

ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ

**PROCESSOS
INFORMAIS
DE
MUDANÇA
DA
CONSTITUIÇÃO**

2ª edição

Reedição em 2015 da 1ª edição de 1986

EdiFIEO

ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ

**PROCESSOS INFORMAIS
DE MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO:
MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS
E MUTAÇÕES INCONSTITUCIONAIS**

2ª Edição

Osasco,
EDIFIEO
2015

ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ

PROCESSOS INFORMAIS DE MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO

Copyright da Autora

Anna Candida da Cunha Ferraz

PROCESSOS INFORMAIS DE MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO

Osasco: EdiFIEO, 2015

2ª Edição

1 Constituição

2 Processos informais

3 Legislação

Índice para catálogo sistemático

1 Constituição

2 Mudanças Constitucionais

3 Processos informais

ISBN: 978-85-98366-63-0



Ferraz, Anna Candida da Cunha
Processos informais de mudança da constituição [recurso eletrônico] : mutações constitucionais e mutações inconstitucionais/ Anna Cândida da Cunha Ferraz. –2.ed. – Osasco : EDIFIEO, 2015. 280p.

Disponível somente na versão on-line

1. Reforma constitucional. 2. Constituição brasileira

CDU 342.4(81)

Todos os direitos reservados - É proibida a reprodução total e/ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos da Editora (lei número 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal. Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Lei nº 10.994, de 14 de dezembro de 2004.

INTRODUÇÃO DA REEDIÇÃO

Considerando o momento vivido pelo constitucionalismo brasileiro e que vem colocando em discussão, com inegável evidência e muitas vezes perplexidade, os limites da interpretação constitucional, seja a que vem sendo traçada pelo Supremo Tribunal Federal, seja a que conduz à ação o Poder Constituinte de Reforma Constitucional perante a Constituição de 1988 ou mesmo o legislador ordinário, e atendendo a constantes sugestões que me vem sendo feita por amigos e estudiosos dos problemas constitucionais brasileiros, tomei a decisão de reeditar o livro “Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais”, esgotado em sua primeira publicação em 1986 pela Editora Max Limonad, desativada logo após a edição desta obra.

Essa nova edição encontrou eco na EDIFIEO – Editora Universitária do Centro Universitário FIEO – UNIFIEO, onde tenho a honra de exercer a docência e a coordenação do Mestrado em Direito, que ora a apresenta em livro eletrônico, de molde a permitir aos interessados que possam ir aos primeiros passos da abordagem desse tema.

O livro Processos Informais, que ora é reeditado, é o resultado de minha tese de doutoramento, defendida em 1986, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Elaborado sob a vigência do regime anterior à Constituição de 1988, trouxe à discussão tema bastante novo, pouco versado no Brasil e mesmo na doutrina estrangeira.¹ O principal objetivo era não apenas introduzir tema inédito nos meios constitucionais brasileiros, mas, principalmente, questionar os limites da interpretação constitucional perante uma Constituição dotada de supremacia, escrita e rígida.

¹ Há exemplos de autores da doutrina alemã entre outros Jellink,, Laband, Smend, que escreveram sobre o assunto que à época não logrou ter a repercussão que a temática hoje desenvolve. (Ver.PEDRA. Mutações Constitucionais – interpretação evolutiva da Constituição na Democracia Constitucional, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, pp. 79-99) que se refere à teoria da Escola alemã de Direito sobre s mutações constitucionais.

Ultrapassado o regime autoritário, o questionamento sobre os limites da interpretação constitucional tornaram-se matéria do dia a dia, particularmente no Supremo Tribunal Federal, tendo-se em vista as particularidades apresentadas pela nova Constituição promulgada em 1988, entre as quais se destacam, com grande evidência, os limites ao Poder Constituinte Reformador pelas cláusulas chamadas pétreas, contidas no artigo 60, §4º, a ampliação da jurisdição constitucional, com a introdução plena do chamado modelo de jurisdição concentrada que absorveu inúmeras inovações portadas ao modelo kelseniano nas constituições europeias, especialmente na Constituição da Alemanha..

Desde a publicação da 1ª. versão e ainda na vigência da Constituição anterior, vem esta obra sendo citada no Supremo Tribunal Federal como fundamento teórico para a rejeição de atos normativos ou mesmo interpretações constitucionais que significavam verdadeiras mutações inconstitucionais, porque feriam o texto constitucional e reduziam, em larga escala, a sua força normativa nos moldes apregoados por Konrad Hesse. Essa rejeição também se apresentou com relação ao início da vigência da Constituição de 1988, principalmente pela palavra do Min. Celso de Mello. Mais recentemente a discussão é retomada às vezes recusando a admissão da inconstitucionalidade de mutações levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, a temática permanece presente na jurisdição constitucional. Para exemplo-se ver, entre outras, a discussão travada na Recl. 4.225 – Acre, maio de 2014², na qual ficou bem definida a posição do Min. Relator sobre a possibilidade de o STF modificar a própria letra da Constituição. Essa posição não foi aceita pela maioria de nossa Corte Jurisdicional, porém abre as portas para a retomada da discussão sobre se a interpretação constitucional que viola ou modifica a Constituição pode permanecer, seja como forma de adaptar a Constituição a novas realidades, seja como medida de acréscimo na decisão jurisdicional para suprir omissão inconstitucional dos poderes constituídos.

Por outro lado, a preocupação doutrinária com esse tema é demonstrada presentemente, por inúmeros autores nacionais e estrangeiros,

²<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28muta%E7%E3o+c onstitucional+ou+muta%E7%E3o+inconstitucional%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qjp32ul>

cujas obras surgem particularmente no final do Século XX e neste século, entre os quais cito apenas para exemplo: Carlos Blanco de MORAIS³, Adriano Sant 'Ana PEDRA, Ana Victoria Sánchez URRUTIA, Susana SBROGIO'GALIA, Welington Márcio KUBLISKAS, Georg JELLINEK, Hsü DAU-LIN, Michele CARDUCCI, Konrad HESSE, entre outros, além de obras voltadas para a Hermenêutica e Interpretação Constitucional que abordam a temática. Nessas obras as conclusões dos autores sobre o tema não são uniformes, já que as opiniões ora admitem a inconstitucionalidade de mudanças constitucionais que alteram na letra e no espírito o texto constitucional, ora não a admitem.

Assim, atendendo aos estudiosos que buscam alcançar, em suas primeiras manifestações, a posição doutrinária a respeito dessa matéria, vem à lume esta segunda edição da obra de 1986, sem modificações⁴, para que seja mantido, em sua integridade, o pensamento então adotado.

Osasco, setembro de 2015

Anna Candida da Cunha Ferraz

³ MORAIS, Carlos Blanco: As mudanças constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso. Lisboa: JURISMAT, Portimão, nº 3, 2013, pp. 55-90; PEDRA, Mutação Constitucional – interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional: Rio de Janeiro> Lumen Juris/Direito, 2013; URRUTIA. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, ano 20, n. 58. P. 105-135; SBROGIO'Gala. Mudanças constitucionais e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; KLIBISKAS; Emendas e Mudanças constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Atlas, 2009; JELLINEK. *Reforma y Mutación de la Constitución. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales*, 1991; DAU-LIN. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998; CARDUCCI, Michele. Sobre a distinção entre mudanças constitucionais informais “puras” e “impuras”. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, v. 4, n. 15, p. 199-215,

jul/set. 2010; HESSE, Konrad. Limites da Mutação Constitucional. In HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais de Direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, entre outros

⁴ O texto apresentado é exatamente o mesmo impresso em 1986, porque optei pela reimpressão. Assim, segue o livro com a mesma grafia e ortografia do ano em que foi publicado.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	1
------------------	---

TÍTULO I

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

1. Estabilidade e mudança constitucional.....	5
2. As mudanças não formais da Constituição: existência.....	6
3. Mutações constitucionais: noção e características	9
4. Modalidades de mutação constitucional	11
5. Mutações inconstitucionais: noção e características	13

TÍTULO II

MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS

CAPÍTULO I

A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: ESPÉCIE DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Seção I

As Linhas Mestras da Interpretação Constitucional

1. A interpretação constitucional: noção e caracteres	19
2. Necessidade da interpretação constitucional	22
3. Finalidade da interpretação constitucional	23
4. Métodos de interpretação constitucional: uma visão panorâmica dos métodos interpretativos aplicados à Constituição ...:	25
4.1 A interpretação constitucional como espécie da interpretação jurídica	25
a) Aspectos peculiares da interpretação constitucional: o elemento político	26
b) Aspectos peculiares da interpretação constitucional: as categorias das normas constitucionais	29
4.2. Os principais métodos aplicados à interpretação constitucional	35
a) A interpretação gramatical	36
b) A interpretação lógica	40

c) A interpretação analógica	44
d) A interpretação evolutiva	45
e) A <i>construção constitucional</i>	46
f) Os métodos <i>modernos</i> da interpretação constitucional	49
4.3. Os métodos interpretativos e a mutação constitucional ...	50
5. Espécies da interpretação constitucional	53
6. Características da interpretação constitucional como processo de mutação constitucional	55
a) A interpretação constitucional enquanto processo de mutação constitucional: noção e importância	55
b) Fatores que influem na interpretação como processo de mutação	60
c) Os perigos de interpretação como processo de mutação constitucional	62

Seção II

A Interpretação Constitucional Legislativa

1. Nota introdutória: a noção de interpretação constitucional legislativa	64
2. Importância da interpretação constitucional legislativa	66
3. Características	67
4. Órgãos de interpretação constitucional legislativa	75
5. Meios de atuação	78
6. Influência das categorias das normas constitucionais na interpretação constitucional legislativa	81
7. Outros fatores que influem nessa modalidade de interpretação	85
8. A interpretação constitucional legislativa: questões controvertidas	87
9. A interpretação constitucional legislativa: espécie de mutação constitucional	91
10. Exemplos de mutação constitucional provocada pela interpretação constitucional legislativa	92
11. Os perigos da mutação constitucional legislativa	100

Seção III

A Interpretação Constitucional Judicial

1. Considerações gerais	102
2. Extensão e limites da interpretação constitucional judicial ...	105
3. Notas características	116

4. A interpretação constitucional judicial: espécie de mutação constitucional	125
5. Exemplos retirados da experiência constitucional	131

Seção IV

A Interpretação Constitucional Administrativa

1. Advertência necessária	146
2. Noção	147
3. Meios e modos de atuação	149
4. Notas características	150
5. A interpretação constitucional administrativa enquanto processo de mutação constitucional	157

Seção V

Outras Modalidades de Interpretação Constitucional

1. Considerações iniciais	165
2. A interpretação constitucional autêntica	165
3. A interpretação constitucional popular	169
4. A interpretação constitucional doutrinária	171

CAPÍTULO II

O COSTUME CONSTITUCIONAL: ESPÉCIE DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Seção I

Considerações Gerais: Usos, Costumes e Práticas

1. Noção de costume jurídico	177
2. Características	179
3. Espécies ou categorias de costume jurídico	179
4. Função do costume jurídico	181

Seção II

O Costume Constitucional Enquanto Processo de Mutação Constitucional

1. Existência e noção	182
2. Características	185

3. Fatores que influem no surgimento do costume constitucional	189
4. Função do costume constitucional	191
5. Importância do costume constitucional	197

Seção III

O Costume Constitucional Enquanto Processo de Mutação Constitucional: Exemplos Retirados da Experiência Constitucional

1. Considerações preliminares	199
2. Costumes interpretativos e costumes integrativos ou complementares: exemplos	201
3. Costumes constitucionais formados pela ação dos poderes constituídos: exemplos	205
4. Observações finais	210

TÍTULO III

MUTAÇÕES INCONSTITUCIONAIS

CAPÍTULO I

PROCESSOS ANÔMALOS DE MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO

Seção I

A Inércia no Plano Constitucional

1. Noção e características	217
2. A inércia constitucional dos poderes constituídos: exemplos ..	221
3. Fatores que propiciam a ocorrência da inércia no plano constitucional	228
4. As sanções previstas na experiência constitucional para impedir a inércia no plano constitucional	229
5. A inércia enquanto processo de mudança da Constituição	230

Seção II

O Desuso no Plano Constitucional

1. Noção e características	234
2. Exemplos revelados na prática constitucional	236
3. O desuso enquanto processo de mudança da Constituição	237

Seção III

<i>Mudança Tácita da Constituição</i>	238
---	-----

CAPÍTULO II

PROCESSOS MANIFESTAMENTE INCONSTITUCIONAIS

1. Notas introdutórias	243
2. Características comuns às mutações manifestamente inconstitucionais	244
3. Efeitos das mutações manifestamente inconstitucionais	245
4. Exemplos de mutações manifestamente inconstitucionais	245
5. Notas finais	249
 CONCLUSÕES	 253
 BIBLIOGRAFIA	 259

INTRODUÇÃO

1. Colocação do tema

Os ordenamentos constitucionais positivos, guardadas algumas particularidades essenciais, diversificam-se de Estado para Estado.

Se assim ocorre com a estática constitucional, mais ainda discrepam as dinâmicas constitucionais, ou seja, a efetiva aplicação e funcionamento das regras constitucionais.

Essa mutabilidade torna difícil construir generalizações, sobretudo no campo da dinâmica constitucional.

Este livro enfrenta exatamente essa dificuldade, já que se propõe a examinar as *mudanças não formais* provocadas em uma Constituição pela interveniência de outros tipos de processos que não o da mudança formal.

A tarefa apresenta-se difícil e complexa. Seria, talvez, simplificada se se tivesse tomado por base um ordenamento constitucional positivo determinado. Todavia, o que se ganharia, nesse caso, em simplicidade, não substituiria a riqueza que o tema revela quando examinado em vários sistemas constitucionais.

Preferiu-se, por essa razão, enfrentar as dificuldades e tratar o assunto de modo genérico, buscando-se, tanto quanto possível, sistematizar e construir, a partir da análise das modalidades de mudanças não formais da Constituição mais freqüentemente examinadas pela doutrina e encontradas na prática constitucional.

Esse, pois, o tema desta obra.

Desnecessário mencionar, por evidente, que o trabalho não tem a pretensão de esgotar o assunto, de resto pouco tratado. Destina-se, modestamente, a servir de ponto de partida para reflexões em torno

do tema, aliás na linha sugerida por Héctor Fix-Zamudio em Relatório Geral apresentado no primeiro Congresso Nacional de Direito Constitucional, realizado em Guadalajara.¹

2. Plano do trabalho

A presente obra não dispensa algumas noções preliminares. Assim, num Título I busca-se introduzir o tema *mudanças não formais da Constituição* sob a forma de *Considerações Introdutórias*. Nessas, de início, se procura fixar a noção de mutação constitucional, à qual se circunscreve precipuamente a análise do tema, para, a seguir, indicarem-se as espécies ou modalidades de mutação constitucional mais frequentemente reveladas pela doutrina e encontradas na prática constitucional.

O Título II, parte central do trabalho, cuida, em dois Capítulos, das principais espécies de mutação constitucional. A *Interpretação Constitucional*, examinada em suas peculiaridades e especialmente sob os ângulos da interpretação constitucional legislativa, judicial, administrativa, autêntica, popular e doutrinária, ocupa o Capítulo I, com cinco Seções. O Capítulo II dedica-se ao *Costume Constitucional* enquanto processo de mutação constitucional. Contém três seções.

Abre-se, ainda, um Título III, destinado às *Mutações Inconstitucionais*, cujo exame, ainda que sucinto, se fez necessário como complementação do tema central do trabalho. Este Título abrange dois grupos de mutações inconstitucionais: o primeiro, objeto do Capítulo I, reúne, sob a denominação de *Processos Anômalos* três seções dedicadas, respectivamente, ao exame da *inércia* e do *desuso* no plano constitucional, e à *mudança tácita* da Constituição. O Capítulo II resume *Processos Manifestamente Inconstitucionais*, que, a despeito de incompatíveis com a noção de Constituição, persistem, de fato, em vários sistemas constitucionais.

1. Cf. Instituto de Investigaciones Jurídicas, "La interpretación Constitucional." México, DF UNAM, 1975; p. 43.

I

TÍTULO PRIMEIRO

A realidade constitucional demonstra, à evidência, que as Constituições rígidas, a par das reformas constitucionais, sofrem outros tipos de mudança.

Sem qualquer alteração no texto, as Constituições vão se modificando, assumindo significados novos, de forma tal que é difícil conhecer de modo adequado a estrutura fundamental de um Estado, as relações de governo, o funcionamento de órgãos constitucionais, pela simples leitura da Lei Maior.

Assumem, assim, as mudanças constitucionais, sedimentadas paralelamente ou a despeito das reformas constitucionais, relevo especial.

Este Título destina-se a introduzir o tema, fixando, de início, a noção de "mutação constitucional" e, num segundo passo, indicando as modalidades de mutação constitucional reveladas pela doutrina e pela experiência constitucional, nos Estados dotados de Constituição rígida.

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

SUMÁRIO: 1. Estabilidade e mudança constitucional. 2. As mudanças não formais da Constituição: existência. 3. Mutações constitucionais: noção e características. 4. Modalidades de mutação constitucional. 5. Mutações inconstitucionais: noção e características.

1. Estabilidade e mudança constitucional

A Constituição de um Estado, por consubstanciar sua estrutura fundamental, presume-se estável.

Estabilidade, todavia, não significa imutabilidade. Bem ao contrário. A eficácia das Constituições repousa, justamente, na sua capacidade de enquadrar ou fixar, na ordem constitucional, as vontades e instituições menores que a sustentam.¹

A relação entre estabilidade e mudança, ou entre a estática e a dinâmica constitucional, se apresenta qualquer que seja o tipo de ordenamento constitucional positivo.²

1. Cf. Teixeira, J.H. Meirelles. Apostilas de direito constitucional, São Paulo, FADUSP, 1961. Ver também Pinto Ferreira, Luis (Princípios gerais do direito constitucional moderno, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971, v. 1, pág. 158) que acentua: "As Constituições tendem de seu natural a uma perpetuação no tempo, estabelecendo formalidades especiais que dificultam a sua transformação ou mesmo vedam qualquer transformação no tocante a certas decisões políticas fundamentais. Têm, assim, um determinado grau de permanência na história, caráter esse que Hauriou, Berthelemy e Duez designam com o nome de imutabilidade relativa das leis constitucionais. Essa imutabilidade é, justamente, a segunda manifestação objetiva e concreta do princípio da supremacia da Constituição". E continua: "Mas o direito é movimento e vida, síntese dialética entre as forças de transformação da sociedade e as tendências do conservantismo, devendo reajustar constantemente as necessidades do processo com as tradições da história" e, citando Corwin finaliza: "O primeiro requisito de uma Constituição de uma sociedade progressista é que ela se mantenha em paz com a sociedade". (n.trad.)

2. Mortati, Costantino, "Costituzione", In: "Enciclopedia del diritto," Giuffrè, 1962, v. 11, pág. 186.

Assim, estabilidade e mudança são componentes necessários do conceito de rigidez constitucional, do qual deflui a supremacia constitucional, “princípio basilar do direito constitucional moderno”,³

De resto, salienta Burdeau: “uma Constituição não se conserva como um monumento histórico. É explorando as possibilidades que ela oferece aos governantes de agir regularmente que se pode mantê-la entre as regras vivas”.⁴

Resultado de tendência contemporânea no sentido de garantir maior estabilidade e rigidez ao texto constitucional, o processo tradicionalmente difundido de modificação constitucional é aquele rotulado sob a designação genérica de *reforma constitucional*.

Instituído pela Constituição, trata-se de processo formal de mudança constitucional pois que revestido de forma, requisitos e limites próprios, expressos, previstos no texto da Lei Fundamental.

A via da reforma constitucional, seu fundamento, os sistemas, os procedimentos de revisão, seus limites e contornos, têm merecido aprofundados estudos doutrinários, de autores estrangeiros e pátrios.⁵

2. As mudanças não formais da Constituição: existência

Mais recentemente, todavia, os estudiosos do Direito Constitucional têm dado atenção especial às modificações constitucionais resultantes de processos não previstos pela própria Constituição.

As Constituições, afirma Loewenstein, não mudam somente mediante emendas mas, em maior volume, há mudanças imperceptíveis que a norma estabelecida sofre ou por efeito do ambiente político ou pelos costumes.⁶

Com propriedade lembra Meirelles Teixeira: “Seria errôneo, entretanto, e mesmo ingênuo, pensar-se que as Constituições rígidas somente

3. Cf. Pinto Ferreira, Luis, ob. cit., pág. 132.

4. Cf. Burdeau, Georges, “Traité de science politique,” 2ª ed. Paris, L.G.D.J., 1969, V. 4, pág. 211 e segs.

5. Cf. dentre outros, Burdeau, Georges, “Essai d’une théorie de la revision des lois constitutionnelles”, Paris, 1930 (thèse); _____ “Traité...”, ob. cit., págs. 234-85; Florian, Henri Bousquet de, “Revision des constitutions”. Paris; Arthur Rousseau, 1891, págs. 203-56; Sampaio, Nelson de Sousa, “O poder de reforma constitucional”, Salvador, Livraria Progresso Editora, 1954; Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, “Direito constitucional comparado: I — O poder constituinte”, São Paulo, Bushatsky, EDUSP, 1974.

6. Cf. “Teoría de la constitución”, trad. por Alfredo Gallego Anabitarte, 2ª ed. Barcelona, Ariel, 1976, pág. 218.

pudessem sofrer alterações através de técnicas jurídicas expressa e previamente estabelecidas, e que o impacto da evolução política e social somente pudesse atuar sobre elas através desses canais, e que a vida deveria necessariamente acomodar-se, em seu eterno fluxo de progresso, dobrando-se com docilidade ao sabor dessas fórmulas e apenas ao juízo de políticos e legisladores”.⁷

Na mesma linha Biscaretti di Ruffia acentua:

“As revisões formais não são os únicos meios de mudanças dos sistemas constitucionais”, e continua: “Para se conhecer bem o desenvolvimento da vida constitucional de um Estado é preciso, com efeito, não perder de vista as múltiplas modificações não formais das normas escritas constitucionais, que sempre ocorrem de modo mais ou menos acentuado, segundo os diversos sistemas”.⁸

Do mesmo entendimento Karl Wheare.

As mudanças nas Constituições, observa o constitucionalista britânico, podem ocorrer de dois modos: em primeiro lugar, quando surgem mudanças nas circunstâncias sociais, que, se não modificam o texto da Constituição, impõem-lhe, todavia, significado totalmente diferente do até então atribuído, ou perturbam o equilíbrio constitucional; uma segunda forma de mudança constitucional, mais patente, ocorre quando tais forças dão origem a circunstâncias que conduzem a modificações da Constituição, seja por emenda formal, seja por intermédio de uma decisão judicial, ou pelo desenvolvimento ou criação de algum uso ou convenção de natureza constitucional.⁹

Não é diferente a posição de Pinto Ferreira que, resumindo e assumindo entendimento de mestres, tais como Jellinek e Cushman, lembra que “a mudança constitucional pode ser uma *mudança material* (mediante os costumes, a interpretação judicial, os estatutos) ou *formal*, sendo chamada de reforma constitucional neste último caso”.¹⁰

7. Teixeira, J.H. Meirelles, ob. cit., pág. 72.

8. Cf. Biscaretti di Ruffia, Paolo & Rozmaryn, Stefan, “la constitution comme loi fondamentale dans les états de l’Europe Occidentale et dans les états socialistes”, Turin, Institut Universitaire d’Études Européennes, 1966, pág. 60.

9. Cf. Wheare, Karl C., “Modern constitutions”, London, Oxford University Press, 1973, pág. 77. Da ação desses processos, salienta o Autor, depende “a vida e a flexibilidade, o enraizamento e a força de uma Constituição” (cf. ob. cit., pág. 87).

10. Cf. Pinto Ferreira, Luis, “Da constituição”, 2ª ed., Rio de Janeiro, José Konfino, 1956, pág. 102. Cf.; também, do Autor, “Princípios gerais do direito constitucional moderno”, ob. cit., pág. 159. Nesta obra o Autor menciona quatro processos de mudança constitucional: a) o desenvolvimento pela lei; b) a transformação pelo processo de interpretação judicial; c) a alteração pelos costumes e usos políticos; e d) a modificação formal da Constituição.

São, pois, as mudanças constitucionais, não decorrentes de atuação formal do poder de revisão constitucional, uma realidade na vida constitucional dos Estados, que não pode ser ignorada.¹¹

Autores há que vão além, apontando essa modalidade de mudança constitucional como forma de coibir ou diminuir reformas contínuas que “constituem uma transformação defeituosa das disposições constitucionais”, produzindo inclusive contradições quanto aos princípios essenciais estabelecidos pelo Constituinte originário.¹²

Nesse sentido, Héctor Fix-Zamudio que, em Relatório Geral apresentado no Primeiro Congresso de Direito Constitucional, realizado em Guadalajara, em 1973, propôs exame aprofundado (a) dos costumes e convenções constitucionais que modificam ou ao menos matizam disposições constitucionais sem afetar sua vigência formal e (b) dos aspectos da interpretação das normas constitucionais que permitem evolução harmônica e progressiva da Constituição sem se recorrer a mudanças perturbadoras do texto.¹³

Andueza Acuña, professor de direito constitucional na Universidade da Venezuela, em trabalho apresentado também em Congresso de Direito Constitucional, lembra, a propósito, que na maioria das vezes, as mudanças formais são reformas constitucionais não substanciais. Ilustra sua afirmação mencionando que, das vinte e três reformas à Constituição de seu país, só a de 1864 introduziu, verdadeiramente, modificações substanciais ao texto da Lei Fundamental, pois que transformou a forma de Estado venezuelano, até então unitário, para Estado Federal.¹⁴

11. Significativo o número de constitucionalistas, pátrios e estrangeiros, que reconhecem o fenômeno. Para exemplificar, mencionem-se, dentre outros: Loewenstein, Karl, ob. cit., págs. 199 e segs.; Burdeau, Georges, “*Traité...*”, ob. cit., págs. 211 e segs.; Gomes Canotilho, José Joaquim, “Direito constitucional”, Coimbra, Almedina, 1977, pág. 250; Pinto Ferreira, Luis, ob. cit., pág. 159-9; Teixeira, J.H. Meirelles, ob. cit., págs. 70 e segs.

12. Cf. Loewenstein, Karl, ob. cit., pág. 165.

13. Cf. “*Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordinamiento mexicano*”, In: “*Instituto de Investigaciones Jurídicas — La interpretación constitucional*”, México, D.F., UNAM, 1975, págs. 13-4.

14. Cf. Andueza Acuña, José Guillermo, “*Los cambios constitucionales en America*”, In: “*Instituto de investigaciones Jurídicas — Los cambios constitucionales*”, México, D.F., UNAM, 1977, pág. 12.

3. *Mutações constitucionais: noção e características*

Especial interesse vem despertando, assim, o estudo das alterações não formais da Constituição, mas que atingem o significado, o sentido ou o alcance do texto constitucional.

Daí a distinção que a doutrina convencionou registrar entre *reforma constitucional* e *mutação constitucional*;¹⁵ a primeira consiste nas modificações constitucionais reguladas no próprio texto da Constituição (acréscimos, supressões, emendas), pelos processos por ela estabelecidos para sua reforma; a segunda consiste na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas.¹⁶

A experiência constitucional demonstra que a expressão *mutação constitucional*, ou seja, os processos não formais de mudança constitucional, não é empregada uniformemente pela doutrina, abrigando, a um só tempo, dois tipos ou espécies diferentes de mutações: as que não violentam a Constituição, isto é, aquelas que, se confrontadas por qualquer meio de controle, particularmente pelo jurisdicional, não sofrerão a pecha de inconstitucionalidade, e as mutações constitucionais que contrariam a Constituição e que, num confronto com a Lei Fundamental, não devem subsistir.

No primeiro grupo incluem-se, por exemplo, as interpretações jurisdicionais que dão sentido renovado à letra constitucional, sem contudo violá-la. Exemplos de mutação constitucional, do segundo grupo, são a lei integrativa inconstitucional, o costume *contra constitutionem*, etc.

Neste livro distinguem-se as duas espécies.

15. Cf. Loewenstein, Karl, ob. cit., pág. 164. O antigo professor de uma das mais conceituadas instituições docentes dos Estados Unidos, o Ahmherst College, de Massachusetts, diferencia *reforma constitucional* de *mutação constitucional* (termos traduzidos do alemão por Garcia Y Pelayo, segundo esclarece), a primeira consistindo na alteração formal da Constituição escrita; pela segunda "se produz uma transformação na realidade da configuração do poder político, da estrutura social ou do equilíbrio de interesses, sem que fique atualizada tal transformação no documento constitucional: o texto da Constituição permanece intacto" (cf. ob. cit., pág. 165).

16. Cf. Teixeira, J.H. Meirelles, ob. cit., págs. 72-3.

A expressão *mutação constitucional* é reservada somente para todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido, o significado e o alcance da Constituição *sem contrariá-la*; as modalidades de processos que introduzem alteração constitucional, contrariando a Constituição, ultrapassando os limites constitucionais fixados pelas normas, enfim, as alterações inconstitucionais são designadas por *mutações inconstitucionais*.¹⁷

Assim, em síntese, a *mutação constitucional* altera o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito. Essa a característica fundamental da noção de mutação constitucional que merece, por ora, ser ressaltada. Trata-se, pois, de mudança constitucional que não contraria a Constituição, ou seja, que, indireta ou implicitamente, é acolhida pela Lei Maior.

Tais alterações constitucionais, 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*, na feliz expressão de Burdeau.¹⁸

Esta a segunda característica a ser apontada.

Destina-se a função constituinte difusa a completar a Constituição, a preencher vazios constitucionais, a *continuar* a obra do constituinte. Decorre *diretamente* da Constituição, isto é, o seu fundamento flui da Lei Fundamental, ainda que implicitamente, e de modo difuso e inorganizado.

É uma decorrência *lógica* da Constituição, na medida em que esta é uma obra que nasce para ser efetivamente aplicada, sobretudo naquilo que tem de essencial, e o essencial, por vezes, é incompleto, exigindo atuação ulterior, capaz de defini-lo, precisá-lo, resolver-lhe as obscuridades, dar-lhe continuidade e aplicação, sem vulnerar a obra constitucional escrita.

17. Ver Título III.

18. Cf. Burdeau, Georges, "Traité...", ob. cit. págs. 246-7. Diz o renomado constitucionalista francês: "Se o poder constituinte é uma força que faz ou transforma as constituições, é necessário admitir que sua ação não é limitada às modalidades juridicamente organizadas de seu exercício. Na verdade, ele não cessa jamais de agir. Percebe-se geralmente esta ação permanente quando se qualifica o costume constitucional. . . . Há um exercício cotidiano do poder constituinte que, por não ser registrado pelos mecanismos constitucionais, não é menos real... .. Fiéis aos métodos tradicionais, analisaremos o exercício do poder constituinte segundo as formas codificadas, *mas sem esquecer que, por serem as mais visíveis, elas não são, talvez, as mais perfeitas nem as mais eficazes*". (n.g.)

Como exercício de função constituinte implícita, é forçosamente limitada. Seus limites são necessariamente mais amplos e definidos do que os limites que se impõem ao constituinte derivado, isto é, ao poder de reforma constitucional, na medida em que este, com permissão expressa da Constituição, atua precisamente para reformá-la, emendá-la, modificando o texto e o conteúdo constitucional. O poder constituinte difuso, porque não expressamente autorizado, porque nasce de modo implícito e por decorrência lógica, não pode reformar a letra e o conteúdo expresso da Constituição. Sua atuação se restringe a precisar ou modificar o sentido, o significado e o alcance, sem todavia vulnerar a letra constitucional.¹⁹

Com base neste fundamento, as Constituições, embora rígidas, transformam-se espontânea e continuamente, ainda que de modo lento e imperceptível; adaptam-se “sem deformações maliciosas e sem subversões traumatizantes às mutações da vida dos povos, que cada vez mais concorrem para, nesta hora de aceleração, tornar mais cambiante e instável a famosa realidade”.²⁰

Em resumo, a *mutação constitucional*, para que mereça o qualificativo, deve satisfazer, portanto, os requisitos apontados. Em primeiro lugar, importa sempre em alteração do sentido, do significado ou do alcance da norma constitucional. Em segundo lugar, essa *mutação* não ofende a letra nem o espírito da Constituição: é, pois, *constitucional*. Finalmente, a alteração da Constituição se processa por modo ou meio diferentes das formas organizadas de poder constituinte instituído ou derivado.

4. *Modalidades de mutação constitucional*

Não há, na doutrina, tratamento uniforme e sistemático dos processos não formais de mutação constitucional.

19. Esses aspectos, características e limites que se impõem ao constituinte difuso serão examinados quando se tratar dos diferentes processos de mutação constitucional. Observe-se que a atuação do constituinte difuso é mais perceptível quando se cogita, por exemplo, de preencher uma lacuna constitucional, por via do costume ou da interpretação judicial. É de percepção mais difícil e complexa quando se trata da atuação legislativa. Não se confundem, porém, as funções desempenhadas pelos poderes constituídos, no exercício normal de suas atribuições, com o exercício desses mesmos poderes com vistas à aplicação constitucional. Não se confunde, por exemplo, a função constituinte difusa, exercida pelo legislativo para integrar a Constituição, com a função meramente legislativa que cria o arcabouço jurídico infra-constitucional de um Estado.

20. Cf. Campos, Milton, “Constituição e realidade”, “*R. For.*,” Rio de Janeiro, 187:22, 1960.

Não há consenso sequer quanto à terminologia.

Processos oblíquos²¹, processos não formais²², processos de fato²³, revisão informal²⁴, mudança material²⁵, são alguns dos rótulos utilizados para designá-los.

Simplificando a questão terminológica, as expressões *processo direto* ou *processo formal* serão usadas para indicar a alteração constitucional produzida por reforma constitucional, obra do Poder Constituinte instituído, em qualquer de suas modalidades ou formas de expressão, e, *processos indiretos*, *processos não formais* ou *processos informais* para designar todo e qualquer meio de mudança constitucional não produzida pelas modalidades organizadas de exercício do Poder Constituinte derivado.

Segundo Biscaretti Di Ruffia²⁶, embora a letra da Constituição permaneça inalterada, a realidade constitucional, graças a fatores diversos, sofre modificações consideráveis, que podem ser agrupadas em dois tipos. No primeiro reúnem-se as modificações operadas em virtude de atos elaborados por órgão estatais: *a*) de caráter normativo (leis, regulamentos, etc.); *b*) de natureza jurisdicional (decisões judiciais, notadamente em matéria de controle de constitucionalidade das leis). No segundo grupo, as operadas em virtude de fatos: *a*) de caráter jurídico (tais como os costumes); *b*) de natureza político-social (tais como as normas convencionais ou as regras sociais de conduta correta frente à Constituição), ou simplesmente as práticas constitucionais (tais como a inatividade do legislador ordinário que, não elaborando normas de execução, logra, em substância, impedir a realização efetiva de disposições constitucionais).

Milton Campos²⁷ arrola, entre os processos de mutação constitucional, a complementação legislativa, a construção judiciária e o consenso costumeiro.

21. Cf. Campos, ob. cit., pág. 19. Ao lado do processo *direto de reforma*, diz o Autor, existem os *processos oblíquos* de adaptação da lei fundamental às infundáveis mutações da realidade.

22. Cf. Teixeira, H.H. Meirelles, ob. cit., pág. 60; Biscaretti Di Ruffia, Paolo & Rozmaryn, Stefan, "La constitution...", ob. cit. pág. 60.

23. Cf. Chierchia, Pietro Merola, "L'interpretazione sistematica della costituzione", Padova, CEDAM, 1978, pág. 128.

24. Cf. Gomes Canotilho, José Joaquim, ob. cit., pág. 250.

25. Cf. Pinto Ferreira, Luis, "Da Constituição", ob. cit., pág. 102.

26. Ob. cit., págs. 60-8.

27. Cf. ob. cit., pág. 19.

Meirelles Teixeira²⁸ indica a interpretação constitucional, os costumes e as leis complementares como meios ou processos de alteração não formal das Constituições.

Quiroga Lavié salienta que a dicotomia entre a realidade social e os textos constitucionais pode ser superada pela interpretação judicial e pelo ajuste dos usos e costumes sociais²⁹. Na mesma linha Karl Wheare³⁰, seguido por Fix-Zamudio³¹.

Sem pretensão de esgotar as modalidades de processos que provocam ou podem provocar mutações constitucionais, e adotando, em essência, a classificação formulada por Biscaretti di Ruffia, serão examinados, nesta obra, os processos de mutação constitucional mais frequentemente apontados pela doutrina, e reunidos sob as denominações *interpretação constitucional*, em suas várias modalidades, e os *usos e costumes constitucionais*.

5. *Mutações inconstitucionais: noção e características*

Não se pode desconhecer, na prática, que os processos informais de mutação constitucional, podem, facilmente, desbordando os limites que lhes são impostos, resvalar para mudanças verdadeiramente inconstitucionais que persistem, de fato, diante da inexistência ou ineficácia de um controle de constitucionalidade.

Por outro lado, a experiência constitucional revela outras modalidades de processos informais, que conduzem também a mudanças não admitidas pela Constituição. A inconstitucionalidade desses processos, nesses casos, decorre principalmente da idéia de que a Constituição nasce para ser aplicada e que qualquer obstáculo que se anteponha à sua efetiva aplicação é incompatível com ela.

Esses dois grupos de processos informais são reunidos sob a denominação comum de *mutações inconstitucionais*.

Embora o objeto da análise aqui desenvolvida seja precipuamente as *mutações constitucionais*, algumas considerações serão feitas sobre as *mutações inconstitucionais*, a título de complementação, na medida em que têm conexão com o tema central.³²

28. Cf. ob. cit., págs. 72-3.

29. Cf. "Los cambios constitucionales a través de la costumbre y la jurisprudencia," In: "Instituto de Investigaciones Jurídicas — Los cambios...", ob. cit., pág. 112.

30. "Modern constitutions", págs. 66 e segs.

31. Fix-Zamudio, Héctor, ob. cit., pág. 14.

32. Ver págs. 163 e segs.

TÍTULO II

MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS

CAPÍTULO I

A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: ESPÉCIE DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

O tema “interpretação constitucional” só vem merecendo tratamento sistemático nas últimas décadas. A referência doutrinária a “novos métodos”, a “elementos e problemas específicos” da interpretação constitucional é recente; pouco numerosas são as monografias versando exclusivamente o assunto, sobretudo no Brasil. Na maioria das vezes, dedica-se-lhe um só capítulo em volumosas obras de Direito Constitucional.

Trata-se, pois, de um campo amplamente aberto aos estudiosos e que vem assumindo importância acentuada nos estudos contemporâneos de Direito Constitucional.

Neste livro não se cuidará do tema em todos os seus contornos e aspectos. Comportaria esse estudo monografia específica.

Será, pois, o assunto tratado apenas sob os ângulos e quanto aos aspectos que se impõem para a compreensão da “interpretação constitucional” enquanto processo de mutação constitucional. Dedicou-se-lhe um Capítulo com cinco seções. Versa a primeira “As linhas mestras da interpretação constitucional”. Aí se examinará, resumidamente, a noção e as características da interpretação constitucional, os métodos interpretativos aplicados à Constituição e as modalidades de interpretação constitucional. Nesse capítulo já se adiantará, em linhas gerais, o papel da interpretação constitucional enquanto processo de mutação constitucional. As seções de números 2 a 5 destinar-se-ão ao exame de modalidades de interpretação constitucional e da respectiva atuação como processo de mutação constitucional.

SEÇÃO I

AS LINHAS MESTRAS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Sumário: 1. A interpretação constitucional: noção e caracteres. 2. Necessidade da interpretação constitucional. 3. Finalidade da interpretação constitucional. 4. Métodos de interpretação constitucional: uma visão panorâmica dos métodos interpretativos aplicados à Constituição. 4.1. A interpretação constitucional como espécie da interpretação jurídica. a) Aspectos peculiares da interpretação constitucional: o elemento político. b) Aspectos peculiares da interpretação constitucional: as categorias das normas constitucionais. 4.2. Os principais métodos aplicados à interpretação constitucional. a) A interpretação gramatical. b) A interpretação lógica. c) A interpretação analógica. d) A interpretação evolutiva. e) A "constituição constitucional". f) Os métodos "modernos" de interpretação constitucional. 4.3. Os métodos interpretativos e a mutação constitucional. 5. Espécies da interpretação constitucional. 6. Características da interpretação constitucional como processo de mutação constitucional. a) A interpretação constitucional enquanto processo de mutação constitucional: noção e importância. b) Fatores que influem na interpretação como processo de mutação. c) Os perigos de interpretação como processo de mutação constitucional.

1. A interpretação constitucional: noção e caracteres

A noção de interpretação constitucional pressupõe duas noções prévias: a de "interpretação" e a de "Constituição".

Interpretar consiste em atribuir significado a coisas, sinais, fatos ou acontecimentos; quer dizer desentranhar o sentido de uma expressão¹, explicar ou aclarar o sentido de coisas, fatos, sinais, acontecimentos; dar o significado do vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir, por outras palavras, um pensamento exteriorizado.

1. A palavra "expressão" é tomada em sentido genérico, como forma de exteriorização, ou seja, toda e qualquer manifestação da realidade captada pelos sentidos e elaborada pela inteligência.

Trata-se, conforme os enunciados, de operação lógica, de caráter técnico.²

Projetado o termo para o Direito, interpretar é “determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.”³

Quanto à noção de Constituição, vários os seus conceitos.⁴

Constituição em sentido político, em sentido jurídico, em sentido sociológico⁵ são algumas das várias distinções que a doutrina constitucional aponta, tomando como critério o conteúdo da norma. Constituição escrita e Constituição não escrita, são as espécies consideradas quando se toma como critério a forma, e assim por diante.

Importa, pois, fixar, em que sentido o termo Constituição será considerado.

A Constituição, como ponto fulcral da interpretação constitucional que aqui vai ser desenvolvida, é a Constituição formal, escrita e rígida.

O objeto da interpretação constitucional será, pois, uma Constituição posta, que há de ser vista como um “conjunto de normas jurídicas concernentes à forma de Estado, à forma de governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos, aos limites de sua ação”.⁶

A Constituição enquanto conjunto de normas não se afasta, contudo, do substrato social que lhe dá vida, nem do sistema de valores que a norma pretende realizar.

2. Cf. Bonavides, Paulo, “Direito constitucional”, Rio de Janeiro, Forense, 1980, pág. 267.

3. Cf. Maximiliano, Carlos, “Hermenêutica e aplicação do Direito”, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1980, pág. 1

4. O termo “Constituição” comporta variedade de sentidos, acentua Carl Schmitt (“Teoría de la constitución, México, D.F., Nacional, (trad.) 1970, págs. 3 e segs.). Paulo Sarasate, a título exemplificativo, relaciona vinte e cinco definições de Constituição, dentre as quais inclui as de Sieyès, Cooley, Pinto Ferreira e Kelsen (“A Constituição do Brasil ao alcance de todos”, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1967, págs. 5-7); José Afonso da Silva também ensina que a palavra Constituição é empregada em vários significados e que várias são as concepções acerca do termo, dentre as quais indica as de Ferdinand Lassalle, Carl Schmitt, Kelsen e enuncia uma própria (Cf. “Curso de direito constitucional positivo”, São Paulo, Revista dos Tribunais 1985, págs. 7 e segs.).

5. Cf. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, “Curso de direito constitucional”, 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 1985, págs. 10 e segs. e Afonso da Silva, José, “Aplicabilidade das normas constitucionais”, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982, págs. 9 e segs.

6. O enunciado do conceito é de Ferreira Filho, Manoel Gonçalves”, Curso de direito constitucional”, ob. cit., pág. 20, que ensina: “Aplicado ao Estado, o termo Constituição, em sua acepção geral, pode designar a sua organização fundamental, quer social, quer

Destarte, o conceito acima enunciado se ajusta ao desenvolvimento do tema enquanto considera a Constituição em seu aspecto normativo — norma ou conjunto de normas — em conexão com a realidade social que lhe dá o conteúdo e o sentido axiológico.⁷

Por outro lado, a perspectiva de análise se circunscreve à constituição *formal*, porque a interpretação constitucional tem por objeto uma Constituição escrita, normada.

Importa, também, considerar a distinção traçada por Loewenstein, entre Constituição *ideal* — ordem normativa conformadora do processo político, segundo a qual todos os desenvolvimentos futuros da comunidade, tanto de ordem política, como social, econômica e cultural, pudessem ser previstos de tal maneira que não fosse necessária a mudança das normas conformadoras — e a Constituição *compromissória* — isto é, a que tem caráter de compromisso, pois que, sendo um organismo vivo, sempre em movimento como a vida mesma, está submetida à dinâmica da realidade, que jamais pode ser captada através de fórmulas fixas. Explica o renomado professor que cada Constituição, quando nasce, integra apenas o momento, isto é, o *status quo* existente no momento de seu nascimento, não podendo prever *todo* o futuro; na melhor das hipóteses, pode tentar levar em conta necessidades futuras, por meio de disposições e mecanismos cuidadosamente colocados, embora uma formulação demasiado elástica possa prejudicar a segurança jurídica.⁸

A primeira, a Constituição *ideal* dispensa e até mesmo anula a idéia da *mutação constitucional*; a segunda é pressuposto necessário dessa idéia.

Ponto importante a ser considerado, ainda, é a distinção entre a Constituição *real* e a *efetiva*.

Esses termos não são empregados, aqui, conforme a famosa concepção de Ferdinand Lassalle.⁹

política, quer jurídica, quer econômica. E na verdade tem ele sido empregado para nomear a integração de todos esses aspectos — a Constituição *total e integral*"; é, também, o conceito de "Constituição do Estado", considerado como sua lei fundamental, enunciado por José Afonso da Silva ("Curso de direito constitucional positivo", ob. cit., pág. 7) com a diferença de que este Autor inclui no conceito as normas costumeiras: "um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regulam a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação".

7. Ver Afonso da Silva, José, "Aplicabilidade das normas constitucionais."

8. Cf. Loewenstein, Karl, ob. cit., pág. 164.

9. "Que ès una constitución?", trad. de Wencelao Roces, 2ª ed. Barcelona, Ariel, 1976, págs. 56 e segs.

São, antes, utilizados na fórmula posta por Meirelles Teixeira, que distingue a Constituição *vigente, solenemente promulgada*, da Constituição *aplicada*, ou seja, da Constituição *efetivamente cumprida* na vida política, administrativa, econômica e social.¹⁰ Vale dizer que a Constituição somente pode ser efetivamente conhecida quando examinada em sua forma escrita e mediante sua efetiva aplicação.

Em resumo, interpretar a Constituição é conhecê-la, não apenas em sua letra, mas também, em seu espírito, em seus significados mais profundos e em seu verdadeiro alcance.¹¹

Eis a noção de *interpretação constitucional* que balisará o desenvolvimento deste tema, particularmente neste Capítulo.

2. Necessidade da interpretação constitucional

Uma Constituição se presume obra comum de todos os órgãos e forças vivas da nação, que nela encerram princípios dominantes, disposições fundamentais, desprovidas ou quase desprovidas de conteúdo preciso, deliberadamente vagas, que deixam larga margem de interferência e complementação, na organização fundamental do Estado, aos órgãos que devem observá-la, respeitá-la, cumpri-la e aplicá-la.¹²

Daí afirmar Loewenstein que “toda Constituição é, em si, uma obra humana incompleta, além de ser obra de compromisso entre as forças sociais e grupos pluralistas que participam de sua formação”.¹³

10. Cf. ob. cit., págs. 72 e segs. O Autor é citado por José Afonso da Silva, em “Aplicabilidade das normas constitucionais”, ob. cit., pág. 212, que lembra: “Não basta, com efeito, ter uma Constituição promulgada e formalmente vigente; impede atuá-la, completando-lhe a eficácia, para que seja *totalmente cumprida*. . .” (n.g.).

11. Cf. Teixeira, J.H. Meirelles, “Apostilas de direito constitucional”, ob. cit., pág. 73. Antonino Pensavecchio Li Bassi (“L’interpretazione delle norme costituzionali: natura, método, difficoltà e limiti”, Milano, Giuffrè, 1972, pág. 138) define: “A interpretação constitucional consiste na exata identificação do conteúdo das normas para permitir sua correta aplicação”. Tamayo Y Salmorán, Rolando (“Algunas consideraciones sobre la interpretación jurídica”, In: “Instituto de Investigaciones Jurídicas — La interpretación constitucional”, México, D.F., UNAM, 1975, pág. 144) registra: “A interpretação constitucional consiste em dotar de sentido a certos atos que funcionam como o conjunto das prescrições mais gerais na criação da ordem jurídica”. O Autor distingue a interpretação *orgânica*, pela qual o órgão aplicador determina ou estabelece o sentido do *dito* pela Constituição (pág. 145), da interpretação *não orgânica* (pág. 156). Linares Quintana dá a seguinte noção de interpretação constitucional: *Proceso lógico mediante o qual se assinala e se põe em evidência o conteúdo da disposição legal ou constitucional*” (Cf. Linares Quintana, — “La constitución interpretada”, Buenos Aires, Depalma, 1960, pág. 2).

12. Cf. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, “Curso...”, ob. cit., pág. 12.

13. Cf. ob. cit., pág. 199.

Como todas as normas jurídicas, a Constituição normada deve ser compreendida e, para ser compreendida, deve ser interpretada.

Caminho inevitável para a compreensão da norma jurídica é a interpretação, vale dizer, a compreensão de seu sentido.

A Constituição, pois, como Lei das Leis, não pode prescindir de interpretação.

Preleciona Carlos Maximiliano:

“Deve o estatuto supremo condensar princípios e normas asseguradoras do progresso, da liberdade e da ordem, e precisa evitar casuística minuciosidade, a fim de se não tornar demasiado rígido, de permanecer dúctil, flexível, adaptável a época e circunstâncias diversas, destinado, como é, à longevidade excepcional”. Quanto mais resumida é uma lei, mais geral deve ser a sua linguagem e maior, portanto, a *necessidade* e também a dificuldade, de interpretação do respectivo texto.¹⁴

A necessidade da interpretação constitucional ressalta, pois, sem maiores controvérsias.

Complexo de normas que concernem à organização fundamental do Estado, a Constituição jamais é, em si, obra acabada. Situada no vértice da organização jurídica fundamental do Estado, ela não enfeixa, e não pode conter, todo o sistema jurídico que rege a vida desse Estado. O seu conteúdo é fundamental, porém forçosamente genérico e sintético. O construir toda a pirâmide jurídica do Estado pressupõe o conhecimento da Lei Maior, como ponto de partida para a seleção entre indefinido número de caminhos possíveis de serem percorridos, todos compatíveis com a norma constitucional.

“Cada lei promulgada representa a negação de mil outras possíveis, constitui o termo de uma seleção e de um pronunciamento, segundo critérios variáveis que só podem ser apreciados em concreto, em função de cada caso particular” aponta, com acuidade, Miguel Reale.¹⁵

3. *Finalidade da interpretação constitucional*

Diante da Constituição o intérprete se coloca como intermediário ou mediador¹⁶ entre o objeto — a Constituição — e o significado desse objeto e, no proceder à interpretação desenvolve um trabalho essencial-

14. “Comentários à Constituição Brasileira”, 5ª ed., Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918, págs. 99 e segs.

15. “Teoria do Direito e do Estado”, 3ª ed., São Paulo, Martins, 1970, págs. 305 e segs.; ver também do Autor: “Nos quadrantes do direito positivo: estudos e pareceres”, São Paulo, Michalany, 1960, pág. 77.

16. Cf. Tamayo y Salmorán, Rolando, ob. cit., pág. 125.

mente lógico, buscando desentranhar o sentido da norma ou do conjunto de normas constitucionais.

A interpretação constitucional é vista, em regra, como exigência prática para a atuação do texto¹⁷, isto é, para sua aplicação ou para “permitir sua correta aplicação” conforme salienta Antonio Pensovecchio Li Bassi.¹⁸

Trata-se, pois, no entender dominante da doutrina, de operação mental “que acompanha o processo de aplicação da Constituição”.¹⁹

Em regra, atribui-se, pois, à interpretação constitucional, uma função, qual seja, “a aplicação do texto constitucional”.²⁰ Quem é chamado a aplicar a norma constitucional deve necessariamente interpretá-la, já que a aplicação da norma exige, antes, a interpretação, “momento essencial e pressuposto indispensável para a aplicação, se por interpretação se entende o processo lógico mediante o qual se assinala e se põe em evidência o conteúdo da disposição legal ou constitucional”.²¹

Assim, a interpretação é *conditio sine que non* para a aplicação da norma constitucional; sem ela, a dinâmica constitucional seria impossível.²²

17. Cf. Carbone, Carmelo, “L’interpretazione delle norme costituzionali”, Padova, CEDAM, 1951, pág. 8. Diz o Autor: “É uma exigência prática, dada pela necessidade de que o ordenamento jurídico atue e se desenvolva de maneira uniforme, eliminando ou reduzindo ao mínimo a incerteza do Direito”. (Observe-se que, no colocar tal afirmação, o Autor se remete a Emilio Betti).

18. Cf. “L’interpretazione delle norme costituzionali”, ob. cit., págs. 3 e segs.

19. Neste sentido, cf. Kelsen. Hans, “Teoria pura do direito”, trad. por João Baptista Machado, 2ª ed., Coimbra, Arménio Amado, 1962, v. 2, pág. 283. Preleciona o antigo professor da Universidade de Viena que “há interpretação quando se trata de aplicar a Constituição, quer no processo legislativo, quer na criação de normas individuais (sentenças judiciárias, ordens administrativas, etc.)”. Na mesma linha, ver também, Vicente Ráo (O Direito e a vida dos direitos”, São Paulo, Max Limonad, 1952, v. 2, pág. 552).

20. A técnica de interpretação constitucional é predominantemente finalística, isto é, “tem em vista extrair do texto aquela aplicação que mais se coadune com a eficácia social da lei constitucional”, acentua Afonso Arinos de Melo Franco, “Direito constitucional: teoria da Constituição, as Constituições do Brasil”, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, pág. 84.

21. Linares Quintana, ob. cit., pág. 2. Ver também Gomes Canotilho, José Joaquim, “Direito constitucional”, Coimbra, Almedina, 1977, pág. 203. Segundo o mestre da Universidade de Coimbra “a interpretação é uma das operações dentro do conjunto de atividades ou operações em que se desdobra a *aplicação do direito constitucional*”.

22. Cf. Linares Quintana, ob. cit., pág. 12; Tamayo y Salmorán, ob. cit., pág. 145; Teixeira, J.H. Meirelles, ob. cit., pág. 29.

4. *Métodos de interpretação constitucional: uma visão panorâmica dos métodos interpretativos aplicados à Constituição*

4.1. *A interpretação constitucional como espécie da interpretação jurídica*

Não obstante a variedade dos métodos apontados pela doutrina, prevalece o entendimento de que a interpretação constitucional é espécie do gênero *interpretação jurídica*, porém revestida de características e critérios peculiares, derivados, especialmente, da natureza e das notas distintivas das disposições constitucionais: supremacia e rigidez constitucional, diferentes conteúdos das normas constitucionais, caráter sintético, esquemático e genérico da Constituição, etc.

Desse modo, embora não se possa falar em uma *teoria da interpretação constitucional*, não há como desconhecer atributos próprios aos métodos interpretativos quando aplicados à Constituição.

A necessária especificidade de que se reveste a interpretação constitucional é admitida e reconhecida pelos maiores mestres da Teoria do Estado, afirma Miguel Reale.²³

Assim, os métodos de interpretação constitucional, descritos pela doutrina, são, em regra, os métodos aplicados às normas jurídicas em geral, revestidos, porém, das peculiaridades que derivam dos atributos específicos da matéria constitucional, consubstanciada e concretizada na norma constitucional, que se distingue das demais normas jurídicas pela forma, conteúdo e estrutura lógica.

Tal especificidade é particularmente perceptível nos chamados métodos modernos da interpretação constitucional, que apresentam sensíveis inovações.²⁴

Não se pode, por outro lado, deixar de ressaltar que reina, nesse campo, grande confusão terminológica; as classificações variam, quer

23. Cf. "Nos quadrantes do direito positivo: estudos e pareceres", ob. cit., pág. 88. Ver também Limón Rojas. Miguel, "Algunas consideraciones sobre interpretación constitucional", In: "Instituto de Investigaciones Jurídicas — La interpretación...", ob. cit., pág. 73; Chierchia, Pietro Merola, "L'interpretazione sistematica della costituzione", Padova, CEDAM, 1978, pág. 73; Li Bassi Antonino Pensovecchio, ob. cit., págs. 65 e segs.; Carpizo, Jorge & Fix-Zamudio, Héctor, "Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordinamiento mexicano", In: "Instituto de Investigaciones Jurídicas — La interpretación. . .", ob. cit., p. 43; Ferreira Filho, Manoel Gonçalves — "Curso de direito constitucional", ob. cit., p. 254.

24. Cf. Bonavides, Paulo, "Curso de direito constitucional", Rio de Janeiro, Forense, 1980, págs. 277 e segs.

se tomem como critérios os meios, os elementos, os instrumentos ou os fins da interpretação.²⁵

Dentre os aspectos peculiares à interpretação constitucional e que a distinguem da interpretação jurídica em geral, dois merecem ser ressaltados: de um lado, o denominado *elemento político*, que impregna as normais constitucionais; de outro, as categorias das normas constitucionais ou, como ensina a doutrina, a *tipologia* das normas constitucionais.

a) Aspectos peculiares da interpretação constitucional: o elemento político

A exegese da Lei Fundamental não pode prescindir do elemento político, porquanto este prevalece nela.²⁶

Sobre a importância do elemento político na interpretação da Constituição é unânime a doutrina, aponta Carbone.

Segundo o constitucionalista italiano, o elemento político atua na interpretação constitucional sob tríplice aspecto: *a)* para definir o conteúdo dos princípios constitucionais que realizam os princípios políticos correspondentes; *b)* para determinar a atualidade do regime político à base do qual é analisada a norma no último estágio da interpretação; e *c)* para concretizar o fim público, que dá a medida da discricionariedade atribuída pelas normas constitucionais aos órgãos constitucionais.²⁷

Ressaltam, assim, os constitucionalistas o elemento político na interpretação constitucional, de modo a deixar claro que, dentre as peculiaridades inerentes a essa modalidade de interpretação, esse elemento ou aspecto ocupa lugar de relevo.

25. Fix-Zamudio, Héctor, ob. cit., salienta, com propriedade, que o tema, não obstante sua inegável importância, não tem merecido exame mais freqüente e minucioso por parte da doutrina constitucional. De resto, Paulo Bonavides fala em verdadeiro *câos metodológico*, citando, a propósito, a jurisprudência constitucional alemã (ob. cit., pág. 291). Veja-se, também, as diferenças na terminologia, nas obras de: Chierchia, Pietro Merola, ob. cit.; Héctor Fix-Zamudio, Miguel Limón Rojas e Jorge Carpizo, em trabalhos contidos na obra conjunta "La interpretación constitucional", citada, dentre outros.

26. Salientam, dentre outros, a importância deste aspecto: Reale, Miguel, "Teoria...", ob. cit., pág. 100, n. 5.

27. Cf. Carbone, Carmelo, ob. cit., págs. 29-30.

Os estudos de Chierchia²⁸, Carbone²⁹, Li Bassi³⁰, Carpizo & Fix-Zamudio³¹, Limón Rojas³², particularmente voltados para a interpretação constitucional, ilustram a afirmação.³³

Cabe transcrever passagem citada por Carlos Maximiliano que, referindo-se a Degni, observa:

“O Direito Constitucional apóia-se no elemento político, essencialmente instável, e a esta particularidade atende, com especial e constante cuidado, o exegeta. Naquele departamento da ciência de Papiniano preponderam os valores jurídico-sociais. Devem as instituições ser entendidas e postas em função de modo que correspondam às necessidades políticas, às tendências gerais da nacionalidade, à consideração dos anelos elevados e justas aspirações do povo”.³⁴

A jurisprudência constitucional italiana, na linha dos seus maiores constitucionalistas, confirma a importância do elemento político na interpretação da Constituição.

28. Cf. Chierchia, Pietro Merola, “L’interpretazione sistematica. . .”, ob. cit., ob. cit.

págs. 87 e segs.

29. Cf. Carbone, Carmelo, “L’interpretazione della...”, ob. cit.

30. Cf. Li Bassi, Antonino Pensovecchio, “L’interpretazione delle norme...”,

31. Cf. Carpizo, Jorge & Fix-Zamudio, Héctor, “Algunas reflexiones sobre...”, ob. cit., págs. 9 e segs.

32. Cf. Limón Rojas, Miguel, “Algunas consideraciones...”, ob. cit., págs. 73 e segs.

33. Ver também Maximiliano, Carlos, “Heremênutica...”, ob. cit., pág. 305; Cavalcanti, Themistocles Brandão”, A Constituição de 1946”, *R. For.*, Rio de Janeiro, 111:316, 1947. (O ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, do Brasil, afirma textualmente: “a interpretação política dos preceitos constitucionais constitui sem dúvida pedra angular de toda a hermenêutica constitucional e isto mesmo quando aos tribunais cabe a aplicação de suas normas”). Bellavista, Girolamo, “Sulla interpretazione costituzionale”, “Studi Ventennale Costituzione”, Firenze, 1969, págs. 57-64 (O Autor propugna por uma *teoria especial da interpretação constitucional* apontando a prevalência do *elemento político na interpretação como um dos critérios que justificam a especialidade*); Biscaretti di Ruffia, Paolo, “Diritto costituzionale”, 10ª ed., Napoli, Jovene, 1974, págs. 6 e segs. O constitucionalista italiano chama atenção para a importância dos *princípios políticos* que devem estar presentes no uso do critério sistemático de interpretação constitucional (ob. cit., pág. 123).

34. Cf. ob. cit., pág. 305. Também Linares Quintana refere-se à importância do elemento político na tarefa interpretativa da Constituição, incluindo-o, mesmo, em regra de interpretação constitucional: “A Constituição como instrumento permanente de governo deve ser interpretada levando-se em conta não apenas as condições, circunstâncias e necessidades existentes no momento de sua sanção, mas também as condições, circunstâncias e necessidades sociais, econômicas e políticas que existem ao tempo de sua aplicação e interpretação”. (Cf. ob. cit., pág. XIX).

No Brasil, de modo igual manifestam-se os tribunais. Em voto proferido na Representação de Inconstitucionalidade de n. 746-GB, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Themístocles Cavalcanti assim se expressa: “Na interpretação da Constituição não se deve levar em conta somente a intenção do legislador, o sentido e a significação das palavras, o raciocínio lógico no processo de interpretação, mas principalmente o *sentido político* da interpretação, considerando-se a *Constituição como um diploma político*.” E, continua! “Em poucos setores essa preocupação deveria ser mais viva do que na aplicação das normas constitucionais relativas à Federação, porque é aí que mais se faz sentir a diretriz política das relações entre os poderes Estaduais e o Federal...”³⁵

A natureza política da norma constitucional é intrínseca à Constituição, que rege a estrutura fundamental do Estado, atribui competências aos poderes, assegura os direitos humanos, fixa o comportamento dos órgãos estatais e serve, enfim, de pauta à ação dos governos. Ao desdobrar tal conteúdo, a Constituição positiva os princípios políticos fundamentais da organização do Estado.

Daí porque a interpretação constitucional se move, no plano jurídico, sem descurar do elemento político que lhe é intrínseco. Daí porque esse elemento, qualquer que seja o ângulo tomado, como que reveste a interpretação constitucional de características muito peculiares, de resto ressaltadas por toda a doutrina que se ocupa do tema.

É importante lembrar, ademais, que o elemento político introduzido e cristalizado na norma constitucional não se estratifica, mas continua desenvolvendo-se e adaptando-se às novas exigências, às novas situações, pelo que é um elemento dinâmico cujo *sentido atual* será sempre perseguido pelo exegeta.³⁶

Desta forma, a norma constitucional interpretada conforme o elemento político nela entranhado pode ganhar conteúdo novo. Em tal caso, esse elemento favorece a caracterização da interpretação constitucional como processo de mutação constitucional.

35. Cf. Brasil, “Supremo Tribunal Federal, Representações por inconstitucionalidade: dispositivos de Constituições Estaduais”, Brasília, DF, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1976, v. 1, pág. 153.

36. Cf. a propósito, as ponderações de Carbone, ob. cit., págs. 35 e segs. Analisa o Autor a importância, para a pesquisa do *sentido atual do elemento político* positivado na Constituição, do recurso à história do Direito do Direito comparado, da história política, etc., que conferem conteúdo elástico à norma constitucional porquanto permitem extrair dela, no momento da interpretação, sentido atual e conforme à estrutura jurídica do Estado. Cf. tb: Schmitt, Carl, “Teoría de la Constitución”, México, DF., nacional, 1970, seção III.

b) Aspectos peculiares da interpretação constitucional: as categorias das normas constitucionais

A Constituição contém diferentes tipos de normas, assunto amplamente examinado e discutido em doutrina.

Não pode o intérprete constitucional ignorar a importância dessa diferenciação na tarefa interpretativa que empreende, na medida em que “algumas categorias de normas permitem maior elasticidade de interpretação, influenciando, portanto, no procedimento interpretativo e no seu papel de adequação da norma a novas realidades ou na atribuição de diferentes significados ou conteúdos à norma constitucional”.³⁷

Sob esse aspecto, portanto, as normas constitucionais e seus diferentes tipos devem ser considerados no tema da interpretação constitucional enquanto processo de mutação constitucional.³⁸

Alguns exemplos de classificação das normas constitucionais ilustram a afirmação.

A doutrina italiana, cuja enorme contribuição a propósito da tipologia das normas constitucionais deve ser ressaltada,³⁹ sob o ângulo que interessa para o exame do tema deste livro, costuma distinguir as normas constitucionais em dois grandes grupos: *preceptivas* e *diretivas*, as primeiras por sua vez diferenciadas entre *obrigatórias* (das quais derivam imediatamente direitos e deveres) e *institucionais* ou *organizatórias* (que criam as diferentes instituições constitucionais, sem estabelecer, em regra, para cada caso, regras de conduta); e as *diretivas*, também chamadas *programáticas* (porquanto estabelecem diretrizes para a ação, que vinculam o legislador futuro e também o administrador); quanto à *eficácia*, tais normas podem ser de *aplicação imediata* (se suficientemente completos seus enunciados), de *aplicação não imediata* (porque subordinadas, em sua validade, a normas a serem elaboradas

37. Cf. Carbone, ob. cit., pág. 20.

38. Não cabe, nos limites e para os objetivos desta obra, adentrar no exame da tipologia das normas constitucionais. Basta ressaltar a importância do assunto para a compreensão da interpretação como processo de mutação constitucional. Por conseguinte, neste item, serão mencionadas categorias de normas apenas para exemplificar. Veja-se, a propósito do tema, a monografia de José Afonso da Silva, “Aplicabilidade das normas constitucionais”, obra já citada, que esgota a matéria; também Carbone, Biscaretti di Ruffia, Carpizo, Gomes Canotilho, e outros autores já mencionados e que tratam, de modo particular, do tema.

39. Cf., dentre outros: Biscaretti di Ruffia, Paolo, “Diritto costituzionali”, ob. cit., págs. 218 e segs.; também Biscaretti di Ruffia & Rozmaryn, “La constitution comme loi...” ob. cit., págs. 37 e segs.; Carbone, ob. cit., págs. 19 e segs.

ou porque destinadas especialmente, mas não unicamente, ao legislador futuro).⁴⁰

Dentre as normas diretivas, adiciona Carbone, encontram-se as várias declarações contidas na Constituição “que não disciplinam atribuições dos vários órgãos ou suas relações recíprocas, mas que colocam as bases do ordenamento do Estado, caracterizando-o nos seus principais fins jurídicos, políticos, sociais, fins que, por sua vez, determinam o regime político do Estado”.⁴¹

No que respeita à interpretação, ensina ainda Carbone, as normas *preceptivas* não se apresentam com particularidades especiais, enquanto as *diretivas* se revestem de características próprias, porque contêm os princípios que não apenas são pressupostos do conteúdo das normas preceptivas, mas, também, porque estão ligados à lógica da matéria e da própria estrutura jurídica do Estado.⁴²

E, mais adiante, acrescenta: “entre as normas constitucionais preceptivas assumem particular importância, para os fins da interpretação, aquelas que atribuem poderes a órgãos, mas que lhes deixam liberdade de ação concernente ao modo de exercício desses poderes, somente limitada pelos próprios princípios constitucionais”.⁴³

Por outro lado, as normas que disciplinam os princípios essenciais da organização e estrutura do Estado costumam ser *reduzidas, genéricas e sintéticas*, de forma a permitir uma “integração contínua através de uma regulamentação jurídica espontânea ou graças a uma interpretação adequada às mutáveis exigências sociais”.⁴⁴

Carbone exemplifica o que chama de *conteúdo esquemático* com o Estatuto Albertino que disciplinava o Governo de Gabinete com a simples fórmula: “O Rei nomeia e demite os ministros”, fórmula que permitiu desenvolvimento e adaptação do instituto pelo costume constitucional e através da atividade interpretativa.⁴⁵

Há autores que distinguem as normas constitucionais quanto ao conteúdo ou matéria, estabelecendo, entre elas, uma verdadeira hierar-

40. Cf. Biscaretti di Ruffia, “Diritto costituzionali”, ob. cit., págs. 218-20.

41. Ob. cit., págs. 20-1.

42. Cf. ob. cit., pág. 23.

43. Cf. idem, págs. 23-4.

44. Cf. idem supra, pág. 24; ver também Chierchia, Pietro Merola, ob. cit., pág. 139. Acentua este Autor que as normas programáticas, por sua generalidade e elasticidade, são suscetíveis de uma adaptação contínua à evolução da realidade.

45. Ob. cit., pág. 25. O Autor registra a importância do costume constitucional para o desenvolvimento e integração das normas constitucionais, particularmente aquelas concernentes ao relacionamento entre os poderes.

quia, determinada pelos *valores* que os preceitos constitucionais encerram.

Fiz-Zamudio, dentre outros, distingue, de um lado, os *preceitos fundamentais* que determinam a forma e a essência do Estado, estabelecidos com pretensão de imutabilidade e muitas vezes limitativos da competência do poder constituinte de revisão, que denomina de *capitais* ou *básicos*; e de outro, as disposições que, de certo modo, derivam dos postulados supremos e que estabelecem os direitos públicos da pessoa humana ou dos grupos sociais (parte dogmática ou material da Constituição), a organização dos poderes públicos (parte orgânica ou estrutural), e regulam a criação das normas jurídicas gerais, especialmente das leis. Essas, que o Autor denomina *estritamente fundamentais*, dividem-se em *disposições de princípio* (entre as quais se enquadram as normas programáticas) e *disposições preceptivas*, ou seja, aquelas que determinam ou prescrevem a conduta dos destinatários. Finalmente, há os preceitos *de conteúdo secundário*, que se destinam, conforme a intenção do legislador constituinte, a dar maior estabilidade a determinadas instituições, revestindo-as de prestígio e autoridade, por considerá-las de grande importância política, jurídica ou social.⁴⁶

Em razão da natureza específica das normas constitucionais, conforme diferenciadas pelo Autor, a interpretação constitucional assume caráter consideravelmente mais difícil e complicado do que a interpretação jurídica em geral, exigindo “além do conhecimento dos princípios gerais de interpretação, conhecimentos técnicos bastante elevados e um alto grau de sensibilidade jurídica, política e social para que se possa penetrar no profundo sentido das disposições fundamentais”. Ressalta ainda o constitucionalista mexicano que a complexidade da interpretação varia conforme a natureza do preceito consti-

46. Entre as disposições *capitais*, o constitucionalista mexicano cita o artigo 40 da Constituição Federal do México, segundo o qual “É vontade do povo mexicano constituir-se em República representativa, democrática, federal, composta de Estados livres e soberanos em tudo o que concerne ao seu regime interno, mas unidos em uma federação estabelecida segundo os princípios desta lei fundamental”. Menciona ainda que a Constituição de 1917, ao consagrar os direitos fundamentais *de caráter social*, estabelece vários princípios programáticos, dentre os quais os contidos no artigo 27, sobre a reforma agrária, as modalidades de propriedade privada segundo o interesse público, a distribuição equitativa da riqueza pública, e os do artigo 123, sobre os direitos mínimos dos trabalhadores. Como exemplo de disposições de caráter secundário indica os preceitos relativos aos procedimentos da reforma agrária, às linhas fundamentais do instituto do *amparo* (art. 107), as regras fundamentais da legislação do trabalho (Cf. Carpizo, Jorge & Fix-Zamudio, Héctor, “Algunas reflexões...”, ob. cit., págs. 16-20).

tucional a ser interpretado, acentuando-se com relação às disposições de princípio, particularmente as de caráter programático, em razão de sua generalidade e abstração e de sua “vigorosa projeção axiológica”.⁴⁷

Walter F. Murphy⁴⁸ lembrando que a Constituição americana — tal como todas as cartas dessa natureza — adota um *grupo de valores*, menciona que uma das principais dificuldades que os juízes enfrentam na interpretação de uma Constituição é, provavelmente, a de classificar a importância e a função dos valores nela abrigados. Duas são as soluções apontadas para o problema; a primeira, considerar existir *igualdade entre os valores*, de modo a tratar todos os dispositivos constitucionais como iguais; e a segunda, admitir a existência de hierarquia de valores protegidos pela Constituição.⁴⁹ O esforço recente mais notável no sentido da classificação de valores constitucionais, com vistas à aplicação de normas da Lei Maior a casos concretos, foi a chamada *doutrina das liberdades preferenciais* que, registra o Professor da Universidade de Princeton, foi “útil na legitimação da mudança da atenção da Corte das matérias econômicas gerais para os direitos civis”.⁵⁰

O reconhecimento da existência ou não de hierarquia entre valores positivados pelas normas constitucionais tem influência evidente na tarefa do intérprete.⁵¹

47. Cf. Fix-Zamudio, Héctor, ob. cit., pág. 22.

48. Cf. “A arte de interpretação da Constituição”, In: “Ensaio sobre a constituição dos Estados Unidos”, trad. de Elcio Gomes Cerqueira, Rio de Janeiro, Forense/Universitária, 1978, págs. 209 e segs. O professor da Universidade de Princeton, Estados Unidos, é partidário da tese de que a Constituição contém uma *hierarquia de valores* (pág. 221), dentre os quais a *dignidade humana* é a central (pág. 224).

49. Cf. ob. cit., págs. 212-3. No ápice da hierarquia de valores estariam aquelas disposições constitucionais não passíveis de emenda formal. O Autor menciona disposições dessa natureza na Lei Fundamental da Alemanha Ocidental, tais como, o federalismo, a soberania popular, a dignidade do homem; e, nos Estados Unidos, a igualdade de representação dos Estados no Senado.

50. Cf. ob. cit., pág. 215. Enunciada por Stone e desenvolvida assistematicamente durante a década de 1940, a doutrina permitia aos legisladores ação livre para regular assuntos econômicos, porém exigia proteção judicial mais rigorosa para a liberdade da palavra, de imprensa, direito de voto, etc. Aponta o Autor a dificuldade dos juízes em explicar, satisfatoriamente, opções por valores determinados ou de estabelecerem critérios práticos para a determinação desses valores fundamentais, o que, todavia, em sua opinião, não invalidava a doutrina, que era por si uma teoria incompleta e que deu sua contribuição para uma construção jurisprudencial mais completa.

51. Veja-se, exemplificativamente, o posicionamento de Gomes Canotilho, ob. cit., pág. 224, que propõe como princípio de interpretação constitucional o *princípio da concórdância prática ou harmonização* segundo o qual sempre que “existam contradições normativas, concorrência ou colisão de vários direitos fundamentais, não deve o intérprete

Particularmente relevante é a tipologia das normas constitucionais enunciada na monografia de José Afonso da Silva, “Aplicabilidade das normas constitucionais”, obra sem precedentes na doutrina pátria.

O constitucionalista brasileiro ensina que as normas constitucionais, do ponto de vista da eficácia e aplicabilidade, podem ser consideradas sob triplice aspecto: *a*) normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata; *b*) normas de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrições; e *c*) normas de eficácia limitada ou reduzida, por sua vez divididas em dois grupos: as definidoras de princípio institutivo, que prevêem esquemas genéricos de instituição de órgãos ou entidades, cuja estruturação definitiva o legislador constituinte deixou para a lei ordinária, e normas de eficácia limitada, definidoras de princípio programático, que traçam esquemas de fins sociais, que devem ser cumpridos pelo Estado, mediante uma providência normativa ou administrativa ulterior.⁵²

As normas de eficácia limitada, particularmente as programáticas, condicionam a atuação do intérprete constitucional, tanto do legislador, como do administrador, na medida em que, ao mesmo tempo em que exigem ou demandam sua atuação, limitam-na, tendo em vista os fins sociais e o bem comum cristalizados pelo texto constitucional

proceder a uma abstrata ponderação e confronto de direitos constitucionalmente garantidos, sacrificando uns aos outros, mas deve estabelecer limites e condicionamentos recíprocos, procurando harmonizá-los”; exemplifica a questão com os artigos 74, 3, d e 76 da Constituição portuguesa; conciliação entre o princípio da igualdade de acesso à universidade e o princípio *favor laboratoris* que implica preferência para o ingresso à universidade aos filhos dos trabalhadores (pág. 225).

52. Cf. ob. cit., págs. 246-47. As normas de *eficácia plena* são as que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata. Situam-se predominantemente entre os elementos orgânicos da Constituição, independentemente de providência normativa posterior, tais como os artigos 1º a 144 da Constituição Brasileira em vigor (pág. 167); as de *eficácia limitada*, em geral, não receberam do constituinte normatividade suficiente para serem aplicadas, cabendo ao legislador ordinário complementar a regulamentação da matéria nela tratada em princípio ou esquematicamente; nessa categoria incluem-se as normas programáticas, de elementos sócio-ideológicos (pág. 175), tais como os artigos 160, III, e 176; as normas de *eficácia contida* também receberam do constituinte normatividade suficiente para reger os interesses de que cogitam, mas prevêem meios normativos (leis, conceitos genéricos, etc.) que permitem limitação à sua eficácia e aplicabilidade. Dentre essas, as que impõem restrições e deveres aos poderes governantes e, em contraposição, conferem direitos subjetivos aos governados, tais como as normas do Estatuto brasileiro referentes aos direitos fundamentais e democráticos, que têm aplicabilidade imediata, mas cujo exercício pode sofrer limitações ou restrições em razão de regulamentação posterior fundada na ordem pública, segurança nacional, etc. (pág. 171).

como inspiradores da ordenação jurídica. Têm esses fins, ensina José Afonso da Silva *eficácia interpretativa*, valendo dizer que condicionam a aplicação das normas do sistema constitucional que os positivam.⁵³

Convém transcrever trecho da mencionada monografia, especialmente importante para o tema da interpretação constitucional:

“Do que expusemos nos parágrafos anteriores, fácil é extrair outro efeito notabilíssimo das normas constitucionais programáticas, como exprime Balladore Pallieri, que conclui: “Prescrevem à legislação ordinária uma via a seguir; não conseguem constringer, juridicamente, o legislador a seguir aquela via, mas o compelem, quando nada, a não seguir outra diversa. Seria inconstitucional a lei que dispusesse de modo contrário a quanto a Constituição comanda. E além disso, uma vez dada execução à norma constitucional, o legislador ordinário não pode voltar atrás”.⁵⁴

“Assim, descortina-se a eficácia das normas programáticas em relação à legislação futura, desvendando, aí, sua função de condicionamento da atividade do legislador ordinário, mas também da administração e da jurisdição, cujos atos hão de respeitar os princípios nelas consagrados...”.

“É que as normas programáticas se resolvem, *prima facie*, num vínculo ao poder legislativo, quer lhe assinalem somente certo fim a atingir, quer estabeleçam, desde logo, restrições, limites, observância de certas diretrizes, critérios ou esquemas gerais para alcançar o escopo proposto”.

A relevância dessa classificação das normas constitucionais avulta quando se observa que grande é o número de normas constitucionais que têm eficácia limitada e que portanto têm sua aplicação efetiva

53. Cf. ob. cit., pág. 139. Cabe, nesse passo, observar que igualmente relevante é a distinção formulada por José Afonso da Silva, com vistas aos *elementos* das normas constitucionais: normas constitucionais *orgânicas*, *limitativas*, *sócio-ideológicas*, de *estabilização constitucional* e normas constitucionais *de aplicabilidade*. Não cabe, nos limites deste trabalho, exame desta classificação e da sua importância para a tarefa interpretativa, pelo que ela é apenas mencionada. Interessantíssimo exemplo da importância dessa classificação, com vistas à interpretação, é, v.g., a menção aos *preâmbulos* como orientação para a interpretação e às *Disposições transitórias*; na dúvida quanto à interpretação e aplicação de dispositivos constantes nestas *Disposições* deve o intérprete recorrer ao disposto na parte permanente da Constituição (págs. 189-90).

54. Cf. ob. cit., pág. 141. Discordamos da observação final. A nosso ver, nada impede que nova lei revogue a anterior dando interpretação diferente à norma constitucional, desde que respeitados, como é óbvio, os limites impostos pela própria Constituição.

dependente da atividade legislativa, administrativa ou mesmo de outra natureza, tal como ocorre na Constituição Brasileira em vigor.⁵⁵

Como a aplicação da norma pressupõe a interpretação, avulta, também a importância da atividade interpretativa dos vários órgãos aos quais está afeta a tarefa de complementar as normas constitucionais de eficácia limitada.

A exposição de alguns posicionamentos doutrinários a propósito das categorias das normas constitucionais, meramente exemplificativa, permite ilustrar, em síntese, como a tipologia das normas constitucionais influi na atuação do intérprete constitucional, quer quanto à escolha dos meios de interpretação, quer quanto aos limites que as diferentes categorias de normas impõem ao intérprete, quer quanto à discricionariedade maior ou menor da ação interpretativa, quer, enfim, quanto aos resultados da interpretação. Constitui, pois, a categorização das normas constitucionais aspecto específico e peculiar na interpretação constitucional.⁵⁶

4.2. Os principais métodos aplicados à interpretação constitucional

Impõe-se, para compreensão do tema, indicar, em síntese, os métodos ou as espécies de interpretação constitucional mais frequentemente mencionados e descritos pela doutrina, visto que, em razoável medida, e sob alguns aspectos, o método utilizado contribui para a configuração da interpretação constitucional como processo de mutação constitucional.

Não é, nem pode ser propósito examinar, neste item, toda a questão metodológica da interpretação constitucional.

Não se cogita, portanto, de analisar os métodos interpretativos que variam segundo as correntes doutrinárias, as escolas de interpretação, as épocas, mas antes, de verificar, pura e simplesmente, em que medida os métodos influem no papel da interpretação, permitindo-lhe servir como instrumento dinâmico no adaptar a Constituição à evolução social, desenvolvendo e complementando os textos constitucionais,

55. Por muitos modos as normas constitucionais podem ser integradas. A Constituição brasileira, o exemplo é de José Afonso da Silva, prevê distintos meios de integração: leis, decretos, resoluções, constituição estadual, lei estadual, etc. (cf. ob. cit., págs. 212-13).

56. Registre-se, por necessário, que a exposição de alguns posicionamentos doutrinários a propósito das categorias das normas constitucionais desenvolvida neste item é meramente exemplificativa e ilustrativa. A tipologia das normas constitucionais que embasará diversos desdobramentos do tema é a de José Afonso da Silva, resumidamente examinada. (fls. 23 e segs.).

especialmente os obscuros, esquemáticos e vazios de conteúdo concreto.

Dentro dos limites indicados, alguns aspectos específicos da interpretação constitucional devem ser considerados. Assim, por exemplo, o método de interpretação que busca a fixação do *sentido* do texto constitucional.

As noções ou os conceitos de interpretação constitucional têm, de certa forma, um denominador comum: determinar o sentido ou o significado das disposições constitucionais.

O problema capital da interpretação constitucional consiste exatamente em determinar o que se deve entender por *sentido* ou *significado* do texto ou das disposições constitucionais.

Segundo a doutrina, interpretar a Constituição pode significar: a) buscar o sentido dado ao texto expresso, à letra constitucional; b) procurar o espírito da Constituição; c) identificar a vontade do legislador constituinte; d) identificar valores ou grupo de valores, embutidos no texto e pré-ordená-los, de modo a lhes dar aplicação em ordem preferencial e hierárquica; e) buscar o sentido da norma que mais se adapte à ordem social ou à realidade social no momento da aplicação do texto; f) identificar o significado atual da norma constitucional, o significado adequado às exigências concretas; g) buscar *um* dentre os vários significados ou conteúdos estranhados na norma constitucional, etc.⁵⁷

a) A interpretação gramatical

Buscar o sentido dado ao texto constitucional é função perseguida pela interpretação gramatical.⁵⁸

A interpretação constitucional volta-se, sobretudo, para o significado literal das palavras, que são examinadas isoladamente ou no contexto da oração. Somente o que consta das palavras do texto é objeto de consideração. Na interpretação constitucional pelo método gramatical, o espírito ou o sentido da Constituição devem ser extraídos primacialmente da letra constitucional.⁵⁹

57. Cf. exemplificativamente: Chierchia, Pietro Merola, ob. cit., págs. 38, 218 e segs.; Kelsen, Hans, ob. cit., v. 2, cap. VIII; Murphy, Walter F., ob. cit., págs. 189 e segs.; Tamayo y Salmorán, Rolando, ob. cit., págs. 145-7. Dentre os autores pátrios ver Bonavides, Paulo, "Direito...", ob. cit., págs. 268 e segs.

58. Referem-se ao método gramatical na interpretação constitucional, dentre outros: Bonavides Paulo, "Direito...", ob. cit., pág. 270; Carpizo, Jorge & Fix-Zamudio, Héctor, ob. cit., pág. 47; Chierchia, Pietro Merola, ob. cit., págs. 307 e segs.

59. Cf. Story, Joseph, "Commentaries..." n.º. 326, *apud* Bonavides, Paulo ob. cit., pág. 310.

Ninguém melhor do que Joseph Story analisou a questão da linguagem no texto constitucional, salienta Paulo Bonavides⁶⁰

Algumas regras de interpretação constitucional bem ilustram a aplicação do método gramatical.

Bryce, lembrado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Meirelles Teixeira⁶¹ registra que, “vindo a Constituição do povo, voltando-se ela para o povo como propósito de vida, sua linguagem não é técnica, necessariamente.”

Daí a seguinte regra:

*“As palavras da norma constitucional devem ser entendidas em seu significado comum, com o sentido que têm na vida cotidiana, salvo se resultar claro do texto que o constituinte a elas se referiu em seu sentido técnico”.*⁶²

Linares Quintana menciona, exemplificando, que essa regra teve larga aplicação na jurisprudência constitucional argentina.⁶³

Cabe notar que tal regra tem enorme importância na medida em que impede que se restrinja a aplicação do texto constitucional.⁶⁴

60. Cf. “Direito constitucional”, ob. cit., págs. 307 e segs. O constitucionalista cearense aponta várias correntes doutrinárias que gravitam em torno desse método de interpretação (cf. págs. 228 e segs.).

61. Cf. “Curso de direito constitucional”, ob. cit., pág. 254; e “Apostilas...”, ob. cit., pág. 19, respectivamente.

62. Cf. Linares Quintana, Segundo vol., “La constitución...”, ob. cit., pág. XVII; Maximiliano, Carlos, “Comentários...”, ob. cit., pág. 103 e “Hermenêutica...”, do cit., págs. 305 e segs. Observa o Autor que há diferença na aplicação do método filológico entre o Direito Público e o Privado, dando-se, naquele, preferência à linguagem técnica. Todavia, ao desenvolver as regras de interpretação constitucional que adota enuncia: “Embora as expressões nas leis supremas sejam, mais do que nas ordinárias, vazadas em linguagem técnica, nem por isso entenderão aquelas como escritas em estilo arrevesado e difícil, inacessível à maioria, e sim em termos claros e precisos”.

63. Cf. ob. cit., pág. XVIII. O autor elenca algumas decisões da Corte Argentina onde se diz, claramente, que as palavras da norma constitucional devem ser entendidas com o sentido que “têm na vida cotidiana”.

64. Não sendo redigidas, usualmente, por técnicos do Direito, é de se admitir que os constituintes dão às palavras as conotações que elas têm na vida de todos os dias. Dar-lhes sentido técnico seria restringir-lhes o alcance. Veja-se, por exemplo, a aplicação da regra no tocante à inviolabilidade do domicílio, no direito constitucional brasileiro. O termo *domicillio* foi empregado pela Constituição de 1937, no artigo dedicado aos direitos individuais (art. 122, 6º). Tanto a doutrina como a jurisprudência pátrias são, todavia, unânimes no sentido de que a palavra *domicílio* não tem, no Direito Público, a acepção restrita do Direito Privado, mas deve, ao contrário, ser tomada no seu sentido usual de *casa, lugar de residência, habitação permanente ou não*. Bem fizeram, portanto,

“A Constituição deve ser interpretada como um todo orgânico”.⁶⁵

Desta regra resulta que as palavras das normas constitucionais não podem ser tomadas isoladamente, fora do contexto; resulta, mais, que não se pode atribuir às palavras sentido que as tornem conflitantes entre si ou que anulem outras empregadas no mesmo documento constitucional; ainda dessa mesma regra deflui a idéia de que não há palavras supérfluas no documento constitucional.

Com efeito, as palavras, vistas isoladamente, do ponto de vista gramatical podem ter determinada significação, mas, se relacionadas dentro do contexto, poderão significar algo diferente. Na interpretação constitucional, as palavras, mesmo gramaticalmente, devem ser interpretadas dentro do contexto, do todo.

De aparente simplicidade, a interpretação gramatical oferece, não obstante, dificuldades na aplicação.

Jorge Carpizo, analisando o assunto, afirma ser costume, no México, *alterar a redação gramatical* de alguns preceitos constitucionais, para, *modificando palavras*, dizer-se o que já estava dito anteriormente e, desta forma, deter sistemática violação à letra constitucional, já tão clara e precisa, que não ensejava dúvidas quanto ao alcance do preceito. Dentre os vários exemplos arrolados, um deles é a alteração do artigo 54, III, da Constituição do México, cuja reforma foi proposta, segundo esclarecia a própria iniciativa de reforma constitucional, “tão somente para imprimir maior clareza ao texto, a fim de evitar interpretações equivocadas de que foi objeto ao ser estabelecido o sistema”.⁶⁶ Observa o constitucionalista mexicano que, mudando palavras, o preceito restou tal qual era na redação anterior.

Regra de singular importância, particularmente no concernente à compreensão do papel dinâmico da interpretação constitucional, isto é, do seu papel como processo de mudança constitucional, é a indicada por Carlos Maximiliano:

as Constituições brasileiras posteriores que substituíram o termo *domicilio* por *casa* (Cf. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, “Comentários à Constituição Brasileira”, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1977, v. 3, págs. 87-8; Maximiliano, Carlos, “Comentários...”, ob. cit., pág. 704; Fontes de Miranda, F.C., “Comentários à Constituição de 1946”, São Paulo, Max Limonad, 1953, v. 9, pág. 206).

65. Cf. Linares Quintana, ob. cit., pág. XVIII. Menciona o Autor várias decisões consagradoras da regra, na Argentina. Cf., Também, Maximiliano, Carlos, “Comentários...”, ob. cit., pág. 103.

66. Cf. Carpizo, Jorge, ob. cit., págs. 47 e 51.

*“Quando a nova Constituição mantém, em alguns dos seus artigos, a mesma linguagem da antiga, presume-se que pretendeu não mudar a lei nesse particular e a outra continua em vigor, isto é, aplica-se à atual a interpretação aceita pela anterior”.*⁶⁷

Cabe mencionar que essa regra há de ser aceita dentro de certos limites, já que não é lícito desconhecer que as palavras mudam de sentido, absorvendo conceitos novos, situações novas, etc. Assim, se na Constituição se mesclam fatores históricos, políticos, sociais e econômicos, e se uma nova Constituição reflete ou deve refletir constante evolução desses fatores, tal evolução pode atingir, também, o vocábulo, modificando-lhe o sentido gramatical, ainda quando as palavras sejam as mesmas de uma Constituição anterior.

A extensão do voto feminino no Brasil pode exemplificar a questão.

A Constituição republicana de 1891, artigo 70, determinava que seriam *eleitores* os *cidadãos* maiores de 21 anos, e excluía, expressamente, em seus parágrafos, os mendigos, os analfabetos, as praças de pré, os religiosos e os inelegíveis.

Na interpretação doutrinária, jurisprudencial e legislativa desse texto, prevaleceu o entendimento de que além das “exclusões expressas, subsistia a das mulheres, visto não ter sido aprovada nenhuma das emendas que, na constituinte, lhe atribuíam o direito de voto político”. A *palavra-chave* para inferir-se tal interpretação foi o uso do vocábulo *cidadão* que abrangia, segundo se interpretou à época, somente o sexo masculino.⁶⁸

Porém, em 1932, sem que se alterasse a letra da Constituição, mantida em vigor pelo Decreto n. 19.398, de 11 de novembro de 1930, o voto feminino, por interpretação constitucional legislativa, foi consagrado.⁶⁹

67. Cf. “Comentários...”, ob. cit., pág. 105.

68. Cf. Barbalho, João, “A Constituição Federal Brasileira: comentários,” Rio de Janeiro, Typographia da Companhia Litho-Typographica, 1902, págs. 291. Veja-se, também, de Roure, Agenor, “A Constituinte Republicana”, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1920, v. 2, págs. 410 e segs. O Autor descreve o amplo debate travado em torno do tema, para concluir, discordando de Barbalho, que, pela “interpretação sistemática e mesmo histórica, a Constituinte deixara a solução à lei ordinária, desde que não usara a Constituição a expressão “cidadão do sexo masculino” (pág. 436).

69. Com efeito, o Código Eleitoral, aprovado pelo Decreto no. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, deu nova interpretação à letra constitucional. A evolução da compreensão do sentido do sufrágio universal, de um lado, e as pressões das campanhas feministas, de outro lado, conduziram o legislador a dar entendimento diverso à mesma expressão, dantes entendida restritivamente.

Reconheceu-o, a seguir, a Constituição Brasileira de 1934, expressamente.⁷⁰

Acrescente-se, por outro lado, que há palavras suscetíveis de mais de uma interpretação. Recomenda-se, na interpretação constitucional, que se “adote a interpretação mais consentânea com o aparente objetivo e intenção do constituinte”.⁷¹

O simples enunciado da regra permite afirmar que o intérprete, na medida em que pode optar por um dos significados de uma palavra equívoca, adotando um deles, confere à Constituição sentido concreto, determinado, vale dizer, escolhe um dos caminhos possíveis para concretizar a norma. Como essa interpretação pode ser feita em momentos distintos, diante de circunstâncias diversas, “o aparente objetivo e a intenção do constituinte” podem sofrer influência desses novos fatores. A interpretação gramatical, nesse caso, conduziria a uma mutação constitucional, emprestando ao seguimento da norma constitucional, sentido diferente do até então admitido.⁷²

É claro, porém, que a interpretação constitucional, enquanto aplica o método gramatical, tem alcance limitado, já que a letra expressa do texto, em que pesem as possíveis controvérsias, é critério bastante objetivo para conduzir a interpretação, deixando pequena margem para a atuação, por esse método interpretativo, da mutação constitucional.

b) A interpretação lógica

Identificar a *intenção do legislador constituinte*, indagar o que pretendeu dizer e alcançar, é objetivo do método de interpretação denominado *lógico*.⁷³

Pela interpretação lógica busca-se reconstruir o pensamento ou a intenção do constituinte de modo a alcançar, depois, a precisa vontade do texto constitucional.⁷⁴

70. Cf. artigo 108. Esse artigo substituiu a expressão *cidadãos* por *brasileiros* e acrescentou-lhes o qualificativo *de ambos os sexos*. Para exame aprofundado da questão cf. Pontes de Miranda, “Comentários...”, ob. cit., v. 3, pág. 357.

71. Veja-se Maximiliano, Carlos, “Comentários...”, ob. cit., pág. 108.

72. Carlos Maximiliano, ob. cit., pág. 101, pondera, ao analisar a regra: “a intenção dos Constituintes, demonstrada pelas palavras por eles proferidas, dentro ou fora do Congresso, é chave para interpretar o estatuto básico. Entretanto não a devem considerar insuperável obstáculo à exegese posterior, e de acordo com o texto. . .”.

73. V. Bonavides, Paulo, ob. cit., pág. 272. Refere-se, também, à interpretação lógica da Constituição; Chierchia, Pietro Merola, ob. cit., pág. 204.

74. Cf. Chierchia, Pietro Merola, ob. cit., pág. 204.

Três são os caminhos que, em geral, a doutrina segue para desenvolver a interpretação lógica: o *histórico*, o *teleológico* e o *sistemático*, segundo os quais, respectivamente, a norma é analisada quanto à sua formação e elaboração, ao fim que persegue e às suas relações com outras normas do mesmo ordenamento.⁷⁵

Algumas regras de interpretação constitucional, enunciadas por Carlos Maximiliano, demonstram o uso do método citado:

“VIII — O elemento histórico auxilia a exegese do Código básico, mantida a cautela de só atribuir aos debates no seio da Constituinte o valor relativo que se deve dar, em geral, aos trabalhos parlamentares”.

*“XV — Aplica-se à exegese constitucional o processo sistemático de Hermenêutica, e também, o teleológico, assegurado ao último a preponderância. Neste terreno consideram-se ainda de alta valia a jurisprudência, sobretudo a da Corte Suprema, os precedentes parlamentares, os fatores sociais e a apreciação do resultado, a Wertuteil, dos tedescos”.*⁷⁶

Que quis dizer o legislador constituinte? Que pretendeu ao preservar, no plano constitucional, determinado comportamento, fixar certo princípio, disciplinar determinada situação?

A pesquisa da intenção do constituinte pode voltar-se para os trabalhos preparatórios, exposição de motivos, debates nas assembléias constituintes. São esses os elementos que, segundo a corrente dogmática-jurídica, adepta do método lógico, avultam, quando se procura descobrir a *mens legis*; pode consistir na busca, pelo intérprete, da consciência jurídica popular através da própria consciência, segundo a escola da livre investigação do Direito, que também se posiciona nesse método, ou pode se voltar para a compreensão objetiva da vontade expressa da lei, e não propriamente para aquilo que, subjetivamente, pretendeu exprimir o constituinte, segundo a corrente histórico-evolutiva.⁷⁷

A indagação sobre a *intenção do legislador constituinte* assume relevo particular na interpretação constitucional, quer se trate de pesquisar e valorar as condições político-ideológicas que estão na origem da Constituição, quer se trate de verificar o sentido e a influência dos

75. Cf. Chierchia, Pietro Merola, ob. cit., pág. 216; também Li Bassi, ob. cit., págs. 40 e segs.

76. Cf. “Hermenêutica...”, ob. cit., págs. 310 e 314.

77. A explicação do método e das correntes que o adotaram, aqui exposta, é a desenvolvida por Paulo Bonavides, ob. cit., págs. 273 e segs.

princípios políticos traduzidos, no plano jurídico, pela Constituição, ou a *ratio* da norma constitucional.

A diferença entre a utilização do elemento histórico ou teleológico na interpretação constitucional e nas leis em geral reside em especial no fato de que, na interpretação constitucional, não se limita o intérprete a analisar o conteúdo aparentemente cristalizado na norma. Procuram-se, sobretudo, os substratos histórico, político, ideológico, que estão na origem da Constituição ou que defluem da norma, mas que não são totalmente captados ou traduzidos no plano normado. Nesta perspectiva, a análise interpretativa tem forte base subjetiva, ponto que torna o uso desse método muito vulnerável e criticável,⁷⁸ justificando-se a recomendação de cautela na utilização do mesmo.

Por outro lado, cabe observar que o recurso ao elemento histórico se faz sentir, com maior intensidade, nas Constituições recentes, tendendo a diminuir com o transcorrer dos tempos, quando a norma constitucional tem sua interpretação e aplicação sedimentadas pela doutrina, jurisprudência e legislação, o que não lhe retira o valor relativo de recurso interpretativo subsidiário e complementar.⁷⁹

Assuem, assim, os critérios histórico e teleológico, na interpretação constitucional, particular relevo, em razão da especificidade da matéria constitucional.

Por outro lado, a interpretação sistemática da Constituição apresenta características bem distintas e essenciais, no entender de Li Bassi⁸⁰ e de Chierchia.⁸¹

A Constituição, resultado da elaboração de um *poder constituinte* busca, no seu conjunto, firmar o ponto de encontro da vontade do povo acerca da forma institucional do Estado, dos princípios fundamentais que devem reger a sua vida política, econômica e social, parti-

78. Cf. Chierchia, Pietro Merola, ob. cit., págs. 219 e segs.

79. Cf. Li Bassi, ob. cit., pág. 43, notas 19 e 20. Menciona o Autor que a Corte Constitucional italiana, nas primeiras decisões proferidas a propósito da Constituição, atribuiu valor "subsidiário, complementar e confirmativo aos trabalhos parlamentares", mas que, no caso de algumas normas esse elemento tem importância especial, ainda nos dias presentes.

80. Cf. ob. cit., pág. 54. "O elemento lógico-sistemático é da máxima importância e por isso deve ser ressaltado", diz o Autor.

81. Cf. ob. cit., pág. 207. O Autor dedica monografia à interpretação sistemática da Constituição que, entende, deve ser analisada e considerada de modo particular. Para estudo aprofundado dessa modalidade de interpretação, bem como das espécies rotuladas de *histórica* e *teleológica* ver a obra de Chierchia, cit., bem como Bonavides, Paulo, "Direito constitucional", que dedica capítulo específico ao exame da *interpretação constitucional*.

cularmente no que diz respeito à atuação dos poderes políticos e à proteção dos direitos do homem.

As normas positivadas, que vão dar vida a tal *desideratum*, devem, necessariamente, ser desenvolvidas de forma encadeada, coordenada, coerente e lógica, um sistema de normas, enfim, que reflita uma realidade viva.⁸²

Por essa razão, afirma-se que se a interpretação sistemática é necessária e até mesmo indispensável para aclarar o sentido de qualquer norma jurídica, mais necessária ainda se apresenta na interpretação da Constituição que é, em si mesma, concebida, pelo legislador constituinte, como um *sistema* “baseado na concatenação lógica entre princípios e normas, na coerência entre o conteúdo das diversas proposições normativas nela encerradas e na coordenação destas com os fins perseguidos que não podem ser com elas incompatíveis”.⁸³

A utilização de quaisquer dos critérios interpretativos mencionados pode conduzir a mudanças constitucionais.

Exemplifique-se, transcrevendo trecho de acórdão relatado no Supremo Tribunal Federal do Brasil, pelo Ministro Espinola: “O uso do método teleológico — busca do fim — pode ensejar transformação do sentido e conteúdo que parece emergem da fórmula do texto, e também pode acarretar a inevitável consequência de, convencendo que tal fórmula traiu, realmente, a finalidade da lei, impor uma modificação do texto, que se terá de admitir com o máximo de circunspeção e de moderação, para dar estrita satisfação à imperiosa necessidade de atender ao fim social próprio da lei”.⁸⁴

82. Em voto proferido na Representação de Inconstitucionalidade n. 846-RJ, o Ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil, Antonio Neder, realça a interpretação sistemática da Constituição: “É o que em seguida será demonstrado pela interpretação *sistemática*, a mais racional e científica, e a que mais se harmoniza com o método do Direito Constitucional, exatamente a que *aproxima da realidade o intérprete*” (Cf. Brasil, Supremo Tribunal Federal, “Representações...”, ob. cit., v. 2, pág. 107).

83. Cf. Chierchia, Pietro Merola, ob. cit., págs. 268-9. O Autor entende que, no plano metodológico, este critério de interpretação constitucional se coloca em posição superior e prioritária em relação aos demais elementos interpretativos, pelo que o qualifica como “*um princípio particular da interpretação constitucional, que precede e condiciona todos os outros, enquanto fornece o critério para individualizá-los e verificá-los a aplicação*”. (n.g.)

84. *Apud* Silveira, Alípio, “Os métodos de interpretação da lei em nosso Supremo Tribunal”, R. For., Rio de Janeiro, 189: 18-42, 1960.

c) A interpretação analógica

Fala-se, também, em interpretação analógica da Constituição.⁸⁵

A analogia jurídica, lembra Chierchia, é um procedimento lógico mediante o qual o intérprete “atribui a um caso ou matéria que não encontra regulamentação expressa no ordenamento jurídico a mesma disciplina prevista pelo legislador para um caso ou matéria semelhante”.⁸⁶

A rigor, ensina Paulo Bonavides, não há interpretação analógica, mas sim um processo de integração por analogia.⁸⁷ Tratar-se-ia, tão somente, de um método de preenchimento de lacunas. A interpretação se contém nos limites da lei: quando ultrapassa a lei e se invocam institutos afins, não há interpretação, mas recurso à analogia. É a aplicação do brocardo *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*.

A analogia tem, assim, função integradora.⁸⁸

Admite-se a aplicação da analogia na interpretação da Constituição?

Duas correntes posicionam-se a respeito: uma, que entende pouco freqüente e rara tal aplicação, e outra que sustenta “larga aplicação da interpretação analógica no campo constitucional,” observa Chierchia.⁸⁹

Entre numerosos casos em que se recorreu à interpretação analógica, Carbone recorda um, repetido freqüentemente pelos constitucionalistas italianos. Trata-se da recomposição ministerial quando dissolvido o ministério por dissensões internas. A Constituição italiana não prevê a hipótese. Assim, nesses casos, tem-se adotado procedimento diferente do processo de recomposição ministerial nos períodos de crise, previsto constitucionalmente. Apresenta-se o Gabinete, já com nova composição, diante do Parlamento, para obter o voto de confiança.

O procedimento adotado, segundo Carbone, decorre, por analogia, do princípio da solidariedade do Gabinete e dos poderes atribuídos ao Presidente da República para escolher os ministros. Não afronta em nada o regime parlamentar, pois o Parlamento sempre poderá, a qualquer momento, dar voto de desconfiança ao novo Gabinete, de um lado, e de outro, não elimina o controle do Presidente da República na designação do futuro Presidente do Conselho.⁹⁰

85. Cf. Bonavides, Paulo, ob. cit., pág. 274; Chierchia, Pietro Merola, ob. cit., pág. 224; Carbone, Carmelo, ob. cit., pág. 42.

86. Ob. cit., pág. 237.

87. Ob. cit., pág. 274. Ver também Li Bassi, ob. cit., pág. 81, nota 12.

88. Cf. Bonavides, Paulo ob. cit., pág. 275.

89. Cf. ob. cit., pág. 238; na primeira corrente o Autor situa Pierandrei; na segunda Carbone.

90. Cf. Carbone, Carmelo, ob. cit., págs. 42-3.

Pressuposto da aplicação da analogia, na interpretação constitucional, é, pois, a existência de uma *lacuna constitucional*.

O preenchimento de lacunas constitucionais desencadeia assim a atuação de processos de mutação constitucional⁹¹

d) A interpretação evolutiva

Sem contrariar o texto literal da Constituição, admitem-se novos conteúdos ao mesmo, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais, que não estavam presentes na mente dos constituintes quando elaboraram a Constituição. Este o chamado *método evolutivo, interpretação evolutiva* ou *critério evolutivo* aplicado à interpretação constitucional.⁹²

Consente-se, por intermédio dessa interpretação, que o intérprete, a fim de adaptar o conteúdo do texto normativo a exigências práticas surgidas depois da emanação da própria norma, tenha uma atuação mais livre.

Ramón Real ilustra o método. Por interpretação constitucional, diante de um texto vago e genérico contido na Constituição do Uruguai de 1830, e vigente até 1919, concretizou-se, por lei, efetiva descentralização, atribuindo-se autonomia às municipalidades e aos departamentos, subtraindo-os da hierarquia da administração centralizada. Observe-se que a Constituição nada previa relativamente às municipalidades e departamentos.⁹³

A exigência de uma interpretação *evolutiva* foi expressamente reconhecida na Itália, pela Corte Constitucional, salienta Li Bassi.⁹⁴

Configura-se, também, como *evolutiva* a interpretação dada a uma norma formulada, na origem, com base em um conceito de conteúdo elástico ou indeterminado — assim, por exemplo, “*bons costumes, ordem pública, interesse público* — capazes de assumir con-

91. A questão das *lacunas constitucionais oferece particular interesse* no estudo do tema da mutação constitucional por via do costume. (cf. págs. 68 e segs.; e 147 e segs.).

92. Referem-se ao método, critério ou interpretação *evolutiva*, dentre outros, Bonavides, Paulo, ob. cit., pág. 273. (O constitucionalista toma-o como sinônimo do método histórico-teleológico); Chierchia, Pietro Merola, ob. cit., págs. 64 e segs., 103 e segs., 210 e segs.; Ramon Real, Alberto, “Los métodos de interpretación constitucional”, R. Dir. Públ., São Paulo, (53/54): 50-7, 1980; Li Bassi, Antonino Pensavecchio, ob. cit., págs. 62 e segs.

93. Ramón Real, Alberto, ob. cit., pág. 54.

94. Cf. ob. cit., págs. 63 e segs.

teúdo historicamente variável e de determinar, em consequência, variação na época de aplicação da norma".⁹⁵

A interpretação evolutiva, segundo Ramón Real, "mantida dentro de seus legítimos limites, enquanto não contraria os textos nem o sistema da Constituição, é indispensável para mantê-la viva e adaptada às necessidades do povo e do governo".⁹⁶

Dentre as regras de interpretação constitucional largamente assimiladas, figura uma que, se pode dizer, abriga ou embasa o método evolutivo.

Trata-se da regra enunciada por Linares Quintana nos termos seguintes:

*"A Constituição, enquanto instrumento de governo permanente, cuja flexibilidade e generalidade lhe permite adaptar-se a todos os tempos e circunstâncias, deve ser interpretada tendo-se em conta não apenas as condições e necessidades existentes no momento de sua elaboração, mas, também, as condições sociais, econômicas e políticas que existam ao tempo de sua interpretação e aplicação, de maneira que seja sempre possível o cabal cumprimento dos fins e propósitos que informam e orientam a lei fundamental do país".*⁹⁷

Ilustra a aplicação do método evolutivo à interpretação constitucional a regra enunciada por Carlos Maximiliano: *"A Constituição aplica-se aos casos modernos, não previstos pelos que a elaboraram"*.⁹⁸

e) A construção constitucional

Não poderia faltar, neste capítulo, breve referência à *construção constitucional*.⁹⁹

95. Cf. Chierchia, Pietro Merola, ob. cit., pág. 65. Recusa o Autor, vigorosamente, a possibilidade de, por interpretação evolutiva, criar-se norma *nova* (pág. 66). Admite, porém, que pela interpretação evolutiva, se possa revelar conteúdo da norma ainda não revelado: isto é, ao intérprete não cabe dar à norma *novo* conteúdo, conforme às exigências do momento, mas, apenas, adequar o significado e conteúdo *preexistente* na norma ao caso concreto. (pág. 72).

96. Cf. ob. cit., pág. 54.

97. Cf. "La constitución...", ob. cit., pág. 17. Embora com redação diferente, a mesma idéia está inserida na regra de número VIII, enunciada por Carlos Maximiliano, (Comentários...), ob. cit., pág. 104), cujos dizeres finais são os seguintes: "...A Constituição é a égide da paz, a garantia da ordem, sem a qual não há progresso nem liberdade. Forçoso se lhe torna acompanhar a evolução, adaptar-se às circunstâncias imprevistas, vitoriosa em todas as vicissitudes, porém aparentemente imutável".

98. Cf. "Comentários...", ob. cit., pág. 305.

99. Ver capítulo referente à interpretação constitucional judicial.

Na interpretação da Constituição, a doutrina e a jurisprudência americanas distinguem dois métodos ou técnicas: a *interpretação constitucional* e a *construção constitucional*.

Pela interpretação constitucional procura-se o sentido do texto, que resulta da sua letra, do conceito gramatical e lógico, e do confronto com outros dispositivos; trata-se da explanação, explicação, em termos inteligíveis e familiares, daquilo que se apresenta obscuro, ambíguo ou ininteligível. O intérprete detém-se, exclusivamente, em face do texto legal, cujo exato sentido se quer apreender. É, em suma, a aplicação dos métodos gramatical e lógico, em todos os desdobramentos, à interpretação constitucional.¹⁰⁰

O segundo método — o da construção constitucional — emprega, também, todos os critérios interpretativos mencionados: o lógico e o gramatical, e seus desdobramentos. Inclui, todavia, um critério extra-jurídico, ou metajurídico, de natureza política.¹⁰¹ A construção constitucional implica, assim, “confrontação de elementos quer intrínsecos, isto é, oferecidos pelo próprio texto, quer extrínsecos a este, a saber, princípios, valores e fatos a que é alheio, em sua letra, o texto aplicável”;¹⁰² o que o intérprete tem em vista, em última análise, “é adaptar o texto constitucional à realidade social ou à exigência do momento, no sentido de uma mais perfeita eficiência do regime instituído”.¹⁰³

Duas correntes se formaram a propósito da questão: uma entende tratar-se de dois métodos distintos;¹⁰⁴ outra considera a construção uma espécie da interpretação constitucional porque “na verdade toda *autêntica, verdadeira interpretação é construção*, pois o intérprete não pode jamais ater-se exclusivamente ao texto, à letra da lei, isolando-a de outras partes do ordenamento jurídico, dos princípios e valores superiores da justiça e da moral, da ordem natural das coisas, das constringências históricas, da evolução e das necessidades sociais, da vida, enfim”.¹⁰⁵

Não há porque diferenciá-las, como se fossem processos distintos. A interpretação constitucional é o gênero do qual ambas são espécies,

100. Cf. Oliveira Vianna, “Novos métodos de exegese constitucional”, R. For., Rio de Janeiro, 72:5-14, 1937; Teixeira, J.H. Meirelles, “Apostilas...”, ob. cit., págs. 18 e segs.

101. Cf. Oliveira Vianna, ob. cit., pág. 6.

102. Cf. Teixeira, J.H. Meirelles, ob. cit., pág. 19.

103. Cf. Oliveira Vianna, ob. cit., pág. 5.

104. Cf. Oliveira Vianna, ob. cit., pág. 5.

105. Cf. Teixeira, J.H. Meirelles, ob. cit., pág. 20.

que se distinguem particularmente pelos elementos ou critérios interpretativos que adotam e pelos resultados finais alcançados.

A construção constitucional é espécie da interpretação, como o é a interpretação lógico-sistemática, e se aproxima e por vezes até mesmo se identifica com a interpretação evolutiva¹⁰⁶.

Importa salientar que a interpretação construtiva, ao buscar ajustar as normas da Constituição à sociedade em evolução, à realidade, a uma situação ou comportamento não expressamente disciplinados pelo texto constitucional, representa um poderosíssimo veículo de mutação constitucional.

Por intermédio da *construction*, a Constituição dos Estados Unidos da América não se imobilizou, mas aderiu à evolução política e social e evoluiu com ela.¹⁰⁷

Algumas regras de interpretação constitucional enunciadas por Black, refletem em certa medida o caráter da *construction*. Vejam-se, exemplificativamente:

“Uma Constituição não deve ser interpretada mediante princípios estritos e técnicos, mas liberalmente, tendo-se em vista linhas gerais, de modo que ela possa alcançar os objetivos para os quais foi estabelecida, tornando efetivos os grandes princípios de governo.”

“Tudo quanto for necessário para tornar efetivo qualquer dispositivo constitucional — constitua ele proibição, restrição, ou uma concessão de poder — deve ser considerado implícito ou subentendido no próprio dispositivo”.

O caráter sintético e genérico das normas constitucionais exige do intérprete, mais do que apenas *descobrir* ou *revelar* o sentido da norma; exige que ele a adapte, ao aplicá-la, à multiplicidade, à complexidade dos casos concretos e da situação histórica presente.

106. Oliveira Vianna (ob. cit., pág. 6) lembra que, para os americanos, o processo *constutivo* é fundamentalmente *político*, enquanto a interpretação é, principalmente, *matéria de direito*. Concordamos que o uso do *elemento político* na construção é fundamental, porém a *construction* é processo jurídico de interpretação constitucional. A Constituição, já se disse, é uma lei; porém, é uma *lei* de conteúdo, natureza, finalidade e estrutura especiais, elementos que exigem, do intérprete, sensibilidade especial no uso dos métodos interpretativos, adaptando-os, revestindo-os de particularidade e atributos próprios que acompanhem a especificidade das normas constitucionais.

107. Cf., a propósito, o estudo de Paulo Bonavides, ob. cit., pág. 305 e segs., sobre a interpretação da Constituição na doutrina americana; ver também Rodrigues Leda Boechat, “A Corte Suprema e o direito constitucional americano”, Rio de Janeiro, Forense, 1958.

Ruy Barbosa captando magistralmente a importância da doutrina americana na interpretação constitucional, salienta-lhe a força de processo de mutação constitucional. Convém transcrever trecho de suas considerações a propósito:

“Se, pois, a Constituição debuxa somente a estrutura do organismo político, *the frame of a government*, se apenas delinea as instituições nos seus traços predominantes, bem se vê que à interpretação, exercida pelo governo e pela legislatura nos casos políticos, e desempenhada, nos casos judiciais, pelos tribunais, incumbe subentender as noções complementares, lançar, por construção lógica, entre as grandes linhas, o tecido conjuntivo, extrair das generalidades as especialidades, decompor cada síntese nos seus elementos, buscar no todo o significado indeciso das partes; elucidar por comparação as dificuldades ou insuficiências e, mediante os recursos da analogia suprir as lacunas inadmissíveis. ... Em cada Constituição, à luz do critério imposto aos seus hermeneutas e executores, lado a lado com as determinações textuais, se não de ter por existentes, como disposições inexpressas, todas as regras, todas as exigências, todos os corolários essenciais à realidade ativa de qualquer instituição ou direito, de qualquer autoridade ou prerrogativa de quaisquer jurisdições ou magistraturas consagradas nessa Constituição...”¹⁰⁸

f) Os métodos modernos da interpretação constitucional

Dentre os métodos de interpretação constitucional a doutrina contemporânea aponta os chamados métodos *modernos*, dos quais merecem menção, por sua particular conexão com o tema da mutação constitucional, o *método integrativo ou científico espiritual* e o *método interpretativo de concretização*, ambos clara e concisamente expostos por Paulo Bonavides.¹⁰⁹

108. Cf. Barbosa, Ruy, “Comentários à Constituição Federal Brasileira”, Coligidos e ordenados por Homero Pires, São Paulo, Saraiva, 1933, v. 2, pág. 477.

109. Cf. ob. cit., págs. 317 e seqs. Ver também Gomes Canotilho, José Joaquim, ob. cit., pág. 221. O Autor português refere-se ao *método de concretização* e adiciona o *método tópico*, do qual é adepto. Enumera algumas regras ou princípios de interpretação da Constituição. Relevantes, por exemplo, para a compreensão do seu trabalho, os princípios que menciona: *a medida da conformidade funcional*, segundo o qual, na operação de concretização da Constituição, não se deve permitir alteração da repartição de funções constitucionalmente estabelecidas (pág. 226); o *princípio da unidade da Constituição*, que significa que, se da Constituição se parte para fundar e manter a unidade política, na interpretação constitucional os critérios que favoreçam tal unidade devem ter preferência (pág. 223); o *princípio da concordância prática ou da harmoni-*

Convém resumir algumas passagens.

O traço principal do método integrativo consiste numa atitude profundamente crítica com respeito ao conteúdo da Constituição, apreciada globalmente, em seus aspectos teleológicos e materiais, que servem de critério para o trabalho de interpretação.

O intérprete da Constituição prende-se, acima de tudo, à realidade da vida, à *concretitude* da existência, compreendida esta sobretudo pelo que tem de espiritual, como processo unificador e renovador da própria realidade, submetida à lei de sua integração".¹¹⁰

O método interpretativo de concretização considera a interpretação constitucional "uma concretização, admitindo que o intérprete, onde houver obscuridade, determine o conteúdo material da Constituição", de forma tal que o teor da norma só se concretiza ou só se completa no ato de interpretação da Constituição independentemente de problemas concretos, o que torna impossível a formulação de construções abstratas, do mesmo modo que se torna inviável explicar-se a Constituição pela fundamentação lógica e clássica dos silogismos jurídicos.

Esse meio de interpretação permite amoldar a Constituição às realidades sociais mais vivas, recorrendo-se inclusive a fatores extra-constitucionais.

Daí as severas críticas que lhe faz a doutrina constitucional, apontadas por Bonavides, visto como a valoração excessiva da realidade, própria do método, desprezando os aspectos formais da Constituição, o princípio de supremacia e da rigidez constitucional, acaba por abalar, de forma inegável, o prestígio da Lei Maior.¹¹¹

4.3. *Os métodos interpretativos e a mutação constitucional*

Em que medida os métodos, resumidamente expostos, influem na configuração da interpretação constitucional como processo de mutação constitucional?

É possível extrair, sinteticamente, a resposta a esta indagação a partir da análise percuciente de Paulo Bonavides, no tocante aos vários posicionamentos doutrinários em torno da interpretação constitucional.

zação segundo o qual, na colisão entre vários direitos fundamentais, deve o intérprete lograr harmonização ou concordância prática entre eles e não *hierarquizá-los* (pág. 224, n.g.). Observe-se que o Autor não anula, por inteiro, a validade das regras tradicionais de hermenêutica clássica, que considera "simples pontos de vista, de alguma utilidade para a discussão e resolução do problema concreto, mas manifestamente insuficientes para fundamentar a decisão" (pág. 231).

110. Cf. Bonavides, Paulo, ob. cit., págs. 320 e segs.

111. Cf. Bonavides, Paulo, ob. cit., pág. 320, nota 114.

Registra o constitucionalista cearense que a interpretação *clássica* da Constituição, tomada esta em sua acepção jurídica, predisponha o jurista à busca da vontade da Constituição, vontade da lei. Não “sondava o intérprete o campo das forças extraconstitucionais porque esse campo não existia no sentido que tomou com a sociedade industrial, a sociedade de massas. De modo que toda a sua tarefa de percepção do sentido da norma se movia no interior da própria norma, bem como de uma exegese que, ainda que alargada às possibilidades derradeiras, resultantes do emprego conjugado dos elementos interpretativos clássicos”, não excedia a esfera positiva da Constituição.

“Vivia-se a idade de ouro das Constituições normativas, do formalismo jurídico, profundamente característico do Estado de Direito do século XIX. Por onde veio a resultar um Direito Constitucional fechado, sólido, estável, mais jurídico que político, mais técnico do que ideológico, mais científico que filosófico. Um Direito Constitucional compacto, sistemático, lógico, que não conhecia crises, nem se expunha às tensões e às graves tormentas provocadas pelo debate ideológico da idade contemporânea.”¹¹²

Os constitucionalistas, acrescenta, perfilhavam então um método interpretativo que em seu entender os colocava à distância dos valores ideológicos, acima de posições valorativas, mas que, todavia, “exprimiam uma perfeita adequação ao Estado de Direito na concepção liberal”.¹¹³ Como exemplo da aplicação desse método lembra a interpretação da Constituição na doutrina americana, salientando as regras de interpretação constitucional extraídas por Joseph Story *ex-directo* do texto da Lei Suprema¹¹⁴ e a *doutrina dos poderes implícitos*, segundo a qual, por via interpretativa, a escola clássica do constitucionalismo americano erigiu a célebre doutrina em um dos cânones que permitiram à Carta de Filadélfia sua assombrosa plasticidade e longevidade.¹¹⁵

Referindo-se, em seguida, à moderna interpretação da Constituição que, segundo esclarece, busca não mais a vontade do legislador ou da lei, mas, sim, o “sentido mais profundo das Constituições como instrumentos destinados a estabelecer a adequação rigorosa do Direito com a Sociedade; do Estado com a legitimidade que lhe serve de fundamento; da ordem governativa com os valores, as exigências, as neces-

112. Cf. “Direito constitucional”, ob. cit., págs. 301-2.

113. Cf. Paulo Bonavides, ob. cit., pág. 304.

114. Bonavides, Paulo, ob. cit., pág. 310.

115. Idem supra, pág. 311.

116. Cf. Bonavides, Paulo, ob. cit., págs. 317-21.

sidades do meio social”, cita o professor da Universidade do Ceará os dois métodos modernos interpretativos, já mencionados: método integrativo ou científico espiritual e o método concretista. O primeiro desenvolvido por juristas alemães, tendo à frente Rudolf Smend, que vê na “Constituição um conjunto de distintos fatores integrativos, com distintos graus de legitimidade”, valendo observar que, por este método a Constituição deve ser interpretada como um todo, em seus aspectos teleológicos e materiais, e não meramente formais como queria a doutrina clássica. A Constituição, em consequência, torna-se mais *política* do que *jurídica*, e mais amoldável às realidades sociais¹¹⁶ O método interpretativo de concretização revela considerável renovação metodológica, no exame da matéria constitucional, ocorrida neste século.

O método concretista, registra Bonavides, “gravita ao redor de três elementos básicos: a *norma* que se vai concretizar, a *compreensão prévia* do intérprete e o *problema* concreto a resolver”.¹¹⁷

O breve resumo da exposição de Paulo Bonavides revela a posição dos métodos clássicos e dos métodos modernos relativamente à compreensão do papel da interpretação constitucional enquanto processo de mutação constitucional.

Cabe mencionar, neste passo, o entendimento de alguns autores que também se debruçaram sobre a matéria.

Gomes Canotilho ao tratar da interpretação constitucional reconhece a proclamada “luta das teorias da interpretação jurídica”, que se resume, em última análise, em saber se o “último escopo da interpretação da Constituição é determinado e fixado através da vontade do legislador constituinte histórico (teoria subjetivista) ou, se, pelo contrário, a Constituição tem autonomia em si mesma, nas suas palavras, permitindo, assim, falar-se de uma “vontade da Constituição”, independente do pensamento e do querer do constituinte histórico (teoria objetivista)”¹¹⁸, para concluir que, não sendo a Constituição um simples estatuto jurídico, mas sim, um *estatuto do político*, a *postura metodológica constitucional* é fortemente influenciada pela carga de política.

O citado Autor, partidário do método interpretativo de concretização, ao assinalar o *fim* da interpretação, diz que não se trata de procurar a “vontade do legislador constituinte ou da lei constitucional” mas, sim, de se saber “como *concretizar* a Constituição nos casos em que esta não estabelece diretivas inequívocas, antes se limitando à

117. Idem supra, págs. 321-4.

118. Cf. Gomes Canotilho, José Joaquim, ob. cit., pág. 204.

fixação de *pontos de partida*, indeterminados e incompletos”. Daí, a dimensão criadora da concretização.¹¹⁹

Tamayo y Salmorán assinala que os “métodos de interpretação representam apenas alguns possíveis significados da norma” e acrescenta: “Assim, por exemplo, o órgão aplicador pode, por um lado, escolher qualquer das possíveis significações do material jurídico considerado; pode ater-se à letra em que se encontra formulado o direito (documento constitucional) ou buscar a vontade do órgão criador (constituente); pode decidir por, alguns dos sentidos autênticos do texto constitucional, pode optar por integrar a lacuna constitucional de alguma maneira possível (por exemplo, mediante a analogia, o argumento a contrário, etc.). A maior ou menor indeterminação do ato condicionante (no caso, a Constituição) vai-se concretizando ou individualizando mediante atos de aplicação que completam progressivamente a ordem jurídica que a Constituição inicia.”¹²⁰

Diante das considerações expostas é possível afirmar que todos os métodos interpretativos examinados, cada qual dentro dos seus contornos e considerados os limites em que atuam, podem ensejar mudanças constitucionais, em maior ou menor amplitude. Assim, por exemplo, o método gramatical permite mutação constitucional porque o sentido de determinado vocábulo se modifica; igualmente, o método evolutivo, porque acompanha a alteração de valores e fins inspiradores das disposições constitucionais; e os métodos modernos, visto conferirem ao intérprete liberdade maior na aplicação da norma.

5. *Espécies da interpretação constitucional*

Em regra a aplicação da Constituição é atribuída a certos e determinados órgãos, de modo claro e específico. A esses cabe, pois, direta ou primariamente, ou de modo indireto, aplicar a norma constitucional, desdobrando-a ou completando e desenvolvendo o sistema por ela fixado, ou, ainda, imprimindo-lhe atuação efetiva. O desdobramento legislativo de princípios constitucionais, a decisão judicial que aplica o texto constitucional, são exemplos de atos destinados a aplicar a Constituição.

Essa modalidade de interpretação costuma ser definida pela doutrina como *interpretação constitucional orgânica*, porque realizada por órgão

119. Cf. Gomes Canotilho, José Joaquim, ob. cit., págs. 220-1.

120. Cf. Tamayo Y Salmorán, Rolando, ob. cit., págs. 153-5.

que retira, direta ou indiretamente, da própria Constituição, força para aplicá-la.¹²¹

São espécies da interpretação orgânica a interpretação constitucional legislativa, a judicial e a administrativa.

Os órgãos Legislativo, Judiciário e Executivo participam da função constitucional interpretativa de “modo e com intensidade diversa, embora sujeitos aos mesmos princípios; e essa atividade, ainda que explicável substancialmente pelo mesmo procedimento, assume características distintas, conforme a natureza da respectiva função”.¹²²

Todavia, a interpretação constitucional não é monopólio exclusivo dos órgãos que a aplicam. Vale dizer que há espécies de interpretação constitucional que não têm por meta imediata a aplicação concreta da Constituição, ou que, em outras palavras, não é desenvolvida por órgãos que têm por finalidade aplicar a Constituição.

O intérprete, nesse caso, não visa a aplicar a Constituição que interpreta; conseqüentemente, sua interpretação não redundará em atos de aplicação constitucional, mas esgota-se em si mesma: visa, apenas, a dar a significação do texto constitucional.

Dessa modalidade de interpretação é a interpretação constitucional doutrinária¹²³, desenvolvida pela ciência jurídica e pelos juristas. Esta a interpretação dita *não orgânica*.

A doutrina costuma acrescentar, a essa modalidade de interpretação, duas outras: a interpretação constitucional *autêntica* e a chamada interpretação *popular*. Ambas têm caráter misto: são desenvolvidas por órgãos, porém não visam a aplicação da Constituição¹²⁴ ou não são desenvolvidas por órgãos e visam a aplicação da Constituição, pelo que não integram nem a categoria de interpretação constitucional orgânica, nem a não orgânica.

A diversificação dos tipos de interpretação constitucional assume relevo particular no tocante às conseqüências ou resultados da operação interpretativa e seu caráter, impositivo ou não, aspectos que serão examinados nas seções seguintes.

121. Refere-se à interpretação orgânica Tamayo y Salmorán, Rolando, ob. cit., págs. 144 e segs.

122. Cf. Li Bassi, ob. cit., págs. 124-5.

123. Cf. Tamayo y Salmorán, Rolando, ob. cit., pág. 156.

124. A interpretação constitucional *autêntica* busca a reforma da Constituição; e a interpretação *popular*, em regra, visa a alterar entendimento dado à norma constitucional ou a alterar a própria norma constitucional.

6. Características da interpretação constitucional como processo de mutação constitucional

Nesta seção foram expostas noções gerais sobre a interpretação constitucional. Em algumas passagens ressaltaram-se já, por antecipação, algumas das características que permitem, desde logo, perceber o papel do processo de mutação constitucional desempenhado pela interpretação constitucional, nas suas várias modalidades.

Para arrematar, convém resumir, em breves linhas, alguns traços comuns da interpretação constitucional enquanto processo de mutação constitucional: a noção da interpretação constitucional como processo de mutação constitucional, os casos que mais freqüentemente ilustram essa função da interpretação constitucional, os fatores que a determinam, a sua importância dentre os processos de mutação constitucional e os perigos e as distorções que o abuso, ou a falta de controle no uso desse processo, podem acarretar.

Este o tema do item a seguir examinado.

a) A interpretação constitucional enquanto processo de mutação constitucional; noção e importância

Dentre os processos de mutação constitucional a doutrina aponta, de modo constante e uniforme, a interpretação constitucional.¹²⁵

125. Cf. seções e itens anteriores. Ver também, dentre outros: Bonavides, Paulo, ob. cit., págs. 253 e segs.; Carpizo, Jorge & Fix-Zamudio, Héctor, ob. cit., págs. 46 e 58 (a interpretação, diz Fix-Zamudio, “é um dos caminhos para adequar a norma à realidade, é um esforço para que as normas não sejam esvaziadas ante os constantes golpes da vida” e repete a frase dita por Jorge I: “Realmente, sob vários pontos de vista, o verdadeiro legislador é o intérprete, e não aquele que primeiramente escreveu ou elaborou a lei”, pág. 46); Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, “Curso...”, ob. cit., pág. 139; Pacheco, Cláudio, “Tratado das Constituintes Brasileiras”, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1958, v. 1, pág. 48; Pinto Ferreira, Luís, “Da constituição”, pág. 100, e “Princípios gerais...”, pág. 159; Melo Franco, Afonso Arinos, “Direito...”, ob. cit., pág. 116; Wheare, Karl, ob. cit., pág. 67; Biscaretti di Ruffia, Paolo, “Derecho...”, ob. cit., pág. 284; Andueza Acuña, José Guillermo, ob. cit., pág. 15; Limón Rojas, Miguel, ob. cit., págs. 46 e 74. Observe-se que há autores que não admitem a *mutação constitucional* por via de qualquer processo, salvo a reforma constitucional. Ver a propósito Li Bassi, Antonino Pensavecchio, ob. cit., págs. 105-6. A Constituição rígida, diz o autor, só pode ser alterada pela revisão constitucional (mudança formal). Porém cabe notar que, em nota de rodapé, o autor admite *certo papel normativo* do intérprete, por causa das normas programáticas ou diretivas. Nesse caso, a inter-

Quando ocorre o fenômeno da mutação constitucional por via da interpretação constitucional? Ou, em outras palavras, quando a interpretação constitucional configura processo de mutação constitucional?

Sempre que se atribui à Constituição sentido novo; quando, na aplicação, a norma constitucional tem caráter mais abrangente, alcançando situações dantes não contempladas por ela ou comportamentos ou fatos não considerados anteriormente disciplinados por ela; sempre

pretação “enriquece, integra e em certa medida, inova, dando à interpretação uma atividade normativa, com caráter de integração” (n.g.). Gomes Canotilho, José Joaquim, ob. cit., págs. 211, 250-1, não admite *mutações constitucionais* por via interpretativa, mas admite *mudança de sentido* das normas constitucionais, provocadas pela evolução da realidade constitucional, desde que não contrariem os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da Constituição (n.g.). Parece que estamos diante de um problema terminológico; ou seja, qual o significado de *mutação constitucional*? Mudar sentido das normas constitucionais é um dos conteúdos da *mutação constitucional*, tal qual conceituada no Título I. Assim, parece que o autor nega o caráter de processo de mutação à interpretação constitucional por entender a *mutação constitucional* como processo de *deformação constitucional*, quer pela alteração da letra, quer pela alteração do sentido. Em substância, pois, parece não haver divergência entre o posicionamento do autor e o nosso; a divergência está na terminologia e na conceituação de *mutação constitucional*. José Afonso da Silva (v. “aplicabilidade...”, ob. cit., págs. 215-6), referindo-se às leis complementares como leis integrativas da Constituição Brasileira, lembra não poderem elas “mudar o sentido da Constituição”, o que constituiria “*mutação constitucional* por via indireta”. Também aqui o constitucionalista pátrio parece tomar o termo *mutação constitucional* como deformação ou mudança de conteúdo e sentido, contrários à Constituição. Observe-se, por cabível, que a noção de *mutação constitucional* adotada nesta obra, repele *mudanças inconstitucionais*, quer na letra, quer no conteúdo ou no sentido da Constituição. Ver também Chierchia, Pietro Merola, ob. cit., págs. 117 e segs. e 125. Tratando da *teoria evolutiva* da interpretação constitucional, o autor entende que a mesma *amplia* a esfera de atividade do intérprete, sendo menos uma atividade jurídica e mais uma atividade política e que, nesta perspectiva, deixa de ser mero método interpretativo para se transformar em meio de *modificação* da Constituição, contrariando as técnicas formais de reforma de uma Constituição rígida. Cita o autor vários juristas que salientam o fenômeno (ob. cit., pág. 125). Em contraposição, entendemos que se *ampliação* for admitida ou não contrariar a Constituição — e há inegavelmente interpretações que ampliam o alcance da Constituição sem contrariar a letra ou o conteúdo da norma — trata-se de *mutação constitucional*, com as características apontadas. Cite-se, a propósito Lópes Valadez, Francisco (“La interpretación judicial de la Constitución”, in: Instituto de Investigaciones Jurídicas, “Los cambios...”, ob. cit., pág. 45), que esclarece: “as expressões podem ter vários significados, a adoção de um deles não implica reforma da Constituição, mas simples modificação do critério dos órgãos de interpretação”. Essa mudança de sentido, conforme nossa conceituação, implica *mutação constitucional*, pois repercute na dinâmica constitucional, imprimindo novos rumos à aplicação da Constituição e, como é óbvio, novo entendimento à norma constitucional efetivamente aplicada.

que, ao significado da norma constitucional, se atribui novo conteúdo, em todas essas situações se está diante do fenômeno da *mutação constitucional*. Se essa mudança de sentido, alteração de significado, maior abrangência da norma constitucional são produzidas por via da interpretação constitucional, então se pode afirmar que a interpretação constitucional assumiu o papel de processo de mutação constitucional.

Em resumo, ocorre mutação constitucional por via da interpretação constitucional quando, por esse processo, se altera o significado, o sentido ou o alcance do texto constitucional, sem que haja modificação na letra da Constituição.

Com propriedade, demonstra Paulo Bonavides o caráter de processo de mutação constitucional atribuído à interpretação constitucional:

“O emprego de novos métodos da hermenêutica jurídica tradicional fez possível uma considerável e silenciosa mudança de sentido das normas constitucionais, sem necessidade de substituí-las expressamente ou sequer alterá-las pelas vias formais de emenda constitucional”.

E, acrescenta o constitucionalista cearense:

“Excluída a via excepcional do golpe de Estado ou do apelo extremo aos recursos revolucionários, a ordem constitucional, quando se lhe depara o imperativo de renovação a que se acha sujeita, pode perfeitamente atender essa necessidade por três caminhos *normais*: o estabelecimento de uma nova Constituição, a revisão formal do texto vigente e o *recurso aos meios interpretativos*”. Mais adiante, conclui: “mediante o emprego dos instrumentos de interpretação logram-se surpreendentes resultados de *alteração* do sentido das regras constitucionais sem que todavia se faça mister modificá-lhes o respectivo teor”.¹²⁶

Com igual veemência registra Pinto Ferreira: “muito se desenvolve e *modifica* a Constituição mediante a influência da interpretação constitucional, bastando citar, entre nós, a manifestação de Ruy Barbosa: “Ninguém ignora o papel da interpretação judiciária na evolução do direito escrito. Sobre a letra, fixada nos textos, passa a autoridade dos arestos, que os filtra, os decompõe, os alui. O Juiz, pela sua colaboração contínua, exerce uma função de cooperador e modificador na obra legislativa. A jurisprudência, obra sua, altera insensivelmente o direito positivo”.¹²⁷

126. Cf. “Direito constitucional”, ob. cit., pág. 293-4.

127. Cf. Pinto Ferreira, Luis, ob. cit., pág. 159. Embora a menção do jurista se restrinja à modalidade de interpretação judicial, as características apontadas alcançam as demais modalidades de interpretação constitucional.

A mutação constitucional por via interpretativa não atinge a letra da Constituição; também, não altera o conteúdo positivado expressamente na norma constitucional. Apanha, porém, o significado, o sentido ou o alcance das disposições constitucionais.

A mudança da letra do texto constitucional, nas Constituições rígidas, somente se admite, quando decorrente de reforma, mediante processo previsto na própria Constituição.

Partindo-se do pressuposto de que a Constituição rígida tem sua supremacia assegurada por controle de constitucionalidade, toda mudança da letra constitucional, por processo que desborda o previsto no texto, não prevalece, por inconstitucional.¹²⁸

Marshall dizia que o *espírito* da Constituição não deve ser respeitado menos do que a letra, salienta Murphy¹²⁹.

Mas, para que o *espírito* da Constituição seja limite para o intérprete é importante que ele deflua claramente do texto constitucional.

Tarefa extremamente árdua é buscar definir o *espírito* da Constituição. Alguns estudos e trabalhos se dedicam ao tema.¹³⁰

Cabe observar, todavia, como medida de cautela, que não se pode, a pretexto de respeitar o *espírito* da Constituição, imobilizar-lhe o significado, o alcance, torná-la estática, inadequada ao presente ou impermeável a inovações futuras.

A mutação constitucional por via interpretativa é claramente perceptível numa das situações seguintes: a) quando há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentado-se-lhe, assim, a abrangência para que passe a alcançar novas realidades; b) quando se imprime sentido determinado e concreto ao texto constitucional; c) quando se modifica interpretação anterior e se lhe imprime novo sentido, atendendo à evolução da realidade constitucional; d) quando há adaptação

128. Observe-se que, onde existe o controle, mas este é ineficaz, é possível supor as subsistência, na prática constitucional, de *mudanças formais inconstitucionais*, ou seja, as chamadas *mutações inconstitucionais*, que serão objeto de sucinto exame ao final deste trabalho.

129. Cf. Murphy, Walter F., ob. cit., pág. 195. A referência ao *espírito* da Constituição, como limitação à tarefa do intérprete, e conseqüentemente como fator que influi na configuração da interpretação como processo de mutação constitucional, é freqüente nas decisões jurisprudenciais norte-americanas, salienta o Autor (págs. 194 e segs.); no entanto, acrescenta, embora se costume considerar o espírito da Constituição como limite à interpretação, ninguém se ocupa do problema de *como* descobrir esse *espírito*.

130. Por exemplo, Maximiliano, Carlos ob. cit.; ver também Bittencourt, C.A. Lúcio, "O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis", 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1958, págs. 53-4.

do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição; e) quando há adaptação do texto constitucional para atender exigências do momento da aplicação constitucional; f) quando se preenche, por via interpretativa, lacunas do texto constitucional.

A enumeração não é exaustiva, pois outros casos poderão refletir mutação constitucional por via interpretativa.

Fixada, em linhas gerais, a caracterização da interpretação constitucional enquanto processo de mutação constitucional, cabe acentuar, diante de quanto foi exposto, que a interpretação constitucional representa importantíssimo instrumento ou meio de mutação constitucional.

Uma Constituição existe, realmente, quando é aplicada e cumprida e, para tanto, não pode se afastar da realidade.¹³¹

O meio mais seguro, sem dúvida, para manter a Constituição como permanente reflexo da realidade é a emenda formal; o texto formal da Constituição capta o momento, as circunstâncias presentes à época da elaboração; se estas mudam, se os tempos mudam, as Constituições também devem mudar.

Porém, nem sempre as reformas constitucionais podem ocorrer com a frequência desejável ou necessária. Por outro lado, nem sempre as mudanças são substanciais, a ponto de exigirem novo texto constitucional.

Daí o recurso a outros meios, entre os quais a interpretação constitucional.

Acentua Loewenstein: “Uma Constituição é tanto melhor, quanto com mais facilidade permite efetuar modificações na estrutura social, sem modificações da mecânica do processo político”.¹³²

A doutrina, já mencionada, demonstra, à evidência, que não é possível ignorar o relevante papel desenvolvido por outros processos nas mudanças constitucionais, dentre os quais avulta a interpretação constitucional.

Mesmo nos Estados que utilizam com frequência (por vezes até alarmante) a reforma ou emenda formal à Constituição (como ocorre na América Central e do Sul, afirma Wheare), o recurso à interpretação constitucional, como processo de mutação constitucional, é inegável e necessário.¹³³

131. Loewenstein, Karl, ob. cit., pág. 164.

132. Ob. cit., pág. 199.

133. Cf. “modern constitutions”, ob. cit., págs. 77-8.

A Constituição não é como qualquer outra lei que, boa ou má, tendo deixado de corresponder às necessidades do momento, pode ser modificada sem grandes dificuldades. As classes sociais, os grupos de pressão, os interessados, sempre encontram veículo adequado para acolher suas reivindicações, a tempo e a hora.¹³⁴ A reforma constitucional, contudo, configura problema mais complexo, particularmente se se considerar a matéria de natureza constitucional propriamente dita, isto é, aquela referente à organização do poder, atribuição de competências, e aos direitos individuais. Essa matéria constitucional não é facilmente identificada pelo povo. Há, mesmo, na maior parte dos Estados, um como que distanciamento do povo relativamente a essas questões.¹³⁵ Somente as forças políticas, comprometidas com tendências determinadas, se interessam por elas.

Assim, as reformas constitucionais substanciais não se produzem, ainda que necessárias.¹³⁶

E é exatamente com relação a essa matéria que a interpretação constitucional irá atuar com maior intensidade, no sentido de adaptar a norma à nova realidade social, política, econômica, etc.

b) Fatores que influem na interpretação como processo de mutação

Dentro da perspectiva de análise da interpretação constitucional como processo de mutação constitucional, é possível afirmar-se que alguns fatores ressaltados na configuração das linhas mestras da interpretação constitucional influem, de modo particular e relevante, na

134. Veja-se, por exemplo, no Brasil, o caso da contagem recíproca de tempo de serviço privado e público para fins de aposentadoria. Campanha movida nesse sentido, amparada pelos órgãos de imprensa e associações de classe, logrou obter o resultado desejado, através da edição de lei federal, leis estaduais e leis municipais.

135. Cf. Wheare, Karl, C., ob. cit., págs. 77-8; também Loewenstein, Karl, ob. cit., págs. 226-7. Refere-se o Autor à "erosão da consciência constitucional" e afirma que o direito constitucional se tornou, para o leigo, uma *ciência oculta*; seu conhecimento é reservado a uma minoria de juristas profissionais, na prática e na burocracia governamental; as decisões políticas conformadoras cabem aos políticos; para sua execução são chamados os técnicos e especialistas, "o povo perdeu o interesse pela Constituição".

136. Cabe observar que as Constituições contemporâneas incluem, por outro lado, grande número de matérias que não são rigorosamente constitucionais, matérias às quais, todavia, desejam os constituintes conferir maior estabilidade, em razão de consenso popular, conveniência política, etc. É o caso, por exemplo, das normas sobre funcionalismo público, no Brasil. Neste particular, as normas constitucionais sofrem pressão mais forte no sentido de mudança; as reformas se sucedem rápida e frequentemente.

caracterização dessa como processo de mutação constitucional. Cabe acentuá-los.

— *O caráter sintético, genérico e esquemático das normas constitucionais.*

Em razão do apontado caráter das normas constitucionais, deixa o texto constitucional grande margem de ação aos processos de integração constitucional, quer quanto aos meios, quer quanto à atribuição de significado concreto a conceitos, termos e institutos abrigados pelo texto. Quanto mais sintéticas as normas, mais amplos e variados os conteúdos que podem abrigar, mais numerosos os sentidos e significados que lhes podem ser atribuídos.

— *A linguagem do texto constitucional, eivada de termos sem significação definida, vagos, equívocos, que abrigam conceitos elásticos, que evoluem com o tempo e que condicionam a interpretação.*

Por outro lado, o sentido dos vocábulos liga-se às conjunturas históricas, políticas e sociais, em constante evolução. Como as normas constitucionais, por natureza, gozam de estabilidade maior, é de se admitir que serão aplicadas em situações e circunstâncias históricas muito diferentes daquelas contemporâneas à sua elaboração; daí a necessidade de adaptação do significado da linguagem ao momento da interpretação e aplicação da norma.

— *A constituição não se apresenta, na realidade, imune a lacunas e obscuridades.*

A interpretação constitucional não pode se furtar a enfrentar o problema. O intérprete, no preenchimento de lacunas, ou ao tentar clarificar obscuridades, ainda que informado por critérios objetivos, está atribuindo alcance e significado não previstos, ou imprecisamente previstos, ao texto constitucional.

— *As diferentes categorias de normas constitucionais, que particularizam o seu conteúdo* — especialmente as normas programáticas e as de eficácia contida —, e que deixam grande margem de discricionariedade para a atuação do intérprete, constituem fator de inegável influência na utilização da interpretação como processo de mutação constitucional.

— *Os diferentes métodos interpretativos* examinados, na medida em que buscam adaptar a Constituição à realidade, de modo a torná-la um documento vivo, efetivamente cumprido, representam importante fator no desencadeamento da função de processo de mutação desempenhada pela interpretação constitucional.

— *O conteúdo político* ou a *natureza política* das normas constitucionais, apontado como elemento específico da interpretação constitucional, situa-se, sem dúvida, entre os fatores que emprestam a essa atividade, relevante papel de mudança constitucional.

O tema já foi desenvolvido em linhas anteriores. Por ora, basta lembrar que a Constituição é, em regra, conforme já se mencionou, um instrumento de compromisso entre concepções políticas que estão à base de sua elaboração e que, com o correr dos tempos, vão se sedimentando, umas com predomínio sobre outras. A identificação da corrente política dominante à época da interpretação e aplicação constitucional sofre as variantes desse predomínio. Conseqüentemente, não é de se estranhar se, por via de interpretação, em qualquer de suas modalidades, o significado concreto atribuído às normas e princípios que consagram tais concepções difira do obtido pela interpretação dada às mesmas normas, no primeiro momento de sua aplicação constitucional.¹³⁷

c) Os perigos de interpretação como processo de mutação constitucional

A interpretação constitucional, como processo de mutação constitucional, é fenômeno necessário e inerente à realidade constitucional.

Não resta dúvida, diz Paulo Bonavides, que “interpretar a Constituição é muito mais do que fazer-lhe claro o sentido: é *sobretudo atualizá-la*”.¹³⁸

Quanto mais elástico for o processo interpretativo, tanto maiores, porém, os perigos de frustração ou desvirtuamento do texto constitucional e de distorções dos princípios fundamentais que embasam o documento constitucional.

A quebra e a decomposição da juridicidade da Constituição, decorrentes desses fatores, levam, por essa via, “a uma legitimidade fácil e desimpedida do poder” e à “perda da função estabilizadora da Constituição” quando não à sua destruição como lei.¹³⁹

137. Cf., a esse respeito, Li Bassi, ob. cit., págs. 77 e segs.; Bonavides, Paulo, ob. cit., pág. 326.

138. Cf. ob. cit., pág. 324 (n.g.).

139. Cf. Bonavides, Paulo, ob. cit., pág. 326.

Daí os riscos da interpretação constitucional, quando, acima de qualquer outra função ou finalidade, se volta, unicamente, para a adequação da Lei Fundamental à realidade social, cambiante e mutável.

Tais riscos são apropriadamente demonstrados pela doutrina.¹⁴⁰

Não devem ser tomados, contudo, como razão suficiente para que se afaste a introdução das mudanças constitucionais por via da interpretação. Antes, devem ser ponderados e absorvidos pelos mecanismos de controle de constitucionalidade que, por igual, devem evoluir de modo a assegurar, eficazmente, a certeza e a supremacia da Constituição.

140. Cf. Murphy, Walter F., ob. cit., pág. 225. Ver também Bonavides, Paulo, ob. cit., págs. 324 e segs. O constitucionalista cearense, aponta os riscos advindos da atribuição do papel de mutação constitucional à interpretação, que por vezes "sacrifica a *juridicidade* das Constituições para não raro cair exatamente no extremo oposto de uma valorização exclusiva e unilateralíssima do *social*, a cujos fins a nova hermenêutica, quando utilizada sem a indispensável cautela crítica, se mostra obseqüente e servil" — pág. 328). Paulo Bonavides registra, ainda, que os métodos interpretativos modernos, mais propensos a perseguirem a adequação da norma constitucional à realidade, são *metodologia de crise*, utilizáveis em momentos de mudança e transição social, principalmente nas democracias em desenvolvimento que buscam, ainda, resolver a questão social; já nos países desenvolvidos, a interpretação constitucional possui outro sentido, sendo-lhe exigido menos em termos de adaptação à realidade. (Cf. pág. 329).

SEÇÃO II

A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL LEGISLATIVA

SUMÁRIO: 1. Nota introdutória: a noção de interpretação constitucional legislativa. 2. Importância da interpretação constitucional legislativa. 3. Características. 4. Órgãos de interpretação constitucional legislativa. 5. Meios de atuação. 6. Influência das categorias das normas constitucionais na interpretação constitucional legislativa. 7. Outros fatores que influem nessa modalidade de interpretação. 8. A interpretação constitucional legislativa: questões controvertidas. 9. A interpretação constitucional legislativa: espécie de mutação constitucional. 10. Exemplos de mutação constitucional provocada pela interpretação constitucional legislativa. 11. Os perigos da mutação constitucional legislativa.

1. Nota introdutória: a noção de interpretação constitucional legislativa

Uma das mais importantes espécies de interpretação constitucional orgânica é a interpretação legislativa.¹

1. Referem-se a essa modalidade de interpretação constitucional, dentre outros: Baracho, José Alfredo de Oliveira, "Teoria da constituição", São Paulo, Resenha Universitária, 1979, págs. 62-4; Campos Milton, ob. cit., págs. 12-20; Maximiliano, Carlos, "Comentários...", ob. cit., pág. 115; Kelsen, Hans, ob. cit., págs. 283 e segs.; Rao, Vicente, ob. cit., v. 2, págs. 551 e segs., Tamayo y Salmorán, Rolando, ob. cit., págs. 130-44; Reale, Miguel, "O problema da criação de municípios", in: _____ . Nos quadrantes..., ob. cit., pág. 88; Biscaretti di Ruffia, Paolo, "La constitution, en tant que loi fondamentale, en Europe Occidentale", in: _____ & Rosmaryn, Stefan, "La constitution...", ob. cit., págs. 60-1; Pinto Ferreira, Luis, "Princípios...", ob. cit., t. I, págs. 158-9; Li Bassi, Antonino Pensovecchio, "Interpretazione...", ob. cit.,

Essa importância é particularmente ressaltada em doutrina.²

A interpretação constitucional legislativa consiste na atividade desenvolvida pelo órgão, dotado de poder legislativo, que busca o significado, o sentido e o alcance da norma constitucional para o fim de, fixando-lhe o conteúdo concreto, completá-la e, conseqüentemente, dar-lhe aplicação. O órgão legislativo recebe da própria Constituição o comando imperativo para atuar a norma constitucional.

A Constituição não esgota, por sua própria natureza e índole, o conteúdo que cristaliza em suas normas. Não podendo regular, em minúcias e pormenores, toda a matéria constitucional, mas limitando-se a determinar, em maior ou menor grau, as características dos atos que a aplicam, exige e impõe, de modo expresso ou implícito, atividade do legislador infra-constitucional para sua concreta aplicação.

Se há Constituição escrita, diz Tamayo y Salmorán³, haverá leis e decretos; se há leis, haverá sentenças e decisões administrativas.

Todo ato normativo legislativo, que tenha por objetivo a aplicação direta de disposição constitucional, consubstancia uma interpretação constitucional.

O órgão legislativo, ao desdobrar o sistema proposto pela Constituição, terá que interpretá-la, terá que atribuir sentido concreto à linguagem do constituinte, decidir e determinar o curso da criação e da aplicação subsequente da norma constitucional; em suma, interpretará o alcance das normas constitucionais ao expedir a lei que tenha por objetivo sua aplicação.⁴

Ensina Kelsen que há interpretação da Constituição quando se cuida de aplicá-la pelo processo legislativo.⁵

Assim, todo e qualquer órgão ou sujeito chamado a aplicar ou consentir na aplicação da norma constitucional mediante ato normativo legislativo estará dando interpretação legislativa à Constituição.

págs. 48, 115, 124 e segs.; Sachica, Luis Carlos, "Constitucionalismo colombiano", 5ª ed., Bogotá, Temis, 1977, pág. 119.

2. A importância da complementação constitucional legislativa se torna bem clara quando se vê, por exemplo, Constituições como a da Suíça serem reformadas para ampliar a competência legislativa da Confederação. Acentua Bridel que, das dezesseis revisões parciais ocorridas no período de 1874-1914, a maioria se refere, precisamente, à extensão dessa competência legislativa (Bridel, Marcel, "Précis de droit constitutionnel et public suisse", Lausanne, Payot, 1965, pág. 62).

3. Cf. ob. cit., pág. 130.

4. Cf. Baracho, José Alfredo de Oliveira, ob. cit., pág. 62.

5. Cf. "Teoria pura no direito", ob. cit., pág. 283.

Em resumo, a interpretação constitucional legislativa consiste na atividade desenvolvida para a aplicação da Constituição por meio de um ato normativo, de natureza legislativa, ato que Biscaretti di Ruffia denomina genericamente de *leis de aplicação* das disposições constitucionais.⁶

2. *Importância da interpretação constitucional legislativa*

Imprescindível ressaltar a relevância da interpretação constitucional legislativa.

A Constituição toma sentido concreto e efetivo através do conjunto de normas que se destinam a aplicá-la. O arcabouço jurídico montado pela legislação indica, na verdade, os rumos que as normas constitucionais, e conseqüentemente, os valores, fins e princípios nelas embutidos, tomam na vida do país. Daí poder-se dizer, com segurança, que é difícil conhecer adequadamente a Constituição de um país sem conhecer a legislação infraconstitucional que a põe em movimento.⁷

Significativas as palavras de Milton Campos: “As boas Constituições ou as Constituições de boa técnica são as que, numa síntese, encerram tão somente os preceitos fundamentais da organização nacional, e, ao lado da declaração de direitos e da limitação de poderes, dão as diretrizes da legislação comum.” Mais adiante, continua: “Fica, assim a Carta Fundamental dependendo de legislação complementar e *nessa complementação legislativa está o segredo do êxito da Constituição como verdadeiro instrumento de Governo*”.⁸ Remetendo-se à Constituição Brasileira de 1946, exemplifica: “As bases do sistema eleitoral estão estabelecidas (art. 133 e 134): alistamento e voto obrigatórios, sufrágio universal e direto, representação proporcional dos partidos políticos nacionais. Mas é a lei que vai viabilizar essa preceituação, de tal modo que dependerá dela a boa ou má execução do sistema eleitoral indicado”.⁹

Assiste, pois, razão a Li Bassi, ao afirmar: “O exercício da atividade legislativa decorrente da Constituição exige um trabalho contínuo, constante, variado e profundo, seja para (a) a elaboração de lei relativa às diversas matérias para cuja disciplina é necessário ater-se à norma

6. Cf. “La constitution, en tant...”, ob. cit., págs. 60-1.

7. Pinto Ferreira, Luís, “Princípios...”, ob. cit., pág. 159.

8. Cf. “Constituição e realidade”, R. For., Rio de Janeiro, 187: 19, (n.g.).

9. Cf. Milton Campos, ob. cit., pág. 20. Veja-se também Wheare, K.C., ob. cit., pág. 82.

constitucional, seja para (b) a elaboração das leis dirigidas especificamente para a atuação da Constituição ou dos preceitos constitucionais, (c) seja para as leis remetidas diretamente ao legislador (ex: disposições sobre sindicatos, greve, programas de ação, etc.”¹⁰

3. Características

A interpretação constitucional legislativa apresenta alguns traços peculiares: é (a) *direta* ou *primária*, (b) *permanente*, (c) *limitada*, (d) *mutável*, (e) *não é definitiva*, (f) é obrigatória quanto ao exercício, porém é (g) *discricionária* quanto ao momento de agir e à escolha das opções, alternativas ou conteúdo concreto da norma, (h) é *espontânea*, e (i) tem *força vinculante*.

a) A interpretação constitucional legislativa é *direta* ou *primária* no sentido de que se volta diretamente para a aplicação de disposições da Constituição; atua de modo direto sob e sobre a Constituição, destina-se ou resulta na elaboração de ato normativo legislativo, tido, pela doutrina, como ato *primário* por se fundar tão somente na Constituição.¹¹ Não há, entre o intérprete legislador e a Constituição, qualquer intermediário ou intermediação.

Cada vez que se realiza a função legislativa constitucional há exame imediato e direto do texto constitucional e captação dos princípios das normas fundamentais, salienta Fix-Zamudio.¹²

b) Desse traço, resultam vários outros. Em primeiro lugar deve-se registrar o caráter *permanente* da interpretação constitucional legislativa.

A interpretação constitucional legislativa é *permanente*, no sentido de que se efetua normalmente, na atividade contínua e constante dos órgãos legislativos ou dos órgãos dotados de poder legislativo chamados a aplicar a Constituição.¹³

c) O caráter *limitado* da interpretação constitucional legislativa também deriva do traço anterior.

O legislador constitucional, isto é, aquele que vai verter atos normativos de aplicação constitucional, exerce uma função legislativa

10. Cf. Li Bassi, ob. cit., pág. 127.

11. Cf. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, “Curso...”, ob. cit., pág. 184.

12. Cf. Fix-Zamudio, Héctor, “Algunas consideraciones...”, ob. cit., pág. 25.

13. Cf. Fix-Zamudio, Héctor, ob. cit., pág. 23.

diferente, em substância, da função legislativa comum, que se destina a construir o arcabouço jurídico do Estado.¹⁴

O aplicador legislativo constitucional recebe missão diretamente da Constituição, para lhe dar continuidade, completá-la.

No exercício da função constitucional legislativa, ele continua a obra do constituinte; daí porque, em essência, assume características de poder constituinte remanescente ou difuso.

Sua missão é, pois, mais elevada e complexa do que a do legislador comum: cabe-lhe fazer da Constituição uma obra completa, onde ou naquilo em que, por sua índole, a Constituição é genérica, esquemática, sintética e, por vezes, até mesmo obscura.

Porque recebe missão da própria Constituição, a função do legislador constitucional é limitada, nos termos e pela forma disposta na Lei Maior. Não lhe cabe alterá-la, na letra ou no conteúdo.

Assim, fundada na Constituição, destinada a dar vida concreta às disposições constitucionais, visando à aplicação efetiva da Constituição, a interpretação constitucional legislativa é determinada quanto à competência, procedimento ou modo de elaboração das leis e quanto ao conteúdo.

A Constituição escrita e rígida estabelece, em regra, a competência ou os órgãos competentes para legislar, e o modo ou o procedimento legislativo a ser obedecido na elaboração das normas infraconstitucionais, mesmo as que se destinam à aplicação de disposições constitucionais.¹⁵

As disposições constitucionais são, também, dotadas de um conteúdo que o ato legislativo irá forçosamente interpretar, para desenvolver e dar aplicação à norma.

No que respeita ao conteúdo, dado o caráter das normas constitucionais — abstratas, genéricas, sintéticas e esquemáticas — a interpretação legislativa será mais ou menos ampla, movimentando-se dentro de um campo variável de atuação, que vai desde o limite máximo de abstração, fixado ou imposto pelas normas de princípio, particularmente das programáticas¹⁶ até o limite mínimo das normas de conteúdo mais concreto, como as normas de eficácia plena.

Isto implica dizer que o ato legislativo de aplicação constitucional, levado a efeito por um órgão legislativo, é norma inferior em relação à Constituição, estando por esta formal e materialmente limitado, ainda

14. Ver, nesta obra, pág. 7, nota 19. Ver, tb., exemplos dados por Crisafulli, Vezio, "Lezioni di diritto costituzionale", Padova, CEDAM, 1968, págs. 74 e segs.

15. Cf. Biscaretti di Ruffia, "Diritto costituzionale", ob. cit., p.

16. Cf. Fix-Zamudio, Héctor, ob. cit., pág. 23.

que os limites variem em extensão, profundidade e alcance, sejam expressos ou implícitos.

Assim, a norma de aplicação constitucional depende da norma superior — a Constituição — que regula o seu modo de criação, o âmbito próprio de sua atuação e, em regra, o conteúdo básico da norma inferior.

A inobservância dos limites constitucionais vicia a norma de aplicação constitucional, pelo que vale a observação de Pontes de Miranda quando diz que a *inconstitucionalidade* é o *freio para legislar*, mesmo quando se trata de aplicar a Constituição.¹⁷

d) Por outro lado, a interpretação constitucional legislativa é *mutável*¹⁸, no sentido de que normas de igual natureza poderão sempre ser editadas, alterando a norma anterior e, conseqüentemente, a interpretação anterior dada ao texto constitucional.

A mutabilidade da interpretação constitucional legislativa só se defronta com os limites já apontados. Assim, no que concerne ao conteúdo constitucional, definido em maior ou menor profundidade, a lei de aplicação constitucional encontra campo aberto para alterar normas, não ficando condicionada a uma primeira interpretação da disposição constitucional, desde que outras interpretações se possam produzir conforme a letra e o espírito da Constituição.

e) Traço também característico da interpretação constitucional legislativa é *não* poder ser ela considerada sempre como *definitiva*. O caráter de definitividade dessa modalidade de interpretação só existe onde a atividade legislativa de aplicação constitucional não puder ser contrastada por qualquer órgão ou poder. A característica apontada é

17. Cf. Pontes de Miranda, "Comentários...", ob. cit., v. 1, pág. 153.

18. Este caráter de mutabilidade favorece a configuração da interpretação constitucional legislativa como processo de mudança constitucional. Veja-se, por exemplo, o conteúdo constitucional no campo da ordem econômica e social na Constituição Brasileira. Ai, as normas programáticas avultam, e a matéria constitucional fica na dependência de *programas* cujo desenvolvimento e execução se farão mediante leis; o programa enunciado, fixando fins e valores, é um desafio à realidade do País; "eis como a complementação legislativa", dizia Milton Campos, sobre matéria idêntica tratada na Constituição de 1946, "poderá promover, em caráter de salvação, a adaptação da Carta Magna à realidade. Não é uma *reforma constitucional que se pede, mas uma simples reforma legislativa*. É de nossa índole o gosto das tarefas complicadas. Procuramos reformas constitucionais, de processo complexo e penoso, quando está a nosso alcance (ou estão a desafiar-nos) reformas legislativas ordinárias mais úteis e mais urgentes, porque sem elas não podemos dizer que a *Constituição sequer exista, a não ser como armadura, a que falta o conteúdo capaz de lhe dar consistência e duração*" (ob. cit., pág. 20).

particularmente perceptível nos ordenamentos em que se admite revisão judicial das leis, ou seja, o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis.¹⁹

Cabe observar, todavia, que mesmo onde existe o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, há matérias legislativas que escapam a esse controle²⁰, ou que, pela natureza, não podem ser examinadas pelo órgão jurisdicional.

Assim, por exemplo, se o essencial da função de legislar consiste na determinação da política legislativa²¹, não cabe ao Juíz, substituindo-se ao legislador, avaliar os meios, caminhos, opções e alternativas adotadas por este para integrar a disposição constitucional. A função do judiciário limita-se, nesses casos, a verificar se os limites constitucionais de conteúdo, isto é, os fins e valores claramente objetivados no texto foram observados.

Também escapa ao exame jurisdicional a interpretação constitucional legislativa que envolve as chamadas *questões políticas*²², quando consubstanciadas em fórmulas legislativas.

Em resumo, o caráter de *não definitividade* da interpretação constitucional legislativa só aparece quando contrastado, vale dizer, quando a constitucionalidade da lei é impugnada perante órgão competente para examiná-la e, eventualmente, anulá-la. Se não houver o contraste ou porque não há órgão competente para examiná-la ou porque a questão não lhe é ou não lhe pode ser conduzida, a interpretação constitucional

19. Não se pode desconhecer, também, o papel das Cortes Constitucionais, nos sistemas em que estas não integram o Poder Judiciário, mas têm caráter político; e o controle exercido por órgão essencialmente político, ou exercido pelo povo, na medida em que este é chamado a referendar leis de aplicação constitucional, podendo rejeitá-las ou aprová-las.

20. Há Constituições que expressamente excluem o controle jurisdicional sobre certas matérias. Assim, as Constituições da Irlanda e da Índia, por exemplo, prevêem que nenhum Tribunal terá competência para examinar se as leis do Parlamento estão em consonância com as declarações de princípios de política social contidas na Constituição; vale dizer, o Judiciário não pode entrar no mérito do conteúdo ou do caminho escolhido pelo Parlamento para dar concretização aos princípios de política social das Constituições mencionadas; na Suíça, o Tribunal Federal não pode examinar a constitucionalidade das leis da Assembléia Federal (Cf. Wheare, K.C., "Modern constitutions", *ob. cit.*, pág. 107).

21. Cf. Wheare, Karl C., *ob. cit.*, págs. 113-15.

22. Cf. Fix-Zamudio, *ob. cit.*, pág. 25. No tocante à apreciação judicial das *questões políticas* — matéria que vem sofrendo evolução na prática constitucional — ver pág. 83, inclusive nota 20 e pág. 114, nota 8, neste trabalho. Cf. tb. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, "A Democracia Possível", Saraiva, pág. 107.

legislativa assume caráter de *definitiva*, até modificação por reforma constitucional ou outra lei posterior.

f) A Constituição existe para ser aplicada e, para tanto, exige complementação legislativa. Ainda que não haja preceito expresso na Constituição obrigando os órgãos legislativos a expedir *leis de aplicação constitucional*, é de se admitir que essa obrigação está subsumida na Constituição: trata-se de imperativo que decorre, se não de preceito expresso, necessariamente do princípio da supremacia constitucional.

No sistema mexicano, exemplifica Fix-Zamudio, embora não haja disposição expressa impondo a edição de normas de aplicação de disposições constitucionais, tal imperativo se depreende claramente das regras dos artigos 128 e 133 do texto constitucional, o primeiro determinando que todos os funcionários públicos, sem exceção (e dentre eles os membros dos legislativos), *assumam o compromisso de cumprir a Constituição* antes de tomar posse no respectivo cargo; e o segundo que consigna o princípio da *supremacia constitucional*, expressamente consagrado no ordenamento constitucional mexicano, desde a Constituição de 1957, por inspiração da constituição dos Estados Unidos de 1787.²³

Biscaretti di Ruffia aponta, no ordenamento italiano, a fórmula de promulgação da Constituição que “deverá ser fielmente observada como lei fundamental da República por todos os cidadãos e *órgãos* do Estado”, para inferir que o legislador ordinário *deve* desenvolver a atividade legislativa de aplicação constitucional, sob pena de “violiar gravemente a Constituição”.²⁴

Marcel Bridel salienta que, na Suíça, numerosos artigos constitucionais atribuem à “Confederação o *poder* ou o *dever* de editar leis relativas aos mais diversos campos do direito público e privado”, mas ressalta: “a Constituição dá *sempre* à Confederação o *poder* de legislar em certo campo; mas nem sempre constitui este *poder* em *dever*” e exemplifica, dentre outras, como atribuições *obrigatórias* as do artigo 18, al. 4 e *facultativas* as do artigo 31, *quater*.²⁵

23. Fix-Zamudio, Héctor, ob. cit., págs. 23-4. Poder-se-ia acrescentar, ainda, que a Constituição Mexicana atribui ao Congresso, expressa mais genericamente, “competência para expedir todas as leis que sejam necessárias para tornar efetivas as facultades anteriores e outras concedidas pela Constituição aos Poderes da União”, (art. 73, XXXI), numa clara referência ao *dever* de complementação de obra constitucional. Ver, tb., art. 46 da Constituição da Venezuela.

24. Cf. Biscaretti di Ruffia, Paolo, “Diritto costituzionale”, ob. cit., pág. 220.

25. Cf. Bridel, Marcel, “Précis...”, ob. cit., pág. 172. O artigo 18, mencionado, reza: “a taxa de isenção do serviço militar é arrecada pelos cantões em nome da Confederação, segundo disposições da legislação federal” e o artigo 31, já citado, diz: “A Confederação tem o direito de legislar sobre o regime de bancos”.

Na história constitucional do Brasil, à semelhança do exemplo mexicano, alguns artigos constitucionais podem ser mencionados como indicativos do caráter *obrigatório* da interpretação constitucional legislativa, impondo ao legislador o dever de legislar para dar aplicação à Constituição.

Assim, v.g., na primeira Constituição Republicana, o artigo 34, *item 34, dispunha competir privativamente ao "Congresso Nacional, decretar leis orgânicas para a execução completa da Constituição"*.

A Constituição em vigor contém alguns preceitos relativos, direta ou indiretamente, ao cumprimento das disposições constitucionais; assim, o artigo 8º, XVII, "a", dispõe que à União compete: "legislar sobre o cumprimento da Constituição"; o artigo 82 reza: "São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal; o artigo 81, II, determina: "Compete privativamente ao Presidente da República iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição"²⁶, e o artigo 46, II, estabelece que o processo legislativo compreende a elaboração de "leis complementares à Constituição".

Cabe registrar, por oportuno, que embora imperativa e obrigatória, por decorrência lógica do comando constitucional, a interpretação constitucional legislativa nem sempre se efetiva, na prática constitucional, em regra por falta de meios que imponham ao legislador atuar efetivamente.

Merece referência a propósito, a lição de José Afonso da Silva: "Se o comando impositivo não for cumprido, a omissão do legislador poderá constituir um comportamento inconstitucional mas este é insindicação e incontrolável jurídica e jurisdicionalmente; primeiro porque, como adverte Levi, ninguém é legitimado para o exercício de uma pretensão jurídica objetivando o inadimplemento de tal prestação por parte dos órgãos legislativos, isto é, ninguém tem direito subjetivo à aprovação de qualquer lei, ainda que determinada no texto constitucional; segundo e conseqüentemente, porque a omissão se revela

26. Cabe, por exemplo, ao Presidente da República, iniciar o processo legislativo de Lei Complementar para regular o artigo 103 da Constituição, referente às exceções, quanto ao tempo e à natureza de serviço, para fins de aposentadoria, reforma, transferência para a inatividade e disponibilidade, de funcionários públicos. Adotando-se a linguagem de Bridel, existe, no caso, o *poder* de legislar; mas não parece que a Constituição Brasileira configure, nessa hipótese, o *dever de legislar*. Como exceção à regra registre-se a iniciativa da lei orçamentária, vinculante por importar sua omissão, em *crime de responsabilidade*.

como *questão política* que escapa à apreciação judicial. Diante disso, é forçoso concluir, com Levi, “que aqui se trata de uma obrigação política e não jurídica”.²⁷

Assim, não obstante o caráter imperativo da interpretação constitucional legislativa, que deflui expressa e implicitamente do sistema constitucional, é forçoso mencionar que, em regra, não há dispositivo constitucional expresso impondo sanções específicas ao legislador pelo não cumprimento dessa missão.²⁸

Os poucos exemplos de disposições expressas, neste sentido, não chegaram a produzir resultados satisfatórios.²⁹

g) A interpretação constitucional legislativa, ainda que não passível de controle, é *obrigatória* ou *imperativa* apenas quanto ao seu exercício. É, todavia, *discricionária* quanto ao *momento* de atuar e à *escolha* dos caminhos, opções ou alternativas a seguir para integração ou concretização do preceito constitucional.

Não há, em regra, nos textos constitucionais, fixação de prazo para o exercício da atividade legislativa visando à elaboração das leis de aplicação de disposições constitucionais.³⁰ Tem o legislador, pois, poder discricionário para atuar, quanto ao momento.

Por outro lado, não se olvide que o órgão legislativo, no exercício do *poder de legislar*, é dotado de notável discricionariedade, particular-

27. Cf. Afonso da Silva, José, “Aplicabilidade...”, ob. cit., págs. 118-9.

28. A omissão do legislador constitui um dos chamados processos *anômalos* ou *irregulares* de mudança constitucional, que a doutrina analisa sob o título de *inércia* na aplicação de disposição constitucional. Ver págs. 166 e segs.

29. Veja-se, por exemplo, a Constituição Política do Império do Brasil, artigo 173: “A Assembléa Geral, no princípio de suas sessões, examinará se a Constituição Política do Estado tem sido exatamente observada, para prover o que for justo”. Pimenta Bueno, José Antonio (“Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império”, Rio de Janeiro, Ministério da Justiça e Negócios do Interior, 1958, págs. 104 e segs., Edição comemorativa do centenário do Autor) lembra que a missão de inspeção ou fiscalização constitucional, posto que dever oficial da Assembléa Geral, não chegou a ser levada a efeito.

30. Cf. Afonso da Silva, José, “Aplicabilidade...”, ob. cit., pág. 119. O Autor menciona a discricionariedade quanto à iniciativa e observa a inexistência de sanção específica mesmo no caso de existir prazo para elaboração de lei integrativa, o que demonstra a ineficácia do preceito constitucional no que concerne a este prazo. Veja-se, exemplificativamente, o artigo 111 da Constituição Mexicana de 1917, que determina que o “Congresso da União expedirá, *com a maior brevidade*, uma lei de responsabilidade de todos os funcionários e empregados da Federação, do Distrito Federal e Territórios, considerando como delitos ou faltas oficiais todos os atos e omissões que possam redundar em prejuízo dos interesses públicos e da boa administração, ainda quando até aquela data não tenham tido caráter delituoso...”. A expressão assinalada, além de vaga, não produz qualquer resultado prático.

mente no que concerne ao fixar e definir a situação e a configuração do conteúdo da norma, nas linhas balizadas pela Constituição, que relega ao legislador a complementação de numerosas disposições, discricionariedade ou elasticidade que variam conforme a natureza das normas constitucionais.³¹

Miguel Reale salienta, com propriedade, o largo espectro de escolha, ou *oportunidades políticas*, como acentua, atribuível ao ato de legislar: “O ato de legislar é tarefa técnica por excelência, exigindo uma larga esfera de livre apreciação das oportunidades políticas, de cotejo de valores, de exame de situações e contingências. *Cada lei promulgada representa a negação de mil outras possíveis*, constitui o termo de uma seleção e de um pronunciamento, segundo critérios variáveis que só podem ser apreciados em concreto, em função de cada caso particular”.³²

h) Outro traço da interpretação constitucional legislativa é a sua *espontaneidade*, o que significa dizer que o órgão legislativo atua, de modo independente e autônomo, na elaboração de leis de aplicação constitucional, ou, em outras palavras, cabe-lhe a iniciativa do procedimento, diferentemente do que ocorre na interpretação constitucional judicial, por exemplo, que é sempre provocada, não agindo o Judiciário *sponte propria*.³³

i) Ressalte-se, finalmente, que a interpretação constitucional legislativa tem *força vinculante*.

Tratando-se de interpretação orgânica, isto é, desenvolvida por órgão constitucionalmente competente para elaborar leis de aplicação

31. O caráter de *discricionariedade* da interpretação legislativa é amplamente examinado por Antonino Pensovecchio Li Bassi (ob. cit., págs. 126-8).

32. Cf. “O problema da criação dos municípios”, in: “Nos quadrantes do direito...”, ob. cit., págs. 77-9. O reconhecimento de uma atividade livre ou facultativa não implica, todavia, em considerá-la *ilimitada*. “A carência de limites é *arbitrio* e este não encontra guarida no Direito. Trata-se de faculdade *discricionária*. A discricionariedade, pontifica o Autor, pode também ser limitada no conteúdo, isto é, há casos em que o *conteúdo* do ato legislativo é pré-estabelecido por normas constitucionais, e exemplifica, no Brasil, com a norma constitucional federal relativa à criação de município, pelos Estados, na Constituição Brasileira de 1946: “As determinações da Constituição Federal neste particular são amplas, pressupõem um momento ou fase de atualização dos preceitos na órbita estadual. Pode o Estado, por exemplo, limitar ou não a sua esfera de competência, reservando a si a atribuição de baixar normas de organização ou de atualização do *tipo de município* ou outorgar ao município a tarefa de se institucionalizar, respeitadas certas condições previamente traçadas na legislação estadual”.

33. Georges Burdeau menciona, expressamente, o caráter de *espontaneidade* das leis que cuidam das questões relativas às instituições constitucionais (Cf. “Droit constitutionnel...”, ob. cit., pág. 60).

de disposições constitucionais, o resultado dessa interpretação — a lei — tem força vinculante; cuida-se aqui, como se vê, de levar em consideração o resultado imperativo da atividade interpretativa: *a lei obriga*. Neste particular, a interpretação constitucional legislativa difere da doutrinária, por exemplo, que não tem força vinculante.³⁴

4. Órgãos de interpretação constitucional legislativa

A interpretação constitucional legislativa é precipuamente atribuída ao Poder Legislativo, que a desenvolve mediante leis designadas de modo genérico como *leis de aplicação da Constituição*. Essa qualificação ou especificação varia conforme o sistema constitucional. Assim, a *lei de aplicação constitucional* poderá revestir forma de *lei ordinária*, *lei orgânica*, *lei complementar*, *lei integrativa*, etc.

O Poder Executivo participa da atividade interpretativa legislativa na medida em que intervém no processo legislativo, quer pela iniciativa, quer pela sanção e promulgação da lei ou pelo veto.³⁵

Há que se considerar, ainda, que alguns sistemas constitucionais admitem que o Poder Executivo exerça função legislativa, habilitando-o

34. Cf. Burgoa, Ignacio, "Derecho constitucional mexicano", 2ª ed., México, D.F., Porrúa, 1976, pág. 382.

35. Pelo veto, fundado em razões de constitucionalidade, o Poder Executivo impede a elaboração de *lei de aplicação* de disposição constitucional, dando ao texto constitucional interpretação distinta da desenvolvida pelo Legislativo. Trata-se, na verdade, de interpretação constitucional realizada pelo Poder Executivo, mas que interfere na interpretação constitucional legislativa. Fix-Zamudio (ob. cit., pág. 26) chama a atenção para a participação do Executivo na atividade legislativa através da iniciativa, promulgação e veto, lembrando que, nos três modos de colaboração, o Executivo deve interpretar as disposições constitucionais para se colocar de acordo, ou não, com o modo pelo qual o Legislativo interpreta as disposições constitucionais que pretende regular. O Autor menciona, exemplificativamente, o *veto suspensivo*, do regime mexicano, e a faculdade existente, nos sistemas da Colômbia e Venezuela, pela qual o Executivo pode, *antes de sua promulgação*, impugnar uma lei expedida pelo Congresso, perante a Corte Suprema da Justiça, com o objetivo de discutir sua constitucionalidade (artigos 90 e 173, das respectivas Constituições). Eventualmente a iniciativa legislativa é atribuída a outros órgãos, como por exemplo o povo (iniciativa popular), aos Tribunais, aos Legislativos dos Estados (artigo 71, III, da Constituição do México, de 1917), ou a aprovação de lei é condicionada ao referendo popular. Nesses casos, outros órgãos intervêm, também, na interpretação constitucional legislativa. Para exame mais minucioso desses aspectos, veja-se Loewenstein, Karl, ob. cit., págs. 268 e segs.; Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, "Curso...", ob. cit., págs. 196 e segs., e também "Do processo legislativo", São Paulo, Saraiva, 1968.

a editar regras jurídicas de caráter geral, somente subordinadas à Constituição ou a legislar por delegação legislativa³⁶ Exemplificando, a Constituição Brasileira em vigor atribui, ao Executivo, a elaboração da *lei delegada* (artigo 54) e do *decreto-lei* (artigo 55); no ordenamento italiano, o Poder Executivo legisla por intermédio de *decreto-lei*³⁷; o artigo 131 da Constituição Mexicana confere ao Presidente da República faculdade legislativa.³⁸

Em todos esses casos realiza-se a interpretação constitucional legislativa desde que a norma elaborada esteja voltada diretamente para a aplicação ou integração de disposições constitucionais.³⁹

Nos Estados Federais, deve-se mencionar que a interpretação constitucional legislativa poderá ser efetivada pelo Poder Constituinte Decorrente ou pelos órgãos legislativos estaduais. É o que ocorre, exemplificativamente, no sistema constitucional brasileiro, em pelo menos três casos: o artigo 15, § 3º, da Constituição em vigor, remete à *Constituição dos Estados* regular a intervenção nos municípios; o artigo 23, § 9º, II, determina à *lei estadual* disciplinar a forma pela qual serão creditadas aos municípios as parcelas da receita decorrentes do produto da arrecadação do Imposto de Circulação de Mercadorias, e o artigo 96 dispõe que *lei estadual* organizará o Ministério Público dos Estados.⁴⁰

Em todos os casos mencionados, a Constituição Federal tem sua aplicação dependente de norma infraconstitucional, seja a Constituição Estadual, seja a Lei estadual. Tais normas, ao cuidarem da concretização da disposição constitucional, estarão dando interpretação de caráter legislativo à Constituição Federal.

Também a Constituição Federal do México, de 1917, oferece exemplos dessa ordem: o artigo 27, XVII, determina que o Congresso da União e os *Legislativos dos Estados*, nas suas respectivas jurisdições,

36. Cf. Loewenstein, Karl, ob. cit., págs. 273 e segs.; Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, "Do processo...", ob. cit., págs. 189 e segs. e 211 e segs., "Curso...", ob. cit., págs. 181 e segs., e "Comentários...", ob. cit., v. 2; Afonso da Silva, José, "Princípios do processo de formação das leis no direito constitucional", São Paulo, Revista dos Tribunais, 1964.

37. Cf. Biscaretti Di Ruffia, "Diritto...", ob. cit., pág. 173; Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, "Comentários...", ob. cit., págs. 11-2.

38. Cf. Fix-Zamudio, Héctor, ob. cit., pág. 26.

39. José Afonso da Silva menciona os meios de integração da eficácia das normas constitucionais no direito brasileiro, e inclui, entre eles, a lei ordinária elaborada por delegação legislativa (leis delegadas), e o decreto-lei (Cf. "Aplicabilidade...", ob. cit., págs. 213-4).

40. Os exemplos são mencionados por José Afonso da Silva ("Aplicabilidade...", ob. cit., pág. 213), como "meios de integração da eficácia das normas constitucionais".

expeçam leis para fixar a extensão máxima da propriedade rural, segundo as bases fixadas no texto (alíneas *a a g*), o artigo 76, V, atribui competência ao Senado para nomear governadores provisórios no caso de crise constitucional nos Estados, se a respectiva “Constituição não tiver disposto sobre o assunto” e o artigo 73, XXIX, confere às legislaturas locais competência para fixarem a porcentagem correspondente aos municípios nas receitas do imposto federal de energia elétrica, do qual os Estados participam na proporção estabelecida em lei federal.

Por igual, a Constituição da Suíça. Relevante observar que embora a Constituição atribua extensa competência legislativa à Confederação, consignada em numerosos artigos, ela, por outro lado, é “voluntariamente incompleta e deixa ou impõe aos cantões a tarefa de completá-la”.⁴¹

Há que se considerar, também, que nos Estados Federais, no âmbito interno das entidades federativas, os órgãos estaduais desenvolvem interpretação constitucional legislativa na medida em que legislam para completar, integrar ou concretizar a Constituição Estadual.

Em regra, transplanta-se para o plano do Estado-Membro o que ocorre no âmbito do Estado Federal, observados os limites fixados pela Constituição Federal aos constituintes estaduais, e, *mutatis mutandis*, observados os limites que a Constituição Estadual impõe aos poderes estaduais.

Exemplificando, no Brasil, as Assembléias Legislativas, órgãos legislativos estaduais, elaboram normas que complementam as respectivas Constituições. Aliás, considerando-se que, no Brasil, a observância do processo legislativo federal é obrigatória para os Estados, em razão de princípio constitucional expreso (art. 13, III), as Constituições estaduais são, em regra, completadas particularmente por leis qualificadas de *complementares*, à semelhança do modelo federal. Veja-se o exemplo da Constituição do Estado de São Paulo em vigor, artigos 18, II, e 20, parágrafo único.

41. Cf. Bridel, Marcel, “Précis...”, ob. cit., págs. 172-3. Para exemplificar, vejam-se os artigos 31 (quinqües); 31 (ter), 1 e 2; 32 (quarter), 1. Este último reza: “Os cantões têm o direito de impor, pela via legislativa, restrições exigidas pelo bem-estar público ao exercício da profissão de hotelaria e ao comércio de destilação de bebidas alcoólicas...”. O artigo 32, 2, estabelece que “os cantões serão ouvidos na elaboração das leis de exceção” da C.F.

Por outro lado, o Poder Executivo, exercido pelo Governador do Estado, também participa do processo legislativo pela iniciativa, sanção e veto⁴², e, eventualmente, mediante lei delegada.⁴³

Em síntese, considerando as peculiaridades de cada ordenamento constitucional, é possível, numa tentativa de generalizar, afirmar-se que exerce atividade interpretativa constitucional legislativa todo órgão que, chamado diretamente pela Constituição, elabora ato normativo geral de aplicação da Constituição.

5. Meios de atuação

Em regra, a interpretação constitucional legislativa é veiculada por atos legislativos denominados simplesmente de *leis*, sem qualquer outra caracterização ou qualificação.

No ordenamento constitucional mexicano, a Constituição de 1917, em inúmeros dispositivos, remete-se à legislação infraconstitucional, relegando à *lei* (sem qualquer qualificação ou individualização) completar, regular e integrar o dispositivo constitucional⁴⁴; algumas poucas referências são feitas às leis qualificadas, tais como: *lei secundária federal* (artigo 73, XXIX) e *lei orgânica* (artigo 73, XXIV).

42. Nos Estados Unidos da América, o órgão legislativo dos Estados-membros é, em regra, o Congresso Estadual (*General Court*) bicameral. O Poder Executivo é exercido pelo governador, que participa do processo legislativo pela sanção ou veto. Normalmente, os Executivos nos Estados Americanos não gozam, à semelhança do Governo Federal, do poder de iniciativa. Por outro lado, há, em vários Estados, a *iniciativa popular* para leis e emendas à Constituição (ver nosso "Poder constituinte do Estado-membro", São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978). Na Suíça, o órgão legislativo cantonal é, geralmente, denominado *Grande Conselho* e o executivo, órgão também colegiado, o *Conselho de Estado* participa apenas na iniciativa das leis e na sua publicação. A iniciativa legislativa pertence aos membros do Grande Conselho, ao povo e ao Conselho de Estado (Veja-se Constituição de Fribourg, artigo 45, b). Não há, em regra, *veto* do órgão executivo. Para melhor compreensão do assunto, ver Aubert, Jean-François, "Traité de droit constitutionnel suisse", Neuchatel, Ides et Calendes, 1967, v. 2, págs. 454-7.

43. A Constituição Federal do Brasil, de 1969, faculta aos Estados legislarem por *lei delegada* (artigo 200, parágrafo único). Alguns Estados brasileiros a adotam: Bahia (artigo 21, IV), Minas Gerais (artigo 38, IV).

44. Veja-se, exemplificativamente, os artigos 73, 74, 76, VI, 81, 91, 102, 107, X, 111, 123, *caput*, 123, IX, d. O referido artigo 107, X, reza: "Os atos reclamados poderão ser objeto de suspensão nos casos e mediante as condições e garantias que determine a *lei*, para o que se levará em conta a natureza da violação alegada, a dificuldade de reparação dos danos e prejuízos que possa sofrer o agravado com sua execução, os danos que a suspensão cause a terceiros prejudicados e ao interesse

A Constituição da Suíça refere-se, indistintamente a *lei*, *lei federal*, *legislação federal*, *via legislativa*, a *disposição legislativa*, *prescrições legislativas*, decretos federais de alcance geral (*arrêtés fédéraux de portée générale*) e *leis de execução* como meios de interpretação constitucional legislativa.⁴⁵

Burdeau menciona, no direito francês, as *leis orgânicas*, que são as “leis ordinárias que tratam das questões relativas às instituições constitucionais”, mas observa que o qualificativo *orgânico* não tem valor oficial e é atribuído apenas para ressaltar a importância da lei relativamente ao funcionamento dos poderes públicos.⁴⁶

A Constituição Francesa de 1958 refere-se freqüentemente à *lei orgânica* para a regulamentação de certas matérias. Assim, os artigos 23, 25, 34, 63, 64.⁴⁷

Forçoso é convir, todavia, que no sistema constitucional francês a interpretação constitucional legislativa não se esgota com as *leis orgânicas*, pois, há matérias não reservadas à lei, disciplinadas pelos

público” (a lei aqui referida é a *lei processual* que disciplinará as controvérsias suscitadas perante os Tribunais Federais). O artigo 73, por sua vez, item X, dá ao Congresso atribuição para “expedir *leis* do trabalho *regulamentadoras* do artigo 123 da própria Constituição”; no item XXIV refere-se à *Lei Orgânica da Contadoria Maior*; no item XXIX, ao disciplinar as contribuições federais determina que “as entidades federativas participarão no rendimento destas contribuições especiais, na proporção em que a *lei secundária federal* determine...”.

45. Marcel Bridel (ob. cit., pág. 172, nota 10) acentua a incoerência que caracteriza a redação da Constituição Federal da Suíça, de 1874, e suas alterações posteriores, lembrando que não há diferença de fundo no uso entre as diversas fórmulas legislativas, mas tão somente, falta de rigor técnico formal ou redacional. Veja-se, a título de exemplo, os artigos 18, alínea 3; 21; 22; 22, *bis*, alínea 3; 31; 32; 34; 89, etc. Recorde-se, ainda, que, em muitos casos, a legislação complementar da Constituição ou as *leis de aplicação* constitucional dependem de aprovação popular (ex. artigos 31, 89), Jean-François Aubert distingue a lei dos *arrêtés fédéraux*. Em essência, a diferença reside na respectiva duração; o último tem duração limitada, podendo até revogar temporariamente a lei, mas não revogá-la definitivamente (v. ob. cit., v. 2, págs. 477-9).

46. Cf. Burdeau, Georges, “Droit...”, ob. cit., pág. 60. Em razão da remissão freqüente à *lei orgânica* pela Constituição, e considerando, do ponto de vista formal, que sua elaboração e modificação obedecem a procedimento particular, o Autor justifica sua colocação em grau intermediário na hierarquia das leis, posicionando-a entre a Constituição e as leis ordinárias (ob. cit., pág. 61).

47. O artigo 34 da Constituição Francesa de 1958 fixa o campo reservado à lei formal (direitos civis e garantias fundamentais dos cidadãos, nacionalidade, determinação de crimes e das penas, programação da ação econômica e social do Estado, etc.) e determina que as “disposições deste artigo poderão ser definidas e complementadas por uma *lei orgânica*”.

*regulamentos autônomos*⁴⁸, fundados diretamente na Constituição, e pelas *ordonnances*⁴⁹, ambos podendo revestir caráter de atos interpretativos legislativos da Constituição, conforme a matéria de que cogitem.

Biscaretti di Ruffia refere-se genericamente às *leis de aplicação* da Constituição⁵⁰, como já se disse, termo que, de resto, vem sendo utilizado nesta seção por abranger, de modo geral, todos os atos normativos, de caráter legislativo, que constituem expressão da interpretação constitucional legislativa.

No direito constitucional positivo brasileiro, a interpretação constitucional legislativa assume, precipuamente, a forma de *lei complementar*, modalidade nominalmente introduzida pela Emenda Constitucional nº 4, de 2 de setembro de 1961, à Constituição de 1946, e consagrada na Emenda Constitucional n. 1 à Constituição de 1967, texto constitucional em vigor (art. 46, II).

Inúmeros artigos referem-se à *lei complementar* cuja função é, fundamentalmente, complementar, integrar ou concretizar disposições constitucionais dependentes de lei ulterior; assim, os artigos 3º, 8º, VI, 14, 15, § 1º e 3º, 19, § 2º, 21, § 2º, 21, § 2º, II, 23, II, § 4º e 6º, 24, II § 4º, dentre outros.

A *lei complementar* não esgota, todavia, a interpretação constitucional legislativa no Brasil. Outras modalidades de *lei* são, também, meios de integração das normas constitucionais, valendo observar que o legislador constituinte utiliza a palavra *lei* abundantemente, nem sempre com primor técnico e uniformidade terminológica. Assim, a Constituição Federal refere-se a *lei federal*, *lei especial*, *lei* (sem qualquer qualificativo) e *lei estadual*; há, ainda a *lei delegada* e o *decreto-lei*. Todas essas modalidades de ato legislativo, na medida em que, referidas no texto constitucional, têm por função complementá-lo, são, genericamente, *leis de aplicação* de disposição constitucional.

Cabe lembrar, ainda, que também as Constituições estaduais, no sistema constitucional brasileiro, se apresentam como meios de interpretação constitucional legislativa.

Diante do exposto, é de se concluir que não há meio único e uniforme para a atuação da interpretação constitucional legislativa. Cada

48. Cf. Burdeau, Georges, "Droit...", ob. cit., pág. 561.

49. Cf. artigos 37 e 38, da Constituição Francesa de 1958. Este último consagra a delegação legislativa.

50. Cf. Biscaretti Di Ruffia, Paolo, "La constitution, en tant...", ob. cit., pág. 60-1.

ordenamento constitucional indicará o tipo de ato normativo, de caráter geral, ao qual atribuirá a função precípua de aplicar a Constituição.

6. *Influência das categorias das normas constitucionais na interpretação constitucional legislativa*

A interpretação constitucional legislativa varia conforme a categoria da norma constitucional a ser interpretada.

A tipologia das normas constitucionais, magistralmente construída por José Afonso da Silva, permite identificar vários casos em que a interpretação constitucional legislativa exsurge claramente na aplicação da norma constitucional.

Examine-se, pois, o tema, com base nessa tipologia.

A interpretação constitucional legislativa é perceptível quando o constituinte deixa ao legislador a função de: completar o sentido da norma constitucional, precisar ou desenvolver o conteúdo do preceito, situação ou conduta fixada pelo texto constitucional; formular requisitos, indicar condições, propor alternativas para reger condutas, comportamentos ou situações previstas na norma constitucional; estabelecer programas concretos visando ao cumprimento efetivo de fins positivados no texto constitucional; e, finalmente, precisar o sentido dos elementos de contenção que limitam ou condicionam a eficácia da norma constitucional.

Assim, numa primeira colocação, a interpretação constitucional legislativa ocorre quando o legislador ordinário integra a eficácia das normas de *eficácia limitada* — quer as programáticas, quer as de princípio institutivo. Nesse caso, a interpretação constitucional legislativa é imprescindível para a aplicação da norma constitucional; sem a lei integradora, o preceito restará inerte.

A interpretação constitucional legislativa, no tocante às normas programáticas, reveste-se de características notáveis.

De um lado, são as *normas programáticas* “critérios hierárquicos de valor, sobre os quais está fundada e pelos quais se inspira a ordem jurídica positiva, de que deve servir-se o juiz para resolver o caso submetido à sua jurisdição, como a todo intérprete e aplicador do direito”⁵¹ Em outras palavras, as normas programáticas revelam as tendências sócio-culturais da comunidade, que informam a ordem jurídica posi-

51. Cf. José Afonso da Silva, “Aplicabilidade...”, ob. cit., pág. 140.

tiva, a concepção do Estado e sociedade, e que servem de fonte de inspiração, ao intérprete, quando, tendo de interpretar e aplicar a Constituição, se lhe deparam dificuldades.

Por outro lado, e nisso a significação das normas programáticas tem relevo para o intérprete legislativo, “prescrevem à legislação ordinária uma via a seguir; não conseguem constranger, juridicamente, o legislador a seguir aquela via, mas o compelem quando nada, a não seguir outra diversa”.⁵²

Exemplificando, veja-se o alcance de uma lei integrativa.

A Constituição Brasileira de 1946 dispunha, em seu artigo 145: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios de justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”. *Parágrafo único*: “A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna”. Em seu artigo 157 rezava: a legislação do trabalho e a da *previdência social* obedecerão aos seguintes preceitos, além de outros que visem à melhoria da condição dos *trabalhadores*:... XV — assistência aos desempregados.” *Parágrafo único*: “Não se admitirá distinção entre o trabalho manual ou técnico e o trabalho intelectual, nem entre os profissionais respectivos, no que concerne a direitos, garantias e benefícios”.

Em 1960, o Congresso nacional editou uma Lei de Previdência Social que excluía 48 milhões de habitantes, entre *trabalhadores rurais* e *empregados de outra natureza*: a Lei n. 3.807, de 26 de agosto de 1960.⁵³

Sem que o texto constitucional, quanto a este aspecto, fosse substancialmente alterado pelas Constituições de 1967 e 1969, a Lei de Previdência Social passou a alcançar, mediante simples modificação legislativa posterior os *trabalhadores rurais* e os *empregados domésticos*, estes, abrangidos pela Lei n. 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e os primeiros, pela Lei n. 5.889, de 8 de junho de 1973.⁵⁴

52. Cf. “Aplicabilidade...”, ob. cit., pág. 141. Observe-se que a citação é de Balladore Pallieri, transcrita por José Afonso da Silva, e já mencionada à pág. 24 desta obra.

53. Cf. Quiroga, Lavié, “Cambios Constitucionales”, ob. cit., pág. 123.

54. Perfeitamente perceptível, nesse caso, o importante papel desempenhado pela lei integrativa quanto ao conteúdo concreto e ao alcance de uma norma programática. Nada, na Constituição, restringia o benefício da previdência social apenas aos *trabalhadores* e *operários* do comércio ou da indústria. A restrição resultou, pura e simplesmente, de interpretação constitucional restritiva. Novo conteúdo foi atribuído ao texto constitucional por legislação ulterior, sem que este sofresse modificação formal ou sem que se modificasse o espírito da norma constitucional. Veja-se, tb., a título de exemplo, a redação do art. 94 da Constituição da Venezuela.

Pode, também, ocorrer interpretação constitucional legislativa quanto às normas de eficácia contida. Recorde-se que as normas constitucionais de eficácia contida não dependem de legislação ulterior para terem eficácia; mas, muitas vezes, fazem menção à legislação futura que “antes de completar-lhe a eficácia, virá impedir a expansão da integridade de seu comando jurídico”.⁵⁵ Sob a perspectiva da interpretação constitucional essa legislação futura *interpreta* disposições constitucionais, na medida em que, com fundamento no próprio texto, pode restringir-lhes o alcance, ou seja “restringir o âmbito de sua eficácia e aplicabilidade, em vez de ampliá-lo”.⁵⁶ Por isso mesmo, são meios de interpretação constitucional legislativa. A sua função interpretativa, menos ampla e discricionária, é, todavia, tão importante quanto a das leis de integração de normas de eficácia limitada.

É que as regras de contenção que regulamentam dispositivos constitucionais, não podendo, como é óbvio, eliminá-los, podem, todavia, dar-lhes maior ou menor alcance, refletindo as circunstâncias históricas, políticas e sociais do momento e imprimindo, desta forma, à Constituição, maior ou menor elasticidade, caráter mais ou menos liberal.

A idéia torna-se particularmente clara quando se trata de lei ordinária que define elementos de contenção representados por palavras cujos conceitos são imprecisos, mutáveis e de difícil fixação objetiva. É o caso, por exemplo, dos conceitos de ordem pública, bons costumes, moralidade pública, ordem democrática, interesse social, necessidade pública, utilidade pública, segurança pública, etc., freqüentemente utilizados como elementos de contenção, de modo particular no que se refere a direitos individuais, políticos e sociais.

Ilustre-se a afirmação com exemplos retirados da Constituição Federal. O artigo 153, § 8º, assegura a liberdade de “manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, *nos termos da lei*, pelos abusos que cometer” e, ao final, permite restrições a essa liberdade com base na *moral e bons costumes* e na *ordem pública*.

De um lado, a *lei* que definirá e tipificará os *abusos* poderá ser mais ou menos restritiva; de outro, os conceitos de *bons costumes*, de *moral* e de *ordem pública* são difíceis de fixar objetivamente. O conceito de *bons costumes* é circunstancialmente variável: “A evolução social sempre importa na mudança da tábua de valores, com a trans-

55. Cf. Afonso da Silva, José, “Aplicabilidade...”, ob. cit., pág. 91.

56. Cf. idem supra, pág. 92.

formação de hábitos e atitudes que, num momento, podem contrariar os bons costumes e, em outro momento, já se tornam perfeitamente compatíveis com ele".⁵⁷

É claro que a lei ordinária que fixar restrições à liberdade de manifestação de pensamento, fundada nesses elementos de contenção, sofrerá influência da realidade social, política, histórica, e poderá ser mais ou menos restritiva; as restrições poderão ser mais ou menos amplas. Em momentos de crise social ou política, por exemplo, a noção de *ordem pública* pode sofrer endurecimento ou alargamento, que irá refletir no intérprete constitucional ao elaborar a norma disciplinadora de contenção do preceito constitucional.

Veja-se no Brasil o sentido atribuído à *segurança nacional*, pela Lei de Segurança Nacional (Lei n. 6.620, de 17 de dezembro de 1978), tão amplo que "hoje se pode dizer que, com base nela, se permite restringir, senão subtrair completamente, toda a autonomia privada e situações subjetivas de vantagens que sobressaem, para os indivíduos e associações, de normas constitucionais".⁵⁸

Cabe mencionar a importância da interpretação legislativa desse elemento de contenção, embutido no texto constitucional e nele referido, segundo José Afonso da Silva, dezesseis vezes.⁵⁹ Com efeito, o sentido, alcance ou significado da Constituição é, neste aspecto, restringido e limitado. Nada impede, todavia que, por alteração legislativa, se contenha o sentido da expressão *segurança nacional*, se lhe fixe conceitos objetivos mais consentâneos com a realidade e com as exigências do momento nacional em que vivemos, mais conforme também, à chamada *abertura democrática*, tônica do processo político em desenvolvimento. Aliás, nesse sentido forjam-se os reclamos nacionais dos órgãos da imprensa escrita e falada, das associações profissionais e entidades de classe, e até mesmo de membros do Superior Tribunal Militar.⁶⁰

Consoante se verifica, as diferentes categorias de normas constitucionais podem impulsionar a interpretação constitucional de modo variável. O perfunctório exame de algumas categorias de normas, baseado na tipologia construída por José Afonso da Silva ilustra a afir-

57. Cf. Afonso da Silva, José, "Aplicabilidade...", ob. cit., pág. 99.

58. Cf. Afonso da Silva, José, "Aplicabilidade...", ob. cit., pág. 103 (n.g.).

59. Cf., ob. cit., pág. 102.

60. Veja-se, a propósito, o jornal "O Estado de S. Paulo", de 2 de maio de 1982 (págs. 1 e 5), que noticia pronunciamento do Ministro Júlio de Sá Bierrembach, do Superior Tribunal Militar, favorável à reformulação e à retirada de vários artigos de Segurança Nacional, especialmente os referentes à Lei de Imprensa.

mação, de resto já salientada quando se cuidou, em linhas gerais, da matéria relativa à interpretação constitucional.

7. *Outros fatores que influem nessa modalidade de interpretação*

Além da especificidade da interpretação constitucional, decorrente da categoria das normas constitucionais, outros fatores devem ser levados em conta, por influírem na tarefa interpretativa legislativa constitucional: fatores *internos*, que são, basicamente, o processo legislativo e o regimento ou normas regimentais que disciplinam o funcionamento dos órgãos legislativos; e fatores *externos*, que são, em essência, os fatores de ordem política e social que repercutem na atividade legislativa, assim, as circunstâncias históricas existentes no momento da elaboração da lei, a composição do legislativo, particularmente no tocante à origem e engajamento político-econômico e social de seus membros, os grupos de interesse, as associações profissionais, os partidos políticos e, em especial, a influência do Poder Executivo, não somente no comando político-partidário mas, sobretudo no processo legislativo.

As regras que disciplinam o funcionamento interno do Poder Legislativo exercem influência considerável na atividade de interpretação constitucional, independentemente do *valor jurídico* de que são dotadas conforme os diversos ordenamentos jurídicos: simples normas convencionais, regras jurídicas puramente internas do Poder Legislativo, regras jurídicas de caráter geral ou normas constitucionais.

Biscaretti di Ruffia salienta, com propriedade, tal influência, ao referir-se às disposições introduzidas nos Regulamentos Parlamentares das Câmaras italianas, em 1958, para fixar, de modo definitivo, as modalidades de procedimento de revisão constitucional.⁶¹

Carlos Maximiliano, ao comentar a Constituição Brasileira de 1891, registra que o Parlamento velava pelo cumprimento da Constituição. Cita, para exemplificar, que tanto o Regimento do Senado, como o da Câmara dos Deputados exigiam, à época, na primeira discussão de qualquer projeto de lei, que se “tratasse unicamente, e em globo, da utilidade e da *constitucionalidade* dele”.⁶²

61. Cf. Biscaretti di Ruffia, Paolo, “La constitution, en tant...”, ob. cit., pág. 62; Wheare, Karl C., “Modern...”, ob. cit., págs. 121 e segs.

62. Cf. Maximiliano, Carlos, “Comentários...”, ob. cit., págs. 115-16. Refere-se o Autor aos Regimentos do Senado (artigo 160) e da Câmara de Deputados (artigo

Presentemente, ainda prevalece, no Brasil, a obrigatoriedade de manifestação prévia sobre constitucionalidade e juridicidade de qualquer proposta, nas Casas Legislativas, por força de regras regimentais. Cabe registrar que a inobservância dessas regras pode viciar o projeto e a lei eventualmente dele resultante.

Por outro lado, o funcionamento interno dos parlamentos tem importância decisiva no desenvolvimento da interpretação constitucional legislativa, na medida em que influi na própria elaboração legislativa, propiciando ou não a feitura de leis.

Com efeito, os mecanismos de atuação dos parlamentares, a formação, as atribuições e o papel dos órgãos diretivos dos legislativos, assumem particular importância porque permitem, pelo uso de meios variados, que vão desde as manobras políticas à obstrução sistemática, o *abortamento* de projetos, impedem a discussão e votação de proposições, aceleram o andamento de medidas legislativas ou delongam-nas quando não há interesse na sua aprovação.

A importância das normas relativas ao processo de elaboração legislativa não é menos significativa.⁶³

Biscaretti di Ruffia resume, em algumas frases, a influência dos fatores externos no papel da interpretação constitucional legislativa como processo de mutação constitucional, ao escrever, com propriedade:

“A realidade constitucional sofre consideráveis transformações, sem mudança da letra constitucional, em virtude de atos normativos. A importância das *leis de aplicação constitucional das disposições constitucionais* a esse respeito, é indubitável. As normas constitucionais jamais podem regular inteiramente a matéria, demandando, pois, para sua concreta aplicação, normas legislativas.

167), em vigor em 1915. Não se pode deixar de observar que o constitucionalista pátrio criticava o uso indiscriminado desse controle prévio de constitucionalidade que, muitas vezes, era o artifício utilizado para impedir o prosseguimento de projetos de lei que feriam interesses pessoais e particulares. Lembra o antigo Ministro do Supremo Tribunal Federal que o mesmo fenômeno de *psicologia política* foi observado por autores americanos que mencionam o uso da questão da *inconstitucionalidade* como argumento de primeira linha na batalha da elaboração legislativa travada nos parlamentos. (Cf. ob. cit., pág. 116).

63. A Constituição Brasileira em vigor enuncia regras a serem observadas na elaboração das leis (artigos 46 a 59), de singular importância porque definem privilégios que pesam a favor de projetos de iniciativa do Executivo (fixação de prazos por exemplo), e que podem determinar o *prevalecimento da orientação* do Executivo sobre matérias determinadas, e que, portanto, conduzem à interpretação da Constituição sob a ótica desse poder.

Na verdade, as normas legislativas — elaboradas freqüentemente com um intervalo de tempo considerável em relação à época em que foi redigida a Constituição e, em consequência, solicitadas por forças políticas muitas vezes consideravelmente diferentes daquelas então existentes — podem chegar a mudar sensivelmente o conteúdo originário das normas constitucionais”.⁶⁴

Em algumas matérias constitucionais a influência dos fatores externos é significativamente mais sensível. Assim, por exemplo, a influência desses fatores em matéria eleitoral, com relação ao desenvolvimento econômico e social, em matéria de direitos sociais, particularmente do trabalho e da educação.

8. *A interpretação constitucional legislativa: questões controvertidas*

a) As normas constitucionais de sentido impreciso, obscuro ou duvidoso

Pode a lei que complementa ou integra a Constituição fixar o sentido ou o alcance de texto constitucional impreciso ou duvidoso? Pode a lei integrativa interpretar norma constitucional de sentido obscuro e, para implementar sua efetiva aplicação, atribuir sentido preciso ao texto constitucional?

Pela negativa posicionam-se vários autores. Os argumentos contrários, mais freqüentemente utilizados, podem ser resumidos: *a)* não há interpretação autêntica da Constituição; a lei que fixasse sentido ou alcance preciso a texto constitucional de entendimento duvidoso estaria desenvolvendo essa modalidade de interpretação; *b)* a lei não é meio hábil para dirimir controvérsias constitucionais, sendo impossível “permitir-se na lei aquilo que a Constituição, embora em forma pouco precisa, não permite”; *c)* a lei que assim dispusesse distorceria o sentido do preceito complementado, mudando o sentido da Constituição. Isso desbordaria de sua competência e implicaria “verdadeira mutação constitucional por via indireta”.⁶⁵

A prática constitucional, todavia, tem demonstrado que a via legislativa é meio tão hábil para interpretar textos constitucionais duvi-

64. Cf. “La constitution, en tant...”, *ob. cit.*, pág. 61.

65. Cf. Afonso da Silva, José, “Aplicabilidade...”, *ob. cit.*, págs. 215-16. Os argumentos são arrolados por José Afonso da Silva, que traz à colação manifestação de Vitor Nunes Leal.

dosos, de alcance impreciso ou obscuro, como o é a interpretação constitucional jurisdicional.

É que ao Parlamento, tanto quanto ao Judiciário, cabe interpretar a Constituição, para, conseqüentemente, aplicá-la.

A ambos se impõem os mesmos limites: não podem alterar a letra do texto constitucional; não podem ultrapassar os lindes fixados pelos princípios e esquemas constitucionais; não podem deformar a Constituição.

Inegável, porém, que entre os limites referidos e o meio de aplicação constitucional — quer se trate de lei, de decisão jurisdicional ou outro meio qualquer previsto pela Constituição⁶⁶ — há um campo aberto à discricionariedade do intérprete constitucional que vai acionar o meio ou instrumento, quando se trata de texto duvidoso ou de alcance pouco definido. Não pode o intérprete constitucional competente deixar inerte o preceito porque não tem ele sentido cabalmente definido.

A ação legislativa, portanto, será imprescindível, no caso de texto de sentido ou alcance duvidosos, particularmente em se tratando de normas de eficácia limitada.⁶⁷

A fixação do sentido constitucional, de modo preciso e determinado, por via legislativa, não sofrerá contraste, se o conteúdo dessa fixação, por significar opção política, escapar ao alcance do controle jurisdicional de constitucionalidade; nos casos em que este é admitido, será, todavia, sujeita a esse controle, se transbordar do conteúdo, ainda que impreciso e incompleto, do texto.

Na prática, o tema se revela de enorme delicadeza e complexidade.

66. Lembre-se que a integração e a complementação de normas e disposições constitucionais podem ser levadas a efeito por vários meios. José Afonso da Silva cita, entre outros, no direito constitucional positivo brasileiro, as várias espécies de lei previstas pelo ordenamento constitucional, os decretos do Poder Executivo, as Resoluções do Senado Federal, etc., e lembra, em outros ordenamentos, o *referendum popular* (Cf. "Aplicabilidade...", ob. cit., págs. 212-13).

67. A *inércia* ou *não aplicação* de disposição constitucional deforma a Constituição do mesmo modo que o faz a utilização do meio — lei, resolução etc. — contrariando os limites fixados. Veja-se exemplificando, a amplitude da discricionariedade do legislador infra-constitucional, alegada em questão da maior importância para a vida econômica e social do país, qual seja a definição sobre a adoção, no Brasil, da unidade ou da pluralidade sindical. Tanto a Constituição de 1946 como as posteriores deixaram problema dessa magnitude à legislação ordinária. Cf. Vaz da Silva, Floriano Corrêa, "Direito Constitucional do Trabalho"; LTR, 1977, págs. 173-178.

A atitude dos tribunais tem sido cautelosa no exame da constitucionalidade de leis nesses casos⁶⁸, subordinando-o a regras de inegável validade e funcionalidade.⁶⁹

Negar-se, pois, ao intérprete constitucional legislativo a faculdade de, na sua tarefa obrigatória de integração ou complementação do texto constitucional, construir, compor, compreender, descobrir e revelar o sentido e o alcance das disposições constitucionais, importaria negar a mesma faculdade ao intérprete constitucional judicial, implicaria a negação de toda a formidável doutrina da *construction* criada pela jurisprudência norte-americana.

A lei que complementa e integra a norma constitucional é uma força operante; destina-se a tornar viva a Constituição, desenvolvendo-a de forma a torná-la apta a cumprir as finalidades e objetivos visados, adaptando-a à realidade e às necessidades sociais contingenciais.

Cabe, portanto, ao órgão legislativo competente buscar o cumprimento efetivo da norma, contornando as dificuldades e suprindo-lhe as obscuridades.

Em resumo, respondendo à questão proposta pode-se afirmar: não se trata, no caso, de interpretação autêntica da Constituição. Trata-se, tão somente, de se procurar viabilizar a aplicação constitucional, de modo harmônico com o seu conteúdo e espírito. A *lei*, se é esse o

68. Cf. Bittencourt, C.A. Lúcio, "O controle...", ob. cit., págs. 91 e segs. O Autor, lembrando Castro Nunes, menciona: o poder legislativo de interpretar a Constituição, é "inerente à aplicação de toda lei, porque pressupõe a exegese, como operação preparatória do desenvolvimento da regra legal..."

69. "O conflito entre a lei ordinária e a Constituição deve ser de tal ordem que o juiz sente a convicção clara e forte da incompatibilidade entre uma e outra"; "a violação da Carta Constitucional deve ser provada além de toda dúvida razoável" (Cf. Bittencourt, C.A. Lúcio, ob. cit., págs. 91 e segs.). "A inconstitucionalidade não pode decorrer só dos *motivos* da lei. Se o parlamento agiu por motivos reprovados ou incompatíveis com o espírito do Código Supremo, porém, a lei não é, *no texto*, contrária ao estatuto básico, o Tribunal abstém-se de a condenar". "Existe a inconstitucionalidade *formal*, alegável em *todos* os países e decorrente do fato de não ter o projeto de lei percorrido os trâmites regulares até a *publicação* respectiva; e a *intrínseca* ou *substancial*, relativa à incompatibilidade entre o estatuto ordinário e o supremo, da qual os tribunais brasileiros, argentinos, mexicanos e norte-americanos tomam conhecimento, porém, não pode ser ventilada nos pretórios europeus em geral". "*Cumpra ao legislador* e ao juiz, ao invés da ânsia de revelar inconstitucionalidades, mostrar solicitude no sentido de enquadrar na *letra do texto antigo* o *instituto moderno*". "A Constituição é a lei suprema do país; contra a sua *letra*, ou *espírito*, não prevalecem resoluções dos poderes federais, constituições, decretos ou sentenças federais, *nem* tratados, ou quaisquer outros atos diplomáticos" (Cf. Maximiliano, Carlos, "*Hermenêutica...*", ob. cit., págs. 306 e segs.).

meio de integração constitucional previsto pela norma constitucional, é instrumento hábil para fazê-lo porque o legislador recebe, da Constituição, poder e dever para aplicá-la; por fim, a lei integrativa, realmente, pode implicar modalidade de *mutação constitucional*, mas não de *deformação constitucional*. É que o conceito de mutação constitucional pressupõe, precisamente, a possibilidade de mudança de sentido ou do alcance da Constituição, sem alteração da letra e sem violação do espírito constitucional.

b) *As lacunas constitucionais*

Outra questão que se coloca é saber se é possível preencher *lacuna constitucional* mediante *lei*.⁷⁰

Impõe-se resposta afirmativa. Realmente, a *lei* tem sido indicada, na prática constitucional, como um dos meios adequados para preencher *lacunas* constitucionais.

Pinto Ferreira cita, como exemplo, a “Lei de Sucessão Presidencial”, de 1886, que, nos Estados Unidos da América, foi editada para solucionar lacuna existente na Constituição de 1787. Não previa o documento constitucional americano forma de preenchimento do cargo de Presidente, quando inexistissem presidente ou vice-presidente eleitos para ocupá-lo.⁷¹

A doutrina pátria menciona e exemplifica a existência de lacuna constitucional no texto federal, preenchida por *lei* — no caso, a Constituição de um Estado-membro.

Eis o exemplo.

A Constituição Brasileira em vigor admite o controle de constitucionalidade, em tese, por via direta, de lei ou ato federal e de lei ou ato estadual, por violação à Constituição Federal.

Não cuida, todavia, do controle direto, em tese, de lei ou ato municipal frente à Constituição Federal. Em resumo: a Constituição Federal protege e assegura a supremacia de suas disposições frente a leis e atos federais e leis e atos estaduais, mediante controle direto; não alcança essa proteção, expressamente, leis e atos municipais. Por outro lado, a Constituição Federal não previu, também, porque não lhe cabia

70. Sobre noção e tipos de *lacunas* ver Ráo, Vicente, — “O Direito e a Vida dos Direitos”, ob. cit., pág. 599, e Bobbio, Norberto, “Teoria dell’ordinamento giuridico”, Turim, G. Giappichelli Editore, págs. 162-166.

71. Cf. “Princípios...”, ob. cit., pág. 159; cf. também Galeno Lacerda, ob. cit., págs. 325-26.

fazê-lo, o controle direto de leis e atos municipais frente a Constituição Estadual.

Entendeu a doutrina que o *vazio constitucional*, no primeiro caso, constitui uma *omissão*, um *campo em branco*⁷² ou uma *lacuna constitucional*; no segundo caso, trata-se de *lacuna constitucional necessária*.⁷³

Essa *omissão*, ou *lacuna*, no Estado de São Paulo foi preenchida pela Constituição Estadual, em dispositivo expresso que, por força de *interpretação construtiva integradora* do sistema constitucional vigente instituiu ação direta de controle de constitucionalidade de leis e atos municipais.⁷⁴

9. A interpretação constitucional legislativa: espécie de mutação constitucional

Presentes as características e as peculiaridades da interpretação constitucional, desdobradas na primeira seção “As linhas mestras da interpretação constitucional” e examinadas as notas distintivas e peculiaríssimas da interpretação constitucional legislativa, ressalta a importância da função dessa modalidade de interpretação como via de mutação constitucional.

72. Cf. Grinover, Ada Pellegrini, “A ação direta de controle da constitucionalidade na Constituição paulista”, in: São Paulo (Estado), Procuradoria Geral do Estado, “Ação direta de controle da constitucionalidade de leis municipais, em tese”, São Paulo, Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1979, pág. 54; Dallari, Dalmo de Abreu, “Lei municipal inconstitucional”, in: São Paulo (Estado), Procuradoria Geral do Estado, “Ação...”, ob. cit., pág. 120; ver também Acórdão da Representação de Inconstitucionalidade n. 261.928, Relator Desembargador Xavier Homrich e votos declarados dos Desembargadores Oliveira Lima e Adriano Marrey, publicado em São Paulo (Estado), Procuradoria Geral do Estado, “Ação...”, ob. cit., págs. 136 e segs. e 150.

73. Cf. Lacerda, Galeno, “Constitucionalidade do artigo 51 da Constituição do Estado de São Paulo”, R. Proc. Geral Est. São Paulo, São Paulo, (16):315-73, jun. 1980. O Autor esclarece o conceito de *lacuna necessária* e exemplifica, na Constituição Brasileira, com a competência supletiva dos Estados (artigo 8º, parágrafo único) e os poderes remanescentes (artigo 13, § 1º). No tocante à ausência de norma constitucional dispondo sobre o controle de leis e atos municipais frente à Constituição Federal afirma “estamos pois, em face de autêntica *lacuna* na Constituição Federal no tocante ao controle direto desse tipo de inconstitucionalidade genérica” (ob. cit., pág. 351).

74. Cf. artigo 51 da Constituição Estadual de 1969 (Emenda n. 2, de 30 de outubro de 1969) e artigo 50 da Constituição Estadual de 1967. Por via indireta, sobre o artigo 51 refletiu a decisão do STF, que declarou inconstitucional o artigo 54, I, I da Constituição Estadual (V. R.E. n. 93.084-4/SP, DJU 11.9.81), o que todavia não invalida o exemplo,

As leis de aplicação constitucional, insensivelmente, invisivelmente, constante, diuturna e permanentemente, vão mudando a feição da Constituição, imprimindo-lhe novos significados, conteúdo renovado, alcance mais amplo ou mais restrito.

É através dessas leis que a *Constituição viva*, à qual se referem Meirelles Teixeira e Karl Loewenstein é realmente conhecida.

Poder-se-ia, parafraseando Charles Evans Hughes, afirmar: *The living constitution* é o que a interpretação constitucional diz que ela é.

A mutação constitucional legislativa ocorre quando, por essa via, se transmuda o sentido atribuído aos conceitos fixados pela norma constitucional, para adaptá-la a realidades novas, a situações distintas, a momentos e circunstâncias sociais, políticas ou econômicas diferentes; ocorre, também, quando se altera, se amplia ou se restringe o programa apenas esboçado pela norma constitucional; ocorre, ainda, quando se preenchem vazios constitucionais, se suprem omissões, se esclarecem obscuridades, dando-se, por via legislativa, novo alcance ao texto constitucional, que irá abranger situações novas ou disciplinar, de modo atual e definido, comportamentos imprecisamente previstos na Constituição.

O arrolamento desses casos é meramente exemplificativo. Muitos outros se revelam na prática constitucional. Somente o exame concreto de cada ordenamento permitirá, talvez, indicar, de modo exaustivo, as inumeráveis mutações constitucionais provocadas pelas leis de aplicação do respectivo Estatuto Fundamental.

Alguns exemplos, assim, possibilitarão avaliar a importância dessa modalidade de mutação constitucional.

10. Exemplos de mutação constitucional provocada pela interpretação constitucional legislativa

A interpretação constitucional legislativa implica processo de mutação constitucional quando, por via legislativa, se altera o sentido, o significado ou o alcance das disposições constitucionais sem que se lhe alterem a letra ou o espírito.

sob o aspecto ora examinado. Veja-se, a propósito, nossa tese apresentada e aprovada no XI Congresso Nacional de Procuradores do Estado. "Anais", 1983, pág. 259. "Defesa da Constituição Estadual: A Ação Direta de Controle de Constitucionalidade", em co-autoria com Ada Pellegrini Grinover.

Sob vários ângulos é possível examinar-se o desenvolvimento da mutação constitucional por via legislativa.

Assim, se se considera a categoria das normas constitucionais, a mutação constitucional por essa via será mais perceptível no caso das normas de eficácia limitada, particularmente das normas programáticas.

Tomando-se como critério o conteúdo, ou seja, a matéria constitucional vertida nas disposições constitucionais, pode-se verificar que a interpretação constitucional legislativa, voltada para certos e determinados assuntos, oferece campo amplo e propício à mutação constitucional; é o que ocorre com a matéria eleitoral, as normas atributivas de direitos políticos e sociais, notadamente as referentes ao direito do trabalho e à educação.⁷⁵

Singularmente interessante é o exame da mutação constitucional provocada por via legislativa quando se toma como critério a matéria constitucional.

Exemplifique-se com alguns casos retirados da experiência constitucional e relatados pela doutrina.

Determinados assuntos, de natureza evidentemente constitucional, porque definem, de modo particularizado, a feição política, social e econômica do Estado, não podem, todavia, encontrar uma regulamentação completa na Constituição, que por seu caráter e sua função específica, se limita, geralmente, a fixar princípios gerais, deixando ao legislador comum desenvolver, complementar e integrar suas disposições.

É, assim, sobretudo nesses assuntos, que a interpretação legislativa poderá assumir, com evidência maior, o papel de processo de mutação constitucional, imprimindo sentido e significado concretos às normas constitucionais; esse papel é altamente influenciado pelas circunstâncias presentes no momento da elaboração legislativa, máxime as de natureza política.

Dentre as matérias que se enquadram nessa observação, a matéria eleitoral e partidária é particularmente ressaltada pelos que se debruçam sobre o exame das mudanças não formais da Constituição, produzidas pela elaboração legislativa.

Biscaretti di Ruffia examina detidamente o problema lembrando que, no tocante à matéria eleitoral, de importância vital para a determinação da feição dos órgãos políticos, a maioria das Constituições somente consagra princípios gerais tais como a adoção do sufrágio

75. Tais matérias sofrem, de modo mais sensível, a influência dos fatores externos conforme mencionado às fls. 85, 86 e 87.

universal, da eleição direta, da diferença entre as Câmaras no Parlamento, deixando às leis eleitorais a tarefa de “estabelecer todas as medidas necessárias à sua execução, como por exemplo, as relativas às consultas populares”.

Na França de 1946, a configuração da legislação eleitoral infraconstitucional como modalidade de mutação constitucional foi ressaltada por Maurice Duverger.

Salientando que a nova Constituição de 1946 se inspirava na idéia geral de enfraquecer o governo em face de um Parlamento praticamente reduzido a uma Assembléia, assinala o renomado constitucionalista que, do sistema eleitoral adotado sob a égide desta Constituição, resultou a perenidade do regime dos partidos *monolíticos* que caracterizaram a estrutura das constituintes. Ausentes, embora, dos textos constitucionais, “os partidos estão presentes por toda parte. Na realidade, eles detêm a substância do poder; os órgãos criados pela Constituição de 1946 estão em risco de serem apenas aparentes, se não for mudado o *regime que serve de base à Assembléia Nacional*.”⁷⁶

Karl Wheare⁷⁷ também menciona a legislação eleitoral como força primária no desenvolvimento e modificação de uma Constituição e, na mesma linha de Biscaretti Di Ruffia, exemplifica: na Suécia, a lei que disciplina o sistema eleitoral faz parte da Constituição; em muitos países, todavia, apenas certos princípios gerais relativos ao sistema eleitoral integram-na. Assim, por exemplo, a adoção do sufrágio universal e da representação proporcional. A maioria dos países deixa os pormenores, os desdobramentos do sistema eleitoral tais como: a forma de emitir voto, a distribuição de cadeiras, a qualificação dos votantes, a organização dos partidos, etc. para a legislação ordinária. Ora, diz o autor, “tais disposições são de fundamental importância para o funcionamento de uma Constituição e, sem embargo, em muitos países *se praticam e se modificam sem nenhuma emenda formal*”.

O sistema eleitoral adotado em um país e a distribuição de cadeiras determinam a posição dos partidos no corpo legislativo e a força e a importância do próprio Poder Executivo. Em grande número de Estados norte-americanos, a organização dos partidos políticos, a forma pela qual selecionam seus candidatos às eleições primárias, e a qualificação de seus membros, são reguladas por leis que, não integrando

76. Cf. “Manuel de droit constitutionnel et de science politique”, págs. 317-8, *apud* Pacheco, Cláudio, “Tratado...”, *ob. cit.*, v. 1, p. 181 (n.g.)

77. Cf. *ob. cit.*, págs. 82-3.

formalmente a Constituição, têm exercido sobre ela considerável influência.⁷⁸

Os partidos políticos são, talvez, dentre os fatores externos, o que maior influência tem sobre o funcionamento da Constituição. Tão importante, afirma Karl Wheare, que “uma Constituição é o esqueleto e os partidos lhe proporcionam a carne e o sangue”. E, não obstante, poucas Constituições se referem expressamente aos partidos políticos.⁷⁹

Não é fácil avaliar a repercussão que os partidos políticos têm sobre a efetiva aplicação de uma Constituição. De resto, essa influência varia de um país para outro. Porém, no exercício da função legislativa o reflexo da vivência partidária é intuitivo.

Exemplo significativo, a esse propósito, é mencionado por Wheare: o enfraquecimento do Poder Executivo na França, nas III e IV Repúblicas, em razão da multiplicidade de partidos. Não obstante a Constituição ter outorgado ao Poder Executivo consideráveis poderes, este não logrou exercê-los concretamente porque não contava com o apoio efetivo e constante dos partidos políticos. De resto, circunstâncias políticas, externas à Constituição formal, determinaram o desequilíbrio entre os poderes constituídos — o governo e o corpo legislativo.

Exemplo semelhante pode ser mencionado no Brasil, após 1946. A multiplicidade de partidos e a dificuldade de consenso e harmonia entre eles, na atuação no Congresso e com relação ao Poder Executivo, foi um dos fatores que conduziu, de modo sensível, à inércia legislativa, bloqueando a feitura de inúmeras leis de aplicação constitucional, como ocorreu com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que permaneceu em discussão no Congresso cerca de quinze anos.

No campo econômico, a importância da tarefa legislativa não é menos significativa:

Aponta-a Cláudio Pacheco: “A expansão do intervencionismo do Estado nos domínios econômicos e sociais está sendo realizada, já agora não mais no nível constitucional e sim por *via de legislação comum*, em benefício das prerrogativas do Presidente da República, a que se dão, repetida e uniformemente, as atribuições para prover todas as direções dos mais avançados órgãos de previdência social, de assistência social, de pesquisa, de sondagem, de intervenção propriamente dita, de economia mista, seja comercial, seja industrial, todos

78. Cf. Wheare, Karl, “Modern...”, ob. cit., págs. 75 e segs.

79. Cf. ob. e p. cit. O Autor lembra que nos Estados onde há partido único as Constituições contêm preceitos para discipliná-lo. Assim, a Constituição Soviética de 1937 (artigo 126).

com regalia de autonomia financeira, ou mesmo administrativa em geral...”⁸⁰

Nesse campo, nos Estados Unidos, o desenvolvimento legislativo é assinalado como um dos mais importantes meios de mutação constitucional.

Karl Wheare demonstra, com propriedade, por intermédio de uma série de exemplos, a seguir resumidos, como o Congresso Americano contribuiu, através dos tempos, para a modificação do sentido da Constituição redigida em 1787.⁸¹

Em 1787, os constituintes deram ao Congresso o poder de regular o comércio entre os diferentes Estados. À época, existentes apenas os treze Estados que originalmente formaram a Federação americana, pouco povoados e de caráter predominantemente agrícola, o comércio entre eles não tinha grande significação na vida econômica do país. Mas, no século passado, com as mudanças provocadas pela revolução industrial, revolução comercial e principalmente pela revolução dos meios de comunicação de massa, o comércio entre os Estados cresceu vertiginosamente. Pois bem, sem mudar uma única palavra da Constituição, o Congresso dos Estados Unidos, invocando o poder de *regular o comércio entre os Estados* assumiu e legislou sobre uma enorme gama de atividades, da maior importância para o povo dos Estados Unidos. Não se trata de competência usurpada aos Estados, pois que estes nunca a tiveram. Trata-se de competência que desde o início era do Congresso, embora de pouco alcance e utilização, a princípio, e enormemente acrescida em decorrência da evolução econômica e social do país. Por interpretação legislativa, deu-se feição nova à Constituição de 1787, pois que o agigantamento do exercício do poder do Congresso trouxe uma modificação conseqüente no equilíbrio entre a União e os Estados.

O desenvolvimento do *Estado do Bem-Estar Social* acarretou, como conseqüência, um alargamento do poder central que, de fato, tem mudado e desequilibrado o esquema de poderes da Constituição americana. Cabe registrar que essa ampliação do poder central, não raro, se desenvolveu por via legislativa.

Inerente à concepção do *Welfare State* é a idéia de que é obrigação do Estado garantir, aos cidadãos, um nível mínimo de bem-estar — conceito que envolve, dentre outros conteúdos, um certo grau de educa-

80. Pacheco, Cláudio, “Tratado...”, ob. cit., v. 1, págs. 274-75 (n.g.).

81. Cf. “Modern...”, ob. cit., págs. 71 e segs.

ção, a garantia de assistência social e previdência social, de moradia, de emprego, etc. Em regra, “é o governo central que pode ou consegue meios para assegurar tais solicitações populares, porque é ele que tem acesso à riqueza e que pode transferi-la dos cidadãos ricos ou das regiões mais ricas para os cidadãos ou regiões mais necessitadas”.⁸² Essa poderosa tendência de centralização reflete-se na amplitude do poder de legislar do Congresso, provocandó, também sob este aspecto, uma mudança na estrutura constitucional americana sem que, no entanto, tenha ocorrido qualquer modificação da letra da Constituição.

A relevância da atividade legislativa no disciplinar órgãos criados pela Constituição é sobremodo significativa, acentua Biscaretti Di Ruffia, que ilustra a afirmação com exemplos retirados da experiência constitucional italiana. Assim, demonstra o constitucionalista italiano que a Lei n. 33, de 5 de janeiro de 1957, que disciplinou o Conselho Nacional de Economia do Trabalho, criado pela Constituição Italiana de 1947, procurou minimizar as atribuições desse órgão. Refletiu-se, nessa regulamentação, o temor que dominava o Parlamento italiano, de que o mencionado órgão, pela importância constitucional que lhe havia sido atribuída, pudesse se elevar à categoria de *uma terceira assembléia parlamentar*, ao lado da Câmara e do Senado.

Outro exemplo mencionado é o da Lei n. 1.951, de 24 de março de 1958, que, dando aplicação ao artigo 104 da Constituição italiana, disciplinou o Conselho Superior da Magistratura. Esse Conselho foi previsto, a nível constitucional, a fim de assegurar à magistratura plena independência, pelo que se lhe conferiram atribuições de órgão de decisão em tudo o que concerne à carreira dos magistrados e seu regime disciplinar. Todavia, à época da edição da lei, o Governo, preocupado com o fato de que o Poder Judiciário, valendo-se de tais atribuições, pudesse constituir-se em um corpo fechado e irresponsável, inseriu na lei numerosas disposições destinadas a limitar, de modo sensível, os poderes que os constituintes de 1947 entenderam atribuir ao órgão em questão. E tanto isto ocorreu que a Corte Constitucional italiana, “embora refutando diversas outras inconstitucionalidades, também levantadas, em dezembro de 1963, declarou, pelo menos, a inconstitucionalidade do artigo 11, alínea 1ª, da referida Lei, que visava a restringir os poderes do Conselho Superior, condicionando à iniciativa do Ministro da Graça e da Justiça todas as proposições relativas à carreira dos magistrados”.⁸³

82. Cf. Wheare, Karl C., ob. cit., pág. 73.

83. Cf. Biscaretti di Ruffia. La constitution, en tant...”, ob. cit., págs. 61-2.

Também na França a Constituição de 1958 não poderá ser apreciada no seu conteúdo real e efetivo, se não se examinarem, paralelamente, as numerosas *ordonnances* presidenciais, fundadas na Lei Maior e que contribuíram para restringir as competências parlamentares, diminuir o alcance dos poderes do Conselho Constitucional e reduzir o papel do Conselho Econômico e Social.⁸⁴

Observa-se, diante dos exemplos expostos, que nem sempre a interpretação legislativa, enquanto via de mutação constitucional, traz ampliação ou transformação de sentido da norma para torná-la mais abrangente; por vezes, a interpretação constitucional produz exatamente o inverso, contendo o alcance do texto, o que importa também em mutação constitucional pela legislação ordinária.

Não é raro o legislador ordinário, sob influência de interpretações anteriores, de tradições históricas, resistir em conferir ao texto constitucional, especialmente a um novo texto constitucional, interpretação também renovada, condizente com os motivos ou a época que o inspiraram. Em uma palavra, sobrevive o *conservadorismo*, tão freqüente no plano legislativo. Nas casas parlamentares, muitas vezes, predominam os elementos conservadores, insensíveis às mudanças e que buscam e encontram, ao abrigo das interpretações constitucionais arraigadas, meios e caminhos para manter o *status quo* e obstacular inovações.

Na primeira República brasileira, transição da monarquia para o federalismo, no capítulo da educação encontra-se exemplo dos mais significativos a esse respeito.

No Império, a partir da criação das Assembléias Provinciais, delimitou-se a competência entre essas assembléias e o governo central, relativamente à instrução pública. Diante do texto do artigo 10, 2º do Ato Adicional (Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834) que dispunha competir às Assembléias Provinciais legislar:... “Sobre instrução pública e estabelecimentos próprios a promovê-la, não compreendendo as faculdades de medicina, os cursos jurídicos, academias atualmente existentes, e outros quaisquer estabelecimentos de instrução que, para o futuro, forem criados por lei geral”, predominou a interpretação de que a instrução primária era privativa das Províncias, e a superior ao Poder Central.⁸⁵

84. Cf. Biscaretti di Ruffia, Paolo, ob. cit., págs. 61-2.

85. Cf. Nagle, Jorge, “Educação e sociedade na Primeira República”, São Paulo, EPU/EDUSP, 1974, págs. 280 e segs.

Na transição do Brasil Império para o Brasil República Federativa, a Constituição de 24 de fevereiro de 1891 cuidou da distribuição de competências, em matéria educacional, particularizadamente nos artigos 34, n. 30, e 35. O primeiro dava ao Congresso Nacional competência privativa para “legislar sobre a organização municipal do Distrito Federal, bem como sobre a polícia, o *ensino superior* e os demais serviços que na capital forem reservados para o governo da União”. O artigo 35 dispunha: “Incumbe ao Congresso, mas *não privativamente*: ... 2º) “Animar no país o desenvolvimento das letras, artes e ciências,... sem privilégios que tolham a ação dos governos locais; 3º) Criar instituições de ensino superior e secundário nos Estados; 4º) Prover a instrução secundária no Distrito Federal”.

“Tais imperativos parecem propor, de maneira clara, a competência concorrente da União e dos Estados em matéria educacional. Em nenhum dispositivo se encontra expressa, quanto à letra e quanto ao espírito, a atribuição de competência exclusiva da União ou dos Estados neste ou naquele nível ou ramo do ensino”.⁸⁶

E não obstante, por resquícios da interpretação constitucional dominante à época do Império, prevaleceu a interpretação de que cabia à União, com exclusividade, legislar sobre ensino secundário e superior, e aos Estados, legislar sobre a instrução primária.⁸⁷

Essa interpretação restritiva impediu a necessária atuação do Governo Federal no domínio do ensino primário, e dos Governos Estaduais na área do ensino secundário e superior. Preceitos de Constituições estaduais que autorizavam o Estado a legislar sobre o ensino secundário e superior permaneceram inertes. “Na prática, portanto, de pouco valeu a passagem do Império para República; duas formas doutrinariamente diversas de organização do Estado, bem como de pouco valeram as pregações dos propagandistas e idealizadores da República

86. Cf. Nagle, Jorge, ob. cit., pág. 282.

87. Posição diferente adotou Barbalho, João, “Comentários...”, ob. cit. págs. 135-6. Examinando o artigo 34 (n. 30) escreveu o renomado comentarista pátrio: “Os serviços e interesses da instrução pública ficaram, em nossa urdidura constitucional, assim determinados: o ensino em todos os seus graus, primário, secundário e superior é objeto de legislação dos Estados nos limites de cada um destes, e dos municípios conforme essa legislação. *Cabem exclusivamente na competência federal o ensino superior e o ensino secundário do Distrito Federal.* E sem prejuízo da ação dos Estados, pode a União criar nele estabelecimentos de ambas essas naturezas. É o que resulta da combinação do artigo 34, n. 30, artigo 35, ns. 3 e 4 e artigo 65, n. 2”.

a respeito da instrução, pois, com essa passagem, *permaneceram os mesmos princípios adotados no regime anterior...*⁸⁸

Todavia, após a Grande Guerra de 1914, pressionado pelas circunstâncias do momento, particularmente em razão da existência de escolas estrangeiras que ministravam educação primária em língua estrangeira, viu-se o Governo Federal pressionado a atuar na área do ensino primário. Sem mudar o texto da Constituição, apenas dando-lhe nova interpretação, utilizando-se de autorização legislativa, intervé o Poder Executivo Federal no domínio da educação primária, expedindo o Decreto nº 13.014, de 4 de maio de 1918.⁸⁹

Eis, aí, exemplo claro de como a interpretação constitucional legislativa pode atuar, restringindo ou ampliando o alcance do texto constitucional.

Esse breve esboço da atuação legislativa no campo da aplicação constitucional, notadamente em algumas matérias, teve por meta registrar em que medida a interpretação constitucional legislativa, desenvolvida por quaisquer dos meios já indicados (leis complementares, leis orgânicas, etc.) e visando a quaisquer dos fins que lhe foram assinalados (complementação ou integração das normas constitucionais, preenchimento de lacunas, desdobramento de princípios constitucionais, determinação ou fixação do alcance de preceitos constitucionais, disciplinação de órgãos e institutos criados ou previstos na Constituição, etc.), ao mesmo tempo em que cumpre sua finalidade principal, que é a de dar efetiva aplicação à norma constitucional, pode, também, conduzir à *mutação constitucional*, modificando o alcance, o sentido, ou o significado da Constituição, sem alterar-lhe a letra e o espírito.

11. Os perigos da mutação constitucional legislativa

Os riscos da mutação constitucional provocada pela interpretação constitucional, já salientados, merecem ser ressaltados no tocante à interpretação constitucional legislativa.⁹⁰

As características de que se reveste essa modalidade de interpretação constitucional e a complexidade da função do legislador na ela-

88. Cf. Nagle, Jorge, ob. cit., págs. 282-3 (n.g.).

89. Cf. idem supra, p. 285.

90. Cf. dentre outros Gomes Canotilho, José Joaquim, "Direito...", ob. cit., págs. 246-7; Li Bassi, Antonino Pensovecchio, "L'interpretazione...", ob. cit., págs. 115 e segs.

boração das leis de aplicação constitucional tornam extremamente difícil e delicada a função de controle dessa atividade.

Por isso a doutrina limita-se, em geral, a apontar os perigos dessa mutação constitucional e acentuar a necessidade de se desenvolver mecanismos de controle mais eficazes para evitar deformações constitucionais por via legislativa.

Nesse sentido, Li Bassi assinala, com propriedade, que os riscos dessa interpretação variam conforme o ordenamento jurídico, pelo que não se pode generalizar ou sistematizar casos e soluções. Limita-se o Autor a advertir o “intérprete constitucional no sentido de que deve demonstrar constante ponderação ao aplicar a intrínseca possibilidade de desenvolvimento e de adaptação legislativa da norma constitucional à realidade”.⁹¹

Os riscos existem, portanto, e não podem ser ignorados.

Não devem eles, todavia, servir de pretexto para que as leis imobilizem o texto constitucional, impeçam mudanças necessárias e perfeitamente admitidas, quando não exigidas, pelo espírito e pela letra da Constituição.

Nesse sentido pondera Pinto Ferreira quando afirma que os textos legislativos se devem pôr de acordo com a vida social, com o objetivo de não se mumificar a Constituição.⁹²

91. Cf. ob. cit., págs. 116-7.

92. Cf. Pinto Ferreira, Luís, “Princípios...”, ob. cit., págs. 158-9.

SEÇÃO III

A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL JUDICIAL

SUMÁRIO: 1. Considerações gerais. 2. Extensão e limites da interpretação constitucional. 3. Notas características. 4. Interpretação constitucional judicial: espécie de mutação constitucional. 5. Exemplos retirados da experiência constitucional.

1. Considerações gerais

A interpretação judicial da Constituição, por sua alta relevância, tem sido considerada, pela doutrina, como a de maior importância dentre as espécies de interpretação constitucional orgânica.¹

A relevância atribuída à interpretação constitucional judicial deve, em grande parte, ser atribuída à repercussão das decisões judiciais e às características de que se reveste essa modalidade de interpretação constitucional.

Por outro lado, nos ordenamentos jurídicos de Constituição rígida, que admitem a revisão judicial dos atos dos poderes constituídos, o controle jurisdicional de constitucionalidade dilata o campo de atuação do intérprete², abrindo caminho para uma complexa controvérsia sobre a natureza, os princípios e os instrumentos da atividade inter-

1. Carpizo, Jorge & Fix-Zamudio, Héctor, "Algunas reflexiones...", ob. cit., pág. 20.

2. Cf. Baracho, José Alfredo de Oliveira, "Teoria...", ob. cit., pág. 78. Citando Alípio Silveira lembra o Autor, com propriedade, que a maioria dos casos de interpretação da Constituição pelos Tribunais se destina justamente à operação desse controle.

pretativa.³ Acentue-se a importância da interpretação judicial no controle de constitucionalidade da atuação do legislador ordinário,⁴ intérprete também autorizado da Constituição, que elabora leis de aplicação constitucional.⁵

Algumas constituições expressamente reconhecem aos tribunais a missão de intérprete da Constituição; noutras, a faculdade de interpretar a Constituição decorre implicitamente da natureza da função judicial.⁶

A noção de interpretação constitucional judicial é orgânica; trata-se da interpretação constitucional desenvolvida pelo Poder Judiciário.

A atribuição da função judicial de interpretar a Constituição varia, conforme o ordenamento. Pode ser exercida, indistintamente, por juízes e tribunais, sendo, nesse caso, tanto mais importante e de maior repercussão quanto mais alta for a competência do órgão que a exerça; pode

3. Cf. Chierchia, Pietro Merola, "L'interpretazione...", ob. cit., pág. 36; Li Bassi, Antonino Pensavecchio, "L'interpretazione...", ob. cit., pág. 136 (nota). Observe-se que é, com efeito, no campo da interpretação constitucional judicial que se coloca, mais freqüentemente, a questão dos métodos de interpretação constitucional (do seu uso pelos intérpretes, a natureza da interpretação constitucional, etc.). Embora os métodos, os elementos, os critérios interpretativos estejam ao menos implicitamente presentes em todas as modalidades de interpretação, é na de natureza judicial que são mais profundamente examinados, que estão, em regra, aparentes, e que são, a todo momento, invocados. Se a categoria das normas constitucionais avulta em importância para a interpretação legislativa porque, conforme o tipo de norma, maior é a discricionariedade do legislador para complementar ou integrar disposições constitucionais, na interpretação constitucional assumem especial relevância os métodos de interpretação e os elementos interpretativos, particularmente o elemento político, já mencionado.

4. Há constituições que proíbem a revisão judicial da lei. A Constituição da Holanda (art. 124), por exemplo. Na Suécia, o que mais se aproxima de uma espécie de *supervisão judicial* é a existência do órgão chamado *Lagrad*, composto de três juízes do Supremo Tribunal e um juiz do Supremo Tribunal Administrativo, cuja missão é assessorar o *Riksdag* em matérias legislativas importantes. Se o *Lagrad* opina pela inconstitucionalidade do projeto de lei, o *Riksdag* rejeita-o (cf. Wheare, Karl, ob. cit., pág. 104).

5. A interpretação judicial, embora não sendo interpretação autêntica, isto é, do próprio legislador constituinte, tem, de certo modo, o efeito e resultado da interpretação autêntica, porque pode anular a interpretação constitucional legislativa, ao declarar inconstitucional a lei de aplicação constitucional. A colocação, que entendemos procedente, é feita por Li Bassi, ob. cit., pág. 137, nota.

6. Cf. Wheare, Karl, ob. cit., pág. 101. O Autor exemplifica mencionando Constituições que acolhem expressamente o controle da constitucionalidade das leis e onde aparece, nítida, a faculdade interpretativa constitucional dos Tribunais (Irlanda, Austrália, Cantões Suíços, Áustria, Itália, Canadá e suas Províncias, etc.).

ser atribuída a órgãos jurisdicionais especiais, ou pode ser reservada ao órgão de cúpula do Poder Judiciário.⁷

Revela-se a interpretação judicial nas decisões — sentenças, ares-tos, acórdãos — que aplicam a Constituição ao caso concreto, o que pode ocorrer de dois modos: ou mediante a aplicação pura e simples da norma constitucional para solucionar a lide; ou nos casos em que o exercício da função jurisdicional visa ao controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos.⁸

Frederico Marques refere-se às duas modalidades de jurisdição constitucional que envolvem a aplicação da Constituição e, em consequência, pressupõem a atividade interpretativa judicial:

“Quando o tribunal exerce suas atribuições judicantes para com- por litígio de natureza constitucional, mas diverso do que existe no controle de constitucionalidade das leis, também se configura exercí- cio de jurisdição constitucional. Há, no caso, *questione di costituzio- nalita*, é não, *questione di legittimita costituzionale*, como observa Franco Pierandrei. O julgamento constitucional, *in casu*, não é inci- dental, e sim, *principalier*, mas sem os traços do *judicial control of legislation*.

Em tais casos, o exercício da jurisdição constitucional não implica controle da constitucionalidade de lei ou ato normativo, e sim, em apli- cação pura e simples da norma constitucional, para solucionar a lide.

Forma-se um litígio contitucional, porque a pretensão se funda na norma constitucional e é com a aplicação desta que o conflito será solucionado. Assim sendo, a tutela jurisdicional vai recair em lide que se formou em virtude de relação jurídico-constitucional.

Exemplo bem flagrante de lide constitucional sem controle da constitucionalidade da lei é aquela que decorre do artigo 154 da Cons-

7. Cf. Fix-Zamudio, Héctor, ob. cit., págs. 31-2. O Autor refere-se à inexistência do controle *difuso* de constitucionalidade no México, onde os juízes comuns não decidem questões de constitucionalidade. No Brasil e nos Estados Unidos o controle jurisdicional de constitucionalidade é exercido por todos os juízes e tribunais; na Áustria e na Itália existem Cortes Constitucionais que exercem controle de constitucionalidade, sob forma jurisdicional; no México, na Colômbia, no Panamá e no Brasil, a interpretação cons- titucional em último grau é confiada ao órgão de cúpula do Poder Judiciário.

8. Cf. Wheare, Karl, “Modern...”, ob. cit., págs. 1100-1. A justificação lógica da interpretação judicial da Constituição tem sua expressão mais concreta nas palavras deduzidas por Marshall, em 1803, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Marbury v. Madison*, pela primeira vez, declarou nula uma lei do Congresso, afirma Karl Wheare. Ver também Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, “Curso de Direito Cons- titucional”, ob. cit., pág. 40.

tuição da República, *in verbis*: “O abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador Geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa”.

No exemplo apontado, o Procurador-Geral da República propõe ação de Direito Processual Constitucional, deduzindo pretensão fundada na Lei Maior. A lide a ser decidida, portanto, é lide constitucional, pelo que o seu julgamento se caracteriza como exercício, pelo Supremo Tribunal Federal, de jurisdição constitucional”.⁹

2. Extensão e limites da interpretação constitucional judicial

A função da interpretação constitucional varia em grau, extensão e profundidade, conforme a Constituição e a disciplina constitucional de cada sistema jurídico.

Lei Suprema, obra de um poder Constituinte e, em regra rígida, à Constituição submetem-se todos os poderes constituídos, Legislativo, Executivo e também Judiciário.

Em consequência aplicam-se, de igual modo, à interpretação constitucional judicial os limites que incidem sobre a interpretação constitucional em geral.

Reveste-se, porém, a interpretação judicial de algumas notas peculiares que devem ser ressaltadas no que concerne à extensão e aos limites da atividade interpretativa constitucional, levada a efeito pelos juízes e tribunais.

a) Observe-se, em primeiro lugar, que quanto mais concisa, sintética e genérica for a Constituição, mais ampla, profunda e extensa é a atividade interpretativa judicial, especialmente onde há possibilidade de contrastar, em juízo, leis e atos de aplicação constitucional frente à Constituição.

b) Por outro lado, se a Constituição impõe muitas limitações aos poderes constituídos, e em particular, ao Poder Legislativo, tanto maior é a frequência com que se recorre à interpretação constitucional perante os tribunais.

9. Cf. Marques, José Frederico, “A reforma do Poder Judiciário”, São Paulo, Saraiva, 1979, v. 1 págs. 38-9.

É o que acontece no Brasil, relativamente à disciplina do Poder Constituinte Decorrente. Tantas são as limitações impostas, de tal modo é regrado o Poder Constituinte dos Estados, que sua atuação é, a todo momento, submetida ao crivo do Judiciário, tarefa muito facilitada pela existência, a nível constitucional, de meio de controle jurisdicional, em tese, das leis e atos normativos federais e estaduais, e que alcança as Constituições e Emendas constitucionais elaboradas pelo Poder Constituinte Decorrente dos Estados-Membros.¹⁰

É tão acentuada a extensão da atividade interpretativa constitucional do Supremo Tribunal Federal no tocante a essa matéria que, no período compreendido entre maio de 1967 e setembro de 1976, foram examinadas cerca de setenta Representações de Inconstitucionalidade de dispositivos de Constituições Estaduais.¹¹ Por outro lado mencione-se, a título de ilustração, que de 30 (trinta) Emendas à Constituição de São Paulo, aprovadas entre 1967 e março de 1982, 8 (oito) foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal e outras 3 (três) foram argüidas de inconstitucionalidade, estando pendentes de julgamento ou de Representação do Procurador-Geral da República.¹²

c) Como regra geral, onde existe o controle judicial, não há matéria constitucional subtraída ao exame do Poder Judiciário, que decide, nesse campo, por qualquer dos meios que lhe são deferidos: por via de ação ou por via incidental, pelo sistema de controle difuso ou pelo sistema de controle concentrado.¹³

Cabe salientar, contudo, que a generalização retro mencionada comporta exceções. Karl C. Wheare lembra, exemplificando, que as Constituições da Irlanda e da Índia excluem parte de seus preceitos da jurisdição dos tribunais; no caso, determinam as referidas Cartas

10. A Constituição em vigor no Brasil prevê a chamada *ação direta* de controle de inconstitucionalidade de leis e atos normativos federais e estaduais, em tese (artigo 119, I, 1), atribuindo a titularidade da ação ao Procurador-Geral da República, a competência para o julgamento ao Supremo Tribunal Federal e ao Senado Federal a competência para suspender a execução da lei ou decreto declarado inconstitucional (artigo 42, VII). Por outro lado, o regramento do Poder Constituinte Decorrente está contido em vários dispositivos, dos quais os principais são os artigos 13 (itens e §§), 10 (item VII) e 200.

11. Cf. Brasil, Supremo Tribunal Federal, "Representações...", ob. cit., vs. 1 e 2.

12. Cf. São Paulo (Estado), Constituição, 1967, "Constituição do Estado de São Paulo: Emenda Constitucional n.2, de 30 de outubro de 1969", atualizada até a Emenda n. 35, de 3 de dezembro de 1982 São Paulo, Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado, 1983 págs 69 e segs.

13. Veja-se, quanto aos tipos de controle de constitucionalidade, dentre outros Marques, José Frederico, "A reforma...", ob. cit., págs. 267 e segs.

que nenhum Tribunal terá competência para examinar se as leis do Parlamento estão em consonância com as declarações de princípios de política social contidas em seus textos; a Constituição da Suíça, por sua vez, não admite o controle de constitucionalidade jurisdicional das leis da Assembléia Federal, que deverão ser aplicadas sem discussão.¹⁴

A experiência constitucional brasileira, desde 1891, revela limitações e restrições ao controle jurisdicional. Várias disposições, de ordem constitucional ou mesmo legal, expressamente excluem determinados atos do poder revisional do Judiciário. Assim, o artigo 60, § 5º, da reforma constitucional de 1926, dispunha que “Nenhum recurso judiciário é permitido, para a Justiça Federal, ou local, contra a intervenção nos Estados, a declaração de estado de sítio e a verificação de poderes, o reconhecimento, a posse, a legitimidade, a perda de mandato aos membros do Poder Legislativo ou Executivo, federal ou estadual; assim como, na vigência do estado de sítio, não poderão os tribunais conhecer dos atos praticados em virtude dele pelo Poder Legislativo ou Executivo”. De teor semelhante o artigo 18 das Disposições Transitórias da Constituição de 16 de julho de 1934, que excluía os “atos do Governo Provisório, dos interventores federais nos Estados e mais delegados do mesmo Governo” de qualquer apreciação judiciária. Também o artigo 170 da Constituição de 10 de novembro de 1937, que subtrai à apreciação judicial os atos praticados durante o “estado de emergência ou o estado de guerra”.¹⁵

Merece menção, ainda, o artigo 181 (*caput* e itens) da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, que excluiu da apreciação do Poder Judiciário Brasileiro os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, os atos do Governo Federal baseados nos Atos Institucionais e Atos Complementares, as Resoluções das Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais que, fundadas em Atos Institucionais, tenham cassado mandatos eletivos ou declarado impedimento de governadores, deputados, prefeitos e vereadores, e os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares.¹⁶

14. Cf. Wheare, Karl, ob. cit., págs. 102 e 107. Ver, também, nota 20, pág. 70, retro.

15. Cf. Barreto, Carlos Eduardo, “Constituições do Brasil”, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1971. Ver também, Grinover, Ada Pellegrini, “As garantias constitucionais do direito de ação”, São Paulo. Revista dos Tribunais, 1973, págs. 134 e segs.

16. O artigo 182 da Constituição Federal, que mantinha em vigor os Atos Institucionais foi revogado pela Emenda n. 11 de 1978, que, todavia, ressalvou “os efeitos dos atos praticados com base neles, os quais estão excluídos de apreciação judicial”.

Por outro lado, pode não haver disposição expressa retirando matérias do controle jurisdicional, mas o próprio Poder Judiciário se abstem de julgá-las, por entender estarem implicitamente vedadas ao seu crivo e poder de decisão.

É o que ocorre com as chamadas *questões políticas* que, pela sua própria natureza, têm sido consideradas afastadas da apreciação dos Tribunais.¹⁷

A auto-limitação do Poder Judiciário, ou a sua relutância no exame de tais questões é, de modo especial, notada no sistema americano e tem aflorado, também, na prática constitucional brasileira.

A fixação do significado dessa expressão é matéria inçada de dificuldades.

Nos Estados Unidos, à indagação formulada “a que assuntos se aplica a expressão?” respondeu-se: “Aplica-se a todos os assuntos sobre os quais o tribunal, num determinado tempo, será de opinião que é *impolítico* ou *desaconselhável* exercer jurisdição”.¹⁸

De imprecisa conceituação, fica à inteira discricionariedade do próprio judiciário qualificar de *questão política* qualquer assunto que lhe é submetido.

Veja-se um exemplo de questão afastada pelo judiciário americano em razão dessa qualificação. Em 1946, a Corte Suprema norte-americana recusou-se a decidir sobre a constitucionalidade de uma lei do Estado de Illinois que regulamentava o número de cadeiras que esse Estado teria na Câmara dos Representantes federal, por entender tratar-se de *questão política, fora da alçada judicial*, não obstante os fundamentos invocados no litígio: “proteção da Emenda XIV” e “pleno direito de voto”. Essa lei visava a dar a certos distritos eleitorais um voto desproporcional ao dado aos cidadãos de outros distritos, sob a alegação de que as modificações ocorridas na distribuição

Observe-se que os exemplos brasileiros tanto se referem à exclusão do controle judicial de atos praticados em períodos de anormalidade constitucional como de atos tidos como *políticos*.

17. Cf. Schwartz, Bernard, “Direito constitucional americano”, trad. de Carlos Nayfeld, Rio de Janeiro, Forense, 1966, pág. 193. O Autor examina longamente o tema às págs. 193-201. Ver, também, Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, “Curso...”, ob. cit., págs. 242-3; Baracho, José Alfredo de Oliveira, ob. cit., págs. 98-9; Rodrigues, Leda Boechat, ob. cit., págs. 38 e segs. (A Autora menciona tratar-se de questão também suscitada por Marshall, no célebre caso *Marbury v. Madison*).

18. Schwartz, Bernard, ob. cit., 194 (n.g.).

da população alterava a igualdade que originalmente prevalecia entre os distritos.¹⁹

No Brasil, a Constituição, por vezes de modo expresso, excluiu do exame jurisdicional *questões políticas*. Assim, a Constituição de 1934, artigo 68: “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”, dispositivo repetido *ipsis litteris* no artigo 94, da Constituição de 1937.²⁰

As Constituições de 1891, 1946 e 1967 foram omissas a esse respeito, não obstante a doutrina e a jurisprudência terem reconhecido como necessária essa restrição.²¹

Vale considerar o magistério de Seabra Fagundes quando diz que o ato estritamente político se distingue dos demais pela *finalidade* e pelo *conteúdo*: “há de conter medida de fins unicamente políticos (finalidade) e, ao mesmo tempo, há de circunscrever-se ao âmbito interno do mecanismo estatal, e, se o exceder, não deve alcançar direitos

19. O exemplo é dado por Schwartz, Bernard, ob. cit., pág. 195. Não se furta o Autor de criticar a doutrina, porque a pretexto de tratar de *questões políticas*, se afasta do exame judicial questão que afeta direito individual (cf. ob. cit., pág. 197). No Brasil, este aspecto do problema das questões políticas é sensivelmente corrigido diante do preceito constitucional expresso, em vigor, que proíbe “excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (artigo 153, § 4º, da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969), embora, consoante lembra Ferreira Filho, Manoel Gonçalves (“Curso...”, ob. cit., pág. 243), o movimento revolucionário de 31 de março “tenha rompido, em mais de uma oportunidade com o princípio do § 4º”.

20. A propósito do exame jurisdicional das *questões políticas* no Brasil, ver Seabra Fagundes, M., “O controle de atos administrativos pelo Poder Judiciário”, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, págs. 158 e segs.; Grinover, Ada Pellegrini, “As garantias...”, ob. cit., págs. 134 e segs.; Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, “Curso...”, ob. cit., págs. 242-3; Pontes de Miranda, F.C., “Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional n. 1 de 1969”, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970-74, v. 4, pág. 222; Watanabe, Kazuo, “Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, págs. 41 e segs.; Baracho, José Alfredo de Oliveira, “Teoria...” ob. cit., págs. 93 e segs.; particularmente págs. 102-3, onde o Autor exemplifica, retirando casos da jurisprudência à época da vigência da Constituição de 1891. Ver Antonio Carlos de Araújo Cintra que acentua o caráter de auto-limitação do Poder Judiciário no exame de tais questões (“Motivo e motivação de ato administrativo”, São Paulo, 1978).

21. Cf. Seabra Facundes, M., ob. cit., pág. 158, n. 3. (Observe-se, também, que a Emenda Constitucional de 1926 à Constituição de 1891, introduziu vedações dessa natureza no art. 60, §5º).

individuais explicitamente reconhecidos, mas apenas interesses (conteúdo)”,²²

d) A tipologia das normas constitucionais influi, de modo mais sensível, na interpretação constitucional legislativa, conforme já se mencionou. Assim, por exemplo, as normas constitucionais de eficácia limitada, tanto as programáticas como as de princípio institutivo, dão inegável elastério à atividade interpretativa do legislador. Todavia tal critério não influi, de modo tão significativo, na atividade interpretativa jurisdicional. Em outras palavras, a tipologia das normas constitucionais não é critério sobremodo significativo para exame da extensão ou dos limites da interpretação jurisdicional.

Não obstante, não se pode desconhecer que o papel do intérprete judicial assume relevância no que diz respeito à interpretação dos elementos de contenção referidos nas normas de eficácia contida.

É irrecusável a importância da interpretação, pelo Judiciário, das expressões de contenção, amplamente veiculadas no texto constitucional, tais como *interesse público*, *utilidade pública*, *segurança nacional*, *interesse social*, *interesse peculiar*, *perigo público iminente*, *ordem democrática*, *regime democrático*.²³

e) *Quis custodiet custodes?* Quem controla, quem limita a atuação

22. Cf. ob. cit., pág. 161. *Político*, exemplifica o Autor, é o ato que promove o juiz de direito por merecimento, mas, não exclusivamente político porque afeta direito subjetivo à promoção; por igual, a cassação de mandato legislativo (Constituição Federal, artigo 35). *Estritamente político* é o ato de nomeação de comissões de inquérito pela Câmara ou pelo Senado (artigo 37 da Constituição Federal), as nomeações de Ministros de Estado (artigo 81, VI, da Constituição Federal), atos do Presidente da República na manutenção de relações com Estados estrangeiros (artigo 81, IX), etc. (Cf. ob. cit., pág. 160, notas 6 e 8).

23. Veja-se, por exemplo, a faculdade do Presidente da República no Brasil, de emitir decretos-leis sobre matéria de *segurança nacional* (artigo 55, I). O conceito amplo dado à expressão pela Lei n. 6.620, de 17 de dezembro de 1978, não impediu que o Supremo Tribunal Federal restringisse o alcance do conceito, excluindo, por inconstitucional, a faculdade do Presidente da República de editar decretos-leis, sob tal fundamento. Efetivamente, nos Recursos Extraordinários ns. 62.731 e 62.739 (cf. Ataliba, Geraldo, “O decreto-lei na Constituição de 1967”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1967, pág. 83), o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional o Decreto-Lei n. 322, de 7 de abril de 1967, que dispunha sobre locação não residencial, por entender que tal matéria não poderia ser contida no conceito de *segurança nacional*. De resto, no Recurso Extraordinário n. 62.731, o Ministro Aliomar Baleeiro dá bem a medida em que o Poder Judiciário pode influir na interpretação constitucional dos elementos de contenção contidos na Constituição, ao afirmar que “o conceito de segurança nacional não é indefinido e vago, nem aberto àquele discricionarismo do Presidente ou do Congresso” (Cf. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, “Curso...”, ob. cit., págs. 212-13).

judicial na tarefa de interpretar a Constituição?

Poder constituído, o Judiciário é, ele também, submetido à Constituição.

Onde, porém, o Judiciário pontifica em última instância sobre a eficácia das leis e dita a interpretação constitucional final, não há poder jurídico que o controle.

Facilmente pode ele desbordar para o chamado *Governo de Juizes*, perigo inerente, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a todo Estado de Direito, porém mais teórico do que real, pois que “pelos hábitos de moderação, pela disciplina intelectual a que estão acostumados, os juizes não ambicionam a direção política do país, nem se intrometem nela a não ser quando esta colide com a lei”.²⁴

Na prática constitucional, todavia, alguns tipos de controle atuam sobre a interpretação judicial; o controle popular que permite, por exemplo, a cassação de uma decisão judicial por solicitação popular, para afastar o obstáculo da inconstitucionalidade de uma lei, oposto pelo judiciário.²⁵

24. Cf. “Curso...”, ob. cit., pág. 255. Veja-se também, Schwartz, Bernard, “Direito...”, ob. cit., págs. 177-80. O Autor lembra, nos Estados Unidos, o forte controle legislativo exercido sobre a existência, organização, competência e atribuição dos juizes e tribunais, com ressalva à Corte Suprema, e cita exemplo de lei limitativa da atuação dos tribunais: “Lei Norris — La Guardia”, de 1932, que impediu *injunctiões* em matéria trabalhista. Por outro lado, a própria Corte Suprema pode ter sua competência reduzida constitucionalmente ou por lei.

25. Veja-se, por exemplo, o *recall* que investe o povo da capacidade de cassar decisões judiciais, pelo que o povo passa a conhecer e decidir, em última instância, sobre a constitucionalidade das leis. Theodore Roosevelt, nos Estados Unidos, foi adepto fervoroso do *recall* judicial que acabou sendo introduzido no Estado do Colorado. É bem verdade que o próprio Roosevelt excluía, em seu projeto, a aplicação do *recall* às decisões da Corte Suprema. Cf. Bonavides, Paulo, “Ciência política”, 2ª ed., Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1972, pág. 354; cf. também Dallari, Dalmo de Abreu, “Elementos de teoria geral do Estado”, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1979, págs. 136-7. O Autor acentua que várias Constituições de Estados americanos acolheram o *recall* sobretudo para “superar obstáculos à aplicação de leis sociais, opostos pela magistratura eletiva pressionada por grupos econômicos que decidiam as eleições”: Cabe mencionar que a Constituição Brasileira de 1937 possibilitava, ao Parlamento, derrubar, pelo voto de dois terços dos membros de cada uma das Câmaras, decisão dos tribunais que declarasse a inconstitucionalidade de uma lei. Dispunha o artigo 96, *parágrafo único*: “No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal” (Este artigo foi revogado pela Lei Constitucional n. 18, de 11 de dezembro de 1945).

Também o próprio poder judiciário, quando se defronta com uma lei que não considera conforme à Constituição, pode submetê-la à consulta popular, por intermédio de um *referendum*. O mecanismo funciona com êxito na Suíça, relativamente às leis federais.²⁶

Por outro lado, é de certa forma freqüente o recurso à emenda formal à Constituição para modificar decisões judiciais, quer as que declaram inconstitucionais leis de aplicação do texto constitucional, quer para afastar interpretação judicial de normas e disposições da própria Constituição.

Vários são os exemplos referidos pela doutrina a esse propósito.

Karl Wheare recorda como uma decisão judicial, nos Estados Unidos, originou um movimento de reforma constitucional que resultou na promulgação da Emenda XVI à Constituição de 1787.²⁷

C. Herman Pritchett²⁸ menciona dois outros exemplos significativos de Emendas Constitucionais provocadas por decisões judiciais contrárias às leis do Congresso. As Emendas nº XI e XXVI. A Décima Primeira Emenda proibiu processos contra Estados, intentados por

26. Cf. Wheare, Karl, ob. cit., pág. 119. Trata-se, aqui, diz o Autor com propriedade, de um procedimento alternativo de reforma constitucional.

27. Cf. ob. cit., pág. 117. O Autor esclarece o exemplo dado. A Constituição havia estabelecido que os impostos diretos seriam recolhidos e distribuídos proporcionalmente à população do Estado (artigo I, seção 2). O Congresso não chegou a decidir se o imposto de renda era direto ou não e, se o fizesse, não poderia encontrar fórmula válida, frente à Constituição, para determinar como recolhê-lo e distribuí-lo. Em 1895, a Corte Suprema, no caso *Pollock versus Farmes Loan & Trust Co.* decidiu tratar-se de imposto direto e, em consequência o poder público não conseguiu editar legislação para cobrá-lo. A dificuldade foi superada pela Emenda XVI à Constituição, que regula o imposto sobre a renda. O texto desta emenda é o seguinte: "O Congresso terá poder para lançar e arrecadar imposto sobre a renda, seja qual for a origem desta, sem distribuição proporcional entre os diversos Estados e sem levar em conta qualquer recenseamento ou enumeração".

28. "A supremacia judicial de Marshall a Burger", in: "Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos", trad. de Elcio Gomes Cerqueira, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1978, págs. 149 e segs. O Autor faz excelente retrospecto histórico sobre a atuação da Corte Suprema no tocante à declaração de inconstitucionalidade de leis e a oposição do Congresso à Corte Suprema, mencionando, inclusive, o expediente político de renovação da composição desta, pelo estímulo à aposentadoria dos juizes de idade avançada, como tentativa de reformular decisões. Registra, também, que o Congresso alterou somente 9 das 165 decisões judiciais que impuseram obstáculo à sua ação. À época da edição da obra (1978) o Autor refere-se à pendência de vários projetos de emenda constitucional em tramitação no Congresso, destinados a modificar ou anular efeitos de decisões judiciais, e noticia vários esforços frustrados no sentido, por exemplo, de se exigir *quorum* qualificado para declaração de inconstitucionalidade pela Suprema Corte.

cidadãos de outros Estados, e a Vigésima Sexta garantiu o direito de os jovens de dezoito anos votarem nas eleições estaduais, depois de a Corte haver declarado inconstitucional uma lei nesse sentido.²⁹

Fix-Zamudio critica o recurso à reforma constitucional para modificar determinadas interpretações constitucionais da Suprema Corte de Justiça, no México, entendendo acentuar-se, nesse proceder, uma tendência de predominância da alteração formal do texto em relação à sua interpretação evolutiva.³⁰

Exemplificando, cita o Autor a reforma do artigo 49 da Constituição Mexicana, ao qual foi acrescentado um dispositivo visando a limitar a delegação legislativa ao Executivo, fora das situações de emergência, porque tal delegação havia sido considerada constitucional pela Suprema Corte de Justiça.

Ainda no México, a interpretação vacilante da Corte Suprema a propósito do artigo 14 da Constituição Federal (ninguém pode ser julgado nem sentenciado, senão por leis anteriores ao fato e exatamente aplicadas a ele), que ora entendia aplicar somente à matéria penal e ora admitia aplicar também à matéria civil, induziu o Presidente, na última reunião do Congresso Constituinte em 1916-1917,

29. Também Bernard Schwartz, "Direito...", ob cit., pág. 199, menciona a liberdade que tem o Parlamento de corrigir erros judiciais de interpretação constitucional, todavia limitada pelas dificuldades impostas pelas exigências políticas relativas à *reforma constitucional* nos Estados Unidos, pelo que recomenda (p. 200) a *revisão da interpretação* pela própria Corte Suprema. A análise do Autor é feita a propósito da prática norte-americana, bastante diferente da inglesa, para afastar a questão do *precedente* especialmente em matéria de interpretação constitucional.

30. Fix-Zamudio, Héctor, ob. cit., págs. 13-4. O Autor insurge-se, com razão contra freqüentes reformas da Constituição, pouco substanciais, quando se poderia, adequadamente, à semelhança do que ocorre com a Constituição americana, adaptar o texto constitucional a novas realidades, mediante interpretação evolutiva. Discordamos, todavia, do Autor quando critica reformas constitucionais para coibir interpretações constitucionais levadas a efeito pelo Judiciário. De um lado, nem sempre o Judiciário é o intérprete mais liberal e progressista da Constituição; por outro lado, o Poder Legislativo, no uso das funções constituintes, é intérprete constitucional tão autorizado quanto o Poder Judiciário, e pode, por ser corpo eletivo, periodicamente renovado, refletir com fidelidade os anseios da comunidade e a realidade político-social do momento. É claro, porém, que não concordamos com reformas constitucionais levianas, levadas a efeito tão somente por influxo das correntes políticas dominantes e que ponham em risco as necessárias permanência e certeza das normas constitucionais. Admitimos, apenas que, em dado momento, o Poder Político representado pelo Congresso possa refletir de modo mais adequado, a realidade e os anseios nacionais.

a propor a ampliação formal do conteúdo desse mencionado artigo 14, proposta que, todavia, não logrou aprovação.³¹

No Brasil, recentemente, a nível federal, cogitou-se de Emenda à Constituição³² para alterar interpretação constitucional dada pelo Supremo Tribunal Federal ao artigo 32, § 1º, da Constituição Federal então vigente. Ocorre que, em decisão proferida em rumoroso caso, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, parlamentar afastado do mandato para exercer cargo de Secretário de Estado, não goza da imunidade processual assegurada pelo mencionado dispositivo, pelo que pode ser processado, em caso de crime comum, independentemente de licença da Câmara de Deputados.³³

Observe-se que, no Estado de São Paulo, a Emenda Constitucional n. 16, promulgada em 15 de maio de 1980, acrescentou dispositivo à Constituição Estadual determinando que “não perderá a imunidade o Deputado Estadual investido na função de Secretário de Estado”, procurando-se, assim, por via da interpretação legislativa constitucional atribuir, no âmbito do Estado, interpretação constitucional diferente da adotada pelo Supremo Tribunal Federal.³⁴

A revogação do artigo 43 da Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo (Decreto-Lei Complementar nº 9, de 31 de dezembro de 1969) serve também de exemplo de reforma legislativa, a nível de Estado, visando afastar óbice imposto por interpretação constitucional

31. Cf. Grant, J.A.C., “La legislación judicial y la jurisdicción de los tribunales federales: un estudio comparado de los Estados Unidos, Argentina y México”, in “Instituto de Investigaciones Jurídicas — Los cambios constitucionales”, México, D.F., UNAM, 1977, págs. 35-7.

32. Cf. notícia no “O Estado de São Paulo, de 9 de janeiro de 1982; ver também D.C.N., Seção I, de 13 de janeiro de 1982, pág. 108.

33. Trata-se do caso amplamente noticiado pelos órgãos da imprensa falada e escrita, que envolveu o deputado federal Anísio de Souza que, afastado do mandato e estando no exercício de cargo de Secretário de Estado, praticou crime comum, atirando e provocando ferimentos em motorista que abalroou seu carro. O artigo 32, § 1º, na redação dada pela Emenda n. 11/78, dispunha que os deputados e senadores, desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, “não poderão ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, nem processados, criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara”. O Supremo Tribunal Federal entendeu não estar amparado pela imunidade processual o parlamentar afastado para exercer cargo no Executivo, ainda que, posteriormente ao crime, reassuma suas funções legislativas (D.J.U., de 13 de novembro de 1981, pág. 11.413; cf. Inq. n. 105/DF, R. trim. Jurispr. Brasília, DF, 99:487-91, fev. 1982). Observe-se a nova redação ao texto, introduzida pela E.C. 22/82.

34. Não consta ter havido, até o momento, impugnação da referida emenda perante o Pretório Excelso. De resto, tal dispositivo foi mantido pela E.C. 34, de 26 de novembro de 1982.

do Supremo Tribunal Federal. Na Representação nº 894, de São Paulo, o Supremo Tribunal Federal julgou, por unanimidade e conforme o voto do Relator Ministro Rodrigues Alckmin (Acórdão prolatado em 5 de dezembro de 1974), constitucional o artigo 43 da Lei Orgânica do Estado de São Paulo que dispunha: “Somente será permitida a existência de Secretários Municipais nos municípios com população superior a cento e cinquenta mil habitantes e com receita orçamentária, realizada no exercício anterior, de mais de trinta milhões de cruzeiros novos”; e, em conseqüência, tolheu a edição de leis municipais que criassem Secretarias Municipais sem observância dos requisitos fixados. Pela Lei Complementar Estadual nº 241, de 4 de dezembro de 1980, foi revogado o mencionado artigo 43, afastando-se, assim, o óbice que impedia, aos municípios, criarem Secretarias Municipais.

A influência da jurisprudência constitucional no Brasil, de 1967 a esta data, pode também ser apreendida através de pareceres e votos proferidos, nas Assembléias Legislativas, a propósito de projetos de Reformas de Constituições Estaduais, que medraram nos Legislativos dos Estados e, em regra, não obtiveram êxito.³⁵ Veja-se, o Projeto de Reforma à Constituição Estadual de São Paulo, elaborado em 1973. Em parecer, o Grupo de Trabalho criado para proceder ao estudo do projeto propôs a rejeição de vários artigos por ferirem matéria declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, máxime os artigos que objetivavam conferir vantagens a servidores públicos, tais

35. A repetição de propostas dessa natureza deve-se, de modo particular, ao fato de que as Constituições Estaduais, de 1967 e 1969, não foram elaboradas por via de Assembléias Constituintes, mas surgiram como modalidade de exercício anômalo de Poder Constituinte Estadual, em razão da ordem constitucional vigente. Assim, os Estados, por força da disposição contida no artigo 188 da Constituição Federal de 1967, tiveram que *adaptar* as respectivas Constituições à Constituição Federal. O processo de adaptação foi o previsto no Decreto-Lei n.216, de 27 de fevereiro de 1967 (cf. nosso “Poder constituinte do Estado-membro”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, págs. 157 e segs.) e implicou no encaminhamento de “projeto de adaptação da Constituição Estadual, pelos Governadores do Estado, às Assembléias Legislativas respectivas, até 15 de abril de 1967” (artigo 2º do Decreto-Lei n. 216/67). Com a edição da Emenda n. 1, de 17 de outubro de 1969, à Constituição Federal de 1967, por força do artigo 200, as disposições constantes da Constituição ficaram “incorporadas, no que couber, ao direito constitucional legislado dos Estados”. Tal incorporação foi promovida, nos Estados em que as Assembléias Legislativas se encontravam em recesso, por força de Atos Complementares (A.C. ns. 47/69 e 49/69) pelo próprio Poder Executivo. Isso ocorreu, por exemplo, em São Paulo. Desde o reinício de seu funcionamento, a Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo vem cogitando de reformas constitucionais globais, sem ter logrado, todavia, êxito até o momento.

como retribuição salarial não inferior ao salário-mínimo. A justificativa alegada para a rejeição foi o “vício de iniciativa de Emenda Constitucional, em matéria reservada ao Poder Executivo”, vício esse fulminado, à época, em várias decisões do Pretório Excelso, tal como a proferida na Representação nº 855, do Estado de Mato Grosso.

3. Notas características

A interpretação constitucional judicial apresenta alguns traços peculiares; no que concerne ao exercício da atividade interpretativa pelos órgãos judiciários: é *obrigatória, primária, só atua mediante provocação e em casos concretos*; quanto aos efeitos é *definitiva, mutável e vinculante*.

a) A interpretação constitucional é obrigatória no sentido de que, desde que o poder judiciário seja competente para decidir controvérsias constitucionais, não pode ele se excusar de fazê-lo; em outras palavras, não pode o juiz deixar de decidir litígio que envolva matéria constitucional, salvo se tal competência não lhe é atribuída, implícita ou expressamente, pela Constituição.³⁶

36. Cf. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, “Curso...”, ob. cit., pág. 254. No Brasil, o Judiciário, por sua função, tem o dever de não recusá-la. A interpretação judicial difere, neste particular, da interpretação legislativa que é, quanto ao exercício e ao momento de exercê-la, discricionária. É imperioso observar que nem sempre os ordenamentos jurídicos prevêm sanções para a *inércia* do juiz diante do caso a decidir. Não raro, não há prazos fixados para conclusão de feitos judiciais. Destarte, os feitos judiciais prolongam-se indefinidamente, trazendo graves prejuízos às partes, quer se trate de particulares, quer se trate de órgãos públicos. A morosidade da Justiça, aliada à irresponsabilidade do juiz são problemas tormentosos na distribuição da Justiça, e a interpretação da matéria constitucional não deixa de sofrer-lhe as conseqüências. No Brasil, há exemplos de Representações de Inconstitucionalidade decididas vários anos após sua provocação, perante o Judiciário. Tais decisões apanham a lei argüida de inconstitucionalidade já efetivamente aplicada, com situações definitivamente constituídas e de difícil ou impossível reparação na esfera administrativa. É o caso da Representação de Inconstitucionalidade no. 972, de 1977, onde se argüiu a inconstitucionalidade, dentre outros, do artigo 9º das Disposições Transitórias da Lei Estadual n. 114/74, acolhida, nesta parte, pelo Supremo Tribunal Federal em março de 1982. Em resumo, o mencionado artigo 9º efetivou, à época, supervisores de ensino, muitos já aposentados, presentemente. A enorme pauta de trabalhos do Supremo Tribunal Federal faz com que questões de relevância, por envolverem matéria constitucional, não logrem decisão célere, tal como a natureza da matéria requer. De passagem, parece que este é um dado a justificar, no Brasil, a criação de uma Corte Constitucional, para a solução apenas de matéria constitucional. Nos Estados Federais, onde as controvérsias constitucionais aumentam progressivamente, justifica-se mais ainda a existência de tal Corte Constitucional. O assunto

b) Considerando-se a classificação adotada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que distingue atos primários e atos secundários derivados do ato inicial — a Constituição — parece cabível dizer-se que a interpretação constitucional judicial se reveste de características de atividade primária, particularmente aquela efetuada pelo controle direto, sobre lei em tese.³⁷

“Do ato inicial”, ensina o constitucionalista do Largo de São Francisco, “derivam outros atos que podem ser ditos *primários*, porque são os que, em sua eficácia, aparecem como o primeiro nível dos atos derivados da Constituição. Caracterizam-se por serem atos só fundados na Constituição”.

Ora, a interpretação constitucional judicial, quer a que tem por objeto matéria constitucional (caso da ação direta, do controle direto), quer a que intervém *incidenter tantum*, é atividade jurisdicional exercida com fundamento direto na Constituição; somente depende dela, pelo que não parece errôneo atribuir à interpretação constitucional judicial o caráter de *ato primário* ou *atividade primária*.

c) O Poder Judiciário somente atua mediante provocação: *nemo iudex sine actore*.

Aplica-se o princípio também para o exame, pelo Judiciário, de matéria constitucional, o que implica dizer que a interpretação da Constituição, pelos órgãos judiciais, só se efetiva quando provocada, ou seja, quando há processo judicial.³⁸

é tema constante de debates, Aliomar Baleeiro e Anhaia Mello, dentre outros, defendem tal idéia (Cf. “O Supremo Tribunal Federal”, R. Bras. Estud. Polit., Belo Horizonte, julho 1972, págs. 34-9; e “Da separação de poderes à guarda da Constituição”, dos mencionados autores, respectivamente).

37. Cf. “Curso...”, ob. cit., pág. 185; “Comentários...”, ob. cit., v. 2, pág. 5.

38. Wheare, Karl (ob. cit., pág. 102) lembra que, em regra, o Tribunal não toma a iniciativa de interpretar a Constituição, só desenvolvendo essa atividade quando, em um caso em tramitação, surge questão relativa à aplicação da norma constitucional. O Judiciário, como já se disse, interpreta disposições constitucionais quando aplica pura e simplesmente a Constituição para solucionar litígio, ou quando exerce função de controle de constitucionalidade de leis e atos, quer provocado por via de exceção, isto é, em via prejudicial, quer por via de ação, como ocorre, v.g., no Brasil. Pela chamada *ação direta de inconstitucionalidade* se admite, no Brasil, o controle de leis e atos normativos em tese. Nesse caso, a questão constitucional é o objeto da ação, é o próprio litígio (Cf. Marques, José Frederico, “A reforma...”, ob. cit., págs. 37, 310 e segs.; Grinover Ada Pellegrini, “O processo em sua unidade”, São Paulo, Saraiva, 1978, pág. 81).

Não cabe ao Judiciário avocar, espontaneamente, a função de interpretar a Constituição.³⁹

d) A interpretação constitucional judicial se apresenta, em regra, como definitiva.

O caráter de definitividade é notadamente perceptível (a) nos ordenamentos que admitem o controle jurisdicional de constitucionalidade de atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, por via prejudicial ou de ação, (b) e sobretudo se, nestes, a interpretação e aplicação da Constituição são atribuídas, em última instância, a uma Corte Constitucional, isto é, a uma Corte Suprema com funções, exclusivas ou não, de dirimir, com autoridade final, controvérsias constitucionais.⁴⁰ A acentuação desse caráter, nos casos apontados, ocorre porque, de um lado, a decisão da autoridade administrativa e a lei que se destinam a aplicar a Constituição podem ser anuladas por decisão do Judiciário; de outro, porque também as decisões de juízes e tribunais inferiores ou comuns poderão ser reformuladas pela Corte dotada de autoridade final para decidir questões suscitadas pela aplicação de norma constitucional.⁴¹

e) Vale observar que definitividade não significa imutabilidade.⁴²

39. Também neste particular a interpretação constitucional judicial difere da legislativa, que é exercida *sponte propria* pelo legislador, ou seja, é exercida “de ofício, autonomamente, e de modo discricionário.” Quando se diz que o Judiciário só interpreta a Constituição quando há provocação, isto não significa dizer que o Juiz não possa *sponte propria*, isto é, sem que haja alegação das partes, manifestar-se sobre a constitucionalidade das leis. É preciso que haja demanda; nisto reside a necessidade de provocação para que o Judiciário atue. Pode o Juiz, todavia, mesmo sem alegação das partes, entrar no exame da constitucionalidade da lei. Acompanhamos, neste ponto, a lição de C.A. Lúcio Bittencout (“O controle...”, ob. cit., pág. 113). Wheare, Karl (ob. cit., pág. 102) lembra que, em regra, o Tribunal não interpreta a Constituição, só o fazendo quando “durante a tramitação de um caso, surge uma questão relativa ao significado do texto constitucional”: não necessariamente provocado pelas partes, acrescentamos.

40. Cf. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, “Curso...”, ob. cit., pág. 254. Sobre a interpretação constitucional no Brasil lembra o Mestre que todo o Judiciário, por sua função, tem o dever de não recusá-la e, nele, só o Supremo Tribunal Federal *pode dizer a última palavra*.

41. Cf. Tamayo y Salmorán, Rolando, “Algumas...”, ob. cit., págs. 155-6.

42. Talvez, exatamente em função desta particularidade, a qualificação de *definitividade* não seja a mais adequada, podendo ser substituída por outras, tais como *superioridade*, *autoridade final*, etc. A superioridade ou supremacia da decisão judicial não deve ser considerada como meio para que se estabeleça *Governo de Juízes* ou para que o Judiciário se imponha aos demais poderes. Na linha de Cláudio Pacheco, o Judiciário não intervém quando o Executivo ou o Legislativo *usam* do seu direito de interpretar

A interpretação constitucional judicial pode ser válida e regularmente alterada pela própria Corte Constitucional, quando examina a mesma matéria constitucional em novo litígio constitucional, deduzida entre outras partes.⁴³

a Constituição, mas, sim, quando *abusam* (Pacheco, Cláudio, "Tratado das Constituições Brasileiras", Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1958, v. 1, pág. 50, o Autor remete-se à obra "Comentários à Constituição Brasileira", 1946, v. 1, § 69/91, sem mencionar o Autor). Se isso não ocorre na prática constitucional é, pelo menos, o que se deve desejar que ocorra, razão pela qual concordamos com a colocação como ideal a ser perseguido e sempre lembrado. No mesmo sentido, Li Bassi (ob. cit., pág. 118) ao observar que o Judiciário "intervém para sanar eventuais violações à Constituição por parte dos diversos órgãos constitucionais"; a Corte deve intervir para eliminar "interpretação errônea ou arbitrária e as conseqüentes aplicações constitucionais irregulares".

43. Dois exemplos podem ser retirados da experiência constitucional brasileira. O primeiro diz respeito a questão que envolve o processo legislativo, disciplinado pela Constituição Federal, mais precisamente ao alcance da sanção expressa em relação a projetos viciados por usurpação de iniciativa. Projeto de lei de iniciativa reservada ao Executivo Municipal, iniciado na Câmara Municipal de São Paulo, foi, não obstante, sancionado pelo Prefeito. Levado ao Judiciário, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pelo voto do relator, Desembargador José Frederico Marques entendeu, por maioria, contra onze votos, que a sanção *não* covalida o defeito de iniciativa. O Supremo Tribunal Federal, adotando tese oposta, considerou que o "vício de iniciativa fica sanado com a sanção do projeto de lei". Tal relevo se deu à interpretação constitucional que foi a mesma erigida na Súmula n. 5, do Supremo Tribunal Federal: "A sanção supre a falta de iniciativa do Poder Executivo". A matéria constitucional provocou longo debate doutrinário, carreando opositores à convalidação do vício (Francisco Campos, Caio Tácito e Manoel Gonçalves Ferreira Filho), bem como defensores da tese da convalidação (Temístocles Cavalcanti, Seabra Fagundes, Pontes de Miranda e José Afonso da Silva; cf. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, "Curso...", ob. cit., pág. 193). Recentemente, em decisão proferida na Representação n. 890-GB, publicada na R. trim. Jurispr., Brasília, DF, 69:625-6, set. 1974, o Supremo Tribunal Federal imprimiu nova orientação à matéria ao decidir: "A sanção não supre a falta de iniciativa, *ex-vi* do disposto no artigo 57, parágrafo único, da Constituição que alterou o direito anterior". Dois fundamentos principais militavam a favor da tese da não convalidação: o primeiro, o de que o descumprimento de requisitos formais impostos pela Constituição vicia, de modo insanável, o ato emanado; o segundo, de que a concordância do executivo importaria, no caso, em delegar função que lhe é atribuída expressamente, delegação esta proibida ou não permitida pela Constituição, que só admitia exceções expressas ao princípio da indelegabilidade. A proibição constava da Constituição de 1946 (artigo 36, § 2º) sob a égide da qual foi aprovada a Súmula no. 5 e consta na Constituição em vigor (artigo 6º, parágrafo único) que admite exceções, nenhuma das quais, porém, relativa à iniciativa reservada. Ferreira Filho, com a clareza habitual, analisa ambas as decisões do Supremo Tribunal Federal, entendendo que a recentemente adotada é a correta, com o que concordamos. Não cabe aqui, todavia, a discussão da matéria. O exemplo somente foi trazido à colação para ilustrar mudança de interpretação do Supremo Tribunal Federal, inclusive de decisão sumulada. Outro exemplo que poderá ser mencionado a esse propósito e que,

A mutabilidade das interpretações em matéria constitucional é apontada freqüentemente nos estudos voltados para o tema.⁴⁴

As decisões judiciais que envolvem interpretação da Constituição podem também ser alteradas por meios que se designam de impróprios ou anômalos, porque atuados por outros órgãos ou poderes, ou seja,

no mérito, será examinado mais à frente, é a atual orientação do Supremo Tribunal Federal relativamente ao poder de emenda do Constituinte Estadual em matéria que, na Constituição Federal Brasileira, é reservada à iniciativa legislativa exclusiva do Poder Executivo. Em vários julgados, o Supremo Tribunal Federal entendeu infringir a Constituição Federal, artigo 13, itens III e V, combinado com o artigo 57, itens II e V, *emenda à constituição estadual* por vício de iniciativa, mais precisamente, por entender que matéria reservada à iniciativa legislativa do Poder Executivo não poderia ser objeto de emenda constitucional por iniciativa do legislador constituinte estadual. Cf. Acórdão proferido em 1º de agosto de 1979, na Representação de Inconstitucionalidade n. 982-3, do Estado de São Paulo (R. Proc. Geral Est. São Paulo, São Paulo, (13/15): 609-38, 1978/79): logo a seguir, em Acórdão prolatado a 22 de agosto de 1979, na Representação n. 983-1, também do Estado de São Paulo, referente à Emenda Constitucional n. 7, já se esboça tendência no sentido de se acolher a tese levantada no parecer do Procurador-Geral da República, que afastava a inconstitucionalidade argüida, no tocante ao *vício de iniciativa*, por entender que a iniciativa exclusiva resume-se à iniciativa das leis, não alcançando o *Legislativo Estadual quando no exercício do poder constituinte* (Cf. R. Proc-Geral Est. São Paulo, São Paulo (13/15): 587-608, 1978/79). Mais recentemente, em Acórdão proferido em 4. DE SETEMBRO DE 1980, na Representação n. 1.027, referente à Emenda Constitucional n. 10 à Constituição do Estado de São Paulo, a alteração da orientação do Supremo Tribunal Federal no tocante a matéria é frontal. Veja-se trecho do voto do Relator Ministro Djaci Falcão: “No tocante à inconstitucionalidade formal, arrimada em afronta ao invocado artigo 13, inciso III, combinado com os artigos 57, incisos II e V, e 65, não merece acolhida a argüição. É que a exclusividade de competência se vincula unicamente à iniciativa de leis, e não à hipótese de emenda à Constituição”; também o Ministro Xavier de Albuquerque, em voto declarado, acompanha o Relator, julgando procedente a Representação, mas adotando como fundamentação o Parecer do Procurador-Geral da República, “para deixar claro que não acolheria a representação em nome do alegado vício de falta de iniciativa”.

44. Cf. Rodrigues, Leda Boechat, “A Corte Suprema e o direito constitucional americano”, Rio de Janeiro, Forense, 1958, pág. 60. A Autora cita julgamento de grande repercussão à época de Chase (1870-1871), nos *Legal Tender Cases*, em que a Corte declarou inconstitucional a lei monetária federal, para 15 meses após, voltar atrás e declará-la válida. À pág. 71 a Autora menciona, entre os fatores que determinaram a mudança da interpretação, a alteração da composição da Corte Suprema, com a nomeação pelo Presidente Grant de dois novos membros pressupostamente favoráveis à constitucionalidade da lei em causa. Ver, também, Schwartz, Bernard, ob. cit., págs. 199-200.

por intermédio de emenda formal à Constituição, pela reforma da lei tida como inconstitucional ou por manifestação popular.⁴⁵

f) A interpretação constitucional judicial é vinculante, isto é obriga? E se obriga, a quem o faz?⁴⁶

Convém distinguir, de um lado, a *interpretação constitucional*, isto é, o sentido, significado ou alcance dado à norma constitucional pelo Poder Judiciário, no caso concreto, e, de outro lado, a decisão jurisdicional que dirime litígios de matéria constitucional, ainda que, na prática, ambos possam se expressar pelo mesmo ato ou sentença judicial.

A interpretação constitucional, quando se trata de matéria constitucional decidida como questão prejudicial, constitui antecedente lógico, a influir sobre a decisão do caso concreto. Vale dizer, para aquele caso, a norma constitucional terá o significado dado pelo Poder Judiciário.⁴⁷

Desse modo, se não houver no ordenamento jurídico texto legal ou constitucional que lhe atribua força vinculante, quer pela obrigatoriedade da adoção do precedente, quer por outro mecanismo qualquer, a interpretação constitucional, ainda que derivada de Corte Constitucional ou do Tribunal de mais elevada instância, apenas poderá influir, como elemento de convicção, quer relativamente aos cidadãos,

45. Veja-se, a propósito, os exemplos mencionados no item 2 desta Secção "Extensão e limites da interpretação constitucional judicial", relativos ao *recall*, à anulação, pelo Legislativo, de leis declaradas inconstitucionais, etc. Observe-se, por oportuno, que no Brasil, quando o Supremo Tribunal Federal declara uma lei ou ato *inconstitucional* e comunica sua decisão ao Senado Federal, este suspende a execução da lei, nos termos do artigo 42, VII, da Constituição em vigor. Nesses casos, não pode o Supremo Tribunal Federal mudar sua interpretação. Ver, também a título de exemplo, o art. 96 da Constituição brasileira de 1937, referido à pág. 85, na nota n. 25.

46. Cf. Cooley, Thomas, "A treatise on the constitutional limitations", 6ª ed., Boston, Little Brown 1890, pág. 136. Lembra o Autor que o Poder Judiciário é a *autoridade final* relativamente à interpretação da Constituição e das leis; suas interpretações devem ser aceitas e respeitadas pelos outros ramos do Governo. Isto resulta da *natureza* da jurisdição, mas os Tribunais, acrescenta, não resolvem questões *in abstracto*, e sim em casos concretos. Dizem o que a *lei é* e não o que *deve ser*.

47. Assim, exemplificando, um mandado de segurança impetrado por particular contra ato do Executivo fundado em lei. Se o Poder Judiciário declara a lei inconstitucional e, conseqüentemente, concede a segurança, não poderá o órgão público excusar-se de *cumprir a decisão* transitada em julgado, por entender errônea a interpretação do Judiciário. Poderá discutir a mesma questão todavia, em outras mandados, com outros litigantes, etc. Ver nota 48, adiante.

quer relativamente aos poderes constituídos. Ninguém, salvo as partes (e mesmo essas, no caso concreto), estará obrigado a respeitá-la.⁴⁸

Tome-se o caso do Brasil.

A declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato, por via prejudicial, surte efeitos *in casu et inter partes*. Somente terá efeitos *erga omnes* se, suscitada a questão perante o Supremo Tribunal Federal, este declarar a lei ou o ato inconstitucional e remeter a declaração ao Senado Federal para que este, suspendendo a execução da lei, lhe dê efeitos *erga omnes*.⁴⁹

É claro que não se pode perder de vista a força da jurisprudência, particularmente quando há uma sucessão harmônica de decisões dos Tribunais. Todavia, repita-se, a não ser que exista dispositivo legal ou outro mecanismo qualquer dando força vinculante à jurisprudência, os Juizes e Tribunais podem rever entendimento anterior e nem os cidadãos e nem os poderes públicos estarão obrigados a adotar a interpretação judicial da Constituição,⁵⁰ salvo no caso concreto.⁵¹

48. Exemplificando, no Brasil, no mesmo caso citado na nota precedente, qualquer juiz ou mesmo o Tribunal, em novo caso concreto, poderá decidir pela constitucionalidade da mesma lei. Por outro lado, nem o Poder Público, nem terceiros estranhos ao processo anterior estarão vinculados pela interpretação constitucional de uma lei, nada impedindo que intentem outro processo e outra interpretação constitucional da mesma lei.

49. Cf. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, "Comentários...", ob. cit., v. 1, págs. 224-5; ver, também, Afonso da Silva, José, "Aplicabilidade...", ob. cit., pág. 144.

50. É claro que, em tais casos, as partes atuarão por sua conta e risco, porque poderão sempre enfrentar a manutenção da interpretação constitucional, pelos Tribunais. Na prática, no Brasil, por exemplo, após reiteradas decisões uniformes dos Tribunais, muitas vezes, a Administração Pública passa a adotar a decisão judicial, estendendo-a no âmbito administrativo, em que pese dela *discordar*, para evitar os custos e os transtornos dos processos repetidos e reiterados sem êxito.

51. Marques, José Frederico, em "A reforma do Poder Judiciário", págs. 338 e segs., esclarece bem a questão. Em resumo, salienta que quando o juiz decide no caso concreto não exerce atividade legislativa. (V. Súmula S.T.F. n. 339). Se a mesma decisão passa a ser aplicada em outras sentenças e decisões verifica-se o que se denomina *fato jurisprudencial*, não mais se discutindo, hoje em dia, a *força da jurisprudência* como forma de revelação do Direito. Louva o Autor a deliberação do Supremo Tribunal, no Brasil, de "catalogar em *Súmulas* a jurisprudência uniforme e lhes dar *força normativa para casos futuros*, só permitindo ao plenário do Supremo Tribunal Federal revê-las" (cf. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, artigos 98 e 12, III). Não deixa, porém, de frisar que, não existindo no Direito Pátrio a *força do precedente* "podem os juizes e tribunais rever seu entendimento e não se vincularem à *jurisprudência*, ainda que torrencial e tranquila" (n.g., pág. 314). A força vinculante, no caso, só alcança o próprio Pretório Excelso. Mesmo nos Estados Unidos a força do *precedente* em matéria constitucional tem declinado consideravelmente, afastando-se não só do padrão inglês como do próprio padrão americano, adotado por influência

A Constituição do México de 1917 dá à lei faculdade de atribuir caráter vinculante à interpretação constitucional ao estabelecer, em seu artigo 94: “A lei fixará os termos em que será obrigatória a jurisprudência estabelecida pelos Tribunais do Poder Judiciário da Federação *sobre a interpretação da Constituição*, leis e regulamentos federais ou locais e tratados internacionais celebrados pelo Estado Mexicano, assim como os requisitos para sua interrupção e modificação”.⁵²

daquele. Bernard Schwartz (“Direito...”, ob. cit., págs. 199-201) menciona o enfraquecimento da doutrina e força do *precedente*, sobretudo em *casos de Direito Constitucional*, que, apesar dos aspectos contrários (descrédito da justiça, incerteza das partes, incerteza dos Juizes inferiores no aplicar a Constituição, etc.) é a corrente dominante na Corte Suprema dos Estados Unidos, presentemente. Na prática, convém que se observe, a força dos precedentes é mais marcante do que em teoria. É o que diz Marcel Waline, citado pelo Autor: “tenha, ou não tenha a jurisprudência, força normativa, ela atua como se o tivesse”. No Brasil, mesmo sem que a matéria esteja *sumulada*, decisões reiteradas e uniformes dos Tribunais, particularmente do Supremo Tribunal Federal, têm levado o Poder Público a rever entendimentos no seu âmbito de atuação, para evitar repetição de demandas. Em São Paulo, a contagem de tempo de serviço de substitutos efetivos que era reiteradamente negada pela Administração Pública e concedida pelos Tribunais, acabou sendo objeto de Súmula Administrativa (veja-se a Súmula n. 12, do Estado de São Paulo, publicada em São Paulo (Estado). Procuradoria-Geral do Estado. “Súmulas da Procuradoria-Geral do Estado e pareceres referidos”. São Paulo, Centro de Estudos, 1982, págs. 167 e segs.). Por igual, na prática, deve-se mencionar a influência dos chamados *leading cases* na interpretação constitucional. Bielsa diferencia o *precedente* do *leading case* que é, segundo esclarece “a decisão judicial que fixa o sentido da lei na questão dada e que vale como precedente para casos análogos” (Cf. Bielsa, Rafael, “Estudios de derecho público: III — derecho constitucional”, Buenos Aires, Arayú/Depalma, 1952, págs. 488-9). Por outro lado, não é raro ver-se, como já foi salientado, reformas constitucionais ou legais provocando alterações legislativas por influência de decisões jurisprudenciais sucessivas e uniformes.

52. No Brasil, a Emenda Constitucional n. 7/77 incluiu, entre as funções do Supremo Tribunal Federal a “interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual” mediante Representação ao Procurador-Geral da República. Cabe interpretação de Constituição Estadual na hipótese legal? Tudo indica que sim. Tratar-se-ia, no caso de *acórdão interpretativo* como diz Frederico Marques ou de “enunciados normativos que valem como se fossem leis interpretativas” como quer Miguel Reale? (Cf. Marques, José Frederico, “A reforma...”, ob. cit., págs. 342-5). Qual o alcance do *acórdão interpretativo*? Como a interpretação, nesse caso, é o *objeto* da representação, ou seja, o *objeto exclusivo do pronunciamento judicial*, terá efeito *erga omnes*? Manoel Gonçalves Ferreira Filho entendeu, à época, caber à lei que regulamentasse o dispositivo constitucional afastar essa e outras dúvidas que a inovação da Constituição Brasileira suscita (Cf. “Comentários...”, ob. cit., v. 2, pág. 212). O fato é que o texto constitucional *não* impôs caráter vinculante à *interpretação de lei, em tese*. Veja-se, presentemente, o art. 187 do R.I.S.T.F. que atribui à interpretação caráter vinculante.

Para que a jurisprudência da Corte Suprema seja obrigatória ou vinculante, é necessário que sejam proferidas *cinco* decisões sucessivas e ininterruptas, no mesmo sentido. Esse o requisito legal da lei de aplicação do texto constitucional; “ali é preciso provar a jurisprudência”.⁵³

Em resumo, o caráter vinculante da interpretação constitucional, que é inegável no caso concreto, valendo *inter partes*, em decorrência da própria natureza da função jurisdicional, se apresenta de modo diverso conforme os ordenamentos jurídicos, quanto à sua extensão e profundidade relativamente a novos litígios.

Diante da tendência que parece despontar no sentido de que a guarda da Constituição não é privilégio do “Poder Judiciário, mas é dever de todos os órgãos constituídos”⁵⁴, caberia a indagação: ante uma decisão judicial manifestamente inconstitucional, poderia, por exemplo, o Presidente da República (no caso dos Estados Unidos ou do Brasil, onde ambos juram respeitar a Constituição) não aplicar a decisão da Corte Suprema?

A questão é levantada por Herman Pritchett, que considera tão lógica tal possibilidade como lógica considerou Marshall a faculdade de revisão judicial de atos dos Poderes Legislativo e Executivo, conflitantes com a Constituição.⁵⁵

Em síntese, o problema pode ser resumido do seguinte modo: se ao Judiciário é dado anular leis e atos inconstitucionais, se ao Executivo se reconhece poder para descumprir leis e atos inconstitucionais, sem prévia declaração judicial, poderá, também, o Executivo descumprir decisões judiciais que considere inconstitucionais?

No sistema constitucional brasileiro impõe-se resposta negativa.

A Constituição em vigor obriga o cumprimento das decisões judiciais, pelos Executivos estaduais e municipais, sob pena de intervenção federal ou estadual, conforme o caso (artigos 10, VI, e 15, § 3º, *d*) além do enquadramento do ato como *crime de responsabilidade*; no âmbito federal, o descumprimento de decisões judiciais, a nível constitucional, está incluído somente entre os atos que caracterizam *crime de*

53. Cf. Lavie, Quiroga, “Los cambios...”, ob. cit., pág. 134. Menciona o Autor que, por força de disposição contida no Código Civil, artigo 17, na Colômbia as sentenças judiciais só têm força obrigatória para a causa; por igual, na Argentina (Código Civil, artigo 3º) e no Chile (Código Civil, artigo 3º).

54. Cf. Ferreira-Filho, Manoel Gonçalves, “Curso...”, ob. cit., pág. 254.

55. Cf. “A supremacia judicial de Marshall a Burger”, in: “Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos”, trad. de Elcio Gomes Cerqueira, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1978, págs. 144-5.

responsabilidade do Presidente da República (artigo 82, VII), não havendo conseqüentemente outro órgão, salvo o Congresso Nacional, que possa nesses casos avaliar, em última instância, o comportamento do Executivo Federal.

Na prática, porém, a questão suscita controvérsias, máxime porque os instrumentos constitucionais referidos são pouco eficazes, particularmente no âmbito federal.⁵⁶ Assim é que, só o recurso a meios anômalos, tais como reformas constitucionais, renovação da composição da Corte visando a integrá-la de juizes que, declaradamente, tenham posição diferente e possam conduzir a uma alteração da interpretação judicial, ou ainda, o recurso a meios violentos e arbitrários, tais como o *golpe de Estado*, têm logrado sustar o cumprimento, pelo Executivo, no âmbito federal, de decisões que considere inconstitucionais.

4. Interpretação constitucional judicial: espécie de mutação constitucional

Reitere-se, por necessário, que a Constituição tende a refletir idéias e valores dominantes em determinada época, e a configurar uma situação de compromisso entre crenças e interesses distintos, não apenas em matéria política, mas, também, em matéria econômica e social.

Na realidade, salienta Karl Wheare, a Constituição é um reflexo de forças políticas, econômicas e sociais que atuam no momento de sua adoção⁵⁷, e que irão atuar, também, no momento de sua aplicação.

Resultado desse fato, a Constituição deve ser vista como elemento condicionado, porém, ao mesmo tempo condicionante da estrutura social.

Se a Constituição se acha em relação condicionadora e condicionante com as restantes estruturas do Estado e da sociedade e estas estruturas sociais, econômicas, políticas e jurídicas estão sujeitas a constantes mudanças, é claro também que essa mobilidade há de se projetar sobre a estrutura constitucional. Conseqüentemente, a Constituição se transforma, ou pela reforma formal, ou, sem mudança de forma, altera-se no sentido significado e alcance.

56. Cf. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, "Curso...", ob. cit., pág. 254. Refere-se o Mestre ao não cumprimento, pelo Executivo, de leis inconstitucionais, no Brasil. Essa matéria suscitou viva polêmica em nosso país, que será examinada adiante. (Cf. pág. 152, n. 16).

57. Cf. "Modern...", ob. cit., pág. 67.

Não há porque se negar o fato, demonstrado pela dinâmica constitucional e salientado nas seções anteriores.

Dentre os processos não formais de mutação constitucional, a interpretação judicial desempenha relevantíssimo papel. Pela interpretação constitucional, desenvolvida pelos Tribunais, transforma-se o significado e o alcance da Constituição; evolui o sentido das normas e disposições constitucionais, adapta-se a Constituição ao momento presente, à realidade social existente.⁵⁸

Vários fatores internos realçam este papel transformador da interpretação judicial: a *linguagem*, o *caráter sintético das Constituições*, as *lacunas* e *omissões* constitucionais; ao lado desses, os fatores externos, quais sejam, (a) a *mutabilidade social* que provoca o surgimento de novas necessidades e novas situações impossíveis de serem previstas pelos constituintes, mas inteiramente percebidas pelo intérprete judicial ao aplicar a Constituição; (b) a *mudança*, razoável, admissível e legítima, na intenção dos próprios intérpretes e aplicadores constitucionais que sofrem, eles mesmos, influência das transformações sociais, políticas, econômicas e históricas; e (c) a *evolução* dos valores (políticos, filosóficos, econômicos, morais) e das idéias-base, subjacentes a toda Constituição, e que não podem ser desconhecidas ou ignoradas no momento da interpretação e aplicação da norma constitucional ao caso concreto.⁵⁹

58. Atribuem especial relevo à interpretação constitucional judicial como processo de mutação constitucional, dentre outros: Teixeira, J.H. Meirelles, ob. cit.; Wheare, Karl, ob. cit., págs. 101 e segs.; Andueza Acuna, José Guillermo, ob. cit., págs. 15-16; Li Bassi, Antonino Pensavecchio, ob. cit., págs. 118-19; Loewenstein, Karl, ob. cit., pág. 167; Bonavides, Paulo, "Direito...", ob. cit., págs. 293 e segs. Em regra, mencionam os Autores que a relevância da interpretação judicial como processo de mutação constitucional se acentua nos Estados onde existem Cortes Constitucionais com missão exclusiva de guarda da Constituição, como na Itália, sendo menos significativa nos Estados onde as Constituições se alteram formalmente, de modo constante e freqüente, tal como ocorre na América Latina (Cf. Andueza Acuna, ob. cit.). É claro que a interpretação constitucional somente funcionará como modalidade de mutação se a norma constitucional for *flexível* no seu conteúdo e alcance, *permeável a novos conteúdos e significados*, se a Constituição for *sintética*, contendo sobretudo normas e princípios genéricos. Estes pressupostos, já salientados, são válidos para todas as espécies de interpretação constitucional, enquanto processo de mutação constitucional; dentre esses, alguns serão mencionados novamente, porque interessam, de modo particular, para demonstrar o papel da interpretação judicial como processo de mutação constitucional.

59. Cf. Teixeira, J.H. Meirelles, ob. cit.; Wheare, Karl, ob. cit., págs. 109 e segs.; Andueza Acuña, José Guillermo, ob. cit., págs. 14 e segs.

Esses fatores, já mencionados a propósito da interpretação constitucional em geral e da legislativa em particular, assumem especial relevo na interpretação constitucional judicial, pois o juiz é, a todo momento, a cada passo, solicitado a decidir questões concretas, a dirimir conflitos fundados em matéria constitucional, pelo que se debruça, de modo constante e freqüente, sobre o texto constitucional perquirindo, comparando, pesquisando, ponderando, avaliando e valorando.⁶⁰

60. Cf. Teixeira, J.H. Meirelles, ob. cit., págs. 74-6. O Autor desenvolveu magnificamente os fatores mencionados, salvo no tocante às omissões constitucionais, por nós incluída entre os mesmos. Em resumo, o primeiro problema com o qual se defronta o juiz é a palavra, pois esta, em uma língua viva, não é ou nem sempre é uma forma de conteúdo fixo. A palavra evolui, vai integrando novos conteúdos, perdendo outros sob o influxo de toda ordem de fatores, principalmente culturais. Vocábulos tais como igualdade, bons costumes, moral, liberdade, justiça, ordem, assumem significados e conteúdos muitas vezes circunstanciais, isto é, conforme a época. Ora, se se altera o sentido do vocábulo, por força há de se alterar, também, o sentido da disposição constitucional em que, eventualmente, se insere e que é aplicada em momentos diversos. O fato é notadamente perceptível nas Constituições de mais longa duração, como ocorre com a Constituição dos Estados Unidos. Mas surge, também, nas Constituições que se modificam com freqüência. De um lado porque, salvo raríssimas exceções, as reformas constitucionais periódicas não são, em regra, profundamente substanciais, atingindo pormenores (tal como acontece com as reformas constitucionais na América Latina, segundo menciona Andueza Acuña, ob. cit., pág. 12); de outro lado, mesmo uma Constituição nova, editada por um Poder Constituinte, veículo de uma revolução vitoriosa, não altera, com raras exceções, profunda e totalmente a Constituição anterior. É comum a nova Constituição conservar muito do conteúdo da Constituição antiga, a mesma terminologia, a mesma forma, embora, em regra, o influxo inspirador seja diferente. Aí, a importância da evolução da linguagem e dos demais fatores se revela acentuadamente. Por outro lado, as transformações sociais, nos tempos que correm, são tão vertiginosas, que atingem mesmo Constituições novas, recentes. Uma década é suficiente para impor modificações em toda uma estrutura social e cultural. O caráter sintético das Constituições, que as limitam a regular aspectos essenciais e básicos da organização estatal, deixando larga margem de atuação ao intérprete, e, por outro lado, necessidades e situações novas apresentadas ao intérprete e ao aplicador constitucional, jamais pressentidas pelo constituinte e, vezes outras, omissões constitucionais, relativas a situações previsíveis à época da elaboração constitucional mas inadvertida ou voluntariamente ignoradas pelo constituinte, integram o quadro de fatores que exigem, do intérprete judicial, no momento de atuação da norma, uma definição, um posicionamento, a fim de que a Constituição tenha aplicação adequada ao momento e ao caso. Não poderá o juiz escusar-se de dirimir a controvérsia constitucional e nem, a pretexto de manter a integridade da norma ou a certeza da Constituição, ater-se a fórmulas interpretativas ultrapassadas, desligando-se do momento presente e das conseqüências que a decisão judicial trará. Destrói-se uma Constituição quando, a pretexto de aplicá-la corretamente, reduz-se a norma a uma fórmula

Mais frequentemente do que qualquer outro intérprete constitucional o juiz deve desentranhar o sentido da disposição constitucional com um fim mediato e imediato e aplicá-la, de forma adequada e razoável, no caso concreto. Ora, do juiz se espera justiça e no aplicar a Constituição se espera mais. Espera-se que guarde a Constituição, como Lei Suprema, que a aplique corretamente, com os olhos fixos no presente, voltados para o futuro, porém sem eliminar ou desconhecer o passado.⁶¹

A mutação constitucional por via da interpretação judicial apresenta-se de modos diferentes. Não parece despropósito conectar os fatores que realçam o papel transformador da interpretação judicial, retro mencionados, e as modalidades de mutação constitucional, por via da interpretação judicial. Tal conexão permite identificar, sem todavia esgotá-las, várias modalidades de processo de mutação por via judicial revelados pela doutrina e pela dinâmica constitucional.

Fala-se, assim, em interpretação evolutiva⁶² ou adaptadora⁶³ e ade-

pétre, insensível e neutra, vazia de conteúdo e significado concretos e o que é pior, inadequada e mesmo injusta diante das circunstâncias que o caso *sub judice* apresenta.

61. A missão do juiz, particularmente no aplicar a Constituição, não é fácil. Por isso se exige que o magistrado seja dotado de sensibilidade, acuidade, de conhecimentos técnicos e jurídicos e penetre na realidade social. Nesse sentido, vale lembrar a lição de Ferreira Filho: "O que importa sublinhar é que o aperfeiçoamento das instituições democráticas exige que o Judiciário possa não só conhecer das alegações de violação da lei e apreciar as alegações de inconstitucionalidade material ou formal, mas possa também julgar da justiça das normas vigentes, anulando-as se injustas. O Judiciário por seu mais alto Tribunal, *tem de ser a consciência jurídica do povo*. Sua preocupação fundamental tem de ser a salvaguarda dos princípios da justiça antes que o cumprimento de normas perfeitamente válidas sob o *seu aspecto formal*, contudo *monstruosamente antijurídico* pelo seu cerne injusto. (Cf. "A Democracia Possível", ob. cit., pág. 107, n.g.).

62. Referem-se à interpretação evolutiva Aubert, Jean-François, "Traité...", ob. cit., v. 1, pág. 222; Chierchia, Pietro Merola, "L'interpretazione...", ob. cit., págs. 64-6. Segundo Chierchia, a interpretação evolutiva pode abranger a possibilidade de adaptação da norma às exigências histórico-sociais, ao fato da norma referida no sistema sofrer os efeitos das transformações que se operam neste mediante a introdução de outras normas e, finalmente, a uma norma originariamente formulada à base de conteúdo elástico ou indeterminado (exemplo o conceito de *bom costume, ordem pública*), capaz de assumir conteúdo histórico variável e de determinar, conseqüentemente, variação na aplicação de norma (pág. 65).

63. Cf. Loewenstein, Karl, ob. cit., pág. 167; Wheare, Karl, ob. cit., págs. 106-13 e segs.; Andueza Acuña, José Guillermo, ob. cit., pág. 15; Lopes Valadez, Francisco, ob. cit., pág. 46.

quadra⁶⁴ quando se procura, por intermédio da interpretação judicial, adaptar ou adequar o conteúdo, alcance, ou significado da disposição constitucional (a) à mudança de sentido da linguagem nela inserida, (b) a novas situações, (c) à evolução dos valores positivados na Constituição, (d) à mudança da intenção dos intérpretes (válida porque dentro dos limites impostos pela Constituição aos poderes constituídos), (e) a resolver obscuridades do texto constitucional. Menciona-se, ainda, a construção jurisprudencial⁶⁵ quando se cogita de aplicar a norma constitucional a situações não previstas expressamente no texto constitucional, mas que dele decorrem ou emanam por imperativos lógicos ou do próprio sistema constitucional.⁶⁶ Fala-se em interpretação criativa⁶⁷ e analógica quando a atividade jurisprudencial preenche

64. Li Bassi, Antonino Pensovecchio, ob. cit., pág. 18 (nota) e pág. 109, admite a interpretação *adequadora* judicial, embora saliente a importância dessa modalidade na interpretação legislativa (pág. 27, em nota).

65. Cf. Melo Franco, Afonso Arinos, "Direito constitucional...", ob. cit., pág. 94; Baracho, José Alfredo de Oliveira, ob. cit., pág. 93.

66. Loewenstein, Karl, ob. cit., pág. 168, lembra a mais famosa e citada das construções jurisprudenciais: a revisão judicial, elaborada por Marshall, em 1803, no famoso caso *Marbury x Madison*; cf. também, Bittencourt, C.A. Lúcio, ob. cit., págs. 12-13. Por outro lado, a doutrina dos poderes implícitos, ou de que *quem pode o fim pode os meios* permitiu, na Suíça, várias construções jurisprudenciais, dentre as quais Aubert menciona a instituição, pela Confederação, de sanções penais no caso de violação da legislação do trabalho. A Confederação, em 1874, recebeu competência para legislar sobre o direito do trabalho, mas só em 1898 recebeu competência para *unificar o direito penal*, o que todavia não impediu que na primeira lei do trabalho se estabelecessem sanções penais em função da regra *quem pode o fim pode os meios*. A sanção à violação das leis trabalhistas era necessária para tornar tais normas eficazes, portanto, perfeitamente constitucionais. É de se observar, todavia, que o *autor não é favorável à interpretação como processo de mutação constitucional*, mencionando que, na Suíça as reformas da Constituição são tão freqüentes quanto as das leis ordinárias, o que dispensa "o rejuvenescimento da Constituição por via interpretativa" (pág. 20).

67. Marques, José Frederico, ob. cit., pág. 338. A interpretação criativa, própria da jurisdição, não é exercício de atividade legislativa, salienta o Autor. Jean-François Aubert (ob. cit., págs. 123 e segs.) menciona a interpretação *criativa*, que considera freqüente em matéria constitucional, em razão do seu caráter sintético, do uso de termos vagos, imprecisos e incompletos, da constante remissão ao legislador ordinário, ao administrador ou ao juiz. Por vezes o Autor a emprega em substituição à interpretação *construtiva*. Há na Constituição Federal grande número de expressões que não têm sentido preciso, que admitem mais de um significado, salienta o Autor, e exemplifica com os artigos 45 e 46 da Constituição da Suíça. O primeiro garante a liberdade de domicílio em qualquer Cantão, salvo quando o cidadão é punido *reiteradas vezes por delitos graves*. A jurisprudência entendeu que *reiteradas vezes* significa *duas vezes* e *delitos graves* seria *conduzir veículo inadequado à estrada*, por exemplo. O artigo 46 é mais significativo. Proíbe, nos termos da lei ordinária, dupla taxação de impostos.

lacunas ou corrige omissões do texto constitucional, previstas ou não pelo constituinte.

Em todos esses casos, exsurge, nítido, o papel de mutação constitucional da interpretação judicial que, sem alterar a letra ou o espírito da norma constitucional, lhe dá novo significado ou alcance para, aplicando-a, torná-la o que se pretende que ela seja: um documento vivo e efetivamente cumprido.

5. Exemplos retirados da experiência constitucional

O alcance do papel transformador das várias modalidades de interpretação judicial fica mais claro se examinado em casos concretos, o que se passa a fazer, primeiro com relação à interpretação evolutiva e depois com vistas à construção constitucional.

A — Interpretação evolutiva: exemplos

Karl Wheare, a partir de alguns exemplos da prática constitucional na Corte Suprema dos Estados Unidos,⁶⁸ analisa a evolução da interpretação constitucional da *cláusula do comércio entre os Estados*.

Consoante já se mencionou,⁶⁹ a Constituição norte-americana atribui ao Congresso competência para regular o comércio interestadual. Quando tal cláusula foi inserida no texto da Lei Maior, pen-

Como a lei ordinária não foi expedida, é o Tribunal que diz quando ocorre a dupla taxação. Entende o Autor que o Tribunal, ao *definir* quando ocorre dupla imposição de impostos, preenchendo lacuna legislativa, interpreta *criativamente* a Constituição, fazendo as vezes de legislador. O exemplo mais elucidativo, segundo Aubert, é a interpretação judicial do artigo 4º, *d*, da Constituição Federal, segundo o qual *todos os suíços são iguais diante da lei*. O Tribunal entendeu que a regra se aplicava aos estrangeiros e apátridas, que se dirigia ao legislador e ao administrador, que não apenas contemplava a igualdade diante da lei, mas também *na lei*, etc. No entender do Autor, o Tribunal elaborou verdadeira *construção* em torno do artigo 4º, não se limitando a *mostrar* o que há na Constituição, mas criando qualquer coisa *de novo* a partir da Constituição. Deduziu, por exemplo, recursos não presentes no texto; decidiu que os indigentes estavam dispensados, no processo civil, de pagar fiança, etc. Conclui o constitucionalista suíço afirmando que "esta superestrutura é montada conforme o espírito da Constituição".

68. Cf. ob. cit., págs. 106 e segs. Ver também, Aubert, Jean-François, ob. cit., pág. 122.

69. Cf. pág. 96.

sou-se tratar, unicamente, de uma fórmula para evitar barreiras aduaneiras entre os Estados e eliminar os obstáculos à liberdade de comércio. Todavia, a Corte Suprema deu ao dispositivo, desde o primeiro caso em que teve de aplicá-lo, sentido mais amplo, afirmando que o poder do “Congresso de regular o comércio entre os Estados era um poder total, que pode ser exercido na sua maior extensão, sem outros limites que os prescritos na Constituição e nesta linha se manteve durante decênios; sempre que chamada a dirimir questões baseadas na cláusula do comércio interestadual decidiu, invariavelmente, ampliando os poderes do Congresso. O Autor menciona vários casos judiciais onde a Corte interpreta o sentido das expressões comércio *interestadual* e comércio *intra-estatal*, que passam a ser abrangidas, também, na competência do Congresso. Diante da sucessão de casos que examinou, o constitucionalista britânico crê “não ser exagero dizer que a Corte Suprema *adaptou o poder de regular o comércio a todas as exigências da evolução econômica, comercial, industrial e de transporte, dos últimos cento e cinquenta anos*”. E tão amplo é este poder que não foi necessária, nos Estados Unidos, qualquer reforma constitucional *para adaptar os poderes do Congresso em matéria econômica aos Estados Unidos de hoje. A Constituição foi adaptada à nova sociedade por obra da Suprema Corte.* A observação é particularmente significativa se se considerar que, de modo geral, após a Segunda Guerra Mundial, inúmeras Constituições do mundo ocidental foram *alteradas formalmente* para permitir alargamento das funções legislativas em matéria econômica e social, exigidas por uma renovada sociedade.

Também a interpretação constitucional do capítulo dos direitos individuais exemplifica o modo pelo qual certas expressões da Constituição dos Estados Unidos chegaram a ter significado concreto evolutivo.⁷⁰ Karl Wheare acentua a cláusula do *devido processo legal*, que de simples ditame de observância das leis passou a ser vista pela

70. “Vás seriam as liberdades do indivíduo se não pudessem ser reivindicadas e defendidas em juízo. A norma constitucional, necessariamente vaga e genérica, exige uma interpretação-atuação acentuadamente evolutiva, a ser efetuada nos Tribunais”... “O processo serve de instrumento de atuação de certas fórmulas constitucionais, operando a transformação do *mero derecho declarado* em *derecho garantizado*. E os direitos fundamentais, abstratamente formulados pela Constituição, só podem ser afirmados, positivados e concretizados pelos Tribunais” (Grinover, Ada Pellegrini, “O poder público e o exercício de liberdade de pensamento”. R. Proc.-Geral Est. São Paulo, São Paulo, (4):89, 1973).

Corte Suprema como garantidora de direitos e condicionadora da ação governamental.⁷¹

“Para que se faça uma idéia da decisiva importância da jurisprudência na modificação das Constituições rígidas, veja-se a atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos ao atribuir conteúdo concreto às cláusulas e conceitos vagos e indeterminados da Constituição. Há menos de cinquenta anos, leis estaduais e federais, que fixavam salários mínimos, horas de trabalho em certas indústrias, condições de trabalho das mulheres e menores, etc., foram consideradas pela Corte “interferência arbitrária na liberdade contratual”. Essa jurisprudência, reflexo de um individualismo exacerbado, foi corrigida e alterada graças a trabalhos e estudos de juizes tais como Stone, Holmes, Brandeis e Cardozo e a Corte Suprema, com o tempo, acabou adotando pontos de vista mais condizentes com a realidade político-social e novas idéias de justiça social e solidariedade humana. Assim, frente aos mesmos conceitos e preceitos, modifica-se o sentido da Constituição, evidenciando o papel verdadeiramente criador da jurisprudência”. A lição, repetida com freqüência na doutrina, é de Meirelles Teixeira.⁷²

A mudança do conceito do *duplo federalismo* — pelo qual a Corte Suprema, durante cerca de cem anos, limitou os poderes do Congresso relativamente à área reservada à atividade estadual, em decorrência da interpretação constitucional dada à Décima Emenda — para o conceito dinâmico do federalismo, na nova concepção, conhecida como *federalismo cooperativo* ilustra com propriedade a interpretação evolutiva. Conseqüência dessa nova concepção foi o crescimento dos poderes do Congresso.⁷³

Acrescente-se, ainda, a título de exemplo, que no período presidencial de Franklin Delano Roosevelt e sua política do *New Deal*, a Corte Suprema, após fulminar, por inconstitucionalidade, cerca de cinquenta textos de leis,⁷⁴ diante da reação do Congresso e do Presi-

71. Cf. ob. cit., págs. 118 e segs. Ver também, Baracho, José Alfredo de Oliveira, ob. cit., págs. 78-9; Grinover, Ada Pellegrini, “Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil”, São Paulo, J. Bushatsky, 1975, págs. 10-11. “E através da interpretação evolutiva de cláusula — tida, essencialmente, como garantia de legalidade; depois, como garantia de um processo segundo a *Common law*, e posteriormente ainda, como garantia de justiça —, a XIV Emenda representa hoje um dos elementos fundamentais do sistema constitucional estado-unidense” registra a Autora (n.g.). Cf. também Rodrigues, Leda Boechat, ob. cit., pág. 63.

72. Cf. ob. cit., pág. 76.

73. Cf. Rodrigues, Leda Boechat, ob. cit., págs. 196-7.

74. Idem supra, págs. 117 e segs.

dente, que culminou com a tentativa de modificação da composição da Corte, reformou sua jurisprudência anterior relativamente às medidas sociais constantes da política do *New Deal*, operando verdadeira revolução judicial e, nesse recuo, provou, mais uma vez, a capacidade “de adaptação do sistema constitucional americano às exigências da realidade política, econômica e psico-social”.⁷⁵

Vem a propósito a manifestação de Dalmo de Abreu Dallari, quando menciona a constante adaptação do Estado através do desenvolvimento natural e progressivo das idéias e costumes, isto é, da evolução: “Para que se assegure um processo de transformação é indispensável que as instituições do Estado sejam devidamente aparelhadas, prontas para sentir o aparecimento de novas possibilidades e aspirações, para conhecer seu verdadeiro significado, e, finalmente, para integrá-las na ordem jurídica”.⁷⁶

Se a jurisprudência norte-americana é tão farta de exemplos de interpretação evolutiva da Constituição, o mesmo parece não ocorrer em todos os sistemas constitucionais, mesmo naqueles que se inspiram no modelo americano.

A evolução constitucional por força de decisões jurisprudenciais é fortemente contida na América Latina, por exemplo, em razão de fatores tais como: a predominância política do Poder Executivo sobre a Corte Suprema, a inexistência de reais garantias de imparcialidade dos juízes, as freqüentes reformas constitucionais e a instabilidade institucional constante, que dá ensejo a sucessivos e prolongados períodos de exceção constitucional, pelo que Humberto Quiroga Lavié menciona que muito pouco se deve ao Judiciário nesse campo.

Mais freqüentemente, e mesmo por força dos mencionados fatores, a interpretação constitucional judicial tem atuado como elemento de *contenção* da evolução constitucional, tolerando e muitas vezes conva-

75. *Idem supra*, pág. 122.

76. Cf. “Elementos de teoria geral do Estado”, 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 1979, pág. 124. A idéia de que não se pode fixar a estrutura e o funcionamento dos poderes públicos sem atender às situações históricas das respectivas comunidades políticas, situações que variam no tempo e no espaço; a idéia de que em contraposição à rigidez constitucional devem ser previstos mecanismos de transformação que permitam evolução pacífica do Estado, etc., são muito bem acentuadas na obra de Dalmo de Abreu Dallari, “Da atualização do Estado”, especialmente no Capítulo I — Do dinamismo necessário dos Estados, pág. 9 e segs. O Autor abre sua obra com a significativa oração de Montesquieu: “De duas maneiras um Estado pode transformar-se: *ou porque a Constituição se corrige ou porque ela se corrompe*”.

lidando abusos do Legislativo ou do Executivo, inclusive golpes de Estado.

A propósito, cita o mencionado Autor a *tolerância* do Poder Judiciário relativamente à delegação de poder legislativo ao Executivo, às interpretações amplas na regulamentação das leis por parte do Executivo, às restrições excessivas à liberdade de imprensa e de reunião ou ao direito de greve e à convalidação de golpes de Estado, como ocorreu na Argentina em 1930, 1943, 1955, 1962 e 1966.⁷⁷

Nessa linha, a interpretação constitucional judicial atua, também, como processo de mudança constitucional, de vez que modifica o sentido ou alcance do texto constitucional, permitindo alteração entre os poderes constituídos. Não se pode, contudo, falar em evolução. Mais corretamente cabe rotular a mudança, como *retrocesso* ou *involução*, em alguns casos, e *deformação constitucional* em outros.⁷⁸

B — Construção constitucional: exemplos

Talvez nenhuma outra modalidade de processo de mutação constitucional, por via de interpretação constitucional, seja tão significativa como a chamada *constitutional construction*, desenvolvida originariamente na Corte Suprema Norte-Americana e depois assimilada por vários sistemas constitucionais.⁷⁹

77. Cf. ob. cit., págs. 133-4.

78. Muitas vezes, ocorre verdadeira afronta à Constituição. Nesse caso, trata-se de processo anômalo de mudança da Constituição ou mutação inconstitucional.

79. Cabe, para maior clareza de exposição, retomar algumas considerações expostas na Seção I. Para Cooley a *interpretação* é a arte de encontrar o verdadeiro sentido de qualquer expressão, isto é, o sentido que seu autor pretendeu lhe dar, *enquanto a construção* significa tirar conclusões a respeito de assuntos que estão sob as expressões do texto, de elementos conhecidos e dados pelo texto; conclusões que estão no espírito, embora não na letra do texto (ob. cit., pág. 51.5). Na mesma linha, Black diz que "*interpretar a Constituição* é compreender o sentido e o alcance de suas normas, pelo exato entendimento de suas expressões, de acordo com suas finalidades e tendo em vista as condições e necessidades sociais de cada época", enquanto a *construção constitucional* é a arte ou o processo de descobrir e expor o sentido e a intenção dos autores da lei tendo em vista sua aplicação a um caso dado, onde essa intenção se apresenta duvidosa, quer por motivo de aparente conflito entre dispositivos ou diretivas, quer em razão de que o caso concreto não se ache explicitamente previsto na lei". Pela interpretação, busca-se o sentido lógico e gramatical do texto, tendo em vista a linguagem empregada. Pela construção visa-se antes, à aplicação do texto a um caso concreto, quando os dispositivos legais se apresentam contraditórios, ou a lei for omissa (*apud* Teixeira, J.H. Meirelles, ob. cit., págs. 18-19). Segundo Cooley não é inútil ter em mente que a Constituição prende o aplicador à disposição controversa

Indubitavelmente, foi graças à *construção judicial* que a Constituição Americana deu abrigo a novas doutrinas, novos princípios,⁸⁰ permitindo verdadeiras revisões do texto sem qualquer alteração da forma constitucional,⁸⁰ o que levou Charles Evans Hughes, Presidente da Corte Suprema norte-americana, a afirmar, enfaticamente, “Vivemos sob uma Constituição, mas a Constituição é aquilo que os Juízes dizem que ela é”.

Dentre as *construções constitucionais* da Corte Suprema que provocaram inegável mudança constitucional são citadas, com frequência, pela doutrina pátria e estrangeira, a *construction do judicial review*, na famosa decisão proferida por John Marshall, em 1803, no caso *Marbury x Madison*,⁸² a doutrina da proteção os direitos individuais, principalmente em matéria de garantias processuais, formulada em torno da cláusula do *due process of law*, assegurada pela Emenda XIV,⁸³ a qual, segundo Corwin, ao lado da *cláusula do comércio*, são atualmente a maior fonte de jurisdição da Corte Suprema.

Exemplo de construção judicial, nos Estados Unidos, é também a *teoria dos poderes implícitos* do Congresso⁸⁴ resumida por Paulo

e veda sair dela, para ir buscar em outras do mesmo estatuto ou estatuto a ela ligado, a intenção, o espírito que o intérprete defende e sustenta. A construção autoriza a sair do texto e a procurar, para os casos obscuros, uma solução que os constituintes previram, mas não tornaram suficientemente clara, ou não previram”... mas que é preciso regular pela ductilidade de que é suscetível o direito (ob. cit., pág. 71).

80. A expressão é de origem norte-americana e mereceu monumental estudo de Campbell Black na obra “Handbook on the construction and interpretation of the laws” citado por Meirelles Teixeira, págs. 17 e segs. Para aprofundamento do exame veja-se também: Linares Quintana, “La constitución...”, ob. cit., pág. 23; Baracho, José Alfredo de Oliveira, ob. cit., págs. 50-1; Bonavides, Paulo, “Direito...”, ob. cit., págs. 305 e segs. e Oliveira Vianna, ob. cit., pág. 6.

81. Cf. Melo Franco, Afonso Arinos de, “Teoria...”, ob. cit., pág. 84.

82. Cf. Rodrigues, Leda Boechat, “A Corte Suprema e o direito constitucional americano”, págs. 35 e segs. Segundo a Autora essa foi a maior contribuição americana ao direito constitucional, pois garantiu a supremacia do Judiciário ou do poder jurisdicional de controle da constitucionalidade das leis; cf. também Campos, Milton, ob. cit., pág. 21.

83. Cf. Baracho, José Alfredo de Oliveira, ob. cit., pág. 78; também Rodrigues, Leda Boechat, “A Corte Suprema...”, ob. cit., págs. 229-304. A Autora examina a evolução da cláusula do *devido processo legal* relativamente à Administração, à jurisdição militar, aos direitos individuais, à desagregação racial, etc. À pág. 100, a Autora registra que “através de amplíssima *construction* constitucional, baseada sobretudo na 14ª Emenda, transformou-se a Corte em árbitro não só da vida jurídica, mas das próprias diretrizes políticas nacionais, ao dar solução judicial a questões não só morfológica como substancialmente políticas...”

84. Cf. Rodrigues, Leda Boechat, ob. cit., pág. 42.

Bonavides, que a designa como “um dos cânones que permitiram à Carta da Filadélfia sua assombrosa plasticidade e longevidade”.⁸⁵

A construção judicial, já se salientou, não foi igualmente significativa em outros países. Não obstante, a doutrina, aqui e ali, menciona exemplos.

Grant, em estudo comparativo do que denomina “legislação judicial dos tribunais federais dos Estados Unidos, Argentina e México”, ao analisar o recurso do *amparo*, observa que a Corte Suprema, na Argentina, recusou durante longo período estender a proteção do *habeas-corpus* a outros direitos que não a liberdade física, dando sentido restrito à garantia constitucional contida no artigo 18 da Constituição Nacional. Em 1956, afastando-se totalmente da doutrina antes adotada, criou um novo recurso de *amparo* modelado segundo o *habeas-corpus*, para proteger os direitos não alcançados por este remédio. Acrescenta, ainda, o Autor que só em 1966 o Congresso, mediante lei, regulou o uso e deu amplo desenvolvimento ao novo recurso de *amparo* construído pretorianamente.⁸⁶

Exemplo de construção judicial na Argentina, igualmente mencionado pelo Autor, é a chamada doutrina das *sentenças arbitrárias* ou *doutrina da arbitrariedade*, que abriu novo campo para a atuação da Corte Suprema sobre interpretação e aplicação das leis locais, não previsto pela Constituição,⁸⁷ tal doutrina passou a ser “fundamento autô-

85. Cf. “Direito constitucional”, págs. 311 e segs. Pela *doutrina de poderes implícitos*, na interpretação de um poder não se consentirá coisa alguma que possa invalidar ou prejudicar os seus confessados objetivos ou a legitimidade de meios para fazer eficaz uma competência constitucional; os agentes constitucionais devem ter larga margem de discricionariedade quanto à escolha dos meios para agir: o único limite é a *adequação do meio ao fim*.

86. Cf. ob. cit., págs. 27-9. O Autor menciona o caso *Angel Siri*. Siri interpôs perante a Corte Suprema um recurso de *amparo* contra autoridades da Província de Buenos Aires que mantinham *fechado* e sob custódia provincial, o diário *Mercedes*, que dirigia e administrava, o que, segundo o reclamante, violava a liberdade de imprensa e de trabalho, consagrada nos artigos 14, 17 e 18 da Constituição Nacional. O Tribunal inferior denegou o pedido por entender não se tratar de direito amparado pelo *habeas-corpus* e a Corte Suprema modificou tal decisão concluindo que “as garantias individuais existem e protegem os indivíduos pelo fato de constarem da Constituição e independentemente de leis regulamentares”.

87. Cf. Grant, J.A.C., ob. cit., págs. 29-33. A doutrina, criada em 1909, teve pouca aplicação até 1955, quando floresceu rapidamente. Em 5 anos, foi invocada em cerca de 75 casos, contra 4 casos nos 46 anos anteriores. A Corte Suprema, sem funcionar como *terceira instância*, cassa decisão ilegal ou inconstitucional embora esses vícios não constituam, na forma legal expressa, caso de recurso extraordinário (pág. 32).

nomo para o recurso extraordinário no caso em que não existe questão federal, requisito necessário para sua estrita procedência legal”.⁸⁸

A *construction* constitucional não teve também, entre nós, grande relevo e importância.⁸⁹

Mesmo Autores pátrios que procuram dar maior dimensão à tarefa construtiva do Supremo Tribunal Federal acabam por resumi-la em uns poucos feitos.⁹⁰

88. Cf. Grant, ob. cit., pág. 31. Citando Vanossi o Autor registra que a Corte criou novo caso de recurso extraordinário diante do *silêncio do legislador, mas não contra o legislador*.

89. Cf. Campos, Milton, ob. cit., pág. 21. V. Oliveira Viana, ob. cit. No Brasil, Oliveira Viana acentuava, em 1937, que na interpretação dos textos constitucionais não se fazia distinção muito clara entre *construção e interpretação*, quer pelos legisladores, quer pelos magistrados. Daí mencionar que não tivemos, realmente, nenhuma *construção* propriamente nacional das normas constitucionais republicanas de 1891 e 1934. Ressalta, ainda, que frente à Constituição de 1934, a interpretação e aplicação de dispositivos relativos à organização e competência da Justiça do Trabalho denuncia “pleno regime de civilismo, comercialismo, processualismo, praxismo e formalismo jurídico” que, diz o Autor, provocaria um “sorriso entre melancólico e sarcástico de um Corwin, de um Cardozo”. O Autor, investe particularmente contra a atividade legislativa do Congresso, à época, ao interpretar os artigos 121 e 122 da Constituição de 1934, para disciplinar a Justiça do Trabalho, sem “atentar para a natureza de política social que a matéria envolvia”. Realmente, no Brasil, o papel da construção jurisprudencial foi modesto, embora não possa ser totalmente desprezado, pelo que não concordamos inteiramente com as observações de Oliveira Viana. Cabe mencionar que vários fatores, acentuados por Quiroga Lavié, a propósito do fenômeno na América Latina, podem ser transportados para a realidade brasileira. Assim, as sucessivas reformas constitucionais, provocadas, em regra, pelos detentores do Poder Executivo e por ele fortemente influenciadas. Por outro lado se os constituintes, paulatinamente, foram alargando a ação do Poder Executivo, desfigurando o sistema federativo, restringindo direitos, os intérpretes constitucionais, tanto legislativos como judiciais, absorveram tais tendências, mostrando-se por vezes mais centralizadores, anti-federalistas e pouco liberais, do que a própria Constituição.

90. É mesmo freqüente notar-se críticas a esse respeito, por parte dos juristas pátrios, particularmente no tocante ao federalismo. As Constituições Brasileiras vêm, sucessiva e inegavelmente, fortalecendo o Poder Executivo e favorecendo a centralização do poder, em detrimento da Federação. Tal tendência é nitidamente impulsionada pelos detentores do Poder Executivo e, em regra, não é repelida pelo Poder Legislativo que a consubstancia em normas. Não faltaram vozes afirmando que o Poder Judiciário reflete, usualmente, tal tendência e muitas vezes vai além, quando por interpretação, correta e constitucional, poderia se não minimizá-la, pelo menos não acresce-la. Ainda quando na vigência da Constituição de 1946, por certo muito menos centralizadora do que a atual, um parlamentar ousou afirmar: “Tão grave é o fenômeno que “até no seio do Supremo Tribunal desapareceu a noção do que seja regime federativo. Toda vez que essa Colenda Corte tem que decidir um assunto

A chamada *doutrina brasileira do habeas-corpus* foi, sem sombra de dúvida, a mais importante contribuição do Judiciário no desenvolvimento da *construction*, em torno da Constituição Brasileira.⁹¹ Por interpretação *construtiva*, fortemente influenciada pelas figuras exponenciais de Ruy Barbosa, na tribuna de defesa, e de Pedro Lessa, na cátedra e na magistratura, o Supremo Tribunal Federal, em 1909, deu ampla interpretação ao conceito genérico contido no artigo 72, § 22, da Constituição Federal de 1891, e estendeu o remédio do *habeas-corpus*, originalmente imaginado como instrumento de proteção apenas da liberdade de locomoção, à proteção de quaisquer lesões de direitos pessoais, praticadas por abuso de autoridade pública.

Vale transcrever, para melhor compreensão da latitude da aplicação do instituto, trecho claro e elucidativo de Seabra Fagundes.⁹²

“Desenvolve-se, então, fecundo trabalho jurisprudencial, que se alinha entre o que de mais notável se conhece na história do Direito, como contribuição pretoriana para a estrutura da ordem jurídica. Os Juizes da Excelsa Corte, a duras penas e a riscos sem conta (dois Presidentes da República declararíamos formalmente não cumprir julgados do tribunal; um outro censurá-lo-ia em mensagem ao Congresso), fortaleceriam o constitucionalismo brasileiro. Ao *habeas-corpus* se atribui latitude que, em país algum, jamais se lhe reconhecera. Os julgados ampliativos do instituto se fundamentam, principalmente, na correlação entre o exercício do direito de ir e vir e o exercício doutros direitos, acolhendo-se o pedido sempre que o direito de locomoção se mostre indispensável para o exercício de um outro, incontestável e líquido. Ao assegurar-se a liberdade de movimento, porque condição para o exercício de um direito — o *direito escopo*, na conhecida expressão de Pedro Lessa — em verdade se garante é o exercício deste. O desempenho de funções políticas, as imunidades parlamentares, a cessação,

relativo ao direito constitucional federativo, é quase certo esquecer-se por completo, qual a essência, qual a natureza desse sistema. Sua concepção, hoje, é de tal forma centralizada que entende que as Constituições estaduais têm que ser meros decalques da Constituição Federal. Em verdade, creio que nem no tempo do Império centralista se verificava tal situação” (Raul Pila, *apud* Pacheco, Claudio, “Tratado...”, ob. cit., I, pág. 373).

91. Cf. dentre outros, Baracho, José Alfredo de Oliveira, “Teoria...”, ob. cit., págs. 94 e segs. O Autor expõe, em minúcias, o desenvolvimento da construção pretoriana da doutrina; ver também Campos, Milton, ob. cit., pág. 21, Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, Grinover, Ada Pellegrini e Ferraz, Anna Cândida da Cunha, “Liberdades públicas: parte geral”, São Paulo, Saraiva, 1978, págs. 387-428.

92. Seabra Fagundes, M., “Meios institucionais de proteção dos direitos individuais”, R. Proc.-Geral Est. São Paulo, São Paulo, (10): 12-2, 1977.

Nos Estados Federais não se pode ignorar a contribuição que as Cortes de Justiça estaduais trazem à missão construtiva da interpretação da Constituição Federal.

Interpretando a Lei Maior, não raro os órgãos supremos da Justiça local, muito próximos da realidade social, laboram verdadeiras *construções* que acabam sendo adotadas pelo Tribunal Federal Supremo.

A propósito, Kazuo Watanabe⁹⁵ salienta o decisivo papel dos Tribunais paulistas na *construção* da nova orientação jurisprudencial concernente à extensão do mandado de segurança contra atos judiciais.

Não menos importante foi a *construção judicial* do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul sobre o controle de constitucionalidade de leis municipais frente à Constituição Federal.

Em memorável decisão pioneira, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, diante da omissão do constituinte estadual e do silêncio da Constituição Federal, entendeu cabível “ação direta de inconstitucionalidade contra leis municipais ofensivas à Constituição Federal”.

Impõe-se ligeiro histórico.

A Constituição Federal Brasileira em vigor não apenas admite o controle de constitucionalidade da Constituição Federal por via incidental como, também, consagra o controle jurisdicional por via de ação direta, movida pelo Procurador-Geral da República contra lei ou ato normativo federal ou estadual violadores de suas disposições, princípios e normas (artigo 119, I, J).

Não procurou o constituinte federal, de forma simétrica, assegurar o controle de leis municipais contra a Constituição Federal. E atuou corretamente, pois não se trata de matéria a ser disciplinada no âmbito da Lei Maior.

O município brasileiro, posto que tenha autonomia assegurada na Constituição Federal, não é entidade federativa; é célula política-administrativa do Estado-membro. Assim, a Constituição Federal refere-se e alcança expressamente os municípios, quando necessário, para impor limitação aos Estados e garantir-lhes autonomia financeira, política e administrativa. Por isso o texto federal cria a ação interventiva, como pressuposto da intervenção do Estado no Município. No mais, o Município há de ser considerado no âmbito do Estado, nas Constituições Estaduais que definam relação Estados e Municípios e

ilegalidade ou abusos de poder a ofender direito líquido e certo apurável sem dilação probatória; b) irreparabilidade do dano causado pelos remédios processuais comuns”.

95. “O controle...”, ob. cit., pág. 98.

outras entidades de direito público, ressalvado o que ficou expresso no texto constitucional federal.

O silêncio da Lei Maior ⁹⁶ não implicou, todavia, que se admitisse, no sistema constitucional brasileiro, que leis municipais pudessem ficar imunes ao controle de constitucionalidade frente à Constituição Federal, ou que leis municipais tivessem como que situação privilegiada frente às leis federais e estaduais, porque apenas controláveis por via de exceção e não sujeitas ao duplo controle de constitucionalidade que incide sobre aquelas.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul viu-se frente ao problema. Lei Municipal, inquinada de inconstitucionalidade, em tese, não passível de representação interventiva porque não se configuravam, no caso, as hipóteses constitucionais que embasam este tipo de ação (artigo 15 § 3º, letra d), foi levada às barras da Corte pela Representação n. 19.522, que decidiu:

“Inconstitucionalidade em tese de lei municipal. O Tribunal de Justiça tem competência para o exame da inconstitucionalidade, considerando que a *observância* dos princípios constitucionais na esfera municipal não se desliga do sistema jurídico-político nacional. A incorporação das disposições constitucionais (art. 200 da Constituição Federal) à Constituição Estadual determina a competência dos Tribunais Estaduais para o conhecimento e julgamento de inconstitucionalidade em tese de lei municipal (art. 15 da Constituição Federal e 150 da Constituição Estadual), Representação acolhida e decretação da inconstitucionalidade argüida”.⁹⁷

A *construção* elaborada nesse Acórdão seria, ao depois, sedimentada, em outras decisões, pela jurisprudência do mais alto Tribunal gaúcho.⁹⁸

96. Lacerda, Galeno, ob. cit., fala, a propósito, em *lacuna necessária* da Constituição Federal.

97. Cf. São Paulo (Estado), Procuradoria-Geral do Estado — “Ação direta de controle da constitucionalidade de leis municipais, em tese”, São Paulo, Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado, 1979, págs. 246-55.

98. Cf. São Paulo (Estado), Procuradoria-Geral do Estado — “Ação direta...”, ob. cit., págs. 247-55 e 259-74. O controle direto de leis municipais, em tese, quer frente à Constituição Federal, quer frente à Constituição Estadual foi objeto de acesa e aprofundada polêmica, particularmente no Estado de São Paulo. O constituinte paulista preocupou-se em assegurar a supremacia constitucional da sua própria obra, a Constituição Estadual, e da Constituição Federal que ele, como poder constituído, deve observar e guardar. E procurou fazê-lo pelo mesmo modo, eficaz e adequado, mediante o qual o constituinte federal assegurou a supremacia da Constituição Federal

frente aos poderes da União e dos Estados, isto é, por via do controle direto, instituindo-o expressamente no artigo 50, parágrafo único, da Constituição Paulista de 1967, mantido pelo artigo 51, parágrafo único, da Constituição Paulista de 1969. De modo expresso, o constituinte paulista criou, por interpretação constitucional legislativa, o controle que o Judiciário gaúcho criara por construção jurisprudencial, atribuindo ao Procurador-Geral do Estado a competência para mover a Representação de Inconstitucionalidade em tese de leis estaduais e municipais, frente à Constituição Estadual, e lei municipal frente à Constituição Federal. Posto que consagrado, a nível de Constituição em 1967, somente em 1977 o preceito constitucional paulista foi acionado, dando-se-lhe plena aplicação precisamente num caso de inconstitucionalidade frente à Constituição Federal. O Tribunal de Justiça paulista, em numerosas decisões, marcou posição, ressaltando, de modo expresso, o que ficara implicitamente fixado pelas decisões pioneiras do Tribunal de Justiça gaúcho, sobretudo a supremacia da Constituição Federal sobre todo o ordenamento jurídico indistintamente e a autonomia estadual para criar sistemas de controle de leis municipais frente à Constituição Federal (Veja-se maciça jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e farta doutrina, da lavra de: Ada Pellegrini Grinover, Celso Bastos, Dalmo Dallari, José Afonso da Silva, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Galeno Lacerda publicados em São Paulo (Estado), Procuradoria-Geral do Estado — “Ação...”, ob. cit., bem como na R. Proc.-Geral Est. São Paulo, São Paulo, n. 16, junho de 1980, e decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo nas Representações ns. 261.928, 261.929, 264.927, 270.694, 270.044, 272.391, 278.497, 279.583, dentre outras). No âmbito do Estado de São Paulo, a contenda foi levantada particularmente pelo Ministério Público paulista, que se posicionou, ao manifestar-se nas primeiras Representações mencionadas, contra a autonomia do constituinte estadual para criar, na Constituição Estadual, o controle direto de lei municipal frente à Constituição Federal, numa interpretação, à época e hoje mais ainda, inadmissível do federalismo brasileiro pois que esvazia e condiciona o sistema federativo de modo mais acentuado do que o próprio texto federal. Numa segunda fase, o Ministério Público invocou a tese de que, a ser criado o controle, este caberia, por simetria, ao Ministério Público Paulista e não à Procuradoria-Geral do Estado, órgão da advocacia estatal, vez que àquele órgão cabia a Representação Interventiva por força de texto expresso federal (artigo 15, § 3º, d) e à Procuradoria-Geral da República, que exerce, também, função de Ministério Público no âmbito federal, competia a Representação contra lei federal e estadual, em tese, pelo que, nesta parte, o artigo 51, parágrafo único, era inconstitucional. Nessa linha de argumentação foram interpostos Recursos Extraordinários das decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo (dentre outros, RE n. 93.088-4/SP e RE n. 92.169-9/SP). A Procuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do ilustre Procurador Moacir Antônio Machado, opinou pela constitucionalidade do artigo 51, parágrafo único, da Constituição do Estado. O Supremo Tribunal Federal, sem maior preocupação com o problema da atribuição da titularidade da ação, questionou “a possibilidade mesma da criação de ação direta de controle de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição da República” (RE n. 93.088-4/SP) para concluir pela negativa. De modo surpreendente, porém, a decisão do Pretório Excelso foi mais longe do que possivelmente se pretendia e o caso examinado nos autos ensejava, já que fulminou a expressão *inconstitucionalidade* contida no artigo 54, I, e (D.J.U., 22 de junho de 1981, p. 6.065, e também D.O.E., Seção I, 12 de junho de 1981, p. 33), sem

Trata-se de construção jurisprudencial de enorme relevância para a República Federativa do Brasil, pois firmou alguns pontos importantes decorrentes do nosso sistema constitucional: a supremacia de Constituição Federal sobre ato normativo de qualquer esfera de poder, inclusive o municipal; o controle direto para resguardar tal supremacia, incidente, também, sobre ato normativo de qualquer esfera de poder; o reconhecimento do regime federativo e da esfera autônoma de poder dos Estados-Membros da Federação, que só encontra limites nos princípios expressos ou implícitos na Constituição Federal.

Lamentavelmente, a semente tão bem lançada, importante para o desenvolvimento de um federalismo adequado ao Estado brasileiro, não logrou medrar, vez que o Supremo Tribunal Federal afastou a possibilidade de controle judicial, em tese, de leis municipais frente à Constituição Federal, decisão que, se espera, tenha novo encaminhamento⁹⁹ pois, sem querer usar argumento *ad terrorem*, fácil é vislumbrar os seus efeitos nos cinco mil municípios brasileiros. Sabe-se que pela estrutura do ordenamento brasileiro e pelo conteúdo das leis municipais eventualmente inconstitucionais, jamais serão elas objeto de ação em que se possa, por via prejudicial, declará-las inconstitucionais e eliminá-las da ordem jurídica.¹⁰⁰

atentar para o fato de que as representações por *inconstitucionalidade*, ali mencionadas, abrangiam tanto a ofensa da lei municipal à Constituição Federal como a ofensa de leis e atos municipais e estaduais frente à Constituição Federal. Resta mencionar que o artigo 51, parágrafo único, da Constituição do Estado, que cria controle direto frente ao seu texto, permaneceu vigente e, como assinala José Afonso da Silva "se quem pode criar os fins pode criar os meios" ("Ação direta...", ob. cit., pág. 157) é de se esperar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, diante do caso concreto, *construa* a solução adequada. Cf., a propósito, nossa tese apresentada no XI Congresso Nacional de Procuradores do Estado, cit.

99. Nesse sentido propugnam teses recentemente debatidas e aprovadas em Congresso de Direito Municipal, realizado em janeiro de 1982, em Belo Horizonte, e no Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, em maio de 1982, também em Belo Horizonte. Procura-se, por via de reforma constitucional, superar interpretação que, com a devida vênia, não atende aos reclamos do ordenamento constitucional brasileiro.

100. A propósito, nunca é demais lembrar que leis municipais, em especial as que beneficiam os administrados, notadamente os servidores públicos, fruto em geral de iniciativa do Executivo que tem, a seu favor, poderosos instrumentos para aprovação de projetos de sua iniciativa (o decurso do prazo, a iniciativa exclusiva e a maioria na corporação legislativa), raramente são levadas ao crivo do Judiciário por via de exceção. Ora, se eivadas de inconstitucionalidade por não permitirem, como em regra não permitem, a ação interventiva, subsistirão no ordenamento, sem qual-

Cabe ressaltar, também, a construção jurisprudencial dos Tribunais locais, de modo especial se voltadas para as respectivas Constituições Estaduais.

O exemplo marcante a ser citado, no Brasil, ainda é o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao admitir ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal frente à Constituição Estadual, sem que dispositivo expresso a acolhesse.¹⁰¹ Na Representação n. 21.430, Porto Alegre, em autêntica *construction*, o Tribunal de Justiça gaúcho assim se pronunciou:

“Representação do Dr. Procurador-Geral da Justiça contra a Lei n. 2.649, de 27 de junho de 1973, do Rio Grande. Tendo em vista o disposto na *Constituição Estadual*, artigo 157, não podem os vereadores ter a iniciativa de projetos de lei que aumentem a despesa pública, com a criação de cargos ou funções públicas. Representação acolhida para decretar a *inconstitucionalidade da lei invocada*”.¹⁰²

Deuses poucos exemplos retirados da experiência constitucional, em Estados de Constituição rígida e de forma federal, ressalta à evidência a importância da interpretação construtiva constitucional, mediante a qual o Judiciário passa a completar e a aperfeiçoar a aplicação da Lei Maior, numa busca incessante de acompanhar as transformações jurídicas, políticas, sociais e econômicas do Estado, sem quebra ou violação da Constituição, mas retirando dela, de seus elementos intrínsecos, por inferência lógica ou sistemática, e de elementos extrínsecos,

quer remédio possível (cf., a propósito, o voto do Desembargador Oliveira Lima, do Tribunal de Justiça de São Paulo, em “Ação direta...”, ob. cit., pág. 153).

101. Duas das decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, mencionadas anteriormente, decidiram pela competência do Tribunal para declarar a “inconstitucionalidade, em tese, de lei municipal frente à Constituição do Estado” (consulte-se, ob. cit., Representação n. 19.522 e n. 21.430, págs. 247 e segs. e 259 e segs., respectivamente). Na controvérsia a respeito do controle em tese de leis municipais, relatada em nota anterior, um aspecto, nas decisões dos Tribunais paulistas, merece ser ressaltado: o relativo ao estabelecimento do rito processual a ser seguido, vez que o constituinte paulista somente definiu a ação, suas condições e seus pressupostos processuais. O Tribunal de Justiça do Estado, na esteira das mais sábias orientação processualistas, adotou, *por analogia*, o *modus procedendi* estabelecido no Regime Interno da Suprema Corte (artigos 174 e 182) para a ação interventiva no âmbito estadual, e que reproduz as regras estampadas na Lei n. 4.337/64. (cf. Acórdão do T.J. relatado pelo Desembargador Xavier Honrich, em “Ação direta...”, ob. cit., pág. 141) subordinando, portanto, “os meios ao fim”.

102. N.G. Cf. São Paulo (Estado), Procuradoria-Geral do Estado — “Ação direta...”, ob. cit., págs. 157 e 159.

que estão à base de suas disposições, a solução mais correta e mais adequada ao caso concreto.

Apropriadas, para finalizar essas considerações sobre a importância da construção jurisprudencial, as palavras seguintes:

“A função constitucional construtiva do Supremo Tribunal Federal permite-lhe desprender do rígido formalismo legal, para possibilitar debate amplo em torno de questões constitucionais: Como consequência de ser o Supremo Tribunal Federal o guarda e o responsável pela Constituição, e para cumprir essa obrigação que a Constituição lhe impõe, de guardá-la, ele deve erigir meios capazes para tanto. E se esses meios não constarem de texto constitucional expreso nem de lei ordinária, têm eles de surgir de sua interpretação criadora”.¹⁰³

103. Cf. Baracho, José Alfredo de Oliveira, “Teoria...”, ob. cit., pág. 105. A remissão final é transcrição de trecho da obra de Dalmo de Abreu Dallari.

SEÇÃO IV

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA

SUMÁRIO: 1. Advertência necessária. 2. Noção. 3. Meios e modos de atuação. 4. Notas características. 5. A interpretação constitucional administrativa enquanto processo de mutação constitucional.

1. Advertência necessária

Toda generalização no campo do Direito é difícil e arriscada, particularmente quando não se circunscreve a um determinado ordenamento jurídico.

Na interpretação constitucional administrativa as generalizações revestem-se de maior complexidade ainda, em razão das características do direito administrativo, que em cada sistema adquire notas peculiaríssimas.

Não obstante, para o desenvolvimento do tema procedeu-se a algumas generalizações consideradas imprescindíveis à compreensão da interpretação constitucional administrativa como processo de mutação constitucional.

Vale a ressalva, de um lado, porque não se desceu a pormenores e minúcias que o tratamento do tema comporta, quando analisado do ponto de vista do direito administrativo;¹ por outro lado, porque as análises feitas devem ser vistas com cautela, já que não abrangem todos os casos de interpretação constitucional administrativa passíveis de identificação nos vários sistemas que, de resto, não foram examinados exhaustivamente.

Por último, à vista da complexidade apontada e a fim de imprimir maior objetividade e alcance ao exame da matéria, dá-se relevo maior ao tema no ordenamento brasileiro.

1. Um aprofundamento nesse sentido extravasaria os limites deste trabalho.

2. Noção

Trata-se de uma das modalidades de interpretação constitucional designada por *orgânica*.²

De modo geral, a doutrina atribui a interpretação constitucional administrativa aos órgãos do Poder Executivo, quando afirma que “esta interpretação na esfera constitucional se efetua quando os órgãos do poder executivo devem ajustar seus atos, resoluções e disposições gerais ao império dos preceitos da Carta Fundamental”.³

Na interpretação constitucional orgânica, os vários *sujeitos* ou *órgãos* chamados a aplicar ou a consentir na aplicação da norma constitucional dela participam de modo e com intensidade distintas.⁴

É inegável que, por força da própria natureza de suas funções, é o Poder Executivo o órgão que desenvolve, por excelência e de modo mais amplo e constante, a *interpretação constitucional administrativa*; assim, pelo critério orgânico, é o poder ao qual pode ser atribuída essa modalidade de interpretação.

Não se deve desconhecer, todavia, que se o Poder Executivo participa de interpretação constitucional legislativa, por igual o Poder Legislativo,⁵ e não raro o Poder Judiciário, desenvolvem interpretação constitucional por meio de atos de natureza administrativa.⁶

Numa conceituação mais abrangente pode-se dizer que se trata de uma das modalidades de interpretação constitucional orgânica, generi-

2. Cf. Fix-Zamudio, Héctor, ob. cit., pág. 22; Tamayo y Salmorán, Rolando, ob. cit., págs. 125 e segs.; também Rao, Vicente, ob. cit., pág. 561.

3. Cf. Fix-Zamudio, Héctor, ob. cit., pág. 27.

4. LiBassi, Antonino Pensavecchio, ob. cit., pág. 124.

5. É o que ocorre, por exemplo, quando o Legislativo aprova nomeações propostas pelo Poder Executivo. Vejam-se, no Brasil, as atribuições meramente *deliberantes* (artigo 42, VIII, da Constituição Federal) que o Senado Federal desenvolve através de Resoluções, mas que não são *atos legislativos* e portanto não podem ser inseridos no capítulo da *interpretação constitucional legislativa*. A propósito da *natureza das Resoluções* do Congresso, do Senado, da Câmara dos Deputados, etc., cf. Afonso da Silva, José, “Curso de direito...”, ob. cit., pág. 97; também Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, “Comentários...”, ob. cit., v. 2, págs. 12-13 e “Curso de direito...”, ob. cit., pág. 220. Ensina Ferreira Filho que, de fato, os “itens do artigo 44 atribuam ao Congresso o *resolver*, o *autorizar* ou *permitir*, o *aprovar*, o *mudar*, o *fixar*, o *deliberar*, e só a menção desses verbos já mostra questões sobre as quais o Constituinte deixou ao Congresso decisões últimas, especialmente *como forma de fiscalização do poder executivo*.”

6. Trata-se de *atos administrativos materiais* consoante ensina José Cretella Júnior (Cf. “Curso de direito administrativo”, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1975, pág. 237).

camente definida por exclusão quanto às interpretações constitucionais legislativa e judicial, cujas funções são próprias e bem definidas.

Consiste, assim, na interpretação constitucional operada mediante atos, resoluções ou disposições gerais ou não, que *não* tenham por objetivo a elaboração de leis integrativas ou complementares à Constituição ou decisões jurisprudenciais visando à aplicação da Constituição a casos concretos ou à declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos.

Frente a essa noção, mais ampla, são órgãos de interpretação constitucional administrativa: o Poder Executivo, por excelência, e os demais poderes constituídos, quando exercem atribuições de natureza administrativa conferidas pela Constituição.

Neste trabalho, todavia, dar-se-á relevo especial à interpretação constitucional administrativa atuada pelo Poder Executivo.⁷

Por outro lado, convém mencionar que a interpretação constitucional administrativa alcança não apenas atos, resoluções, deliberações administrativas *stricto sensu*, isto é, de *finalidade administrativa*, mas abrange, também, os atos administrativos qualificados de *políticos* ou *exclusivamente políticos*, isto é, os atos administrativos que tenham *finalidade política*.⁸

7. Não cabe, nesta obra, exame aprofundado dos atos administrativos de todos os poderes. Ressalte-se, para constar, que há uma grande riqueza, a esse respeito, particularmente no relativo aos atos praticados pelos órgãos legislativos.

8. Adota-se, nesta distinção, o ensinamento de Seabra Fagundes exposto na obra "O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário" (5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, págs. 158 e segs.) Tratando da *questão política*, que resulta do ato administrativo de sentido exclusivamente político, adota o Autor "três gradações de atos: o *ato administrativo* como gênero, o *ato político* como espécie, e o *ato exclusivamente político* como subespécie". Reconhecendo a difícil tarefa de defini-los precisamente, indica como elemento diferenciador a *finalidade*, que considera insuficiente para a preocupação que move seu estudo, qual seja, a incidência do controle jurisdicional, pelo que acrescenta o elemento *conteúdo* e conclui: "Para que o ato administrativo seja estritamente político, há de conter medida de fins unicamente políticos (*finalidade*) e, ao mesmo tempo, há de circunscrever-se ao âmbito interno do mecanismo estatal, e, se o exceder, não deve alcançar direitos individuais explicitamente reconhecidos, mas apenas interesses (conteúdo)". Para se fixar o alcance da interpretação constitucional administrativa, a explanação de Seabra Fagundes é adequada, pois engloba, a um só tempo, os atos administrativos praticados pelo Poder Executivo para fins administrativos e políticos, bem como os atos materialmente administrativos praticados para idênticas finalidades pelos demais poderes constituídos.

Tal abrangência atribuída à interpretação constitucional administrativa é registrada também por Fix-Zamudio.⁹

3. Meios e modos de atuação

Os modos e meios pelos quais os órgãos competentes desenvolvem a atividade interpretativa constitucional administrativa variam. Usualmente o fazem mediante a prática de atos de finalidade administrativa ou política, que tomam formas variadas, qualificadas ou não.¹⁰

Assim, exemplificando, o Poder Executivo, em regra, desenvolve suas atribuições constitucionais mediante *atos*, quer se trate do exercício de seu poder regulamentar, quer do exercício de atribuições constitucionais outras, tais como o de *nomeação* de Ministros de Estado, no sistema presidencialista, ou de Ministros da Corte Suprema ou do Supremo Tribunal de Justiça.¹¹ Atos de aprovação da indicação de Ministros para a Corte Suprema, nos Estados Unidos, as *Resoluções* aprovando tais indicações, no Brasil, são meios de interpretação constitucional administrativa, utilizados pelo Legislativo.¹²

9. Cf. Fix-Zamudio, Héctor, ob. cit., pág. 27. Observa o Autor que a interpretação constitucional administrativa "engloba a atividade que se tem qualificado como de *governo* ou *política*". Veja-se, a propósito, também José Cretella Júnior ("Dicionário de direito administrativo", 2ª ed., São Paulo, J. Bushatsky, 1972, págs. 34-5) que ensina que o *ato de governo* é espécie de *ato administrativo*, sendo que o "Poder Executivo tem poderes políticos e administrativos". Na mesma linha, Hely Lopes Meirelles ("Direito administrativo brasileiro", 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, pág. 645) nota: "Tais atos administrativos são, por vezes, rotulados pela doutrina simplesmente de *atos políticos* ou *atos de governo* e definidos como "aqueles que, praticados por agentes do governo, no uso de competência constitucional, se fundam na ampla liberdade da apreciação de conveniência ou oportunidade de sua realização, sem se aterem a critérios jurídicos pré-estabelecidos". "Nesse sentido pratica *ato político* o Executivo quando nomeia Ministro de Estado, quando concede indulto; pratica-o o Legislativo quando aprova contas, cassa mandatos; e o Judiciário quando escolhe advogado e membro do Ministério Público para compor o quinto constitucional".

10. Atos, decretos, resoluções, moções e convênios são algumas das modalidades de atos que resultam de uma interpretação constitucional desenvolvida sob a modalidade em exame, qual seja, a *administrativa*.

11. Tal como ocorre no Brasil e nos Estados Unidos, a nomeação de Ministro de Estado se faz mediante decreto individual; a aprovação da intervenção nos Estados é também objeto de decreto do Executivo, no caso brasileiro (V. artigos 81, VI e 11 da Constituição Federal).

12. José Afonso da Silva, na obra "Aplicabilidade...", cit., pág. 213, menciona as *Resoluções do Senado Federal* previstas na Constituição Federal Brasileira, artigo

A prática desses atos de aplicação constitucional pressupõe, da parte do órgão ou poder, o desenvolvimento de uma atividade interpretativa prévia.¹³

4. *Notas características*

De início, parece oportuno observar que, no exame das características da interpretação constitucional administrativa, não se pode perder de vista que essa atividade se desenvolve para fins de aplicação das disposições constitucionais. Não se cogita, portanto, de todo e qualquer ato administrativo de finalidade administrativa ou política, mas dos atos dessa natureza que tenham por escopo, mediata ou imediatamente, a aplicação constitucional.

Destarte, as notas distintivas aqui apontadas circunscrevem-se à interpretação administrativa enquanto voltada para a aplicação constitucional.¹⁴

Na aplicação constitucional por meio de ato administrativo em sentido amplo, a conduta do poder aplicador deve ser conduzida pela indagação seguinte: é constitucional o ato a ser editado? E nesta indagação entrarão, forçosamente, os elementos que informam a prática de atos sob o princípio da constitucionalidade, e, por reflexo ou decorrência, o princípio da legalidade:¹⁵ assim, por exemplo, competência,

42, VI, e nos artigos 23, §§ 2º e 5º, como meios de integração de eficácia das normas constitucionais; indica, também, como meio de integração o decreto do Executivo Federal de intervenção nos Estados, previstos no artigo 11 da Carta Magna.

13. Convém lembrar que toda aplicação de dispositivo constitucional envolve atividade prévia de interpretação, ainda que, em muitos casos, as duas fases se confundam e que, segundo observa Carlos Maximiliano (“Comentários...”, ob. cit., pág. 115) “são intérpretes da Constituição os três poderes em que se divide o Governo Federal. Presume-se que todos eles a observem com respeito e carinho; por isso, atos emanados de cada um auxiliam a exegese, guiam o investigador no verdadeiro sentido do texto de 1891”.

14. A observação é necessária porquanto não cabe examinar aqui, como é óbvio, os atos administrativos em toda a extensão que lhes atribui o Direito Administrativo. Para exame aprofundado desses aspectos poder-se-á recorrer às obras especializadas, tais como Cretella Júnior, José, “Tratado de direito administrativo”, Rio de Janeiro, Forense, 1966, v. 2.

15. O Poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário quando atuam desenvolvendo atividades administrativas *estrito senso* ou praticando *atos de finalidade política* subordinam-se não somente à Constituição, mas também à lei. É que, em regra, nesses casos, o ato praticado é de caráter secundário, não se fundando exclusiva e diretamente na

forma, conteúdo, finalidade e limites para agir, previstos na Constituição e, eventualmente, em norma infraconstitucional integradora do preceito constitucional ou que, de modo válido, possa incidir sobre o ato.¹⁶

Constituição, ainda que se trate de interpretação desenvolvida para sua aplicação. Veja-se, na nota seguinte, o exemplo do decreto de execução de lei integradora de preceito constitucional.

16. V.g., é o caso de um decreto regulamentador de uma lei integrativa da Constituição no Brasil. O exercício do poder regulamentar é subordinado à observância não apenas da Constituição, mas, também, da lei integrativa. Não pode o decreto regulamentar atuar *praeter legem* ou *contra legem*. Problema que assume contornos relevantes é, por exemplo, o referente à regulamentação de uma lei integrativa ou complementar da Constituição que extravase ou viole a norma constitucional, segundo interpretação do Poder Executivo, e que enseja a seguinte questão: deve o Executivo regulamentar a lei tal qual foi posta ou pode, sobrepondo-se aos vícios de inconstitucionalidade, disciplinar a matéria consoante dispõe a Constituição ou, em outras palavras, considerar *inexistente* a lei na parte em que ela contraria a Constituição? A questão envolve, pelo menos em parte, o problema do cumprimento, pelo Executivo, de *leis inconstitucionais*, já ventilado em páginas anteriores. Nos ordenamentos que admitem o controle de constitucionalidade em tese, o Executivo pode, entendendo inconstitucional a norma, deixar de expedir a regulamentação competente? No caso brasileiro, embora a doutrina oscile quanto ao não cumprimento de leis inconstitucionais pelo Executivo, parece dominar corrente favorável à tese. O Supremo Tribunal Federal também não a infirma. Veja-se ementa do Acórdão de 21 de novembro de 1979, do S.T.F., prolatado na Representação n. 980-SP: “É constitucional decreto do Chefe do Poder Executivo Estadual que determina aos órgãos a ele subordinados que se abstenham da prática de atos que impliquem a execução de dispositivos legais vetados por falta de iniciativa exclusiva do Poder Executivo. Constitucionalidade do Decreto n.7.864, de 30 de abril de 1976, do Governador do Estado de São Paulo”. Transcreva-se, ainda, por elucidativo, o seguinte trecho do voto do Ministro Décio Miranda: “A possibilidade de ação direta de inconstitucionalidade através de representação do Procurador-Geral da República, e, mesmo, a possibilidade de medida cautelar contra a execução de medida inconstitucional, nada disto impede o *exercício autônomo e provisório* da faculdade, que tem o Chefe do Poder Executivo, de *negar aplicação à lei estadual que considere inconstitucional*. Especialmente o Chefe do Poder Executivo Estadual não pode estar desarmado desse recurso extremo, por não ter a seu dispor agente capaz de suscitar diretamente aquela arguição de inconstitucionalidade” (n.g.). Desbordaria, porém, dos limites de sua atribuição o Executivo que regulamentasse preceito constitucional sobrepondo-se à lei que o complementa, por tê-la como inconstitucional. Uma coisa é *deixar* de cumprir a norma *inconstitucional*. Outra, parece, é regulamentá-la, ultrapassando-lhe os limites, para corrigir eventuais inconstitucionalidades. No caso, o exercício do poder regulamentar não é autônomo; é determinado e circunscrito pela lei infraconstitucional. A disciplina do Executivo não seria regulamentação, mas exercício de poder autônomo, do qual não dispõe.

Incidem, portanto, sobre a interpretação constitucional administrativa os mesmos limites aos quais se submetem as demais modalidades orgânicas da interpretação constitucional e, ainda, de modo particularmente sensível, limites impostos pelo princípio da legalidade.

Do caráter limitado da interpretação constitucional administrativa decorre outra nota distintiva: *seu caráter secundário*,¹⁷ perceptível quando se trata de atividade interpretativa fundada na Constituição e em legislação infraconstitucional.¹⁸

A interpretação constitucional administrativa poderá, todavia, ser *primária* quando fundada diretamente na Constituição.¹⁹

A interpretação constitucional administrativa é também referida na obra de Li Bassi, que a distingue em *direta e indireta*.²⁰ Segundo o Autor, os órgãos administrativos exercem uma atividade interpretativa em torno da norma constitucional, seja diretamente, no exercício de atribuição ou poder fundado na própria Constituição, seja indiretamente, na aplicação das disposições legislativas infraconstitucionais que regulam os princípios constitucionais e dependem da atividade administrativa para serem executadas.²¹

17. Fix-Zamudio, Héctor, ob. cit., pág. 28, designa esta nota característica de *indireta*.

18. No caso do decreto regulamentador, a competência do poder executivo, nos regimes presidencialistas é, em regra, determinada pela própria Constituição e decorre do sistema de separação de poderes (Cf. Gasparini, Diógenes, "Poder regulamentar", São Paulo, J. Bushatsky, 1978, pág. 56). Mas o exercício desse poder não é *autônomo*, pois tem conexão com a lei a ser regulamentada. Não se quer dizer, com isso, que a lei *deve* autorizar a regulamentação, pois tal competência — a de regulamentar —, como se disse, é própria do executivo e funda-se diretamente na Constituição. A relação de conexão ou dependência apontada diz respeito apenas à existência de uma *condição lógica*: se não há lei, não há poder regulamentar. Dai o caráter secundário ou decorrente da interpretação constitucional administrativa. Transmite-se-lhe, parece-nos, a distinção que Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Cf. "Comentários...", ob. cit., v. 2, pág. 116) faz entre atos primários e secundários.

19. Exemplo desse caráter primário é o poder de nomear Ministros de Estado, no caso brasileiro. Trata-se de competência constitucional fundada tão somente na Constituição, que fixa a *autoridade competente* e os *requisitos* para a nomeação. Poder-se-ia argumentar que a nomeação depende de vaga e de cargo criado em lei. Não parece, todavia, que a exigência de tais requisitos, pelo menos quanto à atividade constitucional interpretativa, desfigurem o *caráter primário* da interpretação desenvolvida com fundamento direto na Constituição para emissão do ato.

20. Cf. Li Bassi, Antonino Pensovecchio, "L'interpretazione...", ob. cit., pág. 124.

21. Cf. ob. cit., pág. 128, nota 9.

Fix-Zamudio admite, também, as características apontadas, salientando a interpretação administrativa como *indireta e direta*, a primeira mais restrita do que a segunda.²²

Procede, em parte, a posição do mestre mexicano. Nada há a observar quanto às modalidades de interpretação administrativa, salientadas pelo autor; realmente essa interpretação pode atuar *diretamente* ou de modo *primário* a Constituição, como também pode fazê-lo *indiretamente* ou de modo *secundário*.

Todavia, o caráter *restrito* da interpretação constitucional administrativa deve ser considerado diante de cada sistema constitucional positivo.

Fix-Zamudio atribui tal nota característica, que denomina *negativa*, a partir do ordenamento mexicano, ao lembrar que normalmente “os funcionários administrativos não têm faculdade para descumprir um preceito legal sob o pretexto de que é contrário às normas ou ao espírito da Constituição”.

Nos ordenamentos onde há controle direto de constitucionalidade de lei em tese, a limitação dos poderes administrativos relativamente ao cumprimento de leis inconstitucionais é atenuada, em especial se for levado em consideração que, freqüentemente, esse controle direto é atuado pelo próprio Poder Executivo.²³

Nesses ordenamentos, a posição do administrador, sob esse ângulo, quase que se equipara à do legislador que sofre, diretamente, o controle jurisdicional de constitucionalidade.

Observe-se, ainda, que a faculdade de o Executivo não aplicar leis inconstitucionais, negada pelo Autor, vem se afirmando em alguns

22. Fix-Zamudio, Héctor, ob. cit., págs. 27-9. O Autor menciona a prisão de cidadão, por autoridade administrativa, sem mandado judicial, como infração direta ao artigo 16 da Constituição (mexicana); também quando tal autoridade coíbe o exercício de liberdade de expressão consagrada nos artigos 6º e 7º da Carta Fundamental, por intermédio da *censura prévia*, ou ainda quando não decide, oportunamente, reclamações apresentadas pelos administrados no exercício do direito de petição consagrado pela Constituição (artigo 8º). Em todos esses casos, lembra o Autor, as autoridades administrativas aplicam a Constituição e, para tanto, dão interpretação direta às disposições constitucionais, ainda que passível de impugnação pelo *amparo* (controle jurisdicional). Transparece na observação o caráter de não definitividade da interpretação constitucional administrativa.

23. É o que ocorre no Brasil, onde a ação direta de controle de constitucionalidade, a nível de Constituição Federal, é atribuída ao Procurador-Geral da República, Chefe do Ministério Público Federal e órgão que integra a estrutura do Poder Executivo.

ordenamentos, ainda que reservada, conforme lembra Manoel Gonçalves Ferreira Filho, aos órgãos de cúpula do Poder Executivo²⁴ que atuam por *sua conta e risco*.²⁵

O exercício da interpretação constitucional administrativa, que resulta na expedição de ato administrativo concreto, é *obrigatório*?²⁶ A resposta à indagação pode variar conforme o ordenamento e a espécie do ato de aplicação constitucional. O ato de finalidade política é, em regra, *discricionário*, isto é, livre quanto à forma, momento e conteúdo; o de finalidade puramente administrativa poderá ser livre, ou não, quanto ao exercício.²⁷

24. Cf. "Curso...", ob. cit., pág. 254. Veja-se, também, a propósito, nota anterior onde se menciona a posição da doutrina e da jurisprudência, no Brasil. (n. 16, pág. 151).

25. Há uma clara remissão, ao que parece, à possibilidade de incorrer o Poder Executivo, no caso do Brasil, em *crime de responsabilidade*, vez que a lei tipifica, entre as figuras desse crime, o *cumprimento das leis* (artigo 82 da Constituição Federal). A jurisprudência, todavia, tem afastado a hipótese, pelo menos nos casos em que a inconstitucionalidade da lei é fruto de vício de iniciativa, ou seja, é manifesta a usurpação da iniciativa reservada ao Executivo que, desta forma, não dando cumprimento à lei, além de *zelar* pela Constituição como lhe compete, está também defendendo prerrogativa constitucional que lhe é atribuída. Não se faz aqui qualquer juízo de valor, mas de interpretação do sistema constitucional vigente. Por outro lado há que se observar, no caso, que o vício de *inconstitucionalidade é inequívoco e manifesto*.

26. Fix-Zamudio, ob. cit., pág. 28, designa tal característica de *positiva*.

27. Exemplifique-se: ato de aprovação, pelo Senado, de indicação de Ministro para a Suprema Corte dos Estados Unidos e ato de nomeação de Ministro do Supremo Tribunal federal, no Brasil. São atos livres quanto ao exercício, ao momento, à escolha. A discricionariedade, nesses casos, muitas vezes conduz à *inércia* no agir, que traz graves conseqüências à ordem constitucional. No Brasil, por exemplo, em decorrência de crise entre o Poder Executivo e o Supremo Tribunal Federal, ocorrida em 1891-1893, o então Presidente da República, Marechal Floriano Peixoto deixou de prover vagas no S.T.F., que ficou vários meses sem funcionar (cf. Rodrigues, Leda Boechat, "História do Supremo Tribunal Federal: I — 1891-1898", Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1965, pág. 3). Por outro lado, a doutrina não é uniforme quanto à amplitude da discricionariedade do exercício do poder regulamentar. Discute-se, por exemplo, se o Poder Executivo é *obrigado* a expedir regulamentos, se é possível a lei fixar prazo, isto é, determinar o momento ou o período para a expedição do regulamento. A resposta à primeira indagação deve ser afirmativa. Sempre que a lei tiver que ser regulamentada, para ser aplicada, existe poder-dever do órgão competente para lhe dar execução, regulamentá-la. No tocante à fixação de prazos para regulamentar, posicionam-se, de um lado, os que entendem inconstitucional o estabelecimento de qualquer prazo, para regulamentação de leis (cf. Vanossi, Jorge Reinaldo, "Teoria constitucional", Buénos Aires, Depalma, 1976, v. 2, pág. 7). O Autor menciona decisão da Corte Suprema Argentina, considerando incabível fixar prazo para cumprimento de leis, por força do princípio de Separação de Poderes. Nessa posição, também

O exercício da interpretação constitucional administrativa é *autônomo* ou independente no sentido de que o poder competente para impulsioná-la não está sujeito à autorização de qualquer outro poder, mas funda-se exclusivamente na Constituição.²⁸

A interpretação constitucional administrativa é *definitiva* ou, em outras palavras, não pode ser modificada?

Em se tratando de atos administrativos de finalidade exclusivamente política é, em regra, definitiva, no sentido de que não pode ser modificada por ato de qualquer outro poder, não incidindo sobre ela o controle jurisdicional, nem o político.²⁹ Os atos de finalidade política

Diógenes Gasparin, ob. cit., pág. 219, que analisa a matéria em face da Constituição Brasileira. Considera o Autor que a Constituição arrolou, de forma exaustiva e expressa, todos os possíveis casos de fixação de prazo, não incluindo entre esses, disposição admitindo prazos para regulamentação de lei pelo Executivo; acrescenta, ainda, como argumento em defesa de sua tese, que a previsão desse tipo de prazo seria uma imposição indevida de encargo ao Executivo. De outro lado, posicionam-se os que consideram constitucional a fixação de prazo para expedição de regulamentos. O Autor menciona, favorável a essa última posição, Milton Gonçalves Ferreira, "Do regulamento e do Poder Regulamentar", Maceió, Casa Ramalho, 1957. A questão da *inércia* no exercício da atividade constitucional administrativa há de ser contornada por mecanismos constitucionais próprios, que não necessariamente a fixação constitucional de prazo, em especial quanto à expedição de decretos de regulamentação. É imperioso que se cogite desses tipos de mecanismos para evitar prejuízos graves à ordem constitucional e aos administrados. No caso, por exemplo, de preenchimento de cargos que dependam de aprovação de dois poderes, nada impediria a fixação de prazo, no tocante à expedição de decretos regulamentares, ou a nomeação *ad referendum* do órgão legislativo com efeitos *ex nunc*, ou ainda, tipificar, de modo claro, mediante critérios razoáveis, a *inércia* como *crime de responsabilidade*, qualquer que fosse o poder omissivo; poder-se-ia, de outro lado, estender-se o alcance dos remédios judiciais, particularmente os de proteção de direitos individuais à inércia administrativa, caracterizando, objetivamente, os casos em que tal inércia pode ser considerada como *omissão lesiva* aos administrados.

28. Esta nota peculiar complementa ou resulta da característica de não se poder, genericamente, designar de *obrigatória* a interpretação constitucional administrativa.

29. Veja-se, a propósito, o exame do controle das chamadas *questões políticas*. O ato administrativo de finalidade exclusivamente política escapa a qualquer controle jurisdicional; assim, por exemplo, uma moção de desconfiança nos governos parlamentares, uma resolução do Senado Federal, no Brasil, rejeitando aprovação a nome indicado para Chefe de missão diplomática (artigo 42, III, da Constituição Federal e artigo 402 do Regimento do Senado Federal). Ver outros exemplos em Seabra Fagundes, M., "O controle...", ob. cit., págs. 160 e segs., nota 6-15.

podem também ser imunes ao controle jurisdicional, com certas limitações,³⁰ e ao controle político.³¹

O ato de finalidade administrativa é, também, definitivo no que respeita à *discrição* deixada ao exercício dos órgãos competentes. Não escapa, porém, ao controle jurisdicional de constitucionalidade e legalidade.³²

O caráter de interpretação definitiva ou final não conduz à *imutabilidade*. O poder competente para desenvolver a interpretação constitucional administrativa pode mudá-la, pode modificá-la,³³ observados os limites constitucionais ou legais.

Finalmente, a interpretação constitucional administrativa é *vinculante*. Porém, é vinculante *interna corporis*, quando proveniente da autoridade competente mais alta de uma pirâmide administrativa; *externa corporis*, será vinculante para os administrados, que devem observância aos regulamentos, decretos, atos, etc. e para os outros poderes, observados os limites da competência constitucional do Poder Executivo.

30. No Brasil, não escapam ao controle jurisdicional atos que firam direitos individuais (artigo 153 § 4º, da Constituição Federal). Também nos Estados Unidos, onde o problema das *questões políticas* foi originariamente suscitado, o afastamento do controle jurisdicional está bastante atenuado com relação ao posicionamento anterior da Corte Suprema. Veja-se referência na Seção relativa à interpretação constitucional judicial. Por outro lado, a verificação dos requisitos formais constitucionais ou legais dos atos de finalidade política, em regra, sofre controle jurisdicional.

31. Nem sempre, todavia, inexistente controle político. No Brasil, exemplificando, o decreto de intervenção federal sofre apreciação do Congresso Nacional (artigo 12 da Constituição Federal) que pode desaprová-lo, com efeitos *ex nunc*, porém (v. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, "Comentários...", ob. cit., v. 1, págs. 114-15.) Por igual, a indicação de qualquer Ministro do S.T.F. pode não merecer aprovação pelo Senado Federal (artigo 42, III).

32. Cf. Seabra Fagundes, ob. cit., pág. 160.

33. A mutabilidade de tal interpretação encontra limites na motivação e nos efeitos do ato resultante. Exemplificando com casos retirados da experiência constitucional brasileira; se a intervenção federal resulta de decreto motivado, pode cessar, cessados os motivos; a nomeação de Ministro de Estado pode ser revogada a qualquer tempo, a nomeação de Ministro do Supremo Tribunal Federal é imutável, em razão das garantias de vitaliciedade que lhe são asseguradas; o Governador do Distrito Federal pode ser substituído a qualquer tempo pelo Presidente da República, não obstante sua anterior aprovação pelo Senado Federal (artigo 42, III). (Cf. Araújo Cintra, Antonio Carlos de, "Motivo e motivação do ato administrativo", São Paulo, 1978. Dissertação de curso à livre-docência de Direito Administrativo na FADUSP, págs. 163 e segs. e 189).

Não é, todavia, *final*, nos casos em que admite confronto judicial (controle de constitucionalidade e legalidade dos atos administrativos) ou controle político.³⁴

5. *A interpretação constitucional administrativa enquanto processo de mutação constitucional*

A interpretação constitucional administrativa configura processo de mutação constitucional sempre que, atuando para concretizar, integrar e aplicar a Constituição, conduz, permite ou possibilita a transformação do sentido, do significado e do alcance das disposições da Lei Fundamental, amoldando-a a realidades novas, a situações novas, novas necessidades sociais.

Veja-se que nem sempre a interpretação constitucional, atuando como processo de mutação constitucional, amplia ou estende o significado e o sentido da Constituição; por vezes, pode até mesmo restringi-lo. Ampliando ou restringindo estará dando sentido concreto, vivo, possivelmente *novo* à Constituição e, portanto, se alça à categoria de *processo de mutação constitucional*.

Nessa afirmação não há qualquer juízo de valor. Trata-se de verificação, pura e simples, dos efeitos da interpretação constitucional.

Para que a interpretação constitucional administrativa atue como processo de mutação constitucional, sem mudar a letra da Constituição e sem violar-lhe letra ou espírito, deve se revestir das características já apontadas relativamente às demais modalidades de interpretação constitucional.

Como a interpretação administrativa modifica o sentido ou o alcance da Constituição?

Sob dois ângulos será considerada a configuração da interpretação constitucional administrativa: a tipologia das normas constitucionais e a interpretação constitucional atuada por atos administrativos de finalidade administrativa e de finalidade política, ou atos de governo.

34. Exemplificando, no Brasil, a nomeação de um Ministro de Tribunal, se contrariar a Constituição, pode ser impugnada por via judicial; a nomeação de um Ministro do Supremo Tribunal Federal pode ser obstaculada pelo Senado Federal.

a) *A tipologia das normas constitucionais e a interpretação constitucional administrativa.*

Toda interpretação constitucional administrativa tem por fim um ato que visa à aplicação mediata ou imediata de uma disposição constitucional.³⁵

Considerando a tipologia das normas constitucionais de José Afonso da Silva, observa-se que a interpretação constitucional administrativa assume caráter particularmente relevante no tocante às normas programáticas, de eficácia limitada, e às normas de eficácia contida.³⁶

Quanto às normas programáticas³⁷, duas situações devem ser mencionadas. O constituinte fixa princípios genéricos e esquemáticos que não se dirigem expressamente ao legislador, mas a sua interpretação é facultada ou imposta ao administrador, ao Poder Executivo, diretamente. Trata-se, pois, da atuação administrativa direta para integração, complementação ou execução da norma constitucional. Esse é o primeiro caso.

Frequente é a norma programática dirigir-se ao legislador que cuidará da integração da sua eficácia, por meio de leis, as quais, por sua vez, também *gerais* e *genéricas*, deixarão larga margem de discricionariedade à efetiva execução das normas ao administrador. Esse o segundo caso.

Vale transcrever a lição de José Afonso da Silva, quando registra que na Constituição de 1969 há normas programáticas que “mencionam uma legislação futura para atuação positiva do programa previsto, enquanto outras não a indicam, ficando umas, portanto, dependentes do legislador e de sua discricionariedade e outras abrem campo à discri-

35. José Afonso da Silva analisando a aplicabilidade das disposições da Constituição Brasileira em vigor registra, dentre os meios de *integração* da eficácia das suas normas, *atos administrativos* de finalidade administrativa ou política, tais como: o *decreto federal* para aplicação das normas sobre a intervenção nos Estados (artigo 11) e as *resoluções* do Senado Federal, “como certos limites à autonomia tributária e financeira dos Estados (cf. “Aplicabilidade...”, ob. cit., págs. 212-13).

36. A especificação é meramente exemplificativa. Não há, nesse exame, qualquer pretensão de esgotar a configuração da interpretação constitucional administrativa, a partir da tipologia construída por José Afonso da Silva.

37. Lembre-se que, na lição de José Afonso da Silva, as normas programáticas (ob. cit., pág. 129) são aquelas *normas constitucionais* através das quais o constituinte, em vez de regular direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, *executivos*, jurisdicionais e *administrativos*) como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado” (n.g.).

cionariedade da legislação, da *administração* e da jurisdição (até onde possa), nem sempre carecendo de leis para seu cumprimento”, havendo ainda as que “postulam observância de toda a ordem sócio-econômica, diante das quais qualquer sujeito *público* ou privado, que atue em sentido oposto ao princípio, comporta-se inconstitucionalmente”.³⁸

A Constituição Federal Brasileira oferece claros exemplos de interpretação constitucional atribuída ao administrador para integração de normas constitucionais programáticas, diretamente, tais como as contidas nos artigos 179 e 180.³⁹

A atuação administrativa indireta de integração da Constituição avulta na ordem constitucional brasileira, como de resto, nos sistemas constitucionais em geral. Basta, para ilustrar a afirmação, ter-se presente que as normas programáticas incidem nos setores mais sensíveis da vida econômica e social e não obstante a aprovação da *lei de meios* pelos órgãos legislativos, a efetiva destinação e aplicação de recursos é coordenada pelos órgãos do Executivo, que darão maior importância a esse ou àquele setor, a seu inteiro critério.

Vejam-se, a propósito, exemplos retirados da Constituição Brasileira em vigor, onde se percebe nitidamente a importância da atuação do administrador na integração de preceito constitucional. O artigo 165, XVIII, assegura aos trabalhadores, dentre os direitos que visam à melhoria de sua condição social “colônias de férias e clínicas de re-

38. Cf. ob. cit., págs. 121-32 (n.g.).

39. A Constituição Brasileira reza que o *Poder Público* incentivará a pesquisa e o ensino científico e tecnológico (artigo 179, parágrafo único) e assegurará proteção especial aos “documentos, obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas” (artigo 180, parágrafo único). Lembra com propriedade José Afonso da Silva que tais normas programáticas podem ser atuadas pelo *Poder Público* em geral, cabendo acrescentar que, no Brasil, são atuadas particularmente pelo Executivo. Quando a interpretação constitucional administrativa tende, como nos exemplos mencionados, a integrar a eficácia de normas programáticas, ela assume relevo semelhante à interpretação legislativa relativamente à mesma categoria de normas. A discricionariedade de escolha, de caminhos e meios para o desenvolvimento dos fins é significativa. A Constituição será efetivamente aplicada nesses campos de particular relevância — de um lado, no campo do desenvolvimento econômico, social, cultural e tecnológico do país, e de outro no que respeita à proteção do meio ambiente e de cultura nacional — na medida em que o Poder Público efetivamente se dispuser a atuá-la. Não é difícil perceber-se como poderá, nesse caso, a interpretação constitucional administrativa ao favorecer um aspecto em detrimento do outro, ao dar maior relevo a determinados encaminhamentos, ampliando ou restringindo o conteúdo e o alcance da norma, atuar como processo de mutação constitucional.

pouso, recuperação e convalescença, mantidas pela União, conforme dispuser a lei”.

Por igual, a Constituição determina que “será concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei” (artigo 153, § 32). Ao legislador cabe integrar o preceito constitucional, mas a execução efetiva da norma dependerá, fortemente, do Poder Executivo.⁴⁰

Dessa forma, não será despropósito afirmar que a lei pode dar aplicação ao preceito constitucional, mas que este, todavia, permanecerá inerte pela inexecução administrativa.⁴¹

A atividade interpretativa administrativa, concretizando as normas programáticas, ainda que observados, necessariamente, os limites constitucionais⁴² dará em grande medida o sentido real e concreto da Constituição.

De outro lado, a *inércia* do intérprete constitucional administrativo é sobremodo significativa, quer quando lhe cumpre, diretamente, integrar a eficácia da norma constitucional, quer quando deve fazê-lo, indiretamente.

40. A prestação de *assistência judiciária aos necessitados* questão tormentosa nos sistemas constitucionais de modo geral, assume proporções alarmantes no Brasil. Em que pese existirem, a nível federal e a nível estadual, leis e Constituições Estaduais disciplinando o assunto e atribuindo principalmente ao Poder Público concretizar a garantia constitucional, o fato é que ela não tem ressonância prática por razões várias: inexistência ou inadequação da máquina administrativa, falta de recursos financeiros, etc. Tais falhas não de, necessariamente, ser debitadas ao Executivo. A não aplicação do preceito torna letra morta a garantia constitucional e, por conseguinte, muda a intenção ou a missão constitucional, neste aspecto.

41. A efetiva execução de normas programáticas, desdobradas em lei, como de resto a execução da legislação, é tarefa do executivo. A elaboração de planos e programas, muitas vezes, faz-se sem qualquer possibilidade de controle dos órgãos legislativos, cuja fiscalização formal pela *lei de meios* nem sempre atinge a profundidade desejável. Daí a necessidade de maior participação da comunidade na *elaboração* de planos e programas, especialmente a nível local, onde o povo pode atuar com maior sensibilidade e conhecimento de causa, ou na *aprovação* desses planos, por plebiscito. Seria particularmente útil abrir caminho para a comunidade participar, diretamente, sobretudo a nível local, nesse campo de atividade. A nível regional e federal, poder-se-ia cogitar de órgãos colegiados representativos. A idéia não discrepa de sugestões propostas, relativamente ao exercício da elaboração legislativa, por José Afonso da Silva (cf. “Princípios do processo de formação das leis no direito constitucional”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1964, págs. 298 e segs.). Também o necessário desenvolvimento do processo de fiscalização dos órgãos de representação popular poderia minimizar as conseqüências da inexecução ou má execução das normas programáticas. Cf. também Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, “Do Processo Legislativo”, ob. cit., pág. 121.

42. Veja-se que nem o legislador, nem o administrador podem dar orientação diversa da traçada pelo texto constitucional à matéria que devem desenvolver e implementar.

A interpretação constitucional atuada pelos órgãos da administração pública quanto às normas de eficácia contida merece registro particularizado.

A eficácia das normas constitucionais pode ser contida mediante lei ou outras normas constitucionais⁴³ e pode ser contida por motivos, fatos, conceitos éticos, valores juridicizados e largamente difundidos no direito público, tais como os conceitos de *ordem pública, segurança nacional ou pública, bons costumes, necessidade ou utilidade pública, perigo público iminente, ordem democrática, regime democrático, etc.*⁴⁴

Esses elementos de contenção são sobretudo atuados pelos Poderes Públicos, balizando sua ação notadamente no campo das limitações aos direitos individuais.

É em nome dessas expressões limitativas e concretas que o Poder Público desenvolve a intensa atividade designada de *poder de polícia*.⁴⁵

A interpretação constitucional desenvolvida pela atividade do poder público na aplicação desses elementos fornece, em grande medida, o caráter real que as normas constitucionais assumem no cotidiano. Não se pode deixar de observar que o conteúdo concreto de tais conceitos éticos, valores, motivos, é, de modo mais constante e objetivo, fixado através da ação administrativa do que por intermédio de normas legais.⁴⁶

43. Cf. Afonso da Silva, José, ob. cit., pág. 96.

44. Cf. Afonso da Silva, José, ob. cit., págs. 91-101. Os elementos citados pelo Autor são retirados da Constituição Brasileira, mas são usualmente encontrados nas várias Constituições. Veja-se por exemplo: a *Constituição da Suíça* menciona conceitos tais como *tranquilidade e ordem* (artigo 2º), *forma republicana representativa e democrática* (artigo 6º), *perigo externo iminente* (artigo 15), *bem-estar geral e segurança econômica* (artigo 31 - bis), *ordem pública e bons costumes* (artigo 50 que diz: "É garantida a liberdade de culto nos limites compatíveis com a ordem pública e os bons costumes"). A *Constituição da Itália* refere-se a conceitos tais como *interesse geral, utilidade geral* (artigos 42 e 43, tratando da matéria da desapropriação), *segurança* (artigos 16 e 17), razões de *salubridade e segurança, e bons costumes* (artigo 21).

45. "Faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e o gozo de bens, atividades, direitos individuais, em benefício da atividade e do próprio Estado" (Cf. Meirelles, Hely Lopes, "Direito...", ob. cit., pág. 101; também Tácito, Caio, "O Poder de polícia e seus limites", in: _____, "Direito administrativo", São Paulo, Saraiva, 1975, págs. 134-5).

46. Exemplificando, os casos de *utilidade pública* para a expropriação, no Brasil, são fixados em lei — Lei n. 3.365/41 (Cf. Seabra Fagundes, M., ob. cit., pág. 338). É todavia a contribuição da doutrina que esclarece a distinção do triplice fundamento constitucional da desapropriação, contida no artigo 153, § 22, da Constituição vigente. Deve-se a Seabra Fagundes, a clássica distinção formulada entre *necessidade pública, utilidade pública e interesse social* (cf. "Da Desapropriação no direito constitucional

Por outro lado, o controle jurisdicional sobre a atividade administrativa fulcrada nesses conceitos é de certo modo limitado. De um lado, nem sempre os atos chegam ao exame dos tribunais; de outro, nem sempre o Poder Judiciário se predispõe a fixar tais conceitos, a fim de coibir ou limitar a ação administrativa,⁴⁷ situando alguns deles — *ordem pública, segurança nacional*, etc. — como *questões políticas*⁴⁸ ou *questões de mérito*.

Ensina Seabra Fagundes que o *mérito* está no sentido político do ato administrativo e “compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, etc., de cada procedimento administrativo”.⁴⁹

Não faltam, é claro, construções judiciais, em torno de conceitos éticos, motivos, valores, etc., quando estes constituem elementos de contenção da atividade administrativa⁵⁰ o que, de resto, é fundamental para a proteção dos direitos dos indivíduos.⁵¹

Inegável, portanto, à vista do exposto, a grande repercussão, na dinâmica constitucional, da interpretação constitucional administrativa

brasileiro”, R. Dir. adm., Rio de Janeiro, 14:3-4, 1948), pois que, somente em 1962, pela Lei n. 4.132, de 10 de setembro, definiu o legislador os casos de expropriação por interesse social (cf. do Autor, “O controle...”, ob. cit., pág. 331). Ver também, Odete Medauar, “Da destinação dos bens expropriados”, São Paulo, 1981, Dissertação de Livre-Docência apresentada à Faculdade de Direito da USP.

47. Veja-se, por exemplo, o caso da expropriação por *utilidade pública*, no Brasil. A atuação do Judiciário limita-se a verificar se o motivo ou fundamento invocado para a decretação de *utilidade pública* figura entre as hipóteses legais; não há apreciação dos motivos (conveniência ou oportunidade) da decretação de medida. A latitude optativa do administrador, nessa apreciação, é invulnerável e incontrolável.

48. Observe-se, por exemplo, a extensão da atuação do Presidente da República, no Brasil, para decretar *estado de sítio* ou *de emergência* ou determinar *medidas de emergência* (artigos 155 e 156 da C.F.). “Basta um decreto do Presidente da República, com base quase sempre em sua apreciação subjetiva dos fatos, para que normas de outorga daqueles direitos (direitos individuais previstos no artigo 153) fiquem contidas paralisadas, no que tange à produção de seus efeitos e de sua aplicação” registra José Afonso da Silva (Cf. “Aplicabilidade...”, ob. cit., pág. 96).

49. Cf. ob. cit., págs. 146-7.

50. A Corte Suprema Norte-Americana, por exemplo, estabeleceu em 1957, no processo Roth v. U.S.A. critérios para definir o caráter de *obscuridade* de uma obra, com vistas exatamente à atuação do poder público no tocante à censura. A tendência liberal da Corte, presidida pelo Juiz Earl Warren, permitindo a explosão de obras eróticas provocou, no âmbito do Legislativo e da comunidade, violenta reação, no sentido de restabelecer-se a censura (Cf. Grinover, Ada Pellegrini, “O poder público...”, ob. cit., pág. 69).

51. Cf. Grinover, Ada Pellegrini, “O poder público...”, ob. cit., pág. 89.

de normas constitucionais, particularmente as programáticas e as de eficácia contida.

b) A interpretação constitucional administrativa conforme a finalidade do ato.

É possível desprender-se, também, a importância da interpretação constitucional administrativa, como processo de mutação constitucional, se a questão for examinada sob outro ângulo, ou seja, quando se analisa a interpretação como condição prévia para a posituação de atos administrativos ou de finalidade política ou atos de governo.

Os poderes públicos podem receber da Constituição competência para atuar e aplicar a norma constitucional direta ou indiretamente, tanto praticando atos administrativos em sentido estrito, como atos administrativos de finalidade política.

Exemplifique-se.

A nomeação de Ministro de uma Corte Suprema da Justiça, escolhido por critérios subjetivos do Chefe do Poder Executivo, pode influir na interpretação constitucional judicial.⁵² Indiretamente, portanto, o Poder Executivo torna-se, pela atuação livre da norma constitucional, veículo de outro processo de mutação constitucional.

A interpretação administrativa impulsiona, direta ou indiretamente, o processo de mutação constitucional quando o Poder Executivo, aplicando normas constitucionais, decide sobre planos e programas particularmente voltados para os setores econômico-social, de previdência social, etc.⁵³

52. A história da Suprema Corte, nos Estados Unidos, é exemplo vivo de como o Executivo logrou influir na mudança da interpretação constitucional por meio de alteração da composição da Corte (Veja-se, a propósito, a obra de Leda Boechat Rodrigues, "A Suprema Corte...", citada). Cf. também C. Herman Pritchett (ob. cit.) págs. 150 e segs., que menciona ter o Presidente da República mais condição que o Congresso para influenciar a Suprema Corte, principalmente por meio de seu poder de nomear membros do Tribunal. Assim o fez Roosevelt, entre 1937 e 1942, quando escolheu um Presidente da Corte e fez outras oito nomeações. Nixon transformou a Corte de Warren na Corte de Burger, com quatro nomeações entre 1969 e 1971.

53. Conforme o ordenamento jurídico tais planos e programas podem estar sujeitos à aprovação legislativa. Veja-se o famoso exemplo, já citado, da política do *New Deal* do Presidente Roosevelt que, traduzido em grande quantidade de leis de caráter social, ao lograrem aprovação da Corte Suprema provocaram verdadeira mutação constitucional nos Estados Unidos, sem mudança formal da Constituição. Nesse caso, a influência do

A experiência constitucional, por sua vez, tem demonstrado ser particularmente relevante a interpretação constitucional administrativa desenvolvida pelo Presidente da República no uso dos chamados *poderes de crise* ou *poderes de emergência*.⁵⁴ As decisões presidenciais, nesses casos, muitas vezes operam verdadeiras mutações constitucionais.⁵⁵

Finalmente, não se pode menosprezar o importantíssimo papel que a máquina administrativa, sob o comando do Chefe do Executivo, tem no processo de mutação constitucional.

A integração das normas constitucionais, não raro, é moldada nos órgãos da administração pública.

Os ministros, a nível federal ou nacional, quer no presidencialismo quer no parlamentarismo são, de fato, os órgãos executores da Lei e da Constituição.⁵⁶

Executivo foi tão sensível em relação à interpretação constitucional legislativa como relativamente à interpretação constitucional judicial (cf. Schwartz, Bernard, ob. cit., págs. 207 e segs.).

54. Cf. Aubert, Jean-François, "Traité...", ob. cit., págs. 545 e segs. O Autor refere-se aos decretos, em casos de perigo iminente, do Conselho Federal na Suíça, não fundados na Constituição, mas tidos como constitucionais pelo Tribunal Federal e que "não podem derogar a Constituição" (ob. cit., pág. 546, n. 1.529). Todavia durante a Segunda Guerra Mundial, o Conselho Federal usou dos poderes de crise e o fato é que a Administração baixou oitocentos e cinqüenta *ordonnances* praticando inúmeros atentados à Constituição (cf. também Loewenstein, Karl, "Teoria...", ob. cit., pág. 291). Veja-se também, Ferreira Filho, Manoel Gonçalves — "O Estado de Sitio" São Paulo, 1964, págs. 67-68.

55. Paul Leroy ("L'organisation constitutionnel et les crises". Paris, L.G.D.J., 1968, págs. 188 e segs.) analisando "a interpretação presidencial da definição de crise e a prática constitucional" demonstra o papel que as decisões presidenciais na França, calcadas no artigo 16 da Constituição de 1958, tiveram na interpretação e aplicação da Constituição. O exercício desses poderes de crise "suspende certas disposições constitucionais" (págs. 156-7). Mais à frente, o Autor (págs. 261 e segs.) sob o título *a modificação da ordem constitucional pelas decisões presidenciais* lembra que o Presidente não dispõe do "poder de reformar a Constituição" mas que, de fato, pelos poderes de crise logra conduzir uma "revisão constitucional provisória ou definitiva, se suas decisões tiverem efeito por tempo indeterminado" (pág. 263). O Autor denomina o fato de *fraude à Constituição* que não poderá ser obstaculado porque "a decisão presidencial não é suscetível de recurso contencioso para apreciação de sua legalidade e não poderá ser invalidada..."

56. Veja-se a importância, particularmente acentuada no Brasil, da ação ministerial. As atribuições dos Ministros são especificadas na Constituição (artigo 85) e acrescidas diante da possibilidade de receberem delegação de atribuições *interna corporis*, conforme o disposto no parágrafo único do artigo 81 da Constituição Federal. Essa delegação é relativamente ampla, sobretudo quanto à "estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal" (item V), e à concessão de indultos e comutação de penas (item XXII).

SEÇÃO V

OUTRAS MODALIDADES DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. A interpretação constitucional autêntica. 3. A interpretação constitucional popular. 4. A interpretação constitucional doutrinária.

1. Considerações iniciais

Outras modalidades de interpretação constitucional são frequentemente mencionadas pela doutrina e pela jurisprudência. Assim, as comumente designadas por *autêntica, popular e doutrinária*.

Tais modalidades de interpretação constitucional comportam poucos desdobramentos no que diz respeito à mutação constitucional. Na realidade, pequena contribuição trazem para o exame desta matéria.

Não obstante, merecem referência, pelo que serão examinadas, ainda que sucintamente, nesta seção.

2. A interpretação constitucional autêntica

Designa-se como *autêntica* a interpretação oferecida pelo próprio órgão do qual procede a disposição normativa a ser interpretada.¹

1. Nesse sentido, cf. Maximiliano, Carlos, "Comentários...", ob. cit., também Teixeira, J.H. Meirelles, ob. cit., pág. 21. Não poupa a doutrina crítica a essa modalidade de interpretação. (Cf. Ráo, Vicente, ob. cit., pág. 571).

Configura-se, destarte, a interpretação autêntica, quando ocorre confluência de três notas características, a saber:

(a) quando o próprio órgão competente para editar a norma desenvolve atividade, (b) para o fim de interpretá-la, (c) sem todavia pretender mudar a letra do texto a ser interpretado.

Assim, são notas características dessa modalidade de interpretação: identidade de órgão, finalidade da atividade desenvolvida e limitações impostas à atividade que consiste, particularmente, na inalterabilidade da letra da norma a ser interpretada.²

Na conformidade do conceito enunciado, rigorosamente falando, não existe interpretação autêntica da Constituição, obra de um Poder Constituinte Originário e que, só por ele, portanto, poderia ser *autenticamente interpretada*.³ Quando o Poder Constituinte Originário atua, porém, em regra ele porta nova Constituição.

2. Observa-se que alguns autores entendem ser *autêntica* a interpretação realizada pelos órgãos do Estado e, em último grau, pela autoridade suprema. Nessa linha: Pérez Carillo, Augustín, ob. cit., págs. 86-7, que acompanha Kelsen, Hans, "Teoria...", ob. cit., pág. 284. Afastamos a qualificação de *autêntica* tanto para a interpretação definitiva da Constituição pelo Poder Judiciário, como para a interpretação definitiva da Constituição desenvolvida pelo Poder Legislativo ou outro órgão qualquer, quando no exercício do *controle político de constitucionalidade*, porque, nessas, falta uma das notas características da interpretação autêntica, ou seja, o desenvolvimento da atividade interpretativa pelo órgão competente para editar a norma.

3. Cf. Afonso da Silva, José, "Aplicabilidade...", ob. cit., pág. 216. O Autor ressalta "não existe interpretação autêntica da Constituição" e acrescenta (tratando das leis integrativas): "Lei que o pretendesse efetivamente estaria emendando o Estatuto Político, e isso só é possível atendendo-se às regras expressas para tanto". Lembra o Autor a existência de *leis interpretativas de Constituição*, admitidas pela Constituição do Império e cita, a propósito, a Lei n. 105, de 12 de maio de 1840 (que interpreta artigos do Ato Adicional de 1834, com base no artigo 25 deste). Estas poderiam ter o *caráter* de interpretação autêntica porém só apresentam duas características básicas: 1ª) tratava-se de interpretação do texto e não alteração dele, e 2ª) ao poder legislativo se atribuía competência que o alçava à altura do constituinte originário, embora, na função da interpretação, estivesse sujeito aos limites fixados pela norma (tais como, v.g., não poderia alterar seu texto). João V. C. Barbalho ("Constituição...", ob. cit., pág. 138) transcreve artigo do projeto original da Comissão do Governo Provisório, da Constituição de 1891, que dispunha: "A interpretação por via de autoridade, ou como medida geral, pertence ao legislativo" (artigo 108). É bem verdade que, na Representação n. 749-RS o Supremo Tribunal Federal qualificou de *autêntica* a interpretação dada ao artigo 188 da Constituição de 1967, pelo Decreto-Lei n. 216/67 (Vejam-se votos de Vitor Nunes e Gonçalves de Oliveira em Brasil. Supremo Tribunal Federal. "Representações...", ob. cit., v. 2, pág. 409; também ementa do Acórdão à pág. 383). No caso, prendeu-se o Supremo Tribunal Federal à fonte do Decreto-Lei, editado por um Governo Revolucionário que

Discute-se em doutrina todavia se, diante de uma Constituição rígida,⁴ o Poder de Reforma Constitucional pode desenvolver interpretação constitucional qualificada de *autêntica*, nos casos em que, dentro dos limites do exercício constitucional de poder constituinte derivado, emenda a Constituição. A indagação se coloca, particularmente, quando a alteração formal da Constituição tem por objetivo adequar a norma constitucional a uma interpretação judicial que lhe tenha atribuído sentido não desejado pelos detentores do poder constituinte derivado ou pela comunidade.⁵

Para uns, a obra de reforma do constituinte derivado não é *interpretação*, mas sim *criação* de nova norma.⁶ Previsto na Constituição e atuando na forma fixada, o constituinte derivado *modifica* a norma constitucional, *substituindo-a* por outra, não a *interpretando* em realidade.

Outros, todavia, entendem que existe interpretação autêntica da Constituição quando é a mesma reformada pelo constituinte derivado, na forma prevista pelo texto de Lei Maior, para o fim de eliminar os obstáculos opostos à aplicação ou entendimento da norma constitucional, por interpretação de outros órgãos, principalmente do judiciário, nos casos em que este tem, a seu favor, a autoridade suprema de guarda da Constituição.⁷ A finalidade, pois, é que definiria, no caso, o caráter de reforma constitucional.

impulsionou, também, a edição da Constituição de 1967. Não nos parece correta *data venia* a qualificação dessa interpretação como *autêntica*.

4. Nos Estados onde a Constituição é flexível, o problema, quanto à existência ou não, de interpretação constitucional autêntica, não se desfigura. Nesses, apenas o que se altera é o órgão competente para mudar a Constituição que, no caso, é o próprio legislativo ordinário. A indagação permaneceria a mesma; lei, alterando a Constituição, poderia ser designada de *interpretação autêntica*?

5. Assim, por exemplo, a *Emenda XIV* à Constituição dos Estados Unidos, já mencionada, cujo objetivo foi tornar constitucional legislação do Congresso sobre imposto de renda.

6. Cf. Teixeira, J.H. Meirelles, ob. cit., pág. 22; cf. também Bonavides, Paulo, "Direito...", ob. cit., pág. 269. O Autor menciona as duas correntes, formadas em torno da interpretação de lei, e cita Savigny que se inclui entre os que negam o caráter *interpretativo* a uma lei que representa, sempre, segundo afirma, uma *nova* lei.

7. Desse parecer Maximiliano, Carlos, "Comentários...", ob. cit., págs. 110-11 e 429. O Autor ilustra sua posição com exemplo retirado de experiência constitucional americana, citando a *XI* Emenda, que atribuiu aos Tribunais Federais o conhecimento de causas entre um Estado e um indivíduo de outro Estado. À página 429 diz o Autor "Não se regulamentam Constituições; nem elas comportam leis interpretativas, salvo quando votadas com os mesmos requisitos que se exigem para reformar o código supremo,

Parece correta a primeira posição. Uma reforma constitucional, ainda que operada para obviar obstáculos impostos à interpretação e aplicação do texto constitucional pelos demais poderes constituídos, sobretudo pelo Judiciário, não se reveste da configuração de uma *atividade interpretativa*. Trata-se pura e simplesmente de alteração da Lei Maior.⁸ Se, na atividade do poder de reforma é possível identificar-se até mesmo *duas* das notas características da interpretação autêntica — identidade de poder (pelo menos quanto à natureza e efeitos) e finalidade interpretativa — não se verifica, todavia, o outro requisito essencial da interpretação, qual seja a inalterabilidade da letra da disposição constitucional a ser interpretada, já que o poder de reforma visa, exatamente, a mudar, suprimir ou substituir determinado dispositivo constitucional.⁹

Em conclusão, não há como se falar em processo de mutação constitucional mediante interpretação autêntica da Constituição. Mesmo que se lhe admitisse a existência, o fato é que o resultado dessa interpretação é a mudança formal da Constituição.

de acordo com o artigo 90'' (este artigo dispunha sobre reforma constitucional na Constituição Brasileira de 1891). À semelhança de Barbalho, citado em nota anterior, o Autor mencionou não ter vingado proposta da Comissão nomeada pelo governo Provisório atribuindo ao legislativo competência para elaborar legislação interpretativa de Constituição.

8. Poder-se-ia cogitar de interpretação constitucional autêntica se a própria Constituição atribuísse, expressamente, a órgão dotado de poderes constituintes derivados competência para interpretá-la. Estar-se-ia diante de um poder constituinte constituído; constituinte, porque sua obra tem a mesma força vinculante da Constituição, porém sensivelmente mais limitado do que o Poder de Reforma já que sua missão seria *interpretar* o texto constitucional e não alterá-lo ou reformá-lo. Pressupõe-se, nesse caso, que a norma original prevaleceria. É claro que, na prática, os resultados das atividades de ambos — Poder Constituinte de Reforma e Poder Constituinte de Interpretação — poderiam ser semelhantes. Não encontramos, todavia, dispositivos dessa natureza nos sistemas examinados. Mesmo as Constituições que contêm, eventualmente, regras para a interpretação constitucional (ex. Constituição do México, artigo 94, já mencionado) não criam modalidades de *interpretação autêntica*, mas quando muito indicam os órgãos que poderão interpretar a Constituição.

9. De observar-se *a latere*, que se a reforma constitucional não configura espécie de interpretação autêntica ela é, todavia, como é óbvio, processo de mudança formal da Constituição, não examinada nesta obra que só se dedica a analisar mutações não formais da Constituição.

3. *A interpretação constitucional popular*

Sob tal denominação a doutrina costuma englobar não somente a interpretação constitucional desenvolvida diretamente pelo povo, mas também a interpretação constitucional impulsionada pelas forças vivas da comunidade: os grupos de pressão, os partidos políticos, a opinião pública, etc.¹⁰

Limita-se este item ao exame da interpretação constitucional efetuada diretamente pelo povo, mediante instrumentos e mecanismos apropriados, previstos na ordem constitucional, que lhe permitem influir na elaboração constitucional e, conseqüentemente, mudar ou alterar a Constituição formal.

A participação popular na interpretação da Constituição varia, em grau e intensidade, conforme o ordenamento jurídico-constitucional.

De relevantíssima importância nos Estados Unidos e na Suíça, acolhida na Itália, é totalmente ignorada ou apenas tolerada em vários ordenamentos.¹¹

Vários são os meios ou instrumentos de participação popular na tarefa constitucional assinalados pela doutrina: referendo, plebiscito, iniciativa popular, veto popular, *recall*.

Esses instrumentos podem modificar diretamente a Constituição provocando (a) reformas da letra constitucional, (b) podem, também, acarretar, indiretamente, mudança do sentido da norma constitucional, sem alterar a letra constitucional, ou (c) podem mudar ou mais precisamente *revogar* uma disposição constitucional.

Exemplifique-se.

O referendo, nos Estados Unidos e na Suíça, é obrigatório para a aprovação de reformas constitucionais, quer a nível federal, quer a nível dos Estados-membros.¹² A reforma constitucional somente será efetivada se obtiver aprovação do povo.

O referendo pode, também, ser obrigatório para a aprovação de decretos ou leis contrárias à Constituição. É o que se encontra no artigo

10. Cf. Wheare, Karl, ob. cit., págs. 67 e segs.; também Fix-Zamudio, Héctor, ob. cit., pág. 35.

11. No Brasil, a consulta plebiscitária resume-se à participação do povo no processo de criação de municípios (artigo 14 da Constituição Federal).

12. Cf., dentre outros, nosso "Poder constituinte do Estado-membro", págs. 230 e segs. e 237 e segs.

89 *bis* da Constituição Suíça¹³ que determina a realização do *referendo* quando a Assembléia Nacional decreta medidas que derroguem a Constituição. Como o povo pode aprovar ou não o referendo e conseqüentemente o decreto, não há porque se negar o caráter de processo de mutação constitucional à atuação popular. A aprovação da medida inconstitucional, nesse caso, nem sempre implicará derrogação do texto formal da Constituição. É possível que a mudança de sentido se limite àquela hipótese legal, permanecendo o texto em vigor.

O plebiscito, previsto como forma de consulta ao povo para tomada de decisões políticas vistas como fundamentais pelos constituintes, pode ensejar mudança constitucional na medida em que aprova a prática de atos contrários à Constituição¹⁴ ou quando aprova a realização de mudanças constitucionais pré-determinadas.¹⁵

A iniciativa constitucional popular consagrada, por exemplo, na Constituição do Cantão de Friburgo, e o veto constitucional popular adotado na Constituição de Neuchatel, são meios de provocar mudança formal na Constituição ou obstaculá-la.¹⁶

Particularmente relevante como processo de mutação constitucional provocado por interpretação constitucional popular é o instituto do *recall*, previsto em Constituições de Estados norte-americanos, como meio de revisão de decisões judiciais que declaram a inconstitucionalidade de certas leis.

13. A Constituição estabelece que os *decretos federais* adotados como medidas de emergência e que *derrogam a Constituição* deverão ser ratificados pelo povo dos Cantões dentro de um ano, sem o que perdem sua validade e não podem ser renovados Karl Loewenstein aponta o fato, ressaltando: no sistema constitucional suíço, "as medidas inconstitucionais não apenas são possíveis como também são permitidas pela Constituição" (cf. ob. cit., pág. 293).

14. Biscaretti di Ruffia, Paolo, "Diritto...", ob. cit., págs. 214-15, menciona o referendo plebiscitário realizado na França, por De Gaulle, contrário às normas constitucionais, mas aprovado pelo povo (Cf. também do Autor, "La constitution, en tant...", ob. cit., pág. 53). A interpretação do artigo 11 (que autoriza o Presidente da República a submeter a *referendo* popular, projetos de lei concernentes à organização dos poderes públicos), submetida ao referendo, possibilitou mudar para eleição popular direta a eleição indireta para Presidente da República, importando em "verdadeira revisão do texto constitucional, derogando o artigo 89, sem participação das Câmaras". O Conselho Constitucional se julgou "incompetente para examinar lei aprovada por referendo popular" (ob. cit., pág. 53).

15. Exemplo, o referendo realizado no Brasil para que o povo manifestasse sua preferência pelo regime presidencialista ou parlamentarista de governo.

16. Cf. nosso "Poder constituinte...", ob. cit., págs. 237-8.

A interpretação constitucional popular configura-se, assim, como um dos caminhos para a mudança formal ou informal da Constituição, e portanto, um dos caminhos para adequar a norma constitucional à realidade; e apresenta-se, enquanto processo de mutação constitucional, revestida de algumas características: é *vinculante* (referendo para aprovar reformas, *recall* para revisão de sentenças, etc.), é *definitiva* quanto aos resultados (só nova reforma e conseqüentemente novo referendo podem eliminar os resultados do referendo anterior).

4. A interpretação constitucional doutrinária¹⁷

Particularmente no trato das questões constitucionais, a contribuição da interpretação doutrinária é de fundamental relevância.¹⁸

A interpretação doutrinária contribui decisivamente, e de modo constante, para a modificação formal ou informal da Constituição.

Meirelles Teixeira lembra que “trabalhando sobre os materiais fornecidos pela Constituição, pelas leis, costumes, pela jurisprudência e por aqueles princípios não formulados — equidade, analogia, princípios gerais de Direito, condições sociais vigentes, valores idéias de justiça — os *juristas sistematizam este material, construindo teorias*,

17. Referem-se expressamente à interpretação constitucional doutrinária, dentre outros: Baracho, José Alfredo de Oliveira, “Teoria...”, ob. cit., págs. 87 e segs.; Teixeira, J.H. Meirelles, ob. cit., pág. 77; Tamayo Y Salmorán, Rolando, ob. cit.; Carbone, Carmelo, “L’interpretazione...”, ob. cit., pág. 18; Fix-Zamudio, Héctor, ob. cit., págs. 83 e segs.

18. Cf. Teixeira, J.H. Meirelles, ob. pág. 77. Referindo-se a Recasens Siches cita o Autor: “A doutrina do Direito, que no excelente conceito de Recasens Siches é a reflexão técnico-formal, filosófica ou sociológica sobre as normas formuladas, ou sobre as regiões deficientes ou lacunas do ordenamento jurídico formulado, abre caminho à revelação de novas normas, a diferente interpretação ou à própria modificação ou revogação das existentes, exercendo, portanto, relevante papel na elaboração e na evolução do Direito”. veja-se Baracho, José Alfredo de Oliveira, ob. cit., págs. 87-8. O Autor lembra que a doutrina pode ser definida em dois sentidos complementares: “Como conjunto de opiniões emitidas sobre o direito, por pessoas cuja função é estudá-lo, como os juriconsultos e os juristas; ou o corpo de juristas, professores, consultores, doutores em direito, autores de teses ou monografias, advogados, magistrados, que expõem o direito positivo, dando sua opinião sobre a interpretação de uma lei e sobre o valor de uma decisão da justiça”. Para exame da contribuição da doutrina na construção de métodos e escolas de interpretação v. Maximiliano, Carlos, “Hermenêutica...”, ob. cit., Reale, Miguel, “Lições preliminares...”, ob. cit., págs. 313 e segs., dentre outros.

*explicando-o, dele extraindo novos sentidos, adaptando-o, também, à realidade concreta.*¹⁹

Mais não é necessário dizer para ilustrar a importância do papel do jurista no processo de mutação constitucional.²⁰

Modalidade de interpretação não orgânica e, destarte, não se inclinando para a aplicação concreta das normas constitucionais, reveste-se a interpretação constitucional doutrinária, no que concerne ao processo de mutação constitucional, de duas notas características: é indireta e não é vinculante.

Só indiretamente a interpretação doutrinária atua na mutação constitucional, na medida em que influi no processo de mudança da Constituição pela interpretação judicial, legislativa e administrativa.

Seria exaustivo e descabível tentar demonstrar, em profundidade, tal influência. Para exemplificar, lembre-se, no Brasil, o papel desempenhado por Ruy Barbosa e Pedro Lessa na construção jurisprudencial da doutrina do *habeas-corpus*.²¹

No México, a construção em torno da interpretação do artigo 14 da Constituição de 1857 que dispõe: “Ninguém pode ser julgado nem sentenciado, senão em virtude de leis anteriores ao fato e exatamente aplicadas a ele”, reduzindo sua aplicação apenas à matéria criminal, é atribuída a José Mário Losano e foi introduzida na Corte Suprema,

19. Cf. ob. cit., pág. 77.

20. Veja-se, apenas para ilustrar, a relação de obras e autores, mencionada por Biscaretti di Ruffia, Paolo, “Diritto...”, ob. cit., pág. 11 e segs., sob o título “As principais literaturas juspublicistas democráticas do direito público”, voltadas particularmente para o direito constitucional (bibliografia italiana, francesa, inglesa, norte-americana, germânica e outras) e de *jurisprudência constitucional*. No Brasil a contribuição de constitucionalistas particularmente através de obras versando sobre “Comentários à Constituição”, tem sido valiosa. Veja-se, dentre outros, Pontes de Miranda, “Comentários à constituição de 1946”, em 6 v., e “Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969” (também em 6 v.); Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, “Comentários à Constituição brasileira”, em 3 v.; Maximiliano, Carlos, “Comentários à Constituição brasileira de 1891”; Pacheco, Cláudio, “Tratado das Constituições brasileiras”, em 18 v.; Araújo Castro, “A Constituição de 1937”; Barbalho, João V.C., “Constituição Federal Brasileira: comentários”.

21. A influência de constitucionalistas e tratadistas pátrios é particularmente perceptível na elaboração das Constituições, trazendo-lhes influxo de inovações salutares. A influência decisiva de Ruy Barbosa na redação da Constituição de 1891, de Herculano de Freitas na redação da Reforma de 1926, de Francisco Campos na Constituição de 1937, Carlos Maximiliano, Temístocles Cavalcanti e Afonso Arinos na Constituição de 1934 é mencionada repetidamente pela doutrina (cf. Pacheco, Cláudio, “Tratado...”, ob. cit., v. 1, págs. 231 e 259; também Melo Franco, Afonso Arinos, “Curso...”, ob. cit.).

quando o jurista Ignacio Vallarta foi eleito seu Presidente. Adotando a tese de Losano, logrou-se transformá-la em orientação vencedora.²²

Mas, segundo Fix-Zamudio, o jurista que mais “influência teve na interpretação constitucional ou científica”, no México, foi Emilio Rabasa, responsável por várias modificações adotadas pela Constituinte de 1916-1917, particularmente as referentes às relações entre Executivo Federal e Congresso da União, bem como à dupla estrutura do juízo de amparo.²³

Fix-Zamudio registra que a interpretação das disposições constitucionais efetuada pelos tratadistas levou à criação dos tribunais administrativos antes mesmo de serem eles reconhecidos expressamente pela Constituição.²⁴

22. Exemplo mencionado por Grant. J.A.C.

23. Cf. ob. cit., pág. 33 e nota.

24. Cf. ob. cit., pág. 34. O Autor relaciona, ainda, uma série de tratadistas mexicanos que tiveram influência decisiva na elaboração da Constituição Federal de 5 de fevereiro de 1917.

CAPÍTULO II

O COSTUME CONSTITUCIONAL: ESPÉCIE DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Dedica-se capítulo especial ao estudo do costume como processo de mutação constitucional em razão da riqueza do tema.

O costume constitucional, ao lado das várias modalidades de interpretação constitucional, integra o elenco dos processos não formais de mutação constitucional.

Para a compreensão dessa importantíssima função do costume constitucional são necessárias algumas considerações preliminares sobre a noção, tipos, características e função do costume jurídico. Assim, na primeira seção serão versadas tais considerações. A segunda seção examinará o costume constitucional enquanto processo de mutação constitucional. Exemplos retirados da experiência constitucional ilustrando o tema serão arrolados na terceira seção.

SEÇÃO I

CONSIDERAÇÕES GERAIS:
USOS, COSTUMES
E PRÁTICAS

SUMÁRIO: 1. Noção de costume jurídico. 2. Características. 3. Espécies ou categorias de costume jurídico. 4. Função do costume jurídico.

1. Noção de costume jurídico

Dentre as vias ou processos de mutação constitucional cita a doutrina os usos, costumes e práticas. Importa, pois, conceituá-los.

O costume penetra no modo jurídico, quando “através dele se manifesta uma norma com pretensão de império inexorável, regendo, portanto, numa coletividade, como se fora lei, isto é, sendo considerada como juridicamente obrigatória”.¹

Assim, “o costume é uma norma jurídica sobre determinada relação de fato e resultante da prática diuturna e uniforme que lhe dá força de lei”.²

Dois elementos estão contidos nessa conceituação: um *objetivo*, representado pela reiteração, pela observância repetida, uniforme, de um certo comportamento, de uma certa prática (*usus*); e outro, *subjetivo*, constituído pela convicção generalizada da obrigatoriedade

1. Cf. Teixeira, J.H. Meirelles, ob. cit., pág. 79. Na mesma linha, Biscaretti di Ruffia, Paolo, “Diritto...”, págs. 96-7: “costume é uma fonte de direito que se concretiza na constante uniformidade de um determinado modo de agir, acompanhado da convicção de que tal comportamento seja juridicamente obrigatório”.

2. Cf. Maximiliano, Carlos, “Hermenêutica...”, ob. cit., pág. 188.

daquele comportamento ou daquela prática (*opinio juris vel necessitatis*).³

Manoel Gonçalves Ferreira Filho registra ser o costume o direito novo estabelecido por uma decisão tácita da coletividade, de modo que dispensa a forma escrita para comunicação e prova, visto que é manifestação da própria consciência do grupo.⁴

A conceituação abrange o uso, o costume e as práticas. Em regra, a doutrina aplica esses termos indistintamente, dando, porém, manifesta preferência ao vocábulo *costume*. Por igual, a legislação e a jurisprudência.⁵

No campo do direito constitucional justifica-se o uso indistinto dos termos. Assim, também indistintamente serão aplicados neste capítulo, ressalvando-se, não obstante, que a expressão *práticas constitucionais* não é forçosamente dotada de rigor técnico, pois é referida

3. Cf. Teixeira, J.H. Meirelles, ob. cit., pág. 79 O *usus*, lembra o Autor, deve corresponder a uma *certa duração*. Carlos Maximiliano (ob. cit.) informa que sempre se consideraram indispensáveis alguns requisitos para que *estilos, praxes, usos* assumam o caráter de norma costumeira: devem ser “uniformes, públicos, multiplicados por longo espaço de tempo e constantemente tolerados pelo legislador”. Biscaretti di Ruffia (ob. cit.) refere-se ao elemento *material (usus)* e *psicológico (opinio juris et necessitatis)*; também Carbone (“La consuetudine nel diritto costituzionale”, Padova, CEDAM, 1948, pág. 5) refere-se ao elemento material (*usus*) e ao elemento espiritual (*opinio juris et necessitatis*); registra o Autor que a doutrina tem diminuído a importância do requisito de longa duração e repetição do comportamento e ressaltado o aspecto da necessidade e da força expansiva do costume (p.6).

4. Cf. “Curso...”, ob. cit., págs. 185-6.

5. O Código Civil Brasileiro refere-se a *usos e costumes* (artigo 1.807). Biscaretti di Ruffia (“La constitution, en tant...”, ob. cit., pág. 66), distingue *os fatos* normativos em *costumes* (quando de ordem jurídica), *regras convencionais ou de correção constitucional* (de ordem simplesmente político-social) e as simples *práticas*; pondera o Autor, todavia, que a caracterização do costume no âmbito constitucional, bem como sua eficácia, variam conforme o ordenamento positivo considerado; a título de exemplo de *prática* constitucional menciona as numerosas regras não escritas que disciplinam o delicado jogo de poderes no regime parlamentar, adotado em diversos Estados europeus; lembra que Constituições tais como as da Bélgica, Holanda, etc. são completamente omissas a esse respeito, limitando-se a mencionar que o Rei nomeia e dispensa ministros; somente Constituições mais recentes, tais como as da Irlanda (1937), Itália (1947), Alemanha Ocidental (1949), *racionalizaram* o processo do funcionamento do sistema parlamentar, traduzindo-o em regras escritas que, todavia, jamais serão *exaustivas*, de modo que sempre restará grande parte de regulamentação às normas não escritas. Observe-se que adotaremos, por vezes, nesta Seção, a orientação do Autor para diferenciar *usos e costumes* de *práticas constitucionais*. Karl Wheare distingue entre *uso* e *convenção* sendo esta última uma regra de conduta reconhecida como obrigatória e a primeira, uma prática habitual, simples costume.

a comportamentos, fatos e situações que nem sempre preenchem todos os requisitos indicados no conceito, seja porquanto não se repetem uniformemente, seja em razão de seu caráter demasiadamente singular, sem as características de norma geral.⁶

2. Características

Além da eficácia ou do valor jurídico reconhecidos ao costume⁷ outras características lhe são apontadas: trata-se de ato *primário*, posicionado ao lado das leis ordinárias, ou seja, ato de normação primária não escrita,⁸ de *formação espontânea e voluntária*⁹ e *direta*.¹⁰ Tem o caráter de *definitivo*, porém pode ser modificado ou suprimido pela lei (que o revoga expressa ou tacitamente), e é *vinculante*, no que respeita à aplicação pelos poderes executivos e judiciário.¹¹

3. Espécies ou categorias de costume jurídico

Há três espécies ou categorias de costume: o *secundum legem*, o *praeter legem* e o *contra legem*. O primeiro é previsto ou admitido pelo direito positivo que a ele se refere ou manda observá-lo em certos casos, sendo também elemento auxiliar na interpretação do texto escrito; o *praeter legem* preenche as *lacunas* das normas positivas, substitui a disciplinação legal quando a lei silencia a respeito e serve, também,

6. Cf. também Burdeau, Georges, "Traité...", ob. cit., v. 4, págs. 288 e segs. O Autor distingue, com a clareza habitual, o *costume das práticas políticas*, que define como todas as modalidades de ação dos órgãos do Estado que devem ser observadas: uma lei, um ato administrativo, uma ação material constituem práticas. No campo constitucional elas terão "significação constitucional quando concernem seja a uma questão prevista pela Constituição, seja a uma atitude da qual ela não se ocupa mas que relativamente à ação, atividade ou relação entre os poderes públicos é, materialmente, de *ordem constitucional*. Como se vê, não há uniformidade na nomenclatura e nos efeitos do costume, pelo que não se deve emprestar rigor técnico às expressões em questão.

7. A característica refere-se ao costume *secundum legem* e *praeter legem*, de vez que não há uniformidade de posicionamento da doutrina relativamente ao costume *contra legem*, usualmente repellido pelo direito positivo.

8. Cf. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, "Curso...", ob. cit., págs. 184-5.

9. Cf. Biscaretti di Ruffia, "Diritto...", ob. cit., pág. 97.

10. Cf. Biscaretti di Ruffia, ob. cit., pág. 96.

11. Observe-se que a eficácia e as características dela decorrentes, atribuídas ao costume, variam conforme o direito positivo, em razão do que a generalização apontada deve ser vista com essa ressalva.

como elemento de interpretação; o costume *contra legem* forma-se em sentido contrário ao das disposições escritas.¹²

O costume *secundum legem* é também designado como *costume interpretativo* quando, sem assumir o caráter de fonte do direito, permite inovar sobre a norma depreendida do texto. O *praeter legem* recebe a denominação de *introdutivo* ou *integrativo* porque se desenvolve para cobrir ou preencher o silêncio do texto escrito, ou para completá-lo; e o *contra legem* é chamado de *derrogatório*.¹³

Vigorosa oposição, tanto na prática como na doutrina, enfrenta o costume *contra legem*.¹⁴

O costume *contra legem* abrangeria na sua conceituação, não apenas o *usus* ou a *prática* contrários às leis, mas também o chamado *desuso* ou seja a inobservância uniforme, constante e prolongada do texto escrito? Nessa indagação a questão fundamental que se coloca a propósito do *desuso* é se ele importa *revogação* do texto escrito.

Há divergências doutrinárias a respeito. Corrente mais cautelosa se pronuncia no sentido de que a não aplicação prolongada de textos escritos não importa em *revogação* ou *ab-rogação* do mesmo, configurando, apenas, o *desuso* da norma que, todavia, vez que não foi revogada, poderá, a qualquer momento, ser aplicada;¹⁵ vozes discor-

12. Referem-se a essas categorias de costumes, dentre outros, Maximiliano, Carlos, "Hermenêutica...", ob. cit., pág. 191; Biscaretti di Ruffia, ob. cit., págs. 63-5; Carbone, Carmelo, ob. cit.

13. Cf. Biscaretti di Ruffia, "Diritto...", ob. cit., pág. 98; também, Carbone, Carmelo, ob. cit.

14. Não é unanimemente aceito pela doutrina e pelo direito positivo. No direito positivo brasileiro, exemplificando, Carlos Maximiliano coloca-o à margem, por força do disposto no artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil: A lei só se revoga ou derroga por outra lei. Por outro lado, entende o Autor que o intérprete, cuja função é dar vida aos textos, fazê-los eficientes em toda sua plenitude, não deve admitir, nem mesmo para o efeito interpretativo, o costume *contra legem* (ob. cit., pág. 193); também na Itália o ordenamento jurídico positivo consubstanciado no Código Civil repele o costume *contra legem* (cf. Biscaretti di Ruffia, ob. cit., pág. 93; também do Autor, "La constitution, en tant...", ob. cit., pág. 63); no México, o Código Civil repele expressamente o costume ou prática *contra legem*, por mais antigos que sejam (artigo 7º, cf. Andueza Acuña, ob. cit., pág. 16).

15. Veja-se, dentre outros, Maximiliano, Carlos "Hermenêutica...", ob. cit., págs. 192-3. Não é esta a opinião de Biscaretti di Ruffia que entende que o costume *contra legem* contém os dois aspectos distintos: a contraposição às normas escritas e o *desuso* (ob. cit., págs. 98 e segs.). O mestre italiano também acentua a divergência doutrinária no que respeita à aceitação do costume *contra legem*. Nesse sentido, também Carbone, Carmelo, "La consuetudine...", ob. cit., págs. 83 e segs; também Ráo Vicente, ob. cit., v. I, pág. 293.

dantes, todavia, levantam-se no sentido de que ambos — contrariedade à lei e desuso — são aspectos de um mesmo fenômeno, pois nos dois casos se está defronte de uma norma consuetudinária formada ao arrepio da norma escrita.¹⁶

4. *Função do costume jurídico*

A doutrina aponta duas funções básicas para o costume: a de *preencher lacunas* e a de *elemento de interpretação*, auxiliar da exegese dos textos.¹⁷

Sob o ângulo da mutação constitucional, importa analisar o costume sob os dois aspectos: enquanto elemento de integração de normas, ou seja, o costume que se propõe a preencher lacunas e, por igual, o costume que interpreta ou complementa disposições normadas positivamente.

16. Cf. Carbone, Carmelo, ob. cit., pág. 83; também Biscaretti di Ruffia, pág. 98 e segs., citado na nota n. 15. No plano constitucional, o desuso, por suas características, afasta-se da conceituação de processo de mutação constitucional adotada. Por essa razão, será objeto de análise no Título III.

17. Cf. Maximiliano, Carlos, "Hermenêutica...", ob. cit., págs. 321-34. Também, Jacques Cadart ("Institutions politiques et droit constitutionnel", Paris, L.G.D.J., 1975, v. 1 pág. 33) lembra que o costume supre *lacunas* constitucionais.

SEÇÃO II

O COSTUME CONSTITUCIONAL ENQUANTO PROCESSO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

SUMÁRIO: 1. Existência e noção. 2. Características. 3. Fatores que influem no surgimento do costume constitucional. 4. Função do costume constitucional. 5. Importância do costume constitucional.

1. Existência e noção

A referência ao costume constitucional é freqüente na doutrina. Mencionam-no, exemplificando, na Suíça, Marcel Bridel¹ e Jean-François Aubert;² na França, Georges Burdeau;³ na Itália, Biscaretti di Ruffia⁴ e Carmelo Carbone;⁵ na Espanha, Luis Sanchez Agesta;⁶ na Bélgica, A. Vanwelkenhuyzen;⁷ no México, Humberto Quiroga Lavié.⁸

1. "Précis de droit constitutionnel et public suisse", ob. cit., pág. 101.

2. "Traité de droit constitutionnel suisse", ob. cit., v. 1, págs. 125-9; v. 2, págs. 549-50.

3. "Droit constitutionnel et institutions politiques", ob. cit., pág. 563; também, "Traité de science politique", ob. cit., v. 4, págs. 286 e segs.

4. "La constitution, en tant..." in: Biscaretti di Ruffia & Rozmaryn, "La constitution comme...", ob. cit., págs. 63 e segs.; também "Diritto costituzionale", ob. cit., págs. 97-9.

5. Autor da monografia "La consuetudine nel diritto costituzionale", ob. cit.

6. "Curso de derecho constitucional comparado", 5ª ed., Madrid, Universidad de Madrid, 1974, pág. 49.

7. "De quelques lacunes du droit constitutionnel belge", in: Centre National de Recherches de Logique, "Le problème des lacunes en droit", Etudes publiées par Chaim Perelman, Bruxelles, Émile Bruylant, 1968, págs. 339-61.

8. "Los cambios constitucionales..." in: Instituto de Investigaciones Jurídicas, "Los cambios...", ob. cit., págs. 109-35.

Entre nós, Cláudio Pacheco,⁹ Pontes de Miranda,¹⁰ Milton Campos e Vicente Rão.¹¹ Por fim, Karl Loewenstein menciona o *uso constitucional*, exemplificando-o em vários sistemas constitucionais.¹²

Não parece, portanto, despropósito afirmar que a existência ou admissibilidade do costume constitucional não é refutada doutrinariamente.

Seria incompatível o *costume constitucional* com a noção de constituição formal, escrita e rígida? Em outras palavras, existe costume constitucional com os mesmos atributos e características que a doutrina aponta para o *costume* como fonte de direito em geral?

Parte da doutrina nega a existência do costume constitucional frente às Constituições rígidas, invocando a concepção desse tipo de Lei Fundamental que pressupõe a supremacia das disposições constitucionais. Diante de Constituição dessa natureza não há lugar para o costume, seja criativo, modificador, supletivo ou simplesmente interpretativo da Constituição, pois toda norma, inclusive a não escrita, cede diante da superioridade da norma constitucional.¹³

Não procede a argumentação contrária à existência do costume constitucional.

Provam-no a teoria e a prática.

O fundamento primeiro da existência do costume constitucional encontra-se no próprio poder constituinte que, dotado do caráter de permanente, não se esgota em sua obra — a Constituição — mas conserva-se latente, quando expressamente previsto, sob a forma do poder de reforma constitucional. Por outro lado, continua latente também, de modo não previsto e não organizado no chamado poder constituinte difuso, invisível, que intervém quando necessário para preencher lacunas ou interpretar disposições constitucionais obscuras.¹⁴ Esse poder constituinte difuso é atuado pelos órgãos constitucionais que têm competência para aplicar normas constitucionais e que, mesmo diante da

9. "Tratado das Constituições Brasileiras", ob. cit., v. 1, pág. 68, e v. 13 pág. 391.

10. "Comentários à Constituição de 1946", ob. cit., v. 1, págs. 81-2 e 195-6.

11. "Constituição e realidade", R. For., Rio de Janeiro, 187:18-22, 1960, e "O Direito e a Vida dos Direitos", ob. cit., I, pág. 295, respectivamente.

12. Cf. "Teoria...", ob. cit., págs. 168-70.

13. Cf. Burdeau, Georges, "Traité...", ob. cit., págs. 288 e segs.

14. Veja-se, a propósito, a posição de Georges Burdeau magnificamente exposta no "Traité de science politique" (ob. cit., v. 4, págs. 290 e segs.). O Autor menciona ainda a *ação constituinte permanente* de um *poder constituinte difuso*, não consagrado por nenhum procedimento previsto expressamente, mas que muitas vezes dá à Constituição oficial e visível outra feição (p. 247).

obscuridade do texto, precisam interpretá-lo para dar-lhe aplicação. É também posto em ação por esses mesmos poderes quando há na Constituição vazios, espaços em branco, que somente normas de natureza constitucional poderiam preencher e não o fazem. Nessas hipóteses, os poderes constitucionais têm o *dever* de atuar a Constituição, já que a situação, o comportamento ou o ato, que por ela deveriam ser regidos e não o são, devem encontrar resposta ou solução. É o caso, por exemplo, das *lacunas ocultas*, salientadas por Loewenstein.¹⁵

Assim, a lacuna constitucional, que pode ser preenchida pela interpretação da Constituição, em qualquer de suas modalidades, pode, igualmente, ser preenchida pelo *costume constitucional*, quer formado à base da ação do Legislativo, quer do Executivo, conforme caiba a um ou outro atuar a matéria constitucional em questão.

Não há, pois, incompatibilidade entre o costume constitucional e a Constituição rígida.

Impõe-se, todavia, observar que a ação dos poderes constitucionais ao criarem o costume constitucional é forçosamente limitada. Não é admissível juridicamente a formação de costume constitucional por órgão incompetente para atuar a norma, como não é admissível, também, a formação do costume constitucional *contra constitutionem*.

Essa limitação não descaracteriza e não desfigura a natureza constitucional do costume. Há de se recordar que o próprio poder de reforma constitucional sofre limitações expressas ou implícitas.¹⁶

Trata-se, porém, de limitação mais profunda e mais definida, como se verá.

Preenchendo espaço em branco ou interpretando norma constitucional o costume constitucional não substitui norma constitucional escrita.

Porque constituído por poder difuso, não expressamente previsto, não é dotado da mesma eficácia das normas constitucionais escritas postas pelo constituinte originário ou pelo poder de revisão. Destarte, o costume constitucional não pode reformar a Constituição. Conseqüentemente, a norma costumeira não tem a eficácia das normas constitucionais escritas.

15. Cf. "Teoria...", ob. cit., pág. 171. Pode ocorrer também no caso das lacunas *necessárias*, conforme a terminologia e conceituação dada a esse tipo de lacuna por Galeno Lacerda (R. Proc-Geral Est. São Paulo, São Paulo, 16:315-73, jun. 1980).

16. Veja-se a propósito do poder constituinte de reforma constitucional: Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, "Direito...", ob. cit.; Sampaio, Nelson de Sousa, "O poder...", ob. cit. e nosso "Poder constituinte...", ob. cit., dentre outros.

Por outro lado, mesmo que não se recorra ao fundamento mencionado, isto é, ao exercício de um poder constituinte difuso, ainda assim se poderia admitir, juridicamente, o *costume constitucional não contrário à Constituição*.

Se a Constituição nasce para ser efetivamente aplicada, desse princípio decorre logicamente que, diante da obscuridade ou inexistência de norma que ponha em ação matéria constitucional, os órgãos ou poderes constituídos devem atuá-la. A construção jurisprudencial encontra fundamento nesse princípio. É uma decorrência *lógica* da Constituição encontrarem os poderes constituídos meios de atuá-la validamente. Nessa linha de raciocínio o costume constitucional forma-se por decorrência lógica, por imposição lógica da própria Constituição.

Finalmente, não há como negar, diante da *realidade* constitucional, a freqüente atuação do *costume constitucional* ou de *práticas constitucionais*, quer quando se trata de preencher lacunas da Lei Maior, quer como recurso de interpretação de disposições constitucionais.

A partir dessas considerações é possível fixar a noção de costume constitucional. É o costume constitucional expressão do poder constituinte *difuso*, manifestação do poder constituinte latente atuado pelos órgãos constituídos competentes enquanto preenchem lacunas na obra constitucional originária ou interpretam-lhe disposições obscuras. Tal *costume* consistirá na prática constitucional, reiterada ou não, porém consentida ou desejada, de determinados atos ou comportamentos, pelos poderes competentes e pelo povo, sem forma prevista ou consagrada na Constituição. Cede, todavia, diante da norma constitucional escrita.

2. Características

Reveste-se o costume constitucional de características próprias, que o distinguem do costume jurídico em geral. A primeira e a mais importante, resultante de sua natureza, é a de que o costume constitucional não adquire, em plenitude, a eficácia das normas constitucionais escritas. Assim, não goza do atributo formal de regra superior, de regra dotada da supremacia constitucional, inerente às normas escritas das Constituições rígidas e por essa razão preponderantes no confronto com normas infraconstitucionais.

Não se lhe poderá reconhecer, pois, valor constitucional igual ou superior às normas constitucionais escritas. Deverá ser tido como

norma não escrita, materialmente constitucional porque versando matéria constitucional, porém sem a eficácia ou o valor jurídico de norma constitucional escrita.

Complexo, pois, o posicionamento jurídico do costume constitucional. Pela matéria, é constitucional porque preenche lacunas constitucionais ou interpreta disposições constitucionais; na hierarquia das normas não tem a superioridade e a eficácia das normas constitucionais. Destarte, num confronto com normas constitucionais escritas é sempre inferior; sofre controle de constitucionalidade em grau, natureza e profundidade maior que o incidente sobre a reforma constitucional, por exemplo.

Conseqüentemente, decorre logicamente que o costume não reforma e, portanto, não revoga a Constituição.

Todavia, indaga-se: revoga o costume constitucional uma lei infraconstitucional?

Pontes de Miranda posiciona-se a esse respeito e explica: uma regra não escrita a nível constitucional corta a legislação ordinária que dela discrepe, como a cortaria a regra *escrita* do direito constitucional; o direito constitucional é unidade e o fato de nele haver normas escritas e não escritas não lhe quebra a homogeneidade.¹⁷

Procede a afirmação. Na prática o controle de constitucionalidade exercido sobre as leis pode, indiretamente, com base em norma constitucional costumeira, entender inconstitucional determinada lei ordinária.¹⁸

A tais considerações cabe, apenas, acrescentar:

Se a lei ordinária intervém em campo que lhe é vedado, porque de natureza constitucional, a lei ordinária é inegavelmente *inconstitucional* e o costume constitucional que atue a mesma matéria prevalece, diante de confronto constitucional. Se, todavia, a norma ordinária é o meio previsto constitucionalmente para a complementação de disposições constitucionais e atuação da norma constitucional — o que pode decorrer conforme o ordenamento jurídico considerado — o costume constitucional poderá ceder diante dela.

17. Cf. "Comentários à Constituição de 1946", ob. cit., v. 1, págs. 195-6; também, "Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.1, de 1969", ob. cit., v. 1 págs. 300-301.

18. Veja-se o exemplo mencionado por Jean-François Aubert (Traité..., ob. cit.), desenvolvido mais adiante: sobre a base costumeira da delegação legislativa, confirmou o Tribunal Federal a constitucionalidade de leis delegadas. Com o mesmo fundamento o Tribunal Federal poderia concluir pela inconstitucionalidade dessas leis.

Assim, num confronto com normas ordinárias pode prevalecer ou não, o que significa dizer que pode, em determinadas circunstâncias e dentro de certos limites, ser afastado por elas.

Exemplifique-se.

Costume constitucional que preencha lacuna constitucional, à falta de lei complementar que o faça: a lei formal, quando advier, pode suprimir o costume.

Outro exemplo: um costume constitucional que interprete norma constitucional imperfeita ou imprecisa, atribuindo-lhe um dos possíveis sentidos abrangidos pela norma. Esse costume pode ser afastado ou por interpretação constitucional judicial ou interpretação constitucional legislativa. Na primeira hipótese, se a aplicação concreta do costume foi submetida aos tribunais e esses o entenderam inconstitucional. Na segunda, se a matéria versada puder ser integrada por lei.¹⁹

Outra peculiaridade do costume constitucional é que a sua formação *espontânea e voluntária* se deve em regra à ação dos órgãos competentes para atuar a norma constitucional.

Participam direta ou indiretamente na formação dos costumes constitucionais os órgãos constitucionais do Estado, isto é, os órgãos que “pela atividade que desenvolvem, são autônomos e independentes e que, entre si, são substancialmente iguais”²⁰ ou que, por força das disposições constitucionais expressas, podem atuar direta ou imediatamente a Constituição.

19. E o caso da *delegação legislativa* na Suíça, formada à base de *normas costumeiras*, sem previsão constitucional. Admitida como constitucional pelo Tribunal Federal poderia, no mesmo passo, pelo mesmo órgão, ser declarada inconstitucional; por igual, o Poder Legislativo suíço poderia revogar tal delegação, sem afrontar a Constituição (Cf. Aubert, Jean-François, ob. cit.).

20. Cf. Carbone, Carmelo, ob. cit., pág. 34. No ordenamento italiano o Autor aponta, como órgãos imediatos, o *Chefe de Estado*, os *ministros singulares*, as *duas Câmaras* e o *Corpo eleitoral*. Indiretamente, também os órgãos de controle de constitucionalidade participam na formação dos costumes. Teixeira, J.H. Meirelles (ob. cit., pág. 78) indica como *sujeitos* os órgãos do Estado, as autoridades públicas; Quiroga Lavié, José Humberto (ob. cit., pág. 119), entende que apenas os poderes *legislativo e executivo* são sujeitos do costume constitucional, excluindo-se o Judiciário. Observe-se que não há consenso a esse respeito. O elenco de órgãos dessa natureza decorre do ordenamento jurídico-constitucional de cada Estado. Generalizando-se, todavia, como se fez acima, a fórmula encontrada parece adequada para o posicionamento do problema. No Brasil, Maximiliano atribui particularmente ao Executivo e ao Legislativo a criação de *práticas* constitucionais que, todavia, não influem *peremptoriamente* nas decisões judiciais, senão nos casos políticos (“*Hermenêutica...*”, ob. cit., pág. 313). Importante observar, nos Estados Federais, a atuação dos poderes locais a propósito da matéria, no âmbito dos respectivos territórios.

São os costumes constitucionais, em conseqüência, inferiores à Constituição, portanto limitados, pois para “que se forme um costume constitucional intervêm os poderes competentes para atuar normas constitucionais dentro das limitações que lhes impõe o texto e o espírito da Constituição”,²¹

Nota também característica é que o costume constitucional se firma de modo rápido e em tempo curto, não sendo necessário repetidos atos para configurá-lo. Tal peculiaridade decorre do fato de ser limitado o número de órgãos capazes de usá-lo e da natureza especial do direito constitucional.²²

A rapidez com que se forma um costume constitucional é notadamente acentuada por Karl Wheare quando lembra que, por um acordo, membros do poder político, interessados em agir de uma forma particular, adotam uma regra de conduta determinada e esta passa a ser imperante e obrigatória imediatamente. A regra não surge, então, de uma prática reiterada, mas deriva de um simples acordo. Desse modo forma-se “um intenso e importante conjunto de normas nas Casas legislativas”.²³

21. Para Geogès Burdeau (“Traité...”, cit., pág. 294), a superioridade das normas constitucionais escritas sobre o *costume constitucional* não resulta apenas de significação formal da idéia de Constituição rígida, mas também do fato de que a Constituição exprime e tende a garantir uma *idéia de direito*, claramente expressa pelo poder constituinte como reflexo da vontade popular e que, para que se admita que o povo tenha renunciado a esta idéia expressa é preciso que o faça de *modo inequívoco* e com *conhecimento de causa*. Registra, assim, o Autor os perigos de que se cerca a afirmação de que o *costume constitucional* pode representar emanção do poder constituinte latente, desenvolvido pelos órgãos políticos ou pelo povo quando a Constituição se aparta da realidade e as cautelas que devem ser tomadas relativamente ao costume constitucional em se tratando de Constituições rígidas.

22. Cf. Carbone, Carmelo, ob. cit., págs. 41-42; também Burdeau, Georges, “Traité...”, ob. cit., v. 4, pág. 293. De um lado, Burdeau menciona que a repetição não é necessária para a formação do costume constitucional que pode ser criado pelo primeiro uso da norma não escrita e exemplifica: em 1924 o Presidente Millerand foi afastado do poder por uma campanha da imprensa, inspirada por grupos de esquerda; quantas vezes seria necessária a renovação de caso semelhante para que se pudesse afirmar que uma regra constitucional costumeira havia estabelecido a responsabilidade política do Presidente da República? Deixando ao tempo a obra de decantação, o costume se afirmará, diz o Autor, quanto à sua autoridade e significação. Ver também Cadart, Jacques, ob. cit., pág. 708.

23. Cf. “Modern...”, ob. cit., págs. 121 e segs. O Autor, com acuidade, observa que nem sempre este tipo de norma, que denomina *convenção é não escrita*. Muitas vezes são normas escritas, contidas, por exemplo, nos Regimentos das Câmaras Legislativas.

Outros traços característicos do costume constitucional e que o distinguem do costume comum são indicados por Quiroga Lavié,²⁴ dentre os quais merecem menção: *a*) o costume constitucional não precisa de reconhecimento legal nem judicial, particularmente no que concerne às constituições rígidas, pois o poder legislativo ordinário não pode aclarar normas de conteúdo constitucional não escritas; *b*) não pode ser alterado por decisão do poder legislativo ordinário;²⁵ *c*) pelo costume se “relativiza a diferença entre poder constituinte e poderes constituídos, pois, estes últimos, ao estabelecê-lo, atuam como poder constituinte”; e *d*) seus efeitos alcançam apenas habitantes, mas não regulam a conduta dos órgãos públicos que o estabelecem.

Partidário, como se vê, da tese de ser o costume constitucional uma emanção do poder constituinte, difuso, Quiroga Lavié adota-a por inteiro, sem restrições.

As notas apontadas nas letras *a*, *b* e *c* podem ser aceitas, desde que com as ressalvas feitas a propósito das peculiaridades do costume constitucional.

Não procede, todavia, a característica apontada na letra *d*.²⁶

Finalmente, não se pode atribuir, sem ressalvas, ao costume constitucional, a característica de definitividade, de vez que pode ser alterado, não apenas pelos órgãos que o criam, mas também, pela norma constitucional escrita.

Por outro lado, o costume vincula no âmbito interno do órgão que o adota, e alcança, por via reflexa, todo o sistema constitucional, em razão da natureza e matéria referida nas normas costumeiras.

3. *Fatores que influem no surgimento do costume constitucional*

É inegável, conforme se observou, que toda Constituição enseja o aparecimento de *usos e práticas* que, perpetuadas pela tradição, acabam por adquirir autoridade, sendo difícil negar-lhes reconhecimento.

Os fatores que explicam ou justificam o aparecimento do costume constitucional, geralmente indicados pela doutrina, são: a brevi-

24. Cf. ob. cit., pág. 123.

25. Observe-se que, eventualmente, o costume constitucional pode ser afastado por interpretação constitucional legislativa. Cf. págs. 179 e 180 retro.

26. Não acolhemos, nos termos em que foi colocada, a característica contida na letra *d* e que está assim redigia: “se seus efeitos somente alcançam os seus habitantes,

dade, a generalidade, a imprecisão e as lacunas das normas constitucionais,²⁷ de um lado, e a maior adaptabilidade do costume às contingências políticas essencialmente mutáveis, de outro lado. A esses fatores, Biscaretti di Ruffi acrescenta outro, relevante, ao qual atribui o peso decisivo na questão em exame e que se acolhe, muito embora não se apresente de modo tão generalizado na prática constitucional; trata-se do controle jurisdicional, mais freqüente e amplo relativamente às normas do direito civil e que não ocorre ou é de difícil aplicação no tocante ao ordenamento constitucional.²⁸

Em páginas anteriores foi mencionada a inevitável interveniência desses fatores nos processos de mutação das normas constitucionais, o que dispensa maior desenvolvimento do tema. É suficiente acrescentar, pois, que tais fatores, além de ensejarem intensa atividade de interpretação constitucional, são também causas de nascimento ou formação de costumes constitucionais.

Não descabe apontar aqui, ainda, que os diferentes tipos de dispositivos constitucionais contribuem para o aparecimento, em grau maior ou menor, de costumes constitucionais. Assim, as normas de eficácia limitada ensejam, de modo significativo, a formação de costumes em especial quando inerte o poder competente para integrar a eficácia da norma. A hipótese é particularmente perceptível quanto às normas de princípio institutivo. Não raro, leis que integram tais normas, organizando e estruturando os órgãos e instituições esquematicamente previstos na Lei Maior, não conseguem fixar, em todos os seus contornos, os aspectos relativos ao funcionamento desses órgãos e instituições; as

apresenta o costume a curiosidade de não regular a conduta dos órgãos públicos que são os que as estabeleçam”, Se considerarmos, por exemplo, os costumes freqüentemente postos, relativamente ao funcionamento do parlamentarismo e muito mencionados pela doutrina, a afirmação do autor não tem qualquer procedência. O costume vale para o órgão que o cria. O que ocorre é que esse mesmo órgão pode alterá-lo espontaneamente.

27. Cf. Burdeau, Georges, “*Traité...*”, ob. cit., pág. 288; também Barthelemy, Joseph & Duez, Paul, “*Traité de droit constitutionnel*”, 9ª ed. Paris, Dalloz, 1933, págs. 33 e segs. O Autor menciona expressamente a Constituição francesa de 1875, cuja sobriedade e extrema brevidade deixou larga margem ao costume (p. 35); também Carbone, ob. cit., págs. 45-6. O Autor italiano alude particularmente à generalização das normas relativas à regulação das relações constitucionais entre os poderes públicos que não se prestam a serem reunidas em rígidas fórmulas legislativas.

28. Cf. Biscaretti di Ruffia, “*Diritto...*”, ob. cit., pág. 97. Na Itália, menciona o Mestre italiano, somente em 1947 a Constituição introduziu um órgão de controle jurisdicional, a Corte Constitucional. Esse fator não tem a mesma ressonância nos ordenamentos onde existe controle de constitucionalidade jurisdicional, como é o caso do Brasil, Estados Unidos, etc.

lacunas imediatamente legais, mas indiretamente *constitucionais* podem ser preenchidas pelos costumes.

Também as normas de eficácia contida são campo aberto à formação do costume constitucional. Frequentemente, a interpretação dos conceitos, comportamentos, situações, ou seja, a interpretação dos elementos de contenção da norma tem origem costumeira.²⁹

4. Função do costume constitucional

No Direito Constitucional o costume tem a mesma função que lhe é apontada no campo do direito em geral: fala-se, então, de costume constitucional *interpretativo*, de costume constitucional *introdutivo*, *integrativo* ou *complementar* e de costume *ab-rogatório* ou *derrogatório*.³⁰

O primeiro, também qualificado de costume *secundum legem* ou *secundum constitutionem*, forma-se para servir de base à interpretação de normas constitucionais.³¹

Em matéria constitucional, o costume interpretativo, ou seja, aquele que se forma para embasar interpretação de uma norma escrita, é a espécie que surge com mais frequência, sendo relevante o trabalho desenvolvido por ele para criar preceitos novos.³²

Importante, pois o papel do costume e das práticas na interpretação dos textos constitucionais. “A prática constitucional longa e

29. Veja-se, a esse propósito, a doutrina italiana referente às chamadas *norme della correttezza costituzionale* (regras sociais dirigidas aos indivíduos e às instituições constitucionais). Segundo Carbone as normas de *correttezza* constitucional não têm caráter jurídico, mas representam “momentos sociais dos quais o intérprete se utiliza para estabelecer o conteúdo de uma disposição jurídica”. O Autor menciona os princípios de boa-fé, regra da boa administração, bom uso dos poderes discricionários, etc. (ob. cit., pág. 110). O recurso a tais normas para estabelecer o conteúdo de uma disposição constitucional é particularmente relevante para mostrar o papel do costume como processo de mutação constitucional.

30. Cf. Biscaretti di Ruffia, Paolo, “La constitution, en tant...”, ob. cit., pág. 63.

31. Carbone, ob. cit., págs. 69-70 não distingue o costume *interpretativo* do costume *introdutivo*; reúne ambos sob esta última denominação. Assim, o costume *introdutivo* não apenas visa a preencher lacunas, interpretar normas constitucionais, como também servir de base à interpretação de normas constitucionais quando essas criam preceitos jurídicos novos. Segundo o Autor, no que aliás tem razão, embora distintos quanto à gênese, em substância trata-se do mesmo tipo de costume, porque visam a *introduzir uma nova norma de direito*.

32. Carbone, ob. cit., pág. 70, ilustra a afirmação exemplificando com a interpretação dada à norma do Estatuto Albertino que disciplinava a forma de governo.

uniformemente aceita pelo Poder Legislativo ou pelo Executivo tem mais valor para o intérprete do que as especulações engenhosas dos espíritos concentrados”, acentua Story.³³

O costume que visa a preencher lacunas constitucionais ou regular matéria não disciplinada na Constituição é designado por costume integrativo ou introdutivo.

Assim, o costume integrativo ou introdutivo intervém para preencher lacunas no texto constitucional, complementar disposições, corrigir omissões ou substituir o silêncio do legislador constituinte, mediante usos e práticas consentidas ou não infirmadas pelas disposições constitucionais.

Importa aqui abrir um parêntese para tratar do problema das lacunas constitucionais.

A existência da lacuna constitucional é matéria controvertida.³⁴

Sustentam uns não haver lacuna na Constituição. A inexistência de solução expressa e específica para determinadas situações não configura lacuna, a nível constitucional. Sempre é possível, alegam, solucionar as situações jurídicas referidas com base no princípio de que toda conduta não proibida é permitida; por outro lado, a *integração constitucional* é sempre uma forma de interpretação constitucional e se manifesta na aplicação das normas constitucionais ao caso concreto.³⁵

Não é, todavia, a posição dominante.³⁶ Karl Loewenstein, por exemplo, sustenta a existência das lacunas no direito constitucional e

Embora tal norma previsse um governo constitucional singular, por força de interpretação costumeira inspirada no sistema belga, pelo qual a Carta Italiana era modelada, e no sistema inglês, que tinha sedimentada tradição de regime parlamentar, adotou-se, na Itália, a prática do governo de gabinete.

33. *Apud* Maximiliano, Carlos, “Hermenêutica...”, *ob. cit.*, pág. 313.

34. Cf. Vanossi, Jorge Reinaldo A., “Teoria...”, *ob. cit.*, págs. 469 e segs. O Autor desenvolve longamente a controvérsia doutrinária e as posições favoráveis ou contrárias à existência das lacunas em direito constitucional. Para exame aprofundado do tema ver o autor citado e também “Le probleme des lacunes en droit”, particularmente, “De quelques lacunes...”, *ob. cit.*, págs. 339 e segs. de A. Vanwelkenhuyzen.

35. É a posição de Augustin Pérez Casillo (“La interpretación...”, *ob. cit.*, pág. 86). A evidência segue o Autor a posição de Hans Kelsen (“Teoria...”, *ob. cit.*, v. 2, págs. 106 e segs.), que não admite a lacuna em direito, nem as chamadas *próprias* nem as *técnicas* que se apresentam quando o “legislador deixa de normar algo que deveria ser regulado para que de todo em todo fosse tecnicamente possível aplicar o direito” (p. 111).

36. Admitem a existência de lacunas na Constituição, dentre os autores pátrios: Miguel Reale, “Teoria...”, *ob. cit.*, págs. 245, 312-14; Pontes de Miranda, “Comentários à Constituição de 1946”, *ob. cit.*, v. 1, pág. 195; Pinto Ferreira, “Princípios...”, *ob. cit.*, v. 1, pág. 159; Galeno Lacerda, “Constitucionalidade...”, *ob. cit.*; José Afonso da Silva,

O costume *contra legem* abrange dois aspectos: o da norma não escrita, contrária ao direito escrito, ou o da não aplicação da norma, de maneira constante e uniforme como se fora uma norma jurídica, ou seja, o costume *ab-rogatório* e o *desuso*.

Já se mencionou, por igual, a controvérsia doutrinária em torno da aceitação do costume jurídico ou derogatório, prevalecendo a doutrina que lhe nega eficácia, o que em regra decorre de expressa vedação legal.³⁹

Uma disposição constitucional pode ab-rogar um costume; mas, indaga-se, um costume pode ab-rogar norma constitucional escrita ou simplesmente paralisar uma disposição da Constituição?

Trata-se, no caso, de um costume *contra legem* ou de um costume que, simplesmente, reduz ao *desuso* a norma constitucional, produzindo uma *modificação tácita* da Constituição ou paralisando, pela inércia legislativa, executiva ou mesmo jurisdicional, as normas constitucionais?

Posto que controvertida e complexa a questão, não há como ignorar que os dois casos ocorrem, com certa freqüência, na prática constitucional.⁴⁰

Assim, no plano do direito constitucional cabe colocar a questão: é possível admitir o costume ab-rogatório ou derogatório, ou o desuso de disposições constitucionais. Em síntese, existe costume *contra constitutionem*?

39. V. páginas anteriores. Observe-se que Biscaretti di Ruffia ("La Constitution", ob. cit., pág. 63) entende que, embora no domínio do direito constitucional se aceitem, geralmente, as normas costumeiras interpretativas (*secundum legem*) e as complementares ou integrativas (*praeter legem*), há dúvidas vigorosas quanto à admissibilidade dos costumes *ab-rogativos* (ou *contra legem*), particularmente onde a Constituição é rígida. O Autor exemplifica como *costume conforme a lei*: a interpretação extensiva e bem consolidada do artigo 64 da Constituição; também não faltam exemplos de costumes *praeter legem* (pág. 64): assim, diante da inexistência de nova lei sobre a matéria após a codificação de 1931, determinou-se que a *fórmula* de promulgação das leis ordinárias e constitucionais, diante do *silêncio* absoluto da Constituição a esse respeito, se aplicava à nomeação do Vice-Presidente do Conselho ou Ministro sem Pasta (ou seja, em contradição com o que se deduz do artigo 95, 2, da Constituição). Por outro lado, a doutrina não admite o *desuso* ou a *revogação tácita* de normas constitucionais pela *inércia* ou persistente inaplicação legislativa, problema ainda hoje existente.

40. Examinam o problema: Bridel, Marcel, ob. cit., pág. 101, e Biscaretti di Ruffia, "La Constitution, en tant...", ob. cit., págs. 63 e segs.; também o faz Burdeau, que exemplifica: o direito de dissolução atribuído ao Presidente da República foi revogado pelo costume, ou melhor dizendo, pelo desuso (cf. "Droit...", ob. cit., pág. 58).

A controvérsia doutrinária reflete-se nesse campo, porém com fundamentos distintos.

Em regra o costume *contra legem* não tem eficácia segundo a corrente dominante, porque lei expressa o veda. Assim, por exemplo, o Código Civil italiano e a Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro que dispõem, ambos, que “uma lei só pode ser revogada por outra lei posterior”.

Na Constituição, é óbvio, não existe regra semelhante.

Todavia, as Constituições rígidas prevêm modo expresso de reforma de suas disposições e é com fundamento nesse argumento que parte da doutrina nega a eficácia do costume *contra legem* ou *contra constitutionem*.⁴¹ A corrente que admite o costume constitucional com fundamento no exercício do poder constituinte difuso, atuado por órgãos constitucionais, não encontra dificuldades, segundo acentua Carbone, para resolver a questão. O Autor, todavia, refuta a eficácia do costume *contra legem*, por entender que, embora criado por órgãos constitucionais, o costume *contra legem* não obriga o legislador, ainda que inexista controle ou sanção expressa para a inobservância do costume por esse poder.⁴²

Não obstante, o constitucionalista italiano admite a existência do costume constitucional derogatório de matéria constitucional de base legal. Como o órgão que coloca ambos, isto é, expede a lei e forma o costume, é o mesmo, entende o Autor admissível o costume derogatório. O fenômeno é intuitivo nas Constituições flexíveis e pode ocorrer nas Constituições rígidas, tal como a dos Estados Unidos que, segundo o constitucionalista italiano, oferece exemplos de costume firmado contra a lei.

Em páginas anteriores, firmou-se, a propósito da existência do costume constitucional, o posicionamento que se considera correto. É de se admitir a existência do costume constitucional revelado diuturnamente na prática constitucional, porém se lhe atribuem caracterís-

41. Observe-se que igual fundamento parte da doutrina invoca para negar a existência do próprio costume constitucional, conforme já mencionado.

42. Cf. ob. cit., pág. 85. O Autor lembra que a inexistência de sanção para a inobservância não pode ser considerada elemento de eficácia da norma e demonstra, em síntese, que mesmo o costume constitucional *secundum legem* ou *praeter legem* não são sujeitos a sanção, salvo sanções impropriamente denominadas de *políticas*, tais como: obstrução parlamentar, a opinião pública, a resistência coletiva, etc. A força coativa desse tipo de sanção depende, em grande parte, da educação política do grupo social.

ticas próprias, das quais a mais importante é não ter ele o valor jurídico da norma constitucional. Isto é, ao contrário do costume em geral, ao qual se atribui valor de lei e, portanto, se equipara à lei, o costume constitucional não equivale à norma constitucional.

Ponto, todavia, que merece ser salientado é que, se é possível admitir-se a existência do costume constitucional *secundum constitutionem* ou *praeter constitutionem*, o mesmo não ocorre com o costume *contra constitutionem*.

É que não é apenas com base num modo de exercício difuso do poder constituinte, por órgãos constitucionais (ainda que submetidos a um controle de constitucionalidade),⁴³ que se forma e se fundamenta a existência do costume constitucional.

A Constituição, sobre ser obra de um poder superior, traduz conforme lembra Burdeau, *uma idéia de direito* revelada pelas fórmulas escritas.

Não se pode, sem colocar em risco essa *idéia de Direito* e a sua projeção na norma constitucional admitir a formação de regras, escritas ou não, contrárias à Constituição.

Nesse fundamento reside um dos limites do poder constituinte de reforma; aí também se esteiam os limites à formação de costumes *contra constitutionem*.⁴⁴

43. Cabe observar que o controle de constitucionalidade sobre o costume *contra legem* não tem amplitude suficiente para impedi-lo ou obstaculá-lo, por inteiro. O controle jurisdicional, por exemplo, pode impedir a manutenção do costume contra a lei, quando em confronto ao costume, um caso, levado aos tribunais, é decidido de forma diversa, com base na interpretação constitucional; nem sempre, todavia, o costume constitucional logra ser conduzido ao confronto dos tribunais pela natureza própria da matéria versada e do seu conteúdo político. Por outro lado, muitos costumes constitucionais *contra legem* se formam com a colaboração do órgão de controle — como de resto se formam também os costumes *secundum constitutionem* ou *praeter constitutionem* — seja quando, por exemplo, o Judiciário decide pela constitucionalidade de um costume ab-rogativo, seja quando, usando do seu próprio poder, colabora na formação de uma norma constitucional derogatória. Ademais, a revogação tácita ou o desuso de disposições constitucionais raramente podem ser apreciadas por órgãos jurisdicionais de controle de constitucionalidade.

44. Observe-se que, não obstante, a prática revela inúmeros exemplos de costumes *contra constitutionem*. Serão eles mencionados no Título referente às mutações inconstitucionais.

5. *Importância do costume constitucional*

Avulta a importância do costume constitucional.⁴⁵

E tal importância, reiteradamente mencionada na doutrina, está em estreita relação com o papel do costume como processo de mudança constitucional.

As normas constitucionais devem ser adaptáveis às necessidades e aspirações da comunidade, sejam de natureza política, econômica ou social. “O lento trabalho dos *costumes*, ao lado de outras formas e processos de adaptação para preencher claros, ampliar e levar às necessárias conseqüências, normas gerais, imprecisas, indefinidas ou equívocas e até mesmo habilidosamente modificá-las no sentido de maior adequação ao verdadeiro feito do meio, da época e da evolução” é, destarte, corretamente ressaltado por Cláudio Pacheco.⁴⁶

A importância do costume constitucional ascende às mais elevadas proporções quando se trata do funcionamento e do relacionamento entre os poderes. A dificuldade em reduzir-se a fórmulas rígidas as relações de natureza política, sobretudo entre os poderes públicos, oportunamente acentuada por Carmelo Carbone,⁴⁷ aconselha a deixar aos costumes grande parte da disciplina do direito público, nesse campo. É nesse âmbito que se nota a constante formação de costumes constitucionais.⁴⁸

Carbone exemplifica a importância dos costumes constitucionais nessa matéria ao mencionar que as várias formas de governo representativo, adotadas nos diferentes Estados variam, não quanto à forma escrita nos textos, mas principalmente, no *conteúdo* e *desenvolvimento*

45. Ressaltam a importância do costume no Direito Público e particularmente no Direito Constitucional: Carlos Maximiliano, “Hermenêutica...”, ob. cit., pág. 305; Cláudio Pacheco, “Tratado...”, ob. cit., pág. 67; Carmelo Carbone, ob. cit., pág. 45; Quiroga Lavié, ob. cit., pág. 119. É também ressaltada por Miguel Reale que exemplifica ao dizer que, em algumas nações, tal como na Inglaterra, o Direito Público, todo ele, no que tem de essencial, é de natureza costumeira. O parlamentarismo aí se firmou por força de usos e costumes (“Lições...”, ob. cit., págs. 186-7).

46. Cf. “Tratado...”, ob. cit., pág. 67.

47. Cf. ob. cit., pág. 45.

48. Cf. Loewenstein, “Teoria...”, ob. cit., págs. 171-2, notas 35 e 36; também Carbone, ob. cit., pág. 45.

dos mesmos, firmados através dos costumes, e acrescenta: a dificuldade em legislar sobre *relações políticas* não está só no seu *objetivo*, bastante instável e mutável, conforme as exigências políticas, mas também na ausência ou inexistência de uma sedimentação doutrinária.⁴⁹

49. Ob. cit., págs. 46-8. O Autor da monografia sobre o “Costume Constitucional” particulariza exemplos da Inglaterra para ressaltar a importância do costume constitucional, no tocante à matéria referida.

SEÇÃO III

O COSTUME CONSTITUCIONAL ENQUANTO PROCESSO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: EXEMPLOS RETIRADOS DA EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares. 2. Costumes interpretativos e costumes integrativos ou complementares: exemplos. 3. Costumes constitucionais formados pela ação dos poderes constituídos: exemplos. 4. Observações finais.

1. Considerações preliminares

Os processos de mutação constitucional analisados precedentemente têm, em comum, o fato de que produzem mudança no sentido, significado e alcance da Constituição, *sem alterar-lhe a letra e o espírito*.

Cada qual se reveste de características próprias, adequadas à natureza do órgão ou sujeito que os desenvolvem (assim, o processo de mutação constitucional impulsionado pela interpretação constitucional legislativa, judicial, etc.). Porém, condicionados pela supremacia constitucional, todos os processos de mutação analisados são forçosa e necessariamente limitados.¹

O costume constitucional também assume a função de processo de mutação constitucional, perseguindo o mesmo fim dos demais: produz mudança no sentido, significado e alcance das disposições constitucionais, *sem contudo alterar-lhe a letra e o espírito*.

1. Ressalve-se a interpretação constitucional doutrinária, que por sua natureza não conduz diretamente à mutação constitucional, e assim não há porque falar em limitações ao seu exercício, e, eventualmente, a interpretação constitucional popular que pode conduzir até à mudança formal na Constituição.

2. *Costumes interpretativos e costumes integrativos ou complementares: exemplos*

Os costumes *secundum legem* ou as normas costumeiras interpretativas têm larga aplicação no campo do direito constitucional.

Na função interpretativa o costume constitucional fixa, amplia e restringe o sentido da Constituição. Em regra, atua à base de uma norma constitucional imperfeita, imprecisa, genérica, contendo conceitos que admitem mais de um sentido. O significado da norma será, então, concretizado, determinado, fixado mediante a via do costume.

Desse tipo, costumes existentes no sistema constitucional italiano, tais como a interpretação dos artigos 64 e 89 da Constituição em vigor.

O artigo 64 da Constituição italiana dispõe o seguinte: “Cada Câmara adota seu regulamento pela maioria absoluta de seus membros... As decisões de cada uma das duas Câmaras e do Parlamento não são válidas se não estiver presente a maioria de seus membros e se não forem aprovadas pela maioria dos membros presentes, salvo os casos em que a Constituição prescreve maioria especial”.

Firmou-se na Itália o entendimento de que a *maioria de membros* das Câmaras, necessária para a fixação do *quorum* ou número legal requerido é calculada subtraindo-se do número global os parlamentares legalmente ausentes ou em férias regulares e em missão oficial.

Trata-se, no caso, de interpretação *extensiva e bem consolidada* do texto constitucional, segundo afirma Biscaretti Di Ruffia, calcada em norma regimental, de base costumeira.³

O artigo 89 do mesmo texto constitucional está assim redigido: “Nenhum ato do Presidente da República é válido se não for assinado, também, pelos ministros que o tenham proposto e que por ele assumam responsabilidade. Os atos que têm valor legislativo e outros atos previstos em lei devem ser assinados também pelo Presidente do Conselho de Ministros”.

Como a Constituição não define o significado a ser atribuído à *contra-assinatura* adotou-se a interpretação seguinte: para certos atos eminentemente *presidenciais* a assinatura do ministro simplesmente atesta a sua regularidade; para os demais atos, tipicamente *governamentais* ou relativos à *orientação política* inverte-se o raciocínio e é o

3. Cf. “La constitution, en tant...”, ob. cit., pág. 64.

Chefe de Estado que se limita a exercer o controle de constitucionalidade precitado, isto é, simplesmente verifica a regularidade do ato.⁴

Nos dois exemplos citados, a regra constitucional assumiu — em razão de interpretação formada no seio do Parlamento e que se sedimentou sem contrastes — sentido mais amplo, abrangendo, num caso, conceito não expressamente fixado, e, no outro, permitindo atribuição de sentidos diferentes à mesma palavra.

Importa ainda observar que nos dois casos à letra do texto constitucional atribuiu-se sentido concreto ampliativo, sem violação constitucional.⁵

Karl Wheare menciona uma série de práticas constitucionais, não escritas, que sem se caracterizarem rigorosamente como costume, mudam o sentido e o alcance de regras constitucionais escritas, sem todavia ofendê-las: isto é, atuam *secundum legem*. Seria exaustivo relatá-las todas. Basta, para ilustrar, lembrar apenas um dos exemplos mencionados: o poder do Presidente dos Estados Unidos de prover cargos públicos. No que concerne aos cargos mais elevados, esse poder é exercido pessoalmente pelo Presidente; todavia, em relação a um grande número dos demais cargos, seu poder se transfere, por meio de um costume que se convencionou denominar de *cortesia senatorial*. Há um acordo tácito, pelo qual os senadores do partido do Presidente têm o direito de *aconselhá-lo* sobre a nomeação de cargos federais vagos nos respectivos Estados. A indicação feita pelos senadores é usualmente aceita pelo Presidente.⁶

Burdeau menciona a *prática constitucional* consistente na vedação de reeleição para o cargo de Presidente da República, na França, mantida até 1939 pela Assembléia Nacional, situando-a como simples interpretação costumeira diante de norma constitucional que permite sentidos diversos.⁷ E Jacques Cardart cita a criação da função de *Presi-*

4. Cf. Biscaretti di Ruffia, *idem* nota retro.

5. Cf. Biscaretti di Ruffia, *idem* nota supra. A constitucionalidade dos costumes mencionados é apontada pelo Autor, pois os inclui como exemplos de costumes *secundum constitutionem*.

6. Cf. *ob. cit.*, pág. 135.

7. Cf. "Traité...", *ob. cit.*, pág. 289. O exemplo é também encontrado no sistema americano. V. também Barthelemy & Duez, "Traité...", *ob. cit.*, pág. 35.

dente do Conselho, órgão capital da III República, como de origem costumeira.⁸

A diferença entre o costume interpretativo e o costume complementar ou integrativo parece fácil de ser explicada teoricamente: a interpretação costumeira procura verificar como a Constituição responde a uma questão; há uma norma escrita e por via costumeira ela é interpretada. O costume integrativo ou complementar consiste em resolver uma lacuna constitucional, uma questão que a Constituição não responde, expressa ou implicitamente.

A interpretação tende a aperfeiçoar ou aclarar um texto imperfeito ou obscuro; a integração tende a descobrir uma regra subjacente.⁹

Na prática, a questão não resulta tão simples e a diferença citada nem sempre é perceptível claramente.

Na praxe constitucional americana há exemplo que pode ser arrolado como costume *praeter legem*: a proibição de reeleição para Presidente da República, por mais de dois mandatos consecutivos. Entendida como emanação lógica do regime representativo republicano, baseado na temporariedade de mandatos, tal praxe perdurou nos Estados Unidos, sem base constitucional, por cerca de cento e cinquenta anos.¹⁰

8. Cf. "Institutions...", ob. cit., v. 1, pág. 33. Lembra ainda esse Autor a origem costumeira do poder regulamentar do Governo na Constituição francesa de 1875, formado à base de regra constante da Constituição de 1848 (que atribuía ao Governo a execução das leis) e não repetida na Constituição de 1875.

9. Cf. Aubert, Jean-François, "Traité...", ob. cit., v. 1, págs. 126-7. Quando a regra é imperfeita, logicamente imperfeita, ela é incompleta. O vazio, nesse caso, pode ser preenchido pelo costume, isto é, por uma regra formada sem base constitucional expressa e, não obstante, observada como obrigatória ou poderá ser preenchido por via de interpretação costumeira? Como se observa, na prática, a complexidade do problema ressalta.

10. Cf. Wheare, ob. cit., págs. 131 e segs.; também Pinto Ferreira, "Princípios...", ob. cit., pág. 160; segundo Loewenstein, ob. cit., págs. 168 e segs., o caso é de lacuna constitucional oculta, pois que no momento de se criar a Constituição não existiu ou não se pode prever a necessidade de regular normativamente a situação determinada. A diferença entre a interpretação costumeira e a integrativa, como se viu, não é tão simples como o enunciado dos conceitos parece indicar. Jean-François Aubert complementa a distinção dizendo que a lacuna existe quando a omissão não é voluntária; a regra é imperfeita e o silêncio pode ser logicamente deduzido do sistema, como não querido ou não consentido. Em que pesem os elementos oferecidos à diferenciação, a controvérsia permanece. No caso concreto, por exemplo, poder-se-á caracterizar a hipótese como interpretação costumeira, ou seja, formou-se um costume interpretativo do sistema de governo, costume que teve força obrigatória por século e meio. Só diante da ameaça, concretizada, de sua violação procurou-se normá-lo positivamente.

Na Suíça, segundo a doutrina predominante, há raros exemplos de normas constitucionais costumeiras. Dentre os exemplos de costumes formados para preencher lacunas constitucionais são freqüentemente citados: o *direito de necessidade* e a delegação legislativa.¹¹

A delegação legislativa, em tempos de crise, arrastou uma controvérsia doutrinária considerável. Sua constitucionalidade, diante da Constituição de 1874, foi contestada com fundamento no princípio da separação de poderes; porém não foi infirmada pelo Tribunal Federal.

Segundo Aubert, a constitucionalidade da delegação legislativa se justifica mediante uma regra constitucional costumeira, segundo a qual é normal e razoável deixar ao Governo a faculdade de adaptar a legislação às circunstâncias excepcionais; tal delegação foi praticada durante anos, mesmo durante a vigência da primeira Constituição (1848-1874).

Como se vê, a delegação legislativa desenvolvida na prática não tinha fundamento escrito na Constituição Federal Suíça; foi construída por interpretação legislativa, com base em costume constitucional e com essa fundamentação foi mantida pelo Tribunal Federal.¹²

A atribuição, pela Assembléia Nacional — órgão legislativo — de plenos poderes ao Conselho Federal — órgão executivo na Suíça — exemplifica, segundo Aubert, a atuação de um costume para preencher lacuna constitucional. A Assembléia Federal, em 1939, concedeu ao Conselho Federal “poder e mandato para tomar medidas necessárias para manter a segurança, a independência e a neutralidade da Suíça, para salvaguardar o crédito e os interesses econômicos do país e para assegurar a alimentação pública”. Num lapso de seis anos, a Administração editou *mil e oitocentos e cinquenta ordonnances contra cem leis e decretos gerais*.

O legislador, lembra Aubert, sem fundamento constitucional escrito, pois a Constituição suíça é omissa a esse respeito, atribuiu

Como se poderia afirmar, no caso, que a omissão não foi voluntária? Por que não se pressupor que os constituintes não viam razão para impedir reeleições sucessivas? Como negar que a regra para impedi-las surgiu espontaneamente, por razões de conveniência política, ainda que respaldada na compreensão lógica do sistema de governo republicano? A argumentação desenvolvida serve, principalmente, para indicar como a distinção entre as categorias do costume não é isenta de dúvidas e não tem rigor técnico decisivo.

11. Cf. Aubert, ob. cit., págs. 129, 549-50, 555-6. Ver também n. 13.

12. Cf. Aubert, ob. cit., pág. 549.

poderes que não tem e fê-lo para preencher uma lacuna constitucional. A razão determinante desse proceder foi o *estado de necessidade*.¹³

3. *Costumes constitucionais formados pela ação dos poderes constituídos: exemplos*

Os costumes constitucionais, em regra, são formados sobretudo por dois órgãos constitucionais: o Poder Legislativo e o Executivo. Excepcionalmente, o Poder Judiciário participa na formação de regras costumeiras.¹⁴

O exercício de *poderes de crise* pelo Poder Executivo, sem previsão constitucional e sem autorização parlamentar, mencionado por Loewenstein, para cobrir lacunas constitucionais,¹⁵ é exemplo dos mais freqüentes de formação de regras costumeiras pelo Poder Executivo.

Exemplo característico de mutação constitucional provocada por práticas constitucionais à base de ação do Executivo é a chamada *erosão do federalismo*, mediante a concessão de subvenções federais aos Estados. Embora, por vezes dependente de autorização legislativa, a concessão, a distribuição e o controle dessa modalidade de subvenção são atos desenvolvidos no campo de ação do Poder Executivo, que utiliza determinadas práticas, as quais, consentidas ou pelo menos não

13. A atribuição de *plenos poderes* ao Conselho Federal também provocou controvérsia em torno de sua constitucionalidade. Considera o Autor que, na verdade, tal atribuição *derrogou a Constituição*, sendo, de resto, inconstitucional, porém admissível em época de guerra, por configurar o estado de necessidade: norma costumeira subjacente que se justifica pela máxima *Salus populi suprema lex est* (cf. ob. cit., págs. 555-7).

14. Há autores que excluem tal possibilidade porquanto entendem que o Poder Judiciário, quando interpreta a Constituição e firma jurisprudência, o faz no exercício de sua função constitucional própria (Veja-se nota a propósito dos órgãos formadores de costume constitucional). Todavia, ainda que indiretamente, o Judiciário participa na formação do costume constitucional quando, tendo possibilidade de apreciá-lo juridicamente, declara-o conforme ou contrário à Constituição; por outro lado, há exemplos de costumes criados no seio do Poder Judiciário, de natureza constitucional e que imprimem sentido às regras constitucionais. Neste sentido cf. Ráo, Vicente, ob. cit., pág. 301.

15. Cf. "Teoria...", ob. cit., págs. 286 e segs. A base costumeira do procedimento executivo, nesses casos, é ressaltada pelo Autor.

obstaculadas, acabam por sedimentarem-se como verdadeiras regras costumeiras.¹⁶

No Brasil, o não cumprimento de uma lei federal ou estadual, tida como inconstitucional, é tendência que se vem firmando e que configura prática constitucional, atuada pelo Poder Executivo¹⁷ e não infirmada pelo Judiciário. É prática obrigatória e vinculante, *interna corporis*, quando determinada pelas autoridades mais altas; e, de certo modo, é também vinculante *externa corporis*, vez que raramente o descumprimento de uma lei enseja o recurso ao Judiciário por via de exceção.¹⁸

16. Cf. Loewenstein, "Teoria...", ob. cit., pág. 168. Trata-se de exemplo colhido na dinâmica constitucional norte-americana: Cláudio Pacheco, com vistas ao federalismo brasileiro (cf. "Tratado...", ob. cit., v. 1, pág. 373) cita o mesmo exemplo. Na Suíça exemplo do que Aubert chama de *mudanças invisíveis* da Constituição é o crescimento da concessão de subvenção aos Cantões. A regra constitucional originária "nenhuma subvenção será concedida sem base constitucional" nunca foi observada. Durante cinquenta anos foi dado apoio à agricultura sem fundamento jurídico. Hoje em dia, os Fundos Nacionais de Pesquisa crescem sem qualquer base jurídica, também. Tal prática *praeter legem* ou *contra legem* vem enfraquecendo o federalismo e obviamente provocando a chamada *mudança invisível* da Constituição, segundo o Autor (cf. ob. cit., v. 1, nº 62-3).

17. Cf. Pontes de Miranda, "Comentários à Constituição de 1946", ob. cit., v. 1, pág. 81.

18. Não é sempre que a *inércia* do Executivo na regulamentação de uma lei ou na execução de providências de ordem geral caracteriza omissão protegida por remédio jurisdicional apropriado. Pode, é certo, motivar, por via indireta, quando o descumprimento caracteriza *crime de responsabilidade*, o controle político; por outro lado, se o descumprimento é caracterizado em ato normativo formal pode provocar a representação de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, acolhida no sistema constitucional pátrio. Este, todavia, fica na dependência de proposição pelo Procurador-Geral da República, ou seja, de órgão público, por força de preceito expresso. O caso do descumprimento de leis inconstitucionais pelo Executivo, no Brasil, foi mencionado em páginas anteriores. Ver pág. 151, n. 16, pág. 154, n. 25, e pág. 125, n. 56). Não cabe esmiuçá-lo novamente. Fica apenas o registro como prática atuada pelo Executivo sem base constitucional expressa. Ao contrário, muitos a entendem *inconstitucional* diante do preceito do artigo 82 da Constituição Federal que relaciona, entre os crimes de responsabilidade do Presidente da República, o descumprimento de *leis*, ao lado do descumprimento das *decisões judiciais*. Observe-se que a referência constitucional ao descumprimento de atos normativos legais somente surgiu com a Constituição de 1967, o que permite inferir que na vigência das Constituições anteriores se generalizou tal prática, a ponto de motivar a inserção de obstáculo a ela em texto constitucional expresso. Ai, pois, um exemplo, a mostrar como o costume provoca, também, emendas formais à Constituição. Resta, para finalizar a nota, observar que

Os órgãos de representação popular, quer no regime parlamentar, quer no presidencialista, constituem, demonstra a experiência constitucional, inegavelmente, o campo mais propício para a formação de costumes constitucionais e o desenvolvimento de práticas constitucionais.

A causa principal desse fato, já mencionada, é a dificuldade de reduzir a fórmulas rígidas o delicado jogo do funcionamento desses órgãos de poder e de suas relações com o Poder Executivo, em especial no que se refere ao regime parlamentar de governo.

Não é de se estranhar, pois, que a doutrina encontre, nesse campo, fértil manancial de exemplos de normas costumeiras formadas ao longo dos tempos, notavelmente ilustrativas das várias categorias do costume constitucional analisado.¹⁹

Resuma-se a menção a apenas dois aspectos: de um lado, a disciplina interna da composição e do funcionamento dos órgãos legislativos e, de outro, a regulamentação do procedimento da elaboração legislativa.

O desenvolvimento do processo político nos governos de tipo parlamentar oferece, segundo salienta Loewenstein, um dos mais perfeitos exemplos de lacunas constitucionais ocultas, preenchidas por costumes sedimentados ao longo dos tempos. Não há, em regra, na maior parte dos Estados que adotam o regime parlamentar, texto expresso na Constituição disciplinando esse processo político, aliás pouco suscetível a uma formulação escrita adequada. Assim, dificilmente existe norma fixando as circunstâncias diante das quais cabe propor um voto de desconfiança ou a dissolução do parlamento. Os motivos e as causas que movimentam esse processo dificilmente são pré-determinados, ainda que seja possível fixar limites formais à sua execução.

A despeito de tentativas no sentido de racionalização do poder, o fato é que pouca coisa desse processo resta formalizado juridicamente e o que está positivado não cobre, de modo completo, a matéria tratada, de tal sorte que as lacunas constitucionais permanecem.²⁰

a conceituação do que seja *cumprimento das leis* não é isenta de dúvidas. Por exemplo, a ausência de regulamentação pode ser incluída na tipificação? A celeuma doutrinária travada em torno dessa questão já foi brevemente desenvolvida.

19. Cf., a propósito, os vários autores mencionados, dentre os quais, especialmente: Biscaretti di Ruffia, Karl Loewenstein, Karl Wheare, Georges Burdeau, Carlos Maximiliano (Comentários à Constituição de 1891).

20. Cf. Loewenstein, ob. cit., pág. 171. O Autor menciona a disciplina do processo parlamentar consagrada na Constituição francesa de 1946 que formalizou regras

Assim, os usos e costumes parlamentares, tais como a obstrução, o *apoio* a um projeto,²¹ o arquivamento de projetos, o *veto interna corporis*, etc., são formados no seio do Poder Legislativo e têm importância fundamental na dinâmica constitucional.²²

Por outro lado, a composição de um Gabinete, em muitos países, é regulada ou sofre diretamente a influência de usos e costumes seculares. Na lacuna da Constituição os órgãos parlamentares criam normas costumeiras para disciplinar seu próprio funcionamento.²³

Comparando regras constitucionais idênticas em Constituição de países diferentes, Karl Wheare²⁴ mostra como, na prática, adquirem elas força e significado distinto, graças aos costumes e usos. Assim, exemplifica, a situação e a função do presidente da Câmara de Representantes norte-americana e do Canadá são previstas, de modo quase idêntico, nos respectivos textos constitucionais. Na prática, todavia, o presidente da Câmara norte-americana converteu-se no principal dirigente do partido majoritário, enquanto no Canadá ocorre exatamente o contrário, tendo o Presidente da Câmara reduzida influência partidária. Ademais, no Canadá, acordou-se uma convenção tácita (costume) segundo a qual deve haver alternância, nas legislaturas sucessivas, entre membros representantes de língua francesa e de língua inglesa, existindo, também, disposição interna no Regimento da Câmara no sentido de que se o Presidente é de língua francesa, o Vice-Presidente é de inglesa e vice-versa.

São, assim, os usos e costumes que, preenchendo lacunas constitucionais, dão a verdadeira feição do órgão máximo de representação popular.

Exemplo de prática, sem base constitucional expressa, desenvolvida pelo Poder Legislativo no Brasil é mencionado por Pontes de Miranda, nos seus "Comentários à Constituição de 1946"; trata-se da manifestação pela inconstitucionalidade de um projeto de lei, por uma

tais como: a necessidade de o primeiro ministro ser detentor de maioria parlamentar absoluta para ser designado pelo Presidente da República; a necessidade de maioria qualificada para a queda do governo, etc. (artigo 49, § 2º, artigo 50, § 3º). Esta exigência foi eliminada por emenda formal em 1954.

21. Prática bastante desenvolvida nos órgãos legislativos brasileiros. O parlamentar *apóia* a iniciativa legislativa somente para o fim de completar número legal de assinaturas que viabiliza o projeto; tal *apoio* não significa qualquer compromisso relativamente à aprovação do projeto.

22. Cf. Maximiliano, Carlos, "Comentários...", ob. cit., págs. 115-16 e 438 e segs.

23. Cf. Wheare, ob. cit., págs. 135 e segs.

24. Cf. ob. cit., págs. 137-8.

ou por todas as comissões permanentes das Câmaras Legislativas ou pelo plenário; fundado nesse argumento, o Legislativo *não constitui a lei*.²⁵ Para essa prática inexistente sanção de qualquer natureza.

Mencione-se, a esse propósito, fato que ocorreu no Congresso Nacional, quando se questionou *interna corporis* a constitucionalidade da aplicação da regra da aprovação, por decurso de prazo, previsto no artigo 51, §§ 3º e 4º, da Constituição em vigor, a projetos de leis complementares. Suscitada a controvérsia no Congresso Nacional a propósito da Mensagem n. 17/67 do Presidente da República, encaminhando o Projeto de Lei Complementar n. 732/67, nos termos do preceito do artigo 51, entendeu-se, no Congresso, ser incabível “a aplicação do regime de aprovação de projeto por decurso de prazo à lei complementar”, que, por sua natureza exige aprovação da maioria absoluta de ambas as Casas do Congresso. Por força desse entendimento, o projeto seria naturalmente arquivado.²⁶

A propósito de costumes formados no seio do Judiciário, mencione-se que, nos Estados Unidos, foi por força de regra construída pela prática constitucional que se fixou *quorum* de maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade de leis.²⁷

No Brasil certas práticas resultantes de leis e acolhidas pelo Judiciário mudam o sentido do texto constitucional sem provocar, como seria de se esperar, maiores debates ou controvérsias.

Dentre os inúmeros exemplos que poderiam ser mencionados particulariza-se a questão da indenização *prévia e justa* no caso da desapropriação.²⁸

25. Cf. ob. cit., v. 1, pág. 81; também “Comentários à Constituição de 1967, com Emenda n. 1, de 1969”, ob. cit., v. 1, pág. 101; cf. Afonso da Silva, José, “Princípios...”, ob. cit., pág. 137. A prática é consubstanciada em normas escritas dos Regimentos Internos das Casas Legislativas.

26. O exemplo e o relato são retirados da obra de José Afonso da Silva, “Aplicabilidade...”, ob. cit., págs. 241-2. O projeto só não foi arquivado porque, informa o constitucionalista citado, a questão encontrou solução por via de arranjo.

27. Cf. Maximiliano, Carlos, “Comentários...”, ob. cit., pág. 117, nota.

28. A Constituição brasileira em vigor, que neste particular não alterou as anteriores, dispõe no § 22 do artigo 153 que “é assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de *desapropriação* por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante *prévia e justa indenização em dinheiro*...”. Ora, como é correntemente reconhecido, na prática, a desapropriação atinge seus fins, isto é, o expropriante entra efetivamente na posse do bem expropriado, sem que se possa admitir tenha havido indenização *prévia e justa*. Afasta-se o caso da desapropriação amigável. A indenização *prévia* não é *justa*. Na verdade, a indenização *prévia* consiste no pagamento de *parte* do preço

4. Observações finais

Exemplos de mutações constitucionais provocadas pela via dos costumes ou das práticas constitucionais são encontrados nos diferentes sistemas constitucionais, independentemente da forma de governo, do tipo de Constituição existente, etc., como se viu. Nuns, de forma mais acentuada, noutros, de modo menos perceptível ou com menos frequência.

A doutrina aponta a influência de normas costumeiras nos sistemas constitucionais dos Estados Unidos, Suíça, França, Itália, Inglaterra, Bélgica, Irlanda, Alemanha, etc.²⁹

Essa influência reflete-se notadamente em determinadas matérias, tais como: composição dos ministérios, nomeação de ministros, aceitação de sua demissão, relação entre os poderes públicos, colóquio secreto do Chefe de Estado e os Ministros, funcionamento e competência do Conselho de Ministros, papel do Primeiro Ministro, papel da representação nacional, dissolução das Câmaras, responsabilidade ministerial diante do Parlamento, votos de censura, poderes de crise, poderes discricionários, etc.

Não raro, em razão da força e da importância que lograram obter na prática dos regimes políticos as regras costumeiras provocam mudanças formais na Constituição, particularmente quando deixam de ser respeitadas.

Nos Estados Unidos, a Emenda XXII à Constituição teve origem em razão da inobservância de costume preservado durante 150 anos;³⁰

oferecido pelo expropriante, conforme seus próprios critérios. A *justeza* ou *justiça* da indenização somente será aferida ao final do processo expropriatório que, em regra, demora tempo razoavelmente longo. Assim, o texto constitucional é entendido, pelo Legislativo e pelo Judiciário, como se estivesse redigido mais ou menos nos seguintes termos: "A indenização será devida e paga em dinheiro. O pagamento será efetuado em duas parcelas; a primeira, compreendendo parte do preço oferecido ou fixado pelo expropriante, mediante levantamento do depósito feito; a segunda, ao final do processo expropriatório, que compreenderá o preço justo fixado em decisão judicial". A propósito vejam-se as conclusões de ciclo de debates sobre o anteprojeto de lei de desapropriação promovido pela O.A.B., Seção São Paulo, publicadas no *O Estado de S. Paulo*, de 23 de maio de 1982, pág. 60, onde se sugere parcial solução para o problema com a alteração do artigo que dispõe sobre imissão provisória, condicionando-a à avaliação sumária a ser procedida por perito judicial.

29. Cf., dentre outras, as obras citadas de Biscaretti di Ruffia, Barthelemy & Duez, Karl Loewenstein, Karl Wheare, Jean-François Aubert, etc.

30. Cf. Loewenstein, ob. cit., pág. 171.

na Suíça, a emenda consubstanciada no artigo 89 *bis* III da Constituição Federal visou a, preenchendo lacuna constitucional, afastar norma costumeira.³¹

Em resumo, o costume constitucional, formado no cenário político e social onde as tendências de mudanças estruturais e conjunturais são refletidas de modo vigoroso e motriz, apresenta-se, inegavelmente, como poderoso processo de mutação constitucional.

Permeável, por definição, à realidade e às transformações sociais, o costume constitucional permite silenciosa e constante adaptação da Constituição ao tempo e às circunstâncias presentes.

31. Cf. Aubert, *ob. cit.*, pág. 557.

TÍTULO III

MUTAÇÕES INCONSTITUCIONAIS

Não se pode completar o exame das mudanças não formais da Constituição sem reservar um breve espaço para a análise de certos processos de mudança que não se enquadram na conceituação adotada no Título I.

São as modalidades de mudança da Constituição reunidas sob a denominação comum de mutação inconstitucional.

É possível distinguir dois tipos de processos dessa ordem. De um lado, os que mudam a Constituição contra a sua letra ou o seu espírito. Esses são aqui denominados de processos manifestamente inconstitucionais; de outro, os processos rotulados, à falta de melhor titulação, de processos anômalos.

O grupo de processos anômalos reúne modalidades de mudança constitucional que nem sempre podem, rigorosamente, ser taxadas de inconstitucionais, porquanto sobre não provocarem alteração na letra constitucional, não é fácil determinar se violam — e até que ponto o fazem — o espírito da Constituição. Finalmente, nem sempre é possível caracterizá-los como verdadeiros processos de mudança da Constituição. Constituem antes práticas que paralisam ou impedem plena aplicação das normas constitucionais.

Nesse grupo serão examinados os fenômenos da inércia dos poderes constitucionais no atuarem a Constituição, do desuso de preceitos ou disposições constitucionais e da mutação tácita de normas constitucionais.

A segunda modalidade é a reunida sob a denominação de processos manifestamente inconstitucionais. Mudança inconstitucional da Constituição rígida não resiste à supremacia das normas constitucionais e cede diante de um contraste constitucional, movido por poder competente e eficaz.

Mas, na prática, as mutações inconstitucionais proliferam ou porquanto o controle de constitucionalidade é ineficaz, ou porque esse controle não logra atingir o universo de atos e práticas desenvol-

vidas no âmbito dos poderes constituídos, ou porque pela própria natureza do processo ele se subtrai, sem possibilidade de sanção, a qualquer controle de constitucionalidade exercido por órgão ou poder constituído. O único tipo de controle que poderá incidir sobre tais mutações é o controle constitucional não organizado, isto é, o acionado por grupos de pressão, pela opinião pública, pelos partidos políticos, etc.

E porque essas modalidades de mudanças constitucionais se revelam na prática constitucional devem ser mencionadas e analisadas.

Justifica-se tratamento dessa matéria, ainda que sumário, não só como forma de, colocando à reflexão problemas de tal magnitude, descobrirem-se ou abrirem-se caminhos para solução de tais anomalias, mas especialmente porque, em regra, resultam do mau uso ou abuso das modalidades de mutação constitucional.

Nesse grupo abre-se espaço para um grande número de violações constitucionais, a saber, as leis inconstitucionais, os golpes de Estado, etc.

CAPÍTULO I

PROCESSOS ANÔMALOS DE MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO

Este Capítulo, destinado ao exame dos processos de mudança constitucional rotulados simplesmente de processos anômalos, estudará, numa primeira seção, o fenômeno da inércia; o desuso será objeto de análise da segunda seção. Finalmente, na terceira, será examinada a chamada mudança tácita da Constituição.

Não se pretende, com o exame das modalidades apresentadas, esgotar todas as espécies que, verificadas na prática constitucional, possam se enquadrar entre os processos anômalos. É esse exame, portanto, meramente exemplificativo. Tais modalidades foram escolhidas pela frequência com que aparecem na realidade constitucional.

SEÇÃO I

A INÉRCIA NO PLANO CONSTITUCIONAL

SUMÁRIO: 1. Noção e características. 2. A inércia constitucional dos poderes constituídos: exemplos. 3. Fatores que propiciam a ocorrência da inércia no plano constitucional. 4. As sanções previstas na experiência constitucional para impedir a inércia no plano constitucional. 5. A inércia enquanto processo de mudança da Constituição.

1. Noção e características

Loewenstein, com a clareza e acuidade habituais, debruça-se sobre o tema da “desvalorização da Constituição escrita na democracia constitucional” procurando demonstrar como a Constituição escrita perdeu seu prestígio, teve seu “brilho empalidecido” visivelmente. Ressalta o mestre constitucionalista que mesmo nos Estados com tradição normativa a Constituição não é tão “escrupulosamente observada” pelos detentores do poder como era antes, e acentua que o fato é visto com “alarmante indiferença pela massa dos destinatários do poder”.¹

A Constituição, obra de um Poder mais alto, solenemente promulgada, destina-se a ser efetivamente observada, cumprida e aplicada. Não basta observa José Afonso da Silva, “ter uma Constituição promulgada e formalmente vigente, impende atuá-la, completando-lhe a eficácia para que seja totalmente cumprida”.²

1. Cf. “Teoria...”, ob. cit., pág. 222.

2. Cf. “Aplicabilidade...”, ob. cit., pág. 212.

E, com efeito, se se aceita a Constituição como obra de compromisso posta pelos constituintes no exercício do Poder Constituinte Originário, que lhes é conferido pelo povo, é de se esperar que a Constituição escrita seja aplicada plenamente, em especial pelos detentores dos poderes constituídos: Legislativo, Executivo e Judiciário que, em regra, são titulados, pelo Constituinte, guardiães da Constituição.

Não obstante, a realidade constitucional revela contínua inobservância, pelos poderes constituídos, das regras e disposições constitucionais.

Restringe-se, esta seção, ao exame de uma dessas formas de inobservância da Constituição pelos detentores dos poderes constituídos: a inércia.³

Configura-se a *inércia* constitucional quando há inatividade consciente na aplicação da Constituição, ou seja, quando uma disposição constitucional deixa de ser plenamente aplicada por falta de atuação do poder competente para esse fim, por um tempo mais ou menos longo.⁴

Caracteriza-se por ser temporária e provisória, isto é, não revestida de ânimo definitivo de não aplicar o texto constitucional.

Cabe, desde logo, uma indagação. Quando se configura realmente a *inércia*? Ou, em outras palavras, é possível estabelecer um critério seguro, de tempo, para caracterizá-la? Como fixar, em termos de tempo, o período após o qual a inobservância de um dever constitucional, a ausência da prática de um ato, a omissão dos poderes constituídos se caracterizam como *inércia*?

Habitualmente, a Constituição não fixa prazos para a prática de todos os atos que a tornam efetiva e realmente aplicada.⁵

3. Cf. Loewenstein, Karl, ob. cit., pág. 223; cf. também Biscaretti di Ruffia, Paolo, "La constitution, en tant...", ob. cit., pág. 61. O Autor menciona o *fenômeno de inércia* que configura como a "inatividade persistente do legislador ordinário que, não elaborando as normas de execução, logra, em substância, impedir a realização efetiva de numerosas disposições da Constituição".

4. Teixeira, J. H. Meirelles, ob. cit., págs. 80-2, demonstra, com clareza, que a *inércia* legislativa não pode configurar *costume* ou *desuso* constitucional. Trata-se, pura e simplesmente, de "omissão que não revoga o dever e o direito do Congresso à elaboração de tais leis, a qualquer tempo; constitui, apenas, uma lamentável *inércia* do Congresso e a ausência de patriotismo, sendo de responsabilidade e lealdade para com os seus eleitores, por parte da maioria e, porque não dizê-lo, atesta ainda o poderio da pressão de certas forças econômicas e políticas, sobre a ação do Legislativo, entre nós como em outros países".

5. Cf. Bridel, Marcel, "Precis...", ob. cit., pág. 171, nota 3.

Em alguns casos as disposições constitucionais estabelecem prazos para cumprimento ou prática de determinados atos. Nesses casos, como a inobservância da norma é, em regra, seguida de sanções, a inércia dificilmente se verificará e, se ocorrer, será sanada pela forma constitucional prevista.⁶

Pode ocorrer, todavia, que mesmo onde haja prazos fixados, o poder constituído não atue.

Veja-se, por exemplo, a hipótese em que a norma constitucional fixa prazo para o legislador editar a lei.

Não é possível constringer o legislador a fazê-lo, lembra José Afonso da Silva já citado:⁷ “Se o comando impositivo não for cumprido, a omissão do legislador poderá constituir um comportamento inconstitucional, mas este é insindicável e incontrollável jurídica e jurisdicionalmente”, acrescentando “primeiro, porque, como adverte Levi, ninguém é legitimado para o exercício de uma pretensão jurídica objetivando o adimplemento de tal prestação por parte dos órgãos legislativos, isto é, ninguém tem o direito subjetivo à aprovação de qualquer lei, ainda que determinada no texto da Constituição; segundo, e conseqüentemente, porque a omissão se revela uma *questão política*, que escapa à apreciação jurídica”.⁸

6. Veja-se, para exemplificar: a Constituição Brasileira em vigor fixa prazo para o exercício do veto; não ocorrendo o veto no prazo fixado, tem-se por tacitamente sancionada a lei. O artigo 188 da Constituição Brasileira de 1967 determinou que os Estados reformassem suas Constituições dentro de *sessenta dias*, para adaptá-las à Constituição Federal, sob pena de as disposições desta, após o prazo, serem tidas como *automaticamente incorporadas à norma estadual*. A inércia dos Estados, nesses casos, poderia ensejar problemas práticos, mas a aplicação da norma federal não poderia ser infirmada, após o decurso do prazo. A Constituição Brasileira de 1934, artigo 30 das Disposições Transitórias, fixou prazo de quatro meses para os constituintes estaduais elaborarem as respectivas Constituições, findo o qual o “Estado seria submetido, por deliberação do Senado Federal, à Constituição de um dos outros Estados”. Em todos esses exemplos, a inatividade do legislador seja solucionada pela forma constitucional prevista.

7. Ver pág. 72 retro.

8. Cf. “Aplicabilidade...”, ob. cit., pág. 118. O raciocínio vale para o ordenamento positivo brasileiro. Nada obstacularia que o constituinte sujeitasse a prazo a legislação complementar e sancionasse a inobservância do prazo com sanções políticas ou de outra natureza. Assim, por exemplo, poder-se-ia tipificar a hipótese como *crime de responsabilidade*, se a iniciativa cabe ao Executivo e este não a exerce; da mesma forma, poder-se-ia imaginar um meio de tornar efetiva a exigência do cumprimento de prazo pelo legislativo. José Afonso da Silva mostra como mecanismos existentes no sistema italiano procuram outros meios para constringer o legislador: iniciativa popular, iniciativa dos Conselhos regionais, etc. O tema será retomado mais à frente quando se cogitar de possíveis sanções ou soluções para o problema. O Autor menciona, ainda,

Nessa hipótese, a indagação dantes formulada permanece: a partir de *quando* se caracteriza a *inércia* do poder constituído?

Não há critério seguro para se responder à questão.

Alguma luz pode ser trazida para encaminhar o exame da controvérsia pela tipologia das normas constitucionais.

Há normas constitucionais que, por sua categoria, demandam complementação legislativa, ou a prática de atos de natureza administrativa, *imediatos* ou *instantâneos*.

Assim, por exemplo, as normas de princípio institutivo, que criam órgãos ou que prevêm a criação ou funcionamento de órgãos e instituições fundamentais para a plena aplicação da Constituição.

É o caso, por exemplo, da regra da Constituição Italiana, contida no artigo 137, que determina que uma lei ordinária estabelecerá as demais regras necessárias para a constituição e o funcionamento da Corte Constitucional; é o caso, também, de inúmeras regras semelhantes previstas na Constituição Brasileira, dentre as quais se mencionam as do artigo 14, que condiciona a criação de municípios aos requisitos a serem estabelecidos em Lei Complementar, e as do artigo 112, que impõe ao legislador ordinário estabelecer, em Lei Complementar a "Lei Orgânica da Magistratura Nacional".⁹

A inércia legislativa, nesses casos, configura-se rapidamente, pois que a inexistência da norma complementar, desde o primeiro momento, torna inaplicável a Constituição, paralisando-a, por vezes, em ponto de importância fundamental para o regular funcionamento do sistema constitucional.¹⁰

que Crisafulli reconhece a dificuldade do problema por falta de *sanção específica*, mas que isto, todavia, não exclui a inconstitucionalidade em que incorre o legislativo quando não dá provimento à determinação constitucional de expedir legislação sobre matéria específica, ainda que, no sistema italiano, como se disse, outros meios existam para constringer o legislador a aplicar a norma constitucional. A complexidade do problema é também ressaltada por Paolo Biscaretti di Ruffia (*La costitución, en tant...*, ob. cit., págs. 40-1). Veja-se a solução encontrada pela Constituição portuguesa, cujo art. 279 previa expressamente o que chama de *omissão constitucional*: "Art. 279 — Quando a Constituição não estiver a ser cumprida por omissão de medidas legislativas necessárias para tornar executáveis as normas constitucionais o Conselho de Revolução poderá recomendar aos órgãos legislativos que as *emitam em tempo razoável*".

9. Ver outros exemplos em Afonso da Silva, José, "Aplicabilidade...", ob. cit., págs. 112-13.

10. Veja-se, por exemplo, o caso da Lei Complementar fixando requisitos para a criação de municípios. Após a promulgação da Constituição de 24 de janeiro de 1967, que entrou em vigor em 15 de março de 1967, a criação de municípios seria inviável, até que Lei Complementar fixasse os requisitos mínimos referidos no texto e já por ele

Em se tratando de normas programáticas dirigidas, por exemplo, à ordem econômica e social em geral, e que nem sempre têm ou podem ter uma integração legislativa imediata, a caracterização de inércia legislativa, no tempo, não é de fácil solução. É claro que é necessário um lapso, por exemplo, o decurso de uma legislatura, para que tal possa ser verificado.

Impõe-se, portanto, a adoção de mecanismos e providências para solucionar, do modo mais eficaz possível, o problema.

2. *A inércia constitucional dos poderes constituídos: exemplos*

As Constituições prevêem diferentes meios de integração e aplicação de suas normas; isto significa que a Constituição atribui a distintos poderes o dever de aplicar e atuar a norma constitucional.

Exemplifique-se: a Constituição Brasileira em vigor confere competência para complementar a eficácia das normas constitucionais ao Poder Legislativo, mediante a edição de leis complementares; ao Poder Executivo, mediante edição de decreto federal.¹¹

Assim, configura-se a inércia se qualquer dos órgãos incumbidos ou designados pela Constituição para a prática de atos de qualquer natureza — legislativos, administrativos, jurisdicionais — deixa de praticá-los.¹²

É evidente que o número, o tipo e a natureza dos órgãos mencionados varia em cada ordenamento jurídico-constitucional.

esboçados, uma vez que o artigo 14 mencionado reza: “Lei Complementar estabelecerá os requisitos mínimos de população e renda pública e a forma de consulta prévia às populações locais, para a criação de novos Municípios” (Texto de 1967). A legislação anterior, que disciplinava a matéria e que não tinha fundamento constitucional expresso, não mais poderia ser aplicada. Observe-se que a primeira referência a exigências para criação de municípios, posta por legislação estranha ao âmbito dos Estados-membros, surgiu com o Ato Institucional n. 2/65 (artigo 22), foi mantida e definida, de modo mais incisivo, na Constituição de 1967, retro mencionada (artigos 14 e 15) e permanece na Constituição em vigor (artigo 14). Ressalte-se, ainda, que a Lei Complementar mencionada no artigo 14 da Constituição de 1967 somente foi promulgada em 9 de novembro de 1967 (Lei Complementar n. 1/67). Durante um lapso de cerca de dez meses não puderam os Estados sequer disciplinar o assunto no âmbito de sua atuação.

11. Cf. Afonso da Silva, José, “Aplicabilidade...”, ob. cit., págs. 212-13.

12. Importa lembrar que, nos Estados Federais, a tarefa de integração, complementação e atuação da Constituição Federal pode ser atribuída a órgãos ou poderes estaduais, particularmente ao Constituinte Estadual. Por outro lado, a *inobservância* constitucional deve ser considerada também no âmbito interno do Estado, frente à Cons-

Numa tentativa de generalizar a ilustração, este item examinará os órgãos ou poderes aos quais, mas freqüente e uniformemente, cabe pôr em ação as disposições constitucionais: o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário.

As Constituições, em regra, demandam uma intensa e profunda atividade do Poder Legislativo para sua aplicação efetiva,¹³ não somente através da função legislativa propriamente dita, mas, também, mediante a prática de atos não legislativos pelo órgão de representação popular.

Destarte, a inércia do Poder Legislativo tanto ocorre quando esse poder deixa de legislar, isto é, não edita a lei necessária para complementar a eficácia das disposições constitucionais e para permitir sua plena aplicação, como quando se omite na prática de atos de controle, fiscalização, ou de qualquer natureza que deve, por força de disposição expressa, praticar.¹⁴

Omite-se o Poder Legislativo, por exemplo, quando, cabendo-lhe aprovar ou negar aprovação para preenchimento de certos cargos previstos na Constituição, não o faz, utilizando-se de manobras políticas que logram evitar o exame ou a discussão da matéria.

A Constituição Federal brasileira exige a aprovação do Senado Federal nos casos de nomeação de membros do Supremo Tribunal Federal, de Ministros do Tribunal de Contas, do Governador do Distrito Federal e outros, mas não fixa prazo para o exercício desta atividade (artigo 42, III). Por igual, a Constituição Paulista condicionava a nomeação do Prefeito da Capital à aprovação da Assembléia Legislativa, sem fixar prazo; assim, também, disciplinava no tocante à aprovação da nomeação dos dirigentes de autarquias estaduais. A prática revela exemplos de inércia ou omissão relativamente ao cumprimento desses dispositivos.

tuição Estadual que, guardadas as devidas proporções, apresenta as mesmas características. Cf. Marcel Bridel, "Precis...", ob. cit., págs. 172 e segs.

13. Veja-se, a propósito, o capítulo referente à *interpretação constitucional legislativa*, onde se examinou, pormenorizadamente, a interferência do Poder Legislativo na aplicação da Constituição.

14. Para exame dos diferentes tipos de atribuições conferidas aos órgãos legislativos veja-se, a título de exemplo, as arroladas por José Afonso da Silva ("Curso...", ob. cit., v. 1, págs. 96-9) que distingue no ordenamento brasileiro, as atribuições *legislativas* (artigos 46 e 59), *as meramente administrativas* (artigos 44, 46, II, da Constituição Federal), *as de fiscalização* (artigo 44, VIII) e *as de julgamento* artigos 40, I; 42, I e II); e por Manoel Gonçalves Ferreira Filho ("Curso...", ob. cit., págs. 97 e segs.; também "Do Processo Legislativo", ob. cit., pág. 241), que ensina que o Poder Legislativo, além de legislar, exerce atribuições de *poder financeiro* e de *controle político*.

Em casos recentes, a Assembléia Legislativa do Estado, por motivos políticos, omitiu-se, isto é, não incluiu na pauta, não aprovou e não rejeitou, por um período prolongado de mais de dois anos, todas as nomeações de dirigentes de autarquia estadual que lhe foram encaminhados pelo Governo do Estado.¹⁵

Importa observar que a *inatividade* do legislador, isto é, a inércia, a demora mais ou menos prolongada, o retardamento do Poder Legislativo no elaborar normas de aplicação da Constituição merece ser particularmente acentuada pelas graves conseqüências que produz na vida constitucional dos Estados.

Karl Loewenstein aponta um grande número de dispositivos constitucionais que restaram inertes, sem aplicação, em razão de omissão ou inatividade do legislador, nas Constituições da Itália, da Alemanha e nos Estados Unidos. Vejam-se alguns desses casos.

A Constituição de Weimar havia previsto, em seu “tristemente célebre artigo 48, apontado por muitos como o instrumento da destruição da democracia alemã”,¹⁶ a possibilidade de o Presidente do *Reich* adotar medidas indispensáveis para o restabelecimento da segurança e ordem públicas, quando alteradas gravemente ou em perigo, condicionada, porém, a uma lei de execução que “jamais foi promulgada pelo *Reichstag*” com a conseqüência de que as faculdades extraordinárias do *Reichspräsident* foram bastante mais amplas do que originalmente se pretendia.¹⁷

Ainda na Alemanha, outro exemplo importante da inércia legislativa refere-se à disciplina legal do artigo 21, parágrafo terceiro, da

15. Veja-se notícia em *O Estado de S. Paulo*, de 18 de novembro de 1981, sob o título “STF decide: nomeação para autarquia é livre”. Graças a manobras políticas, garantidas por uma oposição majoritária, o assunto não entrou em pauta e não foi submetido à aprovação ou rejeição durante longo tempo, permanecendo acéfalas várias autarquias, o que provocou graves perturbações na continuidade administrativa dos órgãos. Esse provavelmente um dos fatores que levaram o governo do Estado a solicitar ao Procurador-Geral da República arguição de inconstitucionalidade do artigo da Constituição que previa tal exigência (artigo 17,X) e que acabou sendo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (Rp. n. 1.089-1/SP, 26 de outubro de 1981). Observe-se que o preceito, ora declarado *inconstitucional*, figura nas Constituições paulistas desde a Constituição de 1947.

16. Cf. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, “O estado de sítio”, São Paulo, págs. 79-80; v. também, Loewenstein, Karl, ob. cit., pág. 226.

17. Cf. Loewenstein, Karl, ob. cit., pág. 226. O autor menciona que, pela ausência desta lei, no primeiro período de regime de Weimar se chegou à *ditadura constitucional* e no segundo o mesmo artigo 48 foi o instrumento de que Hitler se utilizou para alcançar o poder e exercê-lo autocraticamente.

Lei Fundamental de Bonn, relativo à organização interna dos partidos políticos e que o Autor diz nunca ter sido promulgada por falta de interesse do governo e da maioria parlamentar.¹⁸

A inatividade legislativa é particularmente notada na Itália. Biscaretti Di Ruffia investe vigorosamente contra o fato, mencionando os graves problemas decorrentes da omissão ou retardamento do legislador em disciplinar órgãos previstos na Constituição e cita: a Corte Constitucional somente foi regulamentada em 1955, o Conselho Nacional de Economia e do Trabalho e o Conselho Superior da Magistratura em 1958 e, em 1966, várias instituições ainda não haviam sido reguladas, tais como a Região de estatuto especial. De outro lado, inúmeros dispositivos constitucionais permaneciam, em 1966, inertes: assim, o artigo 39 (registro de sindicatos), o artigo 40 (disciplina do direito de greve), etc.¹⁹

Também a Suíça revela exemplos marcantes de inércia do legislador.²⁰

Quiroga Lavié analisando as mudanças constitucionais na América Latina acentua o sentido democrático da *ação popular*, adotada em vários países, porém de pouco uso efetivo e observa que, no Peru, a ação foi criada em 1933 e ficou sem aplicação até 1963, por falta de regulamentação legal.²¹ E, em Portugal, cria-se a figura da *inconstitucionalidade por omissão*.²²

18. Cf. ob. cit., pág. 226. Observe-se que a obra de Loewenstein, na edição consultada, é de 1970 e a Lei Fundamental de Bonn é de 1949.

19. Cf. do Autor, "La constitution, en tant...", ob. cit., págs. 40-1. A obra do Autor é de 1966 e a Constituição Italiana de 1947.

20. Cf. Aubert, Jean-François, "Traité...", ob. cit., v. 1, pág. 123; v. também Bridel, Marcel, ob. cit., Considerando a inexistência de prazo fixado para o exercício, pelas Câmaras federais, da atividade legislativa, lembra este Autor que algumas leis, na Suíça, tiveram elaboração extremamente lenta: p. ex., o Código Penal suíço, que tem base constitucional no artigo 64 *bis* CF, adotado em 1898, só foi votado pelas Câmaras em 1937 para entrar em vigor em 1942. Por outro lado, várias leis previstas na Constituição de 1874 jamais foram elaboradas. Ex. a lei prevista pelo artigo 46, al. 2.i.f. (trata-se da lei federal que deveria disciplinar a proibição constitucional da imposição cumulativa de impostos). A jurisprudência por construção judicial, diante de inexistência de texto expreso, deduziu a inexistência de um direito subjetivo dos cidadãos de recorrer ao Tribunal Federal, por via de recurso, contra os Cantões ou Comunas de diferentes Cantões que criam uma dupla tributação, ou o imposto cumulativo (cf. "Precis...", ob. cit., págs. 171 e 229). Observe-se que a obra de Marcel Bridel data de 1965.

21. CF. "Los cambios constitucionales", ob. cit., pág. 132.

22. Ver n. 8, pág. 210, desta seção. V. tb. nossa comunicação "Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a Constituinte", apresentada na I Semana do Direito,

Para finalizar essa exemplificação, cite-se a experiência constitucional brasileira.

“A Constituição de 1946 permaneceu, em grande parte, sem aplicação porque o Poder Legislativo não editou as normas complementares necessárias à plena eficácia de várias de suas disposições”. A afirmação é de José Afonso da Silva²³ e vem sendo repetida pela doutrina pátria de modo uniforme.

Por outro lado, leis de importância fundamental, tais como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, tiveram sua aprovação retardada durante longos anos.²⁴

A Constituição em vigor, já com pouco mais de 16 anos de vigência, contém inúmeros dispositivos ainda não regulamentados. O artigo 45 que dispõe: “a lei regulará o processo de fiscalização, pela Câmara de Deputados e pelo Senado Federal, dos atos do Poder Executivo, inclusive os da administração indireta”, somente foi regulamentado em 1984.

Diante da atual estrutura constitucional brasileira, onde avultam as competências do Poder Executivo, inclusive pela sua interferência larga e profunda na função legislativa, o poder de fiscalização do Congresso sobre os atos daquele Poder cresce em importância e oportunidade.²⁵

A inércia, inatividade ou omissão do Poder Executivo, dependendo da competência que lhe é atribuída pela Constituição, pode se revelar também sumamente perniciosa à vida constitucional dos Estados.²⁶

em Franca, 1985. Cf. tb. atual posição da matéria em Jorge Miranda, “Manual de Direito Constitucional”, Tomo II.

23. Cf. “Aplicabilidade...”, ob. cit., pág. 211.

24. A Lei de Diretrizes e Bases, no Brasil, foi aprovada em 1961, quinze anos após a promulgação da Constituição de 1946. Por igual, o art. 158 desta Constituição só foi regulamentado em 1964. (Cf. Floriano Correa Vaz da Silva; “Direito Constitucional do Trabalho”, S. Paulo. LTK, págs. 99-101).

25. Em 1982, os jornais noticiaram tentativas de regulamentação do citado art. 45, mencionando que, em 1979, deputado federal, com base em estudos que mandou realizar, reuniu as numerosas proposições existentes no Congresso visando a regulamentar o mencionado artigo, notadamente o projeto Marcelo Medeiros (PMDB-RJ). Segundo noticiou a imprensa, com menos de 10 deputados presentes e por voto simbólico das lideranças foi aprovado na Câmara Federal assunto que vinha sendo debatido há mais de 10 anos naquela Casa legislativa, agora já transformado em lei.

26. Para exemplos de inércia ou omissão do Executivo nos E.U.A. veja-se Antonio Carlos de Araújo Cintra, ob. cit., pág. 178.

Exemplificando, já se mencionou, em páginas anteriores, como graças à omissão proposital do Presidente da República, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal permaneceu meses sem poder funcionar por falta de preenchimento de cargos vagos.²⁷

Nos sistemas constitucionais onde o Poder Executivo atua, de modo influente e decisivo na tarefa legislativa, quer por intermédio de normas legais autônomas, tais como o decreto-lei, as *ordonnances*, quer participando da iniciativa das leis,²⁸ a inércia do Executivo é tão perniciosa e grave quanto a do Poder Legislativo, no tocante à mesma atividade.

Por outro lado, releva observar que a inércia no exercício do poder regulamentar, atribuído em regra ao Executivo, por via reflexa, torna disposições constitucionais letra morta.²⁹

Nos Estados Federais, dispositivos da Constituição Federal, e no âmbito interno, das Constituições estaduais, podem, também, permanecer inertes graças à omissão do Poder Executivo. Exemplo claro, no Brasil, pode ser verificado com a não atuação, no Estado de São Paulo, por mais de um decênio, do preceito constitucional que atribuía ao Executivo Estadual e aos Prefeitos Municipais determinarem ou solicitarem, conforme o caso, ao Procurador-Geral do Estado que representasse ao Tribunal de Justiça sobre inconstitucionalidade de leis estaduais e municipais.³⁰

27. Cf. Rodrigues, Leda Boechat, "História...", ob. cit., v. 1, pág. 3.

28. O Brasil oferece exemplo claro a propósito já que, no sistema constitucional vigente, o Executivo não somente participa, autonomamente, da função de legislar mediante decretos-leis, por exemplo, como também detém poder de iniciativa concorrente e reservada, sendo que esta avulta em matérias da maior importância. No entanto deve-se observar que, em regra, o Poder Executivo é mais diligente, exercendo, às vezes até em excesso, seu poder de propor projetos de lei ou baixar decretos-leis.

29. O exercício do poder regulamentar e suas conseqüências foi examinado na seção referente à *interpretação constitucional administrativa*, à qual nos remetemos para evitar a repetição do assunto. A *inércia administrativa*, no Brasil, foi expressamente reconhecida e *corrigida* pelo Poder Judiciário, em mandado de segurança contra ato omissivo da autoridade pública) compelindo-se o Executivo a praticar "o ato que lhe é cometido por lei". (V.R.E. 79.831, STF, Rel. Ministro Thompson Flores, in: Jurisprudência Brasileira 9, "Do Mandado de Segurança", Juruá Editora, Curitiba, 1977, págs. 79-81.)

30. O tema amplamente discutido é aqui novamente mencionado apenas para exemplificar o fenômeno da *inércia*, pois a primeira Representação de Inconstitucionalidade com base neste artigo só foi apresentada em 1977, dez anos após a introdução primeira do preceito na Constituição de 1967 (cf. "Ação direta...", ob. cit., pág. 108, n. 46, parecer de José Afonso da Silva, já citado). Outro caso de inércia do Executivo,

Finalmente, não se pode olvidar o comando do Executivo na vida política, econômica e social de um Estado, fenômeno típico dos Estados contemporâneos, que coloca, nas mãos desse poder, os meios de ação para atuar nessa área. A inércia do Executivo faz mais nítido o distanciamento entre a Constituição normada e a Constituição aplicada, com decorrências graves e danosas para a vida político-econômica e social do Estado.

No Brasil, exemplo alarmante de inércia do Poder Executivo, que atingiu profundamente o documento constitucional, foi a não realização do plebiscito previsto pela Constituição de 1937, artigo 187: “Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República”.³¹

Como o plebiscito previsto jamais foi convocado, o país viveu sem Constituição formal, mergulhado em plena ditadura, durante o período de 10 de novembro de 1937 até 29 de outubro de 1945, queda de Getúlio Vargas.

No seio do Poder Judiciário a inércia toma a forma do retardamento, da longa demora na solução dos processos judiciais.

Em regra, quando há prazos para as decisões judiciais, não há sanções efetivas no caso do seu descumprimento; por outro lado, não há, também, prazo predeterminado para a duração de feitos judiciais. As normas processuais e procedimentos disciplinam prazos para os atos do processo, para recursos, etc.; não o fazem, todavia, via de regra, no tocante à duração dos feitos.³²

de grande repercussão, ocorreu em São Paulo. O Governador Paulista, por força de preceito então vigente na Constituição Estadual de 1969, deveria submeter à Assembléia Legislativa, para aprovação, os nomes dos dirigentes de autarquia estadual (artigo 17), X, da Constituição Estadual). No período governamental 1972-1975 o então Governador deixou de submeter à aprovação da Assembléia nomes para dirigente de autarquia estadual designando funcionário *para responder pelo expediente*. O Tribunal de Contas do Estado impugnou a prestação de contas do órgão, por investidura irregular do dirigente, e membros da Assembléia Legislativa tentaram caracterizar, no caso, crime de responsabilidade, tentativa todavia frustrada. Veja-se sobre o mesmo assunto, exemplos de inércia do legislativo, págs. 221, 222 e 223.

31. Observe-se que esta Constituição já resultara de golpe de Estado.

32. Leda Boechat Rodrigues salienta a questão nos Estados Unidos quando ressalta a importância da tarefa administrativa desenvolvida pelo *Chief-Justice* TAFT para solucionar o “grande atraso nos julgamentos”, que resultou na adoção da Lei Judiciária de 13 de fevereiro de 1925, que restringiu fortemente a jurisdição obrigatória da Corte e alargou-lhe a jurisdição discricionária através do *certiorari*. Ao se afastar da Corte, em 1930, O *Chief-Justice* TAFT deixou o trabalho praticamente em dia.

A inatividade ou o retardamento na solução dos feitos, particularmente nas mais altas Cortes de Justiça e nas Cortes Constitucionais, afetam, direta ou indiretamente, a plena aplicação de normas constitucionais.

O Poder Judiciário, particularmente os órgãos de cúpula, recebem competência da Constituição não só para exercerem a função jurisdicional em geral, mas de modo especial, para dirimir questões constitucionais.

O retardamento na solução desses feitos, quando é atribuível ao julgador, caracterizando o fenômeno da inércia judiciária, não pode deixar de repercutir, de modo profundo, na vida constitucional de um Estado e sem dúvida é um dos fatores que contribuem, em alto grau, para o fenômeno que Loewenstein denominou de *erosão da consciência constitucional*.³³

3. *Fatores que propiciam a ocorrência da inércia no plano constitucional*

Várias razões, aponta a doutrina, concorrem para motivar a inobservância, a inércia, ou a prolongada omissão dos detentores do poder no cumprimento do dever que lhes é imposto pela Constituição.

Um, intrínsecas à própria norma constitucional. Assim, uma disposição constitucional pode apresentar-se como irrealizável por ser demais complexa, por exigir longa maturação, por não ser compatível com a realidade nacional, etc.³⁴

Na maioria dos casos, porém, a inércia resulta de fatores políticos. Obra de compromisso, a Constituição nem sempre encontra ressonância de seus ditames, em dado momento e diante de determi-

33. Expressivas e muito significativas as considerações que o Autor faz a propósito do que chama de *erosão da consciência constitucional*. Embora não tenha incluído entre os fatores conducentes ao fenômeno a inércia do judiciário, cremos não ser despropósito fazê-lo. A nosso ver, as decisões judiciais repercutem de modo mais profundo nas mentes e nos corações dos cidadãos do que as leis. A crença do cidadão na Justiça é um passo avantajado para a crença do cidadão na Constituição. Dai o relevo que se empresta à inatividade, inércia ou omissão do Judiciário no exercício de sua função constitucional.

34. Não se pode ignorar fato já apontado de que a Constituição, sendo obra de compromisso, reflete consenso de tendências distintas, nem sempre condizentes com a realidade nacional. De outro lado, nem sempre é de fácil aplicação concreta.

nadas circunstâncias, entre os governantes, os partidos políticos, os representantes do povo nos órgãos legislativos, os grupos de pressão, etc.³⁵

Sua aplicação efetiva se torna inoportuna ou mesmo não desejada. Prevaecem, nesses casos, as decisões da corrente política dominante. Por outro lado, não sendo também conveniente sua reformulação formal, o texto permanece inerte.

4. *As sanções previstas na experiência constitucional para impedir a inércia no plano constitucional*

Cabe mencionar as dificuldades que o direito constitucional tem enfrentado no sentido de positivizar mecanismos e instrumentos que impeçam ou dificultem a inércia, por tempo demasiadamente prolongado, dos poderes constituídos. Por outro lado, as sanções políticas existentes, constituídas de modo inorganizado, nem sempre são eficazes.

Relativamente à inércia do Executivo, o modo mais freqüente utilizado para impedir o descumprimento de dever constitucional, nos sistemas presidencialistas, é a tipificação do ato ou omissão como *crime de responsabilidade*, vale dizer o *impeachment*, instituto de criação inglesa, em desuso na Inglaterra, ainda admitido no direito norteamericano e no Brasil.³⁶ Nos sistemas parlamentaristas, a responsabilidade do governo apura-se mediante mecanismos tais como o voto de desconfiança, que acarreta a destituição do Primeiro-ministro ou do Gabinete de Ministros.

Não se esqueça, por outro lado, o importante papel dos poderes constituídos, particularmente do Poder Judiciário, ao suprir falhas decorrentes da inércia dos demais poderes.³⁷

35. Cf. Loewenstein, Karl, ob. cit., págs. 223 e segs.; Biscaretti di Ruffia, Paolo, ob. cit., págs. 61-2.

36. Para exame do *impeachment* natureza, efeitos, etc. consulte-se Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, "Curso...", ob. cit., págs. 100-102; também José Afonso da Silva, "Curso...", ob. cit., págs. 123-25.

37. Veja-se, exemplificando, a construção judicial na Argentina, do *recurso de amparo* (Vanossi, ob. cit., v. 2, pág. 3) e no Brasil, a aplicação judicial do Mandado de Segurança, independentemente de sua regulamentação legal. A atuação dos tribunais americanos ao apreciarem questões atinentes à demora e à omissão da Administração na solução de matéria afeta a suas atribuições, apontada por Antonio Carlos Araújo Cintra (ob. cit., pág. 178) é exemplo dessa assertiva.

A inércia do legislador é, em regra, incontrolável jurídica e jurisdicionalmente. Poucos mecanismos são colocados à disposição de órgãos de controle ou do povo para exercitar fiscalização, política ou jurídica. Entre esses, são citados, exemplificativamente, a iniciativa popular, a iniciativa legislativa atribuída a outros órgãos e instituições, como soluções jurídicas.³⁸ A título de sanção política, mencione-se a dissolução dos parlamentos.

Muito pouco resta, portanto, como forma de controle da inércia dos poderes no plano constitucional.

Nos países onde há opinião pública forte e bem estruturada, onde a educação, particularmente no campo político, é suficientemente desenvolvida, onde existe imprensa responsável e efetivamente atuante, onde os sistemas de representação são adequados e realmente democráticos, são esses os meios que suprem a inexistência de sanções expressas para a inatividade de qualquer dos poderes.

5. A inércia enquanto processo de mudança da Constituição

A inércia caracteriza-se pela não aplicação *intencional, provisória* mas *prolongada*, das disposições constitucionais pelos poderes incumbidos de lhes dar cumprimento e execução.³⁹

38. Cf. Ráo, Vicente, "O direito...", ob. cit., v. 2, págs. 569-70. O ilustre jurista brasileiro lembra como resquício do processo do *referé au législateur*, utilizado nos casos de conflitos entre as decisões da Corte de Cassação e as dos tribunais de mérito, na França de 1837, quando os juizes eram obrigados a recorrer ao Legislativo e, mais tarde, por força de novo diploma legal, ao Conselho de Estado, o artigo 5º do Código Civil do Chile que dispõe: "As Cortes Supremas de Justiça e as Cortes de Alçada, no mês de março de cada ano, relatarão ao Presidente da República, as dúvidas e dificuldades que houverem encontrado na inteligência e aplicação das leis e as lacunas que nelas houverem encontrado". Constituições de Estados norte-americanos transportaram norma semelhante para o plano constitucional dos Estados, atribuindo ao *Secretário de Estado* ou *Attorney General*, conforme o caso, a incumbência de, periodicamente, levantar as normas constitucionais e leis não aplicadas ou regulamentadas e sugerir providências concretas no sentido ou da respectiva reformulação ou revogação, ou propondo sua efetiva regulamentação e aplicação. V. também a Constituição do Estado de Illinois, *Transition Schedule* que atribui ao *Attorney General* verificar o cumprimento das Disposições Transitórias da Constituição e relatar ao *Secretário de Estado*, ao final de cada ano, se elas foram efetivamente cumpridas. Se foram, serão elas *retiradas* da Constituição, isto é, deixarão de fazer parte da Constituição de Illinois. V. também a Constituição do Império, no Brasil, artigo 173.

39. Cf. Wheare, Karl, ob. cit., págs. 125-30.

Configura inegável processo de mudança constitucional; embora não altere a letra constitucional, altera-lhe o alcance, na medida em que paralisa a aplicação constitucional. Tal paralisação, não desejada ou prevista pelo constituinte, é de ser tida como *inconstitucional*.⁴⁰

Afeta, também, o sentido da Constituição.

Destinada esta à aplicação efetiva, qualquer obstáculo que se lhe anteponha desvirtua sua finalidade, resultando numa *inconstitucionalidade*, ainda que insindicável e temporária. Por outro lado, indiretamente, a inércia dá causa à ocorrência de outros processos de mutação constitucional. O distanciamento, no tempo, entre a elaboração constitucional e a sua efetiva aplicação, sofre, inexoravelmente, a influência das transformações sociais diuturnas e constantes, de tal sorte que, após uma prolongada dilatação na aplicação do texto, é provável que esta, quando se efetivar, dê à Constituição sentido e significado diversos daqueles acolhidos no momento da formação da norma fundamental.

Como modalidade de mutação constitucional a inércia é processo pernicioso, que acarreta conseqüências desastrosas à vida constitucional dos Estados.⁴¹

40. Na precisa expressão de Loewenstein, Karl, ob. cit., pág. 223 "A disposição permanecerá como *lex imperfecta*, letra morta, em contradição com a suposta obrigatoriedade inalienável da lei fundamental".

41. A inércia e suas conseqüências não têm sido suficientemente examinadas pela doutrina. Mas, sem dúvida, têm provocado mudanças no processo político, no comportamento dos poderes públicos, no equilíbrio e na estruturação do poder nas Constituições. A inércia do legislador é apontada, com freqüência, como causa do fortalecimento do Poder Executivo em detrimento do Poder Legislativo, na medida em que enorme parcela da atividade legislativa, a nível de Constituição, ou na praxe do processo político, tem se transferido do órgão de representação popular para as mãos do Executivo. As modificações nas fórmulas constitucionais se fazem sentir através da criação de instrumentos e mecanismos que, se por um lado possibilitam ao executivo atuar a função de legislar de modo eficaz, de outro trazem os graves riscos de reduzir ou mesmo marginalizar o órgão de representação popular. É o caso, por exemplo, da reserva da iniciativa, da iniciativa exclusiva, da fixação de prazo para aprovação de projetos de lei, dos decretos-leis, dos poderes de emergência, mecanismos e instrumentos que fortalecem o executivo e que se encontram positivados em textos constitucionais como o da Itália, da França e do Brasil (cf. a propósito, Burdeau, Georges, "O poder executivo na França", trad. de João Cláudio Dantas Campos, Belo Horizonte, Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1961; também Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, "Do processo legislativo", São Paulo, Saraiva, 1968, pág. 124). Será esta a melhor solução? Não seria possível encontrar novos instrumentos que, não descolando a realidade contemporânea e a real modificação na estruturação do poder,

De um lado porque, ao contrário dos demais processos de mutação constitucional, raramente busca adaptar a Constituição à realidade. Na maioria das vezes serve como instrumento exatamente para evitar tal adaptação.⁴²

De outro lado, porque a inércia arrasta consigo a descrença na Constituição.⁴³

Como impedir, obstacular ou, ao menos, minimizar a ocorrência do fenômeno no direito constitucional legislado?

A questão é complexa e de difícil solução.

Alguns mecanismos, adotados na experiência constitucional de vários sistemas, já foram apontados. Outros poderão ser engendrados.

Apontem-se, sumariamente, alguns, extraídos da análise feita, ainda que de modo perfunctório:

tornassem eficaz a ação do Legislativo, quando ela é necessária e desejada, particularmente em se tratando de matérias de interesse vital para a comunidade, como, por exemplo, no caso do desenvolvimento político-econômico e social? Não seria de se ponderar que a busca desses novos meios deve ser incentivada, pois a participação do povo, que deve ser efetiva, não encontra ainda um dos melhores caminhos através do órgão de representação popular, democraticamente composto e eficaz na sua atuação? Tais reflexões são levantadas apenas como pontos de análise e meditação, já que refogem aos objetivos desse livro. As sugestões e soluções aqui vistas são de alcance bem mais modesto, de vez que buscam, tão somente, diante do texto e da realidade constitucional, impedir ou minimizar a inércia na atuação dos poderes constituídos a fim de que a letra e o espírito da Constituição, no campo do direito constitucional legislado, não permaneçam inertes.

42. Por vezes, a *inércia* procede. Ocorre nos casos em que a previsão constitucional não está conforme à realidade. Mas a hipótese é rara e os detentores do poder teriam respaldo suficiente, nesse caso, para tentarem mudar a Constituição. Milton Campos ("Constituição e realidade", R. For., Rio de Janeiro, 187: 21, 1960) resume de modo lapidar "Muitos textos existem na Lei Fundamental que, por fantasiosos e inúteis, são esquecidos. Outros, por muito severos ou inconciliáveis com as condições do meio, são relegados e jazem inoperantes. Outros, ainda, são frustrados pela inércia ou pela solércia dos executores". Veja-se que o Autor distingue a *inércia* proposital, impulsionada por motivos políticos ou outros, do *desuso* por razões ponderáveis.

43. A Constituição, lei das leis, deve refletir tão fielmente quanto possível a ordem política, social e econômica desejada pela comunidade. O Poder Constituinte, veículo desse querer, mais não deve fazer do que transpor, para a ordem normada, os valores, princípios, ideais predominantes no momento da elaboração constitucional e que supõe se projetem também para o futuro. Não haveria razão para positivar uma Constituição, se assim não fosse. Essa ordem normativa supõe, portanto, a um só tempo, uma *ordem ideal de valores*, a ser realizada, e uma *ordem concreta aberta e receptiva*, a ser efetivamente cumprida e praticada. Sem a confluência dos dois fatores, a Constituição é letra morta, perece, deixa de merecer o respeito do povo porque não traduz, de modo real, a idéia de direito dominante no seio da sociedade.

— A fixação de prazos em matérias de maior relevância, de natureza legislativa ou não, com o estabelecimento de sanções específicas;⁴⁴

— o alargamento da responsabilização dos detentores do poder, especialmente do Poder Executivo, pela inobservância de dever constitucional; — a efetiva atribuição, a órgãos específicos, das funções de fiscalização e controle do cumprimento das disposições constitucionais, mediante:

a) exame periódico do efetivo desenvolvimento da atividade legislativa com vistas à aplicação das normas constitucionais e conseqüente competência para proposição de medidas ou visando a edição da norma legal ou visando à reforma do texto constitucional;

b) ampliação do controle de constitucionalidade por via de ação direta, com a conseqüente extensão de sua iniciativa a órgãos, grupos e agremiações políticas;

c) ampliação do alcance dos remédios constitucionais para abrangência de casos de omissão ou inércia dos poderes constituídos nas hipóteses que, presentemente, não são por eles abrangidas;

d) ampliação da participação direta do povo, com as cautelas necessárias, mediante os instrumentos da iniciativa popular, referendo, plebiscito;

e) participação dos poderes estaduais e municipais, nos Estados Federais, na elaboração de leis de aplicação da Constituição mediante iniciativa legislativa, veto, referendo, etc.

44. A fixação de decurso de prazo para a aprovação de projetos de lei, em si, não é mecanismo constitucional inadequado ou anti-democrático, uma vez que visa a coibir omissão ou inércia do legislativo. Merece todavia, repúdio a fórmula adotada no Brasil, na medida em que, tal como adotada, conduz ao predomínio do Poder Executivo. A limitação do uso do instituto a determinadas matérias, a imposição de prazo mais dilatado, a exigência de votação obrigatória, por maioria qualificada, de questão preliminar sobre a tramitação, ou não, da propositiva em regime de urgência, poderiam constituir medidas corretivas de modo a resguardar o instituto como fórmula adequada para evitar a inércia ou omissão do legislador.

45. Ver outras sugestões para coibir a "inércia" em nossa comunicação "Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a Constituinte", apresentada na I Semana do Direito, realizada no "campus de Franca, da UNESP, em 1985, retro mencionada.

SEÇÃO II

O DESUSO NO PLANO CONSTITUCIONAL

SUMÁRIO: 1. Noção e características. 2. Exemplos revelados pela experiência constitucional. 3. O desuso enquanto processo de mudança da Constituição.

1. Noção e características

O desuso consiste na inobservância (a) *consciente*, (b) *uniforme*, (c) *consentida*, (d) *pública* e (e) *reiterada, por longo tempo* de uma disposição constitucional.

A não aplicação da Constituição pelo *desuso* pode assumir forma variada: as disposições constitucionais deixam de ser aplicadas, institutos ou instituições constitucionais ficam desativados, atos deixam de ser praticados.

A distinção entre a *inércia* e o *desuso* constitucional, posto que teoricamente possível, na prática enfrenta dificuldades consideráveis. O ponto fulcral da distinção é o *animus* interveniente na não aplicação da norma ou do instituto, seguido, necessariamente, da permanência da inaplicação por tempo prolongado.

Preceitos constitucionais escritos, decadentes, superados ou envelhecidos, sem qualquer ressonância com a realidade social e as idéias dominantes são silenciados, mediante prática diuturna e silenciosa, porém com ânimo definitivo. Supõe-se que jamais serão reativados.¹

1. Veja-se que a *inércia* pressupõe paralização *temporária* e *provisória* da norma que, a qualquer momento, poderá ter aplicação. O *desuso* pressupõe *paralização definitiva*. Como, porém, não há *revogação expressa* da norma, por reforma constitucional, único modo pelo qual a inaplicabilidade será realmente definitiva, é sempre possível admitir-se a reaplicação de norma em *desuso*. Daí a dificuldade de distinção, na prática, entre os dois fenômenos. Biscaretti di Ruffia ("La constitution, en tant...", ob. cit., págs. 64-5) menciona que na Itália, presentemente, a doutrina se posiciona unanimemente

Alguns autores, já se mencionou,² incluem o *desuso* entre as espécies de costume *contra legem*, ou *derrogatório*, por entenderem que essa modalidade de costume abrange dois aspectos, ou seja: a norma costumeira que se contrapõe à Constituição e a simples inobservância da mesma norma constitucional.³

Aproxima-se o *desuso*, todavia, mais da inércia constitucional do que do *costume ab-rogatório* ou *contra legem*.

Neste, a contraposição ou contrariedade à norma constitucional escrita é manifesta e definida. Cria-se norma costumeira, pratica-se ato *contra a Constituição*.

O *desuso* pode importar contrariedade à norma constitucional, porém de modo reflexo, ou seja, o comando impositivo de norma resta inerte; a disposição constitucional como que desaparece. Não há, todavia, ato ou norma costumeira definidos e concretos contrariando as disposições constitucionais.⁴

Pelas características particularizadas, *desuso* e *inércia* provocam o mesmo resultado, têm os mesmos efeitos.

Daí o tratamento neste capítulo.

Importa o *desuso* em revogação ou derrogação da norma constitucional?

Não. Na verdade o *desuso* importa, apenas, na paralisação do uso da norma constitucional; paralisação com ânimo definitivo, é certo. Mas tão somente inoperância ou o não uso da norma constitucional. Esta não é revogada, ab-rogada ou derogada pelo *desuso*.⁵

A norma constitucional escrita, consoante já se mencionou, só é revogada mediante reforma constitucional ou diante de nova Constituição.⁶

contra a tese de que a persistente não aplicação de inúmeros dispositivos da Constituição italiana de 1947 tenha assumido a forma de *desuso* ou *costume contra a lei*, ab-rogando a Constituição, pois que, na realidade, ainda que jamais tenham sido aplicadas pelo legislador, o caminho continua aberto, nada impedindo que o sejam, no futuro.

2. Cf. Capítulo referente ao Costume Constitucional.

3. Cf. Biscaretti di Ruffia, "Diritto...", ob. cit., pág. 160, também do Autor, "La constitution, en tant...", ob. cit., págs. 64-5.

4. Carlos Maximiliano ("Hermenêutica...", ob. cit., pág. 192) discorrendo sobre o *desuso* no direito em geral ressalta "nunca se *opõe* a um texto explícito..." (n.g.).

5. Seria temerário, acentua Carlos Maximiliano ("Hermenêutica...", ob. cit., pág. 192) considerar revogado ou ab-rogado um dispositivo pelo não uso.

6. É claro que, na prática, o *desuso* ou o *uso reiterado e consentido a despeito da norma*, tornam-na como se inexistisse. Formalmente, todavia, a norma não está revogada ou ab-rogada. Tanto assim é que poderá reviver, o que não ocorre com a norma

2. Exemplos revelados na prática constitucional

Embora na prática constitucional não seja fácil distinguir o *desuso* de simples *inércia*, a doutrina revela alguns exemplos que caracterizam a figura ora examinada.

Jean-François Aubert menciona duas regras *nati-mortas* da Constituição Federal suíça.

A primeira dispõe que o *referendo legislativo* poderá ser solicitado por trinta mil cidadãos ou por *oito cantões*. A parte final da regra, ou seja, a solicitação de um referendo legislativo por *oito cantões* jamais foi exercitada (artigo 89, II e III, e 89 *bis* II).

A segunda (artigo 86, II) dispõe que *cinco cantões* poderão requerer convocação de sessão extraordinária das Câmaras. Os cantões jamais exercitaram tal direito.⁷

Na França, sob a Constituição de 1875, o direito do Presidente da República de solicitar nova deliberação de lei aprovada pelas duas Câmaras (artigo 7, § 2º), jamais foi utilizado. A doutrina costuma enquadrar esse exemplo como *desuso*. Sob a mesma Constituição, também é usual referir-se ao direito do Presidente de, por mensagem, remeter suas opiniões ao Parlamento, como tendo caído em *desuso*.⁸

Karl Wheare indica exemplos retirados da prática constitucional na Dinamarca, Noruega e Suécia, cujas Constituições outorgam ao Rei

revogada. De resto, a *revogação* se justifica por motivos diferentes. Carlos Maximiliano (“Hermenêutica...”, ob. cit.) explica: “a revogação é expressa quando declarada em lei nova ou quando resulta contrária, implicitamente, a texto novo”. Lembra Vicente Ráo que a lei não se *revoga* pelo *desuso*, nem pelo uso em contrário, nem por haver cessado a razão que a determinava (ob. cit., pág. 395).

7. Cf. ob. cit., v. 1, pág. 227. O Autor conclui dizendo que essas normas jamais serão aplicadas, em virtude da complexidade do procedimento para que se efetivem e porque há fórmulas mais simples, capazes de atingir o mesmo resultado. Discordamos do A. Parece-nos que a inserção de dispositivos constitucionais de controle e participação popular pode não produzir efeitos concretos mas sem dúvida, produzirá efeitos de caráter político, psicológico e até pedagógico. A possibilidade de aplicação do *impeachment* é em si mesma um freio ainda que se não o aplique. Por igual, a possibilidade de participação abre perspectivas ao cidadão no sentido de poder, a qualquer momento, intervir no processo político, o que aumenta sua confiança em seu poder de participação e contribui para incutir-lhe maior responsabilidade quanto à gestão das coisas públicas; por outro lado, a possibilidade de participação e controle popular *obriga* os detentores do poder a atuarem, também, com maior responsabilidade e eficiência.

8. Cf. Barthelemy, Joseph & Duez, Paul, “Traité...”, ob. cit., págs. 36-7.

o poder de veto não utilizado presentemente. O Rei da Dinamarca usou o poder de veto, pela última vez, em 1865; o da Suécia, em 1912.

Cita, ainda, o mencionado Autor exemplos da Holanda e da Bélgica onde o poder do monarca para vetar leis foi anulado pelo *desuso*.⁹

No Brasil, raros exemplos de *desuso* são apontados expressamente pela doutrina.

Pereira Lira cita a cláusula final contida no artigo 60, *d*, da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, que disciplina a competência dos juizes e tribunais federais: “os litígios entre um Estado e cidadãos de outro, ou entre cidadãos de Estados diversos, *diversificando as leis destes*”, como exemplo de *desuso*. A cláusula mencionada e retro grifada foi considerada como *não escrita* pelos tribunais e pela doutrina constitucional, não tendo tido nunca aplicação alguma.¹⁰

3. *O desuso enquanto processo de mudança da Constituição*

Aplicam-se, à figura do *desuso*, as considerações gerais feitas no item 5 da seção anterior, relativa à *inércia* enquanto processo de mutação inconstitucional, com a agravante de que tende o *desuso* a se transformar em paralisação definitiva da norma constitucional.

Convém, todavia, acrescentar que o *desuso*, diferentemente da *inércia*, busca ou visa a adaptação da Constituição à realidade, às novas circunstâncias sociais, às novas exigências, que desaconselham o uso da norma vertida na Constituição. Sob esse aspecto, pois, é admissível o *desuso* como processo de mudança constitucional.

Também por essa razão, não procede buscar fórmulas novas para impedir o *desuso* de normas constitucionais. A reforma constitucional é a solução adequada.

Finalize-se acrescentando que o *desuso*, em substância, é mutação inconstitucional na medida em que torna a regra constitucional letra morta, em contradição, pois, como diz acertadamente Loewenstein, com a suposta ou pressuposta obrigatoriedade inalienável da lei fundamental.¹¹

9. Cf. “Modern...”, ob. cit., págs. 134-4. O Autor menciona vários outros exemplos de *desuso*.

10. Cf. Pereira Lira, José, “A Constituição de 1934: o artigo 178”, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1935, fasc. 2, págs. 18-19.

11. Cf. “Teoria...”, ob. cit., pág. 223.

SEÇÃO III

MUDANÇA TÁCITA DA CONSTITUIÇÃO

A chamada *mudança tácita da Constituição* ou *reforma constitucional tácita* é processo anômalo de mudança constitucional que merece menção, ainda que sumária.

Referem-se expressamente a essa modalidade de mudança constitucional: Loewenstein,¹ José Joaquim Gomes Canotilho.²

Dois aspectos podem estar reunidos nessa modalidade de mudança constitucional.

A reforma constitucional não indica, com clareza e precisão, o texto alterado: este o primeiro caso. De outro lado, a reforma constitucional indica, precisamente, o texto alterado, mas a modificação que introduz contraria norma ou normas existentes no texto da Lei Maior: a esse fenômeno Loewenstein denomina *quebrantamento da Constituição*.³

À base, portanto, da mudança tácita da Constituição está a modificação formal da Carta Magna, ou seja, uma reforma ou emenda constitucional.⁴

1. Cf. "Teoria...", ob. cit., págs. 185-6.

2. Cf. "Direito constitucional", ob. cit., págs. 430-2.

3. Não se deve confundir o fenômeno assim denominado por Loewenstein com a chamada *fraude à Constituição*, bastante mencionada no direito francês. A *fraude à Constituição*, na conceituação de Burdeau, consiste na reforma constitucional *inconstitucional*, isto é, que se tenha processado sem observância do procedimento previsto na Constituição; trata-se, pois, de uma *violação constitucional* frontal e manifesta. V. também Schmitt, Carl, ob. cit., págs. 115 e segs.

4. O tratamento da mudança tácita da Constituição merece uma explicação. Recorde-se, por necessário, que a reforma constitucional, enquanto processo formal de mudança constitucional, não é objeto de análise nesta obra. A mudança tácita, por

A técnica de emendar a Constituição é de reconhecida importância na doutrina constitucional; o reconhecimento dessa relevância conduziu os sistemas constitucionais contemporâneos a repelir, por exemplo, em razão de seus graves inconvenientes, o procedimento formal adotado nos Estados Unidos.⁵

Com efeito, a nível de legislação, e em especial no direito constitucional legislado, não podem pairar incertezas. "Ter dúvidas sobre o direito constitucional em vigor é muito mais grave do que haver incertezas quanto ao direito, infraconstitucional efetivamente vigente", acentua com acerto, Gomes Canotilho.⁶

O aperfeiçoamento da técnica formal de elaboração de emendas é necessário para a clareza do texto constitucional vigente.⁷

Defeitos de técnica podem provocar mudanças imprevisíveis no texto constitucional; essas assumem o caráter de verdadeiras mutações, causando conseqüências surpreendentes e suscitando, por vezes, perplexidades incontornáveis.

refugir, parcialmente à controvérsia suscitada pelas mudanças não formais à Constituição poderia não ser examinada. Todavia, a possibilidade de tal *mudança*, sob certo ângulo, ser: assemelhada aos processos anômalos, levou-nos a mencioná-la, ainda que sucintamente.

5. A reforma constitucional autêntica, aponta Loewenstein, é aquela de que resulta emenda expressa do texto constitucional, ou seja, aquela que altera a Constituição, indicando, com clareza e precisão, o dispositivo alterado, de modo que não parem quaisquer dúvidas sobre a norma constitucional que regulamenta determinada situação. Todavia, por vezes, a técnica formal adotada para a reforma não indica, com clareza, a disposição alterada. Assim, por exemplo, a fórmula adotada pela Constituição dos Estados Unidos, na qual as *emendas constitucionais* são adicionadas sob a forma de artigos complementares, que não mencionam a disposição constitucional emendada; por outro lado, não se introduz o novo texto no lugar adequado ou em substituição ao artigo modificado. Do mesmo modo, as reformas adotadas na Constituição de Weimar, na qual as emendas não eram registradas em substituição às normas modificadas. Em 1933 havia um grande número de emendas não registradas, o que dificultava, sobretudo, descobrir-se qual a norma em vigor. Conseqüentemente, as distorções na aplicação constitucional foram freqüentes (cf. "Teoria...", ob. cit., pág. 186).

6. Cf. ob. cit., pág. 431.

7. Observe-se que parte da doutrina entende por *modificação tácita* a mutação constitucional, tal como conceituada no Título preliminar. Assim, sob o título *modificado tácita* englobam todos os processos que provocam mudanças constitucionais, tais como a interpretação constitucional, os costumes. Nessa linha, Paulo Bonavides, "Direito...", ob. cit., págs. 292-4; também Pierandrei, "La Corte Costituzionali e le modificazione tacite della Costituzione", *apud* Chierchia, Pietro Merola, "L'interpretazioni...", ob. cit., pág. 128, n. 124.

Veja-se, a propósito, exemplo claro na experiência constitucional brasileira.

A Emenda Constitucional n. 8, de 14 de abril de 1977, reformou vários artigos constitucionais, dentre os quais o artigo 151, nos seguintes termos:

“Lei complementar estabelecerá os casos de inelegibilidade e os prazos nos quais cessará esta, com vistas a preservar, considerada a vida pregressa do candidato:

.....
 IV — a moralidade para o exercício do mandato.”

Como se vê, a técnica formal adotada nessa emenda foi inusitada. Ao invés de se repetirem os itens anteriores, não modificados, a Emenda substituiu-os por *reticências*, tudo indicando que foram mantidos. E o parágrafo único do antigo artigo 151, importantíssimo, porque relacionava uma série de casos de inelegibilidades, como ficou? Foi mantido ou revogado? Diante da forma técnica adotada pela Emenda, parece que foi revogado, de vez que após o item IV, na nova redação, colocou-se *ponto final* e não *reticências*, à semelhança do que se fizera anteriormente, para manter os textos contidos nos itens não repetidos, supõe-se.

A legislação infraconstitucional, consubstanciada no Decreto-Lei n. 1542, de 14 de abril de 1977, editado para dar aplicação à norma constitucional alterada, parece responder às indagações, entendendo *revogado* o referido parágrafo único, visto que modificou prazos ali previstos conforme a redação anterior. Ora, somente diante da revogação do texto constitucional, norma infraconstitucional poderia impor novos prazos.

Teria sido revogado assim, mediante o uso de um *sinal de pontuação*, o parágrafo único do artigo 151. Modo inusitado de revogação, “capaz de escapar à atenção dos mais sagazes” aponta, com acerto, Ada Pellegrini Grinover.⁸

Exemplo de defeito de técnica constitucional, que influi decisivamente na interpretação e no alcance da norma constitucional é o *artigo 200* da Constituição brasileira de 1969.

8. Veja-se o artigo publicado no jornal *Folha de São Paulo*, 14 de novembro de 1977, sob o título “Os ministérios atrás do pacote de abril”. V. também Emenda Constitucional 19/81, que deu nova redação ao *parágrafo único* do art. 151. Logo, o constituinte reformador não o teve como *revogado*. Assim, como fica o D-L. de 1977, citado? Ver, também, a propósito, decisão do T.S.E., em resposta à consulta n. 5.550 (CRes. T.S.E. 10.370, Rel. Firmino Ferreira Paz).

Inserido no Título das “Disposições Gerais e Transitórias”, da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, que deu nova redação à Constituição de 1967, o precitado artigo está assim redigido:

“As disposições constantes desta Constituição ficam incorporadas, no que couber, ao direito constitucional legislado dos Estados.

Parágrafo único: As Constituições dos Estados poderão adotar o regime de leis delegadas, proibidos os decretos-leis”.

Restringe-se, cabe mencionar, o exame do artigo apenas ao aspecto focalizado — de técnica constitucional — e suas conseqüências na tarefa de interpretação do texto.

Este artigo, primeira indagação que se suscita sob o ângulo mencionado, contém disposições *gerais* ou disposições *transitórias*?

A questão é de fundamental importância, como é óbvio. Se a disposição é geral, o artigo é permanente e vigora até ser reformado; se a disposição é transitória, esgotou-se no momento de sua aplicação e já não mais subsiste.

Esse artigo foi inserido ao final da Constituição (era o último artigo da Constituição, na redação dada pela Emenda n. 1/69).

Considerando a designação do Título no qual constava, que parece indicar que se cuidaria, em seqüência, primeiro, das *disposições gerais* e depois das *disposições transitórias*, parece razoável afirmar-se tratar-se de disposição *transitória*.

Não obstante, esse raciocínio, de ordem técnico-formal, invalida-se por si só. Com efeito, na redação da Emenda n. 1/69 há uma alternância evidente, neste Título, que começava com o artigo 181, entre *normas gerais* e *normas transitórias*. Assim, os artigos 189 e 190 são, clara e inequivocamente, normas *transitórias*: o primeiro referia-se à eleição de Governadores em 1970 e o segundo à inaplicabilidade de determinadas proibições para o exercício de mandato na “atual legislatura”; já o artigo 196 era de *natureza permanente*, pois rezava: “É vedada a participação de servidores públicos no produto da arrecadação de tributos e multas, inclusive da dívida ativa”.

Por outro lado, o defeito de técnica redacional também dificulta a interpretação do artigo 200: no *caput* do artigo, o verbo está no passado e é imperativo; no parágrafo está no futuro e é facultativo.

Poder-se-ia daí inferir que o *caput* é *disposição transitória* e o parágrafo único que, por definição, contém apêndice ao texto prin-

cial, é *disposição permanente*?⁹ Por outro lado, e na mesma linha de indagações, se se concluir que *todo* o artigo é disposição *permanente*, restringirá ele, *tácita e permanentemente* os poderes do constituinte estadual, previstos no artigo 13 da mesma Constituição, este sim, de caráter indubitavelmente permanente? Qual a razão, então, da inclusão do artigo 200 neste Título?

Vê-se, pelo exemplo, que a técnica de elaboração de normas ou de emendas constitucionais, como de resto, de todo o direito legislado, inegavelmente, é um fator que, se não provoca mutações constitucionais, ensaja-a por via reflexa.¹⁰

Não é preciso insistir no assunto para demonstrar a perplexidade e as reais dificuldades de compreensão que a mutação tácita provoca, exigindo enorme, inteligente e difícil labor interpretativo, acarretando, por isso mesmo, mudanças constitucionais não pressentidas, pelo que é possível incluí-la entre as modalidades de processos anômalos de mudanças inconstitucionais.¹¹

Inteiramente indesejável, vez que não se destina a adaptar a Constituição à realidade concreta ou sequer dar vida à norma constitucional, mas ao contrário, é fator de perturbação na vida constitucional do Estado, cabe ao constituinte evitar dar ensejo a essa modalidade de mudança da Constituição.

9. A doutrina não se posiciona uniformemente à respeito. Os tribunais, particularmente o Supremo Tribunal Federal, têm atribuído à disposição caráter de norma geral permanente.

10. Confira-se, a propósito, a monografia de Otto Bachof ("Normas constitucionais inconstitucionais", trad. de José Manoel e M. Cardoso da Costa, Coimbra, Atlântica Ed., 1977), onde o Autor examina o tema sob o título "Inconstitucionalidade resultante da *mudança* de natureza das normas constitucionais. Cessaçãõ de vigência sem disposição expressa".

11. O tema sugere algumas questões. É possível uma emenda constitucional, pondo matéria nova, contrariar texto constitucional anterior? A Emenda constitucional nesse sentido, e posterior à Constituição, teria revogado, tacitamente, a norma anterior, com ela incompatível, ainda que a emenda não se refira expressamente a ela? Ou, ainda, a emenda posterior, não pode contrariar, implicitamente, a Constituição e, nesse caso, ela é inconstitucional? Todas essas indagações pressupõem, como ponto de partida, os limites ao exercício do poder de revisão constitucional e a existência ou não de reformas constitucionais inconstitucionais. Foge ao nosso objetivo aprofundar a questão que é mencionada apenas quanto ao aspecto pertinente, qual seja a de uma possível modalidade de mutação *inconstitucional* da Constituição.

CAPÍTULO II

PROCESSOS MANIFESTAMENTE INCONSTITUCIONAIS

SUMÁRIO: 1. Notas introdutórias. 2. Características comuns às mutações manifestamente inconstitucionais. 3. Efeitos das mutações manifestamente inconstitucionais. 4. Exemplos de mutação manifestamente inconstitucionais. 5. Notas finais.

1. Notas introdutórias

Este capítulo versa sobre os processos que provocam mudanças *contra a Constituição* e que podem ser reunidos sob a denominação comum de *violações à Constituição*.

As mudanças não formais à Constituição, tema do Título II, são perceptíveis ou invisíveis, porém sempre ocorrem dentro dos limites constitucionais: não alteram a letra nem o espírito da Constituição, mas adaptam-na à realidade, atribuindo-lhe novo sentido, renovado significado e ampliando-lhe ou restringindo-lhe o alcance.

Todavia, a prática constitucional revela constantemente que nem sempre as limitações impostas são observadas, e que as mudanças constitucionais escapam, muitas vezes, a qualquer controle.

A ausência de controle é resultado de vários fatores: os processos de mudança são incontroláveis pela natureza da matéria que versam ou pelo modo em que ocorrem; os controles são ineficazes, não os atingindo em plenitude; ou predominam, sobre eles, forças extraconstitucionais, forças políticas, pressões de grupos sociais, etc., de tal sorte que a mudança inconstitucional se impõe e gera efeitos na vida constitucional do Estado.

Surgem, assim, em contraposição às *mutações constitucionais*, as *mutações inconstitucionais*.¹

O tema, importantíssimo, ensejaria monografia específica, tal a riqueza de conteúdo e tal a importância que apresenta para a normalidade do sistema constitucional.

É vertido aqui, somente a título de complementação, para que se não percam de vista as conseqüências danosas, não desejadas, que os processos de mutação, inegavelmente necessários à adaptação permanente das normas constitucionais, podem ensejar quando transbordam os limites fixados.

As violações à Constituição assumem forma variada. Impossível registrá-las todas. Mencionem-se, portanto, algumas delas: as interpretações constitucionais legislativa, judicial e administrativa que, ao atuarem, contrariam a Constituição; as práticas ou costumes *contra constitutionem* — processos esses que se contrapõem aos de mutação constitucional em razão das falhas apontadas. De outro lado, agrupam-se processos, violentos ou não, que podem ou não, ter, no início, base constitucional e que provocam, como resultado, *mutações inconstitucionais* multifárias: suspensão da Constituição, ilegitimidade do exercício do poder ou, como *ultima ratio*, a supressão da Constituição. Esses processos são examinados pela doutrina sob titulação variada: golpes de estado, ditaduras, revoluções.²

2. Características comuns às mutações manifestamente inconstitucionais

As mutações inconstitucionais aqui tratadas apresentam alguns aspectos comuns.

Em primeiro lugar, são *manifestamente inconstitucionais*. A inconstitucionalidade, traço comum a todos esses processos, é facilmente perceptível.

1. Muitos autores adotam as expressões *falseamentos da Constituição* ou *quebrantamentos da Constituição* para significar qualquer alteração das Constituições rígidas, por qualquer modo que não seja o expressamente nela previsto. Neste trabalho distinguiu-se, de um lado, as mutações constitucionais, que alteram a Constituição sem importar em inconstitucionalidade; de outro, as *mutações inconstitucionais* que importam em violações à Constituição (cf. Teixeira, J.H. Meirelles, ob. cit., pág. 78).

2. O tema é também tratado em monografias sob o título "Sistemas de defesa da Constituição".

Em segundo lugar, os processos de mutação inconstitucional desbordam os *limites de forma* ou *fundo* fixados pelo constituinte e de observância obrigatória pelos órgãos de aplicação constitucional.

A terceira característica comum é a *ausência do controle de constitucionalidade*, que, não colhendo o processo em suas falhas, não impede a sua sobrevivência, posto que viciada.

Finalmente convém mencionar que nem sempre a violação constitucional afeta a Constituição de modo definitivo, isto é, nulificando ou acarretando a substituição ou supressão da norma constitucional.

Por vezes, esgota-se a inconstitucionalidade no ato praticado.

Daí a diversificação quanto aos *efeitos* das mutações inconstitucionais, assunto examinado a seguir.

3. *Efeitos das mutações manifestamente inconstitucionais*

Os processos de mutação manifestamente inconstitucional violam a Constituição. Contrariando-a, produzem deformação constitucional cujo alcance varia em grau e profundidade: *a)* podem contrariar parcialmente a Constituição afetando-a apenas num caso concreto, sem que o texto constitucional seja alterado ou revogado. Exemplifique-se: a prática de ato inconstitucional pelo Executivo, tal como uma nomeação decretada sem observância das formalidades constitucionais e não infirmada; *b)* podem ab-rogar ou derogar determinada norma constitucional; *c)* podem suspender, temporariamente, a eficácia das normas constitucionais; *d)* podem produzir rupturas no ordenamento constitucional; *e)* podem provocar mudança total da Constituição.

Em resumo, os processos de mutação manifestamente inconstitucional violam a letra e o espírito da Constituição, podendo ou não implicar alteração permanente do texto escrito.

4. *Exemplos de mutações manifestamente inconstitucionais*

Os meios pelos quais atuam esses processos já foram genericamente indicados e merecem agora ser particularizados e exemplificados. São eles: as leis, os atos administrativos de finalidade administrativa ou política e a interpretação judicial contrários à Constituição, o cos-

tume e as práticas inconstitucionais, inclusive os chamados *golpes de Estado*.³

A experiência constitucional revela a existência de leis e atos inconstitucionais que prevaleceram, não obstante o vício da inconstitucionalidade. Vejamos alguns exemplos.

A Constituição Francesa de 1946 proibia, expressamente, a delegação legislativa. Na prática, todavia, a norma constitucional foi constantemente violada pelo Governo e pelo Parlamento.⁴

Carl Schmitt registra a existência de leis inconstitucionais que contrariaram a Constituição de modo não permanente. Assim, por exemplo, o caso do período de mandato de um parlamentar que se prolonga, por uma só vez, mediante lei, apesar da regulação constitucional da duração do referido período.⁵

No Chile, em plena vigência da Constituição, criou-se o regime de decretos-leis delegados (decretos com força de lei), apenas constitucionalizados em 1970, sob o título de *decretos com força de lei* (artigo 44, 15). O exemplo é mencionado por Alberto Ramón Real.⁶

No Brasil, a doutrina aponta vários decretos-leis inconstitucionais por falta de atendimento de requisito ou motivação exigidos

3. Afaste-se a referência à revolução que, por suas características mais amplas, importa, em regra, substituição da Constituição ou substituição de seu fundamento, sob a invocação usual do exercício do Poder Constituinte originário. Para exame mais aprofundado do tema veja-se Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, "Direito...", ob. cit. Por outro lado, embora não se trate de processo informal, cabe menção à reforma inconstitucional que se contrapõe ao processo de *reforma autêntica*, rotulada por Burdeau de *fraude à Constituição* (ob. cit., pág. 266) e por Loewenstein (ob. cit.) de *quebrantamiento de la constitución*. Consiste a reforma inconstitucional na revisão constitucional formal elaborada com violação dos limites impostos ao poder constituinte instituído. A propósito, importa apenas salientar que a prática constitucional revela inúmeros exemplos de violação dessa ordem, particularmente no tocante aos limites de forma ou referentes ao procedimento da elaboração revisora. Burdeau demonstra que, resultantes dessa prática, várias revisões constitucionais foram postas em movimento e exemplifica. Vejam-se os exemplos citados: Revoluções autoritárias (a revolução fascista, a revolução nacional-socialista) utilizaram o processo de revisão constitucional expressamente previsto para, contrariando o espírito da Constituição, introduzir no Estado uma nova idéia de direito e um Poder Político novo (cf. Burdeau, ob. cit.).

4. Cf. Loewenstein, Karl, ob. cit., pág. 224.

5. Cf. Carl Schmitt, ob. cit., pág. 116.

6. "Dos métodos de interpretación constitucional", R. Dir. públ., São Paulo, 53/54:54, 1980.

pelo texto constitucional. Como tais decretos não sofreram controle pelo Judiciário, permanecem em vigor, produzindo efeitos.⁷

Na Bélgica, A. Vanwelkenhuyzen demonstra como a jurisprudência, a pretexto da necessidade determinada por *motivos de força maior* de suprir lacuna constitucional, *contrariando* textos expressos da Constituição⁸ declarou constitucionais *decretos-leis* do Rei Alberto Primeiro. Durante a guerra de 1914-1918 o Rei exerceu, com exclusividade, o poder legislativo mediante decretos-leis. Como a Constituição belga não prevê *estado de exceção* ou medida semelhante, o Rei chamou a si o exercício de poderes excepcionais e os tribunais não fulminaram tais poderes por inconstitucionais.

Na Itália, Biscaretti Di Ruffia aponta exemplos, na vigência do Estatuto Albertino, de costumes *contra legem* ou derogatórios da Constituição.⁹

Caso típico de costume *contra legem* ocorreu no Chile, com o desenvolvimento da chamada República Parlamentar, do fim do século passado até 1925, sem que se alterasse a Constituição que estabelecia, como forma de governo, o presidencialismo.¹⁰

Práticas inconstitucionais são também verificadas a todo momento.

Loewenstein aponta várias,¹¹ dentre as quais podem ser ressaltadas algumas, a saber:

A introdução do mandato imperativo, proibido pela Constituição, por via da submissão do deputado ao partido político, na França.

A Constituição japonesa de 1946, *a Constituição de McArthur*, proíbe a manutenção de forças de terra, mar ou ar. Não obstante, o Japão, sob o rótulo de *Forças de defesa nacional*, reconstruiu seu poder militar, ponto que tem ensejado controvérsias constitucionais sem, contudo, ter provocado, até o momento, emenda à Constituição, ou impedido o crescimento deste poder militar.

7. Cf. Ataliba, Geraldo, "O decreto-lei na Constituição de 1967", São Paulo, Revista dos Tribunais, 1967, págs. 79 e segs.

8. Cf. ob. cit., págs. 347 e segs. O artigo 26 da Constituição belga rezava "o poder legislativo é exercido conjuntamente pelo Rei, pela Câmara de Representantes e pelo Senado" e o artigo 130 dispunha "a Constituição não pode ser suspensa nem parcial nem totalmente".

9. Cf. "Diritto...", ob. cit., págs. 98-9. Carbone, Carmelo, "La consuetudine...", ob. cit., pág. 102, registra que o *estado de sítio* na Itália foi introduzido pelo costume.

10. Cf. Ramón Real, Alberto, ob. cit., pág. 54.

11. Cf. ob. cit., págs. 224 e segs.

Jorge Carpizo menciona exemplos de costumes contrários à Constituição Mexicana de 1857: "Assim, durante os períodos presidenciais de Lerdo de Tejada (1872-1876), Porfirio Díaz (1876-1880), Manuel Gonzáles (1880-1884), os Presidentes legislaram, sem prévia previsão constitucional, e, a partir de 1880, formou-se o costume de legislarem sem cumprir o requisito de antes suspenderem as garantias individuais. A Suprema Corte aceitou esta prática viciada e inconstitucional".¹²

A participação da Bélgica em organizações supra-nacionais era expressamente vedada pela respectiva Constituição e, não obstante, foi praticada até 1954, quando então se introduziu reforma à Constituição para permiti-la.

Por igual, a adesão da República Federal Alemã aos tratados da Comunidade Européia de Defesa implicava a criação de novo exército alemão. Posto que sem base constitucional, o exército foi criado. A situação somente foi solucionada em 1954, por emenda à Constituição.¹³

A violação constitucional resultante de atos praticados pelo Legislativo ou Executivo que, todavia, não implicam reforma da Constituição, também ocorre com certa freqüência.

No Brasil, exemplo muito citado é a investidura do Marechal Floriano Peixoto, então Vice-Presidente, no cargo de Presidente da República, contra as normas constitucionais.

O artigo 42 da Constituição de 1891 previa: "No caso de vaga, por qualquer causa, da Presidência ou Vice-Presidência, se não houverem ainda decorrido dois anos do período presidencial, proceder-se-á a nova eleição".

O Congresso Nacional, no período imediato à promulgação da Constituição, violando esse mencionado dispositivo constitucional, entendeu caber ao Vice-Presidente assumir a Presidência, embora a renúncia do Primeiro Presidente tivesse ocorrido antes de decorridos dois anos.¹⁴

12. Cf. Carpizo, Jorge, ob. cit., pág. 49.

13. Conforme se observa, grande número de práticas inconstitucionais acabam por merecer consagração expressa, nos textos constitucionais, de modo a permitir sua sobrevivência ao abrigo da regularidade da vida constitucional do Estado.

14. Cf. Maximiliano, Carlos, "Comentários...", ob. cit., págs. 463-4 e 105, também Cláudio Pacheco, "Tratado...", ob. cit., v. 1, págs. 240-1. O Congresso entendeu que o artigo 1º das *Disposições Transitórias* autorizava ambos, Presidente e Vice-Presidente, a governarem durante o primeiro período presidencial, qualquer que fosse a hipótese. Os Autores mencionados demonstram, à evidência, que essa interpretação não procedia, embora Maximiliano até a justifique como forma de evitar perturbações mais graves à ordem constitucional brasileira recém-instaurada.

A vida constitucional republicana, no Brasil, acentua Cláudio Pacheco, começou por *desabusadas violações da Constituição*, dentre as quais cita a *dissolução do Congresso*, medida tipicamente monárquica, não admissível numa Constituição Republicana.¹⁵

Milton Campos cita como exemplo de costume *contra constitutionem* a hipótese das prisões arbitrárias, que estariam banidas em face do texto do artigo 141, § 22: “A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e, nos casos previstos em lei, promoverá a responsabilidade da autoridade coatora”; e indaga: “Quando se aplicou esse texto? Quantas pessoas haverá por este País, neste momento, que estão presas sem comunicação ao juiz e sem que o juiz se lembre de relaxar a prisão e promover a responsabilidade pelo abuso?”¹⁶

Finalmente, cabe observar que as situações excepcionais e as crises institucionais conduzem ou induzem, com freqüência, os detentores do Poder Executivo a praticarem atos inconstitucionais, que percorrem um variado caminho, desde o exercício, puro e simples, de poderes de exceção não previstos na Constituição, até o uso de poderes dessa ordem, previstos na Constituição, para subvertê-la, mediante golpes de Estado.¹⁷

5. *Notas finais*

Em resumo, os *processos de mutação manifestamente inconstitucional* alteram, transformam, mudam, substituem e até mesmo des-

15. Cf. “Tratado...”, ob. cit., v. 1, pág. 240.

16. Cf. ob. cit., págs. 21-2. É conveniente que se observe que o Autor mencionou o exemplo em 1960, quando em vigor a Constituição de 1946.

17. Cf. Loewenstein, Karl, ob. cit., págs. 189 e segs. Na América Espanhola, cita o Autor, quando um Presidente quer se fazer ditador anula simplesmente a Constituição que proíbe a reeleição, e prescreve nova, que lhe dá *legalmente* poderes ilimitados (pág. 192). V. também pág. 288 e 346, onde o Autor menciona vários exemplos de *golpes de Estado* para manter Presidentes nos cargos; Gomes Canotilho (ob. cit., pág. 428) trata do tema sob o título *rupturas constitucionais*. Há, na verdade, farta literatura sobre as conseqüências provocadas pelas crises institucionais; cf. entre outros: Linares Quintana, “Derecho...”, ob. cit., v. 2, págs. 499 e segs. Lembra o Autor que as crises e emergências implicam a extinção e ruptura da Constituição. V. também Leroy, Paul, “L’organisation...”, ob. cit.; Ferreira Filho, Manoel Gonçalves “O estado de sitio...”, ob. cit.

troem normas constitucionais, ou a Constituição por inteiro. Por igual, os processos anômalos de mudança da Constituição.

Inadmissíveis teoricamente diante da concepção de Constituição, obra de um poder mais alto, reflexo de uma idéia de direito na comunidade, decisão política fundamental positivada, dotada de caráter impositivo que deve prevalecer sobre todo o sistema jurídico e político, abarcando, a um só tempo, todos os atos dos governantes e governados, perduram, todavia, na prática. Não há como negar-lhes existência.

Combatê-los e repeli-los é, pois, imperativo indiscutível.

Ao contrário, as mutações constitucionais devem ser admitidas, qualquer que seja o veículo adotado, sempre e desde que se cogite de adaptar, nos limites fixados, a Constituição a novas realidades, pois nada é mais conforme ao espírito da Constituição do que ser ela aplicada integral e efetivamente.

É, portanto, desejável e até mesmo necessário que as Constituições, na significativa expressão de Corwin “acertem passo com uma sociedade em progresso”.¹⁸

Mas o caminho aberto às adaptações constitucionais não deve servir de veículo para violações constitucionais, pretendidas ou não, intencionais ou não.

Essas violações devem ser repelidas, acentua com propriedade Meirelles Teixeira “venham de onde vierem — seja uma prática constitucional viciosa e sem apoio da opinião pública, seja uma lei ordinária capciosa, de fins escusos, bem ou mal disfarçados, ou mesmo de uma não aplicação que constitua atentado ou desrespeito às expresas finalidades constitucionais”.¹⁹

A lição é perfeita, e colhe, *in genere*, todas as modalidades de violações constitucionais que se contrapõem às *mutações constitucionais*.

Mas, resta a indagação: como fazer para coibi-las?

Os mecanismos e instrumentos do direito constitucional legislado não têm sido capazes de fazê-lo, em plenitude. Por isso mesmo, as violações, no panorama constitucional dos Estados se repetem, com frequência e de modo alarmante.

18. Cf. Corwin, Edward S., “La Constitución norteamericana y su significado actual”, trad. de Rafael M. Demaria, Buenos Aires, G. Kraft, 1942, pág. 82.

19. Cf. ob. cit., pág. 80.

Fortalecimento do controle jurisprudencial, adequação e efetivação do controle político-parlamentar, criação de novos instrumentos de controle popular, maior participação do povo no processo político, mediante aperfeiçoamento dos sistemas eleitorais e do sistema de partidos, são algumas das formulações lembradas pela doutrina e que podem conduzir à coibição das mutações inconstitucionais.

CONCLUSÕES

Concluir um trabalho exige esforço de síntese. Procura-se, a um só tempo, percorrer a matéria exposta, retomando os pontos fundamentais examinados e formular sugestões e proposições, se possível inovadoras, quando o tema tratado o permite.

Não fugirão a esses objetivos as conclusões desta obra.

De um lado, procurar-se-á, de modo bastante sintético, traçar resumo das observações colhidas ao longo do exame do tema. Esse será o objeto do item I destas conclusões.

Por outro lado, embora o estudo do tema aqui desenvolvido não se tenha detido, de modo particularizado e aprofundado, na análise da Constituição Brasileira e das mudanças não formais nela provocadas, suscitou o mesmo reflexões sobre vários pontos do nosso ordenamento constitucional, de molde a ensejar algumas proposições específicas voltadas para a realidade constitucional brasileira. Essas serão objeto do item II.

I

1. A realidade constitucional vem demonstrando que as Constituições rígidas, a par das reformas constitucionais, vão se modificando, assumindo significados novos, novos sentidos e renovado alcance.

Essas mudanças constitucionais são provocadas por modos e meios diferentes das formas organizadas do Poder Constituinte de Reforma Constitucional, ou seja, pelos chamados *processos informais de mudança constitucional*.

2. Duas espécies de mudanças não formais são reveladas pela prática constitucional. As mutações constitucionais e as mutações inconstitucionais. As primeiras constituem as alterações de significado, sentido e alcance da norma constitucional, sem todavia ferir a letra ou o espírito da Constituição. São, portanto, mutações juridicamente admissíveis, e perfeitamente compatíveis diante de uma Constituição rígida. Fundam-se no exercício do poder constituinte difuso e decorrem logicamente da própria Constituição, na medida em que se desenvolvem

para dar-lhe efetiva aplicação, meta última de qualquer Constituição posta.

As mutações inconstitucionais, inadmissíveis pela Constituição, não obstante são encontradas na prática constitucional porque sobrevivem graças a uma série de fatores, dentre os quais avulta a ausência ou ineficácia do controle de constitucionalidade que sobre elas deveria atuar.

3. As espécies de mutação constitucional mais freqüentemente apontadas pela doutrina são a *interpretação constitucional*, em suas várias modalidades e desdobramentos, e os *usos e costumes* constitucionais.

4. A interpretação constitucional, sobretudo a desenvolvida pelas vias legislativa, judicial e administrativa, provoca sensíveis e significativas mudanças constitucionais, de modo especial quando, para aplicar a norma constitucional, busca adequá-la às realidades concretas e presentes de uma sociedade em contínua evolução. Para que essa modalidade de mutação se desenvolva dentro dos limites constitucionais, pressupõe-se que a Constituição, no definir a organização fundamental do Estado, e no consagrar os fins, valores e princípios que consubstanciam a decisão política fundamental, seja genérica, esquemática e sintética, deixando larga margem de ação aos poderes constituídos na função de complementar integrar, concretizar e aplicar a norma constitucional.

5. Relevante é a mutação provocada pelo costume constitucional, notadamente quando este intervém para preencher lacunas constitucionais, ou para dar aplicação a normas de conteúdo restrito ou indefinido. A importância do costume constitucional, como modalidade de mutação constitucional, é perceptível de modo particular no tocante a matérias tais como o funcionamento interno dos poderes e o relacionamento entre eles.

6. As mutações inconstitucionais revelam-se na prática constitucional de duas maneiras: ou são facilmente perceptíveis porque contrariam a Constituição de modo manifesto e inequívoco e, não obstante, sobrevivem e persistem na vida constitucional dos Estados. Essas mutações constituem o grupo dos processos manifestamente inconstitucionais ou se trata de mutações que contrariam a Constituição de modo pouco perceptível: a inconstitucionalidade, nesses casos, decorre, principalmente, da idéia de que a Constituição nasce para ser aplicada e que qualquer obstáculo que se anteponha à sua efetiva aplicação é incompatível com a Lei Fundamental. Neste grupo reúnem-se os processos de mutação inconstitucional rotulados de *anômalos*, quais sejam, a *inércia* e o *desuso* no plano constitucional e a *mudança tácita* da Constituição.

7. As *mutações constitucionais* provocadas pela interpretação constitucional ou pelos costumes devem ser admitidas e até mesmo prestigiadas quando, atuando dentro dos limites impostos por uma Constituição rígida, permitem que se supere o distanciamento entre a Lei Maior e a realidade nacional, possibilitando, sem deturpações e violências, lenta adaptação do texto constitucional às novas exigências de uma sociedade em constante evolução. Ao contrário, *as mutações manifestamente inconstitucionais* devem ser vigorosamente repelidas. Encontrar meios de controle eficazes, *políticos*, vitalizando e fortalecendo a opinião pública, os órgãos de representação popular, os partidos políticos, e *jurisdicional*, ampliando o alcance do controle de constitucionalidade, a extensão e aplicação dos remédios constitucionais e fortalecendo o Poder Judiciário, deve ser objetivo de todo ordenamento constitucional que põe uma Constituição com a finalidade reta e insofismável de vê-la cumprida e aplicada efetivamente.

II

8. A Constituição Brasileira em vigor, considerada apenas sob o ângulo de análise que o tema tratado suscita, merece alterações de forma e de conteúdo.

9. Trata-se de Constituição analítica, por demais extensa, que se perde em minúcias e pormenores, que impedem sua compreensão e conhecimento e restringem e dificultam sua efetiva atuação e aplicação, pois ao mesmo tempo em que dispunha e limita, em demasia, a ação dos poderes constituídos, por outro lado lhes comete atribuições dificilmente realizáveis.

Cabe, pois, num reexame global, reduzir o texto à matéria verdadeiramente de conteúdo constitucional, permitindo que se elevem à categoria de norma constitucional escrita, de um lado, aquelas disposições relativas à forma de Estado, forma de governo, modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos, aos limites de sua ação, aos direitos do homem, individuais, políticos e sociais, indicando-se de modo genérico e sintético, porém suficientemente definido e flexível, os princípios, fins e valores que devem nortear a vida nacional; e de outro, que se consagrem algumas poucas disposições que, sem serem essencialmente constitucionais, merecem, diante da realidade brasileira, gozar de maior estabilidade e prestígio.

Notadamente no que se refere à estruturação do Estado Federal, a disciplina e os limites impostos aos constituintes estaduais devem ser revistos, de modo a permitir maior amplitude de ação aos Estados-Membros dentro de uma federação que se quer forte e indestrutível.

Tudo o mais deve ficar para a efetiva atuação dos poderes constituídos que, se fortalecidos, deverão, em contrapartida, serem submetidos a controles eficazes.

10. Para minimizar, senão impedir a inércia no plano constitucional, tão pernicioso como a ação inconstitucional, *de constitutione ferenda* poderá o ordenamento constitucional brasileiro abrigar algumas soluções tais como as a seguir expostas.

10.1 A fixação de prazos em matérias de maior relevância, de natureza legislativa ou não, com o estabelecimento de sanções específicas pelo descumprimento do prazo. Em se tratando, por exemplo, de atos dependentes de outro poder, a fórmula adotada poderá ser a edição do ato *ad referendum* do poder competente para revê-lo, atribuindo-se à rejeição efeitos *ex-tunc* ou *ex-nunc*, conforme a hipótese. Nesses casos, tanto a fixação de prazos como a atribuição de competência para editar atos referendáveis devem ser cercadas de cautelas, para evitar que o instrumento se torne veículo propício à predominância de um poder sobre outro, deturpando-se, desse modo, a finalidade objetivada.

10.2 A efetiva responsabilização dos detentores do poder diante da inobservância de dever constitucional, e a efetiva atribuição, a órgãos específicos, da fiscalização e controle recíprocos do cumprimento das disposições constitucionais, mediante:

- a) Exame periódico do desenvolvimento da atividade legislativa com vistas à aplicação das normas constitucionais e o consequente cometimento de competência a órgãos especiais para levantamento e proposição, junto aos poderes competentes, de medidas que visem ou a edição da norma legal de aplicação da Constituição, ou a reforma do texto constitucional por inoportuno, inviável ou irrealizável, ou, no caso de texto transitório, por ter-se esgotado pelo cumprimento. Essa atribuição poderia ser cometida ao Procurador-Geral da República e aos Procuradores-Gerais dos Estados, em razão das atribuições específicas que exercem.
- b) Ampliação do alcance dos remédios constitucionais para abrangência de casos de omissão ou inércia dos poderes constituídos, nas hipóteses que, presentemente, não são por eles obrigadas.
- c) Criação de Corte Constitucional, com a finalidade precípua de tratamento das questões constitucionais, o que viria reduzir o retardamento no exame das Representações de inconstitucionalidade, da maior importância para a normalidade da vida constitucional do país.

- d) Ampliação da participação direta do povo, especialmente a nível local, com as cautelas necessárias, mediante os instrumentos da iniciativa popular, do plebiscito e do referendo, e incentivo à participação dos órgãos da comunidade.
- e) Abertura de possibilidade de participação dos poderes estaduais, mediante a iniciativa legislativa, no tocante às leis de aplicação constitucional especificamente voltadas para os interesses peculiares do Estado-Membro.

11. No que se refere às mutações manifestamente inconstitucionais, dentro das proposições passíveis de serem reduzidas a fórmulas específicas, que possam encontrar abrigo em cláusulas constitucionais, sugere-se:

11.1 Ampliação do controle de constitucionalidade por via de ação direta, (a) para abranger atos de todo e qualquer poder, em todos os níveis de poder do Estado Federal brasileiro e (b) para permitir extensão da titularidade desse tipo de ação aos partidos políticos, aos órgãos de classe e aos próprios poderes públicos, em todos os níveis, para que se estabeleça novo mecanismo de freios e contrapesos, com vistas não somente à eficiência e responsabilidade da ação governamental mas, e principalmente, à garantia dos direitos fundamentais do homem.

11.2 Fortalecimento dos órgãos de controle, quer se trate de controle político, quer de controle jurisdicional, para que atuem de modo efetivo e eficaz.

11.3 Ampliação do alcance dos remédios constitucionais, particularmente da ação popular, com a conseqüente extensão da legitimidade para propô-la, a órgãos e entidades e, em especial, aos partidos políticos. Em contrapartida, previsão de sanções e ônus, inclusive honorários advocatícios, para coibir abusos.

BIBLIOGRAFIA

- AFONSO DA SILVA, José — “Ação direta de declaração de inconstitucionalidade de lei municipal”, *in*: São Paulo (Estado), Procuradoria-Geral do Estado, “Ação direta de controle da constitucionalidade de leis municipais, em tese”, São Paulo, Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado, 1979, págs. 79-114.
- — “Aplicabilidade das normas constitucionais”, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982.
- — “Curso de direito constitucional positivo”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976.
- — “Limitações ao poder de reforma constitucional”, *R. For.*, Rio de Janeiro, 259: 73-6, 1977.
- — “Princípios do processo de formação das leis no direito constitucional”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1964.
- ANDUEZA ACUNÁ, José Guillermo — “Los cambios constitucionales en América”, *in*: Instituto de Investigaciones Jurídicas, “Los cambios constitucionales”, México, D.F., UNAM, 1977, págs. 5-18.
- ANHAIA MELO, José Luiz — “Da separação de poderes à guarda da Constituição”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968.
- ARAÚJO CASTRO — “A Constituição de 1937”, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1938.
- ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de — “Motivo e motivação de ato administrativo”, São Paulo, 1978. Dissertação de concurso à Livre-Docência de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- ARGENTINA. Constituição — “Constitución de la Nación Argentina”, Buenos Aires, Astrea, 1975.
- ATALIBA, Geraldo — “O decreto-lei na Constituição de 1967”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1967.
- AUBERT, Jean-François — “Traité de droit constitutionnel suisse”, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1967, 2 vs.
- BACHOF, Otto — “Normas constitucionais inconstitucionais?” trad. de José Manuel e M. Cardoso da Costa, Coimbra, Atlântica Ed., 1977.

- BALLADORI PALLIEIR, G. — “Diritto costituzionale”, 11ª ed., Milano, Giuffrè, 1976.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha — “A teoria das constituições rígidas”, 2ª ed., São Paulo, J. Bushatsky, 1980.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira — “Processo constitucional”, Belo Horizonte, 1981. Tese para concurso de Professor Titular do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.
- _____ — “Teoria da constituição”, São Paulo, Resenha Universitária, 1979.
- BARBALHO, João V. C. — “Constituição Federal Brasileira: comentários”, Rio de Janeiro, Typographia da Companhia Litho-Typographica, 1902.
- BARBOSA, Ruy — “Comentários à Constituição Federal Brasileira”, coligidos e ordenados por Homero Pires, São Paulo, Saraiva, 1932-34, 6 vs.
- BARILE, Paolo — “Istituzioni di diritto pubblico”, 3ª ed., Padova, CEDAM, 1978.
- _____ — “Poder judicial y sociedad civil en las democracias occidentales contemporaneas”, *in*: Instituto de Investigaciones Jurídicas, “Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos”, México, D.F., UNAM, 1977, págs. 75-88.
- _____ — “Scritti di diritto costituzionale”, Padova, CEDAM, 1967.
- BARRETO, Carlos Educaro, org. — “Constituições do Brasil”, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1971.
- BERTHÉLEMY, Joseph & DUEZ, Paul — “Traité de droit constitutionnel”, 9ª ed., Paris, Dalloz, 1933.
- BASTOS, Celso — “O controle judicial da constitucionalidade das leis e atos normativos municipais”, *in*: São Paulo (Estado), Procuradoria-Geral do Estado, “Ação direta de controle da constitucionalidade de leis municipais, em tese”, São Paulo, Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado, 1979, págs. 67-77.
- BELLAVISTA, Girolamo — “Sulla interpretazione costituzionale”, *in*: “Studi ventennale costituzionale”, Firenze, 1969, págs. 57-65.
- BEVILACQUA, Clovis — “O espírito da Constituição Brasileira”, R. For., Bello Horizonte, 21: 5-15, 1914.
- BIELSA, Rafael — “Estudios de derecho público: III — derecho constitucional”, Buenos Aires, Arayú/Depalma, 1952.

- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo — “Diritto costituzionale: istuzioni di diritto pubblico”, 10ª ed., Napoli, Jovene, 1974.
- _____ — “Introduzione al diritto costituzionale comparato”, Milano, Giuffrè, 1969.
- _____ & ROZMARYN, Stefan — “La constitution comme loi fondamentale dans les états de l’Europe Occidentale et dans les états socialistes”, Turin, Institut Universitaire d’Études Européennes, 1966.
- BITTENCOURT, C. A. Lúcio — “O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis”, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1968.
- BONAVIDES, Paulo — “Ciência política”, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1972.
- _____ “Direito constitucional”, Rio de Janeiro, Forense, 1980.
- BOBBIO, Norberto — “Teoria dell’ordinamento giurídico”, Turim, G. Giappidelli Editore, Turim, s/ data.
- BRASIL. Congresso. Senado Federal — “Regimento Interno: Resolução n. 93, de 1970, com alterações até 1975”, Brasília, DF, 1976.
- BRASIL. Constituição — “Constituição Federal e Constituições dos Estados”, Brasília, DF, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1975, 2v.
- BRASIL. Constituição, 1891 — “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil acompanhada das leis orgânicas publicadas desde 15 de novembro de 1889”, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1891.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal — “Representações por inconstitucionalidade: dispositivos de constituições estaduais”, Brasília, DF, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1976, 2v.
- BRIDEL, Marcel — “Précis de droit constitutionnel et public suisse”, Lausanne, Payot, 1965.
- BRYCE, James — “A comunidade americana”, trad. de Ruy Jungmann, Rio de Janeiro, O Cruzeiro, 1959, 2v.
- BURDEAU, Georges — “Droit constitutionnel et institutions politiques”, 15ª ed., Paris, L.G.D.J., 1972.
- _____ — “O poder executivo na França”, trad. de João Cláudio Dantas Campos, Belo Horizonte, Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1961.
- _____ — “Traité de science politique”, 2ª ed., Paris, L.G.D.J., 1969, v. 4.
- BURGOA, Ignacio — “Derecho constitucional mexicano”, 2ª ed. México, D.F., Porrúa, 1976.

- CADART, Jacques — “Institutions politiques et droit constitutionnel”, Paris, LG.D.J., 1975, 2 v.
- CAMPOS, Milton — “Constituição e realidade”, R. For., Rio de Janeiro, 187: 18-22, 1960.
- CARBONE, Carmelo — “La consuetudine nel diritto costituzionale”, Padova, CEDAM, 1948.
- — “L’interpretazione delle norme costituzionale”, Padova, CEDAM, 1951.
- CARPIZO, Jorge & Fix-Zamudio, Héctor — “Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano”, *in*: Instituto de Investigaciones Jurídicas — “La interpretación constitucional”, México, D.F., UNAM, 1975, págs. 9-58.
- CARRÉ DE MALBERG, R. — “Contribution à la théorie générale de l’état”, Paris, Recueil Sirey, 1922, v. 2.
- CASTRO NUNES, J. — “Questões constitucionais: declaração de direito e bi-tributação”, R. For., Rio de Janeiro, 91: 5-17, 1942.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão — “A Constituição de 1946”, R. For., Rio de Janeiro, 111: 315-16, 1947.
- CENTRE NATIONAL DE RECHERCHES DE LOGIQUE — “Le problème des lacunes en droit”, Études publiées par Chaim Perelman, Bruxelles, Émile Bruylant, 1968.
- CHIERCHIA, Pietro Merola — “L’interpretazione sistematica della costituzione”, Padova, CEDAM, 1978.
- COOLEY, Thomas McIntire — “The general principles of constitutional law in the United States”, Boston, s.c.p., 1880.
- — “A treatise on the constitutional limitations”, 6ª ed., Boston, Little Brown, 1890.
- CORWIN, Edward S. — “La Constitución norteamericana y su significado actual”, trad. de Rafael M. Demaria, Buenos Aires, G. Kraft, 1942.
- COSTA, Edgard — “Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal”, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1964, 4 v.
- CRETELA JÚNIOR, José — “Curso de direito administrativo”, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1975.
- — “Dicionário de direito administrativo”, São Paulo, J. Bushatsky, 1972.
- — “Tratado de direito administrativo”, Rio de Janeiro, Forense, 1966, v. 2.
- CRISAFULLI, Vezio — “Lezioni di diritto costituzionale”, Padova, CEDAM, 1968, 2 v.

- DALLARI, Dalmo de Abreu — “Da atualização do Estado”, São Paulo, s.c.p., 1963.
- _____ — “Elementos de teoria geral do Estado”, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1979.
- _____ — “Lei municipal inconstitucional”, *in*: São Paulo (Estado), Procuradoria-Geral do Estado, “Ação direta de controle da constitucionalidade de leis municipais, em tese”, São Paulo, Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado, 1979, págs. 115-26.
- DE ROURE, Agenor — “A Constituinte republicana”, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1920, v. 2.
- DUARTE, José — “A Constituição Brasileira de 1946: exegese dos textos à luz dos trabalhos da Assembléia Constituinte”, Rio de Janeiro, s.c.p., 1947, v. 3.
- DUVERGER, Maurice — “Constitutions et documents politiques”, Paris, Presses Universitaires de France, 1957.
- FAVRE, Antoine — “Droit constitutionnel suisse”, 2ª ed., Fribourg, Ed. Universitaires, 1970.
- FERRAZ, Anna Candida da Cunha — “Poder constituinte do Estado-membro”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979.
- _____ & MEDAUAR, Odete, org. — “Constituições do Estado de São Paulo, R. Proc.-Geral Est. São Paulo, São Paulo, 8: 287-545, jun. 1976.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves — “Comentários à Constituição Brasileira”, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1977, 3 v.
- _____ — “Constitucionalidade do artigo 51 da Constituição do Estado de São Paulo”, R. Proc.-Geral Est. São Paulo, São Paulo, 16: 375-403, jun. 1980.
- _____ — “Curso de direito constitucional”, 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 1982.
- _____ — “O estado de sítio na Constituição Brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional”, São Paulo, 1964, 179 p. Dissertação para concurso à Livre Docência de Direito Constitucional, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- _____ — “Do processo legislativo”, São Paulo, Saraiva, 1968.
- _____ — “A Democracia Possível”, São Paulo, Saraiva, 1974.
- _____; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERRAZ, Anna Candida da Cunha — “Liberdades públicas: parte geral”, São Paulo, Saraiva, 1978.
- FLORIAN, Henri Bousquet de — “Revisions des constitutions”, Paris, Arthur Rousseau, 1891, v. 2.

- FORIERS, Paul — “Les lacunes du droit”, *in*: Centre National de Recherches de Logique, “Le problème des lacunes en droit”, Études publiées par Chaim Perelman, Paris, Émile Bruylant, 1968, p. 9-29.
- FRIBOURG. Constituição — “Constitution du Canton de Fribourg (du 7 mai de 1857)”. Édition 1961.
- GASPARINI, Diógenes — “Poder regulamentar”, São Paulo, J. Bushatsky, 1978.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim — “Direito constitucional”, Coimbra, Almedina, 1977.
- GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A. — “Curso de derecho constitucional”, Buenos Aires, G. Kraft, 1943, 2 v.
- GRANT, J. A. C. — “La legislación judicial y la jurisdicción de los tribunales federales: un estudio de los Estados Unidos, Argentina y México”, *in*: Instituto de Investigaciones Jurídicas, “Los cambios constitucionales”, México, D.F., UNAM, 1977, págs. 19-38.
- GRINOVER, Ada Pellegrini — “A ação direta de controle da constitucionalidade na Constituição Paulista”, *in*: São Paulo (Estado), Procuradoria-Geral do Estado, “Ação direta de controle da constitucionalidade de leis municipais, em tese”, São Paulo, Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado, 1979, págs. 51-66.
- _____ — “As garantias constitucionais do direito de ação”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973.
- _____ — “O poder público e o exercício da liberdade de pensamento”, R. Proc.-Gerál Est. São Paulo, São Paulo, 4: 51-92, 1973.
- _____ — “Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil”, São Paulo, J. Bushatsky, 1975.
- HAURIOU, Maurice — “Principios de derecho público y constitucional”, trad. por Carlos Ruiz del Castillo, 2ª ed., Madrid, Reus, s.d.
- HUBERLAND, Charles — “Les mécanismes institués pour combles les lacunes en loi”, *in*: Centre National de Recherches de Logique, “Le problème des lacunes en droit”, Études publiées par Chaim Perelman, Bruxelles, Émile Bruylant, 1968, págs. 31-66.
- ILLINOIS. Constituição — “Constitution of the State of Illinois”, Chicago, Institute of Government and Public Affairs, 1970.
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS — “Los cambios constitucionales”, México, D.F., UNAM, 1977.
- _____ — “Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos”, México, D.F. UNAM, 1977.
- _____ — “La interpretación constitucional”, México, D.F., UNAM, 1975.

- KELSEN, Hans — “Teoria general del derecho y del estado”, trad. de Eduardo García Maynez, México, D.F., Textos Universitários, 1969.
- — “Teoria pura do direito”, trad. de João Baptista Machado, 2ª ed., Coimbra, Arménio Amado, 1962, v. 2.
- LACERDA, Galeno — “Constitucionalidade do artigo 51 da Constituição do Estado de São Paulo”, R. Proc.-Geral Est. São Paulo, São Paulo, 16: 315-73, jun. 1980.
- LASSALE, Ferdinand — “Qué es una constitucion”? trad. de Wenceslao Roces, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1976, 161 p.
- LEROY, Paul — “L’organization constitutionnelle et les crises”, Paris, LG.D.J., 1966.
- LESSA, Pedro — “Do Poder Judiciário: direito constitucional brasileiro”, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1915, 435 p.
- LI BASSI, Antonino Pensovecchio — “L’interpretazione delle norme costituzionale: natura, metodo, difficoltà e limiti”, Milano, Giuffrè, 1977.
- LIMON ROJAS, Miguel — “Algunas consideraciones sobre interpretación constitucional”, in: Instituto de Investigaciones Jurídicas, “La interpretación constitucional”, México, D.F. UNAM, 1975, págs. 73-9.
- LINARES QUINTANA, Segundo V. — “La constitución interpretada”, Buenos Aires, Depalma, 1960.
- — “Derecho constitucional y instituciones políticas: teoría empírica de las instituciones políticas”, 2ª ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1976, 2 v.
- LOEWENSTEIN, Karl — “Teoria de la constitución”, trad. por Alfredo Gallego Anabitarte, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1976.
- LÓPEZ VALADEZ, Francisco — “La interpretación judicial de la constitución”, in: Instituto de Investigaciones Jurídicas, “Los cambios constitucionales”, México, D.F., UNAM, 1977, págs. 39-46.
- MARQUES, José Frederico — “A reforma do Poder Judiciário”, São Paulo, Saraiva, 1979.
- MARTINES, Temistocle — “Le fonti del diritto”, in: ——— — “Diritto costituzionale”, Milano, Giuffrè, 1978, págs. 107-17.
- MAXIMILIANO, Carlos — “Comentários à Constituição Brasileira”, 5ª ed., Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918.
- — “Hermenêutica e aplicação do direito”, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1980.

- MEDAUAR, Odete — “Da destinação dos bens expropriados”, São Paulo, 1981, 270 p., Dissertação para concurso à Livre-Docência de Direito Administrativo, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- MEIRELLES, Hely Lopes — “Direito administrativo brasileiro”, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975.
- MELO FRANCO, Afonso Arinos de — “Curso de direito constitucional brasileiro”, Rio de Janeiro, Forense, 1968, v. 1.
- _____ — “Direito constitucional: teoria da constituição, as Constituições do Brasil”, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- MÉXICO. Constituição, 1917 — “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, 52, ed. México, D.F., Porrúa, 1973.
- MIRANDA, Jørges, org. — “Constituições políticas de diversos países”, 2ª ed., Lisboa, Imprensa Nacional, 1975.
- _____ — “Manual de Direito Constitucional”, Coimbra, Revista Coimbra Editora, 1983, Tomo II 2ª ed.
- MIRANDA, José — “Reforma y tendencias constitucionales recientes de la América Latina (1945-1956)”, México, D.F., UNAM, 1957.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brede et de — “De l’esprit des lois”, Paris, Ed. Sociales, 1977.
- MORTATI, Costantino — “Costituzione: b) dottrine generali e Costituzione della Repubblica Italiana”, in: Enciclopedia del diritto, Milano, Giuffrè, 1962, v. 11, págs. 139-231.
- MURPHY, Walter F. — “A arte da interpretação constitucional”, in: Ensaios sobre a Constituição dos Estados Unidos, trad. de Élcio Gomes Cerqueira, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1978, págs. 186-226.
- NAGLE, Jorge — “Educação e sociedade na Primeira República”, São Paulo, EPU/EDUSP, 1974.
- NEUCHÂTEL. Constituição — “Constitution de la République et Canton de Neuchâtel (du 21 novembre 1858)”, Édition 1970.
- OLIVEIRA VIANNA, Francisco José de — “Novos métodos de exegese constitucional”, R. For., Rio de Janeiro, 72: 5-14, 1937.
- PACHECO, Cláudio — “Tratado das constituições brasileiras”, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1958/65, vs. 1 e 10.
- PEREIRA LIRA, José — “A Constituição de 1934: o artigo 178”, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1935.
- PÉREZ CARRILLO, Agustín — “La interpretación constitucional”, in: Instituto de Investigaciones Jurídicas, “La interpretación constitucional”, México, D.F., UNAM, 1975, págs. 81-94.
- PIERANDREI, Franco — “L’interpretazione delle norme costituzionale in Italia”, Giur. cost., 1962, págs. 550-71..

- PIMENTA BUENO, José Antonio — “Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império”, Rio de Janeiro, Ministério da Justiça e Negócios do Interior, 1958.
- PINTO FERREIRA, Luís — “Da constituição”, 2ª ed., Rio de Janeiro, J. Konfino, 1956.
- _____ — “Princípios gerais do direito constitucional moderno”, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971, t. 1.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti — “Comentários à Constituição de 1946”, 2ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1953, 6 v.
- _____ — “Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional n. 1, de 1969”, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970-74, 6 v.
- _____ — “Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil”, Rio de Janeiro, Ed. Guanabara, 1938.
- PORTELLA, Joaquim Pires Machado — “Constituição Política do Império do Brasil confrontada com outras constituições e anotada”, Rio de Janeiro, Typographya Nacional, 1876.
- PORTUGAL. Constituição — “Constituição da República Portuguesa”, 2ª ed., Coimbra, Atlântica Ed., 1976.
- PRITCHETT, C. Herman — “A supremacia judicial de Marshall a Burger”, *in*: Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos, trad. de Elcio Gomes Cerqueira, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1978, págs. 144-62.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto — “Los cambios constitucionales a través de la costumbre y la jurisprudencia”, *in*: Instituto de Investigaciones Jurídicas, “Los cambios constitucionales”, México, D.F., UNAM, 1977, págs. 109-35.
- RAMÓN REAL, Alberto — “Los métodos de interpretación constitucional”, *R. Dir. públ.*, São Paulo, 53/54: 50-7, 1980.
- RÃO, Vicente — “O direito e a vida dos direitos”, São Paulo, Max Limonad, 1952, v. 1.
- REALE, Miguel — “Lições preliminares de direito”, São Paulo, J. Bushatsky, 1973.
- _____ — “Nos quadrantes do direito positivo: estudos e pareceres”, São Paulo, Michalany, 1960.
- _____ — “Teoria do direito e do estado”, 3ª ed., São Paulo, Martins Ed., 1970.
- RODRIGUES, Leda Boechat — “A Corte Suprema e o direito constitucional americano”, Rio de Janeiro, Forense, 1958.

- _____ — “História do Supremo Tribunal Federal: I — 1891-1898 (defesa das liberdades civis)”, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1965.
- SACHICA, Luis Carlos — “Constitucionalismo colombiano”, 5ª ed., Bogotá, Temis, 1977.
- SAGUES, Nestor Pedro — “Las leyes secretas: el sigilo legislativo en el derecho constitucional argentino”, Buenos Aires, Depalma, 1977.
- SAMPAIO, Nelson de Sousa — “O poder de reforma constitucional”, Salvador, Progresso Ed., 1954.
- SANCHEZ AGESTA, Luis — “Curso de derecho constitucional comparado”, 5ª ed., Madrid, Universidade de Madrid, 1974.
- SÃO PAULO (Estado). Assembléia Legislativa — “Comissão de Constituição e Justiça: principais pareceres — biênio 1975/1976”, Comp. do Presidente Deputado Evandro Mesquita, São Paulo, s.c.p., s.d.
- SÃO PAULO (Estado). Constituição, 1967 — “Constituição do Estado de São Paulo: Emenda Constitucional n. 2, de 30 de outubro de 1969, atualizada até a Emenda Constitucional n. 35, de 3 de dezembro de 1982”, São Paulo, Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado, 1983, 229 p. (Série Documentos, n. 7).
- São Paulo (Estado). Procuradoria-Geral do Estado — “Ação direta do controle da constitucionalidade de leis municipais, em tese”, São Paulo, Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado, 1979, 277 p. (Série Estudos).
- _____ — “Súmulas da Procuradoria-Geral do Estado e pareceres referidos”, São Paulo, Centro de Estudos, 1982, 319 p. (Série Documentos, n. 6).
- SARASATE, Paulo — “A Constituição do Brasil ao alcance de todos”, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1967.
- SCHMITT, Carl — “Teoría de la constitución”, México, D.F., Nacional, 1970.
- SCHWARTZ, Bernard — “Direito constitucional americano”, trad. de Carlos Nayfeld, Rio de Janeiro, Forense, 1968.
- SEABRA FAGUNDES, M. — “O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário”, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979.
- _____ — “Da Desapropriação no direito constitucional brasileiro”, R. Dir. admin., Rio de Janeiro, 14: 1-22, out./dez. 1948.
- _____ — “Meios institucionais de proteção dos direitos indi-

- viduais”, R. Proc.-Geral Est. São Paulo, São Paulo, 10: 115-30, jun. 1977.
- SEGANFREDDO, Sonia Maria S. — “Como interpretar a lei: a interpretação do direito positivo”, Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1981, Prêmio “Gelson Fonseca” da OAB, 1979.
- SILVEIRA, Alípio — “Os métodos de interpretação da lei em nosso Supremo Tribunal”, R. For., Rio de Janeiro, 189: 18-42, 1960.
- SUIÇA. Constituição, 1874 — “Constitution Fédérale de la Confédération Suisse du 29 mai 1874”, Berne, Chancellerie Fédérale, 1977.
- TÁCITO, Caio — “O poder de polícia e seus limites”, *in*: _____ — “Direito administrativo”, São Paulo, Saraiva, 1975, págs. 134-45.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando — “Algunas consideraciones sobre la interpretación jurídica (con especial referencia a la interpretación constitucional)”, *in*: Instituto de Investigaciones Jurídicas, “La interpretación constitucional”, México, D.F., UNAM, 1975, págs. 125-57.
- TEIXEIRA, J. H. Meirelles — “Apostilas de direito constitucional”, São Paulo, FADUSP, 1961, Mimeo.
- VANOSI, Jorge Reinaldo A. — “Teoria constitucional: II — supremacia y control de constitucionalidad”, Buenos Aires, Depalma, 1976.
- VAZ DA SILVA, Floriano Corrêa — “Direito Constitucional do Trabalho”, S. Paulo, LTR, 1977.
- VANWELKENHUYZEN, A. — “De quelques lacunes du droit constitutionnel belge,” *in*: Centre National de Recherches de Logique, “Le problème des lacunes en droit”, Études publiées par Chaim Perelman, Bruxelles, Émile Bruylant, 1968, págs. 339-61.
- VESCOVI, Enrique — “Función del poder judicial en los sistemas constitucionales de América Latina”, *in*: Instituto de Investigaciones Jurídicas, “Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latino-americanos”, México, D.F., UNAM, 1977, págs. 187-99.
- WATANABE, Kazuo — “Controle jurisdiccional e mandado de segurança contra atos judiciais”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, 192 págs.
- _____ — “Mandado de segurança contra atos judiciais”, R. Proc.-Geral Est. São Paulo, São Paulo, 10: 441-55, jun. 1977.
- WHEARE, Karl C. — “Modern constitutions”, London, Oxford University Press, 1973.

