



Artigos

Mutação Constitucional: Parâmetros e Possibilidades

Constitutional Changes: Parameters and Possibilities

André Augusto Giuriatto Ferraco¹

Resumo:

Junto aos mecanismos formais de modificação constitucional, o processo de adaptação do texto constitucional à realidade social mutante tem sido amplamente utilizado. Entretanto, tal instituto carece de parâmetros para ocorrência frente ao ativismo judicial, não havendo no ordenamento jurídico brasileiro grande tratamento sobre quais limites tal fenômeno deva obedecer, face ao tímido enfrentamento doutrinário que o instituto apresenta. A técnica de pesquisa utilizada é a documentação indireta, por meio de pesquisas bibliográficas e da legislação. O método hipotético-dedutivo utilizado, de natureza qualitativa e vertente jurídico dogmática, tem como hipótese central que a mutação constitucional é um instrumento de modificação do enunciado normativo que ocorre no ordenamento brasileiro e este fenômeno deve acontecer de acordo com os parâmetros expostos no decorrer da obra e, sobretudo, pela observância ao postulado da razoabilidade.

Palavras-chave: Reforma constitucional. Mutação constitucional. Limites.

Abstract

Beside the constitutional review and constitutional amendment, the adapting process of the Constitution to a changing social reality has been widely used. However, this institute lacks parameters for occurrence against judicial activism, once the Brazilian legal system do not have such analysis about what limits the phenomenon occurrence, due to the timid doctrinal confrontation that the institute presents. The technique used is the indirect documentation, through library research and legislation. The method used was the hypothetical-deductive, qualitative nature and dogmatic legal aspects, having as the central hypothesis that constitutional changes is a tool for changing the normative statement that occurs in the Brazilian legal system and this phenomenon should happen in accordance with the parameters set out in this paper and, above all, by observing the principle of reasonableness.

Keywords: Constitutional Reform. Constitutional change. Limits.



¹Graduando do 9º período em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV e Técnico Legislativo Sênior na Assembleia Legislativa do Espírito Santo. Membro voluntário na AIESEC Vitória.

1. Introdução

Ao lado dos procedimentos de reforma constitucional o fenômeno de adaptação do texto constitucional à realidade social mutante tem sido amplamente utilizado na prática forense, muito embora não haja qualquer instrumento legitimador para a técnica interpretativa, o que gera severas críticas a tal ativismo judicial.

Por tratar-se de um meio informal, tal instituto não possui limites procedimentais, de modo que carece de parâmetros para a sua ocorrência. No ordenamento jurídico brasileiro, há pouca análise metódica no tocante a quais limites tal fenômeno há de obedecer, devido ao pequeno enfrentamento doutrinário que o instituto apresenta. De tal modo, necessário se faz analisar os parâmetros dentro dos quais o fenômeno da mutação constitucional deve se pautar em sua ocorrência para que sejam respeitadas as garantias constitucionais e a este seja conferida legitimidade, sem que se incorra na prática judicial desmedida.

Entretanto, questiona-se nesse estudo a possibilidade de se impor limites precisos a um fenômeno que visa a adaptação do enunciado constitucional à nuance social, vez que tais limites encontram fundamento de legitimidade na própria sociedade cambiante.

Para que tais parâmetros sejam analisados, necessária se faz uma incursão à realidade social cambiante, em contraponto com a ductilidade, rigidez e dinâmica que o tema da mutação constitucional exsurge, por meio da técnica de documentação indireta, com base em pesquisas bibliográficas e legislação, tendo como apoio o método hipotético-dedutivo (MEZZARROBA e MONTEIRO, 2008, p. 68, 110), pela vertente jurídico-dogmática, uma vez que se propõe como forma de suprir a carência de limites à mutação hipótese central de que o fenômeno deva respeitar os parâmetros que assegurarem a manutenção da supremacia da ordem constitucional vigente e, sobretudo, pela observância ao postulado da razoabilidade.

Inicialmente serão abordados os tipos, conceitos e a necessidade de ser dos mecanismos formais de mudança do texto constitucional, para posteriormente tratarmos do mecanismo informal e seus possíveis limites.

Contribuir na identificação e tratamento dos parâmetros impostos à mutação constitucional é o objetivo principal deste estudo, para que então este fenômeno, aliado à atuação judicial necessária ao suprimento de lacunas e omissões legislativas, assim como de políticas públicas ausentes ou insuficientes, seja percebido como uma forma benéfica de adaptação e atualização do texto constitucional, com base nos parâmetros hipotéticos supracitados e obedecendo, em todos os momentos, ao postulado da razoabilidade.

2. Mecanismos de mudança do texto constitucional

Um grande fator de discussões na sociedade jurídica refere-se à relação dialética entre a norma e o contexto social, mais precisamente sobre o descompasso existente entre eles.

Entende-se que a Constituição, para atingir legitimidade, deve manter relação de congruência com a realidade social. Para que não permaneça estática e obsoleta, é necessário que a Carta possua mecanismos que possibilitem sua adaptação às novas realidades do seio social.

Nesse sentido, como expõe Bulos (1997, p. 3-6), as constituições podem ser consideradas como organismos vivos com íntima ligação com o meio circundante, com os avanços da ciência, da tecnologia, da economia, com as crenças e convicções morais e religiosas, com os anseios e aspirações de toda população. Por assim dizer, a ordem constitucional deve estar em consonância com os chamados fatores reais do poder.

Fatores reais de poder são forças sociais, políticas, econômicas, morais e religiosas que atuam na comunidade e correspondem à lei social, o que nos remete a ideia de Lassalle(1998, p. 32), para quem o texto constitucional que não se coadunar a tais fatores reais não passará de uma "simples folha de papel", pois não haverá concretização no âmbito social.

O Poder Constituinte Originário positivou mecanismos formais de mudança do texto constitucional em face da necessidade de adequação das normas constitucionais à realidade social. Tais mudanças se manifestam por meio da atuação do Poder Constituinte Derivado, subordinado e condicionado a normas jurídicas impostas pelo poder originário que confere legitimidade constitucional àquele.

Os meios formais de modificação da Constituição Federal de 1988 abarcam duas modalidades, espécies do gênero reforma: a Revisão Constitucional e as Emendas à Constituição. Quanto ao meio informal temos o que se chama de Mutações Constitucionais, cujos limites são o objeto principal deste estudo que será mais bem analisado em outro tópico específico.

Preliminarmente, para entender os mecanismos de modificação, é necessário destacar uma das características da Constituição Federal de 1988, referente ao modo de edição e estabilidade constitucional, que pode ser imutável, fixa, rígida ou flexível. Rígida é a carta modificada formalmente por um procedimento lento e difícil, previsto especificamente na

própria Constituição e as flexíveis como as que podem ser estabelecidas ou modificadas pelas mesmas regras a que está submetida a legislação ordinária.

Vale ressaltar que o que caracteriza a rigidez de uma carta, como exposto por Zandonade (2001, p.157), é o fato de haver maior proteção obstinada à manutenção da norma constitucional, que é alterável, sim, mediante um processo especial, mais complexo do que o previsto para a edição de normas infraconstitucionais, tal como previsto no ordenamento jurídico brasileiro, podendo, deste modo, atribuir à Constituição de 1988 a característica de rígida.

3. Procedimentos formais de reforma constitucional

Existem limites intrínsecos e extrínsecos, de forma e conteúdo, que norteiam a competência do Poder Reformador instituído, quais sejam: limites formais, temporais, circunstanciais e materiais.

As limitações formais ou procedimentais estão positivadas no art. 60, I, II, III, §§ 1º a 3º da Constituição Federal. Tais limitações cerceiam a forma do exercício da competência reformadora, ou seja, referem-se às disposições especiais que o legislador constituinte estabeleceu para permitir a alteração da Constituição em determinado modo quanto à iniciativa, ao número de turnos de votação, à maioria deliberativa e à promulgação.

Em regra, as constituições podem ser modificadas a qualquer tempo, bastando apenas ambiente político estável e favorável. A limitação temporal consiste na existência de um interregno de tempo durante o qual o texto constitucional não poderá sofrer modificações. Isto ocorreu, como bem lembra Santos(2008, p.142), com a Constituição Imperial de 1824 que, em seu art.174, proibiu qualquer tipo de reforma no interstício de seus quatro primeiros anos a partir de sua outorga. Tal limitação justifica-se, de acordo com o entendimento de Bonavides(2001, p.176) para “consolidar a ordem jurídica e política recém-estabelecida, cujas instituições, ainda expostas à contestação, carecem de raiz na tradição ou de base no assentimento dos governados”.

Contudo, segundo posicionamento doutrinário majoritário, a Constituição Federal de 1988 não estabeleceu tal limite. O constituinte brasileiro optou apenas por uma “limitação assemelhada à temporal, já que proibiu que a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada venha a ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa” (SANTOS, 2008, p.145).

No que diz respeito às limitações circunstanciais à competência reformadora, o constituinte pretende “evitar modificações na constituição em certas ocasiões anormais e excepcionais do país, a fim de evitar-se perturbação na liberdade e independência dos órgãos incumbidos da reforma”(MORAES, 2002, p.546).

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988, no art.60, § 1º, estabelece que o seu texto não poderá ser emendado na vigência de estado de sítio, estado de defesa ou intervenção federal ou quaisquer outras situações de crise institucional que cale a opinião pública ou limite direitos individuais, bem como em face de ocupação territorial por tropas estrangeiras, em virtude da pressão imposta por fatores relativos a conjuntura da sociedade a que ela abrange.

Os limites materiais, por sua vez, preocupam-se com o objeto da reforma. No Brasil, a limitação material foi inaugurada na Constituição de 1891. Tais limites possuem duas acepções: explícitos (ou expressos) e implícitos (ou inerentes). Existem matérias irreformáveis pela atuação da competência reformadora, obedecido ao exposto no texto constitucional.

Na Constituição Federal Brasileira de 1988, os limites materiais expressos estão declarados no art. 60, § 4º, consubstanciando o núcleo imodificável ou as disposições constitucionais intangíveis, mais conhecidas como cláusulas pétreas, com isso não poderá ser objeto de deliberação a proposta de “emenda com o objetivo de abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais” (BONAVIDES, 2001, p.148).

No entanto, vale ressaltar que é permitida a apresentação de emendas aditivas ou modificativas dos institutos mencionados no §4º do art. 60 que irão conformar uma nova feição à Constituição, desde que não tendam a extinção ou abolição de tais cláusulas.

Os limites materiais implícitos englobam a proibição de qualquer forma de alteração ou supressão de certas normas ao longo do texto constitucional elevadas à condição de inalteráveis, por serem manifestações dos princípios, do regime e da forma de governo adotados pela constituição, que, contudo, são distintas daquelas protegidas pelos limites materiais expressos.

Tais limitações, para Bonavides (2001, p.148), “são basicamente aquelas que se referem à extensão da reforma, a modificação do processo mesmo de revisão e a uma eventual substituição do poder constituinte derivado pelo poder constituinte originário”.

Vale ressaltar que essas limitações são inerentes à reforma constitucional, ou seja, subsistem ainda que o texto silencie acerca da sua existência.

Outras quatro categorias de normas constitucionais que estão implicitamente fora do alcance da competência reformadora, são propostas por Silva (2009, p.68), a saber:

1. As relativas aos direitos fundamentais: diante do caráter supra estatal destes direitos, o poder reformador tem obrigação de respeitá-los, não gozando da faculdade de restringi-los, muito menos de aboli-los. Admite-se apenas reforma constitucional que venha ampliá-los.

Insta salientar, como bem lembra Santos (2008, p.146), que a leitura do inciso IV do §4º do artigo 60 da Carta Maior veda a abolição de direitos e garantias individuais, de modo que, em uma análise restrita à letra do texto, não estariam protegidos os demais direitos e deveres fundamentais, como os coletivos previstos no Capítulo I do título II da Constituição brasileira e os sociais, econômicos, ambientais e culturais. De tal modo, a constituição negaria a característica da Indivisibilidade dos Direitos Fundamentais, que não podem ser fracionados em sua aplicação, são interdependentes e relacionam-se entre si, priorizando assim a esfera dos Direitos Individuais em detrimento aos sociais.

De acordo com esta ótica, Ferreira Filho (1999, p. 97-98) nos ensina que:

Em primeiro lugar ao pé da letra, o texto, cuja óbvia intenção é proteger os direitos fundamentais, exclui da garantia os direitos sociais (e nem se fale dos direitos de solidariedade). Parece isto absurdo. Porque proteger uma espécie de direitos fundamentais mais do que outra? Assim, deve-se entender que o legislador disse menos do que queria e, portanto, os direitos sociais estão incluídos na proibição. Afinal, na interpretação – já ensinavam os romanos- há de prevalecer o espírito, não a letra.

2. As concernentes ao titular do Poder Constituinte: a competência reformadora é estabelecida pelo próprio texto constitucional emanado do Poder Constituinte Originário, sendo assim, o poder instituído não possui o direito de destituir um poder hierárquico, mesmo não havendo proibição expressa neste sentido;

3. As referentes ao titular do Poder Reformador: a competência reformadora da constituição não pode ser transferida ou delegada por ela mesma a outro órgão.

4. As relativas ao processo da própria emenda ou revisão constitucional: é pressuposto de validade da reforma constitucional a observância restritiva do procedimento prescrito na própria Constituição. Admitir atenuação do processo da reforma constitucional implica a transformação de uma Constituição anteriormente rígida em flexível. Não obstante, considera-se legítima a reforma constitucional que deseja dificultar o procedimento de reforma.

Merece destaque a limitação implícita à *dupla revisão*, que se materializa em dois momentos: “Em um primeiro instante, a revisão incidiria sobre os dispositivos impeditivos da revisão, de modo a alterar ou suprimir tais limites; em segundo instante a norma constitucional, cuja alteração seria vedada, sofreria a alteração desejada”(SANTOS, 2008, p.150).

3.1. Emenda constitucional

Trata-se de um instrumento normativo de procedimento formal de reforma parcial aditiva, modificativa ou supressiva da Carta Magna, vez que tem como objeto de modificação determinados pontos do texto constitucional, restrito a determinadas matérias estipuladas pelo Poder Constituinte Originário, e que, uma vez aprovada, promulgada e publicada, passa a situar e ter a mesma eficácia da Constituição.

Como preceitua José Afonso da Silva (2001, p. 62), a emenda constitucional modifica pontos determinados, que o legislador não considerou de tão grande estabilidade como outros, mas que possuem obstáculos e formalidades mais complexos que os exigidos para o processo de modificação das leis ordinárias.

3.2. Revisão constitucional

Prevista no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a revisão é o procedimento formal mais amplo da reforma constitucional. Caracteriza-se como "uma alteração anexável, exigindo formalidades e processos mais lentos e dificultados que a emenda, a fim de garantir uma suprema estabilidade do texto constitucional" (SILVA, 2001, p. 62).

De acordo com o previsto pela Constituição em vigor, percebe-se que a única possibilidade de revisão constitucional no ordenamento jurídico atual já foi realizada. Tal revisão ocorreu “entre outubro de 1993 e maio de 1994. Após 79 sessões, o Congresso Nacional aprovou seis tímidas Emendas Constitucionais de Revisão” (SANTOS, 2008, p.150).

Desta forma, as reformas à Constituição Federal de 1988 só poderão ocorrer, considerando os procedimentos formais, por meio de emendas ao seu texto.

4. **Procedimento informal de modificação constitucional**

Ao contrário dos procedimentos estudados anteriormente, a modificação informal não tem previsão expressa no texto constitucional, de modo que sobre a sua ocorrência não há, obrigatoriamente, a incidência dos limites expressos por esse texto.

A constituição de determinada sociedade deve tentar se adaptar ao contexto social do momento, visto que as sociedades, em geral, vivem em constante processo de auto modificação. É o que se chama por “vicissitudes constitucionais”, de acordo com a linguagem empregada por Jorge Miranda (2007, p. 389). Tal dialética entre direito e sociedade, segundo Recásens (1965, p. 692), torna-se necessária devido ao fato de que, independente de ser um conjunto de significações normativas, o direito é um fato social, é um conjunto de fenômenos que se dão na realidade da vida social.

Grosso modo, “a Sociedade e o Direito se apresentam numa relação de causa e efeito, ora a Sociedade determina o Direito e suas transformações, ora o Direito definindo diretrizes da própria Sociedade, a partir de programas e planos” (FRANCISCO, 2003, p. 35).

Para que seja resguardada a segurança jurídica, a manutenção das instituições e o respeito aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos a constituição é dotada de certa rigidez. Contudo, tal estabilidade não poderá ser confundida com a imutabilidade das normas constitucionais, devido a necessária ductilidade constitucional que assegurará sua legitimidade perante a sociedade, evitando, assim, a destruição da consciência da ordem constitucional vigente, pois quando as normas se esquecem da sociedade, a sociedade se levanta contra as normas (CRUET, s.d., *passim*).

Como ensina Canotilho (1993, p.147), o desenvolvimento constitucional é entendido como o compromisso, pleno de sentido, entre a estabilidade e a dinâmica do direito constitucional. Tendo em vista a vasta e complexa abertura ao tempo do direito constitucional e do conseqüente desenvolvimento constitucional, as normas deverão ser abertas, de modo que se possibilite a concretização renovada da mesma, conforme o câmbio de evolução político-social.

Entretanto, esse processo de renovação se depara com a interpretação retrospectiva, uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional, a qual procura interpretar o texto de maneira a que ele não inove em nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto o possível com o antigo (BARROSO, 1999, p. 370).

Em face disso, as constituições sofrem processos reflexos ao seu texto por meio de mudanças que, em curto prazo, atingem a substância do texto, sem modificar a literalidade e

conferem dinamismo à constituição, mesmo que rígida, em adequação às demandas emanadas dos fatores reais de poder.

Apropriando-se das lições de Burdeau, Ferraz (1986, p.10 e 12) expõe que tais mudanças informais

[...] operadas fora das modalidades organizadas de exercício do poder constituinte instituído ou derivado, justificam-se e têm fundamento jurídico: são, em realidade, obra ou manifestação de uma espécie inorganizada do Poder Constituinte, o chamado poder constituinte difuso.

Dessa forma, pode-se inferir que a Constituição deve permanecer em processo de adaptação à realidade social, pois nenhum discurso, isoladamente, consegue dar conta da realidade jurídica construída e ampliada constantemente. Diante de tais fatores podemos justificar a necessidade da ocorrência de mutações informais à constituição.

4.1. Mutação constitucional

Não há doutrina assentada sobre a terminologia e conceito atribuído ao objeto desse estudo. Para os fins pretendidos nesse estudo, atribuiremos ao fenômeno a terminologia comumente empregada, qual seja, a mutação constitucional.

A mutação informal, pode ser entendida como um conjunto de alterações materiais do texto constitucional produzidas pela atuação de um “poder constituinte difuso” que, como bem expõe Bulos (1997, p. 171) apropriando-se da ótica de Burdeau, ocorre sem vulnerar o enunciado linguístico da norma, atingindo tão somente o significado, o sentido ou o alcance de suas disposições.

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p.152) entendem que as mutações constitucionais

[...] são decorrentes – nisto residiria a sua especificidade – da conjugação da peculiaridade da linguagem constitucional, polissêmica e indeterminada, com os fatores externos, de ordem econômica, social e cultural, que a Constituição – pluralista por antonomásia -, intenta regular e que, dialeticamente, interagem com ela, produzindo leituras sempre renovadas das mensagens enviadas pelo constituinte.

Neste sentido, Hsü Dau-Lin considera a ocorrência de mutações em sentido material, quando ocorre a transformação do sistema constitucional ou do seu significado, em prol da manutenção da ordem estatal, e em sentido formal, quando a mudança volta-se contra o texto, mas não ataca o sistema constitucional.

O conceito de mutação constitucional em sentido material põe, necessariamente, uma negação a limites à mutação constitucional no sistema constitucional [omitido] nossa análise anterior mostra que o problema da mutação constitucional fundamenta seu significado, precisamente, no fato de que o sistema constitucional não pode desaconselhar uma mutação material (DAU-LIN, 1998, p. 177).

No que diz respeito à mutação em sentido formal,

[...] quando as normas positivas de uma constituição escrita já não guardam congruência com a situação real, quando surge uma diferença entre direito constitucional escrito e o efetivamente válido, então estamos ante uma mutação da constituição em sentido formal ou mutação de seu texto (DAU-LIN, 1998, p. 169).

Tratada como transição, processo ou mudança, mutação constitucional é a terminologia comumente empregada para dar acepção à mudança difusa de algum dispositivo constitucional vigente, por meio, por exemplo, da interpretação ou da prática, restrita ao sentido do texto, sem que atinja a sua literalidade.

Mutações constitucionais são entendidas, portanto, como modificações implícitas e não formais a constituição, por meio dos quais as disposições constitucionais se adaptam a realidade, sem sofrer alteração alguma em seu texto, mas em seu conteúdo ou compreensão (JELLINEK, 1991, p.7).

Pontua Jellinek (1991, p.482) ser inevitável que junto às constituições escritas e rígidas se desenvolva um direito constitucional não escrito, nascendo assim, simultaneamente aos princípios constitucionais formais, outros de índole material.

4.1.1. Limites da Mutação Constitucional

A doutrina é controversa quanto à existência de limitações de ordens explícitas ou implícitas ao poder difuso, titular do processo de mutação constitucional. Bulos (1997, p.91), por exemplo, não admite a incidência dos limites implícitos ao exercício da mutação constitucional.

A única limitação que pode existir - mas de natureza subjetiva, e até mesmo, psicológica - seria a consciência do intérprete de não extrapolar a forma plasmada na letra dos preceptivos supremos do Estado, através de interpretações deformadoras dos princípios fundamentais que embasam o Documento Maior.

Já para Jellinek (1991, p.25), os limites da mutação constitucional confiam-se ao arbítrio dos tribunais.

Embora informal e necessária, a metamorfose do sentido do texto constitucional carece de limites que conferem freios ao processo reformador que pretendem assegurar valores de certeza que possibilitam a segurança jurídica, haja vista o fato de que tal mutação não poderá gerar deformações ou subversões à supremacia e à força normativa da constituição, pois a mesma tem natureza condicionada ao poder constituído, por ser expressão derivada deste, e também encontrará limites e influências estranhas ao mundo jurídico que se manifestam na comunidade à qual emana, devendo, portanto, razoável respeito ao mesmo.

O problema dos limites das mutações, conforme alerta Vecchi (2005, p.138-139), ocorre quando tensão entre faticidade e normatividade põe em perigo a supremacia constitucional. O autor observa que a alternativa seria converter a prática convencional da mutação em norma ou negar o valor jurídico à mesma, a fim de que se assegure a legalidade existente, muito embora, a mutação enquanto tal viesse a desaparecer.

No que se refere à busca pela normatização, Waldron (2003, p. 94) remete aos realistas jurídicos, para os quais a lei não pode trazer estabilidade, já que sua interpretação é permeada pelos problemas inerentes à linguagem e pelas particularidades dos intérpretes.

Ainda que controversa, a identificação dos limites implícitos não pode ser considerada como um obstáculo intransponível, em razão da necessidade de se estabelecer parâmetros de adequação para a ocorrência de tal fenômeno difuso, de modo que este encontre harmonia com o ordenamento jurídico da Lei Maior, sob pena de se considerar a mutação como inconstitucional.

A doutrina afirma, sem grandes contraposições, que a mutação encontra limites em elementos que visam garantir a manutenção da supremacia da ordem constitucional vigente, pois, sem as quais, estaria alterando-se o conteúdo basilar da Carta.

A observância a tais elementos se justificam, pois, quando os anseios sociais se modificam a ponto de não encontrarem qualquer relação ou possibilidade de adaptação à Carta Magna, não se pode falar em mutação constitucional, ao passo que esta atinge dispositivos isolados da Carta, mas sim de se tirar do estado de latência o Poder Constituinte Originário, pois quando a Constituição não tiver mais aplicabilidade inicia-se o momento de abandono à folha que não se coaduna aos contornos dos fatores sociais, dos quais a mesma extrai sua legitimação.

Tal fato se justifica, pois, conforme bem expõe Konrad Hesse (1998, p. 503),

a força normativa da constituição está condicionada por cada vontade atual dos participantes da vida constitucional, de realizar os conteúdos da constituição. Como a constituição, como toda a ordem jurídica, carece da atualização pela atividade humana, sua força normativa depende da disposição de considerar seus conteúdos

como obrigatórios e da determinação de realizar esses conteúdos, também contra resistências.

De acordo com Vega (1999, p.214-215) quando a tensão entre facticidade e normatividade converte-se social, política e juridicamente, colocando em risco a própria supremacia da constituição, o interprete terá que se respaldar, de um lado, no respeito à Constituição, como expressão máxima da soberania nacional, e, de outro, na necessidade de constante adaptação de seus princípios e cláusulas às exigências de paz social, da justiça e do bem comum, de modo que, sem destruir totalmente nenhuma, possam coexistir as duas.

Merecem destaque, dessa forma, algumas limitações, construídas doutrinariamente e ainda em formação, ao exercício da mutação constitucional, que visam assegurar, por exemplo, o respeito à (i) *supremacia da ordem constitucional*, com base na observação à (ii) *elasticidade do texto constitucional*, já que a ocorrência da mutação não altera diretamente a letra da lei, mas suscita novo significado a esta (STRECK, 2004, p.122), que não podem ser infinitos (CALLEJON, 1997, p.180-109); pela observância às (iii) *clausulas pétreas* implícitas e explícitas; pelo respeito às (iv) *súmulas vinculantes* expedidas pelo tribunal constitucional (PEDRA, 2012, p. 164); pela (v) *vedação ao retrocesso dos direitos e garantias fundamentais*.

No que diz respeito a estas limitações, merece destaque, sobretudo para fins deste estudo, a discussão acerca do Postulado da Razoabilidade.

A visão de Bulos (1997, p. 87 e 92) acerca da impossibilidade de fixar limites jurídicos claros e precisos para a mutação constitucional, encontra alicerce na própria ideia de interesse comum, pois os fatores sociais oscilam constantemente, de modo que caberá ao intérprete auferir qual é o interesse comum daquele dado momento, devido ao fato deste interesse se modificar na mesma proporção que a sociedade. Conseqüentemente, como expõem Jellinek(1991, p.7), o fenômeno mutacional é involuntário e intencional, de modo que se torna difícil, ou impossível, prever-se com exatidão a unanimidade dos casos de mutação constitucional que a experiência possa apresentar.

No que diz respeito à interpretação e construção constitucionais, insta salientar que, conforme expõe Silva (2000, p. 291), a interpretação judicial exerce o papel fundamental de adaptação constitucional às exigências de novos conceitos da realidade social, desde que não viole a Constituição Federal.

Pode-se auferir que a imposição de limites à mutação constitucional torna-se controversa ao passo que se analisa o propósito do instituto informal. Como é possível impor limites precisos a um fenômeno que visa a constante adaptação do enunciado em função da

nuança social, sendo que tais limites encontram fundamento de legitimidade na própria sociedade cambiante?

Neste sentido, merece destaque o que diz respeito à Razoabilidade na forma de postulado. Os postulados são condições essenciais que submetem a interpretação de qualquer objeto cultural, destinando-se à compreensão em geral do Direito e estruturaram sua correta aplicação (ÁVILA, 2008, p. 122). Tratam-se de normas metodológicas, que inserem os critérios de aplicação de outras normas no plano do objeto de aplicação, ou seja, são normas de aplicação de outras normas, não são princípios e nem regras, pois não buscam um fim e não estabelecem condutas, apenas estabelecem diretrizes metódicas com aplicação constante e estruturante.

Apesar de não abrangido pelo artigo 44 da Constituição Federal, o Princípio da Razoabilidade busca conferir racionalidade ao ordenamento jurídico nacional, sendo imperativa sua observância como postulado para o exercício de todas as funções do Estado, vez que é possível auferi-lo em diversos dispositivos da Carta. Tal postulado visa coibir o arbítrio do Estado sobre a sociedade, fato este que pode ocorrer tanto na execução da mutação constitucional quanto na não aplicação da mesma quando se faz necessária e em conformidade com o interesse da população, mas não há outro meio para atendê-lo.

A razoabilidade, como equidade, exige a demonstração da perspectiva de aplicação da norma geral em virtude das particularidades do caso concreto, presumindo-se como verdadeiros os acontecimentos que se pautam dentro da normalidade (ÁVILA, 2008, p. 152). Ela exige a interpretação, com a finalidade de preservar a eficácia dos princípios envolvidos no caso em questão (ÁVILA, 2008, p. 153), que em última análise, tendem à manutenção da ordem constitucional. A razoabilidade “serve de instrumento metodológico para demonstrar que a incidência da norma é condição necessária, mas não suficiente para sua aplicação”, onde ela atua na interpretação das regras gerais como fruto do princípio da justiça (ÁVILA, 2008, p. 155).

Como congruência, a Razoabilidade “exige a harmonização das normas com as condições externas de aplicação” (ÁVILA, 2008, p. 155), ou seja, as decisões normativas devem repousar em causas suficientes e existentes, reais, jamais em situações fictícias, pautando-se sob uma relação de congruência entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada, pois ao passo que se se desvinculam da realidade, as decisões violam os princípios do Estado de Direito e do Devido Processo Legal (ÁVILA, 2008, p. 156).

Há que se observar também a correlação entre o critério de distinção utilizado pela norma e a medida por ela adotada, para que seja assegurado o princípio da igualdade. Ou seja,

entre a medida e o critério adotado por certa norma que informa sua fixação, a Razoabilidade exige que haja equivalência, pois o postulado exige a consideração das particularidades dos sujeitos atingidos pelo ato de aplicação concreta do Direito, sem que haja menção a uma proporção entre meios e fins, como prega o postulado da proporcionalidade (ÁVILA, 2008, p. 165).

No que diz respeito à aplicação do Postulado da Razoabilidade a doutrina, majoritariamente, questiona a objetividade dos critérios de aplicação. Neste ponto, tal estudo não pretende fixar, como bem defende Bullos (1997, p.91), como limite preciso e estático a observância aos critérios propostos pelo postulado da razoabilidade, pois tal postulado muito dificilmente se desvinculará de certa carga subjetiva, ainda que se baseie em decisões anteriores ou fatos concretos, e, para o fim de adaptação a que este fenômeno objetiva, não deverá, pois se pretende que seja instaurado um ideal de justiça que se respalda nas nuances e anseios da comunidade.

Tal ideal de justiça incita uma *postura ética-jurídica-social* do aplicador, que deve ter consciência de não violar as normas constitucionais, e, mantendo relação de recíproca de retroalimentação com os demais atores sociais, ter consciência jurídica geral, pois o aplicador não possui total liberdade na definição do sentido, significado e alcance das normas constitucionais, vinculando-se, por exemplo, aos demais parâmetros previamente mencionados, e à suscitação social, sob pena de ocorrência da arbitrariedade.

Para tanto, propõe-se que, no que diz respeito à incidência da Razoabilidade, o fenômeno da mutação constitucional deva ocorrer mediante argumentos racionais, com fundamentações e motivações sustentáveis quanto à modificação do enunciado, pautado nos preceptivos supremos da ordem constitucional estabelecida, que sejam bem aceitos pela comunidade social e jurídica do período, sem violar os mecanismos que asseguram a constitucionalidade, e limitado pelos parâmetros dentro dos quais deve ocorrer o juízo de ponderação do aplicador, para que a aplicação da norma mutante ao caso concreto, real, pautado dentro da normalidade, não possibilite a incidência do arbítrio estatal sobre a sociedade.

Insta salientar que a razoabilidade não é um critério objetivamente definido. Para fins deste estudo, a razoabilidade é tangida pela ideia de uma argumentação jurídica em face do caso concreto que abarca circunstâncias particulares não expressamente previstas pela norma, por meio de um processo de interpretação complexo, e por isso dotado de certa subjetividade, que demonstre as consequências que serão implementadas pela ocorrência do fenômeno, ou

seja, que possibilite o diálogo intersubjetivo e que permita algum controle da argumentação (SILVA, 2010, 147 e 148).

5. Considerações finais

Após a análise dos institutos e fenômenos contemplados neste estudo, fica evidente que, em face da constante dialética existente entre a ordem constitucional e a sociedade e, sobretudo, do descompasso existente entre eles, o Poder Constituinte positivou mecanismos de reforma constitucional com o objetivo de assegurar a congruência fática e normativa, de acordo com procedimento formal da Revisão e da Emenda Constitucional.

Ademais, em virtude da constante, e muito rápida auto modificação da sociedade cambiante, ocorrem transformações informais por manifestação do Poder Constituinte Difuso, as chamadas mutações constitucionais que conferem nova acepção à interpretação do texto, sem que haja modificação do mesmo.

Contudo, por se tratar de um fenômeno informal, a mutação não possui limites claros e expressos pela Carta Magna, mas necessita de parâmetros para a sua ocorrência. Com base no posicionamento majoritário, entende-se como limite à ocorrência do fenômeno da mutação a supremacia da ordem constitucional vigente, a vedação de abolição às cláusulas pétreas, o respeito à elasticidade do texto e a vedação ao retrocesso dos direitos e garantias fundamentais.

Além dos parâmetros assentados pela doutrina, há que se observar, como propõe este estudo, o postulado da razoabilidade como diretriz à atuação da função jurisdicional do estado sobre a sociedade, tanto na ocorrência quanto na inoção da mutação constitucional, quando estas mutações são suscitadas pelo real quadro social.

Para que se atinja este fim, o aplicador deve pautar-se em uma postura ética-jurídica-social, vinculando-se, simultaneamente, aos demais parâmetros e à razoabilidade, sob pena de incorrer em arbitrariedade, mediante argumentos com fundamentações e motivações racionais, para que tais acepções possam ser incorporadas pela comunidade jurídica e social abarcada, oriundas de um processo de ponderação, sem que haja violação à constitucionalidade de forma sistêmica.

6. Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Natureza jurídica e funções das Agências Reguladoras de serviços públicos. *Boletim de direito administrativo*. Ano XV n. 6, Junho/ 1999.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CALLEJON, Maria Luisa Balaguer. *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Madri: Tecnos, 1997.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- CRUET, Jean. *Vida do direito e a inutilidade das leis*. Rio de Janeiro, s.d.
- DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la constitución*. Oñati: IVAP, 1998.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FRANCISCO, Jorge. *Emendas Constitucionais e Limites Flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Trat. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de La Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- MENDES, Gilmar. COELHO, Inocêncio Martires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia de Pesquisa do Direito*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense. 2007.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- PEDRA, Adriano Sant'ana. *Mutação Constitucional: Interpretação evolutiva da constituição na democracia constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- RECÁSENS SICHERS, Luis. *Tratado de sociologia*. Rio de Janeiro. Globo, 1965.
- SANTOS, Sergio Roberto Leal. *Manual de Teoria da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito Constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. _____. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Poder Constituinte e Poder Popular* (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros. 2010

STRECK, Lênio Luis. A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir do “ontological turn”. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte. n. 89. p.121-160, jun.jan. 2004.

VECCHI, Cristiano Brandão. *A mutação constitucional - Uma abordagem alemã*. Rio de Janeiro: Departamento de Direito, PUC-RIO, 2005.

VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente*. Madri: Tecnos, 1999.

ZANDONADE, Adriana. Mutação constitucional. *Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo, n. 35. Ano 09, abr / jun , 2001.

WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

