

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 38 • nº 150
abril/junho – 2001

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Permanência e transformação no direito constitucional brasileiro: algumas bases do problema

Gustavo Just da Costa e Silva

Sumário

1. Estabilidade e dinâmica no direito em geral. 2. Estabilidade e dinâmica no direito constitucional. Internalidade e explicitude da dimensão temporal e da polaridade de permanência e transformação. 3. A permanência. 3.1. Noção de permanência constitucional. 3.2. Importância da estabilidade. 3.2.1. Estabilidade constitucional e segurança jurídica. 3.2.2. Estabilidade constitucional e eficácia da constituição. 3.3. Os instrumentos da estabilidade. 3.3.1. A rigidez constitucional. 3.3.2. Os limites materiais da reforma. 4. A transformação. 4.1. Importância da transformação. 4.1.1. Para a tarefa integradora da constituição. 4.1.2. Para a legitimidade e eficácia da constituição. 4.1.3. Para a estabilidade da constituição. 4.2. Os instrumentos da dinâmica. 4.2.1. A reforma constitucional. 4.2.2. A chamada “mutação” constitucional. 4.2.3. Os limites da reforma e a abertura da constituição.

A Constituição de 1988 refere-se à sua própria reforma, e especialmente aos limites que lhe são fixados, de um modo particularmente complexo. O art. 60, § 4º, pretende excluir da atividade reformadora um universo de temas de uma extensão desconhecida do constitucionalismo clássico, correspondente porém a uma certa tendência verificada nos diversos processos de “reconstitucionalização” da segunda metade do século XX. Essa tendência consiste em apontar expressamente como limites à reforma a democracia e o Estado de direito, protegido em seus desdobramentos elemen-

Gustavo Just da Costa e Silva é mestre em Direito, doutorando na Universidade de Paris X, como bolsista do CNPq, professor licenciado da Faculdade de Direito de Olinda e Procurador da Fazenda Nacional.

tares: a separação dos poderes e os direitos fundamentais. Os exemplos mais notórios são a Lei fundamental de Bonn, de 1949, a Constituição portuguesa de 1976 e as diversas Constituições dos Estados da Europa oriental redemocratizados nos primeiros anos da década de 90. Nesses casos, como no nosso, a inovação inseriu-se num processo de restabelecimento da democracia, o que acentua a complexidade do problema: não se trata apenas de analisar e interpretar limites mais amplos (ao menos em sua literalidade), mas de fazê-lo levando-se em consideração a particular pretensão de validade e eficácia que se atribui a uma constituição democrático-liberal em seu intento de contenção jurídica do poder estatal. No caso brasileiro, esse ponto é mais sensível do que nos outros exemplos citados porque remete, para além da em princípio transitória tensão entre o novo e o velho, a uma contradição entre a forma jurídica e o projeto político declarado, de um lado, e a estrutura social subjacente do outro.

Os problemas suscitados pelo art. 60 incluem-se assim entre aqueles que a teoria constitucional até então desenvolvida no Brasil teria dificuldades em assimilar e que levaram à sua renovação atualmente em curso. É nesse contexto que se tem procurado retomar a reflexão sobre os limites da reforma constitucional, buscando-se elementos para se responder às inúmeras questões colocadas (já em termos concretos perante o Poder Judiciário e particularmente perante o Supremo Tribunal Federal) e que podem ser ordenadas em três grupos de problemas: a identificação dos limites, o valor que lhes cabe atribuir e a orientação geral que se deva dar à sua interpretação (SILVA, 2000, p.4). Uma das formas de estimular essa reflexão consiste em inserir o tema dos limites materiais da reforma constitucional no círculo problemático mais geral de que faz parte, e que se compõe de duas questões principais: a limitação jurídica do poder estatal e a tensão entre estabilidade e dinâmica (do direito em geral e da constituição em particular).

Interessa-nos aqui esse último. O objetivo deste artigo é assim o de esboçar uma reflexão sobre os termos em que a polaridade entre permanência e transformação está organizada no plano constitucional, e em especial sobre o papel que está reservado à reforma da Constituição e aos seus limites.

1. Estabilidade e dinâmica no direito em geral

Lidar com as transformações por que passam os ordenamentos jurídicos não costuma ser tarefa fácil para a ciência jurídica. O jusracionalismo, que, ao lado do ideário político liberal e democrático, ajudou a conceber o Estado constitucional, elaborou e legou uma representação do direito predominantemente estática; uma representação inspirada no modelo do jusnaturalismo profano, impulsionada pelos valores centrais de certeza e segurança nas relações e consolidada, entre inúmeros outros aspectos, pela oposição, à tradição das instituições historicamente formadas, da elaboração racional sistemática e idealmente definitiva, cujo produto mais típico foi a codificação procedida desde o final do século XVIII. Com a posterior preocupação de acomodar o saber jurídico ao paradigma positivista de cientificidade, a mutabilidade do direito positivo só poderia assumir um valor tendencialmente negativo, como na conferência de von Kirchmann. Com o formalismo da Teoria Pura e a sua separação entre ser e dever ser, entre a norma e a realidade, tende a acentuar-se o sacrifício da historicidade do direito, de que as transformações do direito positivo são uma óbvia expressão (Cf. SALDANHA in: LOZANGO, 1997, p.141-150). Não são apenas as transformações efetivamente ocorridas que escapam assim ao “controle” do jurista; são também as mudanças que poderiam ter ocorrido, mas não vieram, bem como aquelas que se pretenderam considerar, a algum título, inadmissíveis. Se o tempo traduz a *possibilidade* de mudar¹, e portanto uma alternativa entre preservação e trans-

formação, a inaptidão a lidar com a mudança é também, em última análise, inaptidão a lidar com a permanência, especialmente em sua convivência com a mudança; é o direito como objeto histórico que se tem dificuldade de apreender. O *desenvolvimento* dos ordenamentos jurídicos é sempre uma combinação de transformação e de permanência, mesmo quando se está aparentemente substituindo o sistema antigo por um outro inteiramente novo. Como observa Losano, graças à sua “viscosidade”, o direito tende a conservar as próprias estruturas mesmo para além dos confins que a história lhe estabelecera².

A adequada ordenação teórica dos problemas (gerais e específicos) ligados ao desenvolvimento do direito positivo, isto é, à tensão entre estabilidade e dinâmica, parece assim depender da superação da teoria jurídica positivista. Não por acaso muitas das correntes do pensamento jurídico pós-positivista contêm elementos de uma metódica jurídica “temporalmente ajustada”. Explicitamente, a teoria da interpretação pluralista de Häberle, que identifica na publicidade, na abertura ao futuro e na processualidade os traços definidores de uma compreensão constitucional que faça “justiça ao tempo”³. Implicitamente, por exemplo, a teoria da argumentação jurídica de Alexy, que ao se definir como uma teoria procedimental insere a justeza prática e com ela a racionalidade do saber jurídico numa dimensão histórico-concreta.

2. Estabilidade e dinâmica no direito constitucional.

Internalidade e explicitude da dimensão temporal e da polaridade de permanência e transformação

No plano constitucional, a tensão entre estabilidade e dinâmica assume contornos específicos. A imagem estática do direito projetou-se fortemente sobre a constituição, desde os inícios do constitucionalismo, e ainda hoje é válido dizer que nenhum outro

âmbito do direito está tão vinculado ao ideal de uma especial solidez e estabilidade quanto o direito constitucional⁴. É verdade que a idéia radical de imutabilidade da constituição, ligada ao jusnaturalismo contratualista e ao correspondente conceito de constituição como obra fundada nas bases imutáveis da razão e da justiça, foi temperada, já no contexto dos processos revolucionários francês e americano, e sem abandonar o contratualismo, pela separação entre pacto social e ato constitucional, de maneira que apenas para a modificação do primeiro seria exigível a unanimidade (Ver VEGA, 1985). Mas a concepção predominantemente estática permaneceu, como o demonstra a instituição de procedimentos reformadores extremamente dificultados por parte dos dois primeiros grandes marcos positivos do constitucionalismo: a Constituição norte-americana de 1787 e a Constituição francesa de 1791; demonstra-o do mesmo modo o fato de que a ausência, em algumas constituições do século XIX, de previsão de um processo reformador foi interpretada por muitos espíritos da época como expressão de sua qualidade de irreformável. De todo modo, existem fatores atuais, abordados adiante, que explicam como a estabilidade constitui um valor central na configuração concreta das constituições e na sua representação tanto teórica como popular. Em contrapartida, em nenhum outro âmbito de regulação da vida social refletiram-se de modo tão nítido as transformações sociais e políticas ocorridas nos últimos dois séculos, o que acabou por fazer da abertura a tais transformações – vale dizer, da capacidade de absorvê-las e integrá-las – um valor igualmente central na concepção contemporânea da constituição. Assim, a relação entre dinâmica e estabilidade da constituição é, além de particularmente complexa, “interna” à própria constituição. Em outras palavras, os aspectos da problemática temporal não são simplesmente projetados sobre a constituição de um ponto de vista externo; são já objeto da própria regu-

lação constitucional: a previsão da reforma, o estabelecimento de condições formais e circunstanciais para o seu exercício, a fixação de um núcleo substancial excluído do poder reformador, a organização principiológica dos grandes temas da constituição etc.

Além de vital à realização balanceada das funções da constituição⁵, o equilíbrio entre permanência e transformação no plano constitucional é importante para a obtenção desse mesmo equilíbrio no direito como um todo: entre outras razões, porque todos os grandes domínios do direito infraconstitucional encontram hoje na constituição algum aspecto central de sua regulação (imanência constitucional de todo o direito)⁶.

3. A permanência

3.1. Noção de permanência constitucional

O ideal da estabilidade da constituição realiza-se de duas maneiras básicas: a permanência das normas constitucionais e a permanência da ordem constitucional.

A permanência das normas pode ser formal, quando permanece inalterado o texto do dispositivo constitucional, ou substancial, quando é o conteúdo da norma que não se modifica; correlatamente, a transformação também pode ser formal ou substancial. A transformação substancial pode conviver com a permanência formal, quando o sentido da norma se altera sem que se modifique o seu texto, o que pode significar um sacrifício menos intenso da estabilidade do que aquele que decorreria de uma transformação material operada mediante modificação formal. Já a transformação do texto implica normalmente modificação substancial e, portanto, sacrifício da estabilidade. Essa transformação formal e substancial pode, ainda assim, corresponder a uma determinada exigência de estabilidade nas hipóteses em que a constituição imponha a observância (a permanência) de um determinado conteúdo *essencial*, e não de todos os aspectos atualmente regulados da matéria.

A permanência da *ordem* constitucional expressa a continuidade no tempo da constituição enquanto fundamento de validade da restante ordem jurídica. É a inexistência de ruptura no “escalão de direito positivo mais elevado” (Kelsen), ruptura que ocorreria com o surgimento de uma atividade constituinte nova, anterior, do ponto de vista lógico-sistemático, ao restante do ordenamento, ao qual se anteporia a sua obra, renovando-lhe a fonte de validade. Embora esteja vinculada a um critério em primeira linha de ordem formal (permanência da fonte), a continuidade da constituição pressupõe alguma permanência (substancial) das suas normas. A constituição não se legitima e identifica apenas pela autoridade que lhe deu forma, mas também por seu conteúdo fundamental⁷. Esse conteúdo faz parte da identidade da constituição. A previsão de limites materiais ao poder reformador deixa manifesta a vinculação entre continuidade e permanência substancial, na medida em que o afastamento de um determinado conteúdo somente se torna possível mediante subversão, por parte de um poder constituído, da *autoridade* que elaborou o documento constitucional e estabeleceu aqueles limite⁸. Também é essa concepção que está por trás da tese segundo a qual aquele conteúdo que se possa considerar identificador da constituição, por expressar por exemplo a “decisão política fundamental”⁹, constitui limite à ação do poder reformador, ainda que a constituição não institua limitações expressas. Quanto a saber se a modificação formal da totalidade das normas constitucionais implica necessariamente a descontinuidade da ordem constitucional, é algo que depende – além é claro de se aferir a extensão da correspondente modificação substancial – da posição que se adote quanto à possibilidade de serem reformadas as normas que dispõem sobre o processo revisor. Negando-se tal possibilidade por considerá-la um absurdo lógico, responde-se afirmativamente àquela questão. Admitindo-se sem qualquer reserva a

revisão das normas sobre reforma por se negar, expressa ou implicitamente, a existência de hierarquia entre poder constituinte e poder reformador, responde-se-lhe negativamente. Para a concepção aqui assumida (Ver Silva, 2000, cap. 4), o sentido e o fundamento do Estado constitucional impedem que sejam afastadas as condições essenciais previstas para o exercício do poder reformador, mas não obstam a que as correspondentes fórmulas sejam modificadas no sentido de sua atualização, sobretudo em aspectos que não afetem a rigidez da constituição, o que significa admitir a possibilidade de *reformulação* das normas sobre reforma e aceitar a possibilidade teórica de continuidade constitucional mesmo diante da modificação formal de todos os dispositivos constitucionais¹⁰.

3.2. Importância da estabilidade

A importância da estabilidade constitucional para os ordenamentos jurídicos contemporâneos pode ser explicada a partir de dois fatores centrais.

3.2.1. Estabilidade constitucional e segurança jurídica

As expectativas de estabilidade dirigidas ao direito como um todo chocaram-se, no contexto da sociedade industrial, com uma atividade normativa – legislativa e regulamentar – incessante e abrangente. Na medida em que da supremacia da constituição decorre a idéia de permanência como regra e mudança como exceção, a estabilidade constitucional surge como contrapeso à de outro modo ilimitada mutabilidade do direito. “A torrente legislativa é menos ameaçadora quando o legislador não pode produzir o direito que lhe aprouver, estando ao contrário ele mesmo vinculado a normas”¹¹. Não é de estranhar, portanto, que a generalização da rigidez constitucional tenha ocorrido no século XX. Assim, o vínculo entre a estabilidade da constituição e a realização da segurança jurídica aparece particularmente estreito, uma vez que a realização es-

pontânea desse ideal, no conjunto da ordem jurídica, viu-se reduzida como resultado de um processo histórico que acelerou e intensificou o fato da mudança do direito.

3.2.2. Estabilidade constitucional e eficácia da constituição

A estabilidade da constituição é, por outro lado, um fator favorável à efetividade das normas constitucionais.

A teoria constitucional contemporânea, ao superar a concepção lassalliana de um cotidiano sucumbir da constituição “jurídica” em face da “constituição real”, tornou possível à própria ciência jurídica enquanto ciência normativa considerar e explorar os aspectos do condicionamento recíproco que existe entre a constituição e a realidade político-social. A noção de *força normativa da constituição*, desenvolvida por Konrad Hesse, expressa o essencial dessa concepção. A constituição, de acordo com Hesse, institui normas que exigem condutas humanas, mas que não são essas condutas. Sua realização no mundo dos fatos não decorre da vontade do constituinte histórico, mas de um complexo de fatores agrupados no conceito de força normativa da constituição. Os pressupostos de desenvolvimento da força normativa relacionam-se com o conteúdo das normas constitucionais e com a *praxis* constitucional. Quanto ao seu conteúdo, as normas constitucionais precisam apresentar *possibilidade de realização*, que se traduz pela vinculação às forças espontâneas e às tendências de seu tempo. Uma normatização terá menos chances de realização quanto mais desconectada estiver das tendências naturalmente verificadas na sociedade. A constituição não se presta nem à simples chancela positiva da realidade presente (como pareceu a Lassalle)¹² nem à concepção de projetos quiméricos para cuja realização não concorram fatores sociais. “A norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente” (HESSE, 1991, p.18). A força normativa da constitui-

ção não desaparece necessariamente por estar a norma em contradição com a realidade atual, mas somente existe se o conteúdo da norma encontrar respaldo ao menos numa realidade potencial, latente, cujos elementos já se fazem presentes, embora possam estar dispersos ou pouco desenvolvidos. As possibilidades de realização da constituição aumentam na medida em que seu conteúdo esteja aberto às transformações sociais, limitando-se à estatuição de princípios fundamentais. “A ‘constitucionalização’ de interesses momentâneos ou particulares exige, em contrapartida, uma constante revisão constitucional, com a inevitável desvalorização da força normativa da Constituição” (Idem, p.21).

Do ponto de vista praxiológico, “a força normativa da constituição está condicionada à *vontade atual* dos participantes da vida constitucional de realizar o conteúdo da constituição”. A consideração do conteúdo da constituição como vinculante e a determinação de realizá-lo mesmo diante de resistências ou contra os próprios interesses imediatos são pressupostos da força normativa da constituição. A isso Hesse denominou *vontade de constituição*. Evidentemente, a possibilidade de realização da norma constitucional deverá ser tanto maior quanto menos expressiva for a vontade de constituição, e inversamente¹³.

Também Loewenstein acentuou o papel da estabilidade na formação do “sentimento constitucional”: um elevado sentimento de respeito à constituição, capaz até de originar uma mitologia das constituições que logrem permanecer por um período muito longo de tempo, como a Constituição norte-americana. “Quanto mais acostumada estiver uma nação à sua constituição, mais se resguardará de tocá-la mediante reforma constitucional” (LOEWENSTEIN, 1961, p. 27).

A permanência constitucional tem assim uma importância que transcende o conteúdo que permanece: a própria permanência é, como tal, um valor. Isso por si só já seria fundamento bastante para a rigidez consti-

tucional¹⁴. Só que com isso não se está resolvendo a tensão entre estabilidade e dinâmica, mas apenas distinguindo os dois níveis do problema: a alternativa entre permanecer e mudar não é apenas uma escolha entre dois conteúdos, é também uma combinação entre as funções a que mais abstratamente correspondem a permanência e a transformação, o que implica a exigência de uma fundamentação em dois tempos. “As razões para a nova solução precisam ser tão boas que justifiquem não apenas a nova solução, mas também o rompimento com a tradição” (ALEXY, 1966, p. 327)¹⁵.

O papel da estabilidade constitucional como fator formador da força normativa da constituição merece especial atenção em contextos nos quais, a exemplo do nosso, as grandes disfunções sociais se relacionam muito mais estreitamente com a insuficiente efetividade das normas em vigor do que com as imperfeições de seu conteúdo.

3.3. Os instrumentos da estabilidade

3.3.1. A rigidez constitucional

A rigidez constitucional é o mais tradicional dos instrumentos jurídicos destinados a assegurar à constituição uma especial duração. Classicamente são consideradas rígidas as constituições que prevêm para a modificação de suas normas, ou para a produção de adicionais normas com força constitucional, a adoção de um procedimento dificultado em relação ao procedimento previsto para a formação das leis ordinárias. Evidentemente que, para que a rigidez cumpra sua função, a maior dificuldade não se pode limitar a simples formalidades secundárias ou mesmo a uma pouco expressiva qualificação de quorum. “A função do agravamento não se cumpre pelo simples fato de tornar mais difícil a formação da lei constitucional; resulta antes do recurso a certas particulares dificuldades idôneas a conferir-lhe um cunho de maior autoridade ou a formar em torno de si um consenso mais amplo, ou a atestar a existência de uma von-

tade mais consolidada”(MORTATI, 1962, p. 188). O próprio Bryce, que parece ter sido o primeiro a propor a utilização dos conceitos de constituição rígida e constituição flexível, enfatizava na caracterização da rigidez a configuração de uma autoridade superior da qual decorreria, para as normas constitucionais, uma força derogadora das leis produzidas pela legislatura ordinária (Ver BRYCE, 1896, p. 360-361).

Por representar, como se verá adiante, um dos mais relevantes instrumentos da limitação jurídica do poder estatal, e por responder a uma expectativa de segurança jurídica que o Estado da sociedade industrial até certo ponto frustrara no tocante ao direito ordinário, a rigidez constitucional é hoje uma espécie de axioma do direito constitucional. A existência, apesar disso, como absolutas exceções, de constituições flexíveis, cujo exemplo mais expressivo é a constituição do Reino Unido, apenas demonstra que a presença de fatores *políticos* eficientemente asseguradores de uma constância da vida constitucional pode tornar menos relevantes e até supérfluos os instrumentos de *rigidez jurídica*¹⁶. Prova disso é que a juridicamente flexível constituição inglesa é muito mais estável do que a grande maioria das constituições juridicamente rígidas mundo afora. Inversamente, a mais acentuada rigidez pode ser inócua caso se choque com uma realidade política fortemente desestabilizadora. A Constituição francesa de 1791, por exemplo, previa um procedimento revisor praticamente irrealizável, mas não conseguiu impedir a instauração do Terror e a sua revogação apenas um ano depois de sua aprovação.

A rigidez conhece naturalmente graduações em função das diferentes técnicas de agravamento do processo revisor. O mais tênue dos agravamentos consiste em atribuir a competência revisora ao mesmo órgão que detém as atribuições legislativas ordinárias, exigindo-se porém um quorum qualificado para a aprovação da proposta. Um exemplo dessa forma fraca de rigidez é

o da Lei Fundamental de Bonn (art. 79). A rigidez é mais forte quando se exige a aprovação em duas legislaturas seguidas ou quando o órgão legislativo não tem competência para reformar sozinho a constituição, sendo necessária a participação, por exemplo, do povo ou dos Estados federados. Uma das constituições mais rígidas da história do constitucionalismo é justamente aquela que está em vigor há mais tempo. A Constituição norte-americana de 1787 institui, em seu artigo V, uma alternativa entre dois procedimentos. Pelo primeiro, as emendas devem ser aprovadas por $\frac{3}{4}$ das legislaturas do Estados, mediante provocação de $\frac{2}{3}$ de cada Casa do Congresso: como todos os Estados americanos, à exceção do Nebraska, têm Poder Legislativo bicameral, isso significa que as emendas devem ser aprovadas por pelo menos 75 parlamentos¹⁷. O outro procedimento, poucas vezes tentado, exige a iniciativa de $\frac{2}{3}$ das legislaturas estaduais, seguida da convocação, pelo Congresso, de convenções destinadas a tal fim em cada um dos Estados, devendo a proposta ser aprovada por $\frac{3}{4}$ das convenções¹⁸. O papel dessa acentuada rigidez na longevidade da Constituição norte-americana não pode ser desprezado. A última emenda (a 27ª em 211 anos) foi aprovada em 1992, tendo sido proposta em março de 1791 (DI RUFFIA, 1994, p. 28).

A rigidez da Constituição de 1988 pode ser considerada branda. Em primeiro lugar, o Congresso Nacional pode reformar a Constituição sem que para isso se exija o concurso de nenhuma outra instância de decisão política: Presidente da República, eleito pelo povo ou Estados. Em segundo lugar, o quorum de aprovação de $\frac{3}{5}$ dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, fixado no art. 60, é um dos menos qualificados de que dão notícia os estudos comparativos. A exigência de dois turnos – ausente, por exemplo, na Constituição alemã, que todavia exige quorum mais difícil de ser obtido ($\frac{2}{3}$)¹⁹ – não chega a expressar um agravamento significativo na medida em

que a Constituição não estipulou um intervalo mínimo entre os turnos de votação; é esse intervalo que justifica, nas constituições que o adotam, a exigência de dupla votação como um meio de expressar um consenso mais consolidado sobre a proposta²⁰. Evidentemente que a aferição do grau de rigidez constitucional não depende apenas da configuração normativa do procedimento reformador, mas também do modo como essa configuração se relaciona com o sistema e a práxis político-partidários. Dessa combinação pode resultar uma rigidez mais acentuada do que sugere o texto da constituição: é o que ocorre, por exemplo, quando não se verifica uma hegemonia partidária capaz de obter o quorum fixado, ainda que pouco expressivo, sem uma razoável adesão dos partidos antagônicos. Mas não é esse o caso do Brasil. Desde a promulgação da Constituição de 1988, o órgão legislativo tem visto a formação de blocos partidários de sustentação do Governo que, quando eventualmente não detêm os 3/5 dos votos de ambas as Casas, necessitam para tanto apenas do apoio de pequenos partidos periféricos. Uma particularidade da práxis político-partidária no Brasil parece ser a às vezes acentuada discrepância entre a atuação de alguns parlamentares e a expressa orientação política dos respectivos partidos. Recentemente os projetos de reforma constitucional de interesse do Presidente da República relativos à Administração Pública e à Previdência Social encontraram obstáculos muitos mais decisivos na falta de adesão integral dos partidos da situação do que na – em nada surpreendente – resistência dos partidos de oposição. Que isso se relacione não apenas com a imperfeição do nosso sistema partidário, mas também com a imaturidade da vida política nacional – que desde a Independência teve mais tempo para se acomodar ao autoritarismo do que para se educar na democracia –, é dificilmente questionável. Em que medida esse fenômeno tem relevância para enfraquecer a hegemonia partidária condutora do processo reforma-

dor é algo que ainda carece de estudos socio-políticos específicos. De qualquer maneira, a própria atividade reformadora da Constituição confirma, por sua intensidade, o reduzido grau da rigidez estabelecida pelo art. 60.

A instituição da rigidez relaciona-se, em primeira linha, com os usualmente chamados limites formais e circunstanciais da reforma constitucional, isto é, com as condições – positivas e negativas – de validade do procedimento reformador. Mas a relativamente tênue rigidez da Constituição de 1988 é um dado da maior relevância para o equacionamento geral da tensão entre estabilidade e dinâmica, e que portanto deve ser levado em consideração quando se trate de explicar e interpretar os limites materiais em função do equilíbrio desses dois elementos.

3.3.2. *Os limites materiais da reforma*

A instituição de limitações materiais ao poder reformador também pode ser explicada como um instrumento de estabilidade constitucional. Busca-se com elas a estabilidade da constituição mesmo diante do poder reformador. Enquanto o agravamento do processo revisor pretende proteger o texto constitucional contra a política constitucional precipitada, os limites materiais buscam proteger a constituição contra o absolutismo da maioria reformadora²¹. Por isso mesmo a técnica das “cláusulas pétreas” já foi qualificada de “rigidez de segundo grau”²².

Essa “supra-rigidez” tende a reforçar a garantia de estabilidade no âmbito do conteúdo fundamental da constituição. Nesse âmbito, a obtenção dos benefícios proporcionados pela estabilidade (eficácia da constituição e segurança jurídica) adquire um significado igualmente fundamental. Trata-se, por um lado, de fortalecer, pela tradição que se logre obter e pela vontade de constituição que com ela se consiga formar, a autoridade dos princípios definidores do Estado de direito e da democracia. Por outro lado, assegura-se que a comunidade política não verá sacrificadas aquelas conqui-

tas político-jurídicas essenciais das quais não deseja abrir mão. Por certo que essa segurança não é absoluta, e sim relativa à ordem constitucional em vigor; mas já não é de pouca relevância a garantia de que aquelas conquistas estão acima da política cotidiana, não podendo ser postas em questão pelos órgãos estatais legitimados pela constituição²³. Isso já demonstra como os limites materiais, ao estabelecerem um marco substancial que permite diferenciar a mudança legitimada e a ruptura da ordem, dão sentido à idéia de permanência da constituição (continuidade constitucional). Se com a rigidez se busca a estabilidade dos preceitos constitucionais (permanência formal das normas), com os limites é a própria constituição como tal que se quer estável, pretendendo ser “uma duradoura constância jurídica *no tempo* e apesar dele”²⁴.

Como se vê, a rigidez proporciona uma estabilidade realizada em primeira linha mediante permanência formal das normas, enquanto os limites materiais propiciam uma estabilidade relacionada principalmente com a permanência de determinados conteúdos e com a continuidade da ordem constitucional²⁵.

4. A transformação

4.1. Importância da transformação

4.1.1. Para a tarefa integradora da constituição

Tão fortes quanto as razões que justificam a busca da estabilidade da constituição são aquelas que exigem a sua aptidão à mudança. A própria dinâmica do objeto mesmo da regulação constitucional, que é o processo político e social, torna difícil imaginar uma fixidez da constituição²⁶. A mobilidade da constituição é, assim, necessária até mesmo ao desempenho da sua tarefa de conformação do Estado; tarefa que implica a obtenção e a preservação da *unidade* política da comunidade, e com isso o aprimoramento da *forma* e do *controle*; função,

portanto, racionalizadora e *estabilizadora*. No contexto da sociedade industrial, compreende-se mais claramente que a unidade política não constitui, ao contrário do que parecia às visões oitocentistas, uma qualidade “natural” e abstrata da coletividade, um atributo a ser pressuposto em decorrência de uma hegemonia cultural, étnica, ideológica, religiosa ou de alguma outra espécie, e sim um *processo* histórico concreto, uma constante busca de “unificação da pluralidade”, processo que não exclui os conflitos, antes os busca permanentemente superar e dessa superação converter a multiplicidade de interesses, aspirações e comportamentos numa unidade de tipo funcional²⁷. Correlatamente, a unidade do ordenamento (unidade jurídica), em cuja formação a constituição tem papel fundamental, não pode ser considerada um atributo lógico do ordenamento, como a qualificava a Teoria Pura do Direito, mas um problema, um processo (como tal, dinâmico) de unificação (Ver ZAGREBELSKI, 1993, p.35). De um modo mais geral, a processualidade (historicidade) da unidade jurídica justifica que se qualifique de aberto o “sistema” do direito positivo, “entendendo-se por essa abertura a incompletude, a capacidade de evolução e a modificabilidade do sistema”(CANARIS, 1989, p. 104).

4.1.2. Para a legitimidade e eficácia da constituição

A adaptação da constituição às transformações políticas e sociais permite controlar a adequação das normas constitucionais ao objeto de sua regulação, recuperando com isso a sua “possibilidade de realização” acaso afetada com o decurso do tempo ou por uma imperfeição originária, e colaborando assim para a consolidação da força normativa da constituição. A “vontade de constituição” é outro elemento que, embora esteja relacionado mais estreitamente com a estabilidade, depende em determinadas circunstâncias da aptidão transformadora da constituição. Vontade de consti-

tuição não é a vontade do constituinte histórico, e sim a vontade dos seus destinatários atuais; não dispondo a força de eficácia da constituição de um guardião superior, depende sempre da confirmação e legitimação – permanentes e constantemente renovadas – por parte dos agentes da vida constitucional. A abertura à transformação é, então, um meio de renovar o consenso ou o assentimento sobre a constituição e, portanto, opera como elemento ao mesmo tempo integrador (no sentido de reforçar a eficácia) e legitimador.

4.1.3. Para a estabilidade da constituição

A observação que se fez acima sobre a relação entre estabilidade da constituição e segurança jurídica poderia parecer desautorizada pelo fato de ser possível apontar determinadas leis e especialmente códigos que duram mais do que as constituições. Pense-se nos grandes monumentos legislativos do direito privado: o Código Civil brasileiro, por exemplo, que permaneceu enquanto as constituições eram substituídas, sobrevivendo ao fim da primeira República, ao Estado Novo, à redemocratização de 1946, ao parlamentarismo, ao regime militar. Não se afirmou, é certo, que seria sempre a constituição que realizaria o ideal da segurança jurídica, e sim que seria sobretudo dela que se esperaria, e se poderia esperar, a preservação daquele ideal. Além disso, a permanência dos grandes documentos legais não deve gerar ilusões: o direito civil de hoje obviamente não é o mesmo de 1917. O que é preciso admitir, porém, é que no direito constitucional os “saltos bruscos” são mais suscetíveis de ocorrer do que no direito privado, dada a maior dramaticidade e impacto com que se manifestam as transformações da vida política. Isso apenas pode significar que, para preservar a expectativa de segurança jurídica que se dirige à sua estabilidade, a constituição precisa estar apta a absorver o impacto dessas transformações. Os mecanismos criados para assegurar à constituição uma maior

durabilidade precisam estar organizados de modo que as portas da legalidade permaneçam tanto quanto possível abertas àquelas transformações, que do contrário buscarão outra forma de se impor à organização jurídica do Estado e da sociedade.

Assim, a transformação significa, necessariamente, um sacrifício da permanência formal ou substancial das normas constitucionais, ou de ambas. Mas é sempre, desde que observados os limites e condições estabelecidos na constituição, um fator que torna possível a continuidade da ordem constitucional. É a dinâmica constitucional *regrada* que pode evitar a ruptura e proporcionar estabilidade no sentido da permanência histórica da constituição.

4.2. Os instrumentos da dinâmica

4.2.1. A reforma constitucional

Em termos teóricos gerais, entende-se por reforma constitucional a expressa produção, pelo órgão ao qual a constituição atribui essa competência, de normas que se integram à constituição enquanto parâmetro mais elevado de validade da restante ordem jurídica. Qual a relação existente entre essas normas (normas reformadoras) e aquelas contidas na constituição desde a sua promulgação (normas constitucionais originárias) é algo que será abordado mais adiante. Reforma constitucional e revisão constitucional são nesse sentido expressões equivalentes. Em termos de dogmática constitucional, porém, a disciplina positiva pode tornar aconselhável uma distinção entre as duas expressões para designar processos diferentes que uma mesma constituição tenha eventualmente previsto para a sua modificação. A Constituição brasileira de 1934, por exemplo, instituiu a revisão e a emenda constitucionais, distinguindo-as de acordo com a matéria a ser objeto de regulação, prevendo para cada qual um procedimento próprio (art. 178). Aludia à sua “reforma” como um supraconceito que tinha como subespécies a emenda²⁸ e a revisão. A precipitação dos

fatos históricos não deu chance à dogmática constitucional de consolidar uma terminologia correspondente àquela estruturação positiva. A Constituição de 1988 não faz uso do termo “reforma”. Prevê, no art. 60, o processo de produção de “emendas” constitucionais como a via permanente de modificação de suas normas ou produção de adicionais normas constitucionais, e, no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a revisão constitucional como processo excepcional, a ocorrer uma única vez, e de resto já esgotado. Apesar da transitoriedade, a previsão do processo revisor colaborou para que a dogmática constitucional em nosso País viesse a designar preferencialmente por reforma, e não por revisão, o processo de produção de emendas constitucionais pela via do art. 60 da Constituição. Dessa orientação não se desvia este trabalho, salvo quando o discurso for patentemente teórico-geral.

A reforma constitucional é o mais importante mecanismo de transformação da constituição, por se articularem em torno dela os demais elementos da polaridade entre estabilidade e mobilidade constitucionais. A expressa instituição da reforma constitucional significa que o padrão jurídico vinculante para a ação estatal prevê *pressupostos* para a sua própria modificação, e precisamente nisso consiste a abertura da constituição aos desenvolvimentos²⁹.

É verdade que a ausência de previsão de reforma não poderia ser interpretada como indício de imodificabilidade. Ao contrário, uma constituição que silenciasse sobre a sua reforma seria uma constituição flexível, que não mais se distinguiria da lei ordinária³⁰. Mas uma constituição sem reforma, e portanto flexível, não estaria exatamente aberta ao desenvolvimento; estaria abdicando do seu sentido específico de instrumento de limitação do poder estatal, deixando com isso de ser propriamente uma constituição. A constituição do Estado de direito não pode pretender condenar a história, nem anular-se vulnerando a sua normatividade e aban-

donando a sua função limitadora do poder. Para permanecer no tempo e apesar dele, a constituição precisa internalizar – e com isso em alguma medida controlar – os elementos da tensão entre estabilidade e dinâmica. Por isso a continuidade da constituição, enquanto constituição, “só é possível quando passado e futuro estiverem *nela* combinados”³¹. É a reforma constitucional que promove, em primeira linha, essa combinação, por permitir que a conexão da constituição ao curso histórico se processe dentro da continuidade jurídico-formal do ordenamento. Nesse sentido a reforma tem, especialmente quando materialmente limitada, uma ação ao mesmo tempo condutora do desenvolvimento e estabilizadora. Por um lado, evita a imobilidade que provoca o rompimento constitucional e a revolução; por outro, mantém o desenvolvimento vinculado a um determinado procedimento e a determinados limites³².

Ao operar uma modificação formal da constituição, a técnica da reforma homenageia a segurança jurídica, já que a mudança terá lugar mediante uma clara, consciente e processualizada opção entre a solução antiga e a nova. Por outro lado, atribuída a competência reformadora, em nosso caso, ao Congresso Nacional, a evolução constitucional permanece conformada ao princípio da democracia representativa.

A instituição da reforma dá um significado política e juridicamente relevante ao outro modo de transformação da constituição, adiante abordado: a mutação constitucional. De fato, a relevância da – em regra lenta e complexa – alteração da norma constitucional sem modificação de seu texto seria muito reduzida, por menos necessária tal alteração, se a constituição pudesse ser modificada por uma lei ordinária. Além disso, a edição de uma emenda constitucional pode reconhecer a consumação de uma mutação constitucional que a emenda pretenda justamente afastar. É o que ocorre quando a práxis constitucional consagra definitivamente um dos possíveis sentidos

em princípio atribuíveis a um dispositivo constitucional semanticamente aberto; nesse caso, somente uma emenda poderá restabelecer o sentido inicialmente compatível com a norma, mas que a interpretação dominante veio a afastar. Assim procedendo, estará o poder reformador reconhecendo que a norma mudara apesar da permanência do texto e chancelando com isso a mutação.

Observe-se por fim que a reforma constitucional desempenha o relevante papel político de poder em alguns casos “arbitrar”, por assim dizer, eventuais conflitos entre o Poder Legislativo e o Tribunal Constitucional. Declarando esse último a inconstitucionalidade de uma lei, pode o órgão legislativo “responder” à decisão recorrendo à instância reformadora – cujo agente em alguns casos, como no Brasil, é o próprio órgão legislativo, mas que desfruta sempre de reforçada legitimidade democrática em razão do consenso mais amplo que se exige para a sua atuação – e com isso modificar a norma da constituição que a Corte tenha considerado incompatível com a lei em questão. Nossa experiência constitucional recente fornece um exemplo. Em 26 de fevereiro de 1993, o Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade nº 790-4, proposta pelo Procurador-Geral da República, declarando a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 8.162/91, que havia majorado a alíquota da contribuição para o plano de seguridade social dos servidores públicos civis da União, de suas autarquias e fundações, e cuja eficácia já estava suspensa desde outubro do ano anterior por força de medida cautelar deferida na mesma Adin. Entendeu o Supremo que a alteração da alíquota feriria o art. 195, § 5º, da Constituição, dada a ausência de causa suficiente à modificação do equilíbrio atuarial até então estabelecido³³. Em 17 de março do mesmo ano, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional nº 3, que, entre outras medidas, alterou a redação do § 6º do art. 40 do texto constitucional para prever que a

seguridade social do servidor federal seria custeada com recursos provenientes da União e da contribuição dos servidores, afastando, portanto, o ônus exclusivo do Tesouro Nacional e criando com isso a “causa suficiente” ao aumento da alíquota, cuja ausência fundamentara a decisão do Supremo. A existência de um poder reformador colabora, assim, no sentido de reduzir o paradoxo da jurisdição constitucional, já que devolve à instância representativamente legitimada a possibilidade de fazer prevalecer, ao menos para o futuro, a sua vontade política sobre a decisão judicial, a não ser nos casos em que esteja em questão a constitucionalidade da própria reforma constitucional.

4.2.2. A chamada “mutação” constitucional

Entende-se por mutação constitucional a modificação da norma constitucional cujo texto permaneça inalterado. Admitir a possibilidade de que a norma se modifique apesar da permanência do seu texto pressupõe a não-identificação entre norma e texto normativo. Exatamente por isso a mutação constitucional é um fenômeno cuja explicação satisfatória só é possível se estiver respaldada em base teórica que não apenas supere a radical separação entre a norma e a realidade, mas que considere como objeto e desafio central da metódica jurídica (e possivelmente da própria reflexão teórica sobre o direito) a compreensão dos mecanismos de integração entre a realidade regulada, a sua valoração e a sua regulação. O publicismo positivista alemão da virada do século (Laband, Jellinek) já falava em mutação constitucional, mas as transformações da realidade política eram entendidas de modo tendencialmente colidente com o texto normativo, cuja normatividade não raro capitulava diante de um processo histórico de caráter essencialmente extra-jurídico. O que o conceito designava era, em primeira linha, o antagonismo entre a constituição e a realidade. Isso explica o equívoco que consistia em considerar que a mutação era expressão de um direito não escrito, exterior à constituição formal³⁴.

Apenas no contexto do pensamento jurídico pós-positivista a teoria constitucional poderia explicar e explorar de modo sugestivo o fenômeno da mutação constitucional. As reflexões de Friedrich Müller (1976, p. 248-249) sobre a estrutura das normas jurídicas exerceram quanto a isso uma influência direta. Se as estruturas materiais integradas ao âmbito normativo – e portanto componentes da normatividade – estão sujeitas às transformações históricas, é possível que concretizações, separadas pelo tempo, de uma determinada norma constitucional conduzam a resultados diferentes embora o programa normativo (o texto) continue o mesmo. Por outro lado, na medida em que a concretização é o resultado da relação que se estabeleça entre os fatores materiais da norma e os elementos de interpretação do texto legal, resta claro que o conteúdo da norma somente poderá modificar-se dentro do marco traçado pelo programa normativo. Põe-se com isso o fundamento dos limites da mutação constitucional³⁵.

É possível que a mutação decorra de uma simples mudança na interpretação do texto constitucional. Mas o campo mais propício às mutações é sem dúvida o do âmbito normativo, dada a inserção das relações materiais no fluxo histórico constante. A própria alusão aos usos e práticas políticas como uma forma de mutação não significa mais do que o reconhecimento do papel da práxis constitucional como elemento (a) que faz parte do âmbito normativo ou (b) no qual tem lugar a concretização mediante a qual programa e âmbito normativos são combinados para co-fundamentar a decisão. (a) A estrutura material incorporada ao âmbito normativo pode consistir precisamente, ao menos em parte, numa esfera de conformação autônoma da prática política; e (b) a práxis política pode ser o modo como se expresse a consagração de uma nova interpretação do texto ou das estruturas materiais³⁶.

O aparato analítico da teoria estruturante levou Häberle a diluir o conceito de mutação no de interpretação. Considerando que

a normatividade só surge no processo de concretização (“não existem normas jurídicas, mas apenas normas jurídicas interpretadas”), do qual fazem parte as estruturas materiais submetidas ao fluxo histórico constante, a mutação passa a ser vista apenas como uma dimensão da necessária realização (interpretativa, processual, aberta) da norma. Em outras palavras, toda norma seria essencialmente mutante. “Mutações constitucionais não tem assim de modo algum o objeto fixo e definido que conceitualmente deveria pressupor”. Para Häberle, o abandono da mutação enquanto conceito autônomo seria conseqüência de uma teoria da constituição e da interpretação temporalmente adequada, que fizesse justiça ao futuro: “Sob a forma da interpretação o futuro já começou”(Op. cit. p. 317). O que essa idéia parece ignorar é que as interpretações, tanto do texto quanto das estruturas materiais total ou parcialmente incorporadas à norma, adquirem uma fixidez histórica propiciada pelas instituições que compõem a experiência jurídica: a doutrina, o entendimento dos tribunais, as práticas políticas. A diferença entre programa e âmbito normativos, proposta por Müller, permite-se fundar uma metódica *regradamente* dinâmica, não precisa porém diluir a normatividade numa fluidez que é própria de uma realidade que a norma em parte incorpora e em parte redefine, mas à qual em todo caso ela não se reduz. Essa diluição seria incompatível com a própria função racionalizadora e estabilizadora do direito em geral e da constituição em particular. Por certo que a fixidez pontualmente assumida pelo sentido da norma é provisória e constitui precisamente por isso o “objeto fixo e definido” em relação ao qual a nova interpretação poderá expressar uma mutação.

A mutação constitucional é importante para o equilíbrio entre dinâmica e estabilidade por significar, ao mesmo tempo, uma transformação substancial e uma permanência formal, o que implica um sacrifício da estabilidade menor do que aquele que

resultaria de uma transformação operada mediante alteração tanto substancial como formal. Por isso a mutação é considerada por alguns o instrumento primário de desenvolvimento constitucional. A abertura do texto permite a evolução não formalizada da constituição, evitando-se as suas constantes revisões. A reforma constitucional apareceria assim como um instrumento posterior, secundário, de adequação temporal da constituição. “A questão acerca de uma reforma constitucional surge onde a amplitude e abertura da constituição já não são suficientes para possibilitar a solução de um problema. (...) A problemática da reforma constitucional começa onde terminam as possibilidades da mutação constitucional”³⁷.

Em contrapartida, a mutação retira do parlamento parte da responsabilidade pela evolução da constituição, para a atribuir a outras instâncias da práxis constitucional, em especial à jurisdição da corte constitucional. O tema da mutação é assim mais um elemento que compõe o complexo dilema a que conduziu, especialmente na segunda metade do século XX, o desenvolvimento da justiça constitucional, diante da dificuldade em conciliar o controle de constitucionalidade (protetor da supremacia da constituição) e o princípio da democracia representativa (do qual decorre a tendência a considerar o parlamento como órgão de fechamento do sistema político). O problema acentua-se porque a mutação não opera uma mudança do texto, de modo que a corte constitucional não está, ao contrário do parlamento quando reforma a constituição, inteiramente vinculada à necessidade de expressar uma clara alternativa entre a solução antiga e a nova, sendo sempre cogitáveis as “reservas de interpretação”, em reforço do peso político do próprio tribunal. Talvez por isso entendeu Bryde que a legitimidade dos processos de mutação constitucional estaria condicionada a uma especial fundamentação de sua necessidade nos casos em que o processo de reforma não seja particularmente difícil de ser realizado³⁸.

Quanto a isso, caberia ponderar que a mutação está, em todo caso, limitada pelo *texto* da constituição. Ademais, como dito acima, o poder reformador – no caso do Brasil inteiramente atribuído ao Congresso Nacional – tem sempre a possibilidade de afastar uma mutação considerada inconveniente, aprovando um novo texto frontalmente contrário ao sentido que tenha sido fixado, por exemplo, pelo tribunal constitucional.

4.2.3. *Os limites da reforma e a abertura da constituição*

Se os limites materiais da reforma constitucional se estendem, por expressa disposição (o que quase nunca acontece) ou como resultado de sua interpretação, para além da sua função própria de estabelecer o marco substancial de referência legitimadora da ordem, avançando assim sobre o campo da política cotidiana, a transformação (juridicamente regrada) da constituição estará bloqueada. Se se pretende, contudo, que o tema seja suscetível de uma abordagem racional, dentro dos limites do que se possa considerar uma racionalidade condicionada ao pressuposto histórico do Estado democrático de direito, então é preciso supor que a sua regulação – como de resto a dos grandes temas da constituição – tenha objetivado o equilíbrio entre estabilidade e dinâmica, e não a anulação, ainda que pontual, de uma pela outra.

Notas

¹ Sobre o tempo como a capacidade de *poder mudar*, ver HÄBERLE, Peter. *Zeit und verfassung. prolegomena zu einem 'zeit-gerechten' verfassungsvverständnis*. In: DREIER, Ralf; SCHWEGMANN, *Probleme der verfassungsinterpretation: dokumentation einer kontroverse*. Baden-Baden: Nomos, 1976. p. 293-326.

² Como um exemplo da viscosidade do direito, poderia ser lembrado que a própria codificação do século XIX foi em grande parte, apesar do seu propósito inovador e até negador da tradição, uma sistematização do direito romano vigente como di-

reito comum (LOSANGO, 1997, p. 13-50).

³ Ver principalmente “Zeit und Verfassung. Prolegomena zu einem ‘zeit-gerechten’ Verfassungsverständnis”, Op. cit.

⁴ Nesse sentido BRYDE. *Verfassungsentwicklung: stabilität und dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Baden-Baden: Nomos, 1982. p. 18.

⁵ Ver Häberle, “Zeit und Verfassung”, op.cit. p. 314: “A vitalidade da Constituição assegura-se por meio da ‘silenciosa’ mas fundamental assimilação do tempo”. Ver também KIRCHHOF. Die identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten. In: Isensee; KIRCHHOF (org.). *Handbuch des staatsrechts. Band I: Grundlagen von Staat und Verfassung*. Zweite, unveränderte Auflage. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1995. p. 777.

⁶ Ver Häberle, “Zeit und Verfassung”, op.cit. p. 297: “No Estado constitucional da Lei Fundamental as questões temporais concretas precisam ser de antemão postas no quadro global da Constituição. Pois todo o direito tem uma imanência constitucional: cresce sob o teto ou sobre a base da Constituição da *res publica*”. A observação é especialmente válida diante do modelo constitucional mais analítico, a que corresponde a Constituição de 1988.

⁷ Além é claro de alguma adesão ou acordo majoritário sobre a constituição, elemento que agora não vem ao caso. Sobre o equívoco de explicar a validade da constituição a partir de apenas um desses elementos, bem como sobre a vinculação mais estreita de cada um deles com determinadas funções constitucionais, ver Paul Kirchhof, “Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten”, op. cit. p. 779.

⁸ Evidentemente que o argumento não tem procedência caso se admita, de algum modo, a legitimidade constitucional da supressão dos limites materiais.

⁹ Um dos primeiros a desenvolver esse raciocínio foi Carl Schmitt

¹⁰ O pressuposto de realização histórica dessa possibilidade teórica é a previsão, hoje muito rara, de revisão total da constituição. O atual processo de elaboração da nova (em sentido instrumental) Constituição suíça parece que conduzirá a uma situação que poderá ser interpretada na forma proposta. Para uma caracterização geral desse processo, ver HOTTELIER, Michel. Suisse: réforme globale de la constitution fédérale. *Revue française de droit constitutionnel*, Paris: PUF, n. 25, p. 186-202, 1996.

¹¹ Bryde, Op. cit. p. 18.

¹² “... as constituições escritas não têm valor nem são duradouras senão quando dão expressão fiel aos fatores de poder imperantes na realidade social”(LASSALE, 1992, p. 76-77).

¹³ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, op. cit. p. 17

¹⁴ “É mais fácil viver com uma constituição defeituosa do que com uma transformada em joguete do arbítrio dos partidos” (Loewenstein, 1961, p. 64).

¹⁵ A relação mais geral entre constância (institucional em geral e das leis em particular) e autoridade jurídica e política já era conhecida do pensamento político antigo: “... trocar facilmente as leis antigas por leis novas é debilitar o poder das leis”, de modo que, “nos casos em que a melhoria venha a ser pequena, por ser mal acostumar os homens a revogar facilmente as leis, é evidente que será melhor fechar os olhos a um ou outro erro do legislador e dos magistrados, pois o povo não resultará tão beneficiado por uma alteração quanto será prejudicado por se acostumar a desobedecer aos seus governantes” (Aristóteles, Política, 1269a, in: *Obras*. Trad. de F. Saramanch. Madrid: Aguilar, 1982, reimp. 1986). A própria etimologia da palavra “ética” é sugestiva da consciência dessa relação no pensamento antigo (ver a respeito Gadamer, *El problema de la conciencia histórica*. Trad. De Agustin Mortalla, Madrid: Tecnos, 1993 p. 82).

¹⁶ É curioso que a limitação do poder estatal por meio de documentos escritos tenha-se ensaiado na Inglaterra com antecedência e com mais clareza do que nos demais países europeus, embora aquele país até hoje tenha uma constituição histórica (isto é, não dogmática) e flexível. É possível que a rigidez política da constituição inglesa tenha algo que ver justamente com a prática política que se formou em virtude, entre outros fatores, daqueles documentos escritos, desde o século XIII. No momento em que o constitucionalismo veio a consagrar o modelo da constituição dogmática (posta por um ato constituinte expresso), instrumental e rígida, sua adoção já não era essencial à conformação do Estado britânico ao Estado de direito.

¹⁷ Ver Bryde, op.cit. p. 55, com uma ampla resenha dos procedimentos reformadores previstos nas constituições contemporâneas.

¹⁸ Esse segundo procedimento revisor, que recorda o próprio processo constituinte norte-americano, evidencia a influência do contratualismo na elite política e intelectual das ex-colônias inglesas, esboçando um paralelismo das formas que o direito constitucional não conhece.

¹⁹ Mesmo com um quorum superior ao exigido na Constituição de 1988, a Constituição alemã costuma ser considerada das menos rígidas. Ver a respeito Bryde, op.cit. p. 57.

²⁰ As Constituições de 1824 (art. 176), 1891 (art. 90), 1934 (art. 178) e 1946 (art. 217) consignaram intervalos (definidos temporalmente ou em função do seccionamento das atividades do Poder Legislativo) entre as duas votações ou entre a proposta e a sua deliberação.

²¹ Ver Kirchhof, op.cit. p. 791.

²² Pontes de Miranda (1945, p. 151). Em dado momento, Bryde também relaciona os limites materiais com o conceito de rigidez constitucional (*Verfassungsentwicklung*, cit., p. 57).

²³ Ver a respeito Kirchhof, op.cit. p. 791.

²⁴ Idem, ibidem, p.777.

²⁵ De modo indireto, a rigidez também se relaciona com a continuidade da constituição, por estabelecer as condições de validade do procedimento reformador, cuja inobservância também pode denunciar o rompimento da ordem vigente.

²⁶ Ver Bryde, *Verfassungsentwicklung*, cit., p. 19.

²⁷ HESSE. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 19. Überarbeitete Auflage, Heidelberg: C.F. Müller, 1993. p. 5.

²⁸ A adoção do vocábulo “emenda” pela Constituição de 1934 é provavelmente uma tardia influência do constitucionalismo norte-americano em nossa organização republicana: o termo estava ausente da Constituição de 1891 e permanece até hoje como a designação oficial da reforma constitucional. A influência restringe-se bem entendido ao aspecto lingüístico, já que nos Estados Unidos as emendas são acrescidas ao texto primitivo da Constituição, não se cogitando de revogação expressa ou de atribuição de nova redação aos artigos já existentes.

²⁹ Ver Kirchhof, op.cit. p. 793 –.

³⁰ O problema surgiu no século XIX quando algumas constituições, como as “cartas” pactistas francesas de 1815 e 1830, silenciaram sobre a sua reforma. Na época surgiu quem cogitasse de sua absoluta imodificabilidade ou quem pretendesse que a reforma só seria possível mediante atuação do mesmo poder constituinte que elaborou a constituição, e observando-se o mesmo processo. Invocação de paralelismo das formas, confusão entre poder constituinte e poder reformador: distorções de análise influenciadas pelas ambigüidades das constituições pactuadas, fundadas no princípio da soberania compartilhada. Distorções que estão surpreendentemente presentes na abordagem do tema por Nelson de Sousa Sampaio, apesar da clareza com que no restante de sua tese demonstra compreender a lógica e os mecanismos do Estado constitucional. Ver *O poder de reforma constitucional*, Livraria Progresso Editora: Bahia, 1954. p. 55-61. Sobre o assunto – e no mesmo sentido do texto – ver também Pedro de Vega (1985, p. 81-87), e Christian Starck, (1994, p. 17-18).

³¹ Häberle, *Zeit und Verfassung*, op.cit. p. 296.

³² Ver Kirchhof, op.cit. p. 793. Ver também Häberle, *Zeit und Verfassung*, op. cit. p. 325: “Elas (as reformas) são a via legítima para se assegurar a continuidade da constituição no tempo. Enquanto se mantiverem no âmbito da identidade da constituição, são a sua consequência, a sua confirmação no tempo e através dele, e não a sua contestação”.

³³ Ver *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 147, p. 921-929.

³⁴ Esse modo de abordar o problema pode ser encontrado num escrito recente, em que expressamente se alude às mutações constitucionais como modo de criação de um direito constitucional não escrito, desenvolvido junto às constituições escritas e rígidas, “ou entre elas”. Ver Anna Candida da Cunha Ferraz (1993, p. 5-24).

³⁵ Nesse sentido: Vega (1985, p. 212-213) Hesse. Límites de la mutación constitucional. *Escritos de Derecho Constitucional*. Trad. de Pedro Villalon. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 98-104.

³⁶ A distinção entre essas duas situações desaparece quando no âmbito da realidade constitucional esteja conceitualmente incluída a sua interpretação, e especialmente se o leque de intérpretes da constituição for ampliado a ponto de abranger todo aquele que vive a norma e, por isso, “acaba por interpretá-la ou co-interpretá-la”, de modo que “toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada” (Häberle, op. cit. p. 13-14).

³⁷ Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. p. 15-16. Ver também Häberle, op. cit. p. 307, 321, 324.

³⁸ Ver *Verfassungsentwicklung*, op. cit. p. 58.

Bibliografia

BRYCE, James. *The american commonwealth*. 3 th. ed. New York: The Macmillian Company, 1896. v.1.

DI RUFFIA, Biscaretti. *Costituzioni straniere contemporanee*. 6.ed. Milano: Giuffrè, 1994. v.1

CANARIS,claus. Wilhelm. *Pensamento e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de Menezes Cordeiro. Lisboa: Gulbenkian, 1989.

FERRAZ, Ana Candida da Cunha. *Mutação, reforma e revisão das nomas contitucionais. Cadernos de direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, ano 2, n. 5, p. 5-24, 1993.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Filho Mendes. Porto Alegre, 1991.

LASSALE, Ferdinand. *¿Qué es una constitución?* Santos Fé de Bogotá: Temis, 1992.

LOEWENSTEIN. *Über wesen: technik end grenzen der verfassungsänderung*. Berlin: Walter de Gruyter, 1961.

- LOSANGO, Mario. Storia contemporanea del diritto e sociologia storica. In: _____. (Org.). *Storia contemporanea del diritto e sociologia giuridica*. Milano: Franco Angeli, 1997.
- MIRANDA, Pontes. *Democracia, liberdade e igualdade: os três caninhos*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1945.
- MORTATI, Constantino: contituizone. *Enciclopédia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1962. v. 12.
- MÜLLER, F. Einige Leitsätze zur juristischen Methodik. In: DREIER, Ralf; SCHWEGMANN, F. *Problema de verfassungsinterpretation: dokumentation einer kontroverse*. Baden- Baden: Nomos, 1976.
- SALDANHA, Nelson. Diritto contemporaneo, storia e sociologia. In: LOSANO, Mario (Org.). *Storia contemporanea del diritto e sociologia giuridica*. Milano: Franco Angeli, 1997.
- SILVA, Gustavo just da Costa e. *Os limites da reforma constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 4.
- STARCK, Christian. *La constitution cadre et mesure du droit*. Paris: Universitaires d' Aix- Marseille, 1994.
- VEGA, Pedro de. *La reforma contitucional y la prblematica del poder contituyente*. Madrid: Tecnos, 1985.
- ZAGREBELSKI. *Manuale de dirritto costituzionale*. Torino: UTET, 1988. (reimpresso em1993). v.1.