

O fenômeno da modificação informal da Constituição: a mutação por interpretação Constitucional

Anarda Pinheiro Araújo¹
Jéssyca Figueiredo Sampaio²

Resumo: Análise sobre o fenômeno da modificação informal da Constituição através da dinâmica de seus enunciados e da interpretação como meio de mutação constitucional. Relata, primeiramente, um breve histórico sobre o conceito de Constituição, bem como sua estreita relação com a realidade social cambiante no processo dinâmico de seus enunciados. Permanência e dinamismo se encontram como ponto chave da questão. Identifica o processo de mutação constitucional, enfocando seu conceito, terminologias adotadas, fundamento, importância, ocorrência, diferenciação de reforma constitucional e, por fim, sua relação com o dinamismo normativo. Discorre sobre interpretação constitucional como medida eficaz no processo de adequação constitucional à realidade. Apresenta sua importância, os sujeitos interpretativos, as diretrizes e métodos hermenêuticos, a distinção da interpretação constitucional das demais normas do ordenamento jurídico, a sua função criativa e o incentivo às transformações, bem como seus limites. Conclui ser imprescindível e de tamanha importância o uso da interpretação constitucional como meio transformador dos enunciados constitucionais.

Palavras-chave: Constituição; Interpretação; Dinamismo; Modificação Constitucional.

1 Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Advogada e professora da Universidade de Fortaleza e Faculdades Cearenses. Membro do laboratório de ciências criminais (LACRIM) da Universidade de Fortaleza.

2 Graduanda em direito pela Universidade de Fortaleza. Membro do laboratório de ciências criminais (LACRIM) da Universidade de Fortaleza.

Introdução

A interpretação constitucional como meio de mudança informal da constituição é um dos temas mais discutidos na atualidade. Devido à natureza dinâmica dos enunciados normativos e à função criativa do intérprete constitucional, a constituição é vista como um organismo vivo. Infere-se, pois, que mesmo as constituições dita flexíveis são passíveis de modificações em seu texto. Isto porque, se quiserem preservar a sua estabilidade e a sua força normativa, devem se apresentar como atuais e vinculantes, pois direito e realidade andam em estreita relação. Nesse sentido, apresenta-se a mutação constitucional como meio informal de modificação constitucional.

As mutações constitucionais são modificações no sentido, significado e alcance das normas constitucionais, sem, porém, ferir-lhe o espírito. Equilibra mudança e estabilidade, ou seja, preserva a segurança jurídica e a própria força normativa da Constituição. E, diante das tantas classificações, destaca-se a interpretação constitucional como meio mais eficaz de mudança informal já que se apresenta como meio eficaz na produção de mutações constitucionais, pois a função criativa inerente aos seus intérpretes garante que a norma esteja em perfeita harmonia com a realidade social transformadora.

1 Constituição: do conceito à natureza dinâmica dos enunciados Constitucionais

As chamadas constituições liberais do século XVIII já previam a separação dos poderes e a previsão dos direitos dos homens. Porém um fato marcante era a previsão de modificação constitucional com o passar do tempo. Pode-se compreender do texto do constitucionalista Wellington Márcio Kubisckas que, já no final do século XVIII, as constituições já previam, mesmo que de maneira muito complexa, a modificação de seu texto³.

Deste modo, é preciso que se entenda que não há um único significado

³ “Saliente-se, por oportuno, que as Constituições Liberais do século XVIII admitiam expressamente a possibilidade de sua modificação com o transcorrer do tempo. A modificação do texto constitucional, contudo, dependia da realização de um procedimento mais complexo e dificultoso do que o procedimento para a alteração das normas jurídicas em geral, o que ensejou o surgimento dos conceitos de rigidez constitucional, posteriormente teorizado por James Bryce, e de supremacia constitucional”. (KUBISCKAS, 2009, p. 12-13).

para a palavra constituição. De tal forma, que se faz necessária uma breve identificação desses conceitos conforme a classificação de seus sentidos. No sentido jurídico, pode entender-se constituição como a lei superior escrita, que visa à limitação do poder, dividindo-o, na busca de sua garantia de liberdade. Por outro lado, em sentido sociológico, a constituição não se define apenas por ser uma lei escrita, mas também por esta ser confirmada pelos fatos reais de poder. Lassalle é o grande precursor dessa corrente, afirmando que a Constituição é a soma dos fatores reais de poder que regem uma nação (LASSALLE, 1998).

O autor alemão, Hesse, por outro lado, criticando a concepção de Lassalle, que considerava como função da constituição a justificação das relações de poder dominante, chega a afirmar que a separação entre norma e realidade é um grande equívoco, pois o direito constitucional está a serviço de uma ordem constitucional dita justa, e a constituição jurídica não está completamente subordinada à realidade dos fatos.

Por sua vez, Carl Schmitt, classifica os sentidos da constituição em quatro subgrupos: absoluto, relativo, positivo e ideal. Segundo o caráter absoluto, o próprio Estado é a Constituição. Em sentido relativo, tudo o que está na Constituição tem o mesmo valor, portanto a constituição é definida a partir de suas características formais. Já a Constituição como unidade política se perfaz por seu sentido positivo, enquanto Constituição em sentido ideal seria a determinação do seu conteúdo político de maneira legitimada perante a sociedade.

Necessário ainda se faz saber, para o estudo sobre mutações constitucionais, que uma constituição pode ser classificada de diversas maneiras. Entre elas, quanto à reforma. Assim, as constituições podem ser imutáveis, rígidas e flexíveis. As constituições imutáveis são aquelas que não podem ser reformadas, nem revogadas por nenhum Poder; são ditas, constituições eternas. Como exemplo, pode citar-se a figura de Licurgo, que quis tornar as leis de Esparta eternas, assim como o Código de Hamurabi, que se manteve como código fixo. As rígidas, por outro ângulo, são aquelas que preveem modificação em seu texto, porém, para tanto, sofrem grandes dificuldades de caráter material e formal. Enquanto as constituições flexíveis

podem ser modificadas sem alto grau de rigidez.

Mister se faz a compreensão de que uma constituição, se quiser atender aos anseios sociais e estar frente a sua realidade transformadora, não pode ser entendida como imutável, inalterável. Sintetizando acerca da conceituação de constituição, deve ser levada em conta a teoria de Uadi Lammêgo Bulos, que considera a Constituição como o conjunto de normas e princípios jurídicos, atuais e vinculantes. (BULOS, 1997)

O caráter atual da constituição reside no fato de esta estar conectada com a altíssima velocidade das transformações sociais. De tal modo que deva apresentar certo grau de elasticidade, a fim de suportar as modificações temporais, frente o surgimento de novos conceitos e valores sociais. Portanto, uma Constituição deve ser entendida como um “sistema aberto” de regras e princípios, ao passo que traduz os anseios das constantes mudanças ocorridas na sociedade. Entende-se o texto constitucional como processo aberto, pois é uma obra em constante criação e recriação por conter enunciados abertos e indeterminados, além de ser influenciado, de maneira direta e indireta, por seus intérpretes. Nesse sentido, destaca-se o conceito de constituição para Inocêncio Coelho quando cita os escritos de Konrad Hesse: “[...] a Constituição – pela sua natureza, estrutura e finalidade – apresenta-se como um sistema aberto de regras e princípios que necessitam da mediação de legisladores e juízes para lograrem efetividade” (COELHO, 1997, p. 26).

Hsü Dau-Lin, grande constitucionalista chinês, informa que o caráter variável do direito é o seu próprio ideal jurídico: “Sin embargo, nuestra actual concepcion general del derecho tiende a decir que la variabilidad no sólo es una característica esencial del derecho, sino, también, un rasgo necesario de cualquier ideal jurídico” (1932, p. 67). Referido autor ainda informa que o direito deve ser entendido como um progresso cultural, devido à transformação conjunta de direito e realidade, pois as normas não devem ser entendidas como valor absoluto.⁴

4 “La historia milenária enseña, suficientemente, la relacion estrecha que media entre el concepto del derecho y el ordenamiento jurídico com el progreso cultural y cómo a todos arrasta, igualmente, el flujo permanente del tiempo. Ciertamente los tiempos presentes enseñan, perfectamente, que la doctrina de la inmutabilidad del derecho en cuanto ser del deber ser (sein sollen) carece de cualquier realidad (basta pensar em el concepto del estado y em el concepto de propiedad!)”. (DAU-LIN, 1932, p. 68)

Consubstanciada, a primeiro modo, uma breve identificação sobre a constituição, seus significados e a natureza variável do direito, passa-se, nesse momento, à análise do processo de mutação constitucional.

2 O fenômeno da mutação constitucional

O fenômeno das mutações constitucionais começou a ser estudado, mais precisamente, por autores tedescos ligados à Escola Alemã de Direito Público, entre os últimos anos do século XIX e os primeiros do século XX. O termo mutação constitucional teve sua origem com Paul Laband, sendo este jurista alemão o primeiro a diferenciar mutação (*verfassungswandlung*) de reforma constitucional (*verfassungänderung*) em sua obra intitulada de “*Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*” em 1895. Para o autor alemão, mutação constitucional consistia na mudança do significado, sentido e alcance da Constituição, sem a alteração de seu texto.

Nesse sentido, infere-se destacar o conceito de mutação constitucional de Friedrich Müller:

A mutação constitucional será, assim, imposta por uma modificação produzida no âmbito normativo” (*normbereich*) da norma constitucional, mas será o “programa normativo” (*normprogram*), contido basicamente no texto da norma, que determinará quais traços da realidade estão compreendidos no âmbito normativo e serão aptos a gerar uma mutação constitucional. (MÜLLER apud KUBLISCKAS 2009, p. 73)⁵

Torna-se conveniente ainda ressaltar o processo de restrição do conceito de mutação constitucional, com fundamento nos escritos de Hesse e Müller. Segundo os renomados autores, mutação constitucional deve ser entendida como uma evolução constitucional desde que respeite certos limites respaldados pela ordem constitucional. Diante do exposto, entende-se

⁵ Ou ainda o entendimento de Anna Cândida da Cunha Ferraz: “A mutação constitucional altera o sentido, o significado e o alcance de todo texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito. [...] Trata-se, pois de uma mudança constitucional que não contraria a Constituição, ou seja, que indireta ou implicitamente, é acolhida pela Lei Maior” (1993, p. 10).

mutação constitucional como o processo informal de modificação gradual no significado, sentido e alcance da Constituição, sem a alteração de sua letra, quer através da interpretação ou da construção de novos costumes, em virtude das transformações sociais que ocorrem no transcorrer do tempo. É a própria transformação do direito frente à evolução dos valores sociais.

O fenômeno mutacional das expressões constitucionais ainda recebe outros títulos. Para Jellinek, são nominadas de mudanças materiais; já para Canotilho, transições constitucionais. Anna Cândida Ferraz preferiu intitulá-las de processos indiretos ou processos informais. Para efeito de estudo deste trabalho, adota-se o termo usado por Paul Laband: “*verfassungswandlung*”, que significa “mutação constitucional”, pois induz às transformações informais da Constituição, parecendo, a primeiro modo, mais completo. De fato, neste ponto, encontra-se o cume diferenciador entre reforma constitucional e mutação constitucional, como pode depreender-se do conceito de George Jellinek:

Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciente, de tal mutación. (1991, p. 7)

A reforma constitucional é a mudança do texto constitucional através de ações voluntárias e intencionadas. É a transformação substancial da letra da lei. Enquanto a mutação constitucional não se apresenta como ação intencional, perfazendo-se de forma gradual e sem alterar a letra constitucional.

O fato é que a morosidade dos processos de reforma constitucional, mais precisamente do processo legislativo, torna-se um obstáculo eficaz na possibilidade de mudança formal da Constituição. De certo, esta situação, favorece o surgimento, em escala muito mais avantajada, de mutações constitucionais. Aliás, a reforma constitucional somente deve achar espaço em tempos de crises e instabilidade política e, do mesmo modo, se não houver mais a possibilidade de mutações constitucionais, pois estas garantem

a estabilidade do texto constitucional. Nesse contexto, se as mutações não possuem fundamento no poder constituinte originário, pois não estabelecem nova ordem constitucional, nem no poder constituinte derivado, pois não visam à modificação do texto da constituição, surge a seguinte indagação: qual seria, então, o fundamento da mutação constitucional?

Para Anna Cândida da Cunha Ferraz, o fundamento da mutação constitucional deve ser entendido de duas formas: uma de ordem jurídica, outra de ordem lógica. O processo mutacional seria fundamentado por um Poder Constituinte Difuso, já que tem ligação com o aspecto sociológico da Constituição, possuindo sentido amplo e informal. Sintetizando acerca do fundamento inerente ao processo de mutação constitucional, pode-se destacar o pensamento de Hsü Dau-Lin, que informa ser a estreita relação entre a natureza do Estado e a Realidade Social o fundamento do processo mutacional: “El fundamento último de la mutacion constitucional, estriba, por de pronto, en la naturaleza del estado como realidad vital” (1932, p. 161).

Há ainda a necessidade que se destaque a importância do processo de mutação constitucional em uma dada ordem jurídica, pois, de certa forma, garante que a constituição se atualize perante o transcurso do tempo, atendendo aos anseios sociais e garantindo a força normativa da Constituição, em oposição ao processo rígido e solene de reforma constitucional.

As mutações ainda possuem algumas características que a distinguem da reforma constitucional: informalidade, pluralidade de agentes, distanciamento no tempo, manutenção do texto da norma, sujeição a limites, enquanto a abertura constitucional, o grau de rigidez e a extensão da constituição se colocam como pressupostos. (KUBLICKAS, 2009)

Outro aspecto importante sobre o processo mutacional é o ritmo/frequência com que essas mutações ocorrem. Como são mudanças de fato, estas ocorrem em momentos e situações distintas. De fato esse ritmo pode se apresentar de maneira bem variável, vindo a depender de alguns fatores, como época, lugar, transformações históricas e políticas. Como se apercebeu anteriormente é um processo lento, gradual, que ocorre naturalmente.

O grande cerne da questão, porém, encontra-se em saber equalizar mudança e estabilidade da ordem jurídica. Como uma Constituição é a guardiã

dos preceitos fundamentais da sociedade e da própria estrutura do Estado, deve possuir estabilidade. Por outro lado, não se pode levar à compreensão de que estabilidade é sinônimo de imutabilidade. Pelo contrário, para que uma Constituição possa permanecer estável, é necessário que atenda aos anseios sociais produzidos pela transformação temporal de valores⁶.

Eis o problema central: a conciliação entre documento constitucional escrito e dinamismo normativo. Há uma estreita relação entre direito e sociedade. Ao passo que a sociedade determina o direito através de suas transformações valorativas, o direito traça diretrizes à própria sociedade. O direito está em constante tensão entre permanência e necessidade de mudança. Inegável é a constatação que as transformações do contexto social, político e econômico influenciam o estatuto jurídico constitucional⁷.

Por outro ângulo, a estabilidade constitucional garante tanto a segurança jurídica, como a eficácia e efetividade dos preceitos constitucionais. Isso porque a permanência das normas constitucionais leva a uma maior compreensão, por parte da sociedade, de seu significado e alcance, o que, sem dúvida, gera uma adesão espontânea da população em geral para com o texto constitucional, fenômeno este que Karl Loewenstein chama de “sentimento constitucional”:

Com a expressão “sentimento constitucional” (verfassungsgefühl) é feita menção a um dos fenômenos psico-sociais e sociológicos do existencialismo político mais difíceis de se captar. Este pode ser descrito como aquela consciência da comunidade que, transcendendo a todos os antagonismos e tensões político-partidárias, econômico-sociais, religiosas ou de qualquer outro tipo, promove a

6 “La existência de nuestra historia, el transcurso de nuestro desarrollo cultural, las conexiones del estado com el sistema cultural omnicomprensivo son pruebas evidentes. Precisamente desde los últimos siglos, en los que los grandes avances técnicos han desplazado enormemente las relaciones espaciales y temporales, en las que las concepciones culturales y valorativas de los hombres se transforman com una velocidad mucho más rápida que antes (religiosidad, concepcion del estado, derecho de propiedad), la concepcion estática del estado, la contemplacion del estado como algo fijo, constante que permanece eternamente igual, ya no es posible.” (DAU-LIN, 1932, p. 161)

7 “En nuestras doctrinas sobre las fuentes del Derecho se habla poco de la necessitas, mencionadas por Modestino como poder creador del Derecho. Sin embargo, juega um papel enorme em la vida de las Constituciones. Todos los acontecimientos históricos que conmueven fuera del Derecho, los fundamentos del Estado, suscitan tal necessitas. Las usurpaciones em las que el Derecho y el hecho, aunque tienen que distinguirse estrictamente, se transforman el uno em el outro”. (JELLINEK, 1991, p. 29)

integração entre os detentores e os destinatários do poder no marco de uma ordem comunitária obrigatória, submetendo o processo político aos interesses da comunidade. (LOEWENSTEIN, 1965 apud KUBLISCKAS, 2009, p. 32)

Diante da dinâmica do texto constitucional, as normas são alteradas em seu significado, sentido e alcance, com a finalidade de se adequar a evolução dos valores sociais, da política e, é claro, dos grupos de pressão. A constituição é, ao mesmo tempo, norma e realidade. É preciso, pois, que se entenda que mutação constitucional não é violação da Constituição.

Sobre o caráter dinâmico do Estado, destaca-se Rudolf Smend com sua teoria integrativa do direito. Tal teoria tem como objetivo principal a superação da diferença exorbitante entre norma e fato, enfatizando o dinamismo estatal e constitucional. Smend acredita que o Estado não pode ser entendido como algo estático e defende a integração das diversas manifestações, que vão desde o cunho social até o político, na formação de uma unidade da realidade espiritual. O estado existe através de um processo constante de configuração social, com os olhos voltados, ao mesmo tempo, para o passado e o futuro.

Nem mesmo a rigidez do texto constitucional pode servir como pretexto para a não modificação do sentido das normas constitucionais. Tantos os textos rígidos e flexíveis estão sujeitos a essas modificações que não mudam a letra do texto constitucional. Exemplo disso é a Constituição norte-americana. Apesar de se apresentar extremamente rígida, não impediu que os Estados Unidos fossem considerados o país que mais apresentou mutações constitucionais por meio interpretativo de todo o mundo ocidental.

Há, ainda, no que se refere ao tema mutação constitucional a questão controvertida sobre sua classificação. A doutrina não é pacífica quanto ao tema em questão. Uadi Lammêgo Bulos afirma que as mutações constitucionais decorrem tanto da interpretação constitucional, da construção e dos usos e costumes. Anna Cândida da Cunha Ferraz admite apenas as mutações por interpretação e pelos usos e costumes, enquanto Hsü Dau-Lin as divide em quatro tópicos: mutação mediante prática estatal, que não viola a constituição; mutação mediante a impossibilidade de exercer direitos estatuídos na

constituição; constituição mediante prática estatal contrária à constituição e mutação mediante interpretação. O fato é que existem diversas classificações, mas todas são unânimes em certo ponto: mutação por interpretação constitucional.

3 Interpretação constitucional como mecanismo de mutação constitucional

Existem muitas classificações de mutações constitucionais que explicitam diversos tipos de mudanças informais constitucionais, porém, por se entender a interpretação constitucional como um dos mecanismos mais eficazes neste processo mutacional, estudar-se-á, neste momento, este instituto com maior ênfase.

Hesse revela a interpretação constitucional como mecanismo informal de mudança como meio adequado à atualização necessária da Constituição, ligando norma à realidade. De tal forma, a interpretação constitucional só é possível como mecanismo de mutação porque as normas constitucionais são dotadas de alto grau de abstratividade, permitindo ao intérprete invocar sentidos novos aos seus preceitos. Os textos constitucionais são, em geral, dotados de grande generalidade, tratando apenas de conceitos e elementos essenciais, ficando a cargo do intérprete a completude dos seus preceitos⁸. Diante disso, a abertura constitucional à dinâmica social está intrinsecamente ligada ao grau de abstratividade das normas constitucionais, pois a Constituição pode evoluir em sentido, sem que modifique a sua letra e o seu espírito, não caindo em desuso pela comunidade.

A interpretação consiste, pois, na prática de se reconhecer o sentido, alcance e significado das normas constitucionais, aplicando-as a um caso concreto. Como toda a estrutura do Estado está presente no ordenamento constitucional, faz-se necessária a compreensão significativa da Constituição. Deste modo, a interpretação constitucional é influenciada pelas características

8 “Convém lembrar que a interpretação constitucional é, nos nossos dias, um dos maiores desafios colocados para o aplicador do direito e um dos campos mais fecundos e prioritários do labor científico dos juristas. O problema da teoria da interpretação constitui, hoje o núcleo central da constituição e, na medida em que o estado contemporâneo é, precisamente, o estado constitucional, o problema da interpretação torna-se também o problema central da teoria do estado e, de certa maneira, da teoria do direito” (BULOS, 1997, p. 94).

políticas de seu tempo, permitindo ao intérprete fazer uso de elementos não vinculados necessariamente ao texto constitucional, como as características econômicas, sociais e políticas da comunidade.

Neste entremeio, ressalta-se a importância da interpretação constitucional como mecanismo de mudança informal da constituição, garantindo-lhe a atualização da própria ordem jurídica constitucional. A interpretação exerce a função de concretização dos preceitos constitucionais, pois é a primeira fase do processo de aplicação de uma dada norma, garantindo a sua força normativa. Além disso, a interpretação torna-se por demais necessária na esfera constitucional, pelo fato de as normas constitucionais serem detentoras de alto grau de abstratividade e generalidade. Aliás, a interpretação constitucional pela própria sociedade também ganha seu destaque na obra de Peter Haberle:

Do ponto de vista teórico - constitucional, a legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição, não podendo ser tomadas como fatos brutos, mas como elementos que se colocam dentro do quadro da constituição (1997, p. 33).

Conclui-se, pois, que o processo interpretativo constitucional pode abrir caminho para uma mutação constitucional. Ademais, não se pode olvidar dos princípios que regem a atividade interpretativa. Como a palavra princípio está associada ao termo início, origem, significa que o intérprete deve estar ciente dos critérios principiológicos que irão nortear, direcionar a atividade interpretativa constitucional, através da busca dos significados mais profundos da atividade legislativa quando da elaboração da norma. Hesse admite que o princípio orienta o intérprete constitucional na atividade de coordenação dos valores a serem desvendados; solucionariam-se, assim, os problemas de interpretação.

Pode-se, então, destacar como princípios da atividade interpretativa: unidade da constituição, harmonização, correção funcional, força normativa da

constituição, eficácia integradora, máxima efetividade, valoração e relevância dos pontos de vista, proporcionalidade e interpretação da constituição conforme a realidade. Não é, entretanto, objeto principal desta pesquisa discorrer sobre cada princípio, mas tão somente destacar a importância dessas diretrizes na condução da interpretação constitucional no processo mutacional da Constituição.

Prosseguindo, faz-se necessário explicitar, ainda que sumariamente, os métodos de interpretação constitucional. Os métodos clássicos da hermenêutica foram deixados por Savigny (alemão do século XIX), são eles: método gramatical, sistemático, histórico, sociológico e finalista. O método gramatical se utiliza da busca pelo sentido literal da norma constitucional, enquanto o método sistemático procura interpretar o todo constitucional para chegar à norma individual. Já o método histórico identifica o processo histórico por qual passou aquela norma, a fim de se chegar a sua interpretação, enquanto o método sociológico procura adaptar a norma à realidade social. O método finalista, por sua vez, busca a finalidade para qual a norma constitucional foi criada. De tal sorte, é bom lembrar que tais métodos são sistematizados; portanto, não são excludentes. Pelo contrário, juntos delimitam o verdadeiro sentido da norma. Além disso, é interessante destacar a existência de métodos modernos, que procuram interpretar as normas constitucionais juntamente com a realidade cambiante da sociedade. São eles: o método tópico científico, o hermenêutico-concretizador, o científico-espiritual e o normativo-estruturante.

Tendo como base os métodos interpretativos, chega-se ao entendimento, também, das diretrizes de interpretação constitucional. Inocêncio Mátiros Coelho cita-as de maneira simples, porém magnífica:

Diretrizes de interpretação: unidade do processo hermenêutico; natureza axiológica do ato interpretativo, natureza integrada do ato interpretativo; limites objetivos do processo hermenêutico; natureza histórico-concreta do ato interpretativo; natureza racional do ato interpretativo; problematizismo e razoabilidade do processo hermenêutico; natureza econômica do processo hermenêutico; destinação ética do processo interpretativo e globalidade de sentido do processo hermenêutico (1997, p. 65).

Infere-se, pois, que as diretrizes de interpretação constitucional devem ser um conjunto em estreita relação com a sociedade. Quanto mais pluralista for a sociedade, mais aberto será o conjunto de diretrizes interpretativas. A teoria da interpretação constitucional tem colocado agora a problemática acerca dos sujeitos da interpretação. O jurista Alemão Peter Habermas informa que tanto os órgãos estatais como todas as potências públicas estão vinculados aos processos de interpretação constitucional, tornando-se tarefa extremamente difícil enumerar quem seriam os sujeitos-intérpretes da constituição⁹.

Todo aquele que vive sob o império de uma norma constitucional, destinatário desta, interpreta-a quando da sua aplicação. Portanto, infere-se o processo hermenêutico constitucional como uma mediação entre Estado e sociedade. E apresentam-se como intérpretes, além dos agentes estatais, a opinião pública, o processo político, econômico e social, sem esquecer a interpretação doutrinária que tanto auxilia os agentes estatais na interpretação convencional da constituição. Nas palavras de Habermas: “A interpretação constitucional é, todavia, uma atividade que, potencialmente, diz respeito a todos” (1997, p. 24).

Se entendermos a Constituição como processo público, pode chegar-se à conclusão de que, do mesmo modo que a Constituição pode se perfazer em muitas interpretações, também pode ser interpretada por diversos sujeitos, contribuindo com a unidade da Constituição. Desta forma, torna-se possível que os cidadãos instiguem a prática de mutações constitucionais de várias formas, como na iniciativa popular de projetos legislativos, participação em audiências públicas, manifestações populares, dentre várias outras possibilidades.

Como o texto constitucional está sujeito a diversas interpretações, deve prevalecer aquela em conformidade com a realidade social. A Constituição deve ser tida como a própria realidade constitucional. Nesse contexto, a

9 No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. A interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos, mas os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade. (HABERMAS, 1997, p.13)

teoria integrativa de Smend ganha sua força total. Rudolf Smend interpreta a Constituição conforme sua essência e seu sentido, desde que este sentido esteja apoiado na realidade cambiante da comunidade. Isso porque as mudanças informais constitucionais são necessárias ao exercício central do objetivo constitucional. Portanto, cabe à interpretação constitucional garantir a funcionalidade das normas constitucionais, aproximando a própria Constituição das demandas sociais, operando concretização constitucional.

Ainda se faz necessário apontar algumas distinções entre interpretação constitucional e interpretação das leis em geral. A maior parte da doutrina defende ser a interpretação constitucional dotada de critérios interpretativos próprios. No entanto, alguns juristas defendem a não existência de interpretações específicas, como é o caso de Uadi Lammêgo Bulos (1997, p.100). Levando em conta a doutrina majoritária, entende-se que a interpretação constitucional possui algumas peculiaridades que a distingue dos outros tipos de interpretação, justamente pelo caráter de superioridade das normas constitucionais e pela sua complexa função semântica, além do caráter político inserto em seu texto.

A própria abstratividade das normas constitucionais admitem interpretações complexas e, por muitas vezes, antagônicas. Por isso, requerem uma técnica específica de interpretação. São, pois, características das normas: generalidade principiológica, alto grau de indeterminação, além de possuírem enunciado vago e de não excluírem a existência das lacunas constitucionais.

Rudolf Smend ainda elenca algumas normas gerais para a interpretação constitucional. Primeiramente trata dos fatos particulares do direito político como elementos inseridos em um contexto e não tidos de forma isolada. As normas da constituição, ainda, estão envolvidas em um processo integrativo, portanto devem ser interpretadas conforme a realidade sem olvidar o seu conteúdo hierárquico dentro da estrutura normativa estatal. E, por fim, a variabilidade das constituições. No processo hermenêutico, deve-se levar em conta que as constituições estão em constantes mudanças informais (mutações), no mesmo ritmo das transformações sociais. O processo de hermenêutica constitucional não assume, pois, um caráter estático.

A interpretação, portanto, é estudada, na atualidade, não apenas como método contemplativo, mas também como verdadeiro método criativo. É o que

se chama de função criadora da interpretação. Frise-se, porém, que o intérprete, por estar autorizado a criar através da extração do significado das normas, poderá ultrapassar ou até mesmo ferir o espírito constitucional. O intérprete, dentre de certos limites, estudados mais a seguir, poderá atuar de forma criativa sobre a norma constitucional. É nesse contexto de interpretação como método criativo do direito que esta assume a figura de método no processo de mutação constitucional. O intérprete, dentre de certos limites estabelecidos pela ordem constitucional, atua, de forma criativa, sobre o significado, alcance e sentido das normas constitucionais.

A interpretação constitucional é tida como um dos processos mais eficazes no processo de mutação constitucional. O método interpretativo não poderá modificar a letra da lei, mas atua como modificador do sentido da norma constitucional. De fato, as mudanças informais das constituições por meio da interpretação constitucional são inegavelmente importantes na compreensão de forma criativa dos enunciados constitucionais.

A interpretação da Constituição como processo de mutação das normas constitucionais é medida necessária à aplicabilidade da própria Constituição. Ao contrário do que ocorre na Reforma Constitucional, a mutação por meio da interpretação constitucional garante a força normativa da Constituição quando, através da evolução dos conceitos constitucionais, não altera a letra constitucional de forma perturbadora e imediata.

Hsü Dau-Lin, ao conceituar mutação constitucional por meio de interpretação, revela que a Constituição está próxima da realidade e, por isso, está sujeita a um número considerável de mudanças informais. Cita, ainda, o caso dos Estados Unidos, onde a interpretação como meio de mutação constitucional acontece frequentemente, devido à rigidez do texto constitucional e ao severo controle de constitucionalidade das normas¹⁰.

Porém, resta a importante indagação: a interpretação constitucional promove ou apenas instiga a uma mutação constitucional? Curioso saber que a interpretação constitucional não consegue, de maneira solitária, realizar

10 El problema de la interpretacion de la constitucion es capital em la practica y en la teoria del derecho constitucional norteamericano. En ningún otro país del mundo la constitucion se há interpretado tanto como allí, en ningun otro ordenamiento jurídico la interpretacion de la constitucion há jugado un papel tan importante como en los Estados Unidos. (DAU-LIN, 1932, p. 89)

mutação constitucional, mas, sim, deflagrar, ou seja, instigar um processo mutacional, já que este processo é tido como gradual e lento no transcorrer do tempo. Ao criar, inovar nos significados, alcance e sentido das normas constitucionais estará se caminhando para uma futura modificação informal da norma, ao passo que revela a evolução do pensamento constitucional. De tal forma que a interpretação constitucional se justifica na medida em que oferta ao ordenamento constitucional o caminho para sua idealização junto à realidade social transformadora.

Mas de que forma pode-se chegar à mutação constitucional através da interpretação? Uadi Lammêgo Bulos enumera três hipóteses: através das formulações técnico-linguísticas, das antinomias e das lacunas constitucionais. Já Anna Cândida da Cunha Ferraz, explicita de forma mais explicativa tais hipóteses: através do alargamento do texto constitucional, da determinação de sentido do texto, da modificação de interpretação anterior, da transformação da realidade social e, por fim, da integração de lacunas constitucionais. Portanto, através de várias formas, pode-se chegar a um processo de modificação informal da Constituição por meio da interpretação constitucional.

De fato, com já exposto anteriormente, muitos são os sujeitos/intérpretes da Constituição; por isso, o processo de mutação constitucional pode ser realizado de forma orgânica, pelos sujeitos estatais, ou de forma inorgânica, quando a sociedade civil organizada, ainda que indiretamente, atua como elemento de mutação constitucional na influência sobre os intérpretes orgânicos. A mutação por interpretação orgânica é aquela que se realiza por meio dos Poderes públicos: Legislativo, Judiciário e Executivo. A interpretação constitucional legislativa atua como mecanismo de mutação constitucional quando desenvolve a modificação ou regulamentação das leis de aplicação da Constituição. Neste momento, o legislador pode alterar o significado, alcance e sentido das normas, ampliando ou restringindo seu campo de atuação. As mutações legislativas ocorrem com maior frequência na interpretação de normas de eficácia contida e limitada, quando o constituinte deixa a cargo do legislador a integração desses conceitos, bem como sua aplicação.

Já a interpretação constitucional administrativa como meio mutacional dá-se quando há interpretação das normas constitucionais através de atos,

resoluções e outros comandos normativos e visa à aplicação das normas constitucionais, integração e concretização da Constituição. É sem dúvida a atividade interpretativa orgânica mais restrita. Por fim, a atividade de interpretação judicial é um dos processos que mais acentua a existência de mutações constitucionais, devido à repercussão das decisões judiciais e suas características, quais sejam: a obrigatoriedade da interpretação, a sua primariedade, devido ao fato de ocorrer por meio de provocação, e o caráter definitivo sobre a matéria decidida (BULOS, 1997).

O grande cerne da questão, atualmente, é saber até que ponto pode um jurista através da interpretação criar e inovar os preceitos da Constituição. A modificação histórica dos sistemas judiciários gerou grandes transformações quanto ao tema em foco. As constituições atuais são abertas à função concretizadora e criadora do Poder Judiciário e dos Tribunais Constitucionais, com a finalidade de se chegar à máxima efetividade das normas constitucionais através de sua relação com a realidade social na prática interpretativa desses órgãos. Nesse sentido, cada vez mais a interpretação judicial tem tomado lugar nas discussões constitucionais acerca da mutabilidade dos preceitos constitucionais, configurando-se como mecanismo importantíssimo na evolução constitucional.

Portanto, a mutação constitucional por interpretação, em todas as suas formas, constitui um meio grandioso de atualização da Constituição frente às transformações sociais. Porém é inegável afirmar que tais interpretações podem ocasionar certos riscos à ordem constitucional, quando, ao invés de integrar a Constituição à realidade, leva-a a sua total desestabilidade, promovendo verdadeiras mutações inconstitucionais. Por isso, a necessidade de limitação desse poder modificador constitucional.

Primeiramente, as mudanças informais da Constituição não podem alterar a lei nem sua identidade; espírito constitucional. O intérprete, portanto, não poderá ir além da letra da lei quando da realização de sua atividade interpretativa. Em linha contrária à existência de limites está Paul Laband, Jellinek e Uadi Bulos. Este último autor, na mesma linha de seus antecessores, afirma não haver limites às mutações constitucionais, por se tratarem de mudanças que surgem espontaneamente, havendo somente limitações de cunho subjetivo,

ou seja, a consciência do intérprete de não violar a letra constitucional. Afirmar ainda que o único controle que possa existir é de natureza não organizada, exercido pelos chamados grupos de pressão, opinião pública entre outros. Porém é com Konrad Hesse que a ideia sobre a existência de limites ganha mais enfoque. Ele também se preocupa com a questão de imposição de limites às mutações constitucionais, inferindo que estas devem estar limitadas pelas normas constitucionais escritas, pois não pode haver evolução constitucional contra o espírito da Constituição. Portanto, toda mutação que for contrária à Constituição escrita, deverá ser tida como inconstitucional.

Indubitável que sejam reconhecidos limites ao poder mutacional; mesmo que haja dificuldades em encontrá-los, ou em até mesmo sistematizá-los, não se pode desconsiderá-los em razão da necessidade de adequação da interpretação com a realidade constitucional e social. Além dos limites de ordem subjetiva, necessária se faz a exposição dos limites de ordem objetiva, como a obediência à letra da lei, a racionalidade, a fundamentação e a legitimidade social. (KUBISCKAS, 2009). Admitir a não existência de limites às mutações constitucionais seria leviano, ao ponto de colocar em risco a força normativa da Constituição e a estabilidade constitucional. Poderia estar em risco a própria segurança jurídica.

A utilização do devido processo legal e da legitimação social impedem que a atividade hermenêutica possa levar a uma interpretação exacerbada, até mesmo, falaciosas. O processo de mutação da Constituição através de interpretação constitucional não pode ser reduzido a interpretações voluntárias, pois exerce grande importância no estreitamento de relações entre Constituição e sociedade, por meio das evoluções sociais e, ao mesmo tempo, constitucionais.

Considerações finais

As Constituições, independente se rígidas ou flexíveis, estão sujeitas a constantes mudanças para que garantam a dinamicidade do direito frente às transformações fáticas sociais. Isto posto, não se faz possível a existência de uma Constituição imutável frente aos anseios sociais. Daí entender-se Constituição como organismo vivo de inteligência e aprimoramento do alcance, significado

e sentido das normas constitucionais, pois estas devem aderir às exigências sociais, políticas e econômicas tanto do Estado como da comunidade.

De fato, o caráter dinâmico da ordem constitucional leva a uma nova estrutura da realidade das normas. E, para tanto, sem que se recorram aos processos de mudança formal da constituição, por sua própria morosidade e aspectos rígidos de modificação, surge a figura da mutação constitucional. O fenômeno mutacional das normas constitucionais é revelado como o processo de modificação do sentido, alcance e significado da Constituição sem a alteração do seu texto. E como as normas constitucionais possuem maior grau de abstratividade e generalidade em relação às outras leis, estas possuem enunciados abertos e indeterminados, carregados de preceitos axiológicos, o que favorece, fundamentalmente, a aparição de mutações em seu sentido, seja para interpretá-las, determiná-las ou integrá-las.

O ponto-chave da questão reside no fato de se conciliar estabilidade, rigidez constitucional e mudança. Percebe-se, pois, que, ao mesmo tempo em que se transforma a realidade constitucional adequando-a às transformações sociais, garante-se a estabilidade do texto, pois há maior aderência da comunidade aos preceitos constitucionais. E se a constituição, como organismo vivo que é, deve atender aos anseios da comunidade à qual serve, é imprescindível que obtenha aderência popular por meio de legitimação social. Nem a rigidez do texto constitucional impede a aparição de mutações. Pelo contrário, quanto mais rígido for o texto, mas se encontrarão mecanismos informais de mudança, já que as exigências formais se apresentam em quantidade significativa.

Assim, uma espécie de mutação merece destaque: a interpretação constitucional. Grande é a importância dessa espécie de mutação, devido ao caráter geral e abstrato das normas constitucionais, que dependem, direta ou indiretamente, da interpretação criativa e construtiva de seus significados, sentidos e alcances. A via interpretativa como meio mutacional favorece a conexão da realidade constitucional com a realidade social.

Resta ainda informar que de nenhuma forma se quer dizer que os meios interpretativos vinculam de maneira obrigatória os preceitos constitucionais às transformações sociais. A realidade não se impõe ao texto constitucional. O ponto-chave é entender que estas devem viver em perfeita comunhão. Por fim,

a necessidade de imposição de limites às mutações constitucionais torna-se por demais importante, vez que garantem a estabilidade, evitando interpretações levinas e mutações inconstitucionais que não se coadunam com o interesse geral e o espírito constitucional.

Referências Bibliográficas

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

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1997.

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución**. Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter & Co, 1932. (tradução de Pablo Lucas Verdu e Christian Forster)

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos Informais de mudança da constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1993.

HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. **A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. (Tradução Gilmar Ferreira Mendes)

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. (tradução de Gilmar ferreira Mendes)

_____. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid; Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

JELLINEK, G. **Reforma y mutación de la Constitución**. Madrid: Centro de estudios contitucionales, 1991. (tradução de Christian Forster)

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais**: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Atlas, 2009.

LASSALE, Ferdinand. 1998. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Liber Júrís.

LOEWENSTEIN, Karl apud KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais**: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Atlas, 2009.

MÜLLER, Friedrich apud KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais**: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Atlas, 2009.