

## O INQUIETANTE FENÔMENO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

*Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto (\*)*

### **Introdução**

O presente estudo tem por base as seguintes obras de Uadi Lammêgo Bulos - *MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL (Capítulos III e IV) e MANUAL DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL (Capítulos II e III)* - sendo que procuramos desenvolver tangenciamentos a partir de suas reflexões sobre esses temas. Mantivemos a sua sistemática dos capítulos expostos, e as suas expressões jurídicas, a fim de guardar coerência com as referidas obras, dada a sua especificidade e profundidade. O tema em apreço é de grande relevo para o Direito Constitucional e uma realidade inafastável nos Estados Constitucionais.

As Constituições modificam-se não apenas pelos mecanismos previstos formalmente (revisão e emenda) como, também, pela via informal ou difusa, que resulta em alteração do seu conteúdo, significação e alcance, sem qualquer modificação na forma. Os processos formais de mudança da Carta Constitucional, por inúmeros fatores, decorrem de um processo lento e complexo. O próprio legislador constituinte estabeleceu cláusulas que não se sujeitam à mudança pelo poder constituinte derivado, como previsto no art. 60, § 4º da Constituição brasileira de 1988.

A experiência revela que “quanto mais difíceis se apresentem as técnicas de reforma, mais fortemente aparecerão os meios difusos de modificação constitucional, para a adaptação do Texto maior às exigências prementes da sociedade.”<sup>1</sup> Com efeito, a Constituição possui uma estrutura dinâmica, prospectiva e, em constante aperfeiçoamento, relaciona-se com as demais estruturas sociais, econômicas, políticas e jurídicas, que se modificam ao longo do tempo. O tecido constitucional é permeado por fatos, valores e normas. Tais normas são abertas e, em decorrência, apresentam-se flexíveis, possibilitando ao órgão julgador examinar os fatos sociais cambiantes numa análise de valoração e interpretação conforme a Constituição naquele momento histórico.

### **1. Mutação constitucional**

O dinamismo dos fatos sociais conduz a mudanças na realidade normativa do ordenamento jurídico. Bulos registra que, “ao lado desse dinamismo do ordenamento,

---

(\*) Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

alia-se a estabilidade das suas normas, mormente as constitucionais, por consubstanciarem a estrutura basilar do Estado”.<sup>2</sup> A ligação entre dinamismo e estabilidade encontra-se no cerne da Constituição. Trata-se de um equilíbrio de forças decorrente da tensão entre o ordenamento jurídico e a estabilidade que se espera das normas.

O elemento dinâmico é fundamental para a ocorrência das mudanças informais nas Constituições, que diferem dos processos formais por não se revestirem dos requisitos previstos pelo legislador constituinte. As mutações constitucionais são decorrentes das modificações do sentido, significado e alcance de algum dispositivo do texto da Constituição, modificações essas que acontecem sem os processos de emenda ou revisão.

As leis constitucionais possuem uma inalterabilidade relativa, eis que podem sofrer modificações, independentemente das formalidades advindas do princípio da rigidez.

A doutrina alemã foi quem primeiro identificou o problema, ao perceber que a Constituição de 1871 sofria freqüentes mudanças concernentes ao funcionamento das instituições do *Reich* - mudanças sem processo de reformas constitucionais.

Para Karl Loewenstein, a reforma constitucional possui um significado formal e outro material, enquanto as mutações constitucionais não possuem tal significado por não afetarem o texto, que permanece incólume.<sup>3</sup>

### 1.1. Natureza e modalidades

As mutações constitucionais apresentam natureza informal, eis que são meios difusos que não seguem formalidades expressas e ocorrem de maneira espontânea, sem qualquer previsibilidade.

A Constituição pode sofrer o influxo da interpretação dos tribunais, dos usos e costumes, da construção judicial, dos grupos de pressão e de outros agentes, a despeito do texto da Constituição não ser modificado. As modificações difusas não possuem uma sistematização doutrinária uniforme no que concerne a suas modalidades.

Bulos destaca as quatro categorias de mutação constitucional elaboradas por Hsü Dau-Lin:

“1ª) mutação constitucional através de prática que não vulnera a Constituição; 2ª) mutação constitucional por impossibilidade do exercício de determinada atribuição constitucional; 3ª) mutação constitucional em decorrência de prática que viola preceitos da Carta Maior; 4ª) mutação constitucional através da interpretação.”<sup>4</sup>

Partindo da premissa que as mutações constitucionais são uma realidade modificadora do significado e do alcance das normas previstas na Constituição e con-

siderando os dados oriundos da praxe constitucional, Bulos esboçou as seguintes modalidades de mutação constitucional:

- “a) as mutações constitucionais operadas em virtude da interpretação constitucional, nas suas diversas modalidades e métodos;
- b) as mutações decorrentes das práticas constitucionais;
- c) as mutações através da construção constitucional; e
- d) as mutações constitucionais que contrariam a Constituição, é dizer, as mutações inconstitucionais.”<sup>5</sup>

Há uma evidente correlação entre o princípio da rigidez constitucional e o inquietante fenômeno da mutação constitucional.

## 1.2. Mutabilidade e rigidez das Constituições

Mutabilidade é a qualidade do que pode ser modificado, alterado. A mutabilidade formal apresenta-se mediante a reforma constitucional, seja por emenda, seja por revisão. Por outro lado, a mutabilidade informal refere-se a um processo difuso.

O ponto nodal do presente estudo está em examinar o princípio da rigidez constitucional em face da mutabilidade informal da Constituição, panorama que remete a uma análise percuciente do ordenamento jurídico.

Se, de um lado, a Constituição guarda certa estabilidade, mediante o elemento estático, de outra quadra temos que a estabilidade não significa imutabilidade, eis que o texto constitucional atualiza-se na dinâmica diária e contínua, adaptando-se às exigências da sociedade. A própria eficácia e a essência constitucionais estão na observância dos fatores reais do poder.

A Constituição, no nosso entendimento, busca compor com os elementos estático e dinâmico, um sistema de pesos e contra-pesos, equilibrando e adaptando a realidade cambiante. No elemento estático repousa a necessária segurança jurídica, visando preservar os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana; já o elemento dinâmico permite a adequação da Carta Constitucional à evolução social.

Verificam-se no princípio da rigidez os seguintes aspectos:

- “a) dificultar o processo reformador da Constituição;
- b) assegurar a estabilidade constitucional;
- c) resguardar os direitos e garantias fundamentais, mantendo estruturas e competências, com vistas à proteção das instituições.”<sup>6</sup>

Portanto, qualquer modificação formal da Constituição somente será possível mediante processos complexos, visando sua maior estabilidade.

A doutrina classifica as Constituições em rígidas e flexíveis. Se, de um lado, a Constituição pode ser rígida em determinados Estados, temos, também, que, em outros, ela poderá ser flexível, contrapondo-se à primeira categoria pela possibilidade de poder ser modificada sem qualquer processo formal complexo e dificultoso.

Algumas Constituições costumeiras possuem uma estabilidade autêntica oriunda da educação e formação política do seu povo, ao passo que outras - escritas sem essas condições - buscam criar, artificialmente, uma estabilidade técnica, ao aprovarem processos complexos e formais de reforma.

A rigidez e a flexibilidade são critérios classificatórios de grande utilidade para o exame da estrutura constitucional de um Estado.

No que concerne ao Estado Brasileiro, verifica-se que o art. 60, I, II e III da Carta Constitucional de 1988 estabelece os requisitos pelos quais poderá sofrer emenda, por intermédio de processos solenes, formais e mais exigentes que os processos comuns de elaboração de leis (ordinárias e complementares). Segundo o § 4º do referido art. 60, não poderão ser objeto de emenda a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e, os direitos e garantias individuais - visto que tais cláusulas representam o esteio do Estado Democrático Social Brasileiro.

Percebe-se que nos países de notória instabilidade política, como o Brasil, as cartas rígidas cumprem sua missão, servindo de freio para mudanças repentinas que podem alterar o equilíbrio social.

Bulos destaca os seguintes aspectos fundamentais da vida constitucional dos Estados, em face do princípio da rigidez:

- “a) a diferença entre poder constituinte originário e poderes constituídos;
- b) supremacia e hierarquia das normas constitucionais;
- c) inconstitucionalidade das leis e dos atos normativos;
- d) controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos; e
- e) indelegabilidade de competências constitucionais.”<sup>7</sup>

Portanto, verifica-se que a supremacia da Constituição decorre do princípio da rigidez. Contudo, as flexíveis são, também, supremas, mas no aspecto substancial.

A supremacia formal tem por objetivo regular o modo de elaboração da norma inferior. Em decorrência, observa-se a necessidade de compatibilizar as normas com a Constituição, que contudo, não está imune a vulnerações, tanto por parte do legislador ordinário, quanto por outras autoridades. Com efeito, esta é a razão fundante do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, no sentido de preservar a Constituição.

Atualmente, nota-se que os limites entre as funções estatais de administrar e de julgar são demarcados, em última instância, pelos tribunais, e estão em constante processo de redefinição, ora propensos ao justicialismo, ora à maior autocontenção judicial.<sup>8</sup>

Considerando o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição brasileira de 1988, verifica-se que todo e qualquer ato administrativo causador, ou potencialmente causador de lesão a direito, está sujeito à apreciação do Poder Judiciário, incluindo todos aqueles resultantes da aplicação de atos discricionários e de normas que contêm conceitos indeterminados.

Com a moderna compreensão do Direito, qualquer ato administrativo - inclusive o discricionário e o decorrente da valoração de conceitos de prognose (verdadeiramente indeterminados) - é passível de revisão judicial, por meio da qual o Poder Judiciário examinará a compatibilidade de seu conteúdo com os princípios constitucionais, com os princípios gerais de Direito e com os aspectos vinculados do ato.<sup>9</sup>

Nota-se que há mais do que uma exigência jurídica de que o ato administrativo contenha uma “motivação”, trata-se de uma exigência política a fim de assegurar o consenso democrático e legitimar o exercício do poder. O ideal é que todo ato administrativo, discricionário ou não, seja motivado obrigatoriamente, da mesma forma que as decisões judiciais devem ser sempre motivadas; a propósito, a Constituição brasileira de 1988, no art. 93, inciso X, prescreve a necessidade de motivação das decisões administrativas dos tribunais.

Neste contexto, vale recordar Pedro Carlos Bacelar de Vasconcelos, no sentido de que o dever de fundamentação dos atos decisórios demonstra responsabilidade, tendo como efeito o controle dos mesmos, garantia da sociedade.<sup>10</sup>

No que concerne aos critérios de controle jurisdicional da atividade administrativa não vinculada, observa-se que a constitucionalização dos princípios da Administração Pública e dos princípios gerais do Direito trouxe para o Poder Judiciário a possibilidade de verificar, além da conformidade dos atos administrativos com a lei, ao exercer o controle de seus aspectos vinculados à luz dos princípios da legalidade, também os aspectos não vinculados desses atos, em consequência dos demais princípios constitucionais da Administração Pública.<sup>11</sup>

Gilmar Ferreira Mendes, considera que o controle de constitucionalidade desenvolve-se:

“no âmbito de um processo mais ou menos complexo, atendendo às próprias características do ordenamento jurídico. E o modo de provocar o exame da questão constitucional assume importância fundamental, uma vez que dele depende o próprio exercício da função que garante a Constituição.”<sup>12</sup>

Por último, o princípio da rigidez mantém um evidente liame com a indelegabilidade das competências constitucionais. Sobre esta temática, Bulos assevera que,

“se as Cartas rígidas só podem ser alteradas por meio de processos difíceis e complicados, estabelecidos nelas mesmas, não é possível haver delegação de competências, exceto na hipótese de reforma constitucional que, modificando a forma dos preceitos relativos à matéria, atribua a uma certa entidade função que antes não era sua.”<sup>13</sup>

Diante do exposto, passamos a analisar o fenômeno da mutação constitucional nos Textos rígidos e flexíveis, ressaltando que tal fenômeno independe do tipo de Texto da Constituição. Em ambos, observa-se a influência de novos significados, a despeito de não se modificar a letra dos dispositivos constitucionais; entretanto, eles passam a apresentar novos conteúdos e novo alcance, seja pela interpretação, seja pela construção judicial, ou outras praxes constitucionais.

### **1.3 Limites da mutação constitucional**

A prática constitucional demonstra a incerteza quanto aos lindes exatos a que está sujeito o poder constituinte difuso que conduz a mudanças informais do sentido, do significado e do alcance do Texto constitucional, sem modificar expressamente seus dispositivos. O fenômeno das mutações constitucionais ocorre pela interpretação, pelos usos e costumes, pela construção judicial e por outros meios não convencionais.

Herman Heller acentua que:

“ não se podem considerar completamente separados o dinâmico e o estático, tampouco podem sê-lo a normalidade e a normatividade, o ser e o dever ser no conceito da Constituição. Uma Constituição política só se pode conceber como um ser a que dão forma as normas. Como situação política existencial, como forma e ordenação concretas, a Constituição só é possível porque os partícipes consideram essa ordenação e essa forma já realizadas ou por realizar-se no futuro, como algo que deve ser e o atualizam”.<sup>14</sup>

Com efeito, para Heller os lindes da mutação constitucional residem na normatividade da Constituição. As modificações difusas da constituição são imprevisíveis e espontâneas sendo que encontram, também, limite de natureza subjeti-

va, ou seja na consciência do intérprete de, em sua interpretação, não vulnerar os princípios e preceitos do Texto constitucional.

Atualmente, percebe-se um crescente número de processos inconstitucionais de mutação constitucional, seja porque o controle de constitucionalidade não se apresenta efetivo, seja porquanto tal controle não consegue atingir os atos e práticas dos poderes constituídos.

Diversos são os exemplos dos processos inconstitucionais de mudança informal, como aqueles casos que envolvem a prática de ato contrário à Constituição pelo Executivo, tais como nomeações decretadas sem observância das formalidades legais. A história apresenta um exemplo marcante, qual seja a investidura do Marechal Floriano Peixoto, então Vice-Presidente, na Presidência da República, vulnerando o art. 42 da Carta Constitucional brasileira de 1891, que estabelecia: “No caso de vaga por qualquer causa, da Presidência ou Vice-Presidência, se não houverem ainda decorridos dois anos do período presidencial, proceder-se-á a nova eleição.” O Congresso Nacional permitiu que o Vice-Presidente assumisse a chefia do Executivo, a despeito da renúncia do primeiro Presidente ter ocorrido antes do término do prazo de dois anos.<sup>15</sup>

Verifica-se que, nos referidos casos, o controle que poderá ocorrer sobre essas mutações inconstitucionais é o advindo da opinião pública, dos partidos políticos ou de outros grupos de pressão.

## **2. Mutação por interpretação constitucional**

A interpretação do Texto constitucional revela-se, na atualidade, como um dos campos mais importantes para o operador do direito. Tudo gira em torno dessa seara.

Os doutrinadores realçam os seguintes aspectos da interpretação constitucional: o fator político e o fato tipológico. O ângulo político auxilia na definição do conteúdo dos princípios constitucionais sob uma carga ideológica e de valores políticos. A tipologia das normas constitucionais revela uma classificação de preceitos à luz da eficácia e da aplicabilidade. Neste sentido, vale destacar a classificação das normas constitucionais elaborada por José Afonso da Silva:

- “a) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta ou integral, que incidem de modo imediato, dispensando legislação complementar;
- b) normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade direta, imediata, mas sujeitas a restrições por parte do legislador infraconstitucional; e
- c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que dependem da emissão de lei orgânica ou complementar para serem

aplicadas. Dividem-se em normas definidoras de princípio institutivo, que dependem de lei para dar corpo a instituições, pessoas, órgãos previstos na Constituição, e normas definidoras de princípio programático, que estatuem programas constitucionais, suscetíveis de desenvolvimento por uma providência normativa ou administrativa ulterior.”<sup>16</sup>

Vários são os critérios para a classificação dos efeitos e aplicabilidade das normas constitucionais, a exemplo das de eficácia direta, absoluta, contida e limitada.

A doutrina prevalente orienta o intérprete a considerar os fatores políticos e a tipologia das normas constitucionais. Neste momento, foram lançadas as bases na trilha que percorremos a seguir para esquadrihar o fenômeno da mutação por interpretação constitucional.

## 2.1 Interpretação constitucional

A interpretação constitucional obedece os mesmos princípios de hermenêutica estabelecidos na ciência jurídica.

Paul Ricoeur define hermenêutica como: “a teoria das operações da compreensão em sua relação com a interpretação dos textos.”<sup>17</sup> A hermenêutica é uma ferramenta de grande utilidade para a interpretação das normas, sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais.

As normas constitucionais fundamentam o ordenamento jurídico e repercutem sobre o direito ordinário, portanto, para ser recepcionada, a legislação infraconstitucional deve compatibilizar-se com o Texto da Constituição. Neste quadrante temos a presença dos princípios da supremacia e da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. Tais princípios, determinantes para a interpretação constitucional, são de aplicação universal, como também os princípios da efetividade, da razoabilidade e da proporcionalidade, os quais auxiliam o intérprete a delinear o sentido e o alcance de qualquer norma.

As normas de eficácia plena incidem de forma imediata, dispensando legislação complementar. Por outro lado, verifica-se que alguns preceitos constitucionais (normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada) são complementados pela legislação infraconstitucional, sendo que devem guardar harmonia com o Texto Magno. Vale ressaltar que tanto as normas constitucionais de eficácia contida quanto as de eficácia limitada reclamam normação posterior para serem aplicadas.

As normas de eficácia contida são aquelas que possuem aplicabilidade imediata, integral e plena, mas que podem ter seu alcance limitado pelo legislador

infraconstitucional. Neste caso, para interpretar a norma constitucional, recorre-se à lei infraconstitucional.

As normas de eficácia limitada ou de eficácia reduzida dependem da emissão de lei orgânica ou complementar para serem aplicadas. São normas definidoras de princípio institutivo (estruturam algumas instituições ou órgãos previstos na Constituição) e são normas definidoras de princípio programático (estatuem programas constitucionais).<sup>18</sup>

Os termos eficácia plena, limitada, contida etc. são os usados para qualificar o conteúdo em que o signo deve ser compreendido.

A eficácia normativa é inerente à norma apta a produzir efeitos concretos no ordenamento jurídico, podendo ou não ser obedecida pelos destinatários.

A norma constitucional possui eficácia social ou efetividade quando apresenta aptidão para gerar efeitos concretos, prevalecendo no mundo dos fatos os valores por ela sufragados.<sup>19</sup>

O intérprete, tanto das normas constitucionais quanto das normas infraconstitucionais, defronta-se com termos vazados em uma linguagem, na maioria das vezes, lacônica, pois não foram elaboradas de forma clara e o intérprete deve enfrentar a obscuridade e ambigüidade dos referidos textos legislativos.<sup>20</sup>

Neste contexto verifica-se que os critérios hermenêuticos serão fundamentais para revelar o sentido e o alcance das normas constitucionais.

## 2.2 Métodos de interpretação constitucional

Os métodos usuais de interpretação constitucional são o gramatical, o processo lógico, o processo teleológico objetivo e o processo histórico. O critério gramatical (literal) baseia-se nos princípios de lingüística. O método lógico tem como escopo atingir a adequada coerência e compatibilidade do alcance do Texto constitucional, por meio do exame dos períodos da lei, combinando-os, mediante raciocínios dedutivos, considerando tão-somente as normas em si, ou em conjunto, desconsiderando os elementos de natureza exterior. O método teleológico objetivo (sociológico) visa investigar o fim da norma constitucional, para obter a percepção dos valores que a mesma deseja atingir. O critério histórico focaliza os antecedentes históricos da norma.<sup>21</sup>

A crítica dos estudiosos da Ciência do Direito, no que concerne à utilização individual dos referidos métodos clássicos de interpretação constitucional, encontra-se na insuficiência daqueles critérios, dada a natureza personalíssima dos métodos hermenêuticos revelando que são de caráter relativo e complementar.

A melhor doutrina é no sentido da combinação das técnicas hermenêuticas visando à obtenção de resultados razoáveis, eis que nenhum método de interpretação, isolado, conduz a uma solução eficaz, em face da essência multifacetária da experiência humana.

Vale destacar, também, o método tópico na interpretação constitucional, o qual pensa o problema mediante processos lógicos argumentativos visando descobrir a solução mais razoável de uma questão jurídica. Tal método foi objeto de estudo de Aristóteles, de Perelman e de Theodor Viehweg.<sup>22</sup> Cuida-se de uma técnica aberta de argumentação e persuasão sendo um inestimável recurso de interpretação de normas mediante o qual se estabelece diversas premissas ou *topoi* e os catálogos de *topoi* (catálogo de premissas admissíveis), apresentando um raciocínio baseado em questionamentos numa relação de pergunta e resposta. Os *topoi*<sup>23</sup> são pontos de vista que norteiam determinada argumentação, e, quando os meios tradicionais se apresentarem insuficientes, o Juiz poderá utilizá-los, em casos de lacunas, sem excluir a inteligência dos outros métodos de interpretação. Os argumentos zetéticos e dogmáticos podem, também, ser adotados na interpretação tópica do Texto constitucional, tendo por objetivo a solução de um problema concreto.

O método tópico não é bem aceito por alguns doutrinadores que se posicionam pela visão sistêmica da Ciência do Direito.

Canaris critica o pensamento de Viehweg por entender que o Direito não é na essência tópico, antes surgindo sistemático - em sentido não axiomático - e, quanto à integração de certas lacunas ou no manuseio de conceitos indeterminados, a tópica não se aprofunda nestes aspectos. Os argumentos de Viehweg atingiram, tão-só, um certo tipo de sistema: o axiomático-dedutivo.<sup>24</sup>

A interpretação sistemática da Constituição é bastante considerada pela doutrina, não que seja a única via. Contudo, tal método é de grande valia, principalmente, considerando que a Constituição apresenta um arcabouço de títulos, capítulos e artigos organizados buscando unidade e congruência. Isto não exclui o relevo dos outros métodos de interpretação da Constituição.

A interpretação autêntica é aquela feita pelo órgão aplicador do direito, que deverá solucionar o caso sob julgamento.<sup>25</sup> Tal interpretação é verdadeiramente autêntica por criar direito no caso concreto.

Atualmente, os princípios são considerados vetores fundamentais na interpretação da Constituição e na busca da solução dos problemas normativos. Vale destacar que a fase do constitucionalismo iniciada no final do século XX - pós-positivista - reconhece, além da normatividade dos princípios, a hegemonia normativa dos mesmos em relação às regras, tendo como expoentes deste pensamento Ronald Dworkin e Robert Alexy. Em decorrência, verifica-se a tendência moderna para a constitucionalização dos princípios.<sup>26</sup>

Bulos cita o seguinte rol de princípios constitucionais elencado por Konrad Hesse:

- “a) princípio da unidade da Constituição - as normas constitucionais podem ser interpretadas em conjunto, para evitar possíveis contradições com outras normas da própria Constituição;
- b) princípio da concordância prática - intimamente ligado ao anterior, esse ditame enuncia que os bens jurídicos, constitucionalmente protegidos, devem ser coordenados com vistas à resolução dos problemas concretos;
- c) princípio do critério da correção funcional - se a Constituição regula as funções estatais, bem como os agentes do Estado, o intérprete não deverá exceder as prescrições voltadas para esse sentido, a fim de evitar agressões à sua letra;
- d) princípio da valoração e relevância dos pontos de vista - se a Constituição propõe criar e manter a unidade política, os pontos de vista incumbidos de interpretar as suas normas, diante dos problemas jurídico-constitucionais, devem promover a manutenção de tal unidade;
- e) princípio da força normativa da Constituição - a Constituição, para manter-se atualizada, deve ser interpretada no sentido de tornar sempre atual os seus preceptivos, os quais devem acompanhar as condições reais dominantes numa determinada situação.”<sup>27</sup>

O princípio permite a cognição das partes que compõem o todo unitário, ou seja, a inteligência do sistema jurídico positivo. Portanto, ele é o alicerce do sistema. O direito não é um sistema, mas uma realidade que pode ser aferida sistematicamente pela ciência jurídica.<sup>28</sup>

A interpretação da Constituição é um processo eficiente de mutação constitucional.

### **2.3 Interpretação e mutação constitucional**

O ato de interpretar pode levar a mutações constitucionais sem vulnerar a letra do Texto Maior. Todos os métodos de interpretação podem produzir mudanças difusas na Constituição, que afetam o sentido, o significado e o alcance de algum de seus dispositivos. Tais modificações são informais e silenciosas e têm por finalidade atualizar e adequar a constituição à dinâmica da realidade social, o que se evidencia em épocas em que foram atribuídos sentidos novos a determinado preceito da constituição.

A atividade interpretativa, ao apresentar-se como meio de mutação constitucional, poderá mudar o significado da norma, atribuindo-lhe novo sentido. Por outro lado,

o produto legislado não está infenso às mudanças difusas, mostrando-se em três contextos: “contexto técnico-linguístico; b) contexto antinômico; c) contexto lacunoso.”<sup>29</sup>

No que concerne ao contexto técnico-linguístico, decorre da linguagem técnica do legislador, que cria o produto normado mediante termos imprecisos, vagos, ambíguos.

No que tange ao contexto antinômico, percebe-se que o produto legislado não está, também, imune a antinomias, ou seja, duas ou mais normas se apresentarem conflitantes. Nesse conflito de normas, a doutrina desenvolveu critérios mediante princípios jurídico-positivos para solucionar as antinomias aparentes.

Quanto ao contexto lacunoso, verifica-se que o produto legislado está impregnado dos problemas relativos à incompletude do sistema jurídico, na visão de Bulos. É importante registrar que não há unanimidade na doutrina quanto à questão de existirem ou não lacunas na ordem constitucional. Cuida-se de questão aberta, jungida à concepção jurídica de sistema.

Para Bulos, se entendermos o sistema jurídico como sendo aberto, dinâmico, incompleto, abrigando normas, fatos e valores, “não há como considerar o dogma da plenitude hermética da ordem constitucional, do mesmo modo como não há uma plenitude da ordem jurídica em geral.”<sup>30</sup> Com a devida *venia* ao aludido mestre, filio-me ao pensamento sistemático e o conceito de sistema na ciência do Direito na visão de Claus-Wilhelm Canaris<sup>31</sup>, no que concerne à ordem e à unidade como características do conceito geral de sistema, e, principalmente, na Teoria do Ordenamento Jurídico de Norberto Bobbio<sup>32</sup>, no sentido de pensar o sistema como uma unidade lógica, com coerência lógica e completude lógica.

O princípio da unidade do sistema do Direito positivo é homólogo ao princípio da unidade no conhecimento jurídico-dogmático. A unidade de um sistema de normas é decorrente de um superior fundamento de validade desse sistema - a Constituição positiva, ou, em nível epistemológico, a Constituição em sentido lógico-jurídico, ou seja, a norma fundamental. A unicidade decorre da possibilidade também gnoseológica (lógico-transcendental) de se poder conceber todo o material jurídico dado como um só sistema.

O sistema da ciência do Direito é dotado de critérios que permitem decidir se uma dada proposição pertence ou não ao sistema, bem como se ela apresenta coerência interna, ou seja, compatibilidade entre os elementos proposicionais integrantes dos subsistemas e, ainda, completude.

A experiência demonstra que há contradições entre as proposições normativas de um mesmo nível, entre leis constitucionais, entre leis ordinárias, entre regulamentos e entre outros atos normativos. Tais contradições são elimináveis pelo princípio extralógico da norma de nível mais elevado sobre a norma de nível inferior, ou pelo critério, também extralógico, da sucessão temporal (norma de mesmo nível revoga nor-

ma anteriormente promulgada); da norma geral que admite a contraposição contraditória de uma norma especial, estatuinto para todos os casos compreendidos num conjunto, menos para alguns que se excetuam.

Acredito que dentro do sistema jurídico é possível encontrar solução para qualquer problema pois, nos casos de aparente incompletude da norma, os princípios do ordenamento jurídico apresentam a resposta para essas aparentes antinomias. Ainda que existam vazios normativos dentro do sistema, tais lacunas podem ser preenchidas ou colmatadas mediante a analogia, os costumes, os princípios gerais de direito e a equidade, com a observância dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

Para Canaris, o juiz deve lidar com as conseqüências da decisão em uma visão sinéptica (conjunto de regras que habilita o intérprete-aplicador a “pensar em conseqüências”) e observar o escopo utilitário da decisão, desenvolvendo-se o fator teleológico da interpretação.<sup>33</sup>

A interpretação da Constituição é também realizada pelos órgãos do Estado, que possuem, dentre outras atribuições, o dever de aplicar dispositivos ou normas constitucionais. A partir do momento em que as referidas normas passam a ter novo sentido e alcance, sem mudança na forma do texto da Constituição, verifica-se que tais órgãos estão procedendo a modificações informais, portanto sem os processos de emenda ou revisão. A interpretação orgânica compete aos órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, ao passo que a inorgânica reflete a que é realizada por juristas e cientistas do Direito, visando compreender o sentido de uma norma, sem qualquer intuito de aplicá-la no âmbito concreto.

A doutrina considera a interpretação judicial como a mais relevante dentre as modalidades de interpretação constitucional orgânica, em face da repercussão nas decisões judiciais e das suas peculiares características.

Bulos destaca as seguintes características da interpretação judicial:

“ a) a *obligatoriedade* - a interpretação constitucional judicial é obrigatória, porque o Magistrado não poderá furta-se à missão de julgar litígios, e, g., no papel do controle de constitucionalidade das leis e, também, do controle de constitucionalidade da atuação do legislador ordinário, que interpreta de igual modo o Texto Maior, para elaborar as leis de aplicação constitucional; b) *primariedade* - tal modalidade de interpretação ocorre por provocação, dada a máxima *nemo iudex sine actore*, implicando dizer que ela é realizada através de processo judicial; e c) *definitiva* - essa característica é própria das Cortes Constitucionais, que possuem autoridade final para decidir litígios, dando a última palavra sobre a matéria submetida a seu crivo.”<sup>34</sup>

Essas supracitadas modalidades de interpretação judicial podem provocar mudanças difusas, ou seja, mutações na Constituição. Tal fenômeno também ocorre na interpretação constitucional legislativa e executiva.

#### **2.4 Riscos da interpretação constitucional e as mutações inconstitucionais**

As expressões quebração e falseamento constitucional significam formas de mutação inconstitucional, desde que, ao realizarem alterações difusas no entendimento do Texto constitucional, possam vulnerar a forma prescrita pelo legislador.

São inegáveis os riscos da atividade de interpretar a Constituição, enquanto processo informal de modificação constitucional. A mutação inconstitucional pode comprometer o equilíbrio e a estabilidade das instituições e da própria sociedade. Entretanto, isto não pode impedir a interpretação da norma constitucional de forma ampla quanto ao seu sentido e alcance, mediante as mudanças difusas com o escopo de atualizá-la às exigências da realidade social em contínua evolução.

#### **Conclusão**

A mutação constitucional em suas diversas acepções - transições constitucionais, processos de fato, mudança silenciosa, processos informais, processos indiretos - revela ser o inquietante fenômeno pelo qual, sem qualquer processo formal (emenda ou revisão), novos sentidos e alcances são atribuídos à Carta Maior, seja pela interpretação em suas várias modalidades e métodos, seja pela construção constitucional ou, em razão dos usos e costumes, sem alteração da letra do Texto. As mudanças difusas podem ocorrer tanto nas Constituições rígidas como nas flexíveis.

Todos os métodos de interpretação podem provocar mutações constitucionais e visam aprimorar e atualizar a Constituição, desde que não desvirtuem sua juridicidade. Se houver quebra da juridicidade de preceito constitucional, estaremos diante de um processo inconstitucional de mutação, o qual pode gerar efeitos nefastos ao ordenamento jurídico por contrariar a Carta Constitucional.

A interpretação é um meio relevante e eficiente de mutação constitucional, com o escopo de promover a adequação da norma em face da realidade social cambiante. Por isso, atualmente, observa-se que aos tribunais compete, além do controle da constitucionalidade, a garantia direta contra lesões dos direitos fundamentais, a defesa de interesses difusos e o enfrentamento da obscuridade e da ambigüidade dos textos legislativos. Desta forma, o Judiciário articula um direito positivo, conjuntural, transitório, complexo e contraditório, numa sociedade de conflitos crescentes. Para atender às necessidades de controle da norma positiva, impõe-se a diversificação do Judiciário.<sup>35</sup>

Comungamos com o entendimento de Pedro Carlos Bacelar de Vasconcelos, no sentido de que não há como dispensar o discurso argumentativo/persuasivo, conjugado com a ponderação prática (critério de proporcionalidade/razoabilidade), visando à compatibilização de valores contraditórios e flutuantes que a realidade em freqüente mudança apresenta.<sup>36</sup>

E, ainda, lembramos a lição de Canaris quando alerta que, no confronto das insuficiências do formalismo e do positivismo, o discurso tem de ampliar a sua base de incidência e que todos os fatos que justificam as decisões judiciais devem ser incluídos no discurso juscientífico. É de fundamental importância que a especialização dos juristas seja complementada com novas sínteses que permitam obter as perspectivas necessárias para a concretização do Direito.<sup>37</sup>

Na solução do problema, deve-se lidar com os diversos ramos do Direito articuladamente, com especial destaque à Constituição, aos níveis instrumentais (processo), bem como aos critérios da proporcionalidade e razoabilidade.

### Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 4. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1994.

\_\_\_\_\_. Des critères pour résoudre les antinomies. In: *Les antinomies en droit*. Bruxelles: Émile Bruylant, 1965.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Manual de interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997

\_\_\_\_\_. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HELLER, Herman. *Teoria do Estado*. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986, p. 165.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. Tomo I.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

\_\_\_\_\_. *Controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo*, São Paulo : Dialética, 1998.

RICOEUR, Paul. *Interpretação e ideologias*. Organização, tradução e apresentação de Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora S.A 1977.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.

VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *Teoria geral do controle jurídico do Poder Público*. Lisboa: Cosmos, 1996.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudência*. Madrid: Tarurus, 1976.

---

## Notas

<sup>1</sup> Bulos, Uadi Lammêgo. Mutação constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997, p. XVIII.

<sup>2</sup> Bulos, Uadi Lammêgo. Mutação constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 53.

<sup>3</sup> Loewenstein, Karl. Teoría de la Constitución. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986, p. 165.

<sup>4</sup> Bulos, Uadi Lammêgo. Mutação constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 63.

<sup>5</sup> Idem, p. 70/71.

<sup>6</sup> Bulos, Uadi Lammêgo. Mutação constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 75.

<sup>7</sup> Bulos, Uadi Lammêgo. Mutação constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 80.

<sup>8</sup> Moraes, Germana de Oliveira. Controle jurisdicional da Administração Pública. São Paulo: Dialética, 1999.

<sup>9</sup> Idem.

<sup>10</sup> Vasconcelos, op. cit. 1996.

<sup>11</sup> Moraes, op. cit. 1999.

<sup>12</sup> Mendes, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 117.

<sup>13</sup> Bulos, Uadi Lammêgo. Mutação constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 83.

<sup>14</sup> Heller, Herman. Teoria do Estado. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 296.

- <sup>15</sup> Bulos, Uadi Lammégo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 135.
- <sup>16</sup> Silva, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.
- <sup>17</sup> Ricoeur, Paul. *Interpretação e ideologias*. Organização, tradução e apresentação de Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1977, p. 17.
- <sup>18</sup> Silva, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.
- <sup>19</sup> Barroso, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.
- <sup>20</sup> Vasconcelos, Pedro Carlos Bacelar de. *Teoria geral do controlo jurídico do Poder Público*. Lisboa: Cosmos, 1996.
- <sup>21</sup> Bulos, Uadi Lammégo. *Manual de interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 22/23.
- <sup>22</sup> Viehweg, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Madrid: Tarurus, 1976.
- <sup>23</sup> Idem, *Ibidem*.
- <sup>24</sup> Canaris, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 246.
- <sup>25</sup> Bulos, Uadi Lammégo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 113.
- <sup>26</sup> Apud Moraes, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 9.
- <sup>27</sup> Apud Bulos, Uadi Lammégo. *Manual de interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 40.
- <sup>28</sup> Bulos, Uadi Lammégo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 117.
- <sup>29</sup> Idem, *ibidem*. p. 123.
- <sup>30</sup> Bulos, Uadi Lammégo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 127.
- <sup>31</sup> Canaris, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- <sup>32</sup> Bobbio, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 4. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1994.
- <sup>33</sup> Canaris, op. cit. 1996.
- <sup>34</sup> Bulos, Uadi Lammégo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 133.
- <sup>35</sup> Vasconcelos, Pedro Carlos Bacelar de. *Teoria geral do controlo jurídico do Poder Público*. Lisboa: Cosmos, 1996.
- <sup>36</sup> Idem.
- <sup>37</sup> Canaris, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

