

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: CONCEITO, ESPÉCIES E LIMITES

CONSTITUTIONAL MUTATIONS: CONCEPT, TYPES AND LIMITS

Pedro Rocha Amorim*

RESUMO

As constituições trazem em seu corpo a forma de sua alteração; trata-se de um procedimento formal de alteração da Constituição. Sem embargo, sofrem elas mesmas alterações informais, não previstas expressamente; são as mutações constitucionais. Em casos que tais, ao contrário dos procedimentos formais, o texto constitucional permanece preservado, mas altera seu conteúdo. Propomos três espécies de mutação constitucional: por formação normativa, por formação judicial e por formação consuetudinária. A respeito dos limites, embora não haja balizas fixas, cremos que é da natureza da Constituição entendê-los como existentes.

Palavras-chave: Constitucional; Mutação; Espécies; Limites.

ABSTRACT

Constitutions encompass provisions about the way they can be amended, i.e. formal procedures regulating their amendment processes. Yet, they can be subject to informal amendments, i.e., amendments not explicitly anticipated by the constitutional text. These are called “constitutional mutations”. Unlike in formal amendments, in “constitutional mutations” the constitutional text remains unaffected, but the contents of constitutional provisions are substantially changed. We propose that constitutional mutation can take place through: normative formation; judicial formation; and consuetudinary formation. On the limits of constitutional mutation, although there are no boundaries clearly established, we believe that they are inherent to the notion of constitutions.

Keywords: Constitution; Mutation; Types; Limits.

* Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Mestrando e Especialista em Ciências Policiais (Criminologia e Investigação Criminal) pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna de Portugal – ISCPSI. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes – UCAM. Delegado de Polícia em Brasília-PCDF. Correspondência para/*Correspondence to:* Quadra 04, Conjunto H, Casa 30, Condomínio Império dos Nobres, Brasília/DF, 73252-158. E-mail: pedrorochaamorim@yahoo.com.br. Telefone: (61) 9209-5922.

INTRODUÇÃO

Conquanto superada a tese de que as constituições são eternas – tese essa que longo período histórico teve¹ –, não há como desentendê-las permanentes. As normas fundantes de um Estado, as constituições, muito embora não eternas, pretendem-se permanentes². Esse, inclusive, é um dos pontos basilares do neo-constitucionalismo.

Entrementes, permanência não é o mesmo que imutabilidade. Para manterem-se estáveis e acompanharem o desenvolvimento histórico, político e social, as constituições trazem em seu bojo formas de sua própria alteração a permitir a adaptabilidade necessária. Tais são os procedimentos formais de reformas ou revisões da Constituição, que garantem sua eficácia e estabilidade.

A par disso, as constituições sofrem alterações informais, não previstas expressamente, imperceptíveis em ponto único do tempo, somente verificáveis com o passar histórico. Tais são as mutações constitucionais.

É que em razão da evolução histórica e política de determinada sociedade, a situação jurídica real cambia. O Estado e a sociedade possuem realidade dinâmica, de forma que aquele, esta e as instituições se modificam, modificando, dessarte, a própria Constituição. A realidade fático-jurídica já não é a mesma outrora regulada. Assim, há uma incongruência do que previsto nas normas constitucionais e a realidade constitucional, ou seja, a realidade para a qual as normas constitucionais foram produzidas já se modificou.

238

CONCEITO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Miguel Reale³ dizia que as palavras quase sempre guardam o segredo do seu significado. Não é diverso quando se trata da expressão “mutação constitucional”. É dizer justamente isso, uma mudança da Constituição. Contudo, diferentemente dos procedimentos formais de sua reforma ou revisão, a mutação aqui tratada é verificada informalmente, sem previsão expressa constitucional, mas por ela implicitamente autorizada e, poder-se-ia dizer, necessária e querida.

Enquanto nos procedimentos expressamente estabelecidos de reforma da Constituição a alteração é textual, gráfica, explícita, no procedimento informal

¹ Visão essa superada por diversos argumentos, dentre os quais o de que “os mortos não podem governar os vivos”. A Constituição francesa de 1793, revendo a maneira excessivamente rígida para a alteração de normas constitucionais impostas pela Constituição de 1791, prescreveu: “Um povo tem sempre o direito de rever, reformar e mudar sua Constituição. Uma geração não pode submeter as suas leis às gerações futuras”.

² Pudéssemos fazer um paralelo com Vinícius de Moraes, diríamos que não são eternas, mas são infinitas enquanto duram.

³ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

– a muta o constitucional – a altera o   implícita, semântica, de conteúdo normativo. Graficamente o texto   o mesmo, mas o seu conteúdo, o entendimento do que nele previsto,   outro. Há uma transforma o do conteúdo normativo, enquanto se respeita o texto.

Essas mudanças silentes, imperceptíveis, invisíveis em um momento específico, têm a importante fun o de adaptar o texto constitucional   nova realidade. Isso, a título de exemplo,   umas das explica es da longevidade da Constitui o norte-americana.

Como já mencionado, a Constitui o tem caráter permanente e suas normas são estáveis, a par de possuirem elasticidade em sua interpreta o. Diante disso, seguindo os ensinamentos de Dau-Lin⁴, o problema da muta o constitucional   encontrar um método que seja um ponto de equilíbrio perfeito entre a estabilidade e a elasticidade da Constitui o, entre as normas jurídicas escritas e a situa o jurídica real, a valora o jurídica de uma situa o jurídica já alterada.

Georges Burdeau⁵ definiu essas altera es constitucionais, realizadas informalmente para além do poder constituinte derivado, de “poder constituinte difuso”. Dizia ser uma espécie desorganizada de poder constituinte, mas, como o “organizado”, tem o condão de alterar a Constitui o. O poder constituinte difuso deriva da própria Constitui o, uma vez que tem a fun o de complementá-la, de continuar a evolu o daquilo que fora produzido pelo constituinte originário.   permanente e, enquanto tiver vigência a Constitui o, jamais cessará de atuar.

Lembrava Dau-Lin que o conceito de muta o constitucional foi criado por Laband em 1895, referindo-se a “uma modifica o da situa o do direito constitucional sem modificar o texto da Constitui o”⁶.

Já Jellinek⁷, responsável por introduzir o conceito na doutrina alemã em 1906, foi claro ao afirmar que entendia por muta o da Constitui o a altera o que deixa imodificado formalmente seu texto, produzida por fatos que não necessariamente estão acompanhados pela consciência ou inten o da muta o.

Do próprio Dau-Lin⁸ extrai-se o conceito de que o problema da muta o constitucional está na correla o entre Constitui o real e Constitui o escrita, ou seja, entre realidade e norma no âmbito do direito constitucional, sendo a muta o constitucional a rela o desconforme de ambas.

⁴ DAU-LIN, Hs . *Mutación de la constitución*. O ati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

⁵ BURDEAU, Georges. *Traité de science politique: le statut du pouvoir dans l’etat*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1969.

⁶ DAU-LIN, 1998, p. 24. Tradu o livre.

⁷ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 7.

⁸ DAU-LIN, 1998, p. 31.

Para Canotilho⁹, a transição constitucional é a informal revisão do compromisso político instituído na Constituição sem mudar o texto constitucional; é dizer, muda-se o texto sem mudar o sentido. Além de transição constitucional, o autor utiliza as expressões mutação normativa, mutação constitucional silenciosa e mutação constitucional.

Jorge Miranda¹⁰ utiliza-se da expressão vicissitudes constitucionais tácitas para referir-se à mutação constitucional. Assim, o instituto resulta indiretamente, tratando-se de uma consequência extraída posteriormente de um fato normativo localizado no tempo. Modificando-se o conteúdo da norma, permanece o texto.

Inocência Mártires Coelho¹¹, após aprofundar no estudo da interpretação constitucional, diz que as mutações constitucionais são alterações semânticas das normas constitucionais em razão de alterações no prisma histórico-social ou fático-axiológico, em que se realizam sua aplicação.

Uadi Lammêgo Bulos¹², após explicitar conceitos enunciados por diversos autores, define mutação constitucional como um processo de mudança informal da Constituição, em que são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ventilados ao que prescreve a Lei Maior.

240

Luís Roberto Barroso¹³ preceitua que a mutação constitucional é a alteração do significado de norma constitucional sem se observar o mecanismo formalmente previsto para as emendas e, ainda, sem que haja qualquer alteração de seu texto.

Anna Cândida da Cunha Ferraz¹⁴ estabelece que a mutação constitucional modifica o alcance, o significado e o sentido da norma constitucional sem alterar dela a letra e o sentido, para depois utilizar-se das expressões processos indiretos, processos não formais ou processos informais como forma de mudança da Constituição não produzida pelo poder constituinte derivado.

Vê-se, do que perscrutado, que muito embora os conceitos fornecidos pelos doutrinadores sejam similares, diversas são as terminologias utilizadas para um

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.228.

¹⁰ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 566.

¹¹ COELHO, Inocência Mártires. *Interpretação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 180-181.

¹² BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 57.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 126-127.

¹⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 12.

mesmo fenômeno jurídico¹⁵: mutação constitucional, mutação normativa, transição constitucional, mutação constitucional silenciosa, vicissitudes constitucionais tácitas, processo indireto, processo não formal ou processo informal de mudança da Constituição¹⁶. Sem embargo, qualquer que seja a expressão adotada servirá para conceituar a mudança informal, não prevista expressamente, lenta, necessária adaptativamente, garantidora da estabilidade e da durabilidade da Constituição. Fruto da interpretação contínua da Lei Maior¹⁷, na qual o pêndulo entre “dever ser” e “ser”, entre realidades históricas distintas, entre sociedades que historicamente se modificaram, entre normatividade e fatos que já com ela se discrepam, encontra seu ponto de equilíbrio. Diziam os romanos: *in medio est virtus*.

Por fim, antes de encerrar o ponto, alguns esclarecimentos. É intuitivo que o tema mutação constitucional somente tem interesse quando a Constituição a ser informalmente alterada é do tipo escrita. Naquelas não escritas, a alteração informal é de sua própria natureza. De maneira que tensão entre preceito normativo constitucional e realidade é impossível¹⁸.

No concernente à rigidez constitucional, independentemente de serem rígidas ou flexíveis – e seus desdobramentos, semiflexíveis ou semirrígidas –, as constituições são passíveis de mudança informal. Não é a maneira de sua alteração formal – emendas – por processos legislativos diferentes que há de influir em sua adaptabilidade a novas realidades. Também as flexíveis estão sujeitas ao fluxo irremediável e ininterrupto do tempo.

ESPÉCIES DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Se em relação à terminologia não há uniformidade na doutrina, o problema se avulta quando o assunto são as espécies, as classificações da mutação constitucional.

Dau-Lin¹⁹ esclarecia que Laband renunciou a uma classificação expressa, mas distinguiu a mutação constitucional mediante sua interpretação pelo par-

¹⁵ Parte-se, portanto, do entendimento atual de que a mutação constitucional é problema e fenômeno jurídico, eis que na origem dos estudos sobre as mudanças informais da Constituição não havia uniformidade de entendimento sobre o caráter jurídico de tal fenômeno. O argumento da natureza extrajurídica da mutação constitucional fora formulado pelos positivistas. Sobre o assunto, cf.: DAU-LIN, 1998, p. 105-108.

¹⁶ Opta-se por não acrescentar o termo “poder constituinte difuso” como sinônimo de mutação constitucional, pois, muito embora similar, a expressão criada por Georges Burdeau parece ter objetivo diferente da expressão mutação constitucional, conquanto ambas, por caminhos diversos, cheguem a conclusões parecidas.

¹⁷ Como se verá mais adiante, os doutrinadores entendem que a interpretação é apenas uma das espécies de mutação constitucional. Todavia tem-se que toda e qualquer espécie de mutação da Constituição passa necessariamente por sua interpretação.

¹⁸ Nesse sentido, cf.: DAU-LIN, 1998, p. 87.

¹⁹ DAU-LIN, 1998, p. 32.

lamento, a administração e a jurisprudência. Mutação em razão da necessidade política, por meio da prática constitucional, por desuso de faculdades estatais e por meio de lacunas constitucionais. Acrescentou que Hildesheimer a classificou em mutação da Constituição pelo direito consuetudinário e mutação por interpretação. A seu turno o próprio, Dau-Lin²⁰ estabeleceu quatro espécies de mutação constitucional, quais sejam: mutação da Constituição mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição; mutação da Constituição mediante a impossibilidade de exercer certos direitos estatuidos constitucionalmente; mutação da Constituição mediante uma prática estatal contraditória com a Constituição; e mutação da Constituição mediante sua interpretação²¹.

Já da obra de Jellinek²² pode-se extrair que tampouco o autor tentou traçar um esquema rígido de classificação. Contudo, faz menção a mutação da Constituição pela prática parlamentar, pela administração e pela jurisdição. Mutação constitucional pela necessidade política, pela prática constitucional e por desuso de faculdades estatais.

Jorge Miranda classifica as vicissitudes constitucionais tácitas em costume constitucional, interpretação evolutiva da Constituição e revisão indireta²³.

Luís Roberto Barroso²⁴ sistematiza os mecanismos de mutação constitucional em interpretação (judicial e administrativa), atuação do legislador e costumes.

242

Anna Cândida da Cunha Ferraz²⁵, adotando a classificação de Biscaretti di Ruffia, menciona os processos de mutação pela interpretação constitucional e os usos e costumes constitucionais.

Já Bulos²⁶ refere-se a mutações constitucionais operadas em virtude da interpretação constitucional, mutações decorrentes de práticas constitucionais, mutações por meio da construção constitucional e mutações constitucionais que contrariam a Constituição, chamadas de mutações inconstitucionais.

Diante desse quadro, acredita-se que mencionar a interpretação da Constituição como uma espécie de mutação constitucional é descurar a óbvia necessidade de interpretação para o manejo da Lei Maior. Qualquer que seja a classificação adotada, perpassa, necessariamente, pela interpretação. Não há Constituição senão Constituição interpretada. Assim, quer seja a alteração informal por meio parlamentar, administrativo, judicial, costumeiro, por necessi-

²⁰ DAU-LIN, 1998, p. 31.

²¹ É a classificação adotada por COELHO, 2011.

²² JELLINEK, Georg, 1991.

²³ MIRANDA, 2002, p. 568.

²⁴ BARROSO, 2010, p. 130.

²⁵ FERRAZ, 1986.

²⁶ BULOS, 1997.

dade política etc., há que haver tido, anterior, concomitante e posteriormente, interpreta o da própria norma constitucional a se modificar.

Pretende-se com isso dizer que a interpreta o   Constitui o   a espinha dorsal, a viga mestra da muta o constitucional.   o ponto de onde se irradia qualquer espécie de classifica o.   sua matriz. Não há, destarte, a interpreta o como uma espécie aut noma; ao revés, toda e qualquer espécie tem imbuída nela a própria interpreta o constitucional.

Em reforço a tais argumentos, basta verificar, por exemplo, que na obra já citada de Canotilho o tema muta o constitucional está inserido no capítulo destinado   interpreta o da Constitui o. Da mesma forma, no trabalho de Mártires Coelho²⁷, inteiramente dedicado   interpreta o constitucional, o último capítulo   destinado   muta o constitucional. Pelo que se abdica de mencionar a interpreta o como espécie aut noma de muta o constitucional, eis que presente está em todas as espécies ao mesmo tempo.

Quanto àquilo que a doutrina nomina de muta o inconstitucional, igualmente acredita-se não ser espécie de muta o da Constitui o. Ora, pretender-se mudar informalmente a Constitui o mediante práticas inconstitucionais   uma *contraditio in terminis*.   violar os princípios da supremacia da Constitui o e de sua força normativa²⁸.

Eis que isso, muito embora não haja a possibilidade de traçar esquema a abranger todas as espécies de muta o constitucional, propõe-se a seguinte de classifica o: muta o constitucional por forma o normativa, muta o constitucional por forma o judicial e muta o constitucional por forma o consuetudinária.

Muta o constitucional por forma o normativa

Foi Aristóteles, com sua obra *Política*²⁹, quem estabeleceu as bases para a triparti o dos poderes, uma vez que identificou três fun es exercidas pelo soberano: a fun o de editar leis, a fun o de aplicar referidas leis e a fun o de julgamento. Sem embargo de isto ter previsto, em razão do momento histórico em que vivia, em seu ideal concentrava tais fun es em um único ente, o soberano.

Já em 1747 a visão de Aristóteles seria aprimorada por Montesquieu, com o seu *O espírito das leis*³⁰. Idealizou que as três fun es do Estado deveriam pertencer a órgãos diversos, independentes e aut nomos entre si. Por meio dessa ideologia os poderes t picos estatais pertenciam a institui es distintas, não mais

²⁷ COELHO, 2011.

²⁸ Voltar-se-  ao tema adiante no ponto destinado aos limites da muta o constitucional.

²⁹ ARISTÓTELES. *Política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

³⁰ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

se admitindo que um único soberano exercesse as funções de editar leis, aplicá-las e julgar casos delas decorrentes. Assim ficou criada – claro que posteriormente desenvolvida até os dias atuais – a teoria da tripartição dos poderes, com a consequente teoria dos freios e contrapesos (*checks and balances*, para os ingleses).

Apenas alguns reparos. O poder é algo uno, indivisível, indecomponível; de forma que o mais correto é referir-se a tripartição de funções, não de poderes, que não se parte, biparte ou triparte. Já as funções, decorrentes do poder (único), sim. Seja como for, a expressão é consagrada, tanto que a Constituição da República Federativa do Brasil menciona os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Por fim, é de se acrescentar que hodiernamente se entende que cada poder exerce sua função típica (legiferante, administrativa e judicial) e atipicamente as duas outras funções. De forma que ao Legislativo compete tipicamente legiferar; contudo, atipicamente administra (seus servidores, por exemplo) e julga (nos casos de crimes de responsabilidade do presidente da República). Já o Executivo tem a função típica de praticar atos de administração, atipicamente normatiza (por meio das medidas provisórias, por exemplo) e julga (em processos administrativos, a título de exemplo). Já o Judiciário, como cediço, exerce tipicamente função jurisdicional. Entrementes, atipicamente legifera (quando elabora os regimentos internos dos tribunais, à guisa de exemplo) e administra seus servidores.

244

Pretende-se com essa introdução explicitar que se opta por classificar a mutação constitucional como “formação normativa”, e não como decorrência legislativa, segundo pretende parcela da doutrina, pois a mutação se dá não por obra apenas da lei elaborada pelo Legislativo, mas, conforme acredita-se, por qualquer espécie normativa – realizada pelo Legislativo, Executivo e Judiciário. Sem olvidar-se, outrossim, que ao se referir à mutação constitucional como decorrência de norma, a grande maioria será por obra do Legislativo.

Pois bem, não só ao Judiciário compete interpretar a Constituição³¹, mas também ao Legislativo³². É que a Constituição, com suas normas gerais, abstratas

³¹ Sobre uma interpretação pluralista da Constituição, cf.: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997.

³² A percepção generalizada no Brasil de que o maior, senão o único, intérprete da Constituição é o Judiciário tem levado a certas perplexidades. Exemplo disso ocorreu no julgamento da ADIn 2.797. Não que o Egrégio Tribunal tenha julgado mal. Julgou bem, todos entenderam que no mérito julgou bem. Porém, reconheceu que norma que pretenda interpretar a Constituição é formalmente inconstitucional, nos seguintes termos: “não pode a lei ordinária pretender impor, com seu objeto imediato, uma interpretação a Constituição; a questão é de inconstitucionalidade formal, insita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação de norma superior”. Interessante é que toda a doutrina citada no presente trabalho, alienígena e nacional, e outros, tantos outros, admitem interpretação constitucional, inclusive mutação, por via de legislação ordinária. Outro bom exemplo de visão equivocada entendendo que é irrelevante a interpretação realizada pelo legislador ordinário ocorreu no

e abertas por natureza, permite, muitas vezes, diversas interpretações. Assim, pode o legislador ordinário – sem se olvidar, conforme frisou-se, que tal comportamento também compete ao Executivo e Judiciário quando exercem suas funções at picas normativas – optar por uma das soluções. Aos poucos, lentamente, já que se trata mutação constitucional, a norma da Constituição, com interpretação possível de norma a ela inferior, pode sofrer alteração.

Tais hipóteses mormente se relevam quando se encontram na Constituição lacunas ou quando se tratam de normas constitucionais de eficácia limitada, ou contida, em que necessária se faz a edição de legislação integradora. Desde que constitucional, poderá – e deverá – o legislador interpretar a Constituição mediante leis ordinárias que a integram, no caso de lacunas, ou a complementam, no caso de normas de eficácia limitada, que, como cediço, necessitam de legislação integradora. Tais mutações completam, muitas vezes, a normal função do texto constitucional³³.

Mutação constitucional por formação judicial

Já se v  que o Judiciário,  bia e obrigatoriamente, interpreta a Constituição e determina a interpretação conforme das leis a ela subalternas. Ao longo do tempo ou, excepcionalmente, em momento único, derivado de seu poder criador, altera a Constituição, progredindo ou retrotraindo. Não a faz formalmente, mas por procedimento não formal. Não   difícil, a partir de uma leitura histórico-social, chegar-se   conclusão de que diversas normas da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 sofreram profundas alterações em seu sentido, em seu conteúdo, em sua semântica, permanecendo preservado o texto. O sentido que o Judiciário d  às normas constitucionais, na breve vida da nossa atual Constituição, já não   o mesmo. Nem o será amanhã. Ainda que o texto permaneça, a Constituição de 1988 alterou-se por força de interpretação e, conseqüentemente, mutação produzida pelo Judiciário.

A par de alteração judicial sofrer, não   de se concluir que sempre a evolução mutacional da Constituição em qualquer país   no sentido do maior desenvolvi-

juizamento da a o que discutia a questão da pesquisa em células-tronco embrionárias. Novamente afirma-se que o Pretório Excelso andou bem no mérito, contudo, o relevante argumento de Luís Roberto Barroso que da tribuna sustentava e afirmava que o Judiciário deveria adotar posição de cautela no julgamento da constitucionalidade da lei em questão, uma vez que houve importante consenso durante o processo legislativo de elaboração da lei, tanto na Câmara como no Senado, foi expressamente repellido por alguns ministros, que simplesmente consideraram a questão irrelevante. Para melhor esclarecimento, cf.: SARMENTO, Daniel et al. *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canto*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009, de onde foram colhidos os exemplos.

³³ JELLINEK, 1991, p. 19.

mento democrático. “Não é preciso explicar a quem reconhece o poder criador dos juízes que a interpretação judicial de um preceito constitucional pode desenvolver-se de modo progressista ou retrógrado”³⁴. Seja como for, o guardião da Constituição, no caso brasileiro o Supremo Tribunal Federal, completa, atualiza e aperfeiçoa a Constituição por meio de uma “espécie de legislação jurisprudencial”³⁵.

Mutação constitucional por formação consuetudinária

Em tal espécie de mutação constitucional pretende-se incluir os costumes e o que a doutrina nomina de práticas constitucionais.

Os costumes podem ser *secundum legem*, *praeter legem* e *contra legem*³⁶. Lembra Barroso³⁷ que a existência de costumes constitucionais não é pacífica. Contudo, igualmente é inegável que o costume traz consigo a interpretação informal da Constituição e, em eventuais hipóteses, a atualiza. O costume constitucional pressupõe, por um lado, o exercício fático e, por outro, a convicção jurídica – a *opinio juris et necessitatis*³⁸. É dizer, para que determinado costume seja tido como constitucional, é necessário que seja faticamente realizado e sua realização tenha caráter, implícito, de juridicamente obrigatório.

246

O costume tem a função de preencher lacunas – costume *praeter legem* – e servir como mais um elemento interpretativo – costume *secundum legem*. Ora, se assim o faz, e quando o faz de maneira a não violar a Constituição, faz assim como as legislações integradoras: interpretam e integram a Lei Maior. De forma que, como a própria legislação integradora, tem o costume e o condão de alterar o alcance, significado e sentido da Constituição, preservando-lhe o texto.

As práticas constitucionais inserem-se naqueles casos em que a Constituição prevê, determina, estabelece hipóteses, institutos, comandos, enfim, mas não há norma, constitucional ou não, determinando a maneira de se fazer, ou deixar-se de fazer. Em hipóteses que tais, a realidade, o “ser”, o caso concreto, a prática determinam o modo de se fazer. São regras que “surgem irreflexivamente, brotam da prática e se afirmarão depois de seu exercício longo e efetivo do qual deriva sua força normativa”³⁹.

Avultam-se maiores os casos de práticas constitucionais naquilo que a doutrina chama de práticas administrativas. Como se sabe, muito embora a Cons-

³⁴ JELLINEK, 1991, p. 21. Tradução livre.

³⁵ BULOS, 1997, p. 154.

³⁶ Acredita-se que costume *contra legem*, ou derogatório, a violar a Constituição, não pode ser entendido como espécie de mutação constitucional.

³⁷ BARROSO, 2010, p. 135.

³⁸ DAU-LIN, 1998, p. 119. Vale frisar que para o mestre chinês costume não configura mutação constitucional.

³⁹ JELLINEK, 1991, p. LXXI. Tradução livre.

tituição traga em seu corpo normas relativas   Administração Pública e, ainda, haja um sem número de espécies normativas inferiores tratando do funcionamento da máquina pública, a administração – em qualquer dos poderes –, complexa e inflada por natureza, rege-se muito pelas práticas convencionais. A tais regras, muito embora não previstas expressamente, desde que constitucionais, tem-se dado caráter, ao longo do tempo, de obrigatórias.

Essas são as chamadas práticas constitucionais e, ao atuarem a largo prazo, têm a força de adaptar e integrar a Constituição.  s normas surgidas em razão das práticas constitucionais Jellinek chamou de “Constituição convencional”⁴⁰.

LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Extrai-se da obra de Bulos que, “em verdade, não   possível determinar os limites da mutação constitucional (...). Estamos que   impossível estipular critérios exatos para o delineamento dos limites da mutação constitucional”⁴¹.

Como s i acontecer, concorda-se com o mestre, que muito honra a cultura jurídica nacional, quando expressa ser impossível traçar limites precisos   mutação constitucional. Porém, igualmente se crê que a inexistência de limites específicos – tal qual ocorre com a reforma constitucional – não autoriza a conclusão que a mutação constitucional não possui limites. Certo   não haver limites específicos, em *numerus clausus*, mas   certo também, *data maxima venia*, que a mutação deve sofrer limites.

Em tempos de ativismo judicial, de dissolução das fronteiras da política, num sistema atual em que praticamente nenhum comportamento legislativo deixa ser levado ao Judici rio⁴²,   no mínimo temerário deixar que por via de interpretação intérprete último da Lei Máxima de um Estado a altere informalmente sem limites. Tem-se que não   muito próprio num Estado Democrático de Direito utilizar-se da expressão falta de limite.

“Estamos caminhando para uma onipotência judicial ou, se preferirmos, para um novo governo de juízes, em que as grandes decisões políticas, como já acentuado, vão se deslocando do âmbito do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário”⁴³. Isso, adverte Daniel Sarmiento⁴⁴,   fruto do neoconstitucio-

⁴⁰ JELLINEK, 1991.

⁴¹ BULOS, 1997, p. 88-89.

⁴² Sobre a dissolução das fronteiras da política e a participação do Judiciário nas decisões parlamentares, cf.: BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 247-339.

⁴³ COELHO, 2011, p. 177. Interessante passagem da mesma obra adverte que a fidelidade a Constituição “  imprescindível para a proteção do seu núcleo essencial. Não por acaso, ao instituir o Supremo Tribunal Federal, a nossa Constituição se entregou, por inteiro,   guarda dessa Corte, mesmo sabendo – ou precisamente porque o soubesse – que a sua integridade depende-

nalismo, e essa exacerbação da judicialização de questões políticas, fazendo que o Judiciário decida questões políticas que competiria ao povo decidir, por meio de seus representantes, traz riscos à democracia, uma vez que juízes não são eleitos para representar o povo e decidir em seu nome.

Essa visão politizada do Judiciário tem levado a uma perspectiva perigosa de que política e voto não são importantes, “pois relevante mesmo é a interpretação dos princípios constitucionais realizada pelo STF. Daí a dizer que o povo não sabe votar é um pulo, e a ditadura de toga pode não ser muito melhor do que a ditadura de farda...”⁴⁵.

Ora, se para os jusnaturalistas até mesmo o poder constituinte originário, poder este fundante de um novo Estado política e juridicamente, tem limites, quiçá o poder constituinte difuso, que deriva do originário e tem a função de aperfeiçoar a Constituição.

Ante o que dito, tem-se que a mutação constitucional possui limites. Negá-los é negar a força normativa da Constituição. Negar-lhe limites é deixar a Constituição à mercê dos fatores reais de poder. Não impor limite à mutação constitucional é deixar uma janela aberta para que a Constituição se subverta e sirva até mesmo de fundamento para os mais diversos golpes, ditaduras e revoluções. Basta verificar a história mundial, ou até mesmo a brasileira, para perceber que tais atitudes, senão apoiadas, ao menos foram avalizadas pelo órgão máximo responsável por “defender” suas constituições⁴⁶.

Pois bem, fora dito não ser possível traçar limites específicos da mutação constitucional. Contudo, mencionam-se algumas hipóteses para que sirvam, também, de fundamento ao que se disse no presente item.

A mutação inconstitucional, que a doutrina classifica como espécie de mutação constitucional, deve ser entendida como limite da mutação da Constituição. Por qualquer via que seja, normativa, consuetudinária ou judicial, pretensão de se alterar a Constituição violando ela mesma deve ser rechaçada.

Assim como normas, atitudes de alterações silentes inconstitucionais devem ser expurgadas do ordenamento jurídico. Em vista de pretensões de alterações que tais, deve-se desencadear o controle de constitucionalidade, dar-se interpre-

ria, exclusivamente, da dignidade dos seus juízes, porque de armas todos estão certos de que eles não dispõem” (p. 184).

⁴⁴ SARMENTO, 2009, p. 9-49.

⁴⁵ SARMENTO, 2009, p. 40.

⁴⁶ “É uma verdade eterna: qualquer pessoa que tenha poder tende a abusar dele. Para que não haja abuso, é necessário organizar as coisas de maneira que o poder seja contido pelo poder” (MONTESQUIEU, 2005).

tação conforme a Constituição ou utilizar-se da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto⁴⁷.

Canotilho lembra que, embora a Constituição não deva ser entendida com um texto rígido, indiferente às alterações das realidades constitucionais, tal fato não significaria “entregar o seu texto   discricão dos intérpretes/aplicadores, liberando-os para leituras que, realizadas   margem ou além da fala constitucional, acarretem alterações não permitidas pela Constituição”⁴⁸.

Sabe-se que as normas são elásticas, mas há um momento em que a elasticidade chega ao seu limite e a norma se rompe. Esse   o limite da mutação constitucional via interpretativa. Uma coisa   permitir a alteração normativa dentro do próprio programa normativo, outra distinta “  legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma realidade constitucional inconstitucional, ou seja, alterações manifestamente incompatíveis pelo programa normativo constitucional”⁴⁹.

Também tem-se que o costume *contra legem*, ou derogatório, não pode servir   mutação constitucional. Já fora mencionada a forçá normativa da Constituição e, diante dela, se o costume atual   seu opositor, deve ser deflagrado o poder constituinte reformador para alterá-la expressamente, pois mudar a Lei Maior, por via de costume, contra ela mesma, não   possível. Não   razoável saber que a norma enuncia um preceito e aplicá-lo ao seu revés, a título de costume.

Avanç ando, tem-se também que o desuso de norma constitucional não pode operar sua mutação. O fato de preceito normativo constitucional não ser aplicado, ou não ser utilizado, não acarreta sua mutação. Ora, a Constituição prevê as hipóteses de decretação de estado de defesa, estado de sítio e intervenção federal – ou estadual –, sendo que o fato de tais normas não serem utilizadas nem por isso acarreta sua alteração pelo desuso. Citam-se também como exemplo as leis delegadas. Desde a vigência da Constituição de 1988, apenas duas leis delegadas foram elaboradas: a de número 12, datada de 7 de agosto de 1992, e a de número 27, datada de 27 de agosto de 1992. O número reduzido de leis delegadas deve-se   previsão igualmente constitucional de medidas provisórias e, em razão dessa previsão, o Executivo tem preferido lanç ar mão de medidas provisórias a leis delegadas. Seja como for, o fato   que se satisfeitos estiverem os pressupostos constitucionais para a edição de lei delegada não se poderá evita-la sob o argumento de que, pelo desuso, operou-se a mutação.

⁴⁷ A diferenç a entre interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto encontra-se no tempo. A primeira reside ainda no processo de interpretação da norma, ao passo que a segunda está no momento de aplicação da norma.

⁴⁸ Apud COELHO, 2011, p. 183.

⁴⁹ CANOTILHO, 2003, p. 1.229.

Dessa exposição “resulta que de nenhuma maneira pode se concluir que pelo desuso de uma competência do poder estatal as correspondentes prescrições constitucionais ou legais resultem obsoletas”⁵⁰.

Já Luís Roberto Barroso informa haver dois limites para a mutação constitucional: possibilidades semânticas do relato da norma, ou seja, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado, e a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição⁵¹.

Em conclusão a respeito dos limites: “no marco de uma regulação legal-constitucional não pode se dar faculdades ilimitadas, toda competência é limitada. Nem sequer uma competência de competências pode ser algo ilimitado (...)”⁵². Ou seja, em tema de mutação constitucional, antes e acima, os princípios e o espírito da Constituição devem ser mantidos, como queria Carl Schmitt.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto, percebe-se que a mutação constitucional é uma incorrelação existente entre normas constitucionais e realidade constitucional. É dizer, a realidade para a qual foram emanadas normas constitucionais já não coincide com estas últimas, provocando uma tensão entre a Constituição escrita e a situação constitucional real.

250

O fundamento, portanto, para a mutação constitucional reside na natureza do Estado como realidade dinâmica, condicionando a possibilidade e a necessidade de adaptar seus institutos e sua Constituição. Nota-se que as mutações não são apenas algo implícito na transformação estatal em sua regulação jurídica, mas são queridas e favorecidas pela mesma Constituição, uma vez que diante das exigências vitais do Estado as normas constitucionais são incompletas.

Muito embora não se possa traçar limites específicos à mutação constitucional, tem-se como juridicamente impróprio em um Estado democrático de direito conferir prerrogativas ilimitadas à alteração informal da Constituição, pelo que se deve entender que as mutações inconstitucionais, os costumes *contra legem* e o desuso não têm o condão de operar mutação constitucional e, em termos de alteração silente constitucional, o sentido possível da norma e os princípios constitucionais devem ser entendidos como seus limites.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁵⁰ JELLINEK, 1991, p. 51. Tradução livre.

⁵¹ BARROSO, 2010, p. 128.

⁵² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2011. p. 157. Tradução livre.

- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BURDEAU, Georges. *Traité de science politique: le statut du pouvoir dans l'état*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1969.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SARMENTO, Daniel; et al. *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2011.

Data de recebimento: 23/7/2014

Data de aprovação: 30/10/2014

