



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros.

ISSN: 2237-2342 (impresso)
L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Ano X, Vol.X, n.39, jul./dez., 2019.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/07/2019.

Data de reformulação: 15/09/2019.

Data de aceite definitivo: 30/11/2019.

Data de publicação: 20/12/2019.

Editor Responsável: Me. Jonas Rodrigo Gonçalves.

LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PELA VIA DA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL: UMA PROPOSTA DE CATALOGAÇÃO E DEFINIÇÃO.¹

LIMITS OF THE CONSTITUTIONAL MUTATION BY MEANS OF JUDICIAL INTERPRETATION: A PROPOSAL OF CATALOGING AND DEFINITION.

*Ao amigo Jaci Fernandes de Araújo, agora
advogando pro segundo Adão.*

**Me. Álvaro Osório do Valle Simeão²
Dr. Inocência Mártires Coelho³**

RESUMO: No presente artigo, faz-se exposição acerca da existência ou não de limites para a tarefa de interpretar a Constituição. Ao final, partindo-se da premissa de que na democracia toda semiose é limitada, propõe-se uma catalogação e definição de limites para a mudança da Constituição pela via da interpretação, dividindo tais limites em principiológicos ou teleológicos e normativos ou semióticos.

¹ © Todos os direitos reservados. A Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros, bem como a Faculdade Processus (mantenedora do periódico) não se responsabilizam por questões de direito autoral, cuja responsabilidade integral é do(s) autor(es) deste artigo.

² Advogado da União. Doutorando e Mestre em Direito pelo Uniceub/DF. Professor de Direito Constitucional e Eleitoral - Faculdade Processus/Brasília/DF.

³ Procurador-Geral da República entre 1981 e 1985. Procurador da República aposentado. Doutor em Direito pela Universidade de Brasília. Professor aposentado do curso de graduação e pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília. Professor do Doutorado em Direito do Uniceub/DF.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Constitucional. Hermenêutica. Mutaç o Constitucional. Limites

ABSTRACT: In the present article, an exposition is made about the existence or not of limits for the task of interpreting the Constitution. In the end, starting from the premise that in democracy all semiosis is limited, it is proposed a cataloging and definition of limits for the change of the Constitution through the interpretation route, dividing such limits into principles or teleological and normative or semiotic.

KEYWORDS: Democracy. Constitutional. Hermeneutics. Constitutional Mutation. Limits

Introdu o

A Constitui o possui elasticidade, para al m das suas altera es textuais, em face da realidade cambiante, fator imprescind vel para manuten o da sua for a normativa. No poder de interpretar o texto constitucional reside um papel modelador dos sentidos de Constitui o do qual depende a efetividade e longevidade da pr pria Carta Pol tica. Tratam-se dos processos informais de modifica o da Constitui o, express o do poder constituinte difuso. Tal fen meno   tamb m denominado muta o constitucional (LABAND, 1895).

  de primordial import ncia para o regime democr tico, portanto, a an lise sobre os limites incidentes sobre essa fun o p blica de transformar a Constitui o a partir da sua interpreta o. Admitir que essas mudan as possam ocorrer de forma ilimitada, em nome do triunfo da facticidade, representaria o aniquilamento do car ter imperativo e estabilizador da Constitui o.

Na busca de uma identifica o e cataloga o desses limites   preciso um resgate doutrin rio a respeito dos fins e fun es do Estado, de modo a fixarmos uma separa o entre o que   revela o de sentido para fins de atualiza o da Constitui o e manuten o da sua for a normativa e o que transbordaria para a cria o de uma nova materialidade constitucional, papel privativo do Poder Constituinte Origin rio.

A defini o de limites para a muta o constitucional vincula-se aos limites que possam ser elencados para a interpreta o da Carta Pol tica. Esses limites representam controles a serem reconhecidos para os guardi es da Constitui o. No teatro pol tico do Brasil o Supremo Tribunal Federal   protagonista na tarefa de realizar a interpreta o abstrata da Constitui o, de modo que limites   interpreta o constitucional s o, sobretudo, limites ao Supremo Tribunal Federal.

1. Democracia e preserva o da Constitui o

O Estado se justifica por seus fins, seja no sentido da consecui o de objetivos de dif cil concretiza o para a individualidade, seja no sentido da conten o dos  mpetos e atos pouco nobres do ser humano, favorecendo a harmonia social.

Aqueles que exercitam atribui es p blicas ou de interesse p blico integram, assim,  rg os que desempenham fun es concernentes a fins e que se autolimitam naturalmente pela pr pria divis o do poder.

Entre as fun es estatais destaca-se aquela inerente   preserva o da democracia, que   a fun o de guarda da Constitui o. Mas no que consiste guardar, preservar ou proteger a Constitui o?

Cabe asseverar, inicialmente, que essa fun o decorre do fato de que a pr xis pol tica n o pode destoar, em conte do ou forma, do seu fundamento de validade.

A criatura não deve se opor ao criador, sendo necessário estabelecer-se órgãos que, ao exercitarem o controle da constitucionalidade dos atos jurídicos, ou ao concretizarem normas programáticas e direitos fundamentais, preservem a força normativa e sociológica da Constituição.

Dada a sua importância, a atribuição de proteger a Constituição é difusa entre as estruturas e órgãos do Estado. A função de guarda da Constituição é desempenhada pelo Executivo, por exemplo, quando a Presidência da República lança mão do veto jurídico, que é a faculdade de impedir, antecipada e motivadamente, a produção de efeitos por um ato normativo ainda não publicado e vigente.

Seguindo o modelo norte-americano (HAMILTON, MADISON, JAY, 1984, p. 78), o Brasil adota a possibilidade de que a função de custódia da Constituição, nos casos concretos entre as partes, seja desempenhada por qualquer juiz investido de jurisdição, desde as primeiras instâncias chegando até aos Tribunais Superiores. Pode-se afirmar, assim, que todos os juízes do Brasil são intérpretes objetivos da Constituição em casos judiciais concretos, ainda que as decisões divergentes, tomadas entre eles, provoquem uma clara afronta ao postulado da isonomia material, eis que jurisdicionados em situação idêntica poderão obter provimentos antagônicos em face de interpretações antagônicas do texto constitucional por diferentes juízes.

Essa afronta à igualdade só é ceifada por uma interpretação uniformizadora e abstrata. Por isso, a última palavra sobre essa compatibilidade vertical necessária é função desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme previsão contida na cabeça do artigo 102 da Constituição Federal de 1988⁴. Esse órgão acumula, ainda, funções jurisdicionais e outras funções políticas e normativas, sendo formado por membros vitalícios nomeados pelo Poder Executivo, com sabatina senatorial.

Na verdade, o Supremo Tribunal Federal é o único órgão do país que faz uma quádrupla proteção da Constituição.

Ele a preserva, inicialmente, em casos concretos jurisdicionais, onde a questão constitucional não é o objeto da demanda, sendo prejudicial ao mérito. Suas decisões, nesses casos, valem para as partes, ressalvada a transcendência prática das razões de decidir, o que muito raramente ocorreu na história daquele Sodalício.

O Supremo Tribunal Federal faz também a guarda da Constituição de forma abstrata, ou seja, com valor para todos (*erga omnes*), por via de ações próprias a esse fim, estranhas à função jurisdicional, em que o objeto posto em análise é a própria compatibilidade vertical do ordenamento jurídico.

O Supremo também zela pela Constituição quando cria normas regulamentadoras de programas e direitos constitucionais na eventual omissão das outras estruturas de poder, pondo obstáculo à crise de inefetividade da Carta Magna.

Por último, a completar a sua função de guardião da Constituição Brasileira, tem-se que o Supremo faz da Constituição um fenômeno dinâmico, em face da dinâmica dos fatos e valores sociais, por meio da mutação constitucional abstrata e genérica que atualiza os sentidos principiológicos e normativos do texto constitucional, atividade que pode ser desempenhada com ou sem limites.

Esses novos sentidos de Constituição, independentes de qualquer reforma gráfica do texto, surgem pelo fato de que a interpretação é um pressuposto para a definição do parâmetro de controle das leis e atos normativos. Só se pode preservar a Constituição se resta clarificado, a partir da interpretação, qual a amplitude da Constituição.

⁴ Art. 102 Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição...

A realização da Constituição como experiência estriba-se na hermenêutica calcada na fusão entre o horizonte normativo do texto e o horizonte de aplicação que permeia o pleno do STF. Esses horizontes variam no tempo, o que possibilita a mutação constitucional, ou seja, a mudança da Constituição sem alteração textual, baseada unicamente na modificação do resultado interpretativo conforme a realidade histórica.

Assim, não resta dúvida de que a função de preservação da Constituição cabe, com precipuidade, ao Supremo Tribunal Federal, mas é muito lógico se concluir que quando a Constituição assim estabeleceu o Supremo não estava sendo visto como integrante ou cúpula do Judiciário, mas como um poder que, de forma autônoma e independente, protege o bastião escrito da democracia. Pela sua indispensabilidade, a proteção da Constituição não deve ficar atrelada às chamadas estruturas clássicas, denominadas de Legislativo, Executivo e Judiciário.

Basta ver que, sob o prisma teleológico, a custódia da Constituição envolve, inicialmente, uma função legislativa negativa de declaração de nulidade ou inexistência de um ato inferior que esteja em confronto com parâmetros fundantes do Estado, a restar claro que fazer o controle da constitucionalidade é um processo em nada coincidente com a aplicação de normas jurídicas para composição de litígios, ou seja, função jurisdicional.

O Supremo Tribunal Federal, quando exerce a sua função maior de proteção da Constituição, não é “Poder Judiciário”, e esse dado deve ser considerado em todo debate que se faça sobre a legitimidade do seu crescente ativismo, inclusive por meio da mutação constitucional. A legitimidade do Supremo, nessa missão política, deriva da própria Constituição, não se podendo cogitar de déficit.

Não se pode olvidar que para decidir se há incompatibilidade entre a manifestação infraconstitucional e a Constituição é preciso um exercício de auto-revelação e revelação ao mundo da amplitude normativa e principiológica do fenômeno constitucional, tarefa atribuída a homens, seres que precisarão estar receptivos à opinião da alteridade, e do texto, de forma dialética, mas sem o mito antropológico da neutralidade, eis que todo ser carrega em si um selo histórico único⁵.

Trata-se do pressuposto hermenêutico inato aos seres e necessário tanto para compreender o mais frugal dos textos, como para a complexa função de guarda da Constituição e de preservação do dinamismo e força normativa dos comandos constitucionais.

Há, dessa forma, um vínculo estrito entre a atividade hermenêutica e a efetividade da Constituição, o que, sob esse prisma, reflete-se no que muitos denominam de “ativismo judicial”, sobretudo nos países que, como o Brasil, adotam um modelo de Constituição dirigente e comprometida com alterações sociais a partir da aplicação da mesma.

Nos Estados com democracia em desenvolvimento, onde vige um nominalismo constitucional que se identifica pela crescente efetivação das regras e princípios constitucionais, optou-se pelo desenho normativo como imposição da mudança social, e não pelo modelo em que a Constituição espelha um quadro cultural e social já consolidado.

Há, portanto, uma fissura a ser preenchida pelo intérprete da Constituição brasileira, que precisa se redimensionar no processo de sua aplicação. É compreender, interpretar e aplicar a Constituição de modo a aproximá-la da sociedade, o que se faz pela explicação razoável e com linguagem acessível, sobretudo na hora de expor ao mundo as razões que geram esse ou aquele sentido de Constituição.

⁵ Aqui se adota uma posição realista, contrária à ideia de que quem faz ciência gera um saber neutro, puro e desinteressado.

A força normativa da Constituição depende da parametrização constante entre dois polos: norma e realidade. Não há como ser diferente, pois a norma é cunhada pelo objeto que ela quer regular. A pergunta é: A Constituição controla o intérprete ou o intérprete controla a Constituição? Nessa altura do desenvolvimento da ciência constitucional a resposta só pode ser simbiótica. Em outros termos, a Constituição se permite moldar, mas com limites, sob pena de quebra do paradigma democrático.

Há, dessa forma, limites, mas o nível de objetividade e pragmatismo dos mesmos engatinha e dificulta a própria observação quanto ao seu respeito. Em outras palavras, o que dificulta o controle dos controladores é a própria imprecisão sobre quais sejam esses limites e a indefinição sobre o que os mesmos encerram.

O intérprete possui sua tradição e seus conceitos prévios a afastar o mito da neutralidade, mas não pode permitir interferências ilegítimas que o levem a uma compreensão teleologicamente deturpada do fenômeno constitucional.

Preservar a Constituição pressupõe a sua interpretação fundamentada, proporcional e razoável. Assim, apesar da Constituição ser um monumento normativo aberto, não é toda interpretação que respeitará as possibilidades presentes no texto ou que será consentânea com um mínimo consenso democrático, ou seja, estará em sintonia com as mudanças sociais e o desejo da sociedade.

2 Hermenêutica e mutação constitucional

Quase todas as Constituições ocidentais são rígidas, e a do Brasil não foge a esse paradigma. O processo legislativo para alterar formalmente a Constituição de 1988 é hermético quanto à iniciativa e não existe, de forma expressa, sequer abertura para uma propositura popular, como ocorre com as leis⁶.

Essa situação, presa à lógica da suspeita, vez que opção política de um constituinte pós-ditadura, tem gerado um descompasso entre a norma constitucional e os fatos, quando a tridimensionalidade do Direito recomenda, na verdade, uma congruência entre o que está positivado pelo Estado e a realidade (REALE, 2003, p. 108). Esse descompasso alimenta, naturalmente, a crise de inefetividade da Constituição.

A rigidez do texto constitucional, marca da desconfiança perene em relação àqueles que exercem o poder, tem se tornado catalisadora da mutação constitucional no Brasil, ou seja, dos processos informais de mudança da Constituição por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da Constituição, por meio principalmente da interpretação (BULOS, 1997, p. 5).

A terminologia e observação do fenômeno remonta à Escola Alemã de Direito Público (final do Século XIX e começo do Século XX), que pioneiramente distinguiu entre *verfassungsänderung* (emenda constitucional) e *verfassungswandel/verfassungswandlung* (conversibilidades, transformações ou mutações constitucionais) (LABAND, 1895, p. 5).

A reforma, além de implicar alteração textual, é voluntária e consciente, ao passo que a mutação deixa intacto o texto constitucional, sendo uma mudança natural que ocorre pela força normativa dos fenômenos sociais, culturais e políticos, não se originando, no mais das vezes, de uma atividade intencional ou consciente, ainda que

⁶ Para alguns juristas a proposta de iniciativa popular de emenda constitucional é possível, mas atualmente dependeria de ao menos duas ações: a) uma interpretação sistemática dos artigos 60, 14 e 1º, parágrafo único, da Constituição de 1988, e b) uma regulamentação por emenda que preservasse a rigidez da Constituição, não sendo viável a utilização analógica dos requisitos estabelecidos no artigo 61, previstos unicamente para a proposta de iniciativa popular de lei.

isso possa ocorrer, sobretudo quando a mutação nasce da hermenêutica pretoriana (JELLINEK, 1991, p. 7)

Na literatura jurídica norte-americana somente muito recentemente se passou a encontrar o termo *living constitution* para designar a Constituição como obra aberta e cambiante em face da natural dinâmica dos fatos (ACKERMAN, 2006, p. 12).

Seja no paradigma do precedente como fator de construção da Constituição dos Estados Unidos da América, seja nas transformações informais detectadas na Constituição Alemã de 1871 para manutenção do que os historiadores chamaram de segundo *Reich*, essa breve análise comprova a existência, a possibilidade e o que normalmente determinam as mutações constitucionais.

Sem esse caráter cambiante as Constituições correm riscos, pois existe uma aproximação entre normatividade, efetividade e mutação constitucional. Para Konrad Hesse (2009, p. 111), a concretização da Constituição, seja em face das liberdades negativas, seja em face da execução de programas sociais, depende da atualização informal da mesma, que diferentemente da reforma é um meio ágil o suficiente para alinhar a velocidade da norma à velocidade dos fatos. Trata-se de uma concepção de Constituição que aqui será chamada de dinâmica.

O principal mecanismo de mutação constitucional presente no Brasil é aquele dependente da interpretação judicial, uma vez que mesmo nos casos de súmula vinculante, instituto que se aproxima muito das *stare decisis* norte-americanas (SIMEÃO, 2012, p. 187/210), o juiz é a ponte entre o texto constitucional e a Constituição, detendo o poder de modificá-la no plano da aplicação cotidiana.

No processo não só de interpretação, mas de integração do texto constitucional, pode o juiz, enquanto guardião concreto ou abstrato da Constituição, exacerbar da sua atribuição e realizar uma mutação que poderá ser inconstitucional, apesar da retórica de legitimação ou de aceitação utilizada fazer parecer que tudo se processou em consonância com fatos sociais.

Na interpretação pretoriana, ou seja, de pessoas investidas do papel de proteger a Constituição, são fatores antecedentes a qualquer mutação a percepção de que a historicidade do ser incide em face das coisas, de modo que a interpretação será a resultante bifronte entre dois horizontes: de um lado o texto constitucional, do outro o guardião da Constituição. Qualquer falta de sintonia entre esses polos hermenêuticos e a mutação será inconstitucional.

É que a Constituição, apesar de ser uma obra que pressupõe a colaboração de um destinatário que domine a sua linguagem e a sua mensagem enquanto sistema proposto a um fim, isso não significa que ela possa ser interpretada de maneira livre, aberrante, desiderativa e maliciosa, em contrariedade à teleologia existencial do próprio Estado.

Os limites da interpretação são colocados a partir do programa normativo estabelecido pelo constituinte, não sendo facultado ao intérprete exorbitar desses parâmetros para, por assim dizer, criar uma nova materialidade constitucional, modificando pontos fundamentais da maneira de ser do Estado.

Até mesmo o não-dito, numa Constituição, precisa ter seus efeitos revelados de forma sistemática e teleologicamente fundamentada, mas esse silêncio não pode ser preenchido por uma atividade de integração que desnature as intenções do constituinte originário.

3 Limites da mutação constitucional pela via da interpretação

Os limites aqui propostos estão restritos à mutação operada por atores-intérpretes positivamente autorizados na Carta, o que representa a faceta mais palpável,

politicamente, do que Dau-Lin classificou como “*mutação constitucional por meio da interpretação da Constituição*” (1947, p. 27-29).

Essa via, como já se assinalou, é preponderante no atual sistema político brasileiro e pode ser, diante da própria formulação constitucional de funções estatais, judicial ou extrajudicial.

No Brasil a mutação é principalmente consciente, comissiva e realizada por órgãos públicos, tendo por pressuposto a prévia interpretação do texto constitucional. Esse tem sido o caminho mais usual para a definição de novos sentidos para a Constituição do Brasil.

Alerte-se, antes de tudo, para o fato de que as cláusulas pétreas explícitas são limites ao poder revisional e reformador, mas não ao poder difuso, conforme ficou claro no julgamento liminar, pelo STF, das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44.

A simples oposição das limitações materiais explícitas como conteúdos protegidos em face da mutação constitucional parece uma conclusão que não parte de uma análise mais profunda do fenômeno mutacional. Basta ver que temas como federação, separação de poderes, sufrágio e voto, assim como direitos fundamentais individuais, também precisam ser interpretados e atualizados conforme a realidade.

Quando se parte para a análise dos votos proferidos na ADC 44, verifica-se que para o Supremo Tribunal Federal as cláusulas pétreas explícitas são limitações unicamente para a reforma constitucional, mas não são óbice ou limite para a mutação da Constituição pela via da interpretação. Essa conclusão decorre do fato de que o guardião operou, nesse caso concreto, uma diminuição abstrata de um direito e garantia individual ao arrepio da gramaticalidade contida no artigo 60, §4º, inciso IV, da Lei Fundamental de 1988.

Nesses casos, de mitigação das limitações materiais explicitamente colocadas no texto, bastaria que a mutação possuísse fundamentação objetiva a partir de informações estruturantes e estruturais vindas da sociedade, o que os pensadores da análise econômica do direito chamam de indicadores estatísticos (POSNER, 1998, p. 100).

Uma vez que se está modificando aquilo que, pela via da reforma, seria o núcleo intangível da Constituição, faz-se necessária uma justificação bem mais pragmática, objetiva e matemática. Nas palavras de HESSE, “...*esta concepção de mutação constitucional permite e exige fundamentações mais atentas e diferenciadas, acompanhadas de critérios comprováveis*” (2009, p. 168)

Mutações constitucionais contra limites materiais explícitos são possíveis desde que na sua fundamentação haja uma aproximação metodológica entre ciências do espírito e ciências da natureza.

Já no que se refere à identidade material da Constituição, que se relaciona com os limites de conteúdo implícitos ou lógicos, a mutação constitucional que os afronte atentaria contra a preservação dos princípios fundamentais representativos do que a professora Anna Cândida Ferraz chamou de “*Espírito da Constituição*” (1986, p. 213-214). Isso violaria a ideia de consenso democrático e, portanto, a noção de soberania do povo, que somente seria exprimível, nessas situações específicas, por meio do Poder Constituinte Originário (LEDEWITZ, 2017, p. 10) (BARROSO, 2009, p. 168-169).

Consenso democrático pode ser definido como o grau de aceitação social de uma norma, de uma política ou de uma interpretação, o que a torna mais estável, ou seja, menos propensa à mudança. Isso diferencia a mutação constitucional da dialética jurisprudencial que a precede.

Esse primeiro limite pode ser catalogado e definido como um limite decorrente de princípios, ou seja, preso à teleologia constitucional de um Estado. Ele é

lógico por impossibilidade criacional. Com efeito, há uma diferença entre dar sentido e criar. A atividade de criar Constituição é privativa do povo, por meio de revolução legítima (democracia direta) ou Assembleia Nacional Constituinte democraticamente eleita e com liberdade de discussão e deliberação (democracia representativa). Assim, o intérprete da Constituição não pode se afastar de tal forma do “Espírito da Constituição” a ponto de criar uma nova Constituição no plano dos fatos.

Ainda que o Supremo Tribunal Federal inadmita as limitações materiais explícitas como anteparos à sua atividade de hermeneuta e, conseqüentemente, de protagonista maior da mutação da Constituição, as limitações materiais implícitas com certeza atingem essa atividade, para o bem do regime político e controle do poder. O Supremo Tribunal Federal não está autorizado a ser constituinte originário.

Assim, a mutação constitucional não poderia, por exemplo, diminuir o princípio republicano e da soberania popular, que induz aquisição, transferência e alternância no poder segundo o postulado democrático liberal, ou modificar o sentido de Constituição para torná-la menos rígida, pela flexibilização das próprias cláusulas que a protegem da reforma.

Outros limites são os normativos ou semióticos (HELLER, 1968) (HESSE, 2009) (MÜLLER, 2011). Esses limites se aproximam em muito da noção de fusão de horizontes históricos (GADAMER, 2002) e em muitos pontos coincide com a teoria da semiose limitada (ECO, 2016).

A Constituição é um conteúdo normativo e jurídico destacado da realidade por força da entropia de poder, de modo que ela liga o ser social – normalidade - ao dever ser jurídico - normatividade. A Constituição, assim, não é só normatividade, como queria Kelsen, ou só normalidade, como queria Carl Schmitt, mas uma coordenação correlativa entre esses dois fenômenos, de modo que a Lei Fundamental é suprema porque se projeta para além dessa tensão bipolar (HELLER, 1968, p. 290-306).

Depreende-se, assim, que a mutação constitucional, sendo um fenômeno que tem por fonte a normalidade social, encontra limites no caráter normativo da Constituição, ou seja, na sua projeção de efetividade como documento limitador da política e das condutas humanas.

Reconhecer caráter ilimitado à mutação constitucional representaria a capitulação da normatividade pela força dos fatos, o que significaria uma quebra da Constituição. Há um detalhamento preciso e objetivo desses limites normativos na teoria normativo-estruturante (MÜLLER, 2011, p. 50-86).

Assim, as normas que formam o Direito Constitucional são formadas por realidade (âmbito normativo) e por mandamento (programa normativo), o que importa dizer que o social (regulado) e o jurídico (regulador) caminham necessariamente juntos e em interação constante, o que nada mais é do que a própria concepção dinâmica de Constituição.

Ocorre, contudo, que nem todos os fatos estão incluídos no âmbito normativo, de modo que não são todos os fatos que podem subsidiar uma mutação, pois “...*nem todo fato novo pertence ao setor da realidade regulado pela norma*” (HESSE, 2009, p. 167).

Assim, o âmbito normativo, limitado pelo programa normativo, filtra os fatos que podem ou não podem levar a uma alteração formal ou informal da norma, de modo que “*só enquanto este fato novo ou modificado resulte pertencente ao âmbito normativo pode-se aceitar também uma mudança da norma*” (HESSE, 2009, p. 167).

O aspecto normativo reduz a discricionariedade do hermeneuta na realização da mutação constitucional. A interpretação vai se restringir às possibilidades de apreciação dos fatos, mas todos terão de estar dentro do âmbito normativo.

Assim como ocorre nas hipóteses de colisão entre direitos fundamentais, na hipótese de colisão entre realidade e norma suprema deve ser buscado o “equilíbrio de máximo respeito” às funções constitucionais de estabilização, racionalização e limitação do poder, sem descuidar da necessidade de eficácia da Constituição dentro da realidade cambiante. Tudo que esteja para além desses objetivos já não será mutação constitucional, mas quebra e anulação da Constituição, legitimação de fatos consumados sobre normas democraticamente estabelecidas.

Esses limites normativos se aproximam, em conteúdo, dos limites impostos pela semiose, ou limites semióticos. Com efeito, há limites de ampliação semântica na Constituição, seja pela necessidade de concordância prática e harmonização sistemática entre seus postulados, seja pelo império da teleologia de princípios. Exemplo: Quando o artigo 33 da Lei nº 1079, de 1950, que integra o bloco de constitucionalidade brasileiro, diz que a resolução condenatória do Senado, no processo de *impeachment*, impõe a definição de algum prazo de inabilitação para o exercício de qualquer função pública, não se pode fazer uma interpretação que negue o texto, nesse ponto fechado e sem lacunas.

Ao permitir a condenação por crime de responsabilidade sem indicar prazo de inabilitação, criou-se uma nova rotina, um novo texto no plano dos fatos, ainda que o símbolo gráfico da norma tenha permanecido. Para além disso, foi ignorada a finalidade de impedir que um condenado por crime político volte a ocupar função pública eletiva vindo a tornar-se reincidente por crime de responsabilidade. Foram violados, assim, os limites de ampliação semântica do texto, o que se deu muito provavelmente porque a decisão é tomada numa instância composta simultaneamente por dois poderes (Senado presidido pelo Presidente do Supremo), o que inviabiliza pragmaticamente a sua reforma.

A verdade da Constituição não está em um pântano de relatividade subjetiva. É preciso fazer uma interpretação da Constituição a partir do texto, e não contra o texto, fazendo a mediação do mesmo pelos fatos determinantes do presente. Todas as vezes que esse processo se repete é aceitável um resultado hermenêutico, mas todos terão de estar dentro da razoabilidade.

Desvios derivados da subjetividade são naturais, pois nenhuma autoridade adentra virgem ao processo hermenêutico, mas há restrições contidas no próprio texto que podem tornar a interpretação, e a conseqüente mutação, inconstitucionais.

Todo texto, seja narrativo ou normativo, é incompleto porque pressupõe sempre a colaboração interpretativa de um destinatário. O texto é formado por uma simbologia gráfica isolada da realidade que demanda uma linguagem dominada pelo leitor. Linguagem, aqui, pode ser entendida como o universo individual desse leitor-modelo (ECO, 2008, p. 37-39).

Outro fator que denuncia a incompletude do texto é o fato dele estar entremeado por silêncios, que é aquilo que ele não manifesta na sua superfície literal, mas que demanda atualização modificativa no tempo, no nível de conteúdo e fato. O texto é um mecanismo preguiçoso e econômico que depende da valorização de sentido que o destinatário vier a introduzir, deixando ao leitor a iniciativa interpretativa, mas essa iniciativa tem uma margem de discricionariedade limitada, pois tem de existir uma univocidade mínima entre autor e hermeneuta.

A interpretação é o mecanismo formado entre autor, texto e leitor que explica não apenas nossa relação com mensagens elaboradas intencionalmente por outros seres humanos, mas toda forma de interação entre o homem e o mundo que o circunda, de modo que nenhum processo hermenêutico escapa dessa circularidade (PEIRCE, 1995, p. 1149).

Assim, os três atores do processo interpretativo se autolimitam. Não é porque o texto está separado do seu autor, e das circunstâncias concretas da sua emissão, que o mesmo pode se desgarrar dos seus significados mais primários, pois a

mensagem tem um conteúdo amplo, que pode dizer muitas coisas, mas não qualquer coisa. Há sentidos que, dentro de uma racionalidade lógica, escapariam à amplitude significativa da mensagem.

Dentro do universo da linguagem existe um sentido literal de formas lexicais que não pode ser refutado pelo intérprete. Essa premissa léxica basal se confunde com o primeiro sentido do fenômeno que seria buscado pelo leitor-modelo, pelo cidadão comum, pelo homem médio. Nenhuma interpretação pode evitar essa restrição e “qualquer ato de liberdade por parte do leitor pode vir depois e não antes da aplicação dessa restrição” (ECO, 2008, p. 38-40).

Há mensagens que inexistem no programa normativo da Constituição, de modo que podem existir muitas interpretações válidas, mas com certeza também existem exegeses insustentáveis. O texto constitucional possui direitos que não podem ser negados no processo hermenêutico, ainda que esses limites não coincidam, necessariamente, com o universo do constituinte.

Essa interpretação, para além da liberdade entre mundo do autor, obra e mundo do leitor, é contaminada pela lógica da semelhança, segundo a qual semelhante age simpaticamente sobre o semelhante, gerando influências.

No plano ideal, um órgão colegiado, como o Supremo Tribunal Federal, deveria aplicar a Constituição a partir da soma das compreensões solitárias dos universos individuais, mas na prática há influências recíprocas entre os ministros, com consequências para o resultado interpretativo.

Deve-se buscar no texto constitucional o que o constituinte disse e quis dizer para, assim, encontrar a coerência textual e as possibilidades interpretativas que se encerram no sistema de significação em que se respalda a Constituição.

O intérprete não pode partir para um ataque impositivo, subvertendo essas restrições, pois na filosofia da verdade não há protagonistas, apenas colaboração para a manutenção da democracia.

Conclusão

A doutrina brasileira tem se omitido em enfrentar o problema dos limites da mutação constitucional pela via da interpretação judicial. Para além disso, têm sido olvidadas certas diferenciações para estabelecimento de um conceito mais preciso acerca desse fenômeno.

Nem toda oscilação de jurisprudência ou ativismo é uma mutação constitucional e as mudanças informais que ocorrem, ainda que de forma social e politicamente estabilizada, mas em contrariedade a limites existentes, não serão uma mutação constitucional, mas um crime de responsabilidade, ou seja, uma ação contrária à Carta Política.

Os limites estabelecidos pelo Constituinte de 1988 ao poder de alteração formal do texto magno - sejam os procedimentais, materiais ou circunstanciais - não se aplicam ao processo de alteração informal pela via da interpretação abstrata, em que resta incólume a letra escrita e positivada da Constituição.

A noção de rigidez constitucional, nesse sentido, não atinge o que a doutrina chama de Poder Constituinte Difuso ou mutação constitucional, e nem o que aqui se coloca como dialética jurisprudencial precedente, principais atividades desempenhadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Como a mutação constitucional pela hermenêutica parte da influência de fatos e valores sobre o processo de extração de sentido das normas de uma Constituição, e tendo em vista que os aspectos ontológicos e axiológicos de uma sociedade são condicionados culturalmente, pode-se afirmar que, para além de um conceito universal

existe um conceito de mutação constitucional próprio às características sociais e políticas do Brasil, assim como é possível perscrutar quais os limites e diferenciações que propiciam uma noção sobre o fenômeno em cada sociedade e cultura.

A concepção mais universal sobre mutação constitucional é aquela que foi lançada ao mundo a partir das observações feitas sobre o processo jurídico-político relacionado com a primeira reunificação alemã, na segunda metade do século dezenove, mas a simples transposição dessa teoria que pode ser denominada de clássica, ao Brasil, não atende às complexidades vistas sobretudo nos últimos vinte anos, em que a politização da justiça e a judicialização da política aumentaram no maior país da América do Sul.

A mutação constitucional, no Brasil, resulta da interpretação. O intérprete último é o Supremo Tribunal Federal, que como integrante do sistema social elege um âmbito normativo, ou seja, recorta fatos, valores, práticas e costumes que se comunicam com o programa normativo do texto constitucional para, a partir daí, declarar o que é a real Constituição. A mutação silenciosa, sem declaração formal, não atende às necessidades de segurança que derivam de uma formação histórica colonial marcada pela desigualdade e monopólio do poder econômico e político, num sistema judicial romano-germânico.

O Supremo é o intérprete último, mas não é o único. Todos os poderes estatais que representam o povo devem ser partícipes. A hermenêutica constitucional é feita à luz de um diálogo multilateral entre correntes políticas, no seio da sociedade e dos poderes eleitos, e jurisprudenciais, no seio do Judiciário. A interpretação visa a verdade por um método, e esse método é sobretudo o dialético, pela conciliação e contradição constante.

Mas nem toda interpretação dialética da Constituição é mutação constitucional. A mutação implica definitividade de nova posição exegética, e não transição, na premissa existencial de ciclos hermenêuticos, ou seja, degraus de evolução social e respectiva atualização da Constituição. Não se trata de uma rampa ascendente contínua.

Esses ciclos hermenêuticos vinculam-se à renovação geracional dos intérpretes da Constituição, ou seja, prendem-se a uma dialética intergeracional da sociedade e dos seus representantes. A renovação do coletivo e do guardião numa perspectiva histórico-social e fático-axiológica.

Some-se a isso o fato de que a Constituição em seu momento de concreção como projeto político e estruturante difere da semântica constitucional, e a ponte que mais comumente faz essa simbiose entre sistemas é a interpretação judicial, mas a discricionariedade que permeia essa função estatal não é, de modo algum, absoluta.

Mutação constitucional é a mudança não literal da Constituição, pela via da interpretação formal propiciada pelos poderes constituídos, obedecido o âmbito normativo delimitado pela linguagem constituinte, com estabilidade histórico-social e fático-axiológica. Esse conceito, mais restrito do que aqueles que a revisão da literatura nacional nos mostra, atende à observação do sistema de proteção e interpretação da Constituição no Brasil e ao momento de contraste que tipifica uma sociedade em rápida e contrastante evolução de valores.

Faltava, contudo, uma catalogação e definição minimamente objetivas em relação aos limites para a interpretação criativa dos atores que possuem a missão de decidir, jurídica e politicamente, o que é constitucional no Brasil. Catalogar e definir esses limites significa tornar mais claro sobretudo até que ponto o Supremo Tribunal Federal pode ir na sua missão de adequar e atualizar os sentidos de Constituição.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. *The living contitution*. Harvad: Harvard Law Review, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRITTO, Carlos Ayres. *O regime jurídico dos Tribunais de Contas*. Artigo disponível em <http://direitopublico.com.br>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.
- BONAVIDES, Paulo. *A primeira emenda à Constituição por iniciativa popular*. Revista de Informação Legislativa, ano 45, n. 179, p. 53-55. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *Emenda à Constituição por Iniciativa Popular*. Interesse Público, ano 9, n. 43, p. 15-18. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- _____. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BOTELHO, Nadja Machado. *Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011
- BULOS, Uadi Lammego. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. *Da reforma à mutação constitucional*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, v.33, n.129, jan./mar. 1996.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Constituição: conceito, objeto e elementos*. Brasília: Revista de Informação Legislativa: v. 29, n. 116 (out./dez. 1992). Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176004>. Acesso em 08 de abril de 2017.
- DAU-LIN, Hsü. *Die verfassungswandlung*. Munique e Leipzig: Walter De Gruyter Incorporated, 1932.
- DILTHEY, Wilhelm. *“Origens da hermenêutica”*. Trad. Alberto Reis. Lisboa: Rés, 1984.
- ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. São Paulo: Perspectiva, 2016
- _____. *Lector in fabula*. São Paulo: perspectiva, 1988
- EVANS, Richard J. *A chegada do terceiro reich*. São Paulo: planeta, 2014.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Do processo legislativo*. Saraiva: São Paulo, 2006.

- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. São Paulo: Vozes, 2004.
- GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1993.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- GUILLEN, Pierre. *El império alemán*. Barcelona: Editorial Vicent-Vives, 1973.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 2006, 5ª edição.
- HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Trad. de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.
- HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Trad. de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.
- JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- KAUFMANN, Arthur. *Hermeneutica y Derecho*. Granada: Comares, 2007.
- LABAND, Paul. *Wandlugen der deustchen Reichverfassung*. Dresden: Zahn & Jaensch, 1895. p.2 (texto disponível em http://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/display/bsb11127249_00005.html e acessado em 17/03/2017)
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2005.
- LEDEWITZ, Bruce. *Justice Harlan's Law and Democracy*. HeinOnline, 20 J.L & Pol.373(2004). Disponível em www.heinonline.org Data de acesso: 07 de abril de 2017.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1970
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Unb, 1980.
- MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização simbólica*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1969.
- PEIRCE, Charles Sanders. *The collected papers of Charles Sanders Peirce*. Harvard: Harvard University Press, 1998. Volume V, p. 484.

_____. *Semiótica*. 2ª ed., São Paulo: Perspectiva, 1995

POSNER, Richard. *El Análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998

_____. *La decadencia del derecho como disciplina autónoma*. In: ROEMER, Andrés. *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

REALE, Miguel. *A teoria tridimensional do Direito*. Lisboa: Imprensa Nacional: Casa da Moeda, 2003.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 2009

SCHLEIERMARCHER, Friedrich. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Petrópolis: Vozes. 1999.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2002

SIMEÃO, Neila Márcia de Moura Chagas. *Stare Decisis: limites e influências no modelo brasileiro da súmula vinculante*. Brasília: Publicações da Escola da AGU: 2º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamental of US Law Course. Ano IV, n. 16, v. I (março de 2012)

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

SECONDAT, Charles Louis de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2007.