

As mutações constitucionais no contexto
brasileiro de crise da representação democrática

Constitutional mutations in the brazilian
context of democratic representation crisis

THIAGO COELHO SACCHETTO

VOL. 2 Nº 1 MARÇO 2015

WWW.E-PUBLICA.PT

AS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS NO CONTEXTO BRASILEIRO DE CRISE DA REPRESENTAÇÃO DEMOCRÁTICA

CONSTITUTIONAL MUTATIONS IN THE BRAZILIAN CONTEXT OF DEMOCRATIC REPRESENTATION CRISIS

THIAGO COELHO SACCHETTO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade - Cidade Universitária

1649-014 Lisboa - Portugal

tcsacchetto@gmail.com

Sumário: 1. Introdução; 2. Aplicação das mutações constitucionais no Brasil e a história do instituto; 2.1. As referências do Supremo Tribunal Federal às mutações constitucionais; 2.2. Breve identificação histórica das mutações constitucionais; 2.3. Justificativa das mutações constitucionais; 3. A realidade constitucional brasileira e as mutações constitucionais no Estado Democrático de Direito; 3.1. Teoria tridimensional do direito e as mutações constitucionais; 3.2. Crise de representação e as mutações constitucionais; 3.3. As mutações constitucionais e a abertura hermenêutica; 4. Conclusões.

Resumo: Considerando a construção doutrinária acerca do conceito de mutação constitucional e os limites para a sua aplicação pela via judicial, o presente artigo faz uma crítica à utilização vacilante do instituto pelo Supremo Tribunal Federal, relacionando-a ao contexto de crise de representação democrática, a teoria hermenêutica da sociedade aberta dos intérpretes da constituição e à influência dos fatores sociais para a sua ocorrência.

Palavras-chave: mutação constitucional, teoria tridimensional do direito, crise de representação democrática, realidade constitucional, teoria da sociedade aberta dos intérpretes da constituição.

Abstract: Considering the doctrinal construction about the concept of constitutional mutation and the limits to its application by the courts, this article criticizes the oscillating use of this institute by the Brazilian Supreme Court, relating it to the crisis of democratic representation, the hermeneutic theory of open interpreters of the constitution and the influence of social factors for its occurrence.

Keywords: constitutional mutation, three-dimensional theory of law, crisis of democratic representation, constitutional reality, theory of open society interpreters of the constitution.

1. Introdução

A expressão mutação constitucional – *verfassungswandlung* – desenvolvida em seus contornos iniciais pela doutrina juspublicista alemã, a nosso ver, carrega consigo uma ideia de imprecisão e instabilidade deste instituto jurídico em razão da associação semântica que é possível se fazer com o conceito advindo das ciências biológicas.

Questiona-se: constatar a existência de uma mutação constitucional seria constatar a própria imprevisibilidade do direito ou a sua subserviência às mudanças ocorridas no bojo do mundo fático? Estaria o direito, como regramento jurídico do *dever ser*, subordinado ao mundo do *ser* a partir do momento em que aceitamos o fenômeno da mutação constitucional?

Considerando a finalidade do presente estudo e os limites de sua amplitude, de forma sintética, procuraremos fazer algumas considerações críticas sobre o conceito de mutação constitucional e a sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. Uma vez delimitada a opção pelo estudo e crítica das mutações constitucionais realizados por meio da interpretação judicial¹, adentrar-se-á nas circunstâncias fáticas brasileiras que ocasionam a expansão da utilização deste instituto pelo Supremo Tribunal Federal.

Assentada a linha de pensamento elegida, por meio da qual se conclui que as mutações constitucionais nada mais são do que o resultado de processos interpretativos nos quais se verificam a alteração do sentido da norma constitucional em razão de mudanças ocorridas sobre os fatos relacionados ao seu âmbito de concretização, sugere-se a adoção de uma postura hermenêutica capaz de permitir que a atualização da Constituição ocorra sem o abandono da legitimidade democrática que fundamenta o Estado Democrático de Direito.

2. Aplicação Das Mutações Constitucionais No Brasil E A História Do Instituto

2.1. As Referências Do Supremo Tribunal Federal Às Mutações Constitucionais

Com uma breve análise da utilização e aplicação do conceito de mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, em julgados nos quais ele teria identificado a ocorrência do fenômeno, constata-se que a expressão mutação constitucional tem sido aplicada pela colenda corte brasileira sem a existência de um parâmetro científico-dogmático que permita determinarem-se quais são os traços individualizantes deste instituto.²

1. Devido a um intencional corte epistemológico realizado, o estudo se concentrará nas mutações constitucionais realizadas por meio da interpretação judicial (em detrimento das mutações constitucionais realizadas por meio da interpretação legislativa ou administrativa), fazendo-se a devida interface de suas relações com as práticas sociais.

2. Cfr. FLÁVIO QUINAUD PEDRON, *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade*. 1ª

A inexistência de um critério dogmático forte que venha a distinguir qual a definição e quando se aperfeiçoa uma mutação constitucional é perceptível diante a análise da jurisprudência do STF, por meio da qual se constata que o referido fenômeno tem sido empregado pelo tribunal com acepções diametralmente opostas, o que acaba eclipsando os traços marcantes desta figura do Direito Constitucional.³

A partir do levantamento de uma série de julgados efetuados pelo Supremo Tribunal Federal, nos quais a expressão mutação constitucional foi utilizada de forma literal⁴, a doutrina tem constatado que o instituto tem sido empregado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos com três denotações cardeais.⁵

Entre elas destacam-se o intuito: 1) de demonstrar uma simples mudança interpretativa ocorrida sobre o significado de determinado dispositivo legal⁶; 2) de fazer referência a uma alteração formal da Constituição realizada por meio de emenda constitucional⁷ e; 3) de abordar um método hermenêutico de atualização do significado da norma a partir de uma alteração ocorrida na realidade dos fatos⁸.

Edição. Belo Horizonte: Arraes, 2012, pp. 52-56. O doutrinador aponta a falta de critério e a inconsistência da aplicação do fenômeno da mutação constitucional pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal. De modo exemplificativo, enuncia a utilização do instituto nos MS n. 26.602, n. 26.603 e 26.604, pelo Ministro Gilmar Mendes, nos quais o termo é utilizado como sinônimo para a criação ou mudança interpretativa sobre determinado dispositivo legal, sem que haja mudança fática das relações normatizadas. Aponta ainda a utilização da mutação constitucional como sinônimo de Emenda Constitucional pelo Min. Carlos Ayres de Britto nos julgamentos da Rcl. N. 7.336-SP e do QO HC n. 86.009-5/DF, exemplificando a inexistência de consenso sobre a definição conceitual do fenômeno em estudo.

3. Cfr. ADRIANO SANT'ANA PEDRA, *Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, pp. 106-111. Com esteio em consagrada doutrina, o Autor disserta a respeito do fato de que as mutações constitucionais não se confundem com figuras tradicionais da dogmática constitucional como a mudança de posicionamento de uma Corte devido à alteração dos seus membros ou a ideia de mudança formal da Constituição.

4. Cfr. RODRIGO SARMENTO BARATA, *A mutação constitucional e o STF: Sua utilização e algumas perspectivas*. São Paulo: Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público, 2009. pp. 10-14. Em monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, Rodrigo Sarmiento Barata identifica a utilização da Mutação Constitucional pelos Ministros do STF em 26 acórdãos diferentes.

5. RODRIGO SARMENTO BARATA, *A mutação*, pp. 10-14, também reconhece a inexistência de um critério fixado pelo STF para aplicar o instituto e adota uma classificação tripartida para enunciar os significados dados pelo tribunal no levantamento realizado.

6. Acórdão do STF de 21/11/2006, AgR RE n° 450.504-5/MG, DJ 02-02-2007, EMENT VOL-02262-09; pesquisável em <http://www.stf.jus.br>; Acórdão do STF de 29/08/2006, QO HC n° 86.009-5/DF; DJ 27-04-2007, EMENT VOL-02273-01, pesquisável em <http://www.stf.jus.br>.

7. Decisão Monocrática do Min. do STF Carlos Britto de 16/12/2008, Rcl n° 7.336/SP, DJe-022 DIVULG 02/02/2009, pesquisável em <http://www.stf.jus.br>.

8. Acórdão do STF de 20/03/14, Rcl 4.335/AC, DJe-208 DIVULG 21-10-2014, EMENT VOL-02752-01, pesquisável em <http://www.stf.jus.br>; Acórdão do STF de 23/09/2008, HC 90.450-5/MG, DJe-025 DIVULG 05-02-2009, EMENT VOL-02347-02, pesquisável em <http://www.stf.jus.br>.

De acordo com o conceito adotado neste trabalho, apenas as referências feitas pelo Supremo Tribunal Federal ao fenômeno da mutação constitucional enquadradas no terceiro grupo, ou seja, como resultado de um método hermenêutico de atualização do significado da norma a partir de uma alteração ocorrida na realidade dos fatos podem efetivamente ser emolduradas na tipologia das mutações, considerando que as decisões abarcadas pelo primeiro e segundo grupo tratam respectivamente de genuínas interpretações jurídicas – que não guardam necessária correspondência com a verificação de uma alteração ocorrida na realidade dos fatos – e de processos formais de revisão constitucional (emendas constitucionais).

De forma sintética, e sem nos olvidarmos de posteriormente opinarmos sobre algumas das críticas efetuadas sobre o conceito de mutação constitucional adotado, podemos defini-la como o resultado de um processo informal de revisão da Constituição por meio do qual o sentido da norma constitucional é alterado via interpretação judicial, devido à ocorrência de mudanças na realidade fática, sem que efetivamente seja promovida qualquer alteração no texto da norma.⁹

2.2. Breve Identificação Histórica Das Mutações Constitucionais

Um dos primeiros autores do direito público alemão e da doutrina em geral a identificar e fazer uma distinção entre reforma constitucional – *verfassunganderung* – e mutação constitucional – *verfassungswandlung* – foi Paul Laband, que de modo elogiável iniciou o estudo jurídico das alterações informais da Constituição.¹⁰

Como nos ensina a doutrina, o célebre jurista alemão não teria se preocupado em teorizar com profundidade acerca da legitimidade ou sobre as hipóteses de

stf.jus.br.

9. Em sentido semelhante é a definição dada por Anna Cândida da Cunha Ferraz, para quem: “(...) 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.” ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, *Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. 1ª Edição. São Paulo: Max Limonad Ltda., 1986, p. 10. Cfr. GILMAR MENDES / PAULO GUSTAVO BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 152: “O estudo do poder constituinte de reforma instrui sobre o modo como o Texto Constitucional pode ser formalmente alterado. Ocorre que, por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isto ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional.”

10. Conforme ensinam ANA VICTORIA SÁNCHEZ URRUTIA, *Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución*. Una aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 58, ano 20, jan./abr. 2000, pp. 108-110; e ADRIANO SANT’ANA PEDRA, *Mutação*, p. 80, ao fazer referência ao livro de PAUL LABAND, *Le droit public de l’Empire allemand*. Tradução C. Gandilhon. Paris: V. Giard & E. Brière, 1900, na tradução ao francês.

cabimento da mutação constitucional tendo se concentrado precipuamente em identificar a ocorrência do fenômeno, a seu ver, utilizado para promover adequações entre as normas e a realidade.¹¹

O desenvolvimento do conceito do fenômeno teria se dado posteriormente, sobretudo com Georg Jellinek, que fez uma clássica diferenciação entre reforma e mutação constitucional a partir da adoção de um critério inovador, que analisava a existência ou não existência de aspectos de intencionalidade ou não intencionalidade¹² contidos nas alterações operadas sobre a Constituição.

Para Jellinek a reforma constitucional seria aquele processo de alteração da Constituição realizado com a modificação do seu texto por meio de atos voluntários e intencionais realizados pelos legitimados, enquanto a mutação constitucional estaria relacionada a mudanças ocorridas e promovidas devido à força normativa dos fatos, que ocorreriam sem uma consciência intencional das alterações manejadas.¹³

Ao analisar a força normativa dos fatos, Jellinek faz um importante estudo sobre a influência que o político, o cultural e o social exercem sobre o direito, evidenciando o fato de que forças políticas reais em determinadas situações agem a revelia das limitações jurídicas e das normas positivadas, possuindo força autônoma para a conformação da realidade e mesmo do direito.¹⁴

Considerados os diversos contributos dados por juristas alemães durante o período de Weimar para o desenvolvimento das mutações constitucionais, atribui-se ao jurista chinês Hsü Dau-Lin o mérito de ter sido pioneiro na sistematização do conteúdo sobre a teoria da mutação constitucional, tendo para tanto levado em consideração principalmente os contributos dado ao tema por Laband, Jellinek, Heller e Smend¹⁵.

O jurista do oriente aponta que a mutação constitucional seria um fenômeno

11. Destaque-se o fato de que Laband não teria se proposto a fazer uma distinção entre Direito e Política, razão pela qual o seu discurso era limitado e não reconhecia a ideia de força normativa da constituição, conforme leciona KONRAD HESSE, *Escritos de derecho constitucional : selección*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. pp. 94-99 em referência a obra original de PAUL LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, 5ª Edição, 1911.

12. Cfr. Lecionam FLÁVIO QUINAUD PEDRON, *Mutação* p. 93. ADRIANO SANT'ANA PEDRA, *Mutação*, pp. 81-86 e ANA VICTORIA SÁNCHEZ URRUTIA, *Mutación*, pp. 110-113 em referência a GEORG JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*. Tradução de Christian Förter. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

13. Cfr. afirma KONRAD HESSE, Konrad. *Escritos*, pp. 91-92.

14. Cfr. afirma FLÁVIO QUINAUD PEDRON, *Mutação*, p. 96 baseado em GEORG JELLINEK, *Reforma*.

15. Para um melhor detalhamento das concepções e conceitos de mutação constitucional adotados por Hermann Heler e Rudolf Smend, ver ADRIANO SANT'ANA PEDRA, *Mutação*, pp. 86-93 e as obras a que faz referência: HERMANN HELLER, *Teoria do Estado*. Tradução Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968 e RUDOLF SMEND, *Constitución y derecho constitucional*. Tradução José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

moderno e nitidamente associado à adoção de uma Constituição formal e rígida¹⁶, considerando que em um Estado no qual a Constituição não é escrita, a dissonância entre realidade e normatividade constitucional não poderia ser apreendida de forma evidente, perspectiva esta que contribui de forma decisiva para a análise do instituto em questão.

Em estudos publicados em épocas próximas, Karl Loewenstein adota a ideia de mutação constitucional sob uma ótica de naturalidade¹⁷ e relaciona o instituto à necessidade de preservação do *sentimento constitucional*, classificando o fenômeno como “um processo de acomodação do direito constitucional em uma realidade constitucional” que teria o papel de manter a Constituição viva.

Em outra via, em uma perspectiva mais recente, Konrad Hesse disserta sobre a mutação constitucional como um mecanismo para preservação da força normativa da Constituição por meio de uma ordem concreta de valores, de modo que no desenvolver dos seus estudos¹⁸, determina interessantes limites sobre o fenômeno da mutação constitucional afirmando que: “resulta inadmissível uma interpretação diferente dos enunciados constitucionais em franca contradição com o seu texto”.¹⁹

Traçado um brevíssimo resumo sobre alguns dos principais pontos suscitados pela doutrina alemã acerca do fenômeno das mutações constitucionais em termos históricos, passemos a analisar às justificativas teóricas dadas para a utilização desta figura, compreendida hodiernamente pela doutrina majoritária como o resultado de um processo hermenêutico de atualização do significado da norma a partir da constatação de uma alteração ocorrida na realidade dos fatos que ela regulamenta.²⁰

2.3. Justificativa Das Mutações Constitucionais

A figura da mutação constitucional²¹ tem despertado grande interesse por parte da doutrina brasileira nos últimos anos, sobretudo devido a sua incorporação em

16. Cfr. leciona ADRIANO SANT'ANA PEDRA, *Mutação*, pp. 93-99 em referência a HSU DAU-LIN, *Mutación de la constitución*. Tradução Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

17. Cfr. FLÁVIO QUINAUD PEDRON, *Mutação*, pp. 120-126 embasado em KARL LOWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*. 2ª Edição. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.

18. KONRAD HESSE, Konrad, *Escritos*, pp. 105-112.

19. FLÁVIO QUINAUD PEDRON, *Mutações*, p. 132.

20. Em sentido semelhante dispõe ADRIANO SANT'ANA PEDRA, *Mutação*, p. 67, para quem: “A mutação constitucional parte do pressuposto básico de que é preciso que exista uma norma constitucional devidamente concretizada para que esta seja objeto de mutação. Em outras palavras ‘as mutações constitucionais nada mais são que alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático axiológico em que se concretiza a sua aplicação.

21. Cumpre pontuar que a doutrina nem sempre faz referência ao fenômeno com o nome de mutação constitucional. Para uma sucinta descrição de diferentes terminologias ver UADI LAMMÊGO BULOS, *Alterações informais na Constituição*. Revista do advogado, São Paulo, a.23 n.73: AASP. 2003. p.200.

vários julgados recentes proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, nos quais ela tem sido utilizada em situações polêmicas e contraditórias e sem o devido rigor científico-dogmático²².

Em termos predominantes, a principal justificativa que a doutrina utiliza para fundamentar o uso das mutações constitucionais está atrelada ao argumento de necessidade de atualização da Constituição por meio de uma interpretação evolutiva, que seja capaz de manter a força normativa da Carta Maior, de modo a evitar que o documento jurídico-político se torne engessado e destoante da realidade social.²³

Ora, sabe-se que a estabilidade da Constituição, como fim perseguido em determinada sociedade não se confunde com a imutabilidade da Carta Maior.²⁴ Nas palavras de Eros Grau, em voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3367-1/DF, diz-se de forma metafórica e em referência a Constituição atualmente em vigor no Brasil que não existiria uma Constituição específica do ano de 1988: “O que hoje realmente há, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, ela é interpretada/aplicada”.²⁵

Embora seja cediço que a via ordinária e tradicionalmente aceita para a modificação de um texto constitucional perpassasse pelos instrumentos clássicos de revisão constitucional, atrelados à ideia do exercício do poder constituinte derivado, nada impede que os instrumentos informais de alteração da Constituição coexistam em harmonia com os instrumentos formais.²⁶

Nesse ínterim, alguns autores inclusive apontam para a necessidade de utilização das interpretações evolutivas, das quais as mutações constitucionais são senão o próprio resultado hermenêutico, como forma de se evitar o uso excessivo de reformas constitucionais formais que muitas das vezes trazem modificações sem substância e desnecessárias para a Carta Maior.²⁷

22. conforme se exemplificou anteriormente citando, entre um extenso arcabouço de decisões, os acórdãos exarados no AgR RE n.º 450.504-5/MG em 21/11/2006, no QO HC n.º 86.009-5/DF em 29/08/2006), na Rcl 4.335/AC em 20/03/14), no HC 90.450-5/MG em 23/09/2008 e na Decisão Monocrática promovida na Rcl n.º 7.336/SP pelo Ministro (aposentado) Carlos Ayres Britto em 16/12/2008.

23. Nesse sentido leciona SERGIO DÍAZ RICCI, *Introducción a las mutaciones constitucionales*. In: Estado & direito, Lisboa, n.21-26, 1998-2000, pp.108-111 e RAUL CANOSA USERA, *Algunos aspectos problematicos en la interpretacion de la Constitucion española*. In: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, n.15, 1989, pp.275-276.

24. Cfr. JORGE MIRANDA *Manual de Direito Constitucional*, II. 6ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 159: “A modificação das Constituições é um fenómeno inelutável da vida jurídica, imposta pela tensão com a realidade constitucional e pela necessidade de efectividade que as tem de marcar.”

25. Acórdão do STF de 13/04/05, ADIn 3367-1/DF, DJ 17-03-2006, EMENT VOL-02225-01, pesquisável em <http://www.stf.jus.br>.

26. Nesse sentido disserta PEDRO DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madri: Tecnos, 1999, pp. 180-181.

27. ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, *Processos*, p. 8.

A título exemplificativo, uma célere pesquisa efetuada no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados no Brasil permite aferir a existência de um excessivo número de Propostas de Emenda Constitucional formuladas nesta casa, mais precisamente 3.036²⁸ desde a vigência da Constituição brasileira de 1988, o que possibilita concluir sobre a inviabilidade empírica de que os meios formais de alteração da Constituição sejam reconhecidos como únicas vias legítimas para modificação (ainda que apenas do sentido) das normas constitucionais.

Reconhecendo as variáveis possibilidades de modificação da Constituição, o i. jurista Jorge Miranda disserta sobre o gênero amplo das vicissitudes constitucionais, fazendo uma distinção entre aquelas que seriam as vicissitudes expressas e as vicissitudes tácitas, cujas diferenças entre si estariam relacionadas ao seu modo de realização e as semelhanças relacionadas às suas finalidades.

Nesse diapasão, ensina que as vicissitudes expressas estariam relacionadas a eventos constitucionais realizados diretamente para a promoção de um ato de modificação da própria Constituição e possivelmente do seu texto, enquanto as vicissitudes tácitas (nas quais poderíamos inserir as mutações constitucionais) decorreriam de um resultado de alteração indireto obtido sobre um fato normativo e histórico sem que ocorra modificação do texto normativo²⁹.

Traçado um breve panorama acerca do desenvolvimento histórico do conceito de mutação constitucional, fixados os contornos gerais que justificam a existência e emprego do instituto e elencadas as principais tipologias de aplicação dadas pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos anos, analisemos como normas e fatos sociais estão indissociavelmente conectados, examinando-se concomitantemente o cenário político e a realidade constitucional vivenciada atualmente no Brasil.

3. A Realidade Constitucional Brasileira E As Mutações Constitucionais No Estado Democrático De Direito

3.1. Teoria Tridimensional Do Direito E As Mutações Constitucionais

A nosso ver, estudar as mutações constitucionais, sobretudo neste trabalho no qual buscamos evidenciar algumas de suas relações com o fenômeno da realidade constitucional implica necessariamente em aprofundarmos e assumirmos a premissa de que as normas jurídicas ganham relevância para o mundo do direito apenas quando relacionadas aos fatos sociais por meio de um critério valorativo.

Buscando uma abordagem com lastro na Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale, procura-se demonstrar que o processo informal de mudança da

28. Número auferido em pesquisa realizada no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados no dia 10/10/14, por meio da ferramenta “Projetos de Lei e Outras Proposições”, que fornece o número de Proposta de Emenda Constitucional formuladas naquela casa, pesquisável em <http://www.camara.leg.br/sileg/default.asp>, Acesso em 10/10/14.

29. JORGE MIRANDA, *Manual*, II, p. 161.

Constituição, conhecido como mutação constitucional, só pode ser devidamente compreendido com a superação de uma perspectiva de direito puramente formalista que se baseie na proeminência da norma como objeto puro de estudo da ciência jurídica.

Em linhas preliminares, ao expor sobre a sua Teoria Tridimensional do Direito³⁰, o renomado jurisconsulto Miguel Reale faz uma análise histórica da realidade jurídica, fenomenologicamente observada, e constata que os significados da palavra direito se delinearão nas estimativas históricas (desde a Grécia antiga, passando pelos romanos e até a modernidade) por meio de três elementos fundamentais: o fato, valor e a norma.³¹

Em sua obra exponencial, o referenciado jurista defende uma superação de perspectivas de estudo que pretendam analisar em separado o fato, o valor e a norma, “como se se tratasse[m] de gomos ou fatias de uma realidade decomponível”³², conquanto assume que seja logicamente inadmissível efetuar-se qualquer pesquisa sobre o Direito sem que se considere de forma concomitante os três fatores/elementos essenciais de sua composição.

Muito interessante é a constatação feita pelo emérito professor quando arremata que nenhuma norma jurídica exaure por completo o seu processo jurígeno, porquanto ela estará sempre a enfrentar novas exigências fáticas e axiológicas, de tempos em tempos, vindo a concluir que a norma jurídica possui sempre uma elasticidade entre o complexo fático-axiológico da época de sua criação e um complexo fático-axiológico a desenvolver no decorrer de seu processo histórico.

³³

As conclusões prefaciais da Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale apresentam-se a nós como verdadeiras guias de compreensão do fenômeno da mutação constitucional, conquanto sirva para prefixar a noção de que a norma jurídica, como parcela inacabada da completude do Direito (que se perfaz em sua combinação com os fatos e valores) possuirá sempre um espaço fático-axiológico a ser preenchido de acordo com a evolução histórica da sociedade.

É com base nessa premissa, também desenvolvida por diversos outros autores em estudos específicos sobre a interpretação evolutiva da Constituição que os Tribunais de modo geral fundamentam o seu papel de atualizador da vontade do povo ou de atualizador do sentido das normas.

30. Para uma perspectiva das fontes que inspiraram a elaboração da Teoria Tridimensional do Direito ver: MIGUEL REALE, *Linha Evolutiva da Teoria Tridimensional do Direito*. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 88. São Paulo: Imprensa da Faculdade de Direito da USP, 1993. pp. 301-312.

31. Cfr. MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito*, 19ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 497-510.

32. Cfr. MIGUEL REALE, *Filosofia*, p. 513.

33. Cfr. MIGUEL REALE, *Filosofia*, p. 564. Ver também a obra de MIGUEL REALE, *O Direito como experiência*. São Paulo: Saraiva. 1968, Capítulos III, VII e VIII.

Em sua famosa obra, sem fazer referência direta ao fenômeno da mutação constitucional, Miguel Reale disserta sobre a possibilidade de que sendo conservadas as palavras da norma, sua acepção sofra “um processo de erosão ou, ao contrário, de enriquecimento, em virtude da interferência de fatores diversos”³⁴, fatores estes que inegavelmente são obtidos da realidade jurídica.

Ao reconhecer a integração inseparável de fato, valor e norma para sua concepção do direito, Miguel Reale não deixa de constatar a “situação de maior destaque que a ‘norma’ efetivamente apresenta no processo de juridicidade”³⁵, conquanto seja o elemento que melhor distinga o caráter imperativo do direito e lhe garanta segurança jurídica.

Sem deixar de reconhecer a força que os fatos exercem sobre a vida do Direito, o Autor destaca que a norma deve ser o elemento fundamental aos olhos do jurista no seu trabalho uma vez que, de certa forma, agrega os outros dois elementos (fato e valor) projetando-os para o futuro, enquanto ela mesma representa um “esquema genérico de conduta possível”.³⁶

Ao examinarmos o fenômeno da mutação constitucional invocando as premissas consignadas por Miguel Reale em sua Teoria Tridimensional do Direito, em especial a que diz respeito à indissociabilidade entre norma, fato e valor, chegamos à conclusão de que uma leitura do fenômeno baseado na ideia de pura e simples primazia dos elementos da realidade sobre os elementos normativos é simplista e inadequada.

Isto porque, como alertado pela doutrina³⁷, admitir-se de forma natural uma primazia absoluta do elemento *ser* (fato) do Direito sobre o elemento *dever ser* (norma) redundaria em negar a própria autonomia do Direito em relação aos fatos sociais. Em última análise, o Direito e a própria Constituição perderiam a sua força normativa em detrimento do poder ilimitado da realidade.

Dito isto e baseando-se nos argumentos basilares da Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale, que negam a possibilidade de compreensão do direito sem levar em consideração as relações indissociáveis entre fato, valor e norma, posicionamo-nos em sentido contrário às correntes doutrinárias que encaram o fenômeno da mutação constitucional como um acontecimento de simples primazia dos fatos sobre a norma.

34. Cfr. MIGUEL REALE, *Filosofia*, pp. 566-567.

35. Cfr. MIGUEL REALE, *Filosofia*, p. 571.

36. Cfr. MIGUEL REALE, *Filosofia*: “Para nós, a norma, ao contrário, não pode ser compreendida devidamente fora do processo incessante de adequação da realidade às exigências ideais ou de atualização de fins éticos no domínio das relações de convivência, devendo-se ter presente que ela não tem a virtude de superar, absorvendo-os em si e eliminando-os, os elementos que lhe dão ser.” p. 574.

37. Cfr. KONRAD HESSE, *Escritos*, pp. 86-112. Em uma perspectiva contrária ver PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*. 26ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 186-188.

Considerando-se a mutação constitucional operada via interpretação judicial como o resultado de um processo informal de atualização da norma constitucional, entende-se que a mutação constitucional não é fenômeno representativo de uma simples subserviência da norma aos fatos sociais, mas ao contrário, a mutação é instituto que se aperfeiçoa mediante uma relação simultânea entre norma, fato e valor, por meio da qual a norma pode ou não adquirir novos sentidos, em um dado momento histórico, a partir do resultado de concretização concomitante destes três elementos do Direito.

3.2. Crise De Representação E As Mutações Constitucionais Como Reflexo De Uma Postura Judicial Ativista

Uma simples imersão no contexto político social brasileiro ou o acompanhamento de notícias jornalísticas sobre temas políticos permitem aferir que desde as últimas décadas vive-se no Brasil um cenário em que o distanciamento entre a classe política e a sociedade civil é cada vez maior, ficando cada vez mais latente o sentimento de descrença popular nos agentes políticos.

Os recentes episódios políticos ocorridos no Brasil no ano de 2013, que ficaram popularmente conhecidos como a “primavera brasileira”, foram o resultado da eclosão de um sentimento de completa insatisfação com a corrupção das classes políticas, a gestão inadvertida de verbas públicas e o descaso das autoridades políticas com os anseios e insatisfações populares.

Atualmente, diversos fatores são reconhecidamente apontados pela doutrina como causas e consequências deste fenômeno denominado de crise de representação ou crise do legislativo. Entre eles podemos apontar: (i) a falta de fidelidade à ideologia eleitoral; (ii) o jogo de interesses pessoais dos parlamentares; (iii) a predominância dos partidos como instituição imprescindível ao funcionamento das instituições políticas; (iv) a corrupção; (v) a inacessibilidade factual de comunicação com os representantes do legislativo; (vi) a excessiva influência dos setores econômicos na eleição de representantes políticos³⁸; entre outros.

Fazendo alusão a este cenário de descrença das sociedades em geral nas diversas democracias representativas do mundo contemporâneo, Paulo Otero cita as palavras de Bertrand Russell empregadas no livro *Caminhos de Liberdade*, para afirmar que existe contemporaneamente uma “sensação generalizada de que ninguém pode permanecer na política sem recorrer ao engano”³⁹, fato que leva o cidadão comum a buscar alternativas em relação à política tradicional.

O Professor de Lisboa aponta como sintomas da sensação geral de desencanto social em face à democracia representativa: (i) a taxa ascendente de abstenções; (ii)

38. Conforme RODOLFO VIANA PEREIRA, *Direito Constitucional Democrático: Controle e Participação como Elementos Fundantes e Garantidores da Constitucionalidade*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, pp. 120-127 e ELIVAL DA SILVA RAMOS, *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 288-293.

39. *Apud* PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*. Volume I. 1ª Edição. Coimbra: Almedina, 2009, p. 664.

as votações expressivas em movimentos políticos marginais ao sistema político vigente; (iii) a existência de uma opinião pública excessivamente crítica⁴⁰; entre outros aspectos do cotidiano das sociedades que alimentariam a percepção de decepção social com a classe política.

Em sua obra *Direito Constitucional Democrático*, o professor Rodolfo Viana Pereira da Universidade Federal de Minas Gerais disserta sobre a incapacidade estrutural de que os tradicionais instrumentos de democracia indireta (baseados na trilogia delegação, representação, controle político) têm demonstrado para corresponder aos desejos e anseios sociais no cenário atual de complexidade do Estado.⁴¹

Acentuando o exame e a crítica a capacidade dos representantes do povo de exercerem o poder em delegação, de modo a sugerir mudanças na engenharia constitucional que permitam a criação de novos e melhores meios de participação direta, o autor questiona a “capacidade do constitucionalismo de estabelecer ‘regras do jogo’ capazes de servir como força vinculadora dos atores políticos e jurídicos (...)”.⁴²

Diante este cenário de crise de representação e desconfiança nos agentes políticos algumas concepções de Estado visam romper com o primado da legalidade e mitigar a ideia de que a lei (constitucional ou infraconstitucional) seja a expressão da vontade geral, considerando que ela muitas vezes está a serviço de interesses, e por esta razão, assumem de forma aberta a defesa de uma concepção judicial ativista.⁴³

Com efeito, o referido contexto de desilusão política e descrença nos membros dos poderes Legislativo e Executivo, conforme leciona grande parte da doutrina brasileira, é apontado como um dos principais motivos responsáveis pela expansão do ativismo judicial no Brasil, que tem encontrado amparo na doutrina denominada neoconstitucionalista.⁴⁴

Nesta conjuntura, devido a uma atitude de inércia e incapacidade do legislativo para editar leis e regular a realidade, ou mesmo para atualizar a Constituição por meio do poder constituinte derivado, pode-se dizer que o judiciário assume uma postura ativista utilizando-se da mutação constitucional como instrumento de

40. PAULO OTERO, *Instituições*, p. 664.

41. RODOLFO VIANA PEREIRA, *Direito*, p. 120.

42. RODOLFO VIANA PEREIRA, *Direito*, p. 26. Fazendo alusão a WILLIAM E. SCHEUERMAN, e o estudo *Constitutionalism in an Age of Speed*. Constitutional Commentary, v. 19, n.2, summer, 2002.

43. Neste sentido, Emílio Santoro propugna a necessidade de que o judiciário assuma uma postura ativa e de tutela social, por meio do qual seja capaz de minimizar injustiças sociais e recompor situações de déficit democrático, de modo a rejeitar “as grandiosas simplificações da política” em deferência aos anseios e expectativas sociais. *Apud*. ELIVAL DA SILVA RAMOS, *Ativismo*, p. 286.

44. Acerca da problematização da classificação do “neoconstitucionalismo” ver: LENIO LUIZ STRECK, *Verdade e Consenso: constituição hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª Edição. Saraiva. São Paulo, 2012, pp. 35-38.

fazer valer a realidade não captada pelo legislador.

Não obstante, ocorre que os riscos desta extensão de atribuições podem significar uma verdadeira violação ao princípio da separação dos poderes, que em última instância, representaria um risco a própria democracia. Isto porque, como se sabe, os membros do judiciário brasileiro não são eleitos, e por esta razão simples, não são diretamente responsáveis por tentar captar e fazer valer a vontade popular em contrariedade aos ditames da lei.⁴⁵

Ao suscitar a ocorrência de uma mutação, baseada na constatação de uma mudança ocorrida na realidade e captada em seu labor hermenêutico, pode ocorrer que o magistrado intente atualizar a norma com base em uma realidade que sequer é desejada pelo constituinte ou pelo povo soberano, contrariando assim a dicção literal do texto constitucional e os fundamentos do princípio da legalidade.

Desta forma, considerando-se as mutações constitucionais como o resultado de processos interpretativos de atualização do significado das normas constitucionais a partir de alterações ocorridas na realidade fática, possibilitar meios que de alguma forma contribuam para o *controle*⁴⁶ dos argumentos jurídicos utilizados para fundamentar a ocorrência das mutações constitucionais utilizados faz-se necessário em respeito ao princípio democrático.

Assim, sem negarmos a possibilidade de constatação e aplicação do fenômeno da mutação constitucional pelos membros do poder judiciário, compreendida ela como o resultado de um processo hermenêutico de atualização do significado da norma a partir de uma alteração ocorrida na realidade dos fatos, entende-se

45. Nesse sentido é interessantíssima a exposição de motivos da PEC n.º 33/11 em trâmite no Congresso Nacional. Ainda que a referida proposição de emenda seja objeto de inúmeras críticas, inclusive afetas a sua constitucionalidade, ela faz um interessante abordagem, na perspectiva do poder legislativo sobre as mutações constitucionais como verdadeiros fenômenos de violação da soberania popular. *In verbis*: “Embora não seja objeto da presente PEC, podemos inserir no contexto do distanciamento do Poder Legislativo em relação à Constituição o fenômeno da “mutação constitucional”. Trata-se de um processo informal de mudança de sentido e alcance de dispositivos constitucionais, promovido unilateralmente pelo Judiciário, justificado apenas por exercícios de hermenêutica. Indaga-se: convém à sociedade ter o Poder Legislativo inerte diante de uma mudança silenciosa da Constituição a cargo apenas do Supremo?” Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=AD4CDDD41E0A4F8115330F7210D11499_node1?codteor=876817&filename=PEC+33/2011 Acesso em 02/09/13.

46. Que na lição de Ana Paula de Barcellos pode ser compreendido em duas vertentes: como *controle social puro* ou como *controle social com repercussões jurídicas*. O primeiro se caracterizaria como meio de pressão por meio do qual a população pode demonstrar a sua insatisfação (com protestos, manifestações) sobre o resultado de algum julgado, influenciando (ou pelo menos tentando influenciar) suas futuras decisões. Já o segundo pode ser compreendido como um mecanismo formal por meio do qual a população ou os seus representantes podem se insurgir contra alguma decisão da corte, limitando os seus efeitos como por exemplo por meio aprovação de uma Emenda Constitucional. Cf. ANA PAULA DE BARCELLOS, *Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação*. Revista Quaestio Iuris, v. 1, n. 6 a 9, 2012, pp. 6-8.

que por ser um meio excepcional de mudança da Constituição, os argumentos proferidos nos acórdãos que lastreiam a existência do referido fenômeno devem ser controlados ou corre-se o risco de permitir-se o esvaziamento do princípio da legalidade e da ordem fundada na soberania popular.

3.3. As Mutações Constitucionais E A Abertura Hermenêutica

Como se sabe, após a publicação da obra “*Die offene Gesellschaft der Verfassunginterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und “prozessualen” Verfassunginterpretation*”⁴⁷ de Peter Häberle, novas correntes doutrinárias têm ressaltado o fato de que a interpretação da Constituição não é um fenômeno jurídico exclusivo dos intérpretes oficiais (Juízes, Legislador ou Executivo), e têm enfatizado que as interpretações realizadas pelos intérpretes não oficiais da Constituição possuem relevância não meramente social, mas também de cunho jurídico.

Em sua famosa obra, Peter Häberle disserta de modo eloquente que a interpretação (da Constituição) realizada por grupos políticos, cidadãos singulares, associações, etc. – denominadas de interpretações não autênticas – são interpretações substanciais que possuem importância na vida constitucional, repercutindo diretamente sobre o que se deve entender por Constituição.⁴⁸

Em síntese, o jurista alemão, leciona que não estando a norma constitucional apartada da realidade, a interpretação realizada pela sociedade aberta, enquanto fator de influência inequívoca sobre a realidade constitucional traria repercussões jurídicas na interpretação autêntica realizada pelas cortes ou juízes⁴⁹, razão pela qual cada indivíduo teria capacidade potencial para dar sentidos ao texto da norma.

Contextualizando as premissas desenvolvidas na teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição para o âmbito das discussões envolvendo as mutações constitucionais é possível se afirmar, como o faz Adriano Sant’Ana Pedra, que a “mutação constitucional deve ser legitimamente aceita pela comunidade, tanto a jurídica quanto a não-jurídica.”⁵⁰ para que possa ser considerada legítima, de modo que o critério de aceitação popular pode servir como um autêntico meio para aferir-se se determinada mudança (na realidade social) reconhecida pela via judicial é de fato admissível.

Daí porque se dizer que em uma democracia participativa, como a que ideal-

47. Traduzida para o português como: *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*.

48. PETER HÄBERLE, *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, pp. 12-15.

49. PETER HÄBERLE, *Hermenêutica*, pp. 30-40.

50. ADRIANO SANT’ANA PEDRA, *Mutações*, p. 205.

isticamente se almeja realizar, deve o juiz assumir uma postura hermenêutica por meio da qual se esforce em recepcionar os diversos fatos, valores e normas capazes de contribuir para o processo de aferição da identidade jurídico-política de uma comunidade⁵¹, para então poder reconhecer, ou não, a existência de uma mutação.

Nas palavras de Paulo Bonavides: “O juiz da democracia participativa não será, como no passado, ao alvorecer da legalidade representativa, o juiz ‘boca da lei’, da imagem de Montesquieu”.⁵² Pelo contrário, o juiz da democracia participativa, embora não possa transgredir os limites de sua função jurisdicional, sob pena de violar o princípio da separação dos poderes, ao buscar integrar o significado de normas constitucionais abertas e ao realizar uma mutação constitucional tem o dever hermenêutico de manter constante diálogo com a vontade popular e com as concepções sociais sobre os significados do direito e da Constituição.

Como é cediço, embora as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro não estejam sujeitas ao controle revisor de nenhuma outra instância jurídica, como instituição fundamental do Estado, a corte maior está sujeita ao controle de aprovação/reprovação social que se mede com o índice de respeito alcançado pela instituição e pelas suas decisões⁵³, o que no campo sociológico reflete a sua solidez e consistência.

Por meio da constante crítica formulada no âmbito da sociedade, impulsiona-se a existência de um controle social que, não responsável por exercer um papel de “corte popular” revisora da Justiça Constitucional, tem ao menos potencializada a sua capacidade de criticar e depurar em quais situações tem o Tribunal arbitrariamente considerado uma mudança na realidade para justificar a adoção do fenômeno da mutação constitucional de modo sofisticado.

Ao defender-se a necessidade de adoção de uma postura hermenêutica aberta para os influxos sociais e o desenvolvimento de institutos de comunicação entre justiça e sociedade, conquista-se instrumentos potenciais para limitar a fundamentação da existência de mutação constitucional baseada em argumentos retóricos que, de forma rechaçável, faça valer a opinião pessoal de um magistrado acerca da alteração de um fato social jurídico que sequer possa fundamentar uma modificação da Constituição.

No espectro de aplicação das mutações constitucionais, apartar-se desta concepção implicaria em efetuar uma cisão entre o intérprete autêntico, capaz de operar e aplicar uma mutação constitucional, das interpretações não autênticas da Constituição realizadas por grupos e indivíduos da sociedade que pela sua

51. AGASSIZ ALMEIDA FILHO, *Introdução ao direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 181.

52. PAULO BONAVIDES, *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22.

53. Cfr. MARCELO NOVELINO, Marcelo: *A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF*. In: *Constitucionalismo e Democracia*. FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 265-328.

própria natureza de elemento (fático) do Direito, não podem ser afastadas no momento de compreensão do fenômeno jurídico.

Dessa forma, em havendo o dever de que a fundamentação da ocorrência da mutação constitucional se dê também com correspondência à percepção não autêntica sobre eventual mudança da realidade, o magistrado deixa de concentrar o poder de, como um arauto, responder para a sociedade quais foram as mudanças sociais ocorridas que teriam justificado a aplicação da mutação, e passa a ter o dever jurídico de fundamentá-las com lastro na realidade de fato vivenciada naquela comunidade.

4. Conclusões

A partir do exame jurisprudencial da aplicação do fenômeno das mutações constitucionais efetuado pelo Supremo Tribunal Federal é possível se aferir de forma clarividente que a principal corte brasileira ainda não fixou um critério dogmático por meio do qual o referido instituto possa ser compreendido.

Com esteio na necessidade de aprimoramento da prática jurisdicional brasileira, a verificação da inexistência de rigor científico para constatação da ocorrência das mutações constitucionais impele a doutrina no dever de, caso a caso, avaliar criticamente as futuras denotações que serão dadas ao instituto pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

A fim de que o instituto das mutações constitucionais seja devidamente aplicado, compreende-se como correta a tipologia utilizada pelo STF que de acordo com a doutrina majoritária entende serem as mutações constitucionais o resultado de processos hermenêuticos de atualização do significado da norma a partir da ocorrência de uma alteração na realidade dos fatos a ela relacionados.

A propósito, de acordo com o nosso ponto de vista, restou evidente que os procedimentos informais de alteração da Constituição devem ser aceitos como instrumentos complementares que convivem em harmonia com os instrumentos formais de revisão constitucional, considerando que estes últimos, com exclusividade, não são capazes de manter a força normativa da Constituição em consonância com a dinâmica da realidade.

Não obstante, lança-se uma advertência para os riscos que a adoção despropositada de interpretações evolutivas da Constituição, por parte do poder judiciário, pode trazer para as bases do *Estado Democrático*, conquanto o argumento de aferição de mudanças na realidade social não deve ser utilizado pelos magistrados como substrato retórico-argumentativo apto a fundamentar uma injustificada aplicação do fenômeno da mutação constitucional.

Em outra via, aponta-se para a necessidade de que juízes assumam uma postura hermenêutica aberta, fundamentada nos contornos traçados pela *sociedade aberta dos intérpretes da constituição*, por meio da qual os critérios de aceit-

ação manifestados pelo povo acerca da ocorrência de alterações na realidade constitucional sirvam de substrato legitimador para o aperfeiçoamento de uma mutação constitucional.

Neste sentido, em referência a compreensão do fenômeno da mutação constitucional com base na Teoria Tridimensional do Direito, conclui-se que as interpretações não autênticas da Constituição realizadas pelos diversos membros da sociedade compõem o elemento fático do Direito, de modo que ao interpretar a Constituição de forma evolutiva, deverá o intérprete oficial necessariamente considerá-las a fim de apurar a ocorrência de uma mutação constitucional legítima.
