

Reconstruindo o conceito de mutação constitucional

Reconstructing the concept of constitutional mutation

Carlos Victor Nascimento dos Santos¹

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil

carlosvictor@oi.com.br

Resumo

O objetivo do presente estudo é produzir uma revisão de literatura sobre a mutação constitucional. Por meio da identificação dos principais autores que escreveram sobre o tema no Brasil e da leitura atenta de seus textos, mapearam-se todas as citações dos autores clássicos feitas para fundamentar seus entendimentos. Acessando os autores clássicos, foi possível alcançar o contexto de surgimento da categoria em análise, o debate doutrinário a respeito do tema e como o tema se desenvolveu ao longo dos anos até a sua chegada ao direito brasileiro. Assim, são demonstradas tendências doutrinárias, diferentes usos e sentidos de uma expressão e, principalmente, a utilização de uma categoria empírica sem qualquer verificação de proximidade com a realidade social, além da ausência de método para a utilização de um conceito jurídico.

Palavras-chave: mutação constitucional, realidade social, revisão de literatura, doutrina, conceito jurídico.

Abstract

The purpose of this study is to produce a literature review on constitutional mutation. By identifying the main authors that have wrote about this topic in Brazil, it mapped all citations of classical authors made to justify their understanding. By accessing the classical authors, it was possible to identify the context of the appearance of a category under analysis, the doctrinal debate on the topic and how the subject developed over the years until it got into Brazilian law. Thus, the article demonstrates doctrinal trends, different uses and meanings of an expression and especially the use of empirical categories without any empirical verification of proximity to social reality, besides the absence of method in the use of a legal term.

Keywords: constitutional mutation, social reality, literature review, doctrine, legal concept.

¹ Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rua Marquês de São Vicente, 225, Gávea, 22451-900, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

Introdução

A mutação constitucional é um tema que vem ganhando bastante relevo na doutrina constitucional e jurisprudência. Não é incomum que ministros do Supremo Tribunal Federal invoquem o conceito para aplicar em casos por eles analisados. A partir deste movimento cada vez mais crescente de se referir à mutação constitucional no processo interpretativo da Constituição Federal, surgem enormes dúvidas acerca de seu real significado, o que nos conduz à seguinte reflexão: os diversos sentidos de uma mesma expressão não poderiam esvaziar o seu conceito ou, ao inverso, alargá-lo tanto ao ponto de lhe causar desimportância?

Diversos estudos sobre o tema (Barroso, 2009; Bulos, 1996) abordam a mutação constitucional a partir dos usos e sentidos dados a ela pelos ministros do Supremo Tribunal Federal no processo interpretativo dos casos em que são demandados. No entanto, não há um estudo mais sistemático no direito brasileiro que permita a proposição de uma análise conceitual a partir dos autores clássicos, estabelecendo um diálogo entre eles, além de alertar para um possível caminho para a chegada desde conceito ao Brasil. As linhas a seguir pretendem colaborar para o suprimento deste déficit ao compilar a doutrina clássica sobre o tema e estabelecer um diálogo entre ela e a doutrina constitucional nacional, de modo a compreender como a categoria jurídica em análise ganhou força e sentido no debate constitucional brasileiro. Principalmente por se tratar de categoria jurídica importada de realidade político-constitucional diversa e ser um mecanismo capaz de ampliar a competência do STF por meio da interpretação, permitindo mudanças de sentido de uma norma constitucional por quem não integra sequer o poder constituinte derivado.

Isso porque a mutação constitucional se insere num espaço que pressupõe uma progressividade da realidade social, permitindo uma comparação entre passado – significado e sentido que a norma ganhou no momento de sua criação – e o presente – sentido que a mesma norma traduz diante de nova realidade social. Para compreendê-la, torna-se fundamental um olhar cuidadoso à norma, ao contexto social e político em que estava inserida quando foi criada, e à realidade social circundante.

No presente estudo, a preocupação maior não é categorizar a mutação constitucional – que pode ser entendida como um rótulo que sintetiza um processo de justificação da decisão judicial –, tampouco estabelecer um diálogo entre doutrina e jurisprudência. O trabalho não apresenta uma análise jurisprudencial sobre o tema,

o que demanda pesquisa diferenciada, inclusive com metodologia específica. Aqui, optou-se por dar um passo anterior, apresentando uma revisão de literatura capaz de demonstrar a reconstrução e desenvolvimento de um debate que chega ao Brasil com status de não apenas mudar o sentido de normas constitucionais, mas de ampliar a competência dos ministros do Supremo Tribunal Federal, que passam a alterar o sentido de normas constitucionais sem a passagem pelo rito processual legislativo que lhe seria devido.

Apontamentos metodológicos

O trabalho apresenta uma revisão de literatura sobre o conceito de mutação constitucional a partir de leituras de textos nacionais e clássicos. Em um primeiro momento, foram consultadas algumas bases de dados, como as fontes de pesquisa da CAPES ([www-periodicos-capes.gov-br:ez101.periodicos.capes.gov.br/](http://www.periodicos-capes.gov.br/ez101.periodicos.capes.gov.br/)) e Scielo (<http://search.scielo.org/>), a fim de identificar textos que apresentassem um aprofundamento no tema e que, por tais características, pudessem ser mais frequentemente citados em comparação a outros textos. Estes veículos de pesquisa permitiram que fossem mapeados os principais textos escritos sobre o tema por autores nacionais.

A partir do mapeamento descrito, foi feita uma organização de tais textos inclusive em sequência cronológica, permitindo atribuir sentido e linearidade ao debate acerca do conceito no Brasil. Assim, foi possível identificar, por exemplo, o momento em que a discussão do tema chega ao Brasil e como ele passa a ganhar importância nos textos escritos por autores nacionais. Por meio da leitura dos textos nacionais, outra pesquisa foi realizada: os autores mais citados pela doutrina nacional para fundamentar os argumentos e teses desenvolvidas acerca do tema.

Assim, foi possível alcançar a doutrina clássica sobre a mutação constitucional e, novamente, organizando o debate travado pela doutrina clássica em uma sequência cronológica, contextualizando-o com fatos histórico-políticos, foi possível identificar a origem do debate e o diálogo entre autores clássicos.

Neste sentido, todo o processo de reconstrução do debate permitiu: (i) a identificação do contexto de surgimento da mutação constitucional, as motivações políticas para tanto e o seu significado originário; (ii) analisar em que contexto a doutrina clássica enquadrava o tema e como o debate foi se desenvolvendo ao longo dos anos; (iii) sugerir um possível caminho para a chegada do debate ao Brasil, que sentidos os autores nacio-

nais davam à mutação constitucional e como o debate se desenvolveu no Brasil.

Todo o percurso descrito anteriormente permitiu a realização de uma arqueologia conceitual, uma reconstrução do debate que tramita em torno da mutação constitucional. Isso será capaz de nos demonstrar uma possível diferenciação entre o significado originário da expressão e os diferentes usos e sentidos empregados pela doutrina atual ao desenvolver teses e argumentos que a problematizem, além de uma possível adaptação do tema à realidade constitucional brasileira, tendo em vista o sistema jurídico aqui vigente.

Contexto de surgimento e debate travado por autores

Com o objetivo de unificar a Alemanha, Otto von Bismarck liderou a Guerra Franco-Prussiana, entre 1870 e 1871, devido à França lhe causar óbices à integração dos Estados do Sul da Alemanha, impedindo a criação de um novo país. Para dar início à guerra, alguns autores (Guillen, s.d., p. 31-32) afirmam que Bismarck teria insultado a França, além de ter alterado uma mensagem enviada por seu Rei, encurtando um telegrama que visava ao fim da crise entre os países e que, após a sua “falsificação”, se tornava grande afronta aos franceses. Com o exército maior e mais bem preparado para a guerra, os prussianos sagraram-se vitoriosos, recebendo da França uma grande indenização e um território de maioria germânica, sendo fundamental à unificação da Alemanha. Estabelecido o Império Alemão, a estrutura federal foi considerada a mais apropriada para organizá-lo, contando com 22 Estados monárquicos e três cidades livres. O esboço de Constituição feito por Bismarck em 1866 para a Confederação Alemã do Norte, com algumas adaptações, tornou-se a Constituição do Império Alemão, em 1871.

A referida Carta política estabeleceu uma nova ordem na Alemanha, gerando, inclusive, uma situação de anormalidade nos Estados federados. Ao mesmo tempo em que a nova Constituição estabelecia novas diretrizes a serem seguidas, permitia também que ficassem resquícios da ordem jurídica e política anterior, por exemplo,

parte do Poder Legislativo era eleito por meio do sufrágio – *Reichstag*, e outra pela Assembleia de Delegados – *Reichsrat*; o governo era comandado pelo Chanceler, que, por sua vez, era nomeado pelo Imperador. Além disso, grande parte dos Estados da Alemanha manteve suas Constituições, mesmo já tendo vários dispositivos revogados parcial ou totalmente pela Constituição Imperial. Este cenário, somado ao elevado grau de rigidez da Constituição do Império Alemão, criou enorme hiato entre a Carta política alemã e a realidade social do país.

Preocupada com o distanciamento entre a Constituição de 1871 e a realidade social alemã, a Escola Alemã de Direito Público iniciou o desenvolvimento de trabalhos que permitissem essa maior proximidade². Neste contexto, Urrutia indica Paul Laband e Georg Jellinek como os principais teóricos dos fenômenos políticos. Ligado à Escola Alemã de Direito Público e membro do Conselho do Estado da Alsácia, Paul Laband começa a observar³ a realidade social alemã e a perceber que, apesar das distorções proporcionadas pela nova Carta política, a Constituição era modificada informalmente. Isso porque o autoritarismo imposto por ela permitia que as maiores autoridades dispostas no texto constitucional interpretassem a nova Constituição aproximando-a constantemente tanto de seus interesses quanto de possíveis transformações sociais. Laband, então, passa a reconhecer que o Estado é capaz de modificar a sua Constituição sem atendimento a procedimentos formais específicos. Apesar das controvérsias existentes acerca do surgimento e primeira formulação da ideia de mutação da Constituição, a doutrina tradicional aponta Paul Laband como precursor da ideia, alegando ter ele criado o conceito *Verfassungswandlung* – mutação constitucional, que se contrapunha a *Verfassungsänderung* – reforma constitucional. A ideia da mutação constitucional é de modificação informal do texto constitucional, hipótese em que se altera o seu sentido e alcance, embora o texto permaneça intacto.

Estudos realizados por Urrutia (2000, p. 109) e Verdú (1984, vol. IV, p. 165) indicam que Paul Laband observou ao menos três meios de alteração informal da Constituição: (i) leis criadas pelo Império que modificavam competências do poder central, criavam novas ins-

² “Esta escuela fundada por Gerber y Gierke inicia una tradición ‘científica’ en Alemania dentro de la cual se inscriben juristas como Laband y Jellinek. La Escuela alemana de Derecho Público propugnaba como punto de partida metodológico la separación entre derecho y política. El derecho público, según esta escuela, debía ser estudiado de manera aislada sin tener en cuenta los fenómenos políticos cambiantes. En este contexto, no deja de resultar paradójico que sean precisamente dos autores destacados de esta tradición los que inicien el estudio del contraste entre lo descrito en las normas constitucionales y el funcionamiento real del Estado constitucional” (Urrutia, 2000).

³ Sobre as observações feitas por Laband, Urrutia (2000, p. 108-109) esclarece: “La inexistencia de definición de la posición política de los ministros del Reich, la no previsión de un procedimiento de incorporación de nuevos territorios a la Unión Alemana, la regulación constitucional imperfecta y escasa de las finanzas del Reich y la vaga e incompleta previsión constitucional de los criterios de distribución competencial entre los Länder y el Reich suponían que su situación real sólo pudiese ser deducida del contenido de las leyes del Reich. Así, para Laband, la mayoría de las leyes suponían, en la práctica, un cambio de la situación constitucional del Reich.”

tituições políticas e estabeleciam parâmetros de observação de direitos e liberdades públicas; (ii) leis capazes de gerar contradições com o disposto na Constituição a partir de suas novas diretrizes; e (iii) uma modificação de postura dos Poderes Públicos em relação à sua atuação e competência por meio de usos e costumes.

Adiante, o alemão Jellinek (1991, p. 1-90), em obra escrita no final do século XIX, faz uma densa abordagem acerca do conceito de mutação constitucional. Para o autor, a mutação constitucional é fundada na teoria do fato consumado, em que se demonstra uma situação já consolidada no tempo. A partir da existência de um fato consumado, defende o autor a possibilidade de alteração de sentido de um texto normativo, considerando que o ali disposto poderia não mais atender às demandas da realidade social vigente. A situação já consolidada no tempo seria, então, suficiente para a alteração de sentido do texto constitucional, que, por sua vez, deveria acompanhar a progressividade da realidade social.

Após demonstrar que a mutação constitucional deve ser fundada na teoria do fato consumado, por se mostrar mais adequada à mudança de sentido de um texto normativo em pleno vigor, Jellinek apresenta nas páginas seguintes exemplos de possibilidade de incidência de mutações constitucionais feitas por interpretações aplicadas não só pelos juízes e tribunais, mas também pelo Parlamento e Administração Pública, adicionando o elemento volitivo como fundamental à diferenciação entre a mutação constitucional e a reforma da Constituição. Isto é, para Jellinek, o marco distintivo e caracterizador de uma autêntica mutação constitucional é a inexistência de uma consciência acerca da efetiva mudança.

Apesar dos autores mencionados terem iniciado os estudos sobre o tema, foi Hsü Dau-Lin quem o aprofundou, em 1932, ao escrever sobre as transformações constitucionais. O autor chinês, que aprofundou seus estudos na Escola Alemã de Direito Público, é responsável por um dos estudos mais completos sobre a mutação constitucional. Para o autor, a mutação constitucional é um fenômeno que revela uma nova ordem política, demonstrando um distanciamento

entre as normas constitucionais e a realidade social. Na linha do pensamento desenvolvido por Lassale (1998), a mutação constitucional é responsável por reconhecer a preponderância da realidade fática sobre a Constituição escrita. Para não caracterizá-la como mera “folha de papel”, o fenômeno da mutação constitucional aproximaria dada realidade do texto normativo, alterando o seu sentido e alcance de modo a transformá-lo em uma Constituição real e efetiva.⁴ Hsü Dau-Lin esclarece as possíveis formas de manifestação da mutação constitucional: (i) realidade sem norma – prática causada pela falta de reforma da Constituição, que não acompanha as transformações sociais; (ii) norma sem realidade – o que pode dificultar o exercício de direitos legítimos e constitucionalmente previstos; (iii) relação de incoerência entre norma e realidade, hipótese em que a realidade tanto pode contradizer a norma – resultando numa prática inconstitucional – quanto pode mudar o sentido da norma.

A obra escrita por Hsü Dau-Lin proporcionou um direcionamento maior ao debate acerca da mutação constitucional, dando ensejo a aprofundados estudos sobre processos de modificação da Constituição. Pouco tempo após a publicação de sua obra, por exemplo, o professor e membro do Conselho Constitucional francês Georges Vedel realizou estudos acerca dos processos de formação do ato ou atividade jurídica que resultam nas manifestações do poder de regular a vida social – associando o tema a uma discussão de Teoria do Estado. Vedel, em seus escritos, defende a necessidade do processo normativo refletir a supremacia do povo, alegando que os aplicadores do Direito não poderiam impor determinados pontos de vista, devido à impossibilidade de se alegar que a Constituição tenha conteúdo imutável (ver Ferreira Filho, 2007). O professor francês Georges Vedel, que combatia a Escola de Exegese Alemã Kantorowicz, tornou-se referência no Direito Constitucional francês com a publicação de *Manuel Élémentaire de Droit Constitutionnel*⁵. Aprofundando-se em Teoria do Estado, Vedel orientou o brasileiro Manoel Gonçalves Ferreira Filho no doutorado realizado na Universidade de Paris⁶.

⁴ Conforme Hsü Dau-Lin: “El significado de ese problema resulta de la naturaleza e intención de la Constitución escrita. Porque en el caso de una mutación de la Constitución, ésta como tal e cuestiona en su significado fundamental: Aquí normas que deben abarcar la vida estatal en su totalidad y exigen que su validez sea superior a la de las leyes ordinarias se reducen a letra muerta. En efecto, la realidad para la cual se emanaron estas normas, ya no coincide con ellas. Reina una tensión entre la Constitución escrita y la situación real constitucional” (Dau-Lin, 1998, p. 30).

⁵ A referência original da obra, publicada em 1949 pela Librairie Du Recueil Sirey de Paris, está em Ferreira Filho (2007, vol. 1).

⁶ Para fins de compreensão do processo de chegada da discussão do presente tema ao Direito brasileiro, cabe destacar que Manoel Gonçalves Ferreira Filho realizou em sua tese de doutorado um estudo comparado do estatuto constitucional dos partidos políticos no Brasil, Itália, França e Alemanha. O contato com o Direito Constitucional francês e alemão foi determinante em sua trajetória acadêmica, permitindo uma formação que abrangesse duas distintas Escolas de Direito Público: França e Alemanha. Em 1967, Manoel Gonçalves Ferreira Filho publica obra intitulada *Curso de Direito Constitucional* e, em seguida, torna-se professor titular da Universidade de São Paulo, onde orientou Anna Cândida da Cunha Ferraz nos cursos de Mestrado e Doutorado. A autora foi a primeira, no Brasil, a fazer um estudo mais aprofundado sobre o tema.

Ganhando cada vez mais notoriedade no cenário mundial, e sendo associado à Teoria do Estado, ainda na década de 1930, é publicada a obra póstuma *Teoria do Estado*, de Hermann Heller, que permite a demonstração de sua dedicação ao tema. Heller (1968) entendia a mutação constitucional como parte do conceito dinâmico de Constituição, apontando para a existência de elementos não jurídicos que atuariam na modificação do texto constitucional sem o procedimento próprio utilizado para a reforma de seu texto, como as Emendas Constitucionais.⁷ Apesar de Heller, assim como Lassale, defender que a Constituição real e efetiva se materializa a partir das relações reais de poder, acrescenta que tais relações se modificam constantemente, devendo-se relacionar, sobretudo, com a organização e unidade do Estado.

Em 1951, o espanhol Manuel García-Pelayo, enquanto professor da Universidade Central da Espanha, publicou o livro *Derecho Constitucional Comparado*, passando a entender a mutação constitucional como uma situação excepcional que tende a se tornar rotina, convertendo-se em norma e transformando a estrutura da norma constitucional. A referida mudança da Constituição, para o autor, é uma característica própria das Constituições Rígidas⁸. García-Pelayo destaca quatro formas de manifestação das mutações constitucionais: (i) a prática não regulada pelo texto constitucional e que não se opõe às suas regras escritas; (ii) impossibilidade do uso ou desuso de determinado mandamento constitucional; (iii) práticas que se opõem aos preceitos constitucionais; e (iv) práticas ou leis que esvaziam os direitos e garantias individuais a partir das transformações causadas por interpretações das normas constitucionais (García-Pelayo, 1951, p. 126, 137-138). Até a presente obra, é perceptível uma preocupação dos autores em conceituar a mutação constitucional, apontar-lhe características próprias e identificar formas de sua manifestação. Entretanto, nenhum autor havia ainda desenvolvido estudo no sentido de discutir possíveis limites à mutação constitucional. Um dos primeiros autores a discutir tal possibilidade é Konrad Hesse ao destacar a impossibilidade da preponderância do fato

sobre a norma, sob pena de macular a Constituição ao não se admitir a sua força normativa.

Assim, o Juiz do Tribunal Constitucional Alemão Konrad Hesse, na obra intitulada *A força normativa da Constituição*, publicada em 1959, adota um conceito mais restrito de mutação constitucional, como o estabelecimento de critérios próprios aplicáveis à sua utilização. Isto é, o texto da norma estaria limitando a amplitude da mutação constitucional. Para Hesse, aceitar a supremacia do fato sobre a norma resultaria no fim da força normativa da Constituição (Hesse, 1983). O autor, em verdade, defendia o equilíbrio entre a estrutura normativa e a realidade constitucional, alegando a impossibilidade de a norma constitucional estar desprovida de conteúdo e dissonante da realidade social. O que estimulou Hesse a intensificar estudos no sentido de demonstrar a necessidade de concretizar (entendida como interpretar, aplicar e controlar) os comandos normativos contidos na Constituição.

Preocupado em estabelecer um método para concretizar as normas constitucionais, o jurista alemão Friedrich Müller, em obra intitulada *Métodos de trabalho de Direito Constitucional* (2000), demonstra uma ausência de fundamentação detalhada no processo interpretativo, dificultando a compreensão do processo decisório. O método estruturante sugerido por Müller visa diferenciar o “programa da norma” – texto expresso na norma –, do “âmbito da norma” – que está relacionada ao ambiente normativo, à realidade social em que a norma se insere. O processo de concretização da norma constitucional passa pela identificação de elementos fundamentais, como a interpretação, jurisprudência, dogmática, teoria etc. que estruturam e constituem a norma constitucional. A interpretação, assim, seria apenas um dos elementos de concretização da norma.

A realidade social, de acordo com Müller, será a maior responsável por concretizar as normas constitucionais, mas estará vinculada ao programa normativo que, com a utilização dos elementos mencionados, indicará as possibilidades de concretização da norma, estabelecendo inclusive alguns limites⁹.

⁷ Segundo Heller (1968, p. 295): “A Constituição de um Estado coincide com sua organização enquanto esta significa a Constituição produzida mediante atividade humana consciente e só ela. Ambas referem-se à forma ou estrutura de uma situação política real que se renova constantemente por meios de ato da vontade humana. Em virtude desta forma de atividade humana concreta, o Estado transforma-se em unidade ordenada de ação e é então quando adquire, em geral, existência. Ao adquirir a realidade social ordenação e forma de uma maneira especial, é quando o Estado aparece na sua existência e modos concretos”.

⁸ Segundo García-Pelayo (1951, p. 126): “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 está estrechamente vinculada a la esencia de la constitución”.

⁹ “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’, siendo susceptibles con ello de ocasionar una ‘mutación constitucional’” (Friedrich Müller in Hesse, 1992, p. 8).

O texto é o ponto de partida do método proposto por Müller¹⁰, que está preocupado com a fundamentação e controle racional da decisão. O autor se destaca na doutrina constitucional alemã por tratar o tema como fundamental à compreensão do processo decisório.

Além de Friedrich Müller, que identificou e problematizou a ausência de fundamentação da interpretação no processo decisório, Peter Häberle, que teve Konrad Hesse como professor e orientador, manteve as tradições do pensamento liderado pelo juiz alemão. Häberle volta a colocar o processo interpretativo como cerne da aplicação da norma constitucional.

Em relação aos estudos da mutação constitucional, Häberle associa a discussão aos conceitos de sociedade aberta e fechada, aprofundando o tema na obra *Hermetica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, publicada pela primeira vez na década de 1960. Nesta obra, o autor trata do tema da mutação como uma forma de aproximação do disposto no texto normativo à realidade constitucional, discutindo a interpretação das normas constitucionais no processo de tomada de decisão numa sociedade aberta.

Atentando ao pluralismo existente na sociedade, Häberle defende que os critérios de interpretação da norma constitucional não devem ficar restritos aos intérpretes jurídicos e àqueles que participam do processo constitucional – sociedade fechada, mas também envolver todos os órgãos estatais, potências públicas, cidadãos e grupos – sociedade aberta. Esclarece o autor: “Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade” (Häberle, 1997, p. 13). Assim, Häberle se torna um dos pioneiros na discussão de como a opinião pública pode ter a sua participação no processo de tomada de decisão, contribuindo inclusive na interpretação e identificação de novos fatos sociais que modifiquem e permitam compreender a sociedade pluralista. O cidadão e a realidade constitucional em que estão inseridos, além dos demais atores deste processo de compreensão da realidade social, tornam-se elementos centrais no processo de tomada de decisão.

Entretanto, para que o processo descrito ocorra de forma legítima, Häberle defende (i) a existência de

uma relativização da interpretação jurídica, em que o juiz deixe de ser o único intérprete da Constituição e os participantes sejam potencialmente intérpretes pluralistas públicos; (ii) que os instrumentos de informação dos juízes sejam ampliados e aperfeiçoados; e (iii) que ocorra um controle judicial, permitindo que as leis sejam aprovadas com participação popular e controle da opinião pública, além da existência de um “Consenso Constitucional” (Häberle, 1997, p. 46-58). Ao se referir ao “Consenso Constitucional”, Häberle demonstra uma preocupação em seu discurso: os mecanismos de maior compreensão da realidade constitucional revelam o objetivo implícito da interpretação correta da norma em relação ao seu destinatário final – a sociedade, tomando ela própria como parâmetro.

É possível perceber que, apesar dos autores que iniciaram a discussão a respeito da mutação do texto constitucional, com o passar dos anos ela foi ganhando novos contornos, passando a ser aprofundada na Teoria do Estado e, principalmente, na Hermenêutica constitucional – mais especificamente como um mecanismo de interpretar o texto normativo lhe atribuindo novo sentido mediante a realidade circundante. Seguindo a mesma linha de pensamento, segundo a qual a interpretação é um mecanismo de aproximação do texto constitucional à realidade social, o professor alemão, jurista e filósofo do Direito Karl Larenz, publica a obra *Methodenlehre der Rechtswissenschaft – Metodologia da Ciência do Direito*, também na década de 1960. Em sua obra, Larenz dedica alguns capítulos para discutir a modificação de entendimento da norma constitucional a partir de interpretações legítimas.

Larenz admite a existência de uma necessidade de interpretação das normas diante de fatos que dificultem a atribuição de sentido ao texto normativo, além de seu real alcance. Quando diante de um signo linguístico que denota conotações distintas a uma mesma expressão, ou normas contrárias que se apresentam no sentido de regular um mesmo fato, o autor defende a necessidade de uma interpretação de cunho evolutivo, capaz de alcançar a realidade fática e melhor traduzir o significado e alcance das normas. Este processo se daria de forma comparativa, tendo como elementos a norma objeto de interpretação, o sentido que possuía à época de sua edição, o decurso de tempo capaz de demonstrar as suas formas de aplicação e a

¹⁰ Segundo Müller, “[...] a norma jurídica apresenta-se ao olhar realista como uma estrutura composta pelo resultado da interpretação de dados linguísticos (programa da norma) e do conjunto de dados reais conformes ao programa da norma (âmbito normativo). Nessa estrutura a instância ordenadora e a instância a ser ordenada devem ser relacionadas por razões inerentes à materialidade da questão [sachlich zusammengehören]. O texto da norma não é aqui nenhum elemento conceitual da norma jurídica, mas o dado de entrada/input mais importante do processo de concretização, ao lado do caso a ser decidido juridicamente” (Müller in Hesse, 1992, p. 7).

realidade constitucional transpassada por esse decurso de tempo¹¹.

Além do exposto, Larenz destaca também a necessidade do juiz analisar as possíveis consequências de cada uma das interpretações possíveis do fato analisado, tendo como parâmetro o bem comum¹², sendo um dos pioneiros a considerar a consequência da escolha do sentido que se queira atribuir à norma como elemento necessário ao processo interpretativo.

Seguindo a mesma linha de pensamento de Larenz, o professor espanhol Pablo Lucas Verdú (1984, vol. IV) trata da “interpretação evolutiva”, hipótese em que a aproxima da mutação constitucional. Verdú considera como legítima a interpretação constitucional atribuída a uma Carta política que tenha ficado obsoleta, fragilizada, descompassada com a realidade vigente. E, a partir deste hiato entre as normas constitucionais e a realidade social vigente, o autor recorre à ideia de “sentimento jurídico”¹³, “sentimento constitucional”, que utiliza para demonstrar que a Constituição deve sempre atender às necessidades populares, sendo esta a razão e finalidade para a qual foi criada. A observação do autor se fundamenta na crítica que faz à falsa ideia de soberania popular que, ao invés de inserir na Constituição os anseios populares, legítima parlamentares para discutir e aprovar disposições normativas que atendam a determinados grupos de interesses em detrimento dos anseios populares. Identificando o que chama de falha no princípio democrático, Verdú elenca a mutação constitucional e a interpretação constitucional – entendida pelo autor como forma de preencher as lacunas deixadas pelo texto normativo – como instrumentos capazes de superação das falhas apontadas no princípio democrático, colocando o destinatário final das normas em posição de destaque. E, assim, compartilha com autores anteriormente citados

o entendimento de que a mutação constitucional reflete a preponderância do fato sobre a norma constitucional.

Enfim, toda esta abordagem não representa o que se escreveu sobre mutação constitucional fora do Brasil, mas demonstra de forma sucinta uma possível progressividade do raciocínio que a permeia. Apesar de haver controvérsias sobre como a ideia que tramita em torno da mutação constitucional foi importada ao Direito brasileiro, conforme mencionado em páginas anteriores, é possível que o tema tenha chegado ao Brasil por intermédio do autor francês Georges Vedel, que orientou Manoel Gonçalves Ferreira Filho no doutorado da Universidade de Paris em um período em que o tema estava em constante discussão na doutrina constitucional. Posteriormente, Ferreira Filho tornou-se titular da Universidade de São Paulo, orientando Anna Cândida da Cunha Ferraz nos cursos de mestrado e doutorado, autora responsável por fazer o estudo mais aprofundado do tema no Brasil até o momento. Independentemente de este ter sido o caminho pelo qual a discussão acerca da mutação constitucional tenha chegado ao Brasil, é interessante notar que o tema ganha maior enfoque no cenário nacional mais de um século após os indícios de seu surgimento, conforme apontado pela doutrina tradicional; é razão capaz de justificar os poucos estudos realizados sobre o tema no Brasil.

Possíveis tendências doutrinárias nos usos e sentidos dados à mutação constitucional

Ao identificar cada vez menor correspondência entre a Carta Política alemã e a realidade social, Paul Laband, indicado pela doutrina como grande precursor

¹¹ Segundo Larenz, o “processo constitucional interpretativo” poderia ser compreendido nas seguintes palavras: “De entre os factores que dão motivo a uma revisão e, com isso, frequentemente, a uma modificação da interpretação anterior, cabe uma importância proeminente à alteração da situação normativa. Trata-se a este propósito de que as relações fácticas ou usos que o legislador histórico tinha perante si e em conformidade aos quais projectou a sua regulação, para os quais a tinha pensado, variaram de tal modo que a norma dada deixou de se ‘ajustar’ às novas relações. É o factor temporal que se faz notar aqui. Qualquer lei está, como facto histórico, em relação actuante com o seu tempo. Mas o tempo também não está em quietude; o que no momento da gênese da lei actuava de modo determinado, desejado pelo legislador, pode posteriormente actuar de um modo que nem sequer o legislador previu, nem, se o pudesse ter previsto, estaria disposto a aprovar. Mas, uma vez que a lei, dado que pretende ter também validade para uma multiplicidade de casos futuros, procura também garantir uma certa constância nas relações inter-humanas, a qual é, por seu lado, pressuposto de muitas disposições orientadas para o futuro, nem toda a modificação de relações acarreta por si só, de imediato, uma alteração do conteúdo da norma. Existe a princípio, ao invés, uma relação de tensão que só impede a uma solução – por via de uma interpretação modificada ou de um desenvolvimento judicial do Direito – quando a insuficiência do entendimento anterior da lei passou a ser ‘evidente’” (Larenz, 1997, p. 495).

¹² De acordo com Larenz: “Não pode proceder segundo a máxima: *Fiat justitia, pereat res publica*. Nenhum juiz constitucional procederá assim na prática. Aqui a ponderação das consequências é, portanto, de todo irrenunciável, e neste ponto tem Kriele razão. Certamente, que as consequências (mais remotas) tão pouco são suscetíveis de ser entrevistadas com segurança por um Tribunal Constitucional, se bem que este disponha de possibilidades muito mais amplas do que um simples juiz civil de conseguir uma imagem daquelas. Mas isto tem que ser aceite. No que se refere à avaliação das consequências previsíveis, esta avaliação só pode estar orientada à ideia de ‘bem comum’, especialmente à manutenção ou aperfeiçoamento da capacidade funcional do Estado de Direito. É, neste sentido, uma avaliação política, mas devendo exigir-se de cada juiz constitucional que se liberte, tanto quanto lhe seja possível – e este é, seguramente, em larga escala o caso – da sua orientação política subjectiva, de simpatia para com determinados grupos políticos, ou de antipatia para com outros, e procure uma resolução despreconceituada, ‘racional’” (Larenz, 1997, p. 517).

¹³ Para Verdú (2004, p. 53), “[...] o sentimento jurídico supõe a implicação com o ordenamento jurídico e com a ideia de justiça que o inspira e ilumina. Sentir juridicamente é implicar-se com o direito vigente, com o todo ou com parte dele, dando-lhe apoio. Às vezes, a não implicação indica que se prefere um Direito distinto, o Direito anterior ou outro melhor e/ou mais justo. Desse modo, o *sentimento jurídico aparece como afeto mais ou menos intenso pelo justo e equitativo na convivência*. Quando tal afeto versa sobre a ordem fundamental daquela convivência, temos o *sentimento constitucional*. Em ambos os casos, não se trata de um fenômeno concomitante – seguindo Agnes Helles; não é uma reação, mas algo inerente aos sujeitos afetivamente implicados”.

da ideia sugerida pela ocorrência de uma mutação do texto constitucional, desenvolve estudos com o objetivo de alargar o sentido de alguns textos constitucionais, devido à rigidez da Carta Política alemã e ao seu grande distanciamento da realidade social circundante. O modo defendido pelo autor para a procedência das mudanças de sentidos do texto constitucional, sem modificar-lhe o texto, é a interpretação, conforme foi possível extrair das páginas anteriores. A interpretação do aplicador do Direito foi o mecanismo considerado mais adequado à época para atribuir o sentido ao texto constitucional que mais se aproximasse da realidade de seu povo.

Atualmente, é corriqueiro lermos diversos autores que associam a mutação constitucional a um método de interpretação, já que em sua origem foi assim considerada. A interpretação é uma subcategoria da hermenêutica, que também pode abranger a integração e a aplicação do Direito, conforme se verá nas páginas seguintes. Enquanto subcategoria da hermenêutica, que é uma categoria da Filosofia do Direito, é possível associar a mutação constitucional com um contexto de debate do dever ser. Isto é, por meio da interpretação, seria possível alterar o sentido do texto para que a sua visão prospectiva fosse readequada – devido à impossibilidade de seu alcance pelo distanciamento com a realidade social – e, ao mesmo tempo, pudesse ter consonância com a realidade de seu povo. Isto é, em sua origem, é possível associar a mutação constitucional com a Filosofia do Direito.

A mutação constitucional foi se tornando cada vez mais comum no debate público, sendo experimentada em diversos países e profundamente discutida principalmente no Direito alemão. E não demorou até que passasse a ser associada à Teoria do Estado. É possível citar como exemplo os estudos desenvolvidos pelo professor francês Georges Vedel, que tratam das diversas formas de manifestações do poder de regular a vida em sociedade. Vedel defende que a supremacia do povo não pode ser esquecida, devendo regular o poder de interpretação dos aplicadores do Direito. Para defender que o processo normativo deve refletir a vontade do povo, a inserção da mutação constitucional como um dos elementos a serem investigados pela Teoria do Estado vai sugerir que seja associada à preponderância do fato sobre a norma.

Considerando que a vontade do povo é soberana e o disposto na Constituição pode não refleti-la, na impossibilidade ou dificuldade de se alterar o texto, deve ele ter uma alteração de sentido do ali disposto para que se reaproxime da vontade do povo. Por este entendimento, a preponderância do fato sobre a nor-

ma associa-se às discussões desenvolvidas e estimuladas pela Teoria do Estado, estabelecendo inclusive um diálogo entre Direito e Ciência Política. É importante destacar a resistência a este movimento liderada principalmente por Konrad Hesse, em *A força normativa da Constituição*, ao defender que o texto da norma limitaria a incidência da mutação constitucional, proporcionando um equilíbrio entre estrutura normativa e realidade constitucional, sob pena de se estar mutilando a Constituição e pondo fim à sua força normativa.

Sem aprofundar a discussão existente nas linhas anteriores e com o propósito de apresentar possíveis tendências na condução do debate sobre a mutação constitucional pela doutrina tradicional, o jurista alemão Friedrich Müller percebe que a ausência de um método apto a conduzir a mudança de sentido do texto constitucional pode causar graves impactos no processo decisório, permitindo que os aplicadores do Direito conduzam a dinâmica decisória por suas próprias convicções. A associação feita por Müller da mutação constitucional com a análise do processo decisório inaugura uma nova tendência, aprofundada por Häberle ao defender que os aplicadores do Direito não são os únicos intérpretes das normas: o cidadão que integra o processo de compreensão e modificação da realidade social também deve ser considerado como um de seus intérpretes. A ideia inaugura e insere a mutação constitucional num contexto de debate associado à Teoria da Decisão.

Atualmente, a dificuldade de identificação de uma racionalidade nos usos e atribuições de sentidos à mutação constitucional permite que os aplicadores do Direito a utilizem efetivamente como um rótulo que sintetiza o processo de justificação da decisão judicial. O mais importante a ser destacado é que, apesar do final do século XIX até os dias atuais, a mutação constitucional se insere em uma “zona de penumbra” – parafraseando Hart, em *O conceito de Direito* –, que dificulta a centralização e aprofundamento do debate, uma vez que surge em um contexto próximo da Filosofia do Direito, se desenvolve enquanto Teoria do Estado e passa a ser efetivamente utilizada como uma Teoria da Decisão que sintetiza e justifica o processo decisório.

Breve panorama da mutação constitucional no Direito brasileiro

Apesar de alguns autores brasileiros como Bulos (1996, p. 26) apontarem Luiz Pinto Ferreira como o autor que primeiro fez menção à mutação constitucional no Brasil, chamando de “mudança material” as alterações de sentido do texto constitucional provenientes

de usos, costumes e interpretação judicial (Ferreira, 1962, p. 108), Anna Cândida da Cunha Ferraz foi a primeira autora brasileira a desenvolver um estudo aprofundado sobre o tema. Em 1986, a autora publica a sua tese de doutoramento intitulada *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*.

Em seu livro, Ferraz faz uma abordagem mais densa, demonstrando a possibilidade de ocorrência de uma mutação constitucional por atos provenientes dos três Poderes da República, assim como o fizeram Jellinek e Dau-Lin em suas obras. Apesar das semelhanças do defendido entre os autores, Ferraz (1986, p. 10) vai além, defendendo a possibilidade de a mutação constitucional alterar o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito¹⁴. A preocupação de autores que estabelecem um limite à ocorrência da mutação do texto constitucional funda-se também na possibilidade do novo sentido ultrapassar os limites impostos pelo próprio texto.

O problema identificado merece atenção especial quando referente ao limite imposto pelo texto constitucional. A mutação constitucional ocorrerá principalmente em hipóteses de clara distância entre o disposto no texto constitucional e a realidade social circundante, em que o texto permita uma mudança de seu sentido. Vale dizer que tais hipóteses possivelmente ocorrerão diante de signos linguísticos de textura mais aberta¹⁵, permitindo-se recorrer à alegação da ocorrência de sua mutação. E os signos de ordem mais aberta podem ter sido inseridos no texto constitucional com o propósito de aproximá-lo um pouco mais da realidade social quando os seus aplicadores fizerem uso dele. Enfim, quando diante de um texto constitucional de textura mais aberta, de forma a se permitir a manipulação de seu sentido pelo aplicador do Direito, pode ser que, no momento da sua criação, a norma tenha sido feita

de modo a permitir uma maior discricionariedade por parte do executor da norma. Diante de hipóteses como esta, torna-se completamente discutível a ocorrência ou não de uma autêntica mutação constitucional, porque se estará dando concretude a uma ideia abstrata intencionalmente criada pelo legislador.

Após Ferraz fazer a sua densa abordagem acerca do conceito de mutação constitucional, em 1996, Bulos escreve artigo cujo título é: “Da Reforma à mutação constitucional”. Ao discutir a rigidez constitucional, Bulos discute a possibilidade da mutabilidade do texto também ser parte inerente às Constituições flexíveis por ser proveniente não apenas de interpretação e construção judiciais, mas também de usos e costumes (Bulos, 1996, p. 40). No que se refere aos possíveis limites à mutação constitucional, o autor critica a doutrina por não ter ainda enfrentado este tema e defende a sua impossibilidade em decorrência da representação de um poder difuso¹⁶.

Na mesma esteira, em 1999, Horta publica o artigo “Permanência, mutações e mudança constitucional”, fazendo uma nova análise da mutação constitucional e fazendo uso do “sentimento constitucional” utilizado por Verdú para compreender o fenômeno. Horta faz uma diferenciação entre mudança e mutação constitucional, hipótese em que esta deve ser considerada como espécie da “mudança constitucional”. A mutação, assim como a reforma constitucional, é entendida como espécie da “Mudança da Constituição”, que tem por objetivo corrigir imperfeições constantes tanto no texto constitucional quanto em sua interpretação, contrapondo-se à ideia de permanência. Na mesma linha seguida por Bulos, Horta defende que a mutação constitucional não necessariamente é consequência natural e própria das Constituições rígidas porque deve se relacionar com a plasticidade do texto constitucional¹⁷.

¹⁴ Em relação à observação feita pela autora acerca do respeito ao espírito da norma, vale reprimir o cuidado especial que se deve ter no desenvolvimento de um argumento como este. O espírito da norma, assemelhado ao argumento da interpretação teleológica que busca a finalidade da lei, incorre num problema de ordem prática em que se atesta a completa dificuldade de se confirmar se o motivo pelo qual a norma foi aprovada e inserida na Constituição é verdadeiramente o mesmo pelo qual foi criada. Na verdade, este seria um vício inerente ao processo legislativo, que demonstra o cuidado especial que se deve ter no desenvolvimento de um argumento como o da necessidade da mutação constitucional respeitar o espírito da norma.

¹⁵ Expressão utilizada por Hart (1998).

¹⁶ “[...] a prática constitucional evidencia a possibilidade de traçarmos, com exatidão, as limitações a que estão sujeitas o Poder Constituinte derivado, 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, o alcance. Em verdade, não é possível, 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” (Bulos, 1996, p. 41).

¹⁷ “A mutação constitucional nem sempre se ajusta ao sistema da Constituição rígida, e sua adoção se compatibiliza melhor com a plasticidade da Constituição, e aos períodos iniciais de funcionamento do regime político, como se pode verificar nos casos de sua aplicação. A mutação consagra o uso constitucional, que acaba se sobrepondo à norma escrita da Constituição. Na análise da mutação constitucional nos Estados Unidos, Loewenstein alude exatamente ao uso constitucional, cuja ação modificadora tornaria o texto de 1787 irreconhecível aos autores da Constituição. O regime parlamentar do século XIX, que surgiu e se consolidou sob o impulso de normas consuetudinárias, tornou-se o território predileto da mutação constitucional. São dessa natureza as convenções constitucionais do regime parlamentar britânico e as normas de *correttezza costituzionale*, que mereceram, estas últimas, largo tratamento no Direito Constitucional italiano. Biscaretti di Ruffia, retomando o tema que Santi Romano desenvolveu no seu trabalho — *Diritto e Correttezza Costituzionale* — qualifica a norma de correção de norma social e muitas vezes o Direito nela encontra seu pressuposto necessário. Estranha ao Direito, a norma de correção é dele indispensável complemento” (Horta, 1999).

Adiante, o Min. Gilmar Mendes, que (i) em 1991 havia publicado a tradução de *A força normativa da Constituição*, de Konrad Hesse, e (ii) em 1997, publicou a tradução de *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*, de Peter Häberle, publica em 2008 o artigo: "O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional".

Em seu artigo, o Min. Gilmar Mendes faz uma análise histórica da competência conferida ao Senado Federal para expedir resoluções atribuindo eficácia *erga omnes* às normas declaradas inconstitucionais pelo plenário do STF, no controle difuso. De acordo com o ministro, a referida competência, nos dias atuais, teria se tornado obsoleta e entrado em completo desuso pelo Senado Federal. Para uma mudança de paradigma em relação à competência conferida ao Senado, o Min. Gilmar Mendes alega que a simples declaração de inconstitucionalidade proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, ainda que no controle difuso, teria efeito *erga omnes* em razão de ser o órgão que profere a última palavra sobre a Constituição. Assim, defende que a competência historicamente conferida ao Senado Federal teria o condão de atribuir mera publicidade às decisões do Supremo, cumprindo assim o princípio democrático e, por isso, devendo ser reinterpretada de modo a não ser mais fundamental ao processo constitucional. A este processo histórico, o Min. Gilmar Mendes chama de "autêntica mutação constitucional", recorrendo a autores como Dau-Lin, Jellinek e Ferraz para fundamentar o seu posicionamento.

Adiante, Luis Roberto Barroso dedica um capítulo do livro *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*, em 2009, para discutir a mutação constitucional, identificando uma adaptação necessária da Constituição às transformações sociais que se impõem tanto por ações estatais quanto por comportamentos sociais (Barroso, 2009, p. 128ss). Para o autor, as formas mais comuns de ocorrência de tal adaptação seriam por meio da interpretação e dos costumes constitucionais, responsáveis por alterarem o sentido do texto normativo. Enfim, embora existam outros autores que tenham discorrido sobre o tema no Brasil, o objetivo do presente estudo não é o de esgotar o tema no Brasil, fazendo uma análise pormenorizada de cada um dos autores que tenham mencionado a expressão aqui investigada, mas apresentar o modo como a ideia foi desenvolvida no Direito brasileiro.

Apesar das discussões que atualmente gravitam em torno da formulação mais adequada ao conceito

de mutação constitucional, na visão da doutrina tradicional, ela está relacionada a um processo informal de mudança da Constituição, em que se identifica a mudança de sentido de um texto normativo em razão da mudança do comportamento social ou estatal, sem alterar-lhe a redação. Tal questão torna-se imprescindível para compreendermos que o fenômeno da mutação constitucional em nada se relaciona com a reforma da Constituição, que pressupõe a expressa modificação do texto constitucional.

A controvérsia acerca da formulação do conceito de mutação constitucional, existente há mais de um século, demonstra o quão problemático o tema é. No presente texto, o tema será abordado sob três vertentes: (i) como o Direito brasileiro faz uso da expressão "mutação constitucional", tendo como parâmetros de análise a doutrina nacional; (ii) a possível relação entre o uso da expressão pela doutrina brasileira e autores mais tradicionais; e (iii) a identificação do que é passível de ser considerado uma "autêntica mutação constitucional". O enfrentamento de tais questões é de suma importância, sob pena de juízes e tribunais, que são reconhecidamente os maiores aplicadores de tal conceito, estarem fazendo uso meramente estratégico da expressão ou procedendo erroneamente a uma mutação inconstitucional e, conseqüentemente, uma reforma constitucional silenciosa.

O conceito de mutação constitucional, então, vem sendo associado aos mais diversos entendimentos. Há autores que fazem uma associação do conceito a um método de interpretação da norma constitucional. Outros preferem associá-la a um fenômeno. Neste sentido, a mutação constitucional entendida como um fenômeno não induz a uma interpretação do texto normativo, mas ao reconhecimento de uma prática já existente e reiterada na sociedade ao qual é aplicável. Enquanto fenômeno, não poderia a mutação constitucional revestir-se de elementos em que se pudesse identificar a possibilidade de manipulação para a defesa de determinado sentido a um texto constitucional. Surge, então, a necessidade de observação e descrição do objeto analisado para adaptar a norma (alterando o seu sentido) à nova realidade social observada e descrita.

O fenômeno da mutação constitucional deve ser mais bem compreendido como sendo modificações de sentidos dos textos constitucionais, sem qualquer alteração em sua estrutura, i.e., sem revisões ou emendas. Por tal entendimento, pode-se depreender que a mutação denota algumas mudanças de sentidos de texto lógicas e inevitáveis, por conta das constantes transformações da realidade social. E a Constituição, norma fun-

damental do Estado de Direito, apesar de ter a rigidez como característica formal, pode ser também um “organismo vivo”¹⁸ se considerarmos que deve acompanhar todas as mudanças nas estruturas básicas da sociedade e as consequentes transformações sociais.

A mutação constitucional, então, consistiria em mudanças de sentido, e não na estrutura das palavras existentes no texto constitucional, a partir de um processo de transformações de comportamentos não organizados, difusos, em que não se torna possível a identificação de uma ingerência formal do Poder Constituinte Derivado. Diferentemente da aplicação dos preceitos constitucionais aos casos concretos, na mutação constitucional tem-se um reconhecimento de repetidos comportamentos unidos por uma aceitação implícita, capaz de lhe atribuir caráter geral e abstrato como se norma fosse (ver Ferraz, 1986). Assim, a mudança de sentido de preceitos constitucionais tem por objetivo uma possível adaptação destes aos fatos que se insurgem, de forma espontânea, sem seguir procedimentos formais como no processo de emendas à Constituição.¹⁹

Considerações finais

O presente estudo, por meio de uma revisão de literatura sobre o tema, demonstrou a forma em que uma categoria normativa, ao longo dos anos e a partir dos diferentes contextos, pode ser utilizada pela doutrina como uma categoria empírica sem qualquer verificação de proximidade com a realidade social. Podendo ser entendida como uma atitude em relação à produção do conhecimento, que afirma que para se referir à realidade social é preciso ter algum contato com ela, atribuindo um caráter científico à investigação, a empiria parece ser ignorada pela doutrina constitucional clássica e atual. A ausência de empiria na investigação da realidade social pela doutrina revela a ausência de um método apto ao reconhecimento de uma autêntica mutação constitucional, tendo em vista tratar-se de uma alteração de sentido do disposto na Constituição a partir de uma modificação da realidade constitucional.

Isto é, além da ausência de um método da doutrina em utilizar um conceito jurídico, o que permite a atribuição de diferentes usos e sentidos a uma mesma expressão, também não há método para o reconhecimento de uma mutação do texto constitucional. A aproximação entre texto e realidade social continua a ser feita por meio de interpretação e argumentação revestida por sofisticadas teses jurídicas. Assim, a partir do trabalho aqui desenvolvido, é possível inclusive redirecionar o debate para a ausência de métodos principalmente na utilização de conceitos jurídicos no Direito brasileiro.

Por fim, o estudo desenvolvido acerca da mutação constitucional, partindo de uma metodologia própria, preocupou-se em: (i) demonstrar a necessidade de se elaborar estudos sobre conceitos jurídicos comumente utilizados pela Corte Constitucional e que geram efeitos jurídicos de grande influência, inclusive no cenário político; e principalmente, (ii) destacar a necessidade de criação de uma metodologia própria ao reconhecimento da expressão investigada; e (iii) identificar possíveis consequências de seu uso. Entretanto, a relevância prática do estudo não é a de apenas identificar possíveis usos e sentidos dados a uma expressão que divergem do seu significado originário, atestando uma ausência de metodologia em sua utilização, mas também demonstrar como um conceito jurídico é importado por um sistema jurídico diverso, adaptado à nova realidade e aplicado sobre ela.

Referências

- BARROSO, L.R. 2006. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Renovar, Rio de Janeiro, 410 p.
- BARROSO, L.R. 2009. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. Saraiva, Rio de Janeiro, 453 p.
- BULOS, U.L. 1996. Da reforma à mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, **33**(129):25-43.
- DAU-LIN, H. 1998. *Mutación de la Constitución*. Bilbao, IVAP, 183 p.
- FERRAZ, A.C. da C. 1986 *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo, Max Limonad, 269 p.
- FERREIRA FILHO, M.G. 2007. *O poder constituinte*. 5ª ed., São Paulo, Saraiva, vol. I, 158 p.
- FERREIRA, L.P. 1962. *Princípios gerais do Direito Constitucional moderno*. 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 742 p.

¹⁸ Há controvérsia na doutrina constitucional a respeito da consideração da Constituição como um “organismo vivo”. Alguns autores entendem que, por o termo “Constituição” ter surgido da expressão latina *constituere*, nos transmitindo a ideia de estabelecer, delimitar, firmar, deve ela ser considerada como uma sistematização de direitos e deveres, em que toda a regulação da vida social estaria ali expressamente disposta. Nesse sentido, ver Silva (2005, p. 38). Em sentido contrário, conforme anteriormente demonstrado: Loewenstein (1986, p. 164) e Bulos (1996, p. 321). Parece-nos cabível a consideração, mesmo para fins do desenvolvido até aqui, que merece prosperar a ideia de que a Constituição seja um “organismo vivo”, principalmente se levadas em consideração as suas diversas possibilidades de mudanças, como a por meio de uma mutação constitucional. Hipótese em que é aberta a possibilidade de comportamentos reiterados pela sociedade, com aceitação em massa por ela, ensejarem interpretação diversa da que o texto constitucional sugere.

¹⁹ As normas constitucionais deverão observar, assim, o novo sentido de seu texto normativo para terem a sua aplicabilidade aos casos concretos. Isso não importa dizer que são normas de eficácia contida, sob a alegação de que dependem de uma complementação, via de regra legislação infraconstitucional, para serem completamente eficazes. Com a mutação constitucional, a norma constitucional mantém o seu status de norma de eficácia plena, contida ou limitada, transformando-se apenas o sentido que uma palavra possuía no texto normativo, mas mantendo-se os efeitos, quanto à sua aplicabilidade, anteriores à mutação constitucional realizada (Bulos, 1996).

- GARCÍA-PELAYO, M. 1951. *Derecho Constitucional Comparado*. 2ª ed., Madrid, Revista de Occidente, 636 p.
- GUILLEN, P. [s.d.]. O Império Alemão de 1871 a 1918. In: J. NÉRÉ (org.), *História contemporânea*. São Paulo, Círculo do Livro, p. 315-327.
- HÄBERLE, P. 1997. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 55 p.
- HART, H.L.A. 1998. *O conceito de Direito*. 3ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 306 p.
- HELLER, H. 1968. *Teoria do Estado*. São Paulo, Ed. Mestre Jou, 374 p.
- HESSE, K. 1991. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 34 p.
- HESSE, K. 1983. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 104 p.
- HORTA, R.M. 1999. Permanência, mutações e mudança constitucional. Disponível em: http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1999/02/-sumario?next=1. Acesso em: 22/02/2011.
- JELLINEK, G. 1991. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 291 p.
- LARENZ, K. 1997. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 620 p.
- LASSALE, F. 1998. *A essência da Constituição*. 4ª ed., Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 53 p.
- LOEWENSTEIN, K. 1986. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed., Barcelona, Editorial Ariel, 619 p.
- MENDES, G.F. 2008. O papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, **45**(179):149-168.
- MÜLLER, F. 2000. *Métodos de trabalho de Direito Constitucional*. São Paulo, Max Limonad, 121 p.
- SILVA, J.A. 2005. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª ed., São Paulo, Malheiros, 650 p.
- URRUTIA, A.V.S. 2000. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*, **20**(58):105-135.
- VECCHI, C.B. 2005. *Mutação constitucional: uma abordagem alemã*. Rio de Janeiro, RJ. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 148 p.
- VERDÚ, P.L. 1984. *Curso de Derecho Político*. Madrid, Tecnos, vol. IV, 875 p.
- VERDÚ, P.L. 2004. *O sentimento constitucional – aproximação ao estudo do sentir constitucional como método de integração política*. Rio de Janeiro, Forense, 256 p.

Submetido: 25/10/2014
Aceito: 23/02/2015