

Da reforma à mutação constitucional

UADI LAMÊGO BULOS

SUMÁRIO

1. Mutação constitucional: noção, existência e constatação. 2. Questão terminológica. 3. Natureza e categorias. 4. Rigidez e mutabilidade. 5. Limites da mutação constitucional.

1. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: NOÇÃO, EXIS- T NCIA E CONSTATAÇÃO

Uma observa o percuciente da vida constitucional dos Estados, evidencia que as Constitui es sofrem mudanças, além daquelas previstas formalmente.

Isto quer dizer que não é apenas através do mecanismo instituído da reforma que os preceitos constitucionais vão se modificando, a fim de aderirem às exigências sociais, políticas, econômicas, jurídicas do Estado e da comunidade.

O caráter dinâmico e prospectivo da ordem jurídica propicia o redimensionamento da realidade normativa, onde as Constitui es, sem revisões ou emendas, assumem significados novos, expressando uma temporalidade própria, caracterizada por um renovar-se, um refazer-se de solu es, que, muitas vezes, não promanam de reformas constitucionais.

  inegável que ao lado desse dinamismo do ordenamento alia-se a estabilidade das suas normas, mormente as Constitucionais, por consubstanciarem a estrutura basilar do Estado.

O liame entre dinamismo e estabilidade está presente nas ordena es constitucionais positivas, permitindo o equilíbrio imperioso entre o elemento dinâmico e o elemento estático.

O elemento dinâmico consiste num componente necessário para as *mudanças informais* nas

Uadi Lamêgo Bulos   Advogado. Mestre e doutorando em Direito Constitucional (PUC-SP). Professor de Direito Constitucional da Escola de Preparação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Bahia. Membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional.

Constituições, que, diferentemente do processo formal de alteração, não se revestem em moldes, limites expressos ou requisitos específicos, arrolados pelo legislador constituinte.

Já o elemento estático, por sua vez, também não exclui mudanças, pois a sua análise opera-se em consonância com o dinamismo do ordenamento jurídico, exteriorizado pela síntese dialética das forças de transformação da sociedade.

Nesse sentido, as leis constitucionais logram uma *inalterabilidade relativa*, dado que podem sofrer alterações, independentemente das formalidades especiais oriundas do princípio da rigidez, consagrado a partir do Visconde James Bryce.¹

À luz dessa constatação, os estudiosos perceberam que as Constituições podem sofrer mudanças através de processos informais, isto é, modificações que não decorrem da atuação formal do poder constituinte derivado.

Ao fenômeno, mediante o qual os textos constitucionais são modificados sem revisões ou emendas, denominaram *mutação constitucional*.

Parece ter sido a doutrina alemã que primeiro detectou o problema, ao notar que a Constituição de 1871 sofria, freqüentemente, mudanças quanto ao funcionamento das instituições do *Reich* – mudanças estas que ocorriam sem reformas constitucionais.

Foi aí que Laband, examinando o aludido texto constitucional alemão de 1871, notou importantes modificações neste Diploma Maior, para acompanhar a situação constitucional do império (*verfassungszustand*), distinguindo a *verfassungänderung* (reforma constitucional) da *verfassungswandel* (mutação constitucional).²

Mais tarde, no início da década de 30, Hsü Dau-Lin, após entender que a mutação consti-

tucional é a separação entre o preceito da Lei Suprema e a realidade, constatou que as normas constitucionais são modificadas lentamente, sem interferências do poder de reforma.³

Georg Jellinek, colocando-se entre os primeiros que se preocuparam com o assunto, também aduziu:

“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 conciencia, de tal mutación”.⁴

Poderíamos citar ainda Haug, F. Klein, Häberle, Fiedler, Maunz-Dürig-Herzog, H. Krüger, Heydte, Lerche, Tomuschat, Scheuner, Rudolf Smend, Bilfinger, Hennis, F. Müller, que, do mesmo modo de Hans Kelsen, compreendem a mutação constitucional como a aplicação de normas que se modificam lenta e imperceptivelmente, quando às palavras que permanecem imodificadas do Texto Maior, se lhes outorga um sentido distinto do originário ou quando se produz uma prática em contradição com o texto, não sendo um acontecimento peculiar e único na órbita das normas constitucionais, senão um fenômeno constatado em todos os âmbitos do Direito.⁵

O alemão Konrad Hesse, a propósito, demonstrou com propriedade:

“la revisión constitucional debe ser diferenciada de la ‘mutación constitucional’ (*verfassungswandel*), que no afecta al texto como tal – el cual permanece inmodificado – sino a la concretización del contenido de las normas constitucionales, las mismas pueden conducir a resultados distintos ante supuestos cambiantes operando en este sentido una ‘mutación’”.⁶

¹ BRYCE, James. *Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988. p. 14: Las Constituciones del tipo más antiguo pueden llamarse flexibles, porque poseen elasticidad y se adaptan y se alteran sus formas sin perder sus características principales. Las Constituciones del tipo más moderno no poseen esta propiedad, porque su estructura es dura y fija. Por lo tanto, no hay inconveniente en darles el nombre de Constituciones rígidas. Por estos dos nombres las designaremos para los fines de nuestra investigación.

² LABAND. *Wandlugen der deutschen Reichverfassung*. Dresden, 1895. p. 2.

³ DAU-LIN, Hsü. *Die Verfassungswandlung*. Berlin: 1932. p. 29.

⁴ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Tradução Christian Föster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 7.

⁵ Cf.: KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. Tradução Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Labor, 1934. p. 332.

⁶ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2.ed. Tradução Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 24. Vide mais adiante a análise do binômio rigidez e mutabilidade.

A noção de reforma constitucional, observa Karl Loewenstein, adquire um significado formal e outro material, ao passo que as mutações constitucionais, além de não possuírem tal significado, não afetam a letra do texto, que permanece intacta.

“Este tipo de mutaciones constitucionales se da em todos los Estados dotados de una constitución escrita y son mucho más frecuentes que las reformas constitucionales formales”.⁷

Manuel Garcia-Pelayo, também acentuou:

“ Hemos visto las razones y las vías de las transformaciones constitucionales incluso en aquellos casos en que se trata de constituciones rígidas. Es, pues, claro que la constitución sufre cambios aunque permanezca inalterable su texto y que, por consiguiente, no es el método de reforma previsto por la constitución el único camino para la transformación de la misma, y hemos visto, en fin, que la transformación está estrechamente vinculada a la esencia de la constitución”.⁸

Não discrepa dessa argumentação Paolo Biscaretti Di Ruffia, para quem

“si se quiere realmente conocer el desarrollo de la vida constitucional de un Estado, es necesario también tener presentes las múltiples *modificaciones no formales de las normas constitucionales* que siempre suelen tener lugar en medida más o menos acentuada, según los diversos ordenamientos”.⁹

Mais recentemente, F. Müller doutrinou que

“La ‘mutación constitucional’ vendrá, así, impuesta por una modificación producida en el ‘ámbito normativo’ (*normbereich*) de la norma constitucional, pero será el ‘programa normativo’ (*normprogramm*), contenido básicamente en el texto de la norma, quién determinará qué hechos de la realidad quedan comprendidos en el ‘ámbito normativo’,

⁷ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986. p. 165.

⁸ GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. 2. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1951. p.126.

⁹ DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. Tradução Héctor Fix Zamudio. México: Fondo de Cultura Económica, 1975. p. 347.

siendo susceptibles con ello de ocasionar una ‘mutación constitucional’”.¹⁰

Os estudiosos constataam, pois, o fenômeno das *mutações constitucionais* como uma constante na vida dos Estados, e as constituições, como *organismos vivos* que são, acompanham a evolução das circunstâncias sociais, políticas, econômicas, que, se não alteram o texto na letra e na forma, modificam-no a substância, o significado, o alcance e o sentido de seus dispositivos.

Assim, denomina-se mutação constitucional, o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais.

2. QUESTÃO TERMINOLÓGICA

Inexiste terminologia uniforme para cogno- minar o fenômeno das mudanças informais nas Constituições.

Jorge Miranda, por exemplo, prefere o termo *vicissitude constitucional tácita*, que, no seu entender, compreende as modificações trazidas pelo costume *praeter e contra legem*, assim como as que resultam da interpretação evolutiva da Constituição e da revisão indireta, não passando esta última de uma forma particular de interpretação sistemática.¹¹

Gomes Canotilho utiliza a expressão *transições constitucionais*, ao referir-se “à revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na Constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto”.¹²

Pietro Merola Chierchia, ao tratar da interpretação sistemática da Constituição, realça a terminologia *processos de fato*.¹³

¹⁰ F. Müller, *apud*: Pedro Cruz Villalon, na introdução aos *Escritos de Derecho Constitucional* de HESSE, Konrad. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 28.

¹¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. T. 2, p. 133.

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 231.

¹³ CHIERCHIA, Pietro Merola. *L'interpretazione sistematica della costituzione*. Padova: Cedam, 1978. p.128.

Entre nós, Luís Pinto Ferreira, apoiado na lição de Corwin, Cushman, Stier-Somlo, Jellinek e Munro, adere à expressão *mudança material*, designando as alterações constitucionais proporcionadas pelos costumes e pela interpretação judicial.¹⁴

Na década de 80, Anna Candida da Cunha Ferraz utilizou as expressões *processos indiretos*, *processos não formais* ou *processos informais* “para designar todo e qualquer meio de mudança constitucional não produzida pelas modalidades organizadas de exercício do poder constituinte derivado”.¹⁵

Compreendemos que vicissitude constitucional tácita, mudança constitucional silenciosa (*stillen verfassungswandlungen*), transições constitucionais, processos de fato, mudança material, processos indiretos, processos não formais, processos informais, processos oblíquos, são denominações convenientes, que expressam o conteúdo dos *meios difusos* de modificação constitucional. O uso de uma ou de outra expressão alcança o mesmo resultado, pois revela a existência de alterações operadas no texto da Constituição, diversas da atividade, adrede demarcada, do poder reformador.

Com base na lição de Georges Burdeau, segundo a qual há um *poder constituinte difuso* que, por não ser registrado pelos mecanismos constitucionais, não é menos real, seria viável a denominação *meios difusos*, para demarcar as *mutações* realizadas fora do exercício do instituído poder reformador.

De fato, as mudanças informais são difusas, inorganizadas, porque nascem da necessidade de adaptação dos preceitos constitucionais aos fatos concretos, de um modo implícito, espontâneo, quase imperceptível, sem seguir formalidades legais.

Atuam modificando o significado das normalizações depositadas na Constituição, mas sem vulnerar-lhes o conteúdo expresso, e são apenas perceptíveis quando comparamos o entendimento dado às cláusulas constitucionais em momentos afastados no tempo.

¹⁴ FERREIRA, Luís Pinto. *Direito Constitucional Moderno*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1962. T. 1, p. 108.

¹⁵ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max limonad, 1986. p. 12.

Todavia, alguns podem entender que o vocábulo *mutação* não é o mais apropriado para se delimitar as mudanças silenciosas (*stillen verfassungswandlungen*) dos preceptivos constitucionais.

Certamente, a palavra possui diversas acepções. Daí ser possível demarcar, como o faz André Lalande, três sentidos para o signo *mutação*:

“Mutaçãõ D. *mutation*; E. *mutation*; F. *mutation*; I. *mutazione*.

A. Mudança; e, em particular, mudança na organização social.

B. Quando lidamos com uma série de formas de uma mesma espécie fóssil, chamam-se *variações* às diferenças morfológicas que os espécimes provenientes da mesma camada apresentam, e *mutações* àquelas que os espécimes apresentam quando provêm de camadas sucessivas.

C. Transformação brusca e hereditária de um tipo vivo, que se produz no espaço de um pequeno número de gerações, ou até de uma só.

Crítica: o sentido B é mais antigo do que o sentido C. Data de Waagen, *Die Formenreihe des Ammonites Subradiatus* (1869); divulgou-se entre os paleontólogos através da obra de Neumayr, *Diestämme des Tirreiches* (1889).

O sentido C: Este foi adotado por De Vries, na sua obra *Die Mutations Theorie* (1901). Rapidamente se tornou usual na linguagem filosófica e biológica. O fato que ele representava já tinha sido designado por Cope, *Saltation*, e por Korchiski sob o nome *heterogênese*. Lamarck empregava frequentemente *mutação* no sentido geral, para designar as pequenas mudanças biológicas”.¹⁶

Robert Campbell, a sua vez, analisa o termo associado à genética, como sendo “aquele tipo de variação, na constituição biológica dos membros individuais de uma espécie, que é o resultado de uma mudança permanente em seu equipamento idioplásmico”.¹⁷

¹⁶ LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 715.

¹⁷ CAMPBELL, Robert J.. *Dicionário de Psiquiatria*. São Paulo: Martins Fontes, 1986. p. 715.

O dicionarista Silveira Bueno ensina que *mutação* traduz, também, a idéia de “mudança, alteração, substituição, volubilidade, inconstância, mudança de cenário nos teatros”.¹⁸

Evaldo Heckler leciona que *mutação* do latim *mutare*, significa “descolar, mudar, trocar, permutar, abandonar”.¹⁹

Fritjof Capra associa *mutação* a uma transformação do mundo e da consciência humana.²⁰

Mas no sentido em que estamos estudando, o signo *mutação* fica bem delimitado dentro daquela ótica proposta por Laband.

Entendeu o grande publicista alemão que uma Constituição, independentemente de reformas, poderia ser modificada, permanecendo intacta a letra de suas normas. Utilizou, então, a terminologia *verfassungswandlugen*, que significa mutação constitucional, porque queria aduzir às mudanças informais, que transcorriam à margem da técnica da reforma, a qual já era conhecida pela expressão *verfassungsanderung*.²¹

O vocábulo *mutação*, utilizado dentro desse raciocínio, não padece de equívocos, podendo ser adotado com o propósito de cognominar certas mudanças que imprimem novos sentidos às normas constitucionais, sem desfigurar-lhes a letra e o conteúdo.

3. NATUREZA E CATEGORIAS

De acordo com Georges Vedel, a natureza de um ato ou de uma atividade jurídica pode ser analisada sob dois pontos de vista: o material e o formal. No primeiro, considera-se o objeto em sua substância. No segundo, investiga-se o processo de formação do ato ou da atividade.²²

Trasladando o ensinamento do constitucionalista francês para o objeto do nosso estudo, constataremos que os *meios difusos*, como o próprio nome já indica, não seguem formalidades ou procedimentos expressos.

Por não aderirem a requisitos explícitos na Constituição, os *meios difusos* possuem a

natureza informal. São mudanças de fato, por vezes despercebidas, só notadas de vez em quando.

Processam-se lentamente, através da interpretação dos tribunais, dos usos e costumes, da construção judicial, da influência dos grupos de pressão e de tantos outros meios que provocam ou podem provocar alterações na realidade constitucional, embora a letra da Carta Magna permaneça imodificada.

Como quer Milton Campos, são modificações que não geram deformações maliciosas, nem subversões traumatizantes; daí serem *constitucionais*.²³

Sem embargo, as mudanças informais ocorrem, naturalmente, de modo espontâneo, sem qualquer previsibilidade de quando irão ser vislumbradas. Disso decorre a natureza *fática* dos meios difusos de alteração constitucional.

Como mudanças de fato que são, desenvolvem-se em momentos cronologicamente distintos, perante situações diferentes.

Karl Wheare exemplificou o fenômeno com primazia:

“sin tocar una sola palabra de la constitución el congreso de los Estados Unidos, a través de su poder para regular el comercio entre los distintos estados, tiene autoridad sobre una extensa gama de actividades de la mayor importancia para el pueblo de los Estados Unidos. Esta autoridad no se ha tomado de los estados, puesto que éstos nunca la tuvieron. Había pertenecido desde el principio al Congreso, se bien no tuvo mucho campo para su ejercicio. Con el desarrollo del tráfico entre los estados se produjo un aumento en el poder del Congreso de los Estados Unidos y el correspondiente cambio en el equilibrio de poder entre la unión y los estados que la componen. Un cambio parecido ocurrió en Canadá y Australia”.²⁴

Mas alguns autores rechaçam a afirmativa de que as mutações constitucionais desenvolvem-se em momentos cronologicamente distintos, ocorrendo naturalmente, sem qualquer previsibilidade, exigindo um certo período mais ou menos largo de tempo.

¹⁸ BUENO, Francisco Silveira. *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*. 8.ed. Rio de Janeiro: MEC, 1973. p. 896.

¹⁹ HECKLER, Evaldo et al. *Dicionário Morfológico da Língua Portuguesa*. São Leopoldo: Unisinos, 1984. p. 2.827.

²⁰ CAPRA, Fritjof. *Ponto de mutação*. São Paulo: Cultrix, 1982.

²¹ LABAND. *Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung*. Dresden, 1895.

²² VEDEL, Georges. *Manuel Élémentaire de Droit Constitutionnel*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1949. p. 112.

²³ CAMPOS, Milton. Constituição e realidade. *Revista Forense*, v. 187, n. 679/680, p. 18-22, jan./fev. 1960.

²⁴ WHEARE, Karl. *Las Constituciones Modernas*. Barcelona: Labor, 1971, p.77.

Hesse, aí incluído, entende que os processos que dão lugar à mutação constitucional não têm relação alguma com o caráter mais ou menos remoto da entrada em vigor de uma Constituição, pois pode produzir-se ao cabo de muitos anos, como também ao cabo de pouco tempo.

Logo, a exigência de um certo período de tempo mais ou menos largo não serviria como elemento caracterizador do fenômeno, pois

“el supuesto más importante de mutación constitucional, el de la interpretación modificada, dicha modificación no pasará despercebida a un atento intérprete”(…) “Lo que pueda ser correcto como descripción de numerosos casos de mutación constitucional no puede convertirse en elemento definitorio de la misma”(…) “Las notas relativas a la duración y al carácter inconsciente del proceso deben quedar, pues, excluidas”.²⁵

Seguimos a orientação, segundo a qual as mudanças informais da Constituição se dão, normalmente, em períodos separados no tempo, sendo esta uma das marcas características do fenômeno. Isto, entretanto, não precisa ser levado ao pé da letra, ou seja, não descartamos a hipótese de existirem mutações constitucionais em momentos próximos, pois há algo de exato naquela afirmação de Loewestein, quando diz que uma “Constituição não é jamais idêntica a si própria, estando constantemente submetida ao *pantha rei* heraclitiano de todo o ser vivo”.²⁶

Óbvio que a determinação do lapso temporal não pode ser exatificada, haja vista a possibilidade de uma norma constitucional sofrer mutação enquanto perdurar o Texto Supremo, sem qualquer previsibilidade de quando isso irá ocorrer.

As mudanças difusas, contudo, não possuem uma sistematização doutrinária uniforme e definitiva, mormente no que concerne às suas categorias ou modalidades. Numa palavra, existem diversos critérios salientados pelos autores com o escopo de estudar o fenômeno.

Hsü Dau-Lin, seguido por Pablo Lucas Verdú²⁷ e por Manuel Garcia-Pelayo²⁸, esboçou

²⁵ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 86 - 87.

²⁶ LOEWESTEIN, Karl. *Teoria*.... p. 164.

²⁷ LUCAS VERDÚ, Pablo. *Curso de Derecho Político*. Madrid: Technos, 1984. p. 179-180.

²⁸ GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*.... p. 126 - 127.

quatro categorias: 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.²⁹

Paolo Biscaretti Di Ruffia averbou que as mudanças na realidade constitucional, que não atingem a letra da Constituição, agrupam-se em dois ramos, bem delimitados. No primeiro encontramos as modificações operadas em decorrência de atos elaborados por órgãos estatais de caráter normativo (leis, regulamentos etc.) e de natureza jurisdicional (decisões judiciais, principalmente em matéria de controle de constitucionalidade das leis). No segundo ramo, estão as mudanças ocorridas em virtude dos fatos de caráter jurídico (como os costumes), de natureza político-social (normas convencionais ou regras sociais de conduta correta frente à Carta Suprema), ou simplesmente as práticas constitucionais (tais como a inatividade do legislador ordinário que, não elaborando normas de execução, logra, substancialmente, impedir a realização efetiva de disposições constitucionais).³⁰

Georg Jellinek, em conferência pronunciada na Academia Jurídica de Viena, em 28 de março de 1906, proclamou que as mutações constitucionais não ocorrem unicamente pela atividade legislativa, mas também através das práticas judiciais, parlamentares, administrativas-governamentais, bem como pelo desuso das faculdades estatais.

Doutrinou Jellinek que

“Los preceptos constitucionales a menudo son oscuros o extensos y sólo el legislador les da sentido preciso mediante leyes que los concretan de modo muy parejo a como el juez, primero, tomo conciencia clara del contenido de las leyes que ha de aplicar. Así como por lo general la aplicación jurisprudencial de los textos legales vigentes está sujeta a las necesidades y opiniones variables de los hombres, lo mismo ocurre con el legislador, cuando interpreta mediante

²⁹ DAU-LIN, Hsü. *Die Verfassungswandlung*. Berlin: 1932, p. 21 e ss.

³⁰ Cf.: DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*.... p. 347. —. *Direito constitucional*. Tradução Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 233-234.

leyes ordinarias la Constitución. Lo que parece en un tiempo inconstitucional emerge más tarde conforme a la Constitución y así la Constitución sufre, mediante el cambio de su interpretación, una mutación. No sólo el legislador puede provocar semejantes mutaciones, también pueden producirse de modo efectivo mediante la práctica parlamentaria, la administrativa o gubernamental y la de los tribunales”.³¹

Noutro prisma, Milton Campos ressaltou as seguintes hipóteses em que seria possível delinear-se a mutação constitucional: complementação legislativa, construção judiciária e consenso costumeiro.³²

José Horácio Meirelles Teixeira, além de indicar a interpretação da Constituição e os costumes, aduziu, do mesmo modo que Milton Campos, à complementação legislativa, admitindo que

“outra via, pela qual freqüentemente se modificam indiretamente as constituições rígidas, falseando-se mesmo o sentido de seus dispositivos, restringindo-lhes ou ampliando-lhes o alcance, alterando-se o seu significado, é a *lei ordinária complementar*. Como se sabe nem todos os dispositivos da Constituição são auto-executáveis, isto é, aplicáveis por si mesmos, desde logo, mas ao contrário, grande número deles necessita da complementação da lei ordinária para sua aplicação. Daí reportar-se à Constituição, freqüentemente, a lei ordinária, que deverá integrá-la, a fim de que tenha plena vigência”(...) “Ora, é fácil imaginar-se como a lei ordinária poderá modificar o sentido original e autêntico das cláusulas constitucionais, alterando-o por vezes substancialmente”.³³

O constitucionalista britânico Karl Wheare pontificou que as mudanças constitucionais podem atuar de duas formas:

“En primer lugar pueden originar un cambio en las circunstancias que, de por sí, no conduzca a ningún cambio efectivo

³¹ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutacion...* p.15-16.

³² CAMPOS, Milton. *Constituição e realidade*. op. cit. p. 19.

³³ TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Org. e atual. Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 146.

en el texto de la Constitución pero que, sin embargo, haga que esta signifique algo diferente de lo acostumbrado o que perturbe su equilibrio. La segunda y la más patente forma en que dichas fuerzas actúan se da cuando éstas originan circunstancias que conducen a una modificación en la Constitución, ya sea por el proceso de una enmienda formal o a través de una decisión judicial o del desarrollo y establecimiento de algún uso o convención en la Constitución”.³⁴

Para Wheare, tanto a interpretação judicial, como usos e costumes, podem provocar mutações constitucionais. Em sentido idêntico Humberto Quiroga Lavié³⁵ e Héctor Fix-Zamudio³⁶.

Já Anna Candida da Cunha Ferraz examinou a interpretação constitucional, em suas várias modalidades, e os usos e costumes constitucionais, enquanto processos informais de mudança da Constituição, procurando seguir, em essência, a classificação proposta por Biscaretti Di Ruffia.³⁷

Como se vê, não existe consenso a despeito das modalidades pelas quais as Constituições são modificadas através dos processos informais de mudança.

Na realidade, não podemos enumerar, com a pretensão de esgotar a matéria, o rol de todas as hipóteses em que os dispositivos de uma Carta Suprema sofrem mutações no seu sentido, significado e alcance, sem mudar a forma prescrita pela manifestação constituinte originária.

Isto porque, ao serem editadas, as Constituições não têm a perfeição de refletir todas as crenças e todos os interesses em pugna. Elas derivam de um paralelogramo de forças políticas, econômicas, sociais, culturais etc., atuantes naquele determinado momento histórico.

Daí englobarem compromissos antagônicos, vontades e suscetibilidades de variadíssima gama, o que não permite ao legislador

³⁴ WHEARE, Karl. *Las Constituciones...* p. 77.

³⁵ Cf.: QUIROGA LAVIÉ, Humberto. *Los Cambios constitucionales*. México: Unam, 1977. p. 112: Los Cambios Constitucionales através de la costumbre y la jurisprudencia.

³⁶ Cf.: FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Instituto de Investigaciones Jurídicas: La interpretación constitucional*. México: Unam, 1975. p. 14: Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordinamiento mexicano.

³⁷ Cf.: FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos Informais...* p.13.

prever todas as possíveis combinações de casos concretos, que a experiência cotidiana possa proporcionar.

Isto enseja a utilização de determinados métodos, muitos deles espontâneos, naturais – sem qualquer previsibilidade de quando irão ser acionados – com intuito de extraírem o sentido, o significado e o alcance das normas constitucionais.

Esses métodos, que podem provocar mudanças difusas no Texto Máximo, são ilimitados, porque variam de acordo com as transformações sociais, as quais repercutem sobre todo o ordenamento constitucional.

Realmente, não há como negar que a ordenação constitucional, mesmo no que atina aos aspectos sociais, políticos e econômicos, funda-se em fatos, nem como ignorar a celeridade e a concomitância espaço-temporal das mudanças na realidade.³⁸

Justamente por serem inumeráveis, tais métodos alcançam várias maneiras de se exteriorizarem. Alguns deles já foram evidenciados, não apenas pela doutrina, mas também pela observação atenta da experiência constitucional, vivida pelos Estados.

Desse modo, podem ocasionar mutações constitucionais: a interpretação, a construção judicial, os usos e costumes, as complementações legislativas, as práticas governamentais, legislativas e judiciárias, e até mesmo a influência dos grupos de pressão.

Os últimos aí apontados – os grupos de pressão –, em certos momentos da vida constitucional dos Estados, influem no processo de mudança informal das Constituições. Nas sociedades hodiernas, devido ao fato de refletirem a estrutura econômica, social, política, religiosa, cultural, são retratos fiéis das grandes paixões, provenientes de aspirações cooperativas, que se desdobram em núcleos de configuração e finalidades inconfundíveis: associações, sindicatos, entidades de classe, partidos políticos, grupos artísticos, religiosos, filosóficos, organizações civis, militares etc.

Lembra Paulo Bonavides que hoje a importância desses grupos tomou tal dimensão que não há nenhum exagero em afirmar

“que são parte da Constituição viva ou da Constituição material tanto quanto os

³⁸ Cf.: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Decreto-lei: um instrumento discricionário. *Jornal do Advogado*, Abr. 1985. p. 11.

partidos políticos e independente de toda institucionalização ou reconhecimento formal nos textos jurídicos”.³⁹

Os grupos de pressão, portanto, que têm sido objeto de numerosos estudos e investigações, em todas as suas modalidades e técnicas de ação,⁴⁰ afirmam-se como uma realidade inegável em nossos dias, independentemente de convicções pessoais e idiosincrasias. Basta ver o exemplo dos Estados Unidos, onde os *lobbies* funcionam como verdadeiras empresas especializadas, dotadas de imponentes escritórios, com organização e influência marcantes, cuja atividade é regulamentada em lei.

Entre os americanos, contudo, tais grupos não representam a unanimidade dos interesses, nem ocupam tampouco todos os setores sociais que demandam representação. Corwin e Koenig, dois politicólogos americanos, alertados para esse fato, lembravam o bom humor do Presidente Truman que jocosamente se proclamava *lobbyist* de todo o povo, porquanto este, marginalizado em seus mais caros interesses pelos grupos de pressão, estava sozinho e não dispunha de nenhum *lobby*.⁴¹

No Brasil, embora não estejam previstos na legislação, é manifesta a atividade dos grupos

³⁹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p. 428.

⁴⁰ A bibliografia sobre grupos de pressão é bastante extensa. Desde a obra básica de BENTLEY, Arthur. *The Process of Government: A Study of Social Pressures*, 1908, até os nossos dias, várias foram as formulações a respeito do problema. Dado o propósito objetivo desse trabalho, que é o de estudar o fenômeno da mutação constitucional, remetemos o leitor aos seguintes escritos específicos sobre o tema: BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*. Paris: LGDJ, 1957, T. 7. MEYNAUD, Jean. *Os grupos de pressão*. Tradução por Pedro Lopes de Azevedo. Lisboa: Europa-América, 1966. 146 p. PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1988, 1318 p. Grupos de pressão. MACIEL, Marco. *Grupos de pressão e lobby: importância de sua regulamentação*. Brasília: Senado Federal, 1984. 23 p. GRUPOS de pressão: Brasília: Instituto Tancredo Neves, 1988. OLIVENNES, Denis e BAVEREZ Nicolas. *L'Impuissance Publique*. Paris: Calmann-Lévy, 1989. MATHIOT, André. Les pressure groups aux États-Unis. *Revue Française de Science Politique*, set., 1952. SANCHEZ AGESTA, Luís. *Princípios de Teoria Política*. Madrid: Nacional, 1967. BERNSDORF, Wilhelm. *Staat un Politik*. 1967: Pressure groups.

⁴¹ Fato narrado por BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*.... p. 432.

de pressão, não raro sob o impulso direto dos partidos políticos, das categorias profissionais, de trabalhadores ou de servidores públicos, das organizações econômicas, privadas e públicas, das instituições de classes liberais, militantes da defesa do meio ambiente, enfim, dos patronos de diferentes interesses, que agem, fortemente, em favor de teses e reivindicações.

Nesse ínterim, assevera Josaphat Marinho, que:

“grupos diversos aliam-se em defesa de determinadas posições, ainda que a um deles apenas, ou a alguns, se vincule o interesse discutido e objeto de decisão. Esse procedimento conjugado se exercita, sobretudo, na medida da politização das corporações profissionais, inspirado no fundamento inteligente de que a união de forças fortalece a legitimidade da pretensão e a possibilidade de êxito do movimento”.⁴²

Diferenciados em cada sociedade, mas sempre atuantes, os grupos de pressão não são fenômenos estranhos à ordem constitucional.⁴³

Quando aliam-se em defesa de determinadas posições, exercem forte influência sobre os poderes públicos, dentre os quais vale destacar o órgão jurisdicional, a quem compete dizer do direito, naqueles conflitos de interesses qualificados por uma pretensão resistida.⁴⁴

Ao exercer a jurisdição constitucional, portanto, o Judiciário interpreta a Constituição, e, nesse mister, não está descartada a possibilidade de atribuir à letra da *Lex Legum* novos sentidos, conteúdos ainda não ressaltados, mudando a substância dos comandos prescritos pelo legislador, mas sem afetar-lhes a forma.

Aí, tanto quanto em tantas outras esferas da vida política e da ordem constitucional, as normas supremas do Estado transformam-se espontaneamente, fora dos processos formais

⁴² MARINHO, Josaphat. Grupos de pressão na sociedade. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 1, p. 16-20, 1993.

⁴³ Cf.: BURDEAU, Georges. *Traité...*, T. 8, p. 136-148.

⁴⁴ CARNELUTTI, Francesco, em *Sistema del Diritto Processuale Civile*, vol. I, Pádua, Cedam, 1939, n. 2 e 14, quando disse que a jurisdição é o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, ressaltou que o interesse é a posição favorável para a satisfação de uma necessidade e a pretensão a exigência de uma parte de subordinação de um interesse alheio a um interesse próprio.

estatuídos para tal fim, rompendo as estruturas jurídicas que pretendam escravizá-las.

Embora o seu texto permaneça inalterado, as disposições constitucionais vão lenta e insensivelmente se modificando, sem mudar uma vírgula sequer, mas assumindo significados novos, sob o influxo das exigências da evolução social.

E os grupos de pressão podem contribuir para que esse fenômeno se intensifique.

Para exemplificar, veja-se o importantíssimo papel da Suprema Corte norte-americana, ao interpretar a Constituição de seu país, que não olvidando o influxo de fatores promanados da estrutura econômica e social, condicionados àqueles grupos da esfera intermediária entre o indivíduo e o Estado, nos quais um interesse se incorporou e se tornou politicamente relevante, passou a dar novos sentidos e novos alcances às cláusulas constitucionais, sem qualquer atuação do poder constituinte instituído.

Lêda Boechat Rodrigues demonstrou bem a influência dos *lobbies* no processo de interpretação das leis, ao estudar a Suprema Corte norte-americana, que, ao interpretar a Constituição, mudava o seu conteúdo sem mudar a sua letra.⁴⁵

Tudo isso comprova que

“toda Constituição é sempre uma estrutura dinâmica, como bem assinala Linares Quintana, e esse dinamismo constitucional manifesta-se através de uma espécie de ‘poder constituinte difuso’, na excelente expressão de Burdeau, fora das modalidades organizadas de exercício do poder constituinte, cumprindo ainda observar-se, como o faz Friedrich, que ‘quanto mais difíceis se apresentam esses processos de reforma, mais fortemente atuarão os processos indiretos de modificação constitucional’, como por exemplo pela interpretação dos juízes e tribunais. O ritmo, mais ou menos acelerado dessas modificações constitucionais indiretas, há de variar, portanto, em cada época e em cada lugar, de acordo com os fatores históricos atuantes, entre os quais, evidentemente, em primeiro lugar, o próprio ritmo das transformações sociais e políticas”.⁴⁶

⁴⁵ Cf.: RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Côte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 31, 71, 73, 112, 176, 179, 221, 297.

⁴⁶ TEIXEIRA, J.H. Meirelles. *Curso...* p. 142-143.

No que pese à imprecisão e à vaguidade criteriológica para se estudar os diversos meios que podem ocasionar mutações constitucionais – sobretudo diante do dinamismo da ordem jurídica – é possível construirmos generalizações, extraídas da experiência constitucional e de certos conhecimentos oriundos da classificação genérica do Direito.

Como é sabido, o estudo do fenômeno jurídico pode ser desdobrado em três partes: heurística, morfologia e técnica.

A heurística tem como objeto o conhecimento dos elementos, fatores e condições, causas e funções do Direito na sociedade.

A técnica objetiva estabelecer métodos a serem empregados na elaboração e na aplicação do Direito.

À morfologia compete o estudo das formas gerais, classificações, categorias ou modalidades, sobre as quais são elaborados os raciocínios didáticos.

Se aceitarmos as mutações constitucionais como uma realidade transformadora do sentido, significado e alcance das normas da Lei Máxima, então seria viável estudá-las do ponto de vista morfológico, procurando didatizar as suas categorias. Para tanto nos valeríamos de dados, extraídos da realidade concreta, todos provenientes da prática constitucional.

Por intermédio desses dados concretos, retirados da experiência vivida pelas Constituições, poderíamos esboçar a seguinte morfologia didática, a qual abrangeria:

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;

d) as mutações constitucionais que contrariam a Constituição, é dizer, as mutações inconstitucionais.

As mutações inconstitucionais, por não serem alheias à realidade vivida nos diversos Estados, foram incluídas nessa classificação, mas nada têm em comum com as mutações constitucionais, haja vista que, além de violarem a letra da Lei das Leis, desbordam o próprio controle de constitucionalidade. Devido a motivos, estritamente didáticos, para facilitar o estudo da matéria, preferimos enquadrá-las na tipologia proposta.

4. RIGIDEZ E MUTABILIDADE

Existe uma correlação entre o corolário da rigidez constitucional e o fenômeno da mutabilidade.

Mutabilidade é a qualidade daquilo que é mutável. O termo logra dois sentidos completamente distintos: um formal e outro informal. A *mutabilidade formal* delinea-se através da reforma constitucional, seja por revisão, seja por emenda. Já a *mutabilidade informal* concerne ao processo difuso de modificação da Constituição.

Interessa-nos perscrutar o princípio da rigidez em consonância com a *mutabilidade informal*, retirando daí possíveis previsões.

Para tanto, impende estudarmos a rigidez da Constituição perante os elementos estático e dinâmico, cuja análise nos fornece uma visão mais fecunda da ordem jurídica.

Através do elemento estático, a Constituição reveste-se de certa estabilidade, de certo equilíbrio, pois a instabilidade do Texto Maior seria responsável pela instabilidade do próprio Estado.

Estabilidade, contudo, não significa inalterabilidade, porquanto o dinamismo da realidade social, com situações e exigências sempre novas, em constante evolução, obriga a adaptação das normas constitucionais aos ditames da vida.

Por achar-se interligada à realidade social cambiante, aos avanços da ciência, da tecnologia, da economia, da religião, da moral etc., a Constituição, conforme dissemos anteriormente, é um organismo vivo, em consonância com as forças reais do poder (Lassalle), que funcionam como verdadeiras forças atuantes na comunidade.

Ora, se as Constituições, para serem socialmente eficazes, observadas e cumpridas na prática, devem corresponder, ao menos em sua essência, a esses fatores reais do poder – os quais sempre variam, evoluem, modificam-se através das transformações e do progresso – é evidente que os textos supremos devem seguir o ritmo das mudanças sociais.

Devem, até mesmo, abrir caminho para as alterações sérias, oportunas e viáveis, “exigindo respeito ao que existe de mais profundo”, como vaticinou Francis Delperée, ao examinar, em 1992, na Associação Francesa dos Constitucionalistas, o processo de modificação da Constituição belga.⁴⁷

⁴⁷ DELPERÉE, Francis. *La Révision de la Constitution*. Paris: Association Française Des Constitutionnalistes, 1992. p. 67-77: Le processus de modification de la Constitution belge. (Economica Presses Universitaires D'aix-marseille, collection Droit Public Positif).

Nesse ínterim, a *efetividade*⁴⁸ de uma norma constitucional repousa na sua capacidade de enquadrar e fixar, na ordem jurídica, as vontades e as instituições menores que a sustentam, as quais devem corresponder às forças sociais, políticas, econômicas, morais, religiosas, existentes no grupo social.

Se, ao invés, a base constitucional assentar-se em poderes fictícios, sem raiz histórica precisa, procurando impor idéias e interesses minoritários, a Constituição torna-se mero arcabouço formal, sem qualquer utilidade prática.

Assim, a vida constitucional dos Estados desenvolve-se perante dois elementos, aparentemente contraditórios: o estático e o dinâmico. O elemento estático consigna uma exigência indispensável à segurança jurídica, evitando, ao menos em tese, a instabilidade institucional, procurando salvaguardar os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana; o elemento dinâmico propicia a adaptação das Constituições às exigências do progresso, da evolução e do bem-estar social.

O vetor da rigidez da Constituição encontra guarida precisamente nesse contexto. Trata-se de técnica capaz de atender a ambas exigências de estabilidade e dinamismo constitucionais.

Tornam-se possíveis alterações formais (revisões e emendas), imprescindíveis à adaptação das Constituições a novas realidades fáticas.

Só que ao estabelecerem o processo de revisão ou emenda, os legisladores fazem-no cautelosamente, de modo a tornar tais técnicas de mudança mais solenes, árduas, difíceis, demoradas, para que não sejam de inopino, despropositadas, sem previsibilidade de quando irão ocorrer.

Daí a exigência da ponderação e equilíbrio nas instituições ao se pretender reformular a letra do Texto Magno.

⁴⁸ Compreenda-se o vocábulo *efetividade*, como a capacidade de atuação prática da norma constitucional, fazendo prevalecer, no mundo dos fatos, os valores por ela tutelados. Nessa ótica, a efetividade simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social. Ademais, efetiva é a norma constitucional que enseja a concretização do direito que nela se substancia, propiciando o desfrute real do bem jurídico assegurado. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

É utilizando, para tanto, certo processo formal – complexo e específico, diverso dos meios comuns de elaboração das leis ordinárias e complementares.

Logo, é possível dizermos, como o fez James Bryce, que rígida é a Constituição somente suscetível de mudança por intermédio de um processo solene e complicado, bem mais específico e rigoroso do que aquele utilizado para modificar as leis em geral. Para ele as Constituições rígidas possuem uma autoridade superior à das outras leis do Estado e são modificadas por procedimentos diferentes daqueles pelos quais se editam e revogam as demais leis.⁴⁹

Foi Bryce, porém, quem cunhou as expressões *rígida* e *flexível*, pela primeira vez; historicamente a rigidez é muito mais antiga.

Certamente, o pórtico da rigidez constitucional não foi detectado apenas por Bryce.

Aristóteles já distinguia a *politéia* (normas fundamentais da organização política) dos *nomói* (normas ordinárias, fundadas na *politéia*). Em Roma, as normas fundamentais somente podiam ser alteradas por juízes especiais, e, em França as leis fundamentais do reino só sofriam modificações oriundas dos Estados Gerais, sem falar no período antes da Revolução Francesa, quando Vatel, em importante obra⁵⁰, Rousseau, Bodin e Huber insistiam na diferença formal entre as leis fundamentais e as outras leis comuns.

Há muito tempo, pois, o princípio da rigidez constitucional vem registrado como uma exigência indispensável para a mudança formal da Constituição, consistindo em um processo solene, dificultoso e demorado, sem a facilidade e a rapidez de elaboração das leis comuns.

Podemos destacar os seguintes caracteres do aludido primado da rigidez:

- 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.

Das características apontadas, deflui a assertiva de que qualquer mudança formal,

⁴⁹ BRYCE, James. *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas...* p.9.

⁵⁰ VATEL. *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle Appliqués à la Conduite et aux Affaires des Nations et des Souverains*. Nouvelle Édition, Paris, 3 v. Guillaumin, 1863.

operada na *Lex Legum*, só se faz possível através de processos complexos e demorados, para adquirir o Texto Maior muito mais estabilidade.

O problema da estabilidade constitucional fica então resolvido, sem prejuízo de modificar-se a Constituição, independentemente de motivos imperiosos, que aconselhem ou exijam alterações amplas ou restritas.

Contrapõe-se à Carta rígida a denominada *flexível*, que é a capaz de ser, a cada momento, modificada, expandida, contraída, sem processo formal complexo, solene, demorado, dificultoso. Por isso notou Bryce, quando utilizou o termo, que a Lei Magna da Inglaterra transformava-se constantemente, pois o Legislativo aprovava, com frequência, leis que atingiam os métodos de governo e os direitos políticos dos cidadãos.

Sempre ao fim de uma sessão parlamentar, não havia a certeza de que aquilo que era tido como Constituição continuaria sendo a mesma coisa de antes. Isto porque as Cartas flexíveis são as que estão no mesmo nível das outras leis do País, procedendo das mesmas autoridades que fazem as leis ordinárias e sendo promulgadas e abolidas segundo o mesmo procedimento daquelas.⁵¹

A distinção operada entre as Cartas rígidas e as flexíveis, contudo, não encontra acolhida unânime na doutrina. Há, por exemplo, que fale em constituições *imutáveis*, *graníticas* e *intocáveis*⁵², que não estabelecem o seu próprio processo de reforma, como a Constituição espanhola de 1976 e a italiana de 1848. Seriam constituições permanentes, para toda a vida, não admitindo que nenhum poder possa legitimamente reformulá-las, e, muito menos, revogá-las. Numa palavra, não haveria órgão competente para revê-las.

Vimos, alhures, que se na história dos tempos remotos o dogma das constituições eternas vem registrado, o mesmo não se pode dizer em nossos dias, pois seria errôneo e mesmo ingênuo conceber-se uma Constituição – verdadeiro *organismo vivo*, inalterável, frente à realidade social cambiante, em constante evolução e transformação.

Todavia, ressalta Meirelles Teixeira que algumas Constituições, a exemplo das histórico-costumeiras (Carta inglesa), apresentam uma estabilidade que lhes advém da sua própria natureza, de sua lenta formação, da sua

progressiva adaptação às necessidades políticas e sociais, da educação política do povo a que se aplicam. Trata-se de estabilidade real, autêntica, ao passo que as Cartas escritas, dogmáticas, por faltarem-lhes aquelas condições, procuram criar, artificialmente, uma estabilidade técnica, ao consagrarem processos jurídicos complicados, difíceis, demorados e solenes de reforma.

“Por isso mesmo, autores como McBain preferem falar em estabilidade sociológica (caso da Inglaterra) e estabilidade legal (Brasil, Estados Unidos, França etc.). Daí o paradoxo, apenas aparente, de um país como a Inglaterra, cuja Constituição é flexível, apresentar uma estabilidade política muito maior que os países do continente europeu e da nossa América Latina, como suas enfáticas constituições rígidas. Evidentemente vale muito mais a rigidez sociológica, que se assenta na mais ou menos perfeita adequação entre a Constituição e a conjuntura social e política, que a rigidez puramente jurídica, geralmente incapaz, como sobejamente no-lo demonstra a História, de resistir ao impacto das crises políticas e sociais, do desajustamento entre o sistema político e jurídico e as exigências da realidade político-social”.⁵³

Certos autores⁵⁴ lembram ainda das Constituições *transitoriamente flexíveis*, que podem ser reformuladas, durante certo período, por processos idênticos aos de elaboração de uma lei ordinária, como, por exemplo, a Carta irlandesa de 1922 (art. 50) e as constituições de certos Estados da Alemanha, que permitiam a desnazificação, sem qualquer observância às normas constitucionais. Daí a Carta de Baden (1947), que previa no seu art. 128:

“A lei pode estabelecer normas jurídicas especiais até 31 de dezembro de 1948, no mais tardar, para libertação do povo alemão do nacional socialismo e do militarismo, e para remoção de suas conseqüências”.

Ao lado dessas últimas constituições, enfatiza Nelson Sampaio as *fixas*. Elas seriam assim denominadas pelo fato de só sofrerem

⁵³ TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso...* p. 112.

⁵⁴ Cf. SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O Poder de Reforma Constitucional*. 3.ed.rev.e atual. por Uadi Lamêgo Bulos. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1995, p. 68. TEIXEIRA, J.H.Meirelles. *Curso...* p.112.

⁵¹ BRYCE, James. *Constituciones...* p. 64.

⁵² Cf.:ARNOLD, Gabriel. *De la Révision des Constitutions*. Paris: Arthur Rousseau, 1896.

alterações por meio de um poder de competência igual ao que as criou, isto é, por uma nova manifestação do poder constituinte originário. São constituições silenciosas quanto ao processo de reforma, *e.g.*, o Estatuto do Reino da Sardenha de 1848, que depois se tornou a Constituição da Itália, assim como a Constituição espanhola de 1876.⁵⁵

Houve também quem falasse em *graus de rigidez*⁵⁶, aparecendo a classificação das constituições em *muito rígidas e pouco rígidas*, que variam de acordo com o processo reformador mais ou menos rigoroso, solene e complexo.

Por este critério, a Lei Maior dos Estados Unidos seria muito rígida, porque o processo de sua alteração é difícil e complicado, enquanto a Constituição soviética qualificaria-se-ia como pouco rígida, pois para a sua reforma seriam necessários apenas dois terços dos votos do Soviet Supremo.

Em que pese à diversidade de formulações doutrinárias a respeito do assunto, a rigidez e a flexibilidade consignam critérios classificatórios úteis para a compreensão do mecanismo constitucional de um Estado.

Através da maior ou menor complexidade do processo de reforma, é possível sentirmos a anatomia da organização estatal.

Veja-se, a propósito, o Estado brasileiro, consubstanciado na Carta Política de 5 de outubro de 1988, cuja rigidez das normas que o instituem fica constatada na simples leitura do seu art. 60, em cujo rebaço encontramos os requisitos exigidos para a emenda.

Dentre tais requisitos estão aquelas cláusulas que não podem ser abolidas, levando-nos a admitir que a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes, os direitos e garantias individuais fazem parte da estrutura, da configuração mesma do Estado brasileiro.

E esta rigidez fica mais clara ainda se observarmos o processo de propositura de emendas, pois enquanto a Carta de 1988 poderá ser emendada mediante proposta de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, do Presidente da República, de mais de metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus

⁵⁵ Cf.: SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O Poder de Reforma*.... p. 54 -61.

⁵⁶ Cf. TEIXEIRA, J.H. Meirelles. *Curso*.... p. 112.

membros (art. 60, I, II, III), o mesmo não se exige para a iniciativa de elaboração das leis ordinárias e complementares (art. 61).

Logo, o constituinte de 1988 achou por bem permitir alterações na ordem constitucional somente mediante processos, solenidades e exigências formais, especiais, diversos e mais dificultosos daqueles processos comuns de elaboração legislativa.

Rigidez e flexibilidade, portanto, constituem uma base perfeitamente útil de classificação, principalmente nos países como o Brasil, de escassa educação política e tradição constitucional, com acentuada instabilidade política.⁵⁷

Nesses países as cartas rígidas desempenham importante papel. Servem para demarcar o âmbito de exercício do Poder Legislativo, evitam mudanças desnecessárias, previnem alterações facilitadas e reviravoltas inusitadas, colocando em destaque matérias primordiais para o imperioso equilíbrio da sociedade.

As constituições do tipo rígido possuem um fundamento lógico de existência, pois servem de freio para a deflagração de mudanças bruscas, que porventura tentem comprometer a pacificidade da vida constitucional dos Estados.

A experiência constitucional tem demonstrado que só é admissível tocar nas bases do Texto Supremo em casos de urgência e necessidade, e, mesmo assim, de modo limitado, através do mecanismo da emenda (reforma de menor extensão), antes até do mecanismo de revisão (reforma de maior abrangência).

Com isso não se quer dizer que o corolário da rigidez deva funcionar como óbice às transformações do progresso e da evolução social. A *ratio essendi* do princípio não consigna uma barreira para impedir modificações indispensáveis, oportunas e benéficas para o crescimento material e espiritual da sociedade.

Como acentua Carl Friedrich, o excesso gera a instabilidade, pois o uso exagerado do vetor da rigidez pode causar movimentos revolucionários, quando as disposições do Documento Supremo não conseguirem se ajustar aos novos reclamos sociais, algo admissível em todo o mundo.⁵⁸

⁵⁷ Nesse sentido: TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso*.... p. 106 e ss.

⁵⁸ Cf.: FRIEDRICH, Carl. *Teoria y realidad de la organización constitucional democrática*. Tradução Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 1946.

Acrescente-se a isso que em torno do primado da rigidez alicerçam-se temas fundamentais para a vida constitucional dos Estados, tais como:

- a) a diferença entre poder constituinte e poder 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) indelegabilidade de competências constitucionais.

Realmente, o princípio da rigidez constitucional coaduna-se com o poder criador da Constituição.

Trata-se do poder constituinte originário que, ao desempenhar uma atividade normativa em primeiro grau, difere da função exercida pelo Poder Legislativo, que encontra na Constituição sua origem, limites e formas de atuação, cumprindo-lhe criar leis ordinárias, resoluções, alguns atos políticos e administrativos, cuja atividade encontra-se circunscrita às normas da Lei Maior.

Estas últimas – as normas constitucionais propriamente ditas, a fim de serem reformadas – deparam-se com o primado da rigidez, decorrendo daí a maior dificuldade de alteração das mesmas do que para a modificação dos preceitos jurídicos da ordem estatal.

Ademais, é da essência da rigidez a supremacia *formal* da Constituição. É nesse sentido que se diz que o Texto Constitucional é a Lei das Leis, a Lei Máxima, o Código Supremo de um povo, a base de todo o Direito estatal, o limite de toda a atividade infraconstitucional, o fundamento último de todas as instituições.

Por isso, escreveu José Afonso da Silva com pena de ouro:

“Da rigidez emana, como primordial consequência, o *princípio da supremacia da Constituição* que, no dizer de Pinto Ferreira, ‘é reputado como uma pedra angular, em que se assenta o edifício do moderno direito político’. Significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela

distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas”.⁵⁹

Não se confunda, todavia, a supremacia *formal* com a supremacia *material*. A diferença é de notória importância, pois as constituições flexíveis também são supremas, mas do ponto de vista substancial, sociológico.

É que, como explicam Georges Burdeau⁶⁰ e Franco Modugno⁶¹, a supremacia material pode ser constatada nas cartas flexíveis, logrando nesse caso a natureza sócio-política, sociológica, pois.

Nas palavras de Marcelo Neves,

“Mesmo nos sistemas carentes de Constituição em sentido formal, há um núcleo normativo regulador do processo de produção das normas jurídicas gerais, caracterizado como uma Constituição em sentido material estrito, cujo conteúdo tem uma supremacia jurídica intrínseca, por ser logicamente anterior às demais normas gerais (legais e costumeiras) pertencentes ao ordenamento jurídico. Em realidade, quando, nos sistemas de Constituição flexível, a legislatura ordinária reforma as normas de conteúdo intrinsecamente constitucional (Constituição em sentido material estrito), deve atuar de acordo com o procedimento por elas mesmas prescrito, sob pena de sanção por invalidade formal”.⁶²

Já a supremacia formal seria aquela responsável pela distinção operada entre leis comuns e leis constitucionais. Ela encontra-se adstrita à reforma da Constituição, na medida em que procura estruturar um processo mais dificultoso e solene para a sua mudança.

Dessa supremacia formal promana uma hierarquia normativa, que, partindo da norma superior, tem por escopo regular o modo de criação da norma inferior. Esta, por sua vez, procederá da mesma maneira em relação à norma que

⁵⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso...* p. 49.

⁶⁰ BURDEAU, Georges. *Traité...* p. 90.

⁶¹ MODUGNO, Franco. *L'invalidità della legge*. Milano, Giuffrè, 1970, v. 1, p. 71-72.

⁶² NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 65.

lhe está imediatamente abaixo, e assim por diante.

Como conseqüência da hierarquia normativa, que exige a conformidade da norma jurídica inferior à norma superior, exsurge a idéia de que não deve haver poder arbitrário, pois a nenhum órgão estatal é dado o poder de editar normas incompatíveis com a Constituição.

Ocorrendo contradição entre um ato normativo ou um ato administrativo com a Carta Maior, ter-se-á a hipótese de inconstitucionalidade – o vício mais grave que pode sofrer uma norma ou ato do poder público, porque “coloca em choque uma manifestação derivada, secundária, do exercício do poder público, com as normas fundamentais do Estado, ameaçando-lhe, portanto, a própria estrutura e funcionamento, tal como nelas previstos”.⁶³

Considerado vício irremediável, a inconstitucionalidade é algo que pode violar o princípio da legalidade, em detrimento a algo que é de fundamental importância nos Estados que possuem um Texto Maior rígido: a limitação da atividade legiferante ordinária pelos preceptivos constitucionais.

Sem dúvida, a Constituição, mesmo dotada de supremacia, não está imune aos abusos e violações, tanto por parte do legislador ordinário, como das autoridades públicas em geral.

É exatamente aí que reside o fundamento básico do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público, com vistas à defesa da Carta Magna.

Não basta que as normas constitucionais sejam hierárquica e formalmente superiores às leis em geral, e que estas devam compatibilizar-se àquelas. Urge que seja acionado o mecanismo do controle de constitucionalidade das leis, juridicamente verificado, com o fim específico de fiscalizar a legalidade dos atos normativos.

Entre nós, Gilmar Ferreira Mendes demonstrou que:

“controle jurisdicional de constitucionalidade desenvolve-se, por definição, 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”.⁶⁴

Por fim, o princípio da rigidez também mantém nítida ligação com a indelegabilidade das competências constitucionais.

É sabido que a Constituição distribui competência entre os entes públicos, assim como entre as funções legislativa, executiva e judiciária.⁶⁵

Em matéria de rigidez, a conseqüência mais importante, no que diz respeito às competências constitucionais, pauta-se na impossibilidade de transferir-se a uma entidade ou órgão do poder público uma parcela das atribuições específicas, enfeixadas na *Lex Legum*.

Assim acontece porque as competências de cada entidade constitucional ou órgão público são organizadas de modo cuidadoso, de acordo com a natureza das funções, não sendo possível uma esfera extrapolar a órbita de outra.

Ora, se as cartas rígidas só podem ser alteradas por meio de processos difíceis e complicados, estabelecidos nelas mesmas, logo 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.

Excetuada a via da reforma, qualquer modificação através de lei ordinária, no sistema de competências constitucionais, será inconstitucional. Não pertine, em regra, a delegabilidade de competências nas constituições rígidas, o que obriga o órgão a praticar atos dentro dos limites estabelecidos pelo legislador constituinte.

Tecidas essas breves considerações sobre a importância do princípio da rigidez, que espraia a sua influência sobre todo o ordenamento jurídico, vale examinar como ele se apresenta diante do fenômeno da mutação constitucional.

Para tanto, cumpre indagarmos: a mutação constitucional só ocorre nas constituições rígidas? Estariam as constituições flexíveis também sujeitas a mudanças informais?

A experiência constitucional dilucida que o fenômeno da mutação constitucional independe da rigidez do Texto Magno. Tanto as cartas

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade...* p.117.

⁶⁵ Cf.:ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *As Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1989.

⁶³ TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso...* 126.

rígidas como as flexíveis estão sujeitas ao influxo de novos sentidos, novos significados, que, embora não mudem a letra dos preceitos supremos do Estado, conferem-lhes conteúdos ainda não contemplados, quer através da interpretação e da construção judicial, quer por meio dos usos e dos costumes constitucionais.

Sendo o princípio da rigidez aquele corolário, no qual é estabelecido um processo especial, mais solene e dificultoso, para a alteração das normas constitucionais, seria normal, à primeira vista, que toda e qualquer mudança fosse apenas produzida, com base em requisitos formais e específicos.

Na realidade, nem sempre é assim, pois as constituições, sem qualquer processo formal de modificação, são alteradas no sentido, significado e alcance de seus preceitos, mesmo permanecendo intactas na estrutura, dentro dos moldes estipulados pelo legislador constituinte originário.

Os Estados Unidos, por exemplo, têm Constituição rígida, mas tal rigidez não impediu que certas disposições, mormente as referentes à distribuição de competências entre o Estado central e os Estados-membros, sofressem modificações informais por meio da interpretação judicial, a fim de adaptarem-se à realidade social cambiante.

Óbvio que nessa hipótese a interpretação não feriu a letra plasmada pelo constituinte americano, e a mutação gerada foi “constitucional”, modificando apenas o sentido, o significado e o alcance daqueles preceitos jurídicos, mas sem promover qualquer inconstitucionalidade.

Em França, inobstante a rigidez proclamada pelo seu Texto Supremo, são perceptíveis as mutações ocorridas pelas práticas consuetudinárias. Neste País a atrofia do direito de dissolução do Presidente frente ao Parlamento, anulando uma norma expressa na Constituição, provocou uma mudança difusa, através de um uso constitucional.

Mas a dinâmica constitucional dos Estados demonstra que as constituições flexíveis também são suscetíveis de serem alteradas através de mudanças informais.

Vale dizer: o fenômeno da mutação constitucional não é exclusivo das constituições rígidas.

Certamente, o princípio da rigidez predomina no panorama do constitucionalismo moderno.

Isto não significa que alguns países de Carta flexível escapem da incidência dos processos indiretos de modificação constitucional, *v.g.*, Inglaterra, Nova Zelândia, Finlândia, África do Sul etc.

Do mesmo modo que as constituições rígidas, as flexíveis, por intermédio da interpretação em suas diversas modalidades, da construção dos tribunais, dos usos e costumes constitucionais, estão predispostas a mutações, e, com isto, transformam-se espontaneamente, fora dos processos formais previstos para este fim.

As constituições flexíveis, fora de dúvida, podem lograr novos sentidos e significados na compreensão de seus artigos, incisos, alíneas, seja para acrescentar, suprimir ou alterar algo.

Tomemos como exemplo as mutações constitucionais operadas na histórica e flexível Lei Magna da Inglaterra.

Para facilitar o estudo da Constituição inglesa, os professores de Direito costumam dividi-la, didaticamente, em duas partes: a escrita e a não-escrita.

A parte escrita é composta dos atos ou tratados de união, das leis expressas do Parlamento (*Statutes Law*) e das Cartas – acordos solenes ou pactos (*Bill of Rights*).

A parte não-escrita da Constituição inglesa forma-se pela jurisprudência (*Case Law*) e pelas convenções constitucionais (*Constitutions Conventions*).

São nas *Conventions* que encontramos a parte mais importante da Lei Magna dos ingleses, nas quais repousam o fulcro da organização política do Estado francês, como o Parlamento, o Gabinete, o Primeiro-Ministro, a irresponsabilidade da Coroa, a nulificação do direito de veto, o apelo à decisão do eleitorado em caso de conflito entre o Gabinete e o Parlamento.

Cada convenção apresenta-se como disposições da prática política, sendo tidas como obrigatórias para aqueles a que elas se dirigem. Não podem ser invocadas em juízo e não existem sanções judiciais específicas, se isso lhes fosse solicitado. Malgrado, contêm os grandes princípios políticos, coordenando a mecânica do funcionamento dos poderes.

As *Conventions* apresentam-se como preceitos de natureza costumeira, promanando daí a conclusão de que o Texto inglês é um diploma *não totalmente escrito*, no qual encontramos o fenômeno da mutação constitucional, adaptando ditas convenções à realidade circundante.

Grande parte de certos acontecimentos fundamentais para a conformação do poder político,

que em outros lugares estão revestidos por normas jurídicas numa Carta escrita (Loewenstein), tem lugar na Inglaterra, principalmente na transformação da decisão monárquica pela decisão parlamentar, sem que nenhuma lei tenha outorgado tal faculdade, e mesmo assim sempre há uma absoluta obediência entre as convenções e a realidade constitucional modificada.

Associe-se a tudo isso as decisões jurisprudenciais, interpretativas das cláusulas ininteligíveis, ou melhor, dos atos ou tratados da União, das leis expressas do Parlamento, dos acordos ou pactos solenes (parte escrita), que aumentando e até modificando o sentido original dessas cláusulas, atribuem novos sentidos às prescrições constitucionais.

Enfim, qualquer Constituição, rígida ou flexível, pode sofrer mutação constitucional.

Até porque seria equívoco admitir-se critério absoluto no que concerne à classificação das Constituições, pois nem sempre os textos maiores são totalmente escritos e, muito menos, totalmente consuetudinários (não-escritos).

Se, por um lado, países de documentos rígidos e escritos, como o Brasil, a França, os Estados Unidos, procuram enfeixar, de uma maneira exaustiva e única, os princípios fundamentais que os regem, a estruturação, os limites do poder estatal, as competências, os direitos e deveres dos cidadãos, por outro prisma, surgem, inexoravelmente, outras necessidades e outras carências.

Tais necessidades e carências, manifestadas em momentos afastados no tempo, reclamam o lento trabalho dos costumes ou a atividade técnica dos juízes e tribunais, que interpretando os ditames da Lei Maior, atribuem-se-lhes novas significações, outrora não contempladas.

Demais disso, inadmissível é a hipótese dos textos totalmente costumeiros, vale dizer, inteiramente não-escritos.

Conforme dissemos, até a Constituição da Inglaterra - considerada exemplo típico de Texto consuetudinário e não-escrito -, compõe-se de atos, pactos, cartas, evidenciando uma parte escrita, ao lado da sua parte mais importante, formada pelas convenções constitucionais e decisões jurisprudenciais (parte não-escrita).

E diante das transformações sociais, políticas, econômicas, bem como do influxo de substanciais deslocamentos nos esquemas de distribuição do poder político, as constituições flexíveis -

do mesmo modo que as rígidas -, evoluem no sentido, significado e alcance de seus preceitos, através dos processos informais de alteração constitucional.

5. LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Konrad Hesse chamou-nos a atenção para o intrigante problema dos limites da mutação constitucional.⁶⁶

A maioria da doutrina não enfrentou o tema especificadamente não sendo descipienda a assertiva, segundo a qual inexistente estudo sistemático no tocante às limitações dos processos indiretos de mudança da Constituição.

Contudo, a prática constitucional evidencia a impossibilidade de traçarmos, com exatidão, as limitações a que estão sujeitas o poder constituinte difuso, de que nos fala Burdeau, responsável pela ocorrência daquelas alterações informais, que, se não alteram a letra dos preceitos supremos do Estado, modificam-lhes a substância, o sentido, o significado e o alcance.

Em verdade, não é possível determinar os limites da mutação constitucional, porque o fenômeno é, em essência, o resultado de uma atuação de forças elementares, dificilmente explicáveis, que variam conforme acontecimentos derivados do fato social cambiante, com exigências e situações sempre novas, em constante transformação.

Logo, as mutações constitucionais não se produzem através de meios convencionais e em razão de um Direito Constitucional estático, acomodatório. Ao invés, podem ser produzidas de diversas formas, tais como por intermédio da interpretação, dos usos e costumes, da construção judicial, dentre outros modos de ocorrência do fenômeno.

Uma teoria jurídica dos limites da mutação constitucional só seria possível, ressalta Hesse,

“mediante el sacrificio de uno de los presupuestos metódicos básicos del positivismo: la estricta separación entre ‘Derecho’ y ‘realidad’, así como los que constituyen su consecuencia, la inadmisión de cualesquiera consideraciones históricas, políticas y filosóficas del proceso de argumentación jurídica”.

Mas, o mesmo Hesse conclui que a separação metódica entre Direito e realidade, com o intuito de se obter parâmetros jurídicos para

⁶⁶ HESSE, Konrad. *Escritos...* p. 81 - 104.

determinar os limites da mutação constitucional, esbarra em um problema de magnitude extrajurídica, pois

“dicha realidad resulta inevitablemente – a pesar de la ‘separación metódica’ – jurídicamente relevante: incapaz por definición de operar en el interior de la norma misma, modifica por así decir desde fuera el Derecho constitucional de una forma explicable sólo políticamente, no jurídicamente, al hacer ocupar su lugar por ‘una situación constitucional’ divergente que, desplazando a las normas de la Constitución, deviene ella misma Derecho”.⁶⁷

Outros autores alemães também não responderam de forma satisfatória a questão dos limites da mutação constitucional. Heller, aí incluído, admitiu que o fenômeno encontra limitações na própria normatividade da Constituição. Entende que uma mudança de significado na norma constitucional se encontra adstrita à *normalidade dos fatos*, a qual não pode renegar por completo à *normatividade*, pois ambos elementos estão coordenados entre si, formando a tensão entre o *sein* e o *soler*.

Heller, para chegar a essa conclusão, entendeu 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 participantes consideram essa ordenação e essa forma já realizadas ou por realizar-se no futuro, como algo que deve ser e o atualizam”.⁶⁸

A partir daí compreende que os limites da mutação constitucional só podem ser claramente compreendidos

“cuando la modificación del contenido de la norma es comprendida como cambio ‘en el interior’ de la norma constitucional misma, no como consecuencia de desarrollos producidos fuera de la normatividade de la Constitución, y cuya ‘mutación’ en normatividade estatal tampouco

se puede explicar satisfactoriamente cuando se parte de una relación de coordinación correlativa entre normalidad e normatividade”.

Analisa Hesse⁶⁹ não obstante, ao doutrinar que a mutação constitucional encontra seu limite na própria normatividade da Constituição, Heller utilizou um raciocínio genérico e difícil de precisar, sem pontos de apoio que permitam uma concretização do problema.

Estamos que é impossível se estipular critérios exatos para o delineamento dos limites da mutação constitucional.

Isto porque uma Constituição é um *organismo vivo*, em cujo esteio encontramos a autoconsciência de um povo, assentado em uma base territorial definida, e submetido a um governo soberano, numa determinada época histórica, sujeita a fatores sociais cambiantes.

Como a doutrina das mutações constitucionais é o reflexo, teórico e prático, desses fatores sociais cambiantes, ela se produz quando a normatividade constitucional se modifica pelo influxo de acontecimentos que não afetam a sua forma, porém transmutam seu conteúdo.

Por conseguinte, o fenômeno é *involuntário* e *intencional*, como disseram Laband e Jellinek, e por isso não podemos imprimir-lhes uma exatidão, a ponto de prevermos a unanimidade dos casos de mutação constitucional que a experiência possa ensejar.

Diversamente da reforma constitucional, a mudança difusa da Lei Maior não segue limites previstos pelo legislador, nem tampouco formas expressas e sacramentadas. Surge espontaneamente, de modo subreptício, sem previsões de quando irá ocorrer.

Por essa razão, Georg Jellinek, nascido em Leipzig (16.6.1851) e falecido em Heidelberg (12.1.1911), um dos pioneiros no estudo das mutações constitucionais, observou, percuientemente:

“Los preceptos constitucionales a menudo son oscuros o extensos y sólo el legislador les da sentido preciso mediante leyes que los concretan de modo muy parejo a como el juez, primero, toma conciencia clara del contenido de las leyes que ha de aplicar. Así como por lo general la aplicación jurisprudencial de los textos legales vigentes está sujeta a

⁶⁷ HESSE, Konrad. *Escritos...* p. 91.

⁶⁸ HELLER, Herman. *Teoria do Estado*. Tradução Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jôu, 1968. p. 296.

⁶⁹ HESSE, Konrad. *Escritos...* p.99.

las necesidades y opiniones variables de los hombres, lo mismo ocurre con el legislador, cuando interpreta mediante leyes ordinarias la Constitución. Lo que parece en un tiempo inconstitucional emerge más tarde conforme a la Constitución y así la Constitución sufre, mediante el cambio de su interpretación, una mutación. No sólo el legislador puede provocar semejantes mutaciones, también pueden producirse de modo efectivo mediante la práctica parlamentaria, la administrativa o gubernamental y la de los tribunales. Han de interpretar las leyes y también las normas constitucionales, pero de modo subrepticio una ley constitucional puede adquirir, poco a poco, un significado totalmente distinto al que tenía en el sistema originario”.⁷⁰

Diante de tudo isso, as mudanças informais da Constituição não encontram limites em seu exercício. A única limitação que poderia existir - mas de natureza subjetiva, e, até mesmo psicológica, seria a *consciência* do intérprete de não extrapolar a forma plasmada na letra dos preceptivos supremos do Estado, através de interpretações deformadoras dos princípios fundamentais que embasam o Documento Maior.

Assim, estar-se-ia evitando as mutações inconstitucionais, e o limite, nesse caso, estaria por conta da ponderação, por parte do intérprete, ao

empreender o processo interpretativo, que sem transbordar os mecanismos de controle de constitucionalidade, adequaria a Lei Máxima à realidade social cambiante.

É inegável que esse limite subjetivo, consubstanciado no elemento psicológico da consciência do intérprete em não desbordar os parâmetros jurídicos, através de interpretações maliciosas e traumatizantes, não pode ser levado às últimas conseqüências, diante da realidade cotidiana dos diversos ordenamentos constitucionais.

Referimo-nos à existência de mudanças informais, resvaladoras dos cânones normativos, preceituados nas Constituições, que nem sempre seguem os moldes estabelecidos pelo poder constituinte originário.

Ao invés, o que se constata, cada vez mais, é a proliferação dos processos inconstitucionais de mutação do Texto Magno, ou porque o controle de constitucionalidade não se apresenta efetivo, “ou porque esse controle não logra atingir o universo de atos e práticas desenvolvidas no âmbito dos poderes constituídos, ou porque pela própria natureza do processo ele se subtrai, sem possibilidade de sanção, a qualquer controle de constitucionalidade, exercido por órgão ou poder constituído. O único tipo de controle que poderá incidir sobre tais mutações é o controle não organizado, isto é, acionado por grupos de pressão, pela opinião pública, pelos partidos políticos etc.”.⁷¹

⁷⁰ JELLINEK, Georg . *Reforma Y mutacion...* p. 15 - 16.

⁷¹ FERRAZ, Anna Candida da Cunha . *Processos informais...* p. 213 -214.