

## 4

**Sumário:** 4.1. Problema terminológico. 4.2. A necessidade política como transformadora da Constituição. 4.2.1. O conceito jurídico de necessidade. Estado de exceção e mutação constitucional. 4.3. Atos normativos e mutação constitucional. 4.4. O problema do costume constitucional. 4.5. Mutação pelas práticas constitucionais. 4.5.1. Convenções constitucionais. 4.6. Constituição e interpretação constitucional. 4.6.1. Interpretação e aplicação. 4.6.2. Realização, interpretação e concretização da Constituição. 4.6.3. Normatividade. 4.6.4. Interpretação e linguagem. 4.6.5. Dificuldades de investigação do conceito semântico da norma. 4.6.6. Sentido da norma e convenções lingüísticas. 4.6.7. A interpretação constitucional. 4.6.8. Interpretação e mutações constitucionais. 4.7. Limites da mutação constitucional.

### 4.1

#### Problema terminológico

Cabe aqui fazer algumas considerações acerca da terminologia utilizada no estudo das mudanças constitucionais, que, talvez, ajudem a prevenir eventuais confusões. Uma primeira observação refere-se à variedade de expressões que indicam fenômenos ligados a mudanças constitucionais. A escolha terminológica depende em alguma medida das idiossincrasias de cada autor, circunstância que, a princípio, parece nos colocar diante de uma babel lingüística e nos impõe certa reserva na comparação dos dados lingüísticos de diferentes sistemas.

Devemos estar advertidos, ainda, de que muitas vezes as palavras deitam raízes históricas numa determinada língua, mas acabam circulando como conceito jurídico abstrato, sofrendo freqüentemente modificações de acordo com a tradução feita para uma língua particular.

Além disso, não raro se percebem diferenças de significado entre palavras idênticas, em decorrência da escolha política do poder nacional. Como é cediço, a criação da norma jurídica é prerrogativa do poder político, enquanto a definição dos conceitos necessários ao conhecimento da norma jurídica e a sua classificação é tarefa primordial da doutrina.

A origem do termo “mutação constitucional” nos remete ao vocábulo alemão “*Verfassungswandlung*”, criado por Laband.<sup>1</sup> A tradução desta expressão alemã não é uniforme, o conceito que se tem do fenômeno tampouco. Pedro Cruz Villalon observa que o primeiro conceito a sofrer alteração de significado (*Bedeutungswandel*) é precisamente o de “mutación” ou “mudanza” constitucional. Neste sentido, ele nos dá notícia da variação existente nas traduções para o castelhano do vocábulo alemão em tela:

“Los comienzos de la traducción al castellano han sido un tanto erráticos: La traducción de F. DE LOS RIOS de la ‘Teoría General del Estado’, de Georg JELLINEK (reimpresión de 1978, buenos Aires, páginas 405 y ss.) se inclina por el término ‘modificación’; la de L. LEGAZ LACAMBRA de la ‘Teoría General del Estado’, de Hans KELSEN (reimpresión de 1979, México, pág. 332) se inclina por ‘cambio de constitución’; la de Luis TOBIO de la ‘Teoría del Estado’, de Herman HELLER (México, 1934, pág. 278) se inclina por ‘reforma constitucional’. Quizá a la vista de este estado cosas GARCIA-PELAYO propuso en su ‘Derecho constitucional comparado’ (*cit.* n. 53, pág. 137) el término ‘mutación constitucional’, seguido por A. GALLEGO ANABITARTE en su traducción de la ‘Teoría de la Constitución’, de Karl Loewenstein (*cit.* n. 51, pág. 165). Siguiendo este intento de afianzar una sola versión castellana, la traducción del trabajo de HESSE se atiene estrictamente al término propuesto por GARCIA-PELAYO, por encima de la personal preferencia por el término ‘mudanza constitucional’ que me permito emplear ocasionalmente en esta nota de forma alternativa. Por lo demás, la doctrina alemana utiliza indistintamente los términos ‘*Verfassungswandlung*’ y ‘*Verfassungswandel*’.”<sup>2</sup>

A tradução de García-Pelayo numa expressão complexa - “mutación constitucional”<sup>3</sup> - acabou se consagrando, sendo hoje a mais utilizada pela doutrina hispânica.<sup>4</sup>

Verdú<sup>5</sup> explica que *Wandlung* significa, em alemão, câmbio, mutação, transformação e *transubstanciação* (mistério da Eucaristia). Esta última acepção, diz o citado autor, corrobora a influência de palavras teológicas no direito

<sup>1</sup> *Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*; Dresde 1895. Apud DAU-LIN, Hsü. *Op. cit.*, p. 29.

<sup>2</sup> O fragmento citado é de Pedro CRUZ VILLALON, na “Introducción” (versão castelhana) da obra de HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. XXVI, nota 60.

<sup>3</sup> Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, p. 137.

<sup>4</sup> Podemos citar, dentre outros, dois trabalhos em língua espanhola bastante interessantes que utilizam a expressão “mutación constitucional” para referir-se ao fenômeno aqui estudado: VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid: Tecnos, 2000, p. 179-215; e URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. “Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 20. Núm. 58. Enero-Abril 2000, p. 105-135.

<sup>5</sup> Prólogo à tradução espanhola do livro de Dau-Lin, p. 13-14.

constitucional, conforme o notaram Kelsen<sup>6</sup> e Schmitt.<sup>7</sup> É sintoma, aliás, de que “*las mutaciones constitucionales realizan una ‘transubstanciación’ de las normas constitucionales; transforman el contenido normativo, respetando su texto*”.<sup>8</sup>

Acreditamos que a locução “mutação constitucional”, utilizada por autores de língua portuguesa, seja uma recepção direta da tradução espanhola “mutación constitucional”, facilitada pela proximidade das línguas e pelo prestígio na comunidade jurídica internacional do jurista espanhol que a traduziu do alemão.

Há de se destacar, contudo, que a mutação constitucional também recebeu outros apelidos para designar o mesmo fenômeno: processos informais ou não formais, processo indiretos ou oblíquos de mudança constitucional, mudança material, mudança constitucional silenciosa (*stillen verfassungswandlungen*), meios difusos de alteração constitucional, vicissitude constitucional tácita, transição constitucional etc.

Jorge Miranda denomina a mutação de *vicissitude constitucional tácita*. O autor entende por *vicissitudes constitucionais* “quaisquer eventos que se projetem sobre a subsistência da Constituição ou de algumas das suas normas”.<sup>9</sup> Tendo como um dos diferentes critérios de recorte classificatório o *modo* ou forma através da qual se produzem as modificações, o autor chegou a divisar, dentre as vicissitudes constitucionais, aquelas que seriam: *expresas* – o evento constitucional produz-se como resultado de ato a ele especificamente dirigido (reforma); e *tácitas* – o evento é um resultado indireto, uma conseqüência que se extrai a *posteriori* de um fato normativo historicamente localizado (mutação).<sup>10</sup> São vicissitudes tácitas o costume constitucional, a interpretação evolutiva da Constituição e a revisão indireta.<sup>11</sup>

Canotilho utiliza indistintamente as expressões *mutação* e *transição constitucional* ao referir-se ao problema da “revisão informal do compromisso

<sup>6</sup> *Ensayos sobre Jurisprudencia y Teología*, México: BÉFDP, 2003.

<sup>7</sup> *Teología Política*. Em: Carl Schmitt, Teólogo de la Política, México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

<sup>8</sup> Pablo Lucas VERDÚ, Prólogo à tradução espanhola do livro de Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 14.

<sup>9</sup> Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, p. 109.

<sup>10</sup> Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, p. 109-110.

<sup>11</sup> Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, p. 112, 116-117.

político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional”.<sup>12</sup>

Machado Horta reconhece uma relação epistemológica entre permanência, mudança e mutação constitucional. Para além do tratamento conceitual já consagrado na Teoria da Constituição, o autor aborda o significado dos vocábulos utilizados por quem se propõe a enfrentar a fecunda temática das transformações constitucionais. Isso confirma que o problema terminológico é de fato o primeiro obstáculo a ser superado no desenvolvimento do estudo das mutações. Para Machado Horta:

“... as mutações constitucionais abrangem no seu conteúdo mais amplo as mudanças da Constituição, entendidas como espécies do comportamento constitucional daquele gênero. A permanência da Constituição é o contrário da mutação, em relação antitética, enquanto a mudança compreende as formas concretas de mutação constitucional, para incorporar mutações formais, previstas na Constituição, como instrumento da modificabilidade do texto constitucional, em procedimento distinto da mutação constitucional, no sentido estrito, concebida, esta última, como mudança não-formal da Constituição, provindo de convenções e usos parlamentares, em convívio com o texto, que a mutação altera no seu espírito e significado, sem tocar na regra escrita. O sentido abrangente da mutação constitucional se ajusta à idéia da Constituição rígida e supera o entendimento tradicional, elaborado em função da Constituição flexível e da concepção historicista das instituições. A correlação entre permanência, mutação e mudança constitucional decorre da incidência no objeto de conhecimento comum, a Constituição...”<sup>13</sup>

Podemos destacar, do fragmento supracitado, que Machado Horta concebe o vocábulo “mutação” em dois sentidos distintos, um amplo e outro estrito. Mutação no sentido *amplo* seria antítese de permanência, abrangendo tanto as mudanças formais quanto as informais. A palavra “mudança”, por sua vez, é utilizada como forma concreta de mutação. Mutação no sentido *estrito* é a mudança não-formal da Constituição.

Pedro de Vega é outro autor que destaca a falta de uniformidade no tratamento e na terminologia que a doutrina estrangeira utiliza a respeito das mutações constitucionais. Na França, faz-se alusão ao fenômeno da mutação constitucional sob a ampla epígrafe do costume (*coutume constitutionnelle*). Já na

<sup>12</sup> José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1101.

<sup>13</sup> HORTA, Raul Machado. “Permanência, Mutações e Mudança Constitucional”, *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Edição 2 de 1999, Ano XVII, p. 1. <http://www.tce.mg.gov.br/revista>. Acesso em 8-3-2005.

Itália é mais freqüente denominá-lo de modificação constitucional tácita (*modificazioni tacite della Costituzione*). Na Alemanha, houve uma elaboração mais completa e rigorosa das modificações não formais da Constituição, sob a expressão consagrada de mutação constitucional (*Verfassungswandlung*).<sup>14</sup>

É de destacar-se, ainda, que Anna Cândida da Cunha Ferraz utiliza a expressão *mutação constitucional* somente para “todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido, o significado e o alcance da Constituição *sem contrariá-la*; as modalidades de processos que introduzem alteração constitucional, contrariando a Constituição, ultrapassando os limites constitucionais fixados pelas normas, enfim, as alterações inconstitucionais são designadas por *mutações inconstitucionais*.”<sup>15</sup> Na visão desta autora, portanto, o termo “mutação constitucional” só é apropriadamente utilizado quando presentes os seguintes requisitos: a) houver alteração de sentido, do significado ou do alcance da norma constitucional; b) a mutação for compatível com a letra e com o espírito da Constituição; e c) a alteração da Constituição se processar por modo ou meio diferentes das formas organizadas de poder constituinte instituído ou derivado.<sup>16</sup>

## 4.2

### A necessidade política como transformadora da Constituição<sup>17</sup>

Jellinek destacou o papel da *necessitas* como fonte criadora do direito. O jurista alemão trabalha com a premissa de que os acontecimentos históricos ligados a elementos centrais do Estado, e que perturbam seus fundamentos, ensejam amiúde necessidades políticas que atuam como elementos transformadores da Constituição. Por isso, disse ele que

*“Las usurpaciones y las revoluciones provocan en todas partes situaciones en las que el Derecho y el hecho, aunque tienen que distinguirse*

<sup>14</sup> Pedro de VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 179.

<sup>15</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. Editora Max Limonad, 1986, p. 10.

<sup>16</sup> Anna Cândida da Cunha FERRAZ, *op. cit.*, p. 11.

<sup>17</sup> Georg JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, p. 29-35.

*estrictamente, se transforman el uno en el otro. El fait accompli – el hecho consumado – es un fenómeno histórico con fuerza constituyente, frente al cual toda oposición de las teorías legitimistas es, en principio, impotente”.*<sup>18</sup>

É importante ressaltar que, na concepção jellinekiana, a *necessitas* não surge apenas nos momentos cruciais da história do Estado, verificando-se não raro no curso normal da vida estatal, ou seja, na experiência quotidiana dos povos, quando algumas circunstâncias acabam por transformar a organização estatal, sem que se altere o texto da Constituição.

O jurista analisa diferentes casos de mutação ocorridos na vigência da Constituição do *Reich* alemão (1871), documento que ele considera emblemático em razão da peculiar origem e formação do império.

Pois bem, Jellinek ilustra sua explanação, inicialmente, com o seguinte exemplo, colhido na vigência da Constituição imperial, que dispunha: “*corresponde al Emperador convocar al Bundesrat y al Reichstag, inaugurarlos, suspender sus sesiones y clausurarlas*”. O jurista alemão explica que a convocação do *Bundesrat* e do *Reichstag* acontecia anualmente, e podia ocorrer a convocação tão só do *Bundesrat* para a preparação dos trabalhos. O contrário, todavia, não era admitido, i. e., convocar-se apenas o *Reichstag* sem chamar o *Bundesrat*.<sup>19 20</sup>

Jellinek observou que a última convocação do *Bundesrat* ocorrera precisamente em 22 de agosto de 1883,<sup>21</sup> e “desde então este colégio não mais se fechou”. Assim, em clara contradição com o texto expresso da Constituição, converteu-se o *Bundesrat*, na prática, em uma Câmara permanente.

<sup>18</sup> Georg JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, p. 29.

<sup>19</sup> Georg JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, p. 30.

<sup>20</sup> Os dispositivos pertinentes da Constituição imperial de 16 de abril de 1871, reproduzidos adiante, foram extraídos da versão italiana, única à qual tivemos acesso: LANCHESTER, Fulco. *Le Costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn: introduzione e testi*, Milano: Giuffrè Editore, 2002, p. 165. Todas as vezes que aqui nos referirmos ao texto da Constituição imperial alemã de 1871, ou reproduzirmos parte dela, será com base na supracitada tradução italiana. Eis as disposições:

“Art. 12 – *L’Imperatore convoca, apre, proroga e chiude il Bundesrath e il Reichstag.*

Art. 13 – *Il Bundesrath ed il Reichstag, sono convocati tutti gli anni. Il Bundesrath può essere convocato senza il Reichstag per la preparazione dei lavori, ma il Reichstag non può essere convocato senza il Bundesrath.*

Art. 14 – *La convocazione del Bundesrath deve aver luogo ogni volta che essa è chiesta da un terzo dei voti che lo compongono”.*

<sup>21</sup> É mister enfatizar que o escrito de Jellinek data de 1906.

Mas por que razão teria ocorrido essa mutação constitucional?

Jellinek esclarece que o organismo em questão exercia diversas funções (legislativas, administrativas e judiciais) em medida sempre crescente, de sorte que suas atividades já não poderiam interromper-se, segundo ele, por mais tempo que as de um ministério ou de um tribunal. Juridicamente, não pairava dúvida de que a instituição deveria reunir-se e funcionar apenas durante um determinado lapso anual, quando convocada. Diante desse fato, o mais espantoso era que alguns juristas passavam ao largo da questão, parecendo não se darem conta da conversão do *Bundesrat* em um colégio permanente, e, portanto, com *status* bem diverso do que lhe fora conferido pelo diploma constitucional. De qualquer forma, a ninguém se afigurou inconstitucional o fato de o *Bundesrat* ter se tornado uma assembléia permanente.<sup>22</sup>

Outra mutação, esta de maior significado histórico, é atinente à posição do chanceler<sup>23</sup> do *Reich* na primeira fase de sua experiência como chanceler federal da União alemã do Norte. Informa Jellinek que o chanceler do *Reich* reunia em si três diferentes qualidades jurídicas: 1ª) Presidente do *Bundesrat*; 2ª) Plenipotenciário da Prússia no *Bundesrat*; e 3ª) Ministro do *Reich* responsável perante o Imperador.

Segundo a Constituição do *Reich* (arts. 9 e 16)<sup>24</sup>, “só os membros do *Bundesrat* ou os comissários delegados pelo *Bundesrat*, podem apresentar-se nas sessões do *Reichstag*, e só eles tem o direito de pedir a palavra representando as opiniões de seu Governo ou as propostas do *Bundesrat*”. Ademais disso, salienta Jellinek, “o *Bundesrat* é plenamente irresponsável perante o *Reichstag*, já que evidentemente é um fator legislativo frente a outro”.<sup>25</sup> Neste caso, o chanceler do *Reich* só podia pedir a palavra na qualidade de plenipotenciário da Prússia, jamais

<sup>22</sup> Georg JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, p. 30-31.

<sup>23</sup> **Chanceler** era a denominação do chefe de governo da Alemanha unificada no séc. XIX, nomeado pelo *kaiser* (imperador) e só responsável perante ele.

<sup>24</sup> “Art. 9 – Ogni membro del Bundesrath ha diritto di intervenire al Reichstag e di esservi sentino ogni volta che lo desidera onde esporre l’opinione del suo Governo, quand’ anche questa non sia adottata dalla maggioranza del Bundesrath. Nessuno può nello stesso tempo esser membro del Bundesrath e del Reichstag.

Art. 16 – Le proposte che devono essere deferite al Reichstag in ragione delle decisioni del Bundesrath, gli sono transmesse in nome dell’Imperatore. Queste proposte sono sostenute dai membri del Bundesrath o da commissari speciali nominati dal Bundesrath”. (LANCHESTER, Fulco. *Le Costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn: introduzione e testi*, Milano: Giuffrè Editore, 2002, p. 164-165).

<sup>25</sup> Georg JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, p. 32.

como ministro do *Reich*. Ocorreu que o príncipe Bülow, em certa ocasião, violou o disposto na Constituição ao expor a política exterior do *Reich* ao *Reichstag*. Como essa política não é assunto da Prússia, pode-se considerar que ele exorbitou de sua competência. Jellinek salienta, por outro lado, que o chanceler do *Reich* podia proibir, nas sessões do *Reichstag*, qualquer crítica contra ele a propósito de suas palavras e atos porque sua presença no *Reichstag* se justificaria apenas como membro do *Bundesrat*, sem responsabilidade. No entanto, diz Jellinek, nunca ocorreu do Presidente do *Reichstag* advertir o chanceler sobre os limites constitucionais de sua posição na Câmara. Tornou-se comum, aliás, que o *Reichstag* se atribuísse o direito de interpelar diretamente o chanceler. Este, por sua vez, representava no *Reichstag*, de fato, a política do Império alemão, e não a do estado da Prússia, membro da Federação. Havia portanto um claro contraste entre o texto constitucional e a situação real.<sup>26</sup>

A lei da lugar-tenência (ou substituição), de 17 de março de 1878, criada por Bismarck, é outro exemplo de mutação operada mediante *necessitas*. Esta lei conferiu ao imperador a faculdade de nomear substitutos do chanceler. Ocorre que o chanceler não tinha condições de gerir as tarefas de todas as autoridades do *Reich*. Era humanamente impossível assumir, sozinho, a responsabilidade de todos os assuntos de um Império à época formado por sessenta milhões de habitantes. Assim sendo, a instituição dos substitutos (por natureza temporários) impunha-se como uma necessidade real (e permanente), pois, sem os quais, o chanceler não daria conta de todas as necessidades da administração do *Reich*. Laband<sup>27</sup> também sublinha o caráter permanente do instituto do lugar-tenente. Neste contexto, a Constituição imperial, que caracterizava o chanceler como único ministro responsável, já não poderia compatibilizar-se com a realidade.<sup>28</sup>

É de notar-se, ainda, que Jellinek observou essas mutações sem deixar de assinalar a posição da doutrina majoritária, que, até então, comentava os dispositivos pertinentes da Constituição bismarkiana sem atentar para as mudanças essenciais que estavam acontecendo no sentido originário do texto constitucional.

---

<sup>26</sup> Georg JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, p. 33-34.

<sup>27</sup> Paul LABAND, *Wandlungen*, p. 17, *Staatsrecht*, I, p. 359. Apud Georg JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, p. 35 nota 52.

<sup>28</sup> Georg JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, p. 34-35.

#### 4.2.1

### O conceito jurídico de necessidade. Estado de exceção e mutação constitucional.

A idéia de necessidade é freqüentemente invocada para justificar o estado de exceção. O adágio latino *necessitas legem non habet* (a necessidade não tem lei) pode ser entendido em dois sentidos opostos: “a necessidade não reconhece nenhuma lei” e “a necessidade cria sua própria lei” (*nécessité fait loi*).<sup>29</sup> A origem desse princípio pode ser encontrada na formulação do *Decretum* de Graciano, onde aparece duas vezes: uma na glosa e outra no texto.

“A glosa (que se refere a uma passagem em que Graciano limita-se genericamente a afirmar que ‘por necessidade ou por qualquer outro motivo, muitas coisas são realizadas contra a regra’, *pars I, dist. 48*) parece atribuir à necessidade o poder de tornar lícito o ilícito (*si propter necessitatem aliquid fit, illud licite fit: quia quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum. Item necessitas legem non habet*).<sup>30</sup>

Mas é no texto seguinte de Graciano (*pars III, dist. I, cap. II*), relativo à celebração da missa, que esse entendimento parece ficar mais claro. Depois de haver explicado que o sacrifício deve ser oferecido sobre o altar ou em um lugar consagrado, Graciano acrescenta:

“É preferível não cantar nem ouvir missa a celebrá-la nos lugares em que não deve ser celebrada; a menos que isso se dê por uma suprema necessidade, porque a necessidade não tem lei” (*nisi pro summa necessitate contingat, quoniam necessitas legem non habet*).<sup>31</sup>

Do que se viu acima, o filósofo italiano Giorgio Agamben conclui: “Mais do que tornar lícito o ilícito, a necessidade age aqui como justificativa para uma transgressão em um caso específico por meio de uma exceção”.

Agamben mostra também como esse princípio é comentado por Tomás de Aquino na *Summa theologiae*, evidenciando que também ali a teoria da

<sup>29</sup> Giorgio AGAMBEN, *Estado de exceção*, p. 40.

<sup>30</sup> Giorgio AGAMBEN, *Estado de exceção*, p. 40.

<sup>31</sup> Giorgio AGAMBEN, *Estado de exceção*, p. 40.

necessidade aparece como uma teoria da exceção (*dispensatio*), em virtude da qual um caso particular escapa à obrigação da observância da lei. O fundamento último da exceção não é propriamente a necessidade, mas o princípio segundo o qual

“toda lei é ordenada à salvação comum dos homens, e só por isso tem força e razão de lei [*vim et rationem legis*]; à medida que, ao contrário, faltar a isso, perderá sua força de obrigação [*virtutem obligandi non habet*]”.<sup>32</sup>

Depois de haver esclarecido que é estranha ao mundo medieval a idéia de que uma suspensão do direito pode ser necessária ao bem comum, Agamben afirma que somente com os modernos o estado de necessidade tende a ser incluído na ordem jurídica e a apresentar-se como verdadeiro “estado” da lei.

“O princípio de que a necessidade define uma situação particular em que a lei perde sua *vis obligandi* (esse é o sentido do adágio *necessitas legem non habet*) transforma-se naquele em que a necessidade constitui, por assim dizer, o fundamento último e a própria fonte da lei. Isso é verdadeiro não só para os autores que se propunham a justificar desse modo os interesses nacionais de um Estado contra um outro (como na fórmula *Not kennt kein Gebot* usada pelo chanceler prussiano Bethmann-Hollweg e retomada no livro homônimo, de Josef Kohler [1915]), mas também para os juristas, de Jellinek a Duguit, que vêem na necessidade o fundamento da validade dos decretos com força de lei emanados do executivo no estado de exceção”.<sup>33</sup>

O estado de exceção, de que também trata García-Pelayo ao referir-se à “normalização de medidas anormais”, é apontado pelo jurista espanhol como fator de transformação constitucional. “Mas sea porque la situación real imaginada como excepcional se haya convertido en normal, sea porque los partidos utilicen como instrumento tales posibilidades excepcionales, aunque en realidad no lo exija la situación, el hecho es que lo excepcional se convierte en normal y lo normal tiende a convertirse en normativo, y con ello es patente que se verifica una transformación en la estructura constitucional”.<sup>34</sup> O autor citado considera que o problema se agrava ao levar-se em conta que, junto ao direito de necessidade “intra constitucional”, tem surgido também um direito de necessidade “extra

<sup>32</sup> Giorgio AGAMBEN, *Estado de exceção*, p. 41.

<sup>33</sup> Giorgio AGAMBEN, *Estado de exceção*, p. 43.

<sup>34</sup> Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, p. 136.

constitucional” – distinção que toma emprestada de W. Kāgi<sup>35</sup> – não dentro, mas “junto” ou “sobre” o texto constitucional, direito que pode ser justificado baseando-o na “essência”, na “norma suprema não escrita”, nos “princípios”, etc., da constituição, ou pode ser considerado como “ato jurídico irregular”, como “superioridade momentânea dos fatos”, etc.; porém, ao repetir-se de modo normal produz uma alteração na constituição vigente, esteja ou não em desacordo com os princípios que a informam.

Um exemplo típico desse processo seria a transferência de competência do legislativo para o executivo, alterando o esquema previsto na distribuição de competências constitucionais.<sup>36</sup> Tal exemplo seria perfeitamente aplicável à realidade constitucional brasileira, onde o Presidente da República tem exercido a função de verdadeiro legislador através da edição de inúmeras medidas provisórias, com força de lei (CF: art. 62), para regular situações do interesse do governo, e, muitas vezes, sem que estejam devidamente presentes os pressupostos de relevância e urgência que justificariam a medida. Mesmo com a aprovação da Emenda Constitucional nº 32, de 11/9/2001 - que alterou o art. 62 da Constituição Federal, disciplinando de forma detalhada o uso das medidas provisórias – ainda constitui um grave problema político o uso reiterado dessa faculdade constitucional pelo Presidente. É comum que os trabalhos das Casas Legislativas do Congresso Nacional fique paralisado em virtude da apreciação prioritária que se deve fazer das medidas provisórias (CF: art. 62, § 6º, acrescido pela EC nº 32/2001), ficando em segundo plano a deliberação sobre projetos de leis dos deputados e senadores.

---

<sup>35</sup> W. KÄGI: *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*. Zurich (1945?), p. 115. Apud Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, p. 137 (nota 28).

<sup>36</sup> Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, p. 137.

### 4.3

#### Atos normativos e mutação constitucional<sup>37</sup>

José Afonso da Silva destaca que a mutação pode ocorrer por atos praticados pelo poder público visando à complementação de normas constitucionais (leis, atos executivos, políticas públicas), entendendo que só são válidas mutações emanadas desses atos quando expandem normas constitucionais que requeiram integração para sua aplicação.<sup>38</sup>

Certo de que as mutações podem surgir como conseqüência de atos legislativos, Vega destaca três circunstâncias que convém considerar.

Em primeiro lugar, ele fala da natureza das normas constitucionais que, não raro, limitam-se a enunciar princípios, cuja aplicação concreta exige um provimento legislativo posterior (através de lei ordinária). Seria o caso das normas de *eficacia diferida* (Pierandrei), suscetíveis de interpretações e realizações diversas, podendo ocasionar a criação de mutações.

Em segundo lugar, o autor enfatiza que as Constituições modernas são produto do consenso de forças políticas antagônicas que concorrem na sua elaboração. Por isso, muitas vezes encontramos, na mesma Constituição, dispositivos ambíguos e contraditórios. Vega fornece um exemplo de normas contraditórias da Constituição espanhola: artigo 38 (no qual se reconhece a economia de mercado) e os artigos 128 e 131 (onde se protegem especialmente os interesses do setor público e da planificação). Trata-se de situação que potencializa o aparecimento de mutações; pois, na medida em que o legislador privilegie uma das perspectivas, ou a economia de mercado, ou a planificação, estará fatalmente criando uma mutação constitucional em relação à outra norma.

Por derradeiro, Vega destaca a existência de disposições constitucionais que delegam ao legislador ordinário a tarefa de desenvolver seus próprios preceitos. Isso pode levar a duas conseqüências: a) *essa legislação não se estabelece*, o que daria lugar a “mutações por impossibilidade de exercício ou por

---

<sup>37</sup> Pedro de VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 190-195.

<sup>38</sup> José Afonso da SILVA, *Poder Constituinte e Poder Popular*, p. 288.

desuso das competências atribuídas na Constituição” (Dau-Lin); b) *essa legislação nasce*, mas devido à distribuição das forças políticas, a mutação constitucional aparece na medida em que se amplie ou se restrinja o sentido da norma fundamental.

A abundância de declarações de princípio, a ambigüidade de muitos dispositivos do texto constitucional e a remissão permanente de várias matérias ao legislador ordinário são fatores responsáveis pela criação de mutações no ordenamento constitucional espanhol, por meio de atos normativos.<sup>39</sup>

Ao par desses fatores, outro elemento a que o autor atribui especial relevância no ordenamento espanhol é a chamada “**lei orgânica**”. Trata-se de uma categoria de lei prevista no artigo 81 da Constituição espanhola de 1978:

“Artigo 81º - 1 – São leis orgânicas as leis relativas ao desenvolvimento dos direitos fundamentais e das liberdades públicas, as leis que aprovem os estatutos de autonomia e o regime eleitoral geral e as outras leis previstas na Constituição.

2 – A aprovação, a modificação ou a revogação das leis orgânicas exigirá maioria absoluta do Congresso, em votação final sobre o conjunto do projeto”.<sup>40</sup>

É de notar-se que os conteúdos reservados às leis orgânicas têm a natureza de norma materialmente constitucional, favorecendo, destarte, que se operem modificações constitucionais sem que seja seguido o procedimento especial da reforma.<sup>41</sup>

Ainda no tocante às leis orgânicas, Vega faz uma importante observação, dizendo que na Alemanha e na Itália as leis desse tipo são consideradas dentro da categoria de “lei constitucional”, o que, na opinião do autor, seria mais razoável, contribuindo inclusive para remediar as dificuldades e problemas que a rigidez constitucional poderia sofrer com o advento das leis orgânicas. As leis constitucionais, nos países citados, estão na mesma categoria formal da

<sup>39</sup> Pedro de VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 192.

<sup>40</sup> O texto integral do artigo 81 da Constituição da Espanha foi extraído da versão portuguesa de Jorge MIRANDA, in *Constituições de diversos países*, vol. I, 3ª ed., Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1986, p. 305.

<sup>41</sup> Pedro de VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 192-193.

Constituição, o que implica dizer que as mutações das quais falamos seriam, em realidade, impossíveis. Isto é,

*“Las leyes constitucionales podrán presentarse en ciertos casos como auténticas reformas de la Constitución, pero nunca como modificaciones no formales de la misma”.*<sup>42</sup>

Vega<sup>43</sup> assinala que “num sistema constitucional rígido, qualquer modificação que se estabeleça na legalidade fundamental, à margem do procedimento de reforma, não admite outra interpretação possível que a de entendê-la como uma violação da Constituição. Por isso não cabe falar de mutações criadas diretamente por atos normativos. Uma lei com conteúdos materiais opostos à norma fundamental não gera uma mutação, senão simples e plenamente uma hipótese de inconstitucionalidade. A mutação aparece tão-somente quando como consequência de um ato normativo (ou de sua ausência) que, jurídica e formalmente, não contém uma inconstitucionalidade manifesta, se produzem efeitos na realidade política e social contrários aos que caberia deduzir de uma atuação direta e uma interpretação imediata de determinados textos constitucionais”.<sup>44</sup>

O fragmento acima transcrito confirma o que o autor espanhol, alhures, já afirmara, isto é, que o campo de atuação das mutações é o da realidade e não o da normatividade.

A mutação seria, então, o resultado de uma prática (surgida espontaneamente, ou como efeito de um ato normativo) que contradiz o significado de certos preceitos da Constituição. É neste contexto, dirá Vega, que o conceito de mutação se poderia fazer equivalente ao de convenção constitucional. O autor ressalta ser sintomático que Hatschek, excelente conhecedor do Direito constitucional britânico, tenha se servido da experiência e do significado das regras convencionais (*Konventionalregeln*), para expor e resolver a temática da mutação constitucional (*Verfassungswandlung*).

---

<sup>42</sup> Pedro de VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 193-194.

<sup>43</sup> Pedro de VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 200-208.

<sup>44</sup> Pedro de VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 200.

#### 4.4

#### O problema do costume constitucional<sup>45</sup>

García-Pelayo salienta que o costume tem uma importância considerável, qualitativamente, no direito constitucional. Para ele, o costume cumpriria uma tripla função no direito constitucional: completá-lo, colmatando as lacunas da constituição formal; adaptar os preceitos da Constituição a novas situações e convicções que estão na base de toda interpretação constitucional; e modificar, às vezes radicalmente, as atribuições dos órgãos e instituições constitucionais.<sup>46</sup>

É compreensível que a doutrina procure investigar a relação existente entre mutação constitucional e costume à medida que o fenómeno da mutação é situado na esfera dos fatos e não na órbita das normas.

Verdú sublinha dois aspectos importantes do costume constitucional: “1) El derecho constitucional consuetudinario es la compensación social del derecho constitucional escrito; es la confirmación que la legalidad constitucional necesita para ser eficaz; el complemento de factores extrajurídicos, como ha demostrado SCHINDLER. 2) La costumbre y los usos constitucionales son factores dinamizadores del cambio constitucional. Las mutaciones constitucionales se verifican, en gran medida, por aquellos”.<sup>47</sup> O costume constitucional, devido a sua espontaneidade e socialidade, dinamiza e flexibiliza a Constituição.<sup>48</sup>

Não obstante o valor e o significado do costume como fonte subsidiária do Direito, há controvérsias no tocante à importância do costume no campo do direito constitucional. Pedro de Vega, por exemplo, assume uma postura bastante crítica em face da problemática singular do costume no âmbito constitucional, contestando a tradição francesa que tende a recorrer ao costume para explicar o fenómeno da mutação.<sup>49</sup>

<sup>45</sup> Cf.: No Brasil, relacionando o costume constitucional com o tema da mutação constitucional: Anna Cândida da Cunha FERAZ, *Processos informais de mudança da Constituição*, p. 174-211; Uadi Lammêgo BULOS, *Mutação constitucional*, p. 174-194.

<sup>46</sup> Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, p. 136.

<sup>47</sup> Pablo Lucas VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, p. 157.

<sup>48</sup> Pablo Lucas VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, p. 161.

<sup>49</sup> Pedro de VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 195-200.

Ressalta-se que o costume é caracterizado pela existência de dois elementos: por um lado, a repetição inveterada de comportamentos (elemento material<sup>50</sup>, ou objetivo, ou fático, ou externo<sup>51</sup>) e a convicção de que esses comportamentos tem força jurídica vinculante (elemento espiritual<sup>52</sup>, ou subjetivo, ou psicológico, ou interno<sup>53</sup>). Assim sendo, usos, condutas e práticas de natureza social adquirem, através da *opinio juris vel necessitatis*, uma evidente dimensão jurídica.<sup>54</sup>

Pedro de Vega suscita algumas complicações e contradições do costume no direito constitucional.

Em primeiro lugar, o costume, enquanto fonte não formal, não admite gradação; ao contrário das fontes escritas, que obedecem ao princípio da hierarquia (Constituição, leis ordinárias, regulamentos etc.). Conseqüentemente, não se pode contrapor o costume constitucional a outro tipo de costume, pois não há subordinação entre eles. Essa dificuldade não está presente quando tratamos de leis escritas, onde a lei constitucional, enquanto lei superior, é contrastada com a lei ordinária. Também só existirão (se é que existem) costumes constitucionais *ratione materiae*, isto é, os derivados de usos, comportamentos e práticas de natureza constitucional.

Outra contradição denunciada por Vega é atinente aos atores que protagonizam as práticas e comportamentos que criam os costumes constitucionais, que seriam precisamente os titulares dos órgãos e poderes do Estado. A contradição se evidencia se atentarmos para o fato de que as normas fundamentais se destinam basicamente a ordenar e controlar o comportamento desses atores. Nestas circunstâncias, dirá Vega, “conferir valor jurídico autônomo a práticas políticas que, em qualquer caso, há que presumir ordenadas e reguladas pelo ordenamento constitucional, representa um contra-senso inadmissível”.<sup>55</sup>

Apelar para a categoria jurídica do costume para explicar ou tentar justificar as mutações constitucionais, como faz um importante setor da doutrina

<sup>50</sup> Pedro de VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 196.

<sup>51</sup> Uadi Lammêgo BULOS, *Mutação constitucional*, p. 174.

<sup>52</sup> Pedro de VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 196.

<sup>53</sup> Uadi Lammêgo BULOS, *Mutação constitucional*, p. 174.

<sup>54</sup> Pedro de VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 196.

<sup>55</sup> Pedro de VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 197.

francesa<sup>56</sup>, não possui o menor fundamento lógico, pela simples razão de que as normas consuetudinárias carecem no Direito Constitucional do significado e do alcance que adquirem em outros ramos do Direito.<sup>57</sup>

Vega também se recusa a aceitar o costume como fonte legitimadora das transformações constitucionais. Para ele, a concepção da Escola Histórica é na verdade conservadora. A espontaneidade e a autonomia que o historicismo outorga ao costume em face da lei não passa de uma mistificação. Até porque essa espontaneidade e autonomia não ocorrem no Direito Constitucional, onde os atores das práticas políticas não são tanto os cidadãos, mas sim os titulares dos órgãos e poderes do Estado.<sup>58</sup>

Para Vega, não tendo o costume relevância no direito constitucional, então seria imprestável para explicar juridicamente o fenômeno da mutação. No entanto, o referido jurista reconhece a importância do elemento material em que o costume descansa, isto é, os comportamentos, usos e práticas políticas. Neste caso, porém, não estaríamos mais diante de fatos jurídicos, mas de regras de natureza político-social, como são as convenções.<sup>59</sup>

Para Jorge Miranda, o costume tem um papel secundário nas Constituições modernas, onde se tem a pretensão de regular a totalidade das relações políticas, entrando o costume onde a Constituição não chega ou não é efetiva.<sup>60</sup>

Há três espécies de costume em face da lei: costume *secundum legem*, *praeter legem* e *contra legem*.

O costume *secundum legem* traduz-se por práticas tidas por obrigatórias, previstas ou admitidas pelo direito positivo, cronologicamente anteriores, ou posteriores à lei constitucional, observadas pelos destinatários da mesma.

As normas costumeiras *praeter legem* podem ser interpretativas e integrativas de preceitos constitucionais escritos, com função de clarificação, desenvolvimento e adequação às necessidades de evolução social. Geralmente as

---

<sup>56</sup> O autor não explicita quais seriam os juristas franceses que compõem o referido setor da doutrina.

<sup>57</sup> Pedro de VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 198.

<sup>58</sup> Pedro de VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 198-199.

<sup>59</sup> Pedro de VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 199-200.

<sup>60</sup> Jorge MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 384.

normas costumeiras aparecem mais claramente nas matérias de organização política.<sup>61</sup>

O costume *contra legem* ou *contra Constitutionem* é repellido, por princípio, pela Constituição formal. No entanto, pode-se dar a formação de costume contrário à Constituição, sobretudo em questões ligadas à interpretação de preceitos constitucionais, ausência ou deficiência de mecanismos de garantia. Em qualquer caso, para que, através de costume, uma norma constitucional caia em desuso ou seja substituída por outra, Jorge Miranda entende que “tem de haver a consciência de que não se trata de simples derrogação por momentânea necessidade; tem de haver a consciência de que um novo sentido é adotado para valer em situações futuras idênticas e de que este sentido genérico ou generalizante não tem ou já não tem a marca da inconstitucionalidade; e essa consciência não pode ser apenas entre os titulares dos órgãos do poder, tem de se manifestar outrossim entre os cidadãos e traduzir-se num mínimo de aceitação por parte deles”.<sup>62</sup>

Em que pese a controvérsia doutrinária em torno dos usos e costumes em matéria constitucional, certo é que as normas constitucionais não se encerram na Constituição formal. Através dos costumes, das práticas, a Constituição parece evoluir como um organismo vivo, em constante transformação, sendo de suma importância para o jurista conhecer não só o documento escrito e solene a que chamamos Constituição, mas também a realidade constitucional e todos os seus elementos e circunstâncias.

Por ser permeável à realidade e às transformações sociais, o costume constitucional permite silenciosa e constante adaptação da Constituição ao tempo e às circunstâncias presentes, sendo virtual fator de mutação constitucional.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> Jorge MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 385.

<sup>62</sup> Jorge MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 386.

<sup>63</sup> Anna Cândida da Cunha FERAZ, *op. cit.*, p. 211.

## 4.5

### Mutação pelas práticas constitucionais.

O termo prática constitucional, num sentido amplo, abrange, além dos costumes e usos constitucionais, figuras afins, como as *praxes*, os precedentes e as *convenções*.<sup>64</sup>

As *praxes* são usos a que falta a convicção de obrigatoriedade (o elemento psicológico do costume), dentro das quais se destacam as *praxes* parlamentares. Os *precedentes* (não jurisprudenciais) correspondem a decisões políticas, mediante as quais os órgãos do poder manifestam o modo como assumem as respectivas competências em face de outros órgãos ou de outras entidades.<sup>65</sup> Quanto à natureza das *convenções*, há uma dificuldade maior em defini-la, pois existem certas peculiaridades em função do sistema jurídico a que pertençam.

#### 4.5.1

#### Convenções constitucionais<sup>66</sup>

Leciona o jurista português Jorge Miranda:

“Nos sistemas de matriz francesa, as *convenções* não parece que sejam mais do que usos, embora (como o nome indica) revestindo a feição mais complexa de acordos ou consensos, explícitos ou implícitos, entre os protagonistas da vida política-constitucional. Já nos sistemas de matriz britânica (e, porventura, no norte-americano), dir-se-ia situarem-se em nível diferente: ou a meio caminho entre usos e costume, ou como expressão de uma juridicidade não formal e específica (sem juridicidade e sem outras sanções além das da responsabilidade política) ou como ordem normativa *sui generis*, irredutível às categorias habitualmente estudadas”.<sup>67</sup>

Jellinek realçou o papel dos usos parlamentares e das *convenções* na temática da mutação constitucional. Neste ponto, ele se reporta a um fenômeno

<sup>64</sup> Uadi Lammêgo BULOS, *Mutação constitucional*, p. 172.

<sup>65</sup> Jorge MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 387.

<sup>66</sup> Georg JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, p. 37-43.

<sup>67</sup> Jorge MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 387.

tipicamente britânico. Sua preocupação maior gira em torno das competências políticas dos órgãos supremos do Estado, definidas a partir de comportamentos reiterados dos agentes políticos, e que, ao longo do tempo, se consolidam sem que haja uma regulação completa e suficiente sobre seu conteúdo.

E. A. Freeman foi o autor que pela primeira vez estabeleceu a distinção entre *Law of the Constitution* e *Conventions of the Constitution*,<sup>68</sup> desenvolvida posteriormente por Dicey,<sup>69</sup> tornando-se com o tempo, patrimônio comum dos políticos e juristas ingleses. Para entender essa distinção, é necessário saber que no sistema jurídico inglês os tribunais têm a função de criar e formar o direito. O que se reconhece judicialmente é norma jurídica; o que não se reconhece judicialmente não é norma jurídica. Este é o conteúdo real, objetivo, da distinção entre *law of the Constitution* e *conventions of the Constitution*. Portanto, o critério que as diferencia, a qualidade de norma jurídica, não se encontra no objeto tratado, mas na sua aplicação judicial, ou seja, em um reconhecimento fora dela.<sup>70</sup>

A idéia de “regra convencional” surge da prática constitucional, adquirindo força normativa conforme seu exercício vai se tornando efetivo e duradouro. Essas regras convencionais modelam a ética política. Elas podem ser consideradas até certo ponto normas jurídicas, à medida que seu conteúdo é reconhecido e garantido para o exercício do poder estatal, “embora na maioria dos casos não tenham caráter vinculante senão flexível, porque se adaptam sempre às relações políticas que mudam continuamente”.<sup>71</sup> Isso explicaria por quê, em algumas circunstâncias políticas, a inobservância de certas convenções não constitui violação jurídica. Segundo DICEY:

“El derecho constitucional en cuanto denominación que aún se usa en Inglaterra, aparece para incluir todas las reglas que, directa o indirectamente, atañen a la distribución o ejercicio del poder soberano en el Estado” [*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8ª ed., London, 1927, p. 22]. No obstante, estas reglas que integran el derecho constitucional incluyen dos clases de principios, o máximas, de carácter totalmente distinto (p. 23).

<sup>68</sup> *The Growth of the English Constitution*, 1872, p. 109 e ss. Apud Georg JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, p. 38 nota 53.

<sup>69</sup> *Introduction to the study of the law of the Constitution*, 6ª ed., p. 341 e ss. Apud Georg JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, p. 38 nota 53. Também Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 131.

<sup>70</sup> Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 135-136.

<sup>71</sup> Georg JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, p. 39.

Una serie de reglas son en sentido estricto ‘derecho’ puesto que son reglas tanto escritas como no escritas, que son dictadas mediante estatutos o derivadas de una masa de costumbres, tradiciones o de creación judicial conocidas como *common law*; son dictadas con carácter obligatorio por los tribunales; estas reglas constituyen el *Constitutional law* en el sentido propio de las palabras del término, y pueden, en virtud de la distinción, llamarse colectivamente, ‘el derecho de la Constitución’.

La otra clase de reglas consiste en convenciones, entendimientos, hábitos, o prácticas que aunque puedan regular la conducta de los diversos miembros del poder soberano, o del Ministro o de otros funcionarios, en realidad no son leyes en absoluto, puesto que no pueden hacerse valer por los tribunales.

Esta parte del derecho constitucional, puede merced a la distinción, denominarse las ‘convenciones de la Constitución’, o ‘*constitutional morality*’ (*Introduction, cit., p. 23*)”.<sup>72</sup>

Se para Dicey as convenções<sup>73</sup> não são regras de direito porque não são aplicáveis pelos tribunais (*enforced*), Jellinek, ao contrário, considera as convenções como direito, enquanto contêm normas reconhecidas e garantidas para o exercício do poder estatal. No entanto, a divergência entre Dicey e Jellinek, no caso, parece centrar-se apenas no critério definidor do direito, visto que ambos consideram as convenções como normas não coercíveis.<sup>74</sup>

Jellinek tem o mérito de perceber a importância do direito flexível, que convive com o formalismo constitucional na Europa, e que influi na estrutura e funcionamento do Estado, na distribuição constitucional do poder, regulando seu exercício de acordo com determinadas circunstâncias. Algumas instituições fundamentais do Estado, como, por exemplo, o Primeiro Ministro e o Gabinete na Inglaterra, podem existir ainda que não tenham sido instituídos por lei. Aliás, Dicey considerava as convenções constitucionais mais importantes que a lei.<sup>75</sup>

<sup>72</sup> Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 131-132.

<sup>73</sup> Como exemplos de *conventions of the Constitution*, Dicey cita os seguintes: “El Rey tiene que asentir y no puede vetar un proyecto de ley aprobado por las dos Cámaras del Parlamento, la Cámara de los Lores no puede presentar proyectos de índole económico. Cuando los Lores actúan como Tribunal de Apelación, los Pares que no son juristas no participan en las decisiones de la Cámara”; “Los ministros dimiten si pierden la confianza de la Cámara de los Comunes, etc. (*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8ª ed., London, 1927, p. 26)”. E como característica comum ensina DICEY: “Las convenciones de la Constitución, consideradas como un todo, son costumbres, o entendimientos sobre el modo mediante el cual los diversos miembros del cuerpo legislativo ejercen discrecionalmente la autoridad, a esto se llama prerrogativa de la Corona o privilegios del Parlamento (op. cit., p. 424)”. Apud Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 132.

<sup>74</sup> Ana Victoria Sánchez URRUTIA, op. cit., p. 112-113 (nota 24).

<sup>75</sup> Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 133.

Outro jurista alemão, Julius Hatschek,<sup>76</sup> profundo conhecedor do direito constitucional britânico, ajudou a entender a natureza do fenômeno da mutação constitucional na Alemanha, aplicando seus conhecimentos sobre as *conventions*. As regras convencionais se diferenciam das jurídicas porque sua sanção é puramente social, não se apóiam, pois, na força do Estado.<sup>77</sup> Segundo Verdú:

“Hatschek<sup>78</sup> describe las reglas convencionales (*Konventionalregeln*), como normas no jurídicas que valen por su efectividad (*Faktizität*). Estas normas afectan no sólo al derecho constitucional, además a todo el derecho político y, especialmente, al derecho internacional. Representan, en el proceso de creación jurídica, un estadio previo del derecho; no derivan de las fuentes jurídicas oficiales, pero no por ello son menos eficaces”.

Embora as convenções sejam típicas do direito inglês, elas também estão presentes no âmbito de Constituições escritas e rígidas.

Para Vega, são três as questões a resolver ao abordarmos o tema das regras convencionais: seu verdadeiro significado; tipos e formas de atuação; e, por último, sua relação com a normatividade constitucional.

No que tange ao significado e natureza das convenções, há de considerar-se que elas são “*simples regras que estabelecem práticas políticas, mas carentes de todo tipo de coercibilidade jurídica*”. Portanto, diferentemente do costume, que dá lugar a uma norma juridicamente sancionável, as convenções, quando rompidas, não produzem nenhuma consequência ou sanção jurídica. Segundo Jennings: “*the convention may be broken with impunity*”.<sup>79</sup>

Dito isso acerca de sua destruição ou ruptura, cabe salientar que as convenções, ao contrário do costume jurídico, que requer uma prática repetida ao longo do tempo, podem criar-se muito mais facilmente. A essa característica das convenções Vega chamou de ductilidade (*ductibilidad*).<sup>80</sup> Como diz Rescigno<sup>81</sup>,

<sup>76</sup> Julius HATSCHEK, *Konventionalregeln oder über die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung im öffentlichen Recht*, en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, vol. III, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1909, p. 1 e ss. Apud Pablo Lucas VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, p. 166.

<sup>77</sup> Pablo Lucas VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, p. 167.

<sup>78</sup> Julius HATSCHEK, *konventionalregeln*, cit., p. 4. Apud Pablo Lucas VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, p. 166.

<sup>79</sup> JENNINGS, *The law and the constitution*, Londres, 1938, p. 131. Apud Pedro de VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 202.

<sup>80</sup> Pedro de VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 203.

as regras convencionais surgem de um só precedente, geradas por poucos sujeitos (que ocupam situações de poder) e não necessitam do transcurso do tempo para poder ser considerados como tais.

As convenções são regras informais, que não necessitam estabelecer-se por escrito, mas às vezes também são revestidas desta solenidade.

Há de se observar, ainda, como pressuposto indispensável de sua própria existência, o reconhecimento prévio de um marco legal (Nas palavras de Jennings: “*it is perfectly true that the conventions presuppose the law*”)<sup>82</sup>. As convenções cumprem a finalidade, segundo afirmam Marshal e Modie, de regular a forma nas quais as normas legais devem ser aplicadas (*it may be Said that convention are non legal rules regulating the way in which legal rules shall be applied*).<sup>83</sup>

As convenções se produzem sempre em relação com uma lei escrita (ampliando, reduzindo ou eliminando seu conteúdo). Onde não há lei escrita não pode haver convenção.<sup>84</sup>

As regras convencionais podem gerar-se nas mais variadas matérias e hipóteses do espectro constitucional, o que pode ser confirmado na prática política de vários países. Em muitos casos, a convenção resulta de um simples acordo entre sujeitos em situações privilegiadas de poder,<sup>85</sup> que vão se consolidando com o tempo, e embora úteis nunca chegam a tornar-se coercíveis. No caso brasileiro, poderíamos tomar como exemplo de convenção a instituição do “líder do governo”, tanto na Câmara como no Senado. Para alguns, isso até feriria o princípio da separação dos poderes. Mas na prática política brasileira isso é muito comum, existindo também o “líder da oposição”.

---

<sup>81</sup> RESCIGNO, G. Ugo. *Le convenzioni costituzionali*, Padova, 1972, p. 166 ss. Apud Pedro de VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 203.

<sup>82</sup> JENNINGS, *op. cit.*, p. 82. Apud Pedro de VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 204.

<sup>83</sup> MARSHALL e MOODIE, *Some problems of the Constitution*, Londres, 1959, p. 30. Apud Pedro de VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 204.

<sup>84</sup> Pedro de VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 207.

<sup>85</sup> Pedro de VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 207.

## 4.6

### Constituição e interpretação constitucional

Os que se dedicam ao estudo da Constituição, em geral, tendem a buscar uma interpretação alijada do dogmatismo estrito bem como do empirismo exagerado. Há um vasto campo a ser explorado, todavia, entre as posições propícias à busca da única interpretação possível até as que caem no mais puro relativismo.

A norma jurídica, e especialmente a norma constitucional, seria algo mais que uma proposição lingüística estampada em um papel, que por isso não poderia esgotar sua aplicação na interpretação ou no entendimento de um texto?

Ensina Guastini<sup>86</sup> que a interpretação<sup>87</sup> pode ter pelo menos dois sentidos distintos: (1º) ato de vontade ou decisão – consiste na atribuição (ou adscrição) de um significado a um texto, especialmente quando realizada por um órgão de aplicação do direito; (2º) ato de conhecimento – consiste no descobrimento (ou descrição) dos significados que um texto potencialmente contém, quando hipoteticamente realizada por um jurista completamente “desinteressado”. Convém notar que essas duas atividades interpretativas não se definem em função do texto interpretado, mas de acordo com a condição subjetiva do intérprete, pois

<sup>86</sup> Riccardo GUASTINI, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, p. 113.

<sup>87</sup> Embora pareça despidendo, assinala-se que o autor está a tratar de “interpretação jurídica”, que pertence ao gênero da interpretação textual. O vocábulo interpretação, neste contexto, denota a “atividade de averiguar ou decidir o significado de algum documento ou texto jurídico, ou bem o resultado ou produto dessa atividade: o significado mesmo. Que a interpretação seja uma atividade de averiguação ou de decisão é uma questão controvertida, a que as diversas teorias da interpretação oferecem respostas diferentes”. (Riccardo GUASTINI, op. cit., p. 2-3). Portanto, quando tomamos as fontes do direito como objeto a ser interpretado, estamos pressupondo que “interpretar” significa esclarecer o conteúdo ou o campo de aplicação de uma norma. Comumente, usamos falar que estamos a interpretar uma determinada norma. No entanto, esse modo de expressar-se é incorreto, pois, para sermos precisos, o objeto da interpretação não é exatamente a norma, mas sim o *texto normativo*. A norma seria já o *significado* que o texto normativo contém, i.e., o produto da atividade interpretativa (Riccardo GUASTINI, op. cit., p. 3). Por esta razão, acrescenta Guastini (op. cit., p. 6), é inoportuno utilizar a mesma expressão, “norma”, para designar coisas distintas. “Podemos chamar ‘disposição’ a todo enunciado pertencente a uma fonte do direito e reservar o nome de ‘norma’ para designar o conteúdo de sentido da disposição, seu significado, que é uma variável dependente da interpretação” (op. cit., p. 11).

“ninguém pode plausivelmente sustentar que uma interpretação seja uma coisa ou outra segundo a identidade do texto interpretado”.<sup>88</sup>

#### 4.6.1

##### **Interpretação e aplicação**

Interpretação e aplicação são duas atividades distintas e inconfundíveis. Basicamente, podemos estabelecer três diferenças bastante nítidas entre essas duas atividades, conforme acentua Guastini.<sup>89</sup>

Em primeiro lugar, o agente do verbo “interpretar” pode ser qualquer sujeito (ex: um jurista ou um cidadão comum), ao passo que o verbo “aplicar” concerne apenas àqueles sujeitos que atuam em órgãos denominados de aplicação (ex: juízes e funcionários administrativos).

Em segundo lugar, o objeto da interpretação são os textos normativos (disposições ou enunciados lingüísticos), enquanto que a aplicação tem por objeto normas em sentido estrito (conteúdo de sentido dos textos normativos, seu significado). A aplicação pressupõe a interpretação.

Em terceiro lugar, o termo aplicação (especialmente em se tratando de órgãos jurisdicionais) designa um conjunto de operações que incluem, além da interpretação propriamente dita, a qualificação de um fato concreto (hipótese de incidência), voltada para a decisão de uma controvérsia específica.

#### 4.6.2

##### **Realização, interpretação e concretização da constituição**

Impende acentuar, agora, as diferenças de sentido de alguns conceitos fundamentais, relacionados com a temática da interpretação e da concretização constitucional. Para isso, reportamo-nos a Canotilho, que bem sintetiza estas

---

<sup>88</sup> Riccardo GUASTINI, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, p. 113.

<sup>89</sup> Riccardo GUASTINI, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, p. 9-10.

definições básicas, transcritas adiante, e que foram extraídas do seu festejado Curso de Direito Constitucional:

“**Realizar a constituição** significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais. Qualquer constituição só é juridicamente *eficaz* (pretensão de eficácia) através da sua realização. Esta realização é uma  *tarefa* de todos os órgãos constitucionais que, na actividade legiferante, administrativa e judicial, aplicam as normas da constituição. Nesta ‘tarefa realizadora’ participam ainda todos os cidadãos ‘pluralismo de intérpretes’ que fundamentam na constituição, de forma directa e imediata, os seus direitos e deveres”.<sup>90</sup>

“**Interpretar** uma norma constitucional consiste em atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos normativo-constitucionalmente fundada. Sugerem-se aqui três dimensões importantes da interpretação da constituição: (1) interpretar a constituição significa procurar o  *direito* contido nas normas constitucionais; (2) investigar o direito contido na lei constitucional implica uma  *actividade* – actividade complexa – que se traduz fundamentalmente na ‘adscrição’ de um significado a um enunciado ou disposição linguística (‘texto da norma’); (3) o  *produto* do acto de interpretar é o significado atribuído”.<sup>91</sup>

“**Concretizar a constituição** traduz-se, fundamentalmente, no  *processo de densificação* de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do  *texto da norma* (do seu enunciado) para uma norma concreta –  *norma jurídica* – que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da  *norma de decisão* para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização. Esta ‘concretização normativa’ é, pois, um trabalho técnico-jurídico; é, no fundo,  *o lado ‘técnico’ do procedimento* estruturante da normatividade. A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma; é, sim, a  *construção de uma norma jurídica*”.<sup>92</sup>

### 4.6.3

#### Normatividade

É da compreensão da norma como estrutura formada por dois elementos - (i) o programa normativo e (ii) o domínio normativo - que deriva o sentido de **normatividade constitucional**, entendida como efeito global da norma num determinado processo de concretização. Isto é, a normatividade não é uma “qualidade” da norma, mas o efeito do procedimento metódico de concretização.<sup>93</sup>

<sup>90</sup> J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1074.

<sup>91</sup> J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1074-75.

<sup>92</sup> J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1075.

<sup>93</sup> J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1090.

O *programa da norma* (ordem ou comando jurídico) diz respeito aos dados lingüísticos normativamente relevantes do texto, captados a nível semântico e também mediante outros elementos, tais como a sistemática do texto normativo, a genética do texto, a história do texto, a teleologia do texto.<sup>94</sup> O *domínio da norma* (dados reais) aponta para a realidade material, formada por elementos de diversa natureza (jurídicos, econômicos, sociais, políticos, psicológicos, sociológicos). Salienta Canotilho que a análise do domínio da norma será tanto mais necessária: “(a) quanto mais uma norma reenvie para elementos não-jurídicos e, por conseguinte, o *resultado* de concretização da norma dependa, em larga medida, da análise empírica do domínio de norma e (b) quanto mais uma norma é aberta, carecendo, por conseguinte, de concretização posterior através dos órgãos legislativos.”<sup>95</sup>

#### 4.6.4

#### Interpretação e linguagem

O problema da interpretação está estreitamente vinculado ao problema da linguagem. O jurista suíço Hans Georg Lüchinger<sup>96</sup> mostra como toda interpretação se baseia na insuficiência expressiva da linguagem.

“Não existe uma linguagem que consiga descrever de modo inequívoco e absoluto o mundo real e ideal. A linguagem não pode operar sem conceitos gerais. Toda linguagem é uma aproximação da realidade. Ademais, entre o pensamento e sua expressão lingüística existe sempre certo espaço vazio que só pode colmatar-se mediante a interpretação”.<sup>97</sup>

A imperfeição dos preceitos jurídicos é condicionada pela imperfeição lingüística. Isto explica a multiplicidade de significados possíveis que se pode extrair de um texto normativo. A interpretação aparece como princípio regulador

<sup>94</sup> J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1092.

<sup>95</sup> J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1093.

<sup>96</sup> Hans Georg LÜCHINGER: *Die Auslegung der schweizerischen Bundesverfassung*, Polygraphischer Verlag A. C., Zürich, 1954, pp. 5-6. Apud Pablo Lucas VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, p. 213 (nota 152).

<sup>97</sup> Pablo Lucas VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, p. 213.

das perplexidades ou inseguranças lingüísticas e pode transcender o significado literal, caracterizando-o não já como interpretação, senão como mandato ou exigência.<sup>98</sup>

#### 4.6.5

#### Dificuldades de investigação do conteúdo semântico da norma

A investigação do conteúdo semântico da norma jurídica é particularmente difícil no âmbito do direito constitucional, em virtude de diferentes motivos.

É comum dizer-se que a constituição abriga, muitas vezes, enunciados lingüísticos *polissêmicos* ou *pluri-significativos* (exs.: conceitos de Estado, povo, lei, trabalho); *vagos* ou *indeterminados* (ex: idoso, jovem, família, interesse público, reputação ilibada, bem comum); além dos *conceitos de valor* (ex: dignidade da pessoa humana, solidariedade).

Essas dificuldades de modo algum constituem problemas intransponíveis. A linguagem jurídica a ser interpretada, condição prévia à aplicação das normas, possui, sem dúvida, um certo grau de indeterminação; todavia, tal característica pode ser convertida numa importante vantagem prática, como diz García Amado. Isto porque é precisamente esse nível de indeterminação que possibilita que os conteúdos das normas sejam atualizados por via interpretativa, dentro de limites semânticos permitidos pelo uso social de cada momento.<sup>99</sup> Daí a importância crescente das teorias da argumentação jurídica, cabendo ao intérprete definir o alcance preciso dos enunciados lingüísticos, tarefa que lhe exige lançar mão de métodos e critérios interpretativos *admissíveis*,<sup>100</sup> i.e., que desfrutam de um

<sup>98</sup> Pablo Lucas VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, p. 213.

<sup>99</sup> Juan Antonio García AMADO, *Ensayos de Filosofía Jurídica*, p. 82-83.

<sup>100</sup> García AMADO (op. cit., à pág. 93) tece as seguintes considerações acerca da admissibilidade do método interpretativo: “Cada método interpretativo generalmente admitido lo está en razón de su sustrato valorativo. Cuando en la ciencia natural, por ejemplo, se privilegian los métodos experimentales sobre otros posibles, como la adivinación, el espiritismo o la fe religiosa, se hace así por cuanto que se da prioridad al valor verdad, concretado en la idea de verdad empíricamente contrastable. De la misma manera, cuando en la metodología jurídica se consideran válidos ciertos métodos, se hace así porque se estima que sirven a los valores básicos que justifican el derecho y su práctica. Detrás de los métodos admisibles de interpretación está la valoración positiva de cosas tales como su seguridad jurídica, el respeto a la autoridad legítima, la coherencia del sistema jurídico o la sintonía del derecho con las necesidades y opiniones

consenso na comunidade. Nesta linha, a decisão interpretativa será tanto mais aceitável quanto melhor esteja fundamentada, de sorte que a opção interpretativa suscite “a menor suspeita possível de decisão caprichosa e arbitrária do intérprete”. Acresça-se que, em face de termos legais dotados de indeterminação, “não há mais objetividade possível que a das razões, os argumentos, e sua qualidade e capacidade de convicção”.<sup>101</sup>

#### 4.6.6

#### Sentido da norma e convenções lingüísticas

Considerando que o significado de um enunciado lingüístico é fixado através de convenções lingüísticas, suscita-se, de plano, o problema decorrente de se tomar em consideração duas convenções lingüísticas diferentes. Diferentes, aliás, num duplo sentido, como mostra apropriadamente Canotilho: “(1) escolha entre a convenção baseada no *uso científico* e a convenção baseada no *uso normal*; (2) escolha entre a convenção (científica ou normal) lingüística do tempo em que surgiu a lei constitucional e convenção do tempo da sua aplicação (historicismo e actualismo)”.<sup>102</sup>

A propósito, lembra-nos Canotilho, fundado em C. J. Antieau,<sup>103</sup> que os dois cânones de “constitutional construction” mais utilizados na jurisprudência e doutrina americanas têm sido os seguintes: “(1) as palavras ou termos da constituição devem ser interpretadas no seu sentido normal, natural, usual, comum, ordinário ou popular; (2) quando se utilizam termos técnicos eles devem ter o sentido técnico.”<sup>104</sup>

---

*sociales (lo que algún autor ya clásico denominaba el valor de ‘adecuación’). ¿ Y por qué se consideran inapropiados como métodos de interpretación el estético o teológico? Porque servirían a valores que no se consideran propios del ordenamiento jurídico, sino personales de cada individuo, una vez que en la era moderna el gusto estético y el sentimiento religioso han pasado a verse como manifestaciones de la conciencia subjetiva. Por eso, invocarlos acarrea la sospecha cierta de subjetividad, lo que en el campo jurídico es sinónimo de arbitrariedad, de no consideración de argumentos aptos para la convicción y aceptación general en cuanto orientados a un interés general.*

<sup>101</sup> Juan Antonio García AMADO, *Ensayos de Filosofía Jurídica*, p. 85.

<sup>102</sup> J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1091.

<sup>103</sup> Cf.: *Constitutional Construction*, London/Rome/New York, 1982, pp. 11 ss, 18 ss. Apud J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1091 nota 16.

<sup>104</sup> J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1091 nota 16.

#### 4.6.7

#### A interpretação constitucional<sup>105</sup>

Riccardo Guastini<sup>106</sup> reflete acerca das peculiaridades (se é que existem, adverte o autor) da interpretação constitucional. Tais peculiaridades decerto não se referem à natureza da atividade interpretativa enquanto tal. Isto é, o ato de interpretar uma norma constitucional não difere essencialmente do ato de interpretar qualquer outra norma. As particularidades da interpretação constitucional, por conseguinte, não seriam qualitativas.

Pode acontecer, todavia, que diferentemente das outras leis, a Constituição esteja sujeita (1) à interpretação de agentes especiais (juízes constitucionais); (2) que haja a necessidade, ou pelo menos a conveniência, de que se lance mão de técnicas interpretativas específicas; e (3) que os textos constitucionais possam render ensejo a problemas interpretativos diversos dos ordinários que nascem da interpretação das leis.

Tais particularidades, para serem adequadamente examinadas, reclamam o desenvolvimento de questões condicionadas por diferentes variáveis, o que transcende o propósito deste limitado trabalho.

Dito isso, faremos apenas uma abordagem perfunctória de alguns problemas concernentes à interpretação constitucional, articulando-a com o problema das mutações constitucionais.

#### 4.6.8

#### Interpretação e mutações constitucionais

Uma das formas de mutação constitucional, acentuadas constantemente pela doutrina, é justamente por meio de interpretação dos termos da Constituição, de modo que os preceitos podem adquirir um conteúdo distinto daquele em que

---

<sup>105</sup> A propósito, cf. Jerzy WRÓBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*.

<sup>106</sup> Riccardo GUASTINI, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, p. 113-137.

inicialmente foram pensados. Essa função modificadora da interpretação recai basicamente na autoridade judicial. Como exemplo deste tipo de mutação, Pedro de Vega comenta a interpretação que a Suprema Corte Norte-Americana emprestou ao vocábulo “comércio” na fixação da competência do Congresso para regular tanto o comércio interestatal como o intraestatal.<sup>107</sup>

O problema a ser examinado neste tópico respeita aos limites da interpretação constitucional. Interessa-nos, particularmente, investigar se através da interpretação do texto constitucional podemos chegar a mutações constitucionais.

A interpretação constitucional é aceita por muitos como um processo eficaz de mutação da Constituição.<sup>108</sup> Segundo Bulos, a mutação por interpretação do produto legislativo pode ocorrer em três contextos diferentes: a) contexto técnico-lingüístico; b) contexto antinômico; c) contexto lacunoso.<sup>109</sup>

Em que situações se configuraria a hipótese de mutação constitucional por via da interpretação? Responde Anna Candida Ferraz:

“Sempre que se atribui à Constituição sentido novo; quando, na aplicação, a norma constitucional tem caráter mais abrangente, alcançando situações dantes não contempladas por ela ou comportamentos ou fatos não considerados anteriormente disciplinados por ela; sempre que, ao significado da norma constitucional, se atribui novo conteúdo, em todas essas situações se está diante do fenômeno da *mutação constitucional*. Se essa mudança de sentido, alteração de significado, maior abrangência da norma constitucional são produzidas por via da interpretação constitucional, então se pode afirmar que a interpretação constitucional assumiu o papel de processo de mutação constitucional”.<sup>110</sup>

Canotilho reconhece a necessidade de uma permanente adequação dialética entre o programa normativo e a esfera normativa, o que justificaria a ocorrência de *mutações constitucionais* (que ele também chama de *transições constitucionais*). Entretanto, tais mudanças não devem contrariar os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da constituição. Ele admite, portanto, alterações de sentido de normas constitucionais dentro dos limites comportáveis pelo

<sup>107</sup> Pedro de VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 188.

<sup>108</sup> Cf., por todos, Uadi Lammêgo BULOS, *Mutação constitucional*, p. 93 e s.

<sup>109</sup> Uadi Lammêgo BULOS, *op. cit.*, p. 123 e s.

<sup>110</sup> Anna Candida da Cunha FERRAZ, *Processos informais de mudança da constituição*, p. 56-57.

programa da norma da constituição, afastada uma mudança radical de sentido das normas constitucionais. O jurista português adverte, outrossim, para o perigo de se legitimarem alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma *realidade constitucional inconstitucional*.

Do mesmo modo, Canotilho chama a atenção para as tentativas de se “constitucionalizar” - através de uma interpretação constitucional criadora, com base na *força normativa dos factos* - uma alteração constitucional em inequívoco contraste com a constituição escrita. Por fim, quanto ao papel do legislador infraconstitucional, salienta que, “entre uma mutação constitucional obtida por via interpretativa de desenvolvimento do direito constitucional e uma mutação constitucional inconstitucional há, por vezes, diferenças quase imperceptíveis, sobretudo quando se tiver em conta o primado do legislador para a evolução constitucional (B. O. Bryde: *Verfassungsentwicklungsprimat*) e a impossibilidade de, através de qualquer teoria, captar as tensões entre a constituição e a realidade constitucional”.<sup>111</sup>

Se a interpretação constitucional supre, por um lado, a necessidade de adaptação do texto constitucional à realidade cambiante, contribuindo, assim, para a permanência e estabilidade constitucional; por outro lado, a atividade interpretativa não está isenta de riscos, havendo a possibilidade de se promoverem verdadeiras mutações inconstitucionais, sem que para isso se toque na letra da constituição.

O mais grave é que se torna extremamente delicado o controle das mutações, havendo a possibilidade de que uma mudança de sentido de um dispositivo constitucional, implementada por meio de um ato interpretativo, provoque verdadeiro retrocesso constitucional.

Uma forma de estancar mutações ilegítimas talvez possa ser encontrada na ampliação da participação popular em decisões de maior relevo constitucional, o que, ao menos, parece contribuir para o aprimoramento da democracia constitucional. Pelo menos, há de se perseguir um caminho legítimo para mudanças constitucionais, através de manifestações oportunas do povo, quando,

---

<sup>111</sup> J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1102-1103.

em momentos especiais, esteja em jogo a decisão de questões cruciais para o seu destino e para a vida estatal.

Anna Cândida da Cunha Ferraz descreve algumas situações em que se pode identificar claramente a ocorrência de mutação constitucional por via interpretativa. A autora ressalta, contudo, que as hipóteses enumeradas não são exaustivas. Ei-las:

“a) quando há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentando-se-lhe, assim, a abrangência para que passe a alcançar novas realidades; b) quando se imprime sentido determinado e concreto ao texto constitucional; c) quando se modifica interpretação anterior e se lhe imprime novo sentido, atendendo à evolução da realidade constitucional; d) quando há adaptação do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição; e) quando há adaptação do texto constitucional para atender exigência do momento da aplicação constitucional; f) quando se preenche, por via interpretativa, lacunas do texto constitucional.”<sup>112</sup>

Anna Cândida Ferraz também menciona fatores que influem na interpretação constitucional como processo de mutação. Seriam eles: “o caráter sintético, genérico e esquemático das normas constitucionais; a linguagem do texto constitucional; as lacunas e obscuridades da Constituição; as diferentes categorias de normas constitucionais; os diferentes métodos interpretativos; o conteúdo político ou a natureza política das normas constitucionais.”<sup>113</sup>

**A interpretação constitucional legislativa.** Vimos a diferença entre interpretação e aplicação do direito. A interpretação legislativa é ressaltada pela doutrina como uma espécie da interpretação orgânica. “A interpretação constitucional legislativa consiste na atividade desenvolvida pelo órgão, dotado de poder legislativo, que busca o significado, o sentido e o alcance da norma constitucional para o fim de, fixando-lhe o conteúdo concreto, completá-la e, conseqüentemente, dar-lhe aplicação. O órgão legislativo recebe da própria Constituição o comando imperativo para atuar a norma constitucional”<sup>114</sup>.

A interpretação constitucional legislativa é requerida pela própria Constituição, quando remete ao legislador infra-constitucional a atividade de

<sup>112</sup> Anna Cândida da Cunha Ferraz, op. cit., p. 58-59.

<sup>113</sup> Anna Cândida da Cunha Ferraz, op. cit., p. 60-62.

<sup>114</sup> Anna Cândida da Cunha FERRAZ, op. cit., p. 65.

regular alguma matéria específica tratada apenas em linhas gerais pelo texto constitucional, demandando assim um ato normativo inferior para sua aplicação.

Sua importância foi acentuada por Milton Campos, que reconhecia na atividade de complementação legislativa um processo constante e fecundo de mutação. Para ele, a boa e duradoura Constituição deve ser sintética, contendo apenas os preceitos fundamentais da organização nacional, a declaração de direitos e a limitação de poderes, que dão as diretrizes da legislação comum.<sup>115</sup> Nem todas as Constituições, porém, exibem estas características. Em geral as Constituições dependem em larga medida da complementação legislativa. Segundo Milton Campos, “nessa complementação legislativa está o segredo do êxito da Constituição como verdadeiro instrumento de governo”.<sup>116</sup> Deveras, os melhores programas constitucionais podem converter-se num elenco de promessas não cumpridas caso o legislador não lhes dê disciplina adequada nem meios de execução. Em outras palavras, as soluções constitucionais podem ser, e freqüentemente o são, prejudicadas pela inércia e pela incompetência.

Anna Cândida Ferraz acentua características particulares da interpretação constitucional legislativa: “é (a) *direta* ou *primária*, (b) *permanente*, (c) *limitada*, (d) *mutável*, (e) *não é definitiva*, (f) é obrigatória quanto ao exercício, porém é (g) *discricionária* quanto ao momento de agir e à escolha das opções, alternativas ou conteúdo concreto da norma, (h) é *espontânea*, e (i) tem *força vinculante*”.<sup>117</sup>

#### 4.7

#### Limites da mutação constitucional<sup>118</sup>

Pedro de Vega entende que a contraposição entre realidade jurídica (normatividade) e realidade política (faticidade) está na base da problemática das

<sup>115</sup> Milton CAMPOS, op. cit., p. 19.

<sup>116</sup> Milton CAMPOS, op. cit., p. 20.

<sup>117</sup> Anna Cândida da Cunha FERRAZ, op. cit., p. 67.

<sup>118</sup> Ver: Konrad HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, p. 85-112; Pedro de VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 208-215; Uadi Lammêgo BULOS, *Mutación constitucional*, p. 87-92.

mutações constitucionais. Segundo ele, esse conflito pode ser resolvido numa versão mais simples e esquemática, a partir de três possibilidades:<sup>119</sup>

1) O fático triunfa sobre o normativo. Levada a hipótese aos extremos, pode considerar-se que haveria uma perda de toda força normativa da ordem constitucional, ocorrendo a destruição do conceito jurídico de Constituição. Para evitar essa conseqüência, surgiu a necessidade de se reconhecer limites às mutações.

2) Numa segunda hipótese, o conflito entre o fático e o normativo pode ser resolvido a partir de duas alternativas: a) a legalidade constitucional assume formalmente, por via da reforma, as transformações operadas previamente na realidade mediante mutações, desaparecendo a tensão entre faticidade e normatividade; b) a força das normas se faz valer plenamente sobre a força dos fatos. Em ambos os casos, prevalece o valor da legalidade. Nesta linha, dirá Vega:

“a mutação constitucional existe e se tolera pelo sistema na medida em que o conflito entre realidade e normatividade é latente. Quando o conflito estala, e a contraposição entre o fático e o normativo exige uma decisão inexorável, a lógica do Estado constitucional impõe o triunfo da legalidade”.

3) Uma terceira opção, mais realista, não trabalha com a contraposição extrema entre realidade jurídica (normatividade) e realidade política (faticidade), mas sim com a idéia de que é necessário estabelecer seu *acoplamiento*. Não se trata aqui nem de salvar a legalidade nem tampouco de impor uma faticidade. O desafio seria encontrar a fórmula, sem destruir a nenhuma, para que ambas possam coexistir.<sup>120</sup>

Na Alemanha de Weimar, tentou-se construir com variado sucesso teorias constitucionais que visavam superar o positivismo legalista clássico. Neste contexto surgiram, como vimos no capítulo anterior, a teoria constitucional de Smend, bem como a formulação de Heller, que estabeleceu a distinção entre normatividade e normalidade constitucional. Também é digno de nota, em outro

<sup>119</sup> Pedro de VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 208 e s.

<sup>120</sup> Pedro de VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 211.

contexto cultural, a concepção de *Constituzione in senso materiale*, do italiano Mortati.<sup>121</sup>

Impende destacar a exigência histórica de formulação de uma teoria constitucional que abarque tanto a realidade normativa quanto a realidade política que as normas devem regular. Ao menos no plano doutrinário, ressalta Vega:

*“lo que se pretende es que la confrontación entre la realidad política y realidad jurídica quede disuelta en una realidad englobante y más amplia, que sería la realidad constitucional, y en la que entrarían por igual los supuestos fácticos (la normalidad en la terminología de Heller) y los normativos (la normatividad)”*.<sup>122</sup>

Nesta linha se enquadra o contributo teórico de F. Müller, mostrando que no Direito Constitucional, assim como em qualquer processo de conhecimento, a relação sujeito-objeto vem condicionada pela atuação recíproca de um sobre o outro. Por conseguinte, não se pode explicar a norma sem o objeto de sua regulação. No pensamento de Müller, a estrutura da norma constitucional é determinada sempre por dois elementos: um programa normativo (*Normprogramm*), que constitui a parte integrante da norma em si, e um âmbito normativo (*Normbereich*), que expressa a realidade ordenada e regulada por ela. O programa normativo conforma a realidade e vice-versa. Note-se que a realidade constitucional é uma realidade complexa e englobante, na qual confluem e aparecem intercompentradas faticidade e normatividade.<sup>123</sup>

Para Vega, é interessante perceber claramente que o reconhecimento da realidade constitucional, como uma realidade englobante e superior, supõe a assimilação e a justificação dentro dela das mutações constitucionais. É nesta síntese superior – a realidade constitucional – que se resolveria definitivamente o conflito entre legalidade e faticidade.<sup>124</sup>

O problema dos limites das mutações se coloca precisamente quando a tensão entre faticidade e normatividade atinge um grau que põe em perigo a noção

<sup>121</sup> Pedro de VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 211.

<sup>122</sup> Pedro de VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 212.

<sup>123</sup> F. MÜLLER, “Thesen zur Struktur von Rechtsnormen”, in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, LVI, 1970, p. 500 ss. Apud Pedro de VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 213.

<sup>124</sup> Pedro de VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 214.

de supremacia constitucional. Então, a única alternativa possível, neste caso, seria converter a prática convencional (a mutação) em norma através da reforma, ou negar o valor jurídico da mutação, em nome da legalidade existente. Em qualquer das hipóteses, a mutação enquanto tal desapareceria, e a supremacia da Constituição estaria a salvo do perigo de destruição.<sup>125</sup>

---

<sup>125</sup> Pedro de VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 215.