *reflexo* que deve existir entre a sociedade (ou os valores que ela contem) e a Regra Fundamental que a regula ("Direito"), é o redirecionamento da exata similitude que deve existir entre o espírito vivente no seio da soberania popular e que igualmente deve habitar o âmago da respectiva Constituição(...).Essa espécie de mutação altera o conteúdo das normas constitucionais para fazer com que elas voltem a se adequar aos novos

¹⁵⁹VIEGAS, Weverson. *Cidadania e Participação Popular*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4199>>. Acesso em 15 nov 08.

¹⁶⁰GALLO, Ronaldo Guimarães. *Mutação Constitucional*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3841>>. Acesso em 26 out 08.

valores da sociedade, dá novo sentido a estes dispositivos, fazendo-os entrar em sintonia com a dinâmica da evolução social, garantindo a eficácia da Constituição(...)As hipóteses de mutações constitucionais aventadas condicionam-se quer na modalidade de mutação *pura*, quer na *impura*, delas fazendo parte integrante, e não elemento distinto.(...)Entendemos como sendo mutações constitucionais *impuras* aquelas que impõem uma alteração no conteúdo do Texto Fundamental, sem alteração do seu dispositivo (que permanece intacto), entretanto não como reflexo das alterações ocorridas nos ideários sociais, mais sim advindas de pressões efetivadas por determinados grupos (ainda que representativos de determinada parcela da sociedade), de práticas governamentais, legislativas ou judiciárias, ou ainda de complementações legislativas (dentre outros) (...)A simples classificação das mutações constitucionais em apenas duas espécies, as quais chamamos *puras* e *impuras*, decorre do nosso entendimento segundo o qual as *mutações* ocorrem como uma forma de adequar a Carta Fundamental (dever ser), à realidade hodierna da sociedade (ser), à evolução do pensamento, dos valores do corpo social. Esse é o fenômeno.

A denominação, segundo Anna Candida da Cunha Ferraz, diz respeito “à interpretação constitucional desenvolvida pelo povo, representado por grupos de pressão, partidos políticos, opinião pública etc. Além dos instrumentos e mecanismos legitimados para realizar alterações constitucionais formais previstas na ordem jurídica, como referendo, plebiscito, iniciativa popular etc., o povo – na sua acepção mais ampla – também é protagonista de reformas informais, ao se utilizar da força dinâmica e vital de alteração da realidade, e conseqüente alteração do sentido normativo.¹⁶¹

A mesma autora também dá a notícia de que há diferenças estruturais de participação popular, conforme determina ou não o ordenamento jurídico pátrio¹⁶²:

A participação popular na interpretação da Constituição varia, em grau e intensidade, conforme o ordenamento jurídico-constitucional. De relevantíssima importância nos Estados Unidos e na Suíça, acolhida na Itália, é totalmente ignorada ou apenas tolerada em vários ordenamentos (...) O referendo, nos Estados Unidos e na Suíça, é obrigatório para aprovação de reformas constitucionais, quer a nível federal, quer a nível de Estados-membros. A reforma constitucional somente será efetivada se obtiver aprovação do povo(...) A iniciativa constitucional popular

¹⁶¹ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. Max Limonad Ltda: São Paulo, 1986, p. 169.

¹⁶² FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. Max Limonad Ltda: São Paulo, 1986, p. 169 – 170.

consagrada, por exemplo, na Constituição de Cantão de Friburgo, e o veto constitucional popular adotado na Constituição de Neuchatel, são meios de provocar mudança formal na Constituição ou obstaculá-la. Particularmente relevante como processo de mutação constitucional provocado por interpretação constitucional popular é instituto do *recall*, previsto em Constituições de Estados norte americanos

De se considerar, portanto, a forma mais importante de mutação a interpretação constitucional realizada pela sociedade, agente e sujeito de mudanças que extraem o caráter heráclito da norma constitucional – que, no contexto deste trabalho monográfico, deve corresponder exatamente ao conceito ideal de “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, proposto por *Härbele*, ou seja, uma sociedade plural, democrática, na qual o debate e processo político sejam viabilizados de forma natural e evidente.

E é o conceito de soberania popular que dá fundamento para se considerar que esta é a forma mutacional mais importante, pois é ele que desenvolve a idéia do entendimento entre corpo social e norma (direito). Extrai-se do fenômeno a importância e a necessidade de constante atualização da Carta Constitucional¹⁶³.

Portanto observado o necessário entendimento entre corpo social e direito, entre Soberania Popular e Constituição, é inarredável a importância de que referido “entendimento” perdure no tempo, ou seja, que o ordenamento jurídico constitucional continue cumprindo a sua finalidade de expressar a vontade da “alma coletiva”. Como a sociedade é dinâmica e refaz seus entendimentos (ou constrói outros) com o passar do tempo, o ordenamento constitucional deve acompanhar essa evolução do pensamento social sob pena de ver-se tolhido do fundamento que lhe garante vivacidade, qual seja, a soberania popular. Assim sendo, torna-se indispensável que a Constituição (expressão maior do ordenamento jurídico) seja provida de mecanismos que a possibilitem acompanhar os desejos, anseios e pensamentos da sociedade que regra.”

Os agentes sociais que interpretam diretamente ou indiretamente a Constituição, permitindo que haja nela uma mudança de sentido da norma sem que lhe modifique o conteúdo devem ser considerados como agentes indispensáveis do processo de mutação constitucional, já que eles prestam enorme contribuição que

¹⁶³ GALLO, Ronaldo Guimarães. *Mutação Constitucional*. Disponível em <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_VI_abril_2006/mutacao_constitucional_Ronaldo.pdf>. Acesso em 03 abril 2008.

influi de forma direta na modificação formal ou informal da Constituição, sob a forma de interpretação das normas constitucionais¹⁶⁴.

Destacamos aqui a atuação de grupos de pressão, associações, conselhos comunitários, *experts*, pareceristas, doutrinadores, acadêmicos etc.

Uma pausa é possível para entender que se deve reconhecer que é no meio acadêmico que tanto os legisladores quanto os julgadores vêm “beber da água do conhecimento”. É com base em estudos doutrinários, acadêmicos, de juristas, que a dinâmica constitucional também evolui. Como observadores que são da realidade não só são consultados diretamente pelos julgadores, administradores e legisladores, como também poderão receber estudos de representantes que se utilizem de seus profícuos argumentos ou até – principalmente nos tempos contemporâneos – cumular as funções acadêmicas e estatais.

4.2 Método hermenêutico de *Peter Häberle*

Inicialmente, antes mesmo de tratar do método hermenêutico desenvolvido por *Peter Häberle*, deve-se tratar do conceito “sociedade aberta” por ele utilizado, mas também desenvolvido por alguns autores, mais especificamente *Henri Bergson* e *Karl Popper*, de forma política ou epistemológica, respectivamente¹⁶⁵:

A sociedade aberta é um conceito que foi originalmente criado pelo filósofo Henri Bergson. Em sociedades abertas o governo é responsável e tolerante, e os mecanismos políticos são transparentes e flexíveis. O Estado não mantém segredos para si mesmo; é uma sociedade não-autoritária, uma sociedade em que todos são respeitados, com o conhecimento de todos. Liberdade política e direitos humanos são os princípios fundamentais que regem a sociedade aberta. Na definição de Karl Popper, encontrada em seu livro de dois volumes *The Open Society and Its Enemies* a “sociedade aberta” é aquela que se assegura de que seus líderes possam ser destituídos sem a necessidade de derramamento de sangue, por oposição

¹⁶⁴ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. Max Limonad Ltda: São Paulo, 1986, p. 171. A autora cita TEIXEIRA, J.H. Meirelles; BARACHO, José Alfredo de Oliveira e MAXIMILIANO, Carlos, como doutrinadores que reconhecem o valor do jurista para a constituição sólida do ordenamento jurídico.

¹⁶⁵ Disponível em < http://pt.wikipedia.org/wiki/Sociedade_aberta>. Acesso em 26 out 2008. No texto, se mencionam duas referências bibliográficas importantes: POPPER, K., “The Open Society and Its Enemies, Volume One”, Routledge (1945, reprint 2006), chapter 10 part I; SOROS, George, “The Age of Fallibility”, PublicAffairs, 2006.

às sociedades autoritárias nas quais uma violenta revolução ou um golpe de estado se faz necessário para alterar sua liderança. Ele acrescenta que numa "sociedade aberta" "os indivíduos encaram decisões pessoais", por oposição às "sociedades mágicas, tribais ou coletivistas". O conceito de "sociedade aberta" de Popper é mais epistemológico que político. De acordo com sua teoria, o fato do conhecimento humano ser provisório e falível implica na necessidade de que as sociedades estejam abertas a diferentes pontos de vista. Pretensões ao domínio de certos conhecimentos e da verdade final conduzem à imposição de uma única versão da realidade ¹²¹. Contrastando com isso, numa "sociedade aberta" cada cidadão deve formar sua própria opinião sobre a realidade e para isso é necessário haver liberdade de expressão de pensamentos, e a manutenção de instituições legais e culturais que a favoreçam. Uma "sociedade aberta" também deve ser pluralística e multicultural para que possa se beneficiar da análise do maior número de pontos de vista em seus problemas .

E é claro que, para se falar em "sociedade aberta", também se deve falar em "democracia"¹⁶⁶. Tanto um como outro conceito são amplos, paradoxais, abertos, complexos, e não coadunam sequer com a idéia de serem fechados por um enunciado. O que é complexo¹⁶⁷, portanto, evolui e é observado, mas não pode ser esvaziado em um determinado conceito. Trata-se de uma concepção evolutiva.

Neste contexto democrático de uma "sociedade aberta", o paradigma trazido por *Harbele* traduz a mudança radical de uma interpretação constitucional calcada em uma sociedade fechada, restrita aos intérpretes oficiais¹⁶⁸, para considerar no mesmo plano os intérpretes em sentido amplo, estes que compõe esta sociedade pluralista e aberta. Os professores Ives Gandra da Silva e Gilmar Ferreira Mendes sistematizam o entendimento de *Harbele*¹⁶⁹:

Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve se encarar seriamente sobre o tema "Constituição e realidade constitucional" aqui se pensa na exigência de incorporação de ciências sociais e também nas teorias jurídico-fundamentais, bem como métodos de interpretação voltados para o interesse público e do bem-estar geral -, então, há de se perguntar, de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da

¹⁶⁶ Por democracia, pode-se entender conceitos diversos, como democracia clássica, moderna, indireta, direta, semi-direta, participativa, representativa, esclarecida etc.

¹⁶⁷ Um dos maiores pensadores sobre a complexidade foi o francês *Edgar Morin*. A referência bibliográfica que explica seu método e contém elementos sobre a teoria da complexidade é MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Eliane Lisboa. Porto Alegre: Editora Meridional/Sulina, 2005.

¹⁶⁸ Os intérpretes oficiais geralmente são os detentores de competência constitucional, geralmente representados pelos Poderes da República Federativa: Poder Judiciário, Poder Executivo e Poder Legislativo, mas atualmente também contamos com o Ministério Público, com o Tribunal de Contas.

¹⁶⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 262-263.

realidade constitucional (...) Não é pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova interpretação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção (...) o reconhecimento do caráter complexo e plural da interpretação constitucional leva, como acentua Härbale, a uma relativização da interpretação constitucional jurídica.

Tal método hermenêutico se manifesta de forma mais favorável em uma sociedade multifacetária e pluralista, na qual há uma expressa relativização da interpretação constitucional jurídica. Isso só é possível em uma sociedade complexa na qual também haja concretização do princípio democrático e abertura material da Constituição.¹⁷⁰

A sua proposta é ousada, além de radical, e coaduna com o ideal de sociedade democrática paradigmática dos novos tempos modernos e contemporâneos. Sua proposta, nas palavras do ilustre professor Gilmar Mendes, que traduz e introduz a obra¹⁷¹:

Exige uma radical revisão da metodologia jurídica tradicional (...) que esteve muito vinculada ao modelo de sociedade fechada. A interpretação constitucional dos juízes, ainda que relevante, não é (e nem deve ser) a única. Ao revés, cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituiriam forças produtivas de interpretação, atuando, pelo menos como pré-interpretres do complexo normativo constitucional

Härbele sugere que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas de participação e interpretação – notadamente nas audiências e intervenções. Destaca-se, aqui, não só o início da utilização do instrumento de consulta popular do Supremo Tribunal Federal, notadamente as intervenções ocorridas pelo *amicus curie*, consultas populares, pareceres, informações jornalísticas, debates, palestras, manifestação de grupos de pressão etc.

O próprio *Härbele* assume que a teoria da interpretação constitucional se confronta com duas questões essenciais: 1) tarefas e objetivos da interpretação

¹⁷⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, p. 263-266.

¹⁷¹ HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre/RS, 1997.

constitucional e 2) indagação sobre o método (processo da interpretação constitucional e as regras de interpretação). A estas, devem se somar uma terceira, suficientemente séria para que a doutrina a trate de forma destacada no tema, considerando sua contribuição sob um ponto de vista de uma concepção teórica, científica e democrática.¹⁷²

Em síntese, faz um alerta: “Quem vive a norma acaba por interpretá-la ou co-interpretá-la”¹⁷³ De modo claro, não há monopólio da interpretação pelos intérpretes jurídicos oficiais, pois não só eles vivem a norma¹⁷⁴:

O processo de interpretação sugerido implica em “mediação específica entre Estado e sociedade”. Não só o processo de formação da interpretação, mas também o desenvolvimento posterior dele se torna pluralista.

Neste contexto, a investigação sobre os que participam do processo de interpretação é consequência do conceito republicano e por que não dizer do processo democrático? Também sobreleva a ciência da experiência, devendo explicitar os grupos concretos de pessoas e de fatores que formam o espaço público, o tipo de realidade, a forma como ela atua no tempo, a possibilidade e a necessidades existentes.

Ao questionar o antigo paradigma de que a interpretação constitucional só poderia ser oficial, afirmando que ela, na verdade, não é um fenômeno tipicamente ou exclusivamente estatal, o autor reafirma que o processo dinâmico constitucional tem acesso potencial a todas as forças da comunidade política.¹⁷⁵

¹⁷² HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre/RS, 1997, p. 11.

¹⁷³ HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre/RS, 1997, p. 13.

¹⁷⁴ HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre/RS, 1997, p. 18.

¹⁷⁵ HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre/RS, 1997, p. 23.

Neste sentido, a relação entre as funções estatais e o poder de decisão vinculante são questionadas, de modo que o processo de interpretação constitucional passa, necessariamente, por uma reformulação ou pré-formulação do interesse público, onde os participantes são o recorrido, o recorrente – advogados e partes que levam suas razões ao Estado; os que têm legitimidade como participantes – integração à lide etc.; *amicus curie*; pareceristas, *experts*, peritos e representantes – associações, partidos políticos etc., grupos de pressão. Também a opinião pública democrática e pluralista, a mídia, o jornalismo, os leitores, as associações, partidos políticos.¹⁷⁶

A participação social, expressão da democracia, aqui é fundamental para a expressão da mutação constitucional, pois se quem vive a norma é quem a interpreta, não existe mais a idéia de exclusividade sobre uma interpretação dos órgãos oficiais, nos quais se incluem o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, mas sim, juntamente com os intérpretes oficiais, se encontra a “sociedade aberta, plural e democrática” descrita por *Härbele*, que contribui de modo dinâmico para legitimar os sentidos normativos constitucionais.

Também tem que ser destacado que a mutação constitucional – esse fenômeno que envolve a mudança do sentido da norma – não muda a lei expressa, mas muda seu sentido, que deve ser sedimentado pela sociedade, já que somente o corpo social poderá absorvê-la de forma diferente, vivenciá-la de forma diferente, proporcionando uma dinâmica constitucional interpretativa interessante e mais densa do que a mera interpretação oficial.

Ainda que não tenham competência interpretativa formal, mas sejam membros dessa “sociedade aberta”, os atores sociais poderão atuar, de forma participativa na interpretação constitucional. São eles os protagonistas da história constitucional.

¹⁷⁶ HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre/RS, 1997, p. 9 – 10.

Embora o país ainda não esteja amadurecido nas práticas democráticas como países mais desenvolvidos, a Constituição Brasileira de 1988 reiniciou um era de grandes esperanças para evolução social neste sentido.

5. PARTICIPAÇÃO DA “SOCIEDADE ABERTA” NA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: ANÁLISE NA COMEMORAÇÃO DOS VINTE ANOS DE CONSTITUIÇÃO DE 1988

Nestes vinte anos de história da “Constituição Cidadã”, a despeito do conceito democrático se restringir muitas vezes ao sufrágio universal e ficar muito vinculado à idéia de democracia representativa, algumas práticas democráticas, que incorporam a interpretação constitucional por quem a vivencia, como propõe *Peter Härbele*, vão desapontando, pouco a pouco, às vezes com alguma timidez, e com participação menos expressiva do que se esperava, mas seguindo seu caminho evolutivo.

A participação popular, que por algum tempo se restringiu à utilização dos mecanismos como ação popular, plebiscitos, referendos, voto periódico e universal, hodiernamente é mais ampla. É o embrião da “sociedade aberta” que desaponta.

Para melhor explicitar o conceito dessa sociedade, *Peter Härbele* entende que conceito de povo não é somente um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição, e, enquanto tal confere legitimidade democrática ao processo de decisão, mas sim um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como um partido político, como opinião científica, como grupo de interesses, como cidadãos. O cidadão é intérprete e por isso deve tomar todas as precauções no sentido de evitar restrição às liberdades públicas e às garantias de caráter positivo, como liberdade de opinião, constitucionalização da sociedade, estruturação do poder econômico público etc.¹⁷⁷

O autor faz um paralelo entre os conceitos de cidadão e de povo. O conceito de povo para *Rousseau*, segundo ele, é distinto do conceito que ele empresta ao texto, como associações de cidadãos. O conceito de cidadão é muito mais restrito,

¹⁷⁷ HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre/RS, 1997, p. 37-38.

relaciona-se com a idéia de democracia a partir de direitos fundamentais e não a partir de um poder soberano devidamente representado por um monarca ou parlamento.¹⁷⁸

Tanto é verdade que a “sociedade aberta”, aí incluídos os formadores de opinião, a Imprensa, os Partidos Políticos, os Sindicatos, as ONGs, OSCIP e OS¹⁷⁹, as associações civis e os próprios cidadãos de maneira individual estão cada dia mais ativos no redimensionamento democrático e na participação social, como protagonistas da interpretação constitucional.

5.1 Mutação constitucional popular no Poder Legislativo

Como fruto desta participa o, principalmente no âmbito do Poder Legislativo, se admitem interpreta es constitucionais populares, no âmbito das discussões travadas pela CLP – Comissão de Legisla o Participativa, que cumprir  papel relevante no redimensionamento democrático e interpreta o da Constitui o de 1988 por ocasião das comemora es de seu vigésimo aniversário. Atualmente, a Comissão de Legisla o Participativa, que   Comissão Permanente no Poder Legislativo, além de efetuar várias propostas, promove seminários nacionais, orienta entidades a encaminhar propostas legislativas, e, principalmente, resgata o papel histórico dos movimentos sociais na consolida o democrática.¹⁸⁰

¹⁷⁸ H RBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constitui o: contribui o para a interpreta o pluralista e procedimental da constitui o*. Tradu o de Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre/RS, 1997, p. 37-38.

¹⁷⁹ As entidades não governamentais, as Organiza es Sociais de Interesse Particular e as Organiza es Sociais são entes do denominado “Terceiro Setor”, que participa ativamente na constru o e realiza o de políticas públicas, destacando-se as de inclusão social. Embora não façam parte do Estado, atuam em colabora o a este.

¹⁸⁰ “A Comissão de Legisla o Participativa (CLP) reuniu no início deste ano várias organiza es da sociedade civil para ouvir das mesmas sugestões para debates, audiências públicas e seminários no âmbito da Câmara dos Deputados, além de ter orientado as entidades a como encaminhar propostas de projetos legislativos. Entre estes temas, foi proposto o aprofundamento acerca dos 20 anos da Constitui o numa linha de resgate do papel histórico dos movimentos sociais e o resgate da participa o popular na constru o da Constitui o Cidadã de 88. O seminário nacional “Constitui o 20 anos: Estado, democracia e participa o popular”, que acontecerá nos dias 27 e 28 de novembro, no auditório Nereu Ramos da Câmara dos Deputados, conta com a participa o de um conjunto de organiza es e movimentos sociais que foram protagonistas na elabora o de uma nova Constitui o para o Brasil. São objetivos deste Seminário: 1) Buscar o resgate da memória histórica do momento político da elabora o da Constitui o Brasileira, identificando as análises dos modelos de Estado e a fundamental participa o social no processo

Não deve ser considerada só a atuação da “sociedade aberta” na proposta legislativa, mas sim na execução das propostas, na participação de comissões, no acompanhamento das pautas de votação. Também, e não de forma menos importante, no controle posterior dos atos legislativos. Todas essas atividades são consideradas interpretativas da Constituição em sentido amplo, já que a Constituição Federal de 1988 não só prevê a soberania popular como fundamento da República, mas impõe à Administração a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, cabendo ao povo, seja como cidadão pelo instrumento da ação popular, seja como associação organizada pelo instrumento da ação civil pública acompanhar, cobrar, representar ao TCU e aos órgãos de controle do Legislativo sobre a atividade legiferante e sua legitimidade.

Os grupos de pressão, a despeito de algumas vozes doutrinárias contrárias¹⁸¹ e a imagem negativa que perpassa¹⁸², principalmente em países de

constituente;2) Identificar o surgimento dos novos sujeitos e reivindicações no decorrer desses 20 anos, com vistas a uma intervenção atual e qualificada que dê sustentabilidade e aprofunde a Constituição Cidadã; 3) Levantar as disposições atuais dos movimentos sociais perante as estruturas de Poder e vice versa, oportunizando um processo crítico e de perspectivas perante a Constituição Cidadã; 4) Articular e organizar uma coletânea de textos de pessoas que militaram no processo constituinte, visando a elaboração de uma publicação posterior ao seminário que resgate a memória e abra perspectivas; 5) Realizar em articulação com as Comissões de Legislação Participativa, onde houver, ou de Direitos Humanos das Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais e com as entidades e movimentos sediados nos estados e municípios 5 encontros regionais, a partir das definições e debates originados no Seminário Nacional, a fim de fortalecer uma articulação de CLP's estaduais e municipais ou mesmo estimular a constituição das mesmas nos Poderes legislativos locais.” Notícia Disponível em <www2.camara.gov.br/internet/comissoes/permanentes/clp>. Acesso em 20 de novembro de 2008.

¹⁸¹. GALLO, Ronaldo Guimarães. *Mutação Constitucional*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3841>>. Acesso em 26 out 2008. O autor classifica como impuras as mutações constitucionais advindas de grupos de pressão são impuras, ou seja, não advêm necessariamente da sociedade.

¹⁸² O *lobby* nem sempre é negativo, como aparenta, já que quase todas as histórias que chegam aos ouvidos do nosso povo trazem a impressão de conchavos e improbidades, pois até então o instrumento têm sido realmente muito mal utilizado, muitas vezes servindo à corrupção de forma aberta. De modo diferenciado, em países de democracia mais avançada é um importante instrumento de construção da participação social na Administração Pública. Atualmente se discute na CCJ – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, projeto de lei que tem como objeto a regulamentação do *lobby*. Entendemos que este posicionamento irá tirar o instrumento da clandestinidade e fará melhor controle sobre os lobbistas (quase sempre identificados como necessários à corrupção). “Entre outras medidas, o projeto de lei 1202/07 do deputado Carlos Zarattini (PT/SP) propõe o credenciamento dos lobistas (pessoa física ou jurídica) junto ao setor onde pretende atuar, estabelece regras, como a proibição de presentes ou a oferta de qualquer outro de tipo de vantagens e prevê mecanismos de prestação de contas no TCU e cassação do registro caso as regras sejam burladas.” Notícia disponível em <<http://universolegislativo.blogspot.com/2008/11/poder-oculto-e-decisivo-lobby-pode-sair.html>>. Acesso em 09 dez 2008.

histórico democrático recente, como no Brasil, também exercem papel relevante, pois levam parte de interesses sociais ao Congresso.

5.2 Mutação constitucional popular no Poder Executivo

Já no âmbito de participa o popular junto ao Poder Executivo, se admite que o Conselho Tutelar, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, seja um ente de representa o popular participativa, interpretativa dos anseios constitucionais previstos pelo Poder Constituinte Originário, que destacou a família, a infância e a juventude, bem como as políticas sociais a elas inerentes. A participa o da comunidade no Conselho Tutelar   relevante, pois ele   o  rgo responsável em fiscalizar se os direitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente estão sendo cumpridos. No Conselho Tutelar trabalham cinco Conselheiros, escolhidos pela comunidade para um mandato de 3 anos, que são os principais responsáveis pela fiscaliza o dos direitos, reflexos da inten o constituinte. Geralmente são encaminhados para o Conselho Tutelar casos de negligência, discrimina o, explora o, violência, crueldade e opressão que tenham como vítimas crianças ou adolescentes.¹⁸³

Mais do que um mero intérprete constitucional, o Conselho Tutelar também   fiscalizador do regime democrático, na medida que   representante da preocupa o constitucional com os valores sociais da infância e juventude, e também se imiscui na cobrança das execu es de políticas voltadas para este público, bem como trabalha como controlador de serviços públicos ofertados   criança e ao adolescente. Caso as requisio es do Conselho Tutelar não sejam atendidas, o Ministério Público, como fiscalizador do cumprimento da lei – ordenamento jurídico poderá tomar providências cabíveis, atuando como agente oficial.

¹⁸³Dispon vel em <<http://nev.incubadora.fapesp.br/portal/segurancajustica/conselhostutelar>> . Acesso em 22.novembro.2008.

De forma semelhante, em atuação junto ao Poder Executivo, se pode citar as audiências públicas como verdadeiro instrumento de consulta popular, que poderá ser efetivo na participação social sobre a interpretação constitucional¹⁸⁴:

A realização de audiências públicas está intimamente ligada às práticas democráticas. Ela representa, juntamente com a consulta popular, a democratização das relações do Estado para com o cidadão, aqui considerado não mais o *administrado*, mas sim um "parceiro do administrador público", concretizando a participação popular externa na Administração Pública. O exercício do poder pelo povo e para o povo é assegurado pelo *princípio democrático*, que gera, além dos direitos de elaboração legislativa, os *direitos participativos*, que "fundamentam pretensões à satisfação dos fins sociais, culturais e ecológicos da igualdade de gozo das liberdades privadas e dos direitos de participação política", de sorte que o próprio conceito de democracia se assenta no *princípio participativo*, o qual integra o conceito de Democracia Social. Consulta popular (ou *enquête*) e audiência pública constituem técnicas de execução desse processo participativo verificado na Administração Pública. O Estado Democrático de Direito é caracterizado pela participação direta, referindo-se à terceira fase de evolução da Administração Pública, em que o particular, individual e pessoalmente, influencia na gestão, no controle e nas decisões do Estado, como decorrência do princípio democrático. A democracia participativa, assim, é conseqüência da insuficiência da democracia representativa reinante no final do Século XX e decorre da exigência da presença direta dos particulares na tomada de decisões coletivas, através das audiências públicas, por exemplo.

As audiências públicas têm lugar não só nos processos administrativos que tratam de concessão/permissão de serviços públicos, telecomunicações, agências reguladoras, meio ambiente, licitações, contratos administrativos, mas também permite-se sua atuação junto ao Poder Legislativo, nas Comissões Permanentes e Temporárias previstas Poder Judiciário nas ações de controle de constitucionalidade.

Não só tais poderes tem a "sociedade aberta dos intérpretes da Constituição" sob a Administração Pública. Também pode se utilizar dos instrumentos de controle, bem como da ação popular e ação civil pública. Aqui ainda não tratamos do Ministério Público, mas entendemos que se trata de órgão oficial e não popular no trato da interpretação constitucional, e como agente de mutação,

¹⁸⁴ SOARES, Evanna. *A audiência pública no processo administrativo*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3145>>. Acesso em: 24 nov. 2008.

isso porque suas atribuições/competências do *Parquet* estão dispostas na própria Constituição.

5.3 Mutação constitucional popular no Poder Judiciário

Neste ínterim, se notabilizou, durante as comemorações do vigésimo aniversário da Constituição de 1988, as audiências públicas ocorridas no âmbito do Poder Judiciário. A título de exemplo, se citam as festejadas a es de controle de constitucionalidade, como a ADPF 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, que tratava sobre o tema do aborto do feto anencefálico, a ADPF 101 “ajuizada pelo governo com intuito de proibir a importa o de carcaças de pneus usados por empresas nacionais como matéria-prima mais barata para fabrica o de pneus”, diante dos impactos ambientais causados. Entretanto, a primeira e mais comentada audiência pública do Supremo Tribunal Federal foi travada no bojo da ADI 3510, que discutiu a declara o de inconstitucionalidade proposta pela Procuradoria Geral da República, na pessoa do Dr. Cláudio Fontelles, que pedia a revoga o dos dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/05), que permite a utiliza o de células tronco embrionárias.¹⁸⁵

André Rufino observa, teorizando sobre a importância da abertura realizada pelo método hermenêutico constitucional de *Peter H rbele*, que se a Jurisdi o Constitucional permanece com a responsabilidade de dar a última palavra sobre a interpreta o da Constitui o, suas decisões devem ser alvo constante dos olhares atentos e críticos da sociedade aberta¹⁸⁶.

Portanto, a “sociedade aberta” não só participa no início do processo interpretativo, por meio de consultas, mas deve sim, participar de algumas formas de controle, como no caso da participa o no Conselho Nacional de Justiça, por exemplo, em que   prevista a participa o de membros que não são oficiais dos

¹⁸⁵Dispon vel em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=84201&caixaBusca=N>> . Acesso em 24.nov.2008.

¹⁸⁶ VALE, André Rufino do. Apresenta o do Observatório da Jurisdi o Constitucional. Disponível em < <http://www.idp.edu.br/web/idp/content/view/id/626>>. Acessível em 09 dez 2008.

Poderes Estatais, como previsto no artigo 103-B¹⁸⁷, que permite a participação de dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados pela Câmara dos Deputados e Senado Federal.

Porém, não só o instrumento do *amicus curie* serve à manifestação da “sociedade aberta”, também há previsão de instrumentos semelhantes no controle de constitucionalidade difuso, conforme disposições do Código de Processo Civil Brasileiro¹⁸⁸. E a atuação não se limita por aí. Também o alargamento dos agentes que podem propor Ação Direta de Inconstitucionalidade/Constitucionalidade, incluído com a Emenda Constitucional nº 45/2004¹⁸⁹ contribui para uma maior participação da “sociedade aberta” nas decisões sobre a interpretação constitucional, submetida à Corte Suprema.

Como já fora dito, a última palavra da jurisdição constitucional pertence ao órgão de cúpula do Poder Judiciário, mas isso não quer significar que as decisões da Corte devam se basear somente nos argumentos das partes e do conhecimento de onze ministros. Permita-se repetir que *Rawls* entende que a Constituição não é somente o que a Suprema Corte diz que ela é, mas sim o que o povo, agindo constitucionalmente por meio de seus poderes diz que ela é.¹⁹⁰

A Constituição Federal, este instrumento do Estado Democrático de Direito muitas vezes tem aparecido para nós como guardada e protegida pelo Alto Escalão do Judiciário, guardião da pérola Constitucional, que, muitas vezes nos remete a imagem de um relicário intocável, muitas vezes restrita a admiração de poucos, que detém o poder, o conhecimento jurídico e a competência constitucional de fazer sua leitura e releitura. Diferentemente, Häberle nos sugere e nos incita a devolver à discussão à “sociedade aberta”, seus fiéis intérpretes, que devem vivenciar a Constituição, interpretá-la, fiscalizá-la, executá-la, ser sua maior e mais

¹⁸⁷ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em <www.presidencia.gov.br>. Acesso em 20 julho 2008.

¹⁸⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 20 julho 2008.

¹⁸⁹ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em <www.presidencia.gov.br>. Acesso em 20 julho 2008.

¹⁹⁰ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília: Ática, 2000, p. 288.

relevante guardiã, já que a renovam e dinamizam sua essência num ciclo hermenêutico positivo e contributivo.

A jurisdição constitucional, portanto, deve seguir as vozes do povo – o eterno constituinte, que constrói as estruturas sob as quais se mantêm os pilares constitucionais. Além disso, a Corte Suprema não deve só ouvi-lo, mas sim garantir de modo inexorável o direito de fala da “sociedade aberta”, a fim de que haja um processo interpretativo da norma constitucional, com participação de toda a sociedade e não só a visão cerrada de onze homens.

CONCLUSÃO

Buscou-se com a presente pesquisa monográfica, gerada no contexto de celebração do vigésimo aniversário da Constituição Brasileira de 1988, o tratamento do fenômeno da mutação constitucional, de essencial relevância para discussões teórico - constitucionais que têm como pano de fundo o paradigma pós-positivista do direito e o neoconstitucionalismo como base.

Enfrentou-se o tema, inicialmente com a análise da Teoria Clássica do Poder Constituinte, que permeia toda justificativa de criação, construção e renovação da norma constitucional. E é com fundamento na Teoria Clássica do Poder Constituinte que se consolidaram princípios como os da Supremacia e Rigidez Constitucional.

Como posto de hierarquia máxima, a Constituição mantém seu poder regulatório e está em destaque no ordenamento jurídico, submetendo todos os atos – tanto da Administração Pública como particulares – aos seus desígnios, valores, princípios e critérios axiológicos. Dos princípios da Supremacia da Constituição e da Rigidez Constitucional, que andam necessariamente juntos, é que se garante a estabilidade da norma, formalmente e também materialmente.

Foram expostas as bases dos processos históricos, políticos e ideológicos, caracterizados pelas correntes filosóficas da Era Racionalista, que culminaram com a Revolução Francesa e o marco teórico Constitucionalista do Estado Moderno. Daí a importância do poder soberano que, legitimamente, institui as Constituições – o Poder Constituinte Originário. As idéias semeadas no período levaram a uma falsa impressão de que a Constituição deveria ser um documento imutável, pensamento este apregoadado principalmente pelos iluministas do Século XVII.

Mais tarde, os teóricos constitucionalistas entenderam que a eficácia da norma constitucional só se dá se ela mantém-se atualizada, sob pena de ser mera *folha de papel* ou não manter em seu grau máximo sua força normativa, ou

dissociar-se tanto da realidade que não caracterize mais o instrumento político e social para qual fora idealizada.

O tempo levou a doutrina constitucionalista a entender que o segredo das constituições duradoras era exatamente a ponderação entre estabilidade e mutabilidade. Se o texto constitucional não deve permanecer alheio a mudanças, também de modo diametralmente oposto, não pode se render a mudanças casuísticas, de forma que os princípios estruturantes presentes em seu nascedouro ideológico devem permanecer em seu bojo e em suas intenções futuras. Deve-se evitar, portanto, uma rigidez tão acentuada que seja convite às revoluções e elasticidade tão exagerada que faça rugir a segurança instituída pela Carta Maior.

Uma vez admitidas reformas consideradas necessárias à manutenção da força normativa constitucional, se estabeleceu a classificação de tais reformas, como formais ou informais. As primeiras, fruto do Poder Constituinte Derivado e são expressas em emendas ou revisões constitucionais. As segundas, mais conhecidas de modo genérico, como mutações constitucionais, não têm forma definida, nem classificação homogênea perante a doutrina, já que são a pura manifestação do Poder Constituinte Difuso.

Quanto às emendas e revisões constitucionais, foi necessário ao próprio Poder Constituinte Originário lhe impor certos limites de reforma, a fim de não descaracterizar o caráter social, político e ideológico tratado pela Constituição em sua versão original. Tais reformas são as denominadas limitações explícitas e implícitas. As limitações explícitas são subdivididas em temporais, circunstanciais e materiais. As limitações implícitas, como sugere a denominação, não são prescritas pelo Poder Constituinte Originário, mas decorrem do espírito e princípios constitucionais. É claro que estariam fora do alcance de reformas as modificações concernentes aos titulares do Poder Constituinte, por exemplo, referentes às próprias emendas, iniciativas legislativas etc. A revisão constitucional foi realizada de modo geral, e não parcial, com no caso das emendas que, até hoje vêm ocorrendo de forma diuturna.

Diferentemente, as mutações constitucionais, fruto do Poder Constituinte Difuso, são instrumentos de alteração que atualizam e completam o sentido das normas constitucionais, sem mudar-lhe o texto, alcançando somente o espírito e a essência da norma. Trata-se de poder de fato, que surge espontaneamente na vida constitucional dos Estados Democráticos de Direito. São características do poder: a latência, permanência, informalidade e continuidade. Os limites impostos são os mesmos aplicáveis às normas infraconstitucionais, que se submetem ao controle de constitucionalidade difuso e abstrato, concreto e concentrado. A teoria da mudança constitucional informal não é assunto novo. Foi tratado desde *Lassale, Jellinek, Hesse, Laband, Karl Loewenstein, Härbele*, entre outros.

Admitindo-se que a mutação constitucional se manifesta por via práxis, costume e, principalmente interpretação, utilizou-se do critério para classificar a mutação por seus sujeitos ativos, sejam eles oficiais ou não oficiais. Então, tratou-se, de modo pragmático e resumido, sob a atuação do Poder Legislativo (mutação constitucional legislativa), Executivo (mutação constitucional administrativa) e Judiciário (mutação constitucional judicial), passando levemente pelo Ministério Público, que também é considerado órgão oficial.

Adentrando a temática principal, coube a exposição do método hermenêutico constitucional do professor alemão Peter Härbele, que no contexto da “sociedade aberta” proposta e desenvolvida também por Henri Bergson e Karl Popper, propõe uma ousada e radical modificação dos métodos de interpretação constitucional, afirmando que não é completa a interpretação que têm como sujeitos somente os intérpretes oficiais, da sociedade fechada. Diferentemente, afirma que quem vive a norma é quem deve interpretá-la e que seu método deverá ser aplicável em uma “sociedade aberta”, ou seja, multifacetária, pluralista e, principalmente, democrática.

Neste paradigma teórico, enfrentou-se a mutação constitucional popular e se identificou o fenômeno nas recentes manifestações populares que são acolhidas pela Constituição, fazendo parte de sua essência, no decorrer deste vinte memoráveis anos.

Como fruto da participação, citou-se as discussões travadas no Poder Legislativo - com ênfase para a Comissão de Legislação Participativa -, no Poder Executivo – pela participação em consultas administrativas no âmbito da legislação infraconstitucional de Telecomunicações, na gestão participativa, na inclusão da sociedade nos Conselhos de Segurança Pública e Conselhos Tutelares -; e finalmente, no Poder Judiciário – neste íterim, dando-se destaque às Ações de Controle de Constitucionalidade Concentradas, citando-se a ADPF 101, ADI 3510 e ADPF 54, todas elas contaram com consultas populares, ouvindo experts, pareceristas e técnicos.

O modelo constitucional brasileiro, portanto, caminha para o entendimento de que é necessária e imperiosa a manifestação da “sociedade aberta” nas discussões sobre a interpretação constitucional.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em <www.presidencia.gov.br>. Acesso em 20 julho 2008.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Disponível em <www.presidencia.gov.br> . Acesso em 20 julho 2008.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em <www.presidencia.gov.br>. Acesso em 20 julho 2008

BEZERRA, Paulo César Santos. *Mutação constitucional: os processos mutacionais como mecanismos de acesso à justiça*. Disponível em <<http://www.sefaz.pe.gov.br/flexpub/versao1/filesdirectory/sessions579.pdf>>. Acesso em 05 abril 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19.ed.São Paulo: Malheiros,1998.

BONAVIDES, Paulo. *O direito constitucional e o momento político*. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 21, número 81, Jan/Mar.1984.

BULOS, Uadi Lammêgo.*Curso de Direito Constitucional*.São Paulo:Saraiva, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo.*Mutação Constitucional*.São Paulo:Saraiva, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Ibanez. *Modificação constitucional e o atributo de estabilidade da norma fundamental*. 2007. 276f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo

DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la constitución*. Oñait: IVAP, 1998

DUARTE, Fernanda e VIEIRA, José Ribas (organizadores). *Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. Max Limonad Ltda: São Paulo, 1986

GALLO, Ronaldo Guimarães. *Mutação Constitucional*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3841>>. Acesso em 26 out 08.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1984.

HÄRBELE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de La constitucion*. Traducción Christian Förster, Revisada por Pablo Lucas Verdu, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991

KELSEN, Hans. *Teoria Geral das normas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução por Alfredo Gallego Anabitarte. 2.ed. Barcelona: Ariel, 1976.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Uma nova leitura da classificação das constituições modernas*. Disponível em <<http://www.datavenia.net/opiniao/umanovaleituraclassificacaoconstituicoesmodernas.htm>>. Acesso em 17 julho 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MAZZILLI, Hugro Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público: análise da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, instituída pela Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Discurso de posse do Presidente do Supremo Tribunal Federal em 2008*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 26.05.2008.

MENEZES, Daniel Francisco Nagao. *Economia e Mutação Constitucional*. 2008. 157f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico). Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 5.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

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

PÁDUA, Antônio Carlos Torres de Siqueira de Maia e. *A mutação constitucional e a coisa julgada no controle abstrato de constitucionalidade: análise de um fragmento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 2006. 159f. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Civil. Tomo III*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves em conformidade com o Código Civil de 2002. São Paulo: Bookseller, 2005.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília: Ática, 2000.

SAMPAIO, Nelson de Souza. *O poder de Reforma Constitucional*. 3.ed. revista e atualizada por Uadi Lammêgo Bulos. Salvador: Nova Alvorada Edições Ltda, 1995.

SIEYES, Emmanuel Joseph. *Qu'est-ce que Le Tiers État?, A constituinte burguesa*. 4.ed. Rio de Janeiro: *Lumen Iuris*.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a constituição)*. 1.ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007

TÁCITO, Caio. *Constituições Brasileiras: 1988*. 5.ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2004.

VALE, André Rufino do. Apresentação do Observatório da Jurisdição Constitucional. Disponível em < <http://www.idp.edu.br/web/idp/content/view/id/626>>. Acessível em 09 dez 2008.

VECCHI, Cristiano Brandão. *A mutação constitucional: uma abordagem alemã*. 2005.139f. Dissertação (Mestrado em Direito). Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

VIEGAS, Weverson. *Cidadania e Participação Popular*. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4199>>. Acesso em 15 nov 2008