

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO**

**LARA GOMES MACEDO BARRETO**

**CONTRIBUIÇÕES AOS LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL  
SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH  
MÜLLER**

**VITÓRIA  
2018**

**LARA GOMES MACEDO BARRETO**

**CONTRIBUIÇÕES AOS LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL  
SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH  
MÜLLER**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual. Orientadora: Prof<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Brunela Vieira de Vincenzi.

**VITÓRIA  
2018**

## FICHA CATALOGRÁFICA

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)  
(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)  
Bibliotecária: Perla Rodrigues Lôbo – CRB-6 ES-000527/O

---

B273c Barreto, Lara Gomes Macedo, 1990-  
Contribuições aos limites da mutação constitucional sob a  
perspectiva da Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller /  
Lara Gomes Macedo Barreto. – 2018.  
120 f.

Orientador: Brunela Vieira de Vincenzi.  
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) –  
Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências  
Jurídicas e Econômicas.

1. Direito constitucional. 2. Hermenêutica (Direito). 3. Norma  
jurídica. I. Vincenzi, Brunela Vieira de. II. Universidade Federal  
do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.  
III. Título.

CDU: 340

---

**LARA GOMES MACEDO BARRETO**

**CONTRIBUIÇÕES AOS LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL  
SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH  
MÜLLER**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Aprovada em

---

**COMISSÃO EXAMINADORA**

Profa. Dra. Brunela Vieira de Vincenzi

Universidade Federal do Espírito Santo

Orientadora

---

Prof. Dr. Geovany Cardoso Jevaux

Universidade Federal do Espírito Santo

---

Prof. Dr. Nelson Camatta Moreira

Faculdade de Direito de Vitória

---

Dedico este trabalho a minha mãe, Wanda Macêdo Carvalho, por todo seu amor e exemplo de ternura, força e humildade.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradecer é, sem dúvidas, também um momento de reconhecer a importância daqueles que estiveram ao meu lado durante o desenvolvimento deste trabalho e de todo o mestrado.

A Deus por estar sempre presente em minha vida. A minha família, representada pela Vovó Hilária e Vô Arenilton. Também a minha mãe, Josiel e o Beto por todo o suporte e carinho. Sem esquecer de quem garante o meu conforto e refúgio de aconchego em terras capixabas: Tia Zilma, Tio Saulo, Gabi e Sassá.

As minhas amigas queridas, agradeço a todas em nome de Bibi e Zuds pessoas que mesmo tão longe fisicamente se fazem presente em minha vida em todos os momentos. Também aos amigos “Orientandos da Brunela”: Ariadi, Arthur e Vitor, por compartilharem as dificuldades, alegrias e o sincero apoio durante o mestrado.

Aos queridos companheiros de trabalho do SGMP Advogados, Leú e Felipe, aos Sócios, e especialmente ao Hélio Pepe, por toda paciência, compreensão e suporte (emocional, acadêmico e profissional) ao longo desses dois anos.

Agradeço a minha Orientadora Brunela Vieira de Vincenzi por todos ensinamentos, contribuições e confiança durante toda nossa convivência e na confecção deste trabalho. Também aos professores doutores Geovany Cardoso Jevaux e Nelson Camatta Moreira pela participação no exame de qualificação, pelas críticas e sugestões, que possibilitaram o melhor desenvolvimento da pesquisa.

Agradeço também aos demais professores do PPGDIR da Universidade Federal do Espírito Santo, pelas lições e aprendizados que foram fundamentais para o meu crescimento como mestranda e aos funcionários do PPGDIR da pelo sempre atencioso e eficiente atendimento.

Só se pode viver perto de outro, e conhecer outra pessoa, sem perigo de ódio, se a gente tem amor. Qualquer amor já é um pouquinho de saúde, um descanso na loucura.

João Guimarães Rosa

## RESUMO

O presente trabalho busca examinar as mudanças informais da Constituição pela interpretação judicial e os possíveis limites para ocorrência do fenômeno. Diferentemente da mudança formal da Constituição, as mutações constitucionais não possuem previsão expressa no texto constitucional, mas ocorrem como meio de adaptação às mudanças ocorridas na sociedade. Isto porque, as normas constitucionais, em razão da sua estrutura e abertura semântica possibilitam essa interação com a realidade. Partindo-se da premissa de que a norma constitucional é diferente do seu texto, sendo composta do âmbito normativo, os fatos relevantes que circundam aquela norma e do programa normativo (resultado da interpretação dos dados linguísticos), como consequência do processo de concretização. Nesse sentido, de acordo com Friedrich Müller, a concretização é a criação da norma jurídica no caso concreto. Com isso, as mutações constitucionais ocorrem quando há alteração no âmbito normativo no momento da concretização da norma. A análise se desenvolverá a partir da perspectiva histórica e doutrinária do objeto de estudo, identificando a insuficiência de exame acerca dos limites da alteração informal da Constituição. A partir do método dedutivo de pesquisa, isto é, de uma premissa geral para alcançar uma resposta específica, utiliza-se da revisão bibliográfica sobre a matéria e decisões judiciais pertinentes para estudar o instituto. Desse modo, intenta-se oferecer parâmetros para as mudanças informais da Constituição, de modo a preservar a estabilidade do ordenamento jurídico em observância dos preceitos e garantias fundamentais.

**Palavras-chave:** Constitucional; Mutação Constitucional; Processo Constitucional; Concretização Constitucional; Friedrich Müller;



## ABSTRACT

The present study aims to explore the informal constitutional changes by judicial interpretation and to establish possible limits to the phenomenon. Differently than formal changes (constitutional amendments), the constitutional mutations are not expressed in the legal text, but occurs as a means of adapting the constitutional to the changes of the society. For the reason that, the constitutional norms with their structure and semantic opening make possible this interaction with reality. Starting from the premise that the constitutional norm is different from their text, being composed of the normative ambit (*Normbereich*), the relevant facts that surround that norm and the normative program (*Normprogram*), as the result of the interpretation of the linguistic data), as a consequence of the process of concretization. In this sense, according to Friedrich Müller, the concretization is the creation of the legal norm in the concrete case. With this, to understand that the constitutional mutations occur when there is change in the normative ambit in the moment of the concretization of the norm in a concrete case. The analysis will develop from the historical and doctrinal perspective of the object of study, identifying the insufficiency of the analyses of the limits to the institute. Through deductive process, which is from a general premise, to reach a specific answer, using the bibliographic review on the subject and relevant judicial decisions to exemplify the institute. In this way, try to offer parameters for the informal changes of the Constitution, in order to preserve the stability of the legal order in observance of the fundamental rights and guarantees.

**Keywords:** Constitucional; Constitucional mutation; constitutional process; Legal Concretion; Friedrich Müller;

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	11
<b>1 CONCRETIZAÇÃO NORMATIVA.....</b>	<b>15</b>
1.1 TEXTO E CONTEXTO .....	16
1.2 A CONSTITUIÇÃO ABERTA.....	25
1.3 TEXTO NORMATIVO E NORMA .....	27
1.4 CONCRETIZAÇÃO NORMATIVA .....	30
<b>1.4.1 Programa Normativo (<i>Normprogramm</i>).....</b>	<b>37</b>
<b>1.4.2 Âmbito normativo (<i>Normbereich</i>).....</b>	<b>38</b>
1.5 CONCRETIZAÇÃO DA NORMA, TEORIA ESTRUTURANTE E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL .....	43
<b>2 O DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL..</b>	<b>46</b>
2.1 MODIFICAÇÃO FORMAL DA CONSTITUIÇÃO .....	48
2.2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: MUDANÇA INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO .....	51
<b>2.2.1 O conceito de mutação constitucional no direito alemão: Paul             Laband e Georg Jellinek .....</b>	<b>53</b>
<b>2.2.2 Rudolf Smend e Hsü Dau-Lin .....</b>	<b>59</b>
<b>2.2.3 Hermann Heller .....</b>	<b>65</b>
<b>2.2.4 Konrad Hesse: modificação do conteúdo da norma como mudança             no interior da norma constitucional.....</b>	<b>70</b>
<b>3 LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: CONTRIBUIÇÕES A PARTIR DA TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO.....</b>	<b>78</b>
3.1 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E A SUA FORÇA NORMATIVA .....	80
3.2 LIMITES RELATIVOS AO PROGRAMA NORMATIVO.....	83
<b>3.2.1 A importância do texto da norma.....</b>	<b>83</b>
<b>3.2.2 Outros limites decorrentes do programa normativo .....</b>	<b>91</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>100</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>100</b>

## INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, a mutação constitucional passou a ser estudada entre o final do século XIX e início do século XX, originalmente na doutrina alemã, quando Paul Laband, ao examinar a aplicação da Constituição Alemã de 1871, identificou alterações das normas constitucionais que ocorriam à margem do mecanismo formal de modificação da Lei Fundamental, de modo que fez a distinção entre reforma constitucional e mutação constitucional.

Com o desenvolvimento do conceito, a mutação constitucional passou a ser entendida como um fenômeno de alteração informal de uma norma da Constituição, sem alteração do seu texto, em decorrência da adequação da norma à realidade em que se insere no momento da sua concretização.

Exsurge a partir desse conceito um paradoxo entre a característica da estabilidade, da qual decorre a rigidez da Constituição, e a necessidade de adequação do seu texto à sociedade plural e complexa. Consequentemente, o que se impõe é a busca por um equilíbrio entre estes dois imperativos relevantes do constitucionalismo democrático, na medida em que a Carta Constitucional não se enrijeça demasiadamente tampouco seja flexibilizada em excesso.

No entanto, esse mecanismo de alteração não está expressamente previsto na Constituição, razão pela qual surge o problema da inexistência de limites explícitos para que se identifique a mudança de sentido de uma determinada norma constitucional, tema pouco tratado pela doutrina e jurisprudência. Na realidade, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o termo tem sido utilizado para justificar posturas contrárias ao texto constitucional, como, por exemplo, no voto dos Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes no julgamento da Reclamação n. 4.335/AC, o que justifica a relevância da matéria.

Diante disso, o objetivo da presente pesquisa é contribuir para uma fundamentação da mutação constitucional, nos limites do texto da Constituição. Para embasar essa limitação, adotou-se os parâmetros trazidos por Konrad Hesse, amparado em

algumas das proposições da teoria de Friedrich Müller, tomando-se o ordenamento constitucional enquanto um sistema aberto para se adequar às mudanças da sociedade nos aspectos políticos, sociais e econômicos.

Nesse sentido, é também pressuposta a noção de que a norma não se confunde com o texto normativo, mas, sim, o produto do processo de concretização que se alcança a partir dos elementos linguísticos do texto associado aos elementos que constituem a normatividade em um determinado caso concreto, tal como proposto por Friedrich Müller.

Segundo Friedrich Müller (2000; 2007; 2008), a norma jurídica é composta por um conjunto de dados linguísticos e dados reais, em outras palavras, da conexão entre o “programa da norma” e o “âmbito da norma”. Diante disso, no momento da concretização da norma, é possível que se identifiquem alterações na realidade circundante e daí resulte uma modificação no sentido da norma, ainda que o seu texto permaneça o mesmo.

A partir desse referencial teórico aludido anteriormente, a hipótese deste estudo é a de que a mutação constitucional deve ocorrer dentro dos limites da estrutura da norma de Müller, em observância da supremacia e força normativa da Constituição.

Para tanto, será utilizada a revisão bibliográfica sobre a matéria e de decisões judiciais pertinentes a exemplificar o objeto de estudo. Assim, a partir da concretização normativa e a estrutura da norma de Friedrich Müller, explicar o fenômeno das mudanças informais da Constituição, nessa senda, o trabalho se desenvolve em três capítulos.

O primeiro capítulo empenha-se no resgate das bases teóricas da concretização normativo-constitucional, em que se identifica o caráter volitivo do processo interpretativo, em outras palavras, há uma atribuição e não uma descoberta de sentido do enunciado normativo. Desse modo, o processo de conhecimento passa a ser o resultado da conexão entre sujeito cognoscente e o objeto cognoscível em uma relação mútua.

Nessa seara, destaca-se também a diferenciação entre texto normativo e norma. A norma jurídica é o resultado do trabalho de concretização, estruturado pela conexão entre o programa da norma – teor literal – e o âmbito da norma – dados reais. Ressaltando-se, todavia, que o programa normativo serve como parâmetro e limite a construção de matérias relevantes na identificação dos elementos que compõe o âmbito da norma.

Na análise da norma sob a perspectiva de Müller, também importa em reconhecer como inseparáveis direito/realidade e ser/dever-ser, de modo que as alterações no campo de realidade da norma vão influenciar na norma de decisão (resultado do processo de concretização), conseqüentemente, constata-se que a mutação constitucional ocorrerá quando existirem modificações no âmbito normativo, sendo assim, o seu teor literal servirá como um limite interpretativo.

Neste contexto, o segundo capítulo dedica-se ao exame dos pontos principais dos estudos precursores sobre a mutação constitucional desenvolvidos pela doutrina alemã, notadamente, as contribuições de Paul Laband, Georg Jellinek, Hsu Dau-Lin e Hermann Heller. Logo em seguida, apresenta-se a compreensão de Konrad Hesse sobre o fenômeno.

Para se evitar uma explicitação reducionista da mutação constitucional, como simples modificação informal da Constituição, considera-se imprescindível o seu estudo desde as primeiras percepções, bem como suas deficiências teóricas, como forma de identificar a complexidade do instituto e como a sua compreensão se desenvolveu ao longo do tempo.

Sob esta perspectiva, nota-se que a doutrina tradicional não buscou estabelecer limites ao fenômeno, o que não é compatível com o Estado Democrático de Direito e as garantias de previsibilidade e segurança jurídica. Com isso, pretende-se contribuir aos limites da mutação constitucional tendo como fio condutor as restrições de conteúdo contidas na Constituição, melhor averiguadas a partir dos elementos constitutivos da norma.

No terceiro capítulo objetiva-se apontar alguns parâmetros limitadores para identificação das alterações informais da Constituição no intuito de evitar decisões arbitrárias e que violem o texto constitucional, garantindo, desta forma, certeza e segurança jurídica. Assim, tem-se como limite à mutação constitucional o programa normativo, destacando-se a partir disso a necessidade de observância da supremacia e da força normativa da Constituição.

Com esse panorama teórico, justifica-se à aderência a linha de pesquisa do Programa de Pós Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo “Sistemas de Justiça, Constitucionalidade e Tutelas de Direitos Individuais e Coletivos” da área de concentração Justiça, Processo e Constituição que tem como um dos objetivos, alinhado ao tema deste trabalho, pesquisar os fundamentos de hermenêutica jurídica, voltados aos conceitos de teoria da norma, para estudar e aprofundar os diversos conceitos de justiça.

## 1 CONCRETIZAÇÃO NORMATIVA

Antes de explorar o tema específico deste trabalho que é a mutação constitucional e a tarefa do intérprete de identificá-la de modo fundamentado, dentro dos limites do texto constitucional, necessário situar o leitor nos conceitos imprescindíveis à compreensão do fenômeno com base no referencial teórico aqui adotado.

Neste capítulo, examina-se parte das contribuições de Friedrich Müller<sup>1</sup> (2000; 2007; 2008) desenvolvidas na Alemanha na década de setenta do século XX, amplamente difundidas como teoria estruturante do direito ou metódica estruturante. O ex – professor da Faculdade de Direito da Universidade de Heidelberg propôs novos aspectos para a compreensão da teoria da norma e da *práxis* jurídica.

Objetiva-se explorar a estrutura da norma (programa normativo – âmbito normativo), uma vez que a verificação desses elementos contribui para identificação das mudanças ocorridas no interior da norma, estabelecendo-se limites para tanto, sem olvidar da premissa básica de Müller: texto normativo não se confunde com a norma jurídica, sendo tão somente o ponto de partida para o processo de concretização<sup>2</sup>.

Antes disso, necessário se faz estabelecer uma sucinta análise do contexto da teoria de Müller que colaborou para o desenvolvimento das suas premissas e contribuições.

---

<sup>1</sup> MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. Trad. Peter Naumann. 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2000; O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes. Trad. Dimitri Dimoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann, Rodrigo Mito dos Santos, Rossana Ingrid Jansen dos Santos, Tito Lívio Cruz Romão e Vivianne Geraldine Ferreira. São Paulo: RT, 2007; Teoria estruturante do direito. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2008.

<sup>2</sup> Introdutoriamente, já que este termo será abordado em tópico específico, válido transcrever as lições de Canotilho, em referência à concepção de Müller: “Concretizar a constituição traduz-se, fundamentalmente, no processo de densificação de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma concreta – norma jurídica –, que, por sua vez, será apenas um resultado intermediário, pois só com a descoberta da norma de decisão para a solução dos casos jurídico- constitucionais teremos o resultado final da concretização. Esta “concretização normativa” é, pois, um trabalho técnico- jurídico; é no fundo, o lado “técnico” do procedimento estruturante da normatividade. A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma; é, sim, a construção de uma norma jurídica”. (CANOTILHO, 2003, p. 1.201)

## 1.1 TEXTO E CONTEXTO

Parte-se aqui da premissa, por alguns aceita, como no referencial teórico adotado, da correção da expressão em que se diz que não há norma jurídica, senão norma jurídica interpretada, no sentido de que interpretar um ato normativo é uma atividade de integrá-lo na realidade pública. Notadamente, ressalta-se a relevância dessa constatação no âmbito da interpretação constitucional, dada a vagueza, ambiguidade e conteúdo político das prescrições do texto constitucional, o que abre espaço para às mais variadas disputas e controvérsias.

Igualmente, é preciso ter como ponto de partida, com fundamento em Konrad Hesse, considerar a Constituição enquanto “ordem fundamental jurídica da coletividade” e “que determina os princípios diretivos, segundo os quais deve formar-se unidade política e tarefas estatais devem ser exercidas”, conseqüentemente, “é o plano estrutural fundamental, orientado por determinados princípios de sentido, para a configuração jurídica de uma coletividade” (HESSE, 1998, p. 37).

A interpretação e aplicação da Constituição apresenta característica que a diferencia da lei, uma vez que esta última evidencia um maior nível de precisão de sentido, prescindindo, portanto, de grandes indagações para sua aplicação, já a Constituição, enquanto um sistema aberto de regras e princípios<sup>3</sup>, necessita da mediação de legisladores e juízes para alcançar efetividade (HESSE, 1998, p. 54). Além disso, com fundamento em Peter Häberle (2002, p. 13) “os critérios de interpretação não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”, de modo que se reclama também a participação de todos aqueles que possam ser afetados ou que tenham

---

<sup>3</sup> Importa considerar, sem adentrar na relevância e profundidade do tema, apesar da eficácia imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais trazida no §1º do art. 5º da Constituição Federal, como explicita Ingo Wolfgang Sarlet, a melhor exegese do mencionado dispositivo nos leva a classificá-lo como uma norma de cunho principiológico, de modo que o alcance do postulado da imediata aplicação merece uma análise a partir do caso em concreto. (SARLET, 2015, p. 279). Assim, apesar da suposta “eficácia imediata”, não se retira o caráter aberto dessas normas. De toda sorte, vale também a ressalva trazida por Alexy, ainda que a respeito da Lei Fundamental alemã, também pertinente à Constituição brasileira, no sentido de que: “ Em uma análise mais detida, é necessário diferenciar entre disposições de direitos fundamentais mais, ou menos, abertas, mas, em geral, é verdade que o catálogo de direitos fundamentais junto com os demais regramentos materiais da Constituição, sobretudo as disposições sobre os fins e a estrutura do Estado, são, no sistema jurídico da República Federal da Alemanha, as “estruturas normativas de menor densidade regulatória”. (ALEXY, 2015, p. 26).



seus direitos definidos pela jurisdição constitucional, de modo que possam participar do processo hermenêutico:

O conceito de interpretação reclama um esclarecimento que pode ser assim formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos cointerpretá-la. [...] para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento de interpretação constitucional, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública [...] representam forças produtivas de interpretação; eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos como pré-intérpretes [...]. Se se quiser, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional (HABERLE, 2002, p. 13-14).

Lado outro, a Constituição não é apenas aplicada no âmbito das relações sociais, porém igualmente é utilizada como parâmetro no controle de constitucionalidade e critério para aplicação das demais normas jurídicas do ordenamento jurídico. E assim, a Lei Fundamental passa a exercer um papel de maior relevância nas relações sociais, enquanto uma diretriz da atuação dos agentes políticos e reivindicações da sociedade.

De tal modo, a Constituição é interpretada em contextos distintos, por exemplo ao regular fatos e comportamentos, na atuação da administração pública, especificamente no âmbito do Poder Judiciário, em processos judiciais, também servindo como parâmetro para invalidação (ou não) de determinada norma quando do controle de constitucionalidade. Já na esfera do Poder Legislativo, na criação de normas jurídicas, aferindo a adequação com as normas constitucionais. Vê-se também a interpretação constitucional nos espaços democráticos, especialmente em temas que invocam direitos fundamentais como direito à igualdade, a liberdade ou o direito à vida, tais como quotas raciais, aborto ou casamento homoafetivo. Os referidos exemplos demonstram a amplitude da interpretação constitucional que não é somente realizada pelos juristas ou juízes, mas da comunidade como um todo.

Apesar dessa concepção em que se enaltece a relevância do papel da interpretação da Constituição na aplicação do Direito, nos idos do século XIX, a dogmática clássica encontrou o cenário ideal para elaboração de um modelo de interpretação a partir de uma concepção abstrata do Direito, já que, para o Direito Moderno prevalecia a concepção de que os textos normativos deveriam ser suficientemente claros para garantir a segurança jurídica, conseqüentemente proporcionando uniformidade às decisões judiciais e atos administrativos. Em verdade, o positivismo jurídico buscava

garantir a segurança para a burguesia:

Com a revolução francesa tem lugar o movimento de codificação do direito, logo desvirtuado para um formalismo excessivo. De qualquer maneira, com as grandes codificações, o jusnaturalismo e seu direito natural, os costumes e todas as demais fontes do direito até então reconhecidas são (eliminadas e) reduzidas à palavra escrita e positivada nos códigos (TAVARES, 2009, p.2).

Com efeito, a exigência da segurança jurídica resultou em um Direito estritamente ligado às codificações, “Pretendia-se com as codificações que, ao se possuir todas as leis escritas, o Direito fosse acessível (e objetivamente cognoscível)” (TAVARES, 2009, p. 24). Em meio a este cenário, o intérprete somente iria atuar dentro dos padrões de mera subsunção do fato à norma, assim tendo a norma como premissa maior, o fato, a premissa menor e a consequência como resultado do silogismo. Somente assim estaria garantida a segurança jurídica, afastando qualquer atividade criativa dos juízes.<sup>4- 5</sup>

Entretanto, essa concepção do Direito entra em declínio no início do século XX, por diversas razões, a partir da maior intervenção do Estado na vida social, resultou na inflação legislativa, de tal modo, não se via de forma tão rígida o princípio da separação dos poderes, assim, passou-se a compreender o papel judicial na criação do Direito (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013).

A ideologia mecanicista do Direito, na certeza de que o significado das palavras seria alcançado somente a partir de uma leitura atenta das disposições pelo intérprete, faz parte de um ideal iluminista. Todavia, nesse contexto, como evidencia Friedrich Müller, “também nas ciências naturais, a ingenuidade no tocante ao método, de uma contraposição abstrata de sujeito e objeto do conhecimento deve ser considerada

---

<sup>4</sup> É possível exemplificar essa concepção pelo artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”; no mesmo sentido do art. 126 do Código de Processo Civil de 1973 “ O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá a analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito”. Ressalvando-se, inexistir disposição correspondente ao aludido art. 126 CPC/ 73 no Código de Processo Civil de 2015.

<sup>5</sup> Neste sentido, apoiado em Ihering, Luhmann, Canaris, que foram recepcionados na doutrina nacional de Francisco do Amaral, Juarez Freitas, Celso Campilongo e Judith Martins-Costa, o professor Lucas Abreu Barroso sustenta que, contemporaneamente, o direito consiste em um sistema aberto e dinâmico, isto porque a abertura sistêmica da Constituição Federal acarretou a abertura das demais áreas, inclusive do direito privado (BARROSO, 2005, p. 236 – 242).

ultrapassada há bom tempo” (MULLER, 2007, p. 50).

Desse modo, o processo de conhecimento passa a ser resultado da conexão entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível, ao fim e ao cabo, “se não existe interpretação sem intérprete e o conhecimento do objeto jamais é igual ao objeto do conhecimento, então é de se admitir, pelo menos no plano gnosiológico, que o conhecer e o criar não são atos contrapostos e sim complementares” (COELHO, 2003, p.24).

Assim, no processo de conhecimento existe uma transferência das características do objeto para o sujeito, assim, o resultado é um produto do sujeito cognoscente influenciado pela forma em que se processou o pensamento. Müller ressalta que “A metódica das ciências naturais, bem como a hermenêutica mais recente das ciências humanas enfatizam a inserção do sujeito concretizante como cognoscente nos problemas materiais dos conteúdos examinados” (MULLER, 2007, p. 53).

Nesse contexto, como explicitam Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2003, p.144), a interpretação constitucional se modificou de forma drástica a partir da simples constatação de ser falsa a crença do sentido único e objetivo que trazem consigo as normas em geral, e que assim, conseqüentemente, ao intérprete seria somente dada a tarefa de singela revelação do seu conteúdo, sem exercer qualquer atividade de criação na concretização.

Na verdade, a que se denominou pelos mencionados autores “Nova Interpretação Constitucional” funda-se em caminho contrário de tal proposição, isto é, da aplicação mecanicista e meramente de subsunção das normas, haja visto que as cláusulas constitucionais, por sua característica de abertura semântica, constituídas por princípios e relacionadas à realidade que as circunscrevem, não contêm o sentido inequívoco que buscam lhes dar a tradição exegética. Com efeito, o conteúdo da norma estabelece tão somente uma moldura em que se podem representar distintas possibilidades interpretativas. Desta feita, deve-se ter como ponto de partida os fatos do caso concreto à luz dos princípios constitucionais, para, então, alcançar a solução constitucionalmente adequada para a situação jurídica apresentada (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

Verifica-se, assim, a mudança do papel do intérprete que deixa de ser “a boca da lei”, para exercer uma tarefa constitutiva, com a concepção de que não se mostra adequada a separação entre compreensão, interpretação e a aplicação. De tal modo, o conhecimento do texto e a posterior aplicação ao caso concreto são etapas de um processo unitário (GADAMER, 1999, p. 460).

No campo da interpretação Constitucional, o resultado deverá corresponder a realização dos anseios da sociedade, adequando a norma ao contexto histórico da sua aplicação, contudo, sem desconsiderar o próprio intérprete, sendo inatingível a pretensão de neutralidade do intérprete, como adverte Luís Roberto Barroso:

A pretensão de neutralidade do intérprete, embora seja passível de atendimento no que toca à sua imparcialidade e impessoalidade, é inatingível na sua plenitude. Interpretar envolve, frequentemente, a escolha de valores e de alternativas possíveis. Ainda quando não atue movido por interesses de classes ou estamentais, ainda quando não milite em favor do próprio interesse, o juiz estará sempre promovendo as suas crenças, a sua visão do mundo, o seu senso de justiça. [...] ainda quando fosse utopicamente possível libertar o juiz de suas injunções ideológicas, não seria possível libertá-lo do seu próprio inconsciente, de sua memória e de seus desejos (BARROSO, 2002, p. 292-293).

De tal forma, a interpretação é tida como um ato de vontade daquele que desempenha essa atividade, com isso, a norma jurídica é criada, a partir da atribuição de significado e não um ato de “extração de significado” ou de “descoberta de sentido”. Nesse sentido, Lênio Luiz Streck diz sobre o papel do intérprete:

O intérprete não é um *outsider* do processo hermenêutico. Há um já sempre-compreendido em todo processo de compreensão. No conto está o contador. É por isso que Heidegger vai dizer que o mensageiro já vem com a mensagem. E é por isto que não se pode falar, de forma simplista, em “textos jurídicos”. O texto não existe em si mesmo. O texto – que só é na sua norma – só se complementa no ato interpretativo. O texto como texto é inacessível, e isto é incontornável! O texto não segura, por si mesmo, a interpretação que lhe será dada. Do texto sairá, sempre uma norma. Assim, concordo com Friedrich Müller quando diz que a norma é sempre produto da interpretação de um texto e que a norma não está contida no texto (STRECK, 2004, p. 61).

Ademais, o intérprete da Constituição, ao conhecer e decidir as questões, altera o espaço jurídico-constitucional e social, de modo que o exercício da interpretação, modificará o contexto e as relações interpretadas, em um processo de “retroalimentação”.

A adequação da norma ao contexto é resultado de um exercício prático, necessária ao processo de concretização das normas, como ressalta Hans - Georg Gadamer: “a lei é sempre deficiente, não porque o seja por si mesma, mas porque frente ao ordenamento a que intenciona as leis, a realidade humana é sempre deficiente e não permite uma aplicação simples das mesmas” (GADAMER, 1999, p. 474).

Nesse sentido, considerando os múltiplos significados do texto normativo, é a partir da interpretação que surgirá a norma jurídica, isto é, de um ato de vontade do intérprete, cujo contexto irá interferir no resultado e por isso “ o sentido de um texto supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre. Por isso a compreensão não é nunca um comportamento somente reprodutivo, mas é, por sua vez, sempre produtivo” (GADAMER, 1999, p.444). Consequentemente, a compreensão dos textos normativos sempre envolve a aplicação ao caso concreto que se apresenta em um determinado momento, tal como Gadamer elucida:

Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica. [...] Em ambos os casos isso implica que o texto, lei ou mensagem de salvação, se se quiser compreendê-lo adequadamente, isto é, de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, tem de ser compreendido em cada instante, isto é, em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar (GADAMER, 1999, p. 461).

Verifica-se, portanto, não só estar suplantada a separação entre sujeito/objeto, como se rejeita a ideia da simples disjunção entre direito/realidade, norma e fato, questões de direito e de fato. Assim sendo, o direito somente será entendido dentro da concreção hermenêutica diante da realidade histórica em que é pensado, do mesmo modo que a norma será sempre resultado da compreensão do seu texto e o seu quadro real de aplicação (LANÇA, 2014, p. 79). Cumpre dizer ainda, a diferenciação entre texto e norma, quanto ao aspecto temporal, como adverte Lênio Luiz Streck: “ Os sentidos são temporais. A diferença (que é ontológica) entre texto e norma ocorre precisamente na incidência do tempo. [...] Os sentidos são atribuíveis, a partir da facticidade em que está inserido o intérprete ” (STRECK, 2004, p. 135).

Dessa forma, percebe-se que há uma interação dinâmica necessária entre o ordenamento jurídico e a realidade que ele busca regular, assim como a Constituição, que não deve ser tida como um sistema fechado, já que não se encontra separada da

realidade que visa regular. Dito de outra forma, há um entrelace entre a realidade fática e normativa (MÜLLER, 2007, p. 150).

A criação dos textos normativos, ao menos em tese, busca considerar as experiências anteriores, bem como as decisões judiciais e as suas reflexões acerca das circunstâncias da vida, todavia, em razão da complexidade da vida moderna o legislador não consegue alcançar de modo suficiente os problemas da sociedade, tal como adverte Philip Heck:

Em primeiro lugar, sua capacidade [do legislador] de percepção é insuficiente. O legislador deseja fixar preceitos para o futuro. Mas o futuro não é absolutamente previsível, perceptível. A complexidade da vida moderna é quase infinita. As condições e os problemas da vida estão submetidos a uma mudança constante. Em segundo, os meios que o legislador dispõe para se expressar são limitados. Mesmo que o legislador fosse capaz de perceber todos os casos da vida, ainda assim seria incapaz de reproduzir ou expressar as suas ideias de um modo inequívoco e completo. As consequências destas dificuldades é que até mesmo a melhor lei apresenta inúmeras lacunas (HECK, 1999, p. 30).

No âmbito da Constituição, justamente pela insuficiência do legislador constituinte e o leque infinito de situações e ocorrências imprevisíveis que podem acontecer, no cenário de uma sociedade pluralista, é que não se pode ter a Constituição como um sistema estático e fechado.<sup>6</sup> A abertura das normas constitucionais permite acomodar uma relação de equilíbrio entre o estático e o dinâmico. Nesse sentido, imprescindível a segurança jurídica num Estado Democrático, garantindo a observância dos preceitos constitucionais, mas, necessário também um caráter dinâmico, que se manifesta enquanto meio de adequação das normas no contexto da sua aplicação, já que o direito não se encontra separado da realidade em que está inserido. A mutação constitucional, desde que identificada de modo fundamentado, sem ultrapassar o texto da Constituição, neste trabalho entendido no sentido da norma de Friedrich Müller,

---

<sup>6</sup>Conforme expõe Gustavo Zagrebelsky, as sociedades pluralistas, em que se encontram diferentes interesses de grupos sociais também distintos, sem que, em tese, algum desses grupos possa impor seus interesses sobre os demais, têm a tarefa de realizar as condições de uma vida em comum. Com suas palavras: “A ascensão do pluralismo em uma Constituição democrática é simplesmente uma proposta de soluções e coexistências possíveis, quer dizer, um “compromisso das possibilidades” e não um projeto rigidamente ordenador que possa assumir-se como um *a priori* da política como força própria, de cima para baixo. Só assim poderemos ter constituições “abertas”, constituições que permitam, dentro dos limites constitucionais, tanto a espontaneidade da vida social como a capacidade para assumir a direção política, condições ambas para a sobrevivência de uma sociedade pluralista e democrática” (ZAGREBELSKY, 2008, p. 14).

tem relevante papel na adequação das normas no tempo<sup>7</sup>.

Não obstante, a tarefa do intérprete não está estagnada ao sentido que o autor da lei pretendeu dar, sendo também necessária uma análise quanto aos aspectos sintático, semântico e pragmático. De modo dissecado, no que se refere ao aspecto sintático, busca-se a correta relação das palavras na estrutura da frase, já o semântico preocupa-se com a conexão entre a palavra e o objeto, enquanto o pragmático o vínculo entre as palavras e o intérprete (GHIGLIANI; GUARINONI, 1985, p. 30-80).

Cumprir advertir que a interpretação se inicia a partir da combinação da expressão com o contexto e a situação ocorrida, mostrando-se equivocado ter como ponto de partida individual as palavras em seu significado linguístico original. (ROSS, 2000, p. 174-175). Como salienta Genaro R. Carrió (2006, p. 29), o significado extraído das palavras está em função do contexto linguístico e da situação humana da qual são usadas.

Hans- Georg Gadamer destaca que, ao interpretar, o sujeito é influenciado pelas suas condições existenciais e o que ele apreende do sentido do mundo está relacionado com a sua condição histórica:

Na realidade, não é a história que pertence a nós, mas nós é que a ela pertencemos. Muito antes de que nós compreendamos a nós mesmos na reflexão, já estamos nos compreendendo de uma maneira auto evidente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos. A lente da subjetividade é um espelho deformante. A autorreflexão do indivíduo não é mais que uma centelha na corrente cerrada da virada histórica. Por isso, os preconceitos de um indivíduo são, muito mais do que seus juízos, a realidade histórica do seu ser (GADAMER, 1999, p. 415 - 416).

---

<sup>7</sup> Sobre a longevidade do texto constitucional dos Estados Unidos, Inocêncio Mártires Coelho afirma que decorre tanto da estrutura ampla e aberta dos enunciados, como também das diversas mutações constitucionais sem que ocorra alterações substanciais em seu texto “Em outros termos, é graças à estrutura ampla e aberta dos seus enunciados – permitindo a *mediação criadora* da Suprema Corte – que a Constituição dos Estados Unidos, por eles considerada o *supremo direito da terra*, tem ensejado ao povo norte-americano encontrar soluções adaptativas e não revolucionárias para todas as *crises dos negócios humanos*, tal como afirmou John Marshall, num misto de pregação e profecia, no alvorecer da *constitucionalização* desse grande país. É que, noutro dizer, há mais de duzentos anos, a partir do seu texto, mas na ambiência do contexto, e graças à atuação dos não-interpretativistas das mais diversas matizes, ali vêm ocorrendo as mais radicais mutações constitucionais de que se tem conhecimento – sugestivamente batizadas de processos *oblíquos*, *processos informais*, *processos de fato* ou mudanças constitucionais materiais – sem que, para tanto, se tenha alterado substancialmente o documento original da Constituição “ (COELHO, 2008, p. 85).

Nessa linha, Hans - Georg Gadamer (1999, p. 416) constata o problema dos “pré-conceitos”, mas que fazem parte da própria realidade histórica, de modo que “se se quer fazer justiça a modo de ser finito e histórico do homem é necessário levar a cabo uma drástica reabilitação do conceito de preconceito e reconhecer que existem preconceitos legítimos”. Assim, a compreensão do texto evidencia uma projeção de sentido, de acordo com certas expectativas que levam a um determinado sentido e que se aprofundará na medida em que avança e amplia o sentido do texto:

Quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido (GADAMER, 1999, p. 402).

A hermenêutica filosófica de Hans Georg Gadamer teve fundamental contribuição ao chamado “giro hermenêutico”<sup>8</sup>, o qual tem a pretensão de refletir sobre o processo de compreensão em si, enquanto um processo ontológico (modo de ser) e que ocorre por intermédio da vivência linguística imersa na história. De tal modo, tem-se a interpretação enquanto uma tarefa compreensiva por meio da linguagem e que ocorre a todo momento no que é transmitido no momento histórico (PEDRON, 2007).

É no momento histórico em que estão contidas as “pré-compreensões” e que norteará a atividade do intérprete. No entanto, essa “pré-compreensão” deve ser tida conscientemente, de modo a evitar arbitrariedades de “felizes ideias” e contra a limitação de hábitos do pensar e orientar-se “às coisas mesmas” como explica Gadamer:

Toda interpretação correta tem que proteger-se contra arbitrariedade da ocorrência de “felizes ideias” e contra a limitação dos hábitos imperceptíveis do pensar, e orientar sua vista “às coisas elas mesmas” [...]. Esse deixar-se

---

<sup>8</sup> O chamado “giro hermenêutico” e o “giro pragmático” fazem parte do que se denominou como o “giro linguístico”, este último realizado por Wittgenstein com os “jogos linguísticos” e o primeiro operado por Gadamer e Heidegger. (ROHDEN, 2002). Para a hermenêutica filosófica “a compreensão humana se orienta a partir de uma pré-compreensão que emerge da eventual situação existencial e que demarca o enquadramento temático e o limite de validade de cada tentativa de interpretação” (GRODIN, 1999, p. 159). E ainda, como destaca Oliveira “A reviravolta linguística do pensamento filosófico do século XX se centraliza, então, na tese fundamental de que é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber humano, de tal modo que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre sua infraestrutura linguística.” (OLIVEIRA, 2001, p. 13)



determinar assim pela própria coisa, evidentemente, não é para o intérprete uma decisão “heroica”, tomada de uma vez por todas, mas verdadeiramente “a tarefa primeira, constante e última”. Pois o que importa é manter a vista atenta à coisa, através de todos os desvios a que se vê constantemente submetido o intérprete em virtude das ideias que lhe ocorram (GADAMER, 1999, p. 398).

Com essas premissas, é possível confirmar a ideia de que os significados normativos podem ser interpretados de forma distinta com o passar do tempo de acordo com as necessidades sociais do momento ou também para responder ao surgimento de diferentes valores e ideologias (BASTOS; MEYER-PFLUG, 2007, p. 157).

A Constituição que tem como uma das suas características a tessitura aberta, constituída por preceitos indeterminados, polissêmicos, sintéticos e abstratos – resulta em uma ampliação da função do intérprete e que a rigor, é ilimitada (COELHO, 2003, p. 42). Desse modo, a interpretação exerce um papel de constante atualização e renovação da ordem jurídica, de forma a acompanhar as constantes evoluções e mudanças da sociedade, quando o legislador não é capaz de acompanhar de forma imediata essas transformações.

Essas transformações que no âmbito da jurisdição constitucional resultam nas “mutações constitucionais” - desde que nos limites do texto<sup>9</sup> - são relevantes para alcançar o equilíbrio entre a estabilidade da Constituição e o dinamismo das relações sociais a que ela regula.

## **1.2 A CONSTITUIÇÃO ABERTA**

As Cartas Constitucionais, por sua estrutura e função, contêm normas de conteúdo aberto, dotadas de certo grau de abstração semântica e, conseqüentemente, conferem ao aplicador considerável esfera discricionária. Apenas para exemplificar, observa-se no texto constitucional as normas programáticas, as que fixam princípios políticos e sociais ou que dependem de outra para proporcionar sua aplicação integral e também as que existem de forma estratégica, para que as pessoas acreditem que

---

<sup>9</sup> Como exposto anteriormente, ao longo de todo o trabalho, quando se diz “limites do texto”, quer-se dizer os limites do texto constitucional para a estrutura da norma de Friedrich Müller, com a verificação dos elementos da estrutura normativa.

funcionam<sup>10</sup> (ADEODATO, p. 228). Acerca do caráter aberto da Constituição, explicita Konrad Hesse:

[...] as normas constitucionais não são completas nem perfeitas. Amplos setores, inclusive os da vida estatal em sentido estrito, estão ordenados unicamente mediante disposições de maior ou menor amplitude e indeterminação, e alguns nem sequer estão ordenados. A Constituição não é um sistema fechado e onicompreensivo; não contém codificação, apenas um conjunto de princípios concretos e elementos básicos do ordenamento jurídico da comunidade, para o que oferece uma norma marco. Nesse sentido é um ordenamento aberto (HESSE, 2009, p.32).

Sobre o direito constitucional, Müller destaca que: “O caráter aberto que oferecem as estruturas de muitos de seus preceitos corresponde à amplitude dinâmica de seu âmbito de regulação; [...]” (2013, p. 193 – 209).

Essa característica da abertura da Constituição, consoante José Joaquim Gomes Canotilho, tem por objetivo evitar uma espécie de “totalitarismo constitucional”, isto é, uma codificação extremamente pormenorizada e uma rigidez excessiva das normas. Com isso, a opção de uma estrutura aberta, possibilita a aceitação da mutação constitucional, enquanto fenômeno que faz parte da historicidade da Constituição (CANOTILHO, 2001, p. 147). A partir da compreensão da Constituição também como fenômeno histórico, que admite a adequação das suas normas – dentro do limite do próprio texto – às mudanças ocorridas na sociedade, garante-se a qualidade da permanência que se espera das Cartas Constitucionais e ao mesmo tempo a sua dinamicidade.

Nesse sentido, cumpre esclarecer, ainda consoante as lições de José Joaquim Gomes Canotilho, a diferenciação entre abertura das normas constitucionais e da própria constituição:

A abertura das normas constitucionais, confunde-se, por vezes, com abertura da Constituição. São, porém, conceitos diferentes. Se se preferir, são dois diferentes níveis: (1) *abertura horizontal*, para significar a incompletude e o caráter “fragmentário” e “não codificador” de um texto constitucional; (2) *abertura vertical*, para significar o caráter geral e indeterminado de muitas normas constitucionais que, por isso mesmo, se “abrem” à mediação legislativa concretizadora (CANOTILHO, 2003, p. 1164 – 1165). (grifos do autor)

---

<sup>10</sup> Sobre o caráter simbólico das normas constitucionais cf. ADEODATO, João Maurício. Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 143 – 159.

De toda sorte, a Constituição aberta, a partir das prescrições incompletas, assegura a liberdade do intérprete de conformar as distintas necessidades de uma sociedade plural e em constante mudança. Destarte, como sustenta André Ramos Tavares (2007, p. 83), a abertura das normas “[...] permite a evolução do direito constitucional por meio da interpretação, a chamada mutação informal da (compreensão da) Constituição”.

### 1.3 TEXTO NORMATIVO E NORMA

Com a superação da ideia de que a tarefa do intérprete seria de mera subsunção ou de “extração de significado”, assumindo as normas caráter mais aberto, a fim de proporcionar ao ordenamento jurídico acompanhar as mudanças ocorridas no seio da sociedade, sobreleva, nesse momento, destacar a diferenciação entre texto normativo e norma.

A aplicação da Constituição ocorrerá a partir da interpretação do seu texto normativo, do qual será extraída a norma jurídica. Em outras palavras, a norma jurídica é o resultado da interpretação do texto normativo. Segundo Riccardo Guastini (2005, p. 27-28): “A disposição é um enunciado que constitui o objeto da interpretação. A norma é um enunciado que constitui o produto, o resultado da interpretação. Nesse sentido, as normas são – por definição – variáveis dependentes da interpretação” .

Adverte também Riccardo Guastini acerca da não correspondência bi-unívoca<sup>11</sup> entre texto normativo e norma, isto é, como se a cada disposição conformar-se uma única norma, igualmente, para cada norma houvesse apenas uma só disposição. Esclarece o referido autor, na realidade, para cada texto normativo é possível extrair uma multiplicidade de normas associadas e com várias interpretações possíveis.

---

<sup>11</sup> Humberto Ávila exemplifica a não correspondência biunívoca entre norma e texto da norma: Não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houve um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte. Em alguns casos há norma mas não há dispositivo. [...] Em outras hipóteses há apenas um dispositivo, a partir do qual se constrói mais de uma norma. [...] Noutros casos há mais de um dispositivo, mas a partir deles só é construída uma norma. [...] E o que isso quer dizer? Significa que não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma – isto é, onde houver um não terá obrigatoriamente de haver o outro (ÁVILA, 2005, p. 22-23).

(GUASTINI, 2005, p. 29 - 34)

Robert Alexy adverte que o conceito de norma, enquanto um dos mais fundamentais para Ciência do Direito, suscita muitas discussões e é utilizado em diversas acepções distintas e que definirá as decisões sobre o objeto e o método da disciplina. Assim, Alexy, adotando a atribuição de um conceito semântico de norma, parte do pressuposto da diferenciação entre enunciado normativo e norma, sendo esta última o significado do enunciado normativo, que é a unidade de sentido designada por um suporte físico (ALEXY, 2015, p. 52).

Como esclarece Thomas da Rosa Bustamante, existem pontos inconciliáveis entre a metódica estruturante de Friedrich Müller e a teoria da argumentação de Robert Alexy os quais incitam numerosos debates, notadamente, quanto ao conceito de norma jurídica. Entretanto, convergem em suas teorias, no que se refere a busca por parâmetros racionais com o objetivo de reduzir a arbitrariedade na formação de uma decisão jurídica<sup>12</sup> :

[...] a preocupação com a vocação prática do direito e com a construção de um aparelho metodológico de controle das decisões judiciais é algo que une esses dois autores que, segundo eles próprios, rejeitam a tese formalista de que a aplicação do direito pode ser descrita em termos exclusivamente lógicos (como simples silogismo), pois os enunciados jurídicos já não possuem um significado dado de antemão, mas assumem uma perspectiva construtivista. Tanto Müller quanto Alexy acreditam na possibilidade da razão prática para avaliar a correção de uma decisão fundamentada no direito, colocando-se numa posição crítica em relação a qualquer forma de decisionismo jurídico: em síntese apertada, os dois concordam que é possível pelo menos tentar estabelecer critérios racionais para reduzir a margem de arbitrariedade na construção de uma decisão jurídica, garantindo-se assim a sua correção. (BUSTAMANTE, 2003, p. 98).

Müller rejeita a concepção de identificação entre texto e norma, destacando que estes não se confundem. Desse modo, o que se lê, por exemplo, na Constituição Federal constitui apenas dados linguísticos que ainda devem ser transformados em normas

---

<sup>12</sup> Essas afirmações são ditas pelo próprio Müller: "la pratique juridique est absolument obligée de s'efforcer d'atteindre à une méthode qui permette d'exposer rationnellement e de vérifier la correction des critères normatifs apportés au soutien de la décision, la pertinence des éléments factuels concernés par ces critères ainsi que le caractère soutenable de la décision" (MULLER, 1996, p. 167). E Alexy: "un enunciado normativo es correcto o (presuponiendo una teoría liberal de la verdad) verdadero cuando puede ser el resultado de un determinado procedimiento, es decir, el del discurso racional" (ALEXY, 1993, p. 58)

jurídicas, por intermédio da concretização. Assim, propõe um modelo dinâmico da norma, no sentido de que “ela não é desde já feita pela legislação, mas somente pelo trabalho da prática, o trabalho da concretização. [...] por aquele trabalho (concretização), a norma jurídica é produzida, criada. Ela não preexiste nos códigos ” (MÜLLER, 2007, p. 274).

O professor de Heidelberg destaca ainda que os textos das normas constituem apenas o ponto de partida para o processo de concretização e, por terem sido estabelecidos pelo exercício democrático do poder legislativo, são também o limite para o operador do direito no trabalho de concretização legítimo (MÜLLER, 2007, p. 275). É o que se pode corroborar pela afirmação de Müller, que já se tornou amplamente difundida: “o teor literal de uma prescrição normativa é apenas a ponta do *icerberg* “ (MÜLLER, 2000, p. 54).

Lênio Luiz Streck, vai além no que tange à diferenciação de texto e norma ao sustentar a diferença ontológica (no sentido de Heidegger) entre eles. Desse modo, para o citado Autor, quando se fala em “norma”, inclui-se, necessariamente, a interpretação, resultado de um processo compreensivo que não se reduz ao aspecto sintático e semântico, mas abrange um contexto pragmático que é muito maior; assim, ele afirma que: “ Quando quero dizer que a norma é sempre o resultado da interpretação de um texto, quero dizer que estou falando do sentido de que este texto vem a assumir no processo compreensivo. A norma que falo é o sentido do ser do ente (texto). O texto só existe da sua normação ” (STRECK, 2005, p. 224-226).

Nesse sentido, Streck, concordando com Müller no que tange ao conceito de norma jurídica como produto da interpretação e que não se confunde com o seu texto, destaca que não há independência entre ambos (texto e norma) e alerta que isso não possibilita ao intérprete dizer “qualquer coisa sobre qualquer coisa”, conferindo sentidos aos textos de modo arbitrário, tal qual se existisse separação completa entre texto e norma:

Ou seja, a norma – assim entendida – não pode superar o texto; ela não é superior ao texto. Afinal, como bem alerta Gadamer, quando o juiz pretende adequar as leis às necessidades do presente, tem claramente a intenção de resolver uma tarefa prática. Isto não quer dizer, de modo algum, que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária. (STRECK, 2004, p. 63-64).

Nesse sentido, Müller apresenta uma concepção da norma jurídica enquanto composta pelo ser e dever ser, dados linguísticos e reais. Isto é, a norma jurídica<sup>13</sup> seria resultado da combinação entre o programa da norma (*Normprogramm*) – dados linguísticos - e o âmbito da norma (*Normbereich*) – dados reais. Conseqüentemente, como a norma não se confunde com o seu texto e é formada a partir do processo de concretização, a realidade histórica tem papel fundamental na produção da norma.

#### 1.4 CONCRETIZAÇÃO NORMATIVA

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, o constitucionalismo social<sup>14</sup> se reafirma no cenário europeu, o que refletiu nas novas constituições, estabelecidas democraticamente e repletas de direitos e garantias sociais. Nesse contexto, preocupação da doutrina constitucional era a de como tornar as normas constitucionais em realidade concreta (NETO; SARMENTO, 2013, p. 193). Assim, a “força normativa”<sup>15</sup> da Constituição se torna o tema essencial do Estado Social. Para alcançar esse objetivo, surgem teorias que defendem a necessidade de que a Constituição seja situada pela realidade, considerando inseparáveis o “ser”/“dever ser”. Konrad Hesse trouxe relevantes contribuições para essa matéria, posteriormente complementadas pelo seu discípulo Friedrich Müller.

Dado o caráter amplo e aberto das normas constitucionais, é fundamental uma maior

---

<sup>13</sup> Especialmente sobre as normas constitucionais, Müller (2013, p. 193 – 209) destaca que elas “[...] não aparecem na prática como juízos hipotéticos logificados, como ordens idênticas a seu tenor literal, senão como regulações que, além dos recursos metodológicos tradicionais, necessitam de numerosos elementos interpretativos procedentes da realidade social normatizada, que não podem ser extraídos mediante as regras clássicas da interpretação nem do preceito e de seu gênese, nem do contexto sistemático de seu significado”.

<sup>14</sup> Importante cf. “Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista ?” de Lênio Streck, 2010. O mencionado Autor, contextualizando seu questionamento na viragem interpretativa ocorrida na filosofia do direito, relativamente à invasão da filosofia pela linguagem e os seus reflexos na doutrina e jurisprudência, propõe a indagação: “como é possível continuar a sustentar o positivismo nessa quadra da história? Como resistir ou obstacularizar o constitucionalismo que revolucionou o direito no século XX? Entre tantas perplexidades, parece não restar dúvida de que uma resposta mínima pode e deve ser dada a essas indagações: o constitucionalismo – nesta sua versão social, compromissória (e dirigente) – não pode repetir equívocos positivistas, proporcionando decisionismos ou discricionariedades interpretativas”. (STRECK, 2010, p. 159).

<sup>15</sup> Ao se referir sobre a força normativa e contemporaneidade do direito, Eros Roberto Grau afirma que “perece a força normativa do direito quando ele já não corresponde à natureza singular do presente. Opera-se então uma frustração material de seus textos que estejam em conflito com a realidade e ele se transforma em obstáculo ao pleno desenvolvimento das forças sociais [...]. Afirimo que ao intérprete incumbe, sob o manto dos princípios, atualizá-lo.” (GRAU, 2006, p.5)

atenção na sua interpretação, já que, por essas características, surgem mais problemas do que nas legislações que possuem conteúdo mais detalhado. Sobreleva a relevância dessa interpretação nos Estados em que se adota a jurisdição constitucional e confere ao Tribunal Constitucional o poder de interpretar a Constituição com eficácia vinculante tanto para os cidadãos, quanto para os demais órgãos do Estado. A justificativa para que se confira esse poder nada mais é do que a submissão de todos os órgãos do poder estatal à Constituição, de modo que os Tribunais devem expressar tão somente o conteúdo da Lei Fundamental, à qual este órgão deve a sua existência. Dessa forma, é imprescindível para que o Tribunal cumpra a sua tarefa, bem como para todo o processo constitucional, a forma como se resolve o problema da interpretação constitucional (HESSE, 2009, p. 196).

A interpretação<sup>16</sup> tem como objetivo alcançar o resultado constitucionalmente correto, por intermédio de parâmetros racionais e devidamente fundamentados, para proporcionar certeza e previsibilidade jurídica, no lugar de decisões arbitrárias, considerando-se que o conteúdo da norma será resultado da interpretação, há certo caráter criativo nessa tarefa, mas que deverá estar vinculado à norma (HESSE, 2009, p. 206).

Nesse sentido, para a concretização normativo constitucional devem ser determinados pelo objeto da interpretação a vinculação da norma Constitucional e o problema respectivo, não há interpretação de forma independente desses elementos (HESSE, 1998, p. 63). Dessa forma, como anota Kelly Silva (2000, p. 363): “[...] Konrad Hesse considera como elementos ou condições necessárias à realização da

---

<sup>16</sup> Como será visto nos tópicos subsequentes, para o processo de concretização é fundamental a análise conexa do “programa da norma” e “âmbito da norma” que possibilita uma fundamentação racional e controlável. Assim, Konrad Hesse (1998, p. 64-65) explica que como o programa da norma está essencialmente abarcado no texto da norma objeto do processo de concretização, ele deve, então, ser compreendido em seu significado, o que é essencial na interpretação do texto. Diante disso, os “métodos” de interpretação tradicionais (interpretação da palavra, histórica, genética e sistemática) servem para precisar as possíveis variações de sentido no espaço delimitado pelo texto. Esse trabalho também é facilitado pelos precedentes em casos análogos, igualmente pela dogmática em Direito Constitucional, ambos possibilitam um resultado um pouco mais seguro para a compreensão do texto. Ademais, de modo geral, a mera interpretação do texto não possibilita concretização acurada o suficiente, com isso, “[...] o destacamento relacionado com o problema de pontos de vista do “âmbito a norma” é irrenunciável: como para as normas da Constituição é importante a realidade a ser ordenada pelos fatos da vida concretos, é necessário compreendê-los na colocação da questão, determinada pelo programa da norma, na sua configuração e peculiaridade material, muitas vezes, também na sua configuração e peculiaridade juridicamente moldada”. (HESSE, 1998, p. 65).

concretização normativa-constitucional conceitos chave da hermenêutica ontológica (M. Heidegger) e da hermenêutica filosófica (H.G. Gadamer) ”.

Diante disso, como esclarece Kelly Silva (2000, p. 364) constituem condições de possibilidade à concretização normativo-constitucional: a vinculação à norma a ser concretizada a pré-compreensão e o problema concreto a ser resolvido. Nessa perspectiva é como explica Kelly Silva:

[...] em primeiro lugar, a *Vorverständnis* (pré-compreensão) (M.Heidegger) do intérprete, porque este não pode obter uma compreensão do conteúdo da norma como se de um ponto arquiímico, alheio à tradição (H.G.Gadamer) e à historicidade (M. Heidegger e H.G Gadamer), na qual tem formado seu *Vorurteil* (prejuízo) e (em)formado seus conteúdos, especialmente, porque é por intermédio de uma *Vorverständnis* (pré-compreensão) que se dá a possibilidade de o intérprete projetar (M. Heidegger) um sentido do todo e chegar a um anteprojecto corrigindo e revisando (M.Heidegger) até chegar à determinação de um objeto unívoco (K.Hesse). Em segundo lugar, a consciência histórica e/ou hermenêutica (H.G.Gadamer), pois somente quando o intérprete possui uma consciência histórica pode livrar-se do *Vorurteil*, *Vorhabe*, *Vorgriff* (prejuízo, ter-prévio e preconceito) e olhar para as coisas mesmas (K.Hesse), e decidir conforme a natureza das coisas (Fr.Müller), não de acordo com o arbítrio das ideais e a estreiteza dos hábitos de pensar. A tarefa de uma *Voverständnis* (pré-compreensão), em vista disso, segundo K.Hesse, cabe à Teoria da Constituição, que não é discricional se obtida com vista à ordem constitucional concreta e, contínuo dar e tomar, confirmada e corrigida pela prática do caso concreto [...]. Em terceiro lugar, porém, um entendimento ou uma compreensão somente é possível com vista a um problema concreto (situação hermenêutica), enquanto a determinação do conteúdo e a aplicação da norma ao caso concreto são compreendidos, mentalmente, como um procedimento uniforme, i.e, não distintos no sentido de que aplicação assume no contexto gadameriano, na medida em que ambos, dependem de uma *Vorverständnis* (pré-compreensão) do intérprete, embora esta necessite, por sua vez, de uma fundamentação teórico-constitucional (SILVA, 2000, p. 364).

O que se busca, nessa perspectiva, é que “o procedimento de concretização deve ser determinado pelo objeto da interpretação, pela Constituição e pelo problema respectivo” (HESSE, 1998, p. 63).

Ao contrário do pensamento positivista<sup>17</sup> compreendido lato sensu (em suas diversas

<sup>17</sup> O próprio Friedrich Müller afirma que sua teoria é “pós-positivista”, concebida desde meados dos anos 60, busca romper os paradigmas positivistas que, em sua concepção, não foram superados pela escola do direito livre até o sociologismo e análise econômica do direito, da hermenêutica até a teoria do discurso neufrankfurtiana. Afirma que o positivismo fracassa em numerosos aspectos individuais e acabaram por refletir nessas teorias que o tentaram superar. Assim Muller afirma que “Esse fracasso não é casual, pois ele já afeta as questões fundamentais: realidade e direito, “ser e dever ser”, as questões da teoria do significado e da referência, da capacidade da língua natural e, *not last*, do caráter processual da decisão jurídica de conflitos. Os discursos antipositivistas do século [...] caem na armadilha do paradigma positivista, nesse sentido, não superado. Eles corrigem em cima de fenômenos



facetas), a teoria e a metódica estruturante idealizada por Friedrich Müller<sup>18</sup> sustentam a atividade decisória como um problema prático normativo, de modo que a distinção do texto com a norma, bem como a necessidade da integração do caso à norma demonstram a rejeição deste autor a uma “intepretação aplicadora” do texto normativo. Como explícita Castanheira Neves sobre Müller:

O problema da interpretação jurídica não é hermenêutico, mas normativo. Daí que o objeto em causa há de ser correlativo a essa índole do problema, sendo certo que o problema interpretativo vai implicado pela natureza prático-normativa do caso a resolver com apoio na solução desse problema. Por outras palavras, o objeto normativo interpretando não poderá ser um objeto meramente significante, mas um objeto suscetível de oferecer um critério normativo para a solução judicativa do caso decidindo. E então o objeto da intepretação não será o texto das normas jurídicas, enquanto expressão ou corpus de uma significação a compreender e a analisar, mas a normatividade que essas normas, como critérios jurídicos, constituem e possam oferecer. (NEVES, 1993, p.143)

Nesse sentido, João Maurício Adeodato também destaca a diferenciação feita por Müller quanto à “intepretação e aplicação do direito” e a “concretização”:

O procedimento genérico através do qual se procura adequar normas e fatos e decidir, tradicionalmente conhecido por “interpretação” ou “interpretação e aplicação do direito”, Müller denomina “concretização da norma” (*Normkonkretisierung*), procurando justamente afastar-se da hermenêutica tradicional e determinar mais precisamente seus conceitos e procedimentos. Nessa tarefa insiste que concretização não significa silogismo, subsunção, efetivação, aplicação ou individualização concreta do direito a partir da norma real. (ADEODATO, 2009, p. 240).

Na investigação proposta por Müller e a distinção entre “aplicação” e “concretização”, a “interpretação” do teor literal possui função específica, constituindo apenas uma das etapas da concretização:

Uma norma não é (apenas) carente de interpretação porque e à medida em que ela é “destituída de clareza” – mas sobretudo porque ela deve ser aplicada a um caso (real ou fictício). Uma norma no sentido da metódica tradicional (isto é: o teor literal da norma) pode parecer “clara” ou mesmo “unívoca” no papel, já o próximo caso prático ao qual ela deve ser aplicada pode fazer que ela se afigure extremamente “destituída de clareza”. Isso se

---

de superfície, não transcendem o paradigma positivista a partir da concepção da norma” (MULLER, 2008, p. 11)

<sup>18</sup> Nos dizeres de Müller: “A metódica estruturante analisa as questões da implementação interpretante e concretizante de normas em situações decisórias determinadas pelo caso. Ela apreende normas em situações decisórias determinadas pelo caso. Ela apreende a hierarquia igual de elementos do programa da norma e do âmbito da norma. Ela procura desenvolver meios de um trabalho controlável de decisão, fundamentação e representação das funções jurídicas. Com isso, ela se move na direção da exigência de encontrar graus de interpretação “à maneira” de Savigny, que sejam conformes ao direito constitucional atual” (MULLER, 2010, p. 68).

evidencia sempre somente na tentativa efetiva de concretização. Nela não se “aplica” ao pronto e acabado a um conjunto de fatos igualmente compreensível como concluído. O positivismo legalista alegou e continua alegando isso. Mas “a” norma jurídica não está pronta nem “substancialmente” concluída. (MULLER, 2000, p. 61-62)

E como para Müller a norma jurídica vai além do seu teor literal, a “concretização” ultrapassa a simples “interpretação”, inclusive, pois, como dito, a norma jurídica não é o seu teor literal<sup>19</sup>. Nesse ponto, convém explicitar que para o referido autor “concretizar” quer dizer “produzir diante da provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito” (MÜLLER, 2007, p. 150).

Importa ainda trazer as contribuições de José Joaquim Gomes Canotilho, em que indica que o método hermenêutico-concretizador destaca importantes pressupostos da interpretação:

(1) os pressupostos subjetivos, dado que o intérprete desempenha um papel criador (pré-compreensão) na tarefa de obtenção do sentido do texto constitucional; (2) os pressupostos objetivos, isto é, o *contexto*, atuando o intérprete como operador de mediações entre o texto e a situação em que se aplica; (3) relação entre texto e o contexto com a mediação criadora do intérprete, transformando a interpretação em “movimento de ir e vir” (círculo hermenêutico)” (CANOTILHO, 2003, p. 1.196).

Identifica-se um círculo hermenêutico que em razão desse movimento de “ir e vir” do intérprete entre o texto e o contexto até que o resultado final seja alcançado para aplicação (norma de decisão) (TAVARES, 2006, p. 62). O círculo hermenêutico é descrito por Hans Georg Gadamer, em referência à Heidegger, no sentido de que a compreensão é determinada pelo movimento contínuo da concepção prévia da pré compreensão, assim descreve:

O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é nem objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como a interpretação do movimento da tradição e do movimento do intérprete. A antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Porém, em nossa relação com a tradição, essa comunhão está submetida a um processo de contínua formação. Não se trata simplesmente de uma pressuposição, sob a qual nos encontramos sempre, porém nós mesmos vamos instaurando-a, na medida em que compreendemos, em que

<sup>19</sup> Nesse sentido, João Maurício Adeodato “A “interpretação”, para Müller um conceito mais restrito, é construída pelas possibilidades de trato jurídico, inclusive filológico, com os textos, ou seja, reduz-se uma interpretação de textos normativos. Mas, como a norma jurídica é mais do que texto, a concretização vai muito além da interpretação. (ADEODATO, 2009, p. 240)

participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o, assim, a partir de nós próprios. O círculo da compreensão não é, portanto, de modo algum, um círculo “metodológico”, pois isso sim, descreve um momento estrutural ontológico da compreensão” (GADAMER, 1999, p. 439-440).

Segundo Müller, a compreensão prévia do intérprete, no processo de concretização, assume um relevante pressuposto interpretativo subjetivo, de modo que as situações são resolvidas consciente ou inconscientemente por sua pré compreensão, como explicita abaixo:

A pré compreensão, que sempre precede a discussão e solução do caso concreto, é reconhecida como tarefa da teoria do direito, que insere na teoria, num dar e receber constantes e juntamente com os resultados da concretização do direito, as soluções encontradas de problemas, por meio de estágios intermediários adequados como grupo de casos e tipos de problemas, conceitos e princípios (MULLER, 2008, p.62).

Ressalte-se, nesse mesmo sentido, Konrad Hesse (1998, p. 61-62):

A concretização pressupõe um “entendimento” do conteúdo da norma a ser concretizada. Esse não se deixa desatar da “pré-compreensão” do intérprete e do problema concreto a ser resolvido, cada vez. O intérprete não pode compreender o conteúdo da norma de um ponto situado fora da existência histórica, por se assim dizer, arquimédico, senão somente na situação histórica concreta, na qual ele se encontra, cuja maturidade enformou seus conteúdos de pensamento e determina seu saber e seu (pré) juízo. Ele entende o conteúdo da norma de uma (pré) – compreensão, que primeiramente lhe torna possível olhar a norma com certas esperanças, projetar-se um sentido do todo e chegar a um anteprojeto que, então, em penetração mais profunda, carece da confirmação, correção e revisão até que, como resultado de aproximação permanente dos projetos revisados, cada vez, ao “objeto”, determine-se univocamente a unidade de sentido. Por causa dessa capacidade de (pré) – juízo de todo entendimento é importante não simplesmente efetuar as antecipações da (pré)-compreensão, senão torná-las conscientes e fundamentá-las mesmo para, assim, corresponder ao mandamento fundamental de toda interpretação: proteger-se contra o arbítrio de ideias e a estreiteza de hábitos de pensar imperceptíveis e dirigir o olhar “para as coisas mesmas”.

Marcelo Neves explica que a “Teoria Jurídica Estruturante” de Müller, ainda que enfatize a dimensão semântica da interpretação, dá maior relevância ao fator pragmático do processo interpretativo em comparação com a tradição hermenêutica de Gadamer. Assim, é possível inferir que “A rigor, nessa orientação não se trata de “intepretação” do Direito, mas sim do problema referente à “concretização’ da norma jurídica, que, nessa perspectiva não se confunde com o seu texto”<sup>20</sup> (NEVES, 2001,

---

<sup>20</sup> Marcelo Neves sintetiza em poucas palavras compreensão da norma de Müller: “Conforme Müller, a norma jurídica compõe-se do programa normativo (*Normprogramm*), que é construído do ponto de vista

p. 360);

Diante desse contexto, a historicidade<sup>21</sup> faz parte do paradigma pós-positivista de Friedrich Müller, isto porque, como explica Georges Abboud (2011, p. 66):

[...] a atividade interpretativa é sempre histórica, porque o texto somente é abordável a partir da historicidade do intérprete. Portanto, o jurista não se torna um ser histórico apenas quando se desdobra sobre o produto da cultura no estudo da disciplina “história”, mas mesmo quando efetua uma interpretação no nível de um campo, como é o do direito, ali também operam com eles os efeitos da história”

Para Müller, como já demonstrado, a norma será criada a partir do processo de concretização, mas que somente se tornará inteligível na compreensão da estrutura da norma formada pelo programa da norma (dados linguísticos) e o âmbito da norma (dados reais) (MÜLLER, 2007, p. 162)<sup>22</sup>. Assim, a estrutura normativa advém da conexão entre esses elementos, formando a norma jurídica e, após, a norma de decisão. Destaca-se: “ A norma jurídica, não existe, como vimos, *ante casum*, mas só se constrói *in casu*. A norma é a formulação geral da decisão jurídica; a formulação

---

interpretativo mediante a assimilação de dados primariamente linguísticos, e do âmbito normativo (*Normbereich*), que é construído pela intermediação linguístico-jurídica de dados reais, primariamente não-linguísticos. A estrutura da norma (*Normstruktur*) resulta da implicação recíproca desses dois componentes. Portanto, a *concretização* da norma jurídica, sobretudo da norma constitucional, não pode ser reduzida à “interpretação aplicadora” do respectivo texto normativo, o qual oferece diversas possibilidades de compreensão e constitui apenas um aspecto parcial do programa da norma; ela inclui, além do programa, o âmbito da norma como o “conjunto dos dados reais normativamente relevantes para a concretização individual. Nesse sentido, Müller define a normatividade em duas dimensões: “ ‘Normatividade’ significa a propriedade dinâmica da (...) norma jurídica de influenciar a realidade a ela relacionada (*normatividade concreta*) e de ser, ao mesmo tempo, influenciada e estruturada por esse aspecto da realidade (*normatividade materialmente determinada*”. Se o âmbito da norma, que importa uma função seletiva perante os âmbitos da matéria e do caso, não e constitui de forma suficiente, a normatividade do respectivo “texto normativo” fica prejudicada. Faltam, então, as condições e os pressupostos para a “produção” da norma jurídica – “que rege mediatamente um caso determinado” – e, portanto, da norma de decisão – “imediatamente normativa, reguladora do caso determinado”. (NEVES, 2001, p. 360-361).

<sup>21</sup> Georges Abboud ilustra a questão da “historicidade” no caso referente ao julgamento da igualdade racial na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em que se observa como a atividade interpretativa é influenciada pela realidade e pelos momentos históricos: “ No caso *Plessy vs. Ferguson*, a Suprema Corte havia admitido a raça como fator de *discrimen* em benefício dos brancos durante o transporte ferroviário, tal voto consolidou a equivocada premissa (separados, mas iguais). Ou seja, a Suprema Corte admitiu como razoável a segregação racial em locais públicos. O entendimento da Suprema Corte norte-americana modificou-se totalmente, posteriormente, no julgamento do caso *Brown vs. Board of Education*, que revogou a possibilidade de *discrimen* racial, declarando inconstitucional o regime *Jim Crow* que eram leis estaduais e locais decretadas nos estados sulistas e limítrofes nos Estados Unidos, em vigor entre 1876 e 1965, e que discriminavam afro-americanos, asiáticos e outros grupos minoritários”. (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA; 2013, p. 316).

<sup>22</sup> Com as palavras do próprio Müller “Para elaboração da norma jurídica, para sua construção com base no caso jurídico e nos textos normativos, o jurista necessita tanto de dados linguísticos como também de dados reais”. (MÜLLER, 2007, p. 162)

individual (isto é, o teor da decisão) chama-se *norma de decisão*” (MÜLLER, 2007, p. 162, grifos do autor)<sup>23</sup>. Importa, por ora, investigar esses elementos.

Os “dados linguísticos” (*Sprachdaten*) são os aspectos ou pontos de vista relacionados a interpretação com base na linguagem, como os métodos gramatical e sistemático. Posteriormente, esses dados vão formar o “programa normativo”.

Os “dados reais” (*Realdaten*) constituem os fundamentos naturais e sociais, não primariamente linguísticos, apesar de mediados pela linguagem. Esses últimos, serão responsáveis por constituir o “âmbito da norma”. Para a metódica estruturante, a conexão desses elementos forma o contexto antes da concretização, de modo juridicamente regular, para poupar arbitrariedades (MULLER, 1996, p. 44). Como afirma Adeodato (2009, p. 243): “esses são os dados pré-jurídicos, “brutos” por assim dizer, formando o contexto antes do início da concretização”.

#### 1.4.1 Programa Normativo (*Normprogramm*)

O programa normativo, que compõe a estrutura da norma proposta por Müller, é produzido a partir das possíveis interpretações linguísticas do teor literal da norma aplicável ao caso. Todavia, como ressalta Adeodato (2009, p. 249) sobre a concepção de Müller, o programa da norma não é somente constituído pelos aspectos linguísticos expressivos e os postulados do ordenamento, como a supremacia da Constituição, mas é também formado pelos textos prévios, como a exposição de motivos, atas das

---

<sup>23</sup> Em entrevista realizada pelos professores Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Gilberto Bercovici, Müller aponta como o Tribunal Constitucional Alemão de modo implícito acolhe a concepção de que a interpretação das normas se inicia a partir do caso concreto: “[...] o Tribunal Constitucional afirma – e, cumpre ressaltar, mesmo dentro do contexto de um controle *abstrato* de constitucionalidade – que seria preferível esperar até o momento em que o novo texto da norma tivesse sido utilizado por, ao menos um tribunal para solucionar um caso concreto. Quer dizer, na terminologia da TED [teoria estruturante do direito], é somente naquele momento que se pode julgar com uma concreção suficiente se a norma jurídica (programa da norma mais âmbito da norma), que é atribuída ao novo texto de norma (isto é, à nova lei) está, por seu conteúdo, em harmonia ou em ruptura com a constituição. Desse modo, é possível trabalhar mais precisamente do que quando se deve fazer uma comparação puramente linguística de um texto de norma abstrato, ainda não concretizado na prática, com a constituição. No sentido desta nova concepção, o Tribunal Constitucional alemão examina, ao contrário, a versão concretizada, já normativamente realizada deste novo texto de norma (da nova lei) face à constituição, com mais exatidão. Esta nova jurisprudência aparece como uma consequência lógica do paradigma pós-positivista do qual estamos falando aqui.” (MÜLLER, 2012, p. 15).

reuniões plenárias do legislativo, normas anteriores<sup>24</sup>.

Nesse sentido, Friedrich Müller esclarece:

o teor literal expressa, juntamente com todos os recursos interpretativos auxiliares, o “programa da norma” [...] é elaborado por meio de todas as determinantes da concretização das leis, reconhecidas como legítimas, como tratamento do texto da norma desde as já mencionadas interpretações gramatical, genética, histórica e sistemática, até as figuras interpretativas específicas das grandes áreas do direito penal, do direito civil, da história do direito e do direito comparado (MÜLLER, 2007, p. 224).

O produto da investigação dos dados linguísticos é um resultado provisório que se denomina programa normativo (MÜLLER, 2007, p. 162), que será fundamental para delimitar o processo de concretização aceitável em um Estado Democrático de Direito, isto é, apontar os “espaços de ação metodicamente domináveis, dentro dos quais o trabalho jurídico se deve legitimar e com base nos quais ele pode ser controlado e criticado” (MÜLLER, 1995, p.44)<sup>25</sup>.

#### 1.4.2 Âmbito normativo (*Normbereich*)

O teor literal representa o “programa da norma”, todavia, também faz parte da

---

<sup>24</sup> José Joaquim Gomes Canotilho ao estabelecer os elementos de interpretação esclarece: “O programa normativo não é apenas a soma dos dados linguísticos normativamente relevantes do texto, captados a nível puramente semântico. Outros elementos a considerar são: (1) sistemática do texto normativo, o que corresponde tendencialmente à exigência de recurso ao elemento sistemático; (2) a *genética* do texto; (3) a história do texto; (4) a teleologia do texto; este último elemento <<teleologia do texto normativo> aponta para insuficiência de semântica do texto: o texto normativo quer dizer alguma coisa a alguém daí o recurso à pragmática (CANOTILHO, 2003, p. 1218)”.

<sup>25</sup> Para João Maurício Adeodato, o “programa normativo”, aproxima-se da “moldura” kelseniana, considerando que para Müller “[...] o texto de toda norma é importante em sua concretização, pois assume a função de fixar limites (*Grenzfunktion*) a partir dos quais a norma será concretizada. Nesse sentido, aproxima-se da “moldura” Kelseniana, pois o texto limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção, como querem as diversas formas de decisionismo.” (ADEODATO, 2010, p. 241). No mesmo sentido, Thomas Bustamante também identifica a conexão entre o pensamento de Müller e Kelsen, estabelecendo também o que diferencia as duas concepções, já que para Müller, é preciso racionalizar o processo de concretização, enquanto um método e não uma decisão arbitrária. Nos dizeres de Bustamante: “[...] o denominado “programa da norma” em muito se assemelha à “moldura normativa” prevista na Teoria Pura do Direito: nos dois casos o texto da norma é visto como algo ainda incapaz de permitir a aplicação mecânica da norma à realidade – requerendo do intérprete uma valoração a fim de que a norma de decisão (Müller) ou a norma concreta (Kelsen) possa ser utilizada na resolução do caso – mas, ao mesmo tempo, como um limite intransponível à liberdade criadora do intérprete. A diferença fundamental entre Kelsen e Müller é que o último acredita ser possível racionalizar o processo de concretização (concedendo-o como um método, e não como uma simples “decisão” necessariamente arbitrária), ao passo que o primeiro não abandona o não cognoscitivismo positivista (BUSTAMANTE, 2003, p. 103).

estrutura da norma, em idêntico nível hierárquico, o âmbito da norma<sup>26</sup> que é “o recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma “escolheu” para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação (como amplamente no caso de prescrições referentes à forma e questões similares)” (MÜLLER, 2000, p. 49).

João Maurício Adeodato explicita de modo exemplificativo o conceito de “âmbito da norma”:

Aplicando praticamente o conceito de âmbito da norma, pode-se dizer que se compõe dos fatos que, diante de um caso a ser resolvido e dos textos da norma a ele correspondentes, à luz de toda experiência jurídica acumulada, precisam ser considerados e não podem ser aleatoriamente escolhidos. Esses fatos não devem permanecer no campo não obrigatório do conjunto de matérias ou do âmbito da matéria; eles não devem contradizer o programa da norma. Os textos das normas referem-se, por exemplo, a partes do mundo real, como “a imprensa”, “a ciência”, “a arte”, “a concorrência”, “a natureza jurídica do seguro”, “o curso de doutorado”; são esses cortes da realidade social visados pelo programa da norma ou por ele construídos que Müller denomina o âmbito da norma (ADEODATO, 2010, p 251).

Importa ainda dizer que o âmbito normativo pode ser gerado pelo direito - quando diz respeito por exemplo, à prazos, datas, formas - ou não, nos casos de normas relativas aos direitos fundamentais ou de cunho principiológico. Mas, na maioria dos casos, conterà elementos tanto de origem jurídica e não jurídica. Nesse sentido, as prescrições relativas ao direito, o âmbito da norma pouco fornece elementos adicionais no processo de concretização. Por outro lado, quanto mais partes não formadas pelo direito a norma contiver, maior será a necessidade de análise e influência do âmbito da norma:

Em prescrições referentes à forma, em normas processuais e organizacionais, em prescrições de remissão, definições legais e em regulamentações com enunciado jusdogmático-conceitual numérica ou individualmente determinado os âmbitos das normas desaparecem por trás dos programas das normas. Quase nunca fornecem à práxis pontos de vista adicionais para a concretização. Mas quanto mais materialmente vinculada for uma norma, quanto mais partes integrantes não gerados pelo direito

---

<sup>26</sup> A expressão de Müller (*Normbereich*) é traduzida em diferentes termos, Peter Naumann em “Direito, linguagem e violência” faz menção a expressão “área da norma”. Cf. (MÜLLER, 1996, p. 42). Enquanto Oliveir Jouanjan, na tradução para a língua francesa utiliza “Champ Normatif”, em português “Campo normativo” (tradução livre).( MÜLLER, 1996, p. 28); E ainda, José Lamago, na tradução da obra “Metodologia da ciência do direito”, de Karl Larenz, refere-se ao âmbito normativo da teoria de Müller por “domínio da norma”. (LARENZ, 1997, p. 155).

contiver o seu âmbito da norma, tanto mais a sua implementação carecerá dos resultados de análises do âmbito da norma. No caso de prescrições de direito constitucional os âmbitos da norma frequentemente são fecundos e possuem um peso decisivo para a concretização. Por isso a práxis jurisprudencial de tribunais constitucionais tem um valor paradigmático em termos de conhecimento (MÜLLER, 2010, p. 60).

Vale acrescentar que o âmbito da norma não é um simples conjunto dos fatos, mas uma associação elaborada a partir de elementos estruturais retirados da realidade social sob o ponto de vista seletivo e valorativo do programa da norma, em regra, conformados de forma minimamente jurídica, elucida Müller que: “Em virtude da conformação jurídica do âmbito da norma e em virtude da sua seleção pela perspectiva do programa da norma o âmbito da norma transcende a mera facticidade de um recorte da realidade extrajurídica” (MÜLLER, 2000, p. 49).

No mesmo sentido, Eros Roberto Grau ressalta o “âmbito normativo” não como uma mera soma de fatos, mas, como um conjunto de elementos reais contidos em toda regra, estabelecido por aspectos estruturais que advêm da realidade. O referido autor considera, assim, que o “âmbito normativo” de forma imediata, não contém todos os fatos, mas que estes “fatos” aparecem na aplicação de uma norma jurídica pelo intérprete, diante de um caso concreto, que parte do programa da norma, momento em que surgem para esse aspecto importantes estruturas sociais que irão delinear o seu universo:

Para Müller, o âmbito normativo é mais do que uma mera soma de fatos, abrangendo um complexo real e possível que aparece em toda regra (= enunciado normativo), formulado com elementos estruturais retirados da realidade. O âmbito da norma não congrega (imediatamente) à totalidade dos fatos; ele se manifesta quando um programa de interpretação é praticado (pelo intérprete), visando à aplicação de normas jurídicas; então, tendo em vista o fato concreto, emergem naquele âmbito relevantes estruturas sociais básicas que irão delinear o seu universo (GRAU, 2003, p. 71).

Ainda nessa toada, ressalte-se a relação entre os componentes da norma, já que “o âmbito da norma entra no horizonte visual da norma jurídica bem como da norma de decisão unicamente no enfoque indagativo determinado pelo programa da norma” (MÜLLER, 2010, p. 59). Destarte, o programa da norma tem por função obstar a atuação de uma “força normativa do fático”, já que o conteúdo da decisão somente



pode ser formado por fatos relevantes assim tidos conforme o programa da norma (MÜLLER, 2007, p. 154).

É preciso ainda advertir que o programa da norma e o âmbito da norma compõem a estrutura da norma, mas não se confundem. O programa da norma fornece os dados linguísticos normativamente relevantes, já o âmbito da norma indica os dados reais normativamente relevantes. Desse modo, o programa da norma servirá para limitar e construir o conjunto de matérias e a construção do âmbito da norma, e nesse conjunto de matérias, o âmbito da norma será o conteúdo juridicamente relevante (ADEODATO, 2009, p. 250).

No processo de concretização, os fatos são incluídos como componentes da norma, não como um “objeto” de análise ou sobre a qual a norma é remetida. A norma de decisão (resultado da concretização) envolverá, necessariamente, o problema concreto (real ou hipotético) que é tido como integrante da norma de decisão e imprescindível para a compreensão do Direito (TAVARES, 2006, p. 61), conforme aponta Müller:

[...] como a norma é mais do que um enunciado de linguagem que está no papel, a sua “aplicação” não pode esgotar-se somente na interpretação de um texto. Muito pelo contrário, trata-se da concretização, referida ao caso, dos dados fornecidos pelo programa da norma, pelo âmbito da norma e pelas peculiaridades do conjunto de fatos. A partir do conjunto de fatos do caso – não importando se ele deve ser decidido concretamente ou se ele é apenas imaginado – destacam-se como essenciais ao caso *aqueles* elementos que cabem no âmbito da norma e são apreendidos pelo programa da norma. Programa da norma e âmbito da norma são, por sua vez, interpretados no mesmo processo da formação de hipóteses sobre a norma com vistas ao caso concreto e, no decurso desse processo, não raramente modificadas, clarificadas e aperfeiçoadas (MÜLLER, 2000, p. 36).

O âmbito normativo definirá o conteúdo e o alcance das disposições constitucionais, uma vez que podem sofrer alterações devido às intervenções no interior desse campo, pois as estruturas do âmbito normativo fazem parte da situação experimentada em que o Direito relaciona-se (SILVA, 2000, p. 419). Com isso, uma norma pode se tornar obsoleta, ainda que seu texto não tenha sido alterado ou revogado formalmente, o que ocorre quando perde seu âmbito normativo, conseqüentemente, não poderá ser juridicamente concretizada, pois apesar de seu texto permanecer, ele não dispõe mais de suporte metodológico e jurídico (MULLER, 2008, p. 202).

Em termos práticos, o âmbito da norma “[...] se compõe dos fatos que, diante de um caso a ser resolvido e dos textos da norma a ele correspondentes, à luz de toda experiência jurídica acumulada, precisam ser considerados e não podem ser aleatoriamente escolhidos” (ADEODATO, 2009, p. 281). Esses elementos são muitas vezes identificados por intermédio de palavras-chave que fazem parte do mundo real, como esclarece ADEODATO (2009, p. 281): “[...] a “imprensa”, “a ciência”, a “arte”, a “concorrência”, “a natureza jurídica do seguro”, “o curso de doutorado”, são esses cortes da realidade social visados pelo programa da norma ou por ele construídos que Müller denomina o “âmbito da norma”. Para estabelecer esses “âmbitos normativos”, o operador do direito poderá selecionar os dados relevantes para a norma jurídica e a norma de decisão, para tanto, poderá utilizar-se de pesquisa doutrinária, científica ou decisões anteriores dos tribunais.

Nesse sentido, a realidade, do ponto de vista teórico, compõe a estrutura da norma (programa da norma – âmbito da norma) e é normativamente incorporada a ela (MULLER, 2008, p. 250). Esses mencionados componentes estruturais da norma contribuem conjuntamente na atividade dos juristas de maneira a qual se confere a normatividade. E a normatividade designa o caráter dinâmico da norma, capaz de ordenar à realidade e submeter-se de forma condicionada e estruturada por ela, nas palavras de Müller (2008, p. 15):

Normatividade não significa aqui nenhuma força normativa do fático, tampouco a vigência de um texto jurídico ou de uma ordem jurídica. Ela pressupõe a concepção da norma como um modelo ordenador materialmente caracterizado e estruturado. Normatividade designa a qualidade dinâmica de uma norma, assim compreendida, tanto de ordenar à realidade que lhe subjaz – normatividade concreta – quanto de ser condicionada e estruturada por essa realidade – normatividade materialmente determinada. Com isso a pergunta pela relação entre direito e realidade já está dinamizada no enfoque teórico e a concretização prática é concebida como processo *real* de decisão.

Desse modo, a normatividade é o resultado das normas jurídicas alcançadas no trabalho de aplicação do jurista, como conclui Christensen: (2009, p. 240) “[...] a normatividade é a regulamentação vinculante da vida social, não podendo assim caber aos textos de normas, mas somente às normas jurídicas criadas pelo operador jurídico como sujeito do processo de concretização. ”

## 1.5 CONCRETIZAÇÃO DA NORMA, TEORIA ESTRUTURANTE E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A metódica estruturante de Müller, parte da premissa da diferenciação de texto e norma e de que a estrutura da norma é o resultado da relação entre o programa da norma e o âmbito da norma. O programa da norma, isto é, os dados linguísticos, servirá como limite ao processo de concretização. Contudo, como esclarece Müller, esses elementos – âmbito normativo e programa normativo – não são instrumentos para encontrar o “verdadeiro sentido” dos textos normativos. A escolha e delimitação do programa normativo, contribui para que a análise do âmbito normativo dê suporte a normatividade da disposição legal caracterizada pelos dados reais (MÜLLER, 2008, p. 245).

Com as palavras de Müller sobre sua Teoria Estruturante do Direito:

A teoria estruturante do direito não é apenas uma nova concepção, é uma concepção inovadora da teoria do direito. Resulta, pela primeira vez, de um conceito pós-positivista de norma jurídica. A norma jurídica não se encontra já pronta nos textos legais; nestes encontram-se apenas formas primárias, os textos normativos. A norma só será produzida em cada processo particular de solução jurídica de um caso, em cada decisão judicial. [...] Assim sendo, a antiquíssima dicotomia entre “ser e/ dever Ser” finalmente é superada do ponto de vista pragmático e operacional. A “norma jurídica” torna-se, dessa forma, um conceito complexo, composto do âmbito normativo e do programa normativo (isto é, do resultado da interpretação de todos os dados linguísticos). “Concretização” da norma não significa tornar “mais concreta” uma norma jurídica geral, que já estaria no texto legal. A concretização é, realisticamente considerada, a construção da norma jurídica no caso concreto [...] (MÜLLER, 2007, p.47).

Os elementos da realidade os quais constituem o “âmbito da norma” estão sujeitos às modificações históricas, acentuando-se, aqui, o caráter polissêmico do direito aplicado, conseqüentemente, o resultado da concretização poderá ser diverso, sem que, contudo, se opere modificações no texto da norma (essencialmente, no programa da norma), o que contribui para entender como se processa “uma “mutação constitucional” permanente, mais ou menos considerável, que não se deixa compreender facilmente, por causa disso, raramente fica clara” (HESSE, 1998, p. 51).

Não obstante, como evidencia Hesse, esse fenômeno não modifica o fato de que as

normas constitucionais sempre estão vinculadas a essas normas. Quando há contradição desse conteúdo à Constituição, não se pode fazer dele “realidade constitucional”, pois como sustenta “ [...] a realidade inconstitucional ser qualificada de realidade constitucional, é atribuída a essa realidade uma força normalizadora e essa aparece, como força normalizadora da “realidade”, de antemão superior à força normalizadora do “direito” “ (HESSE, 1998, p. 52).

A necessária conformação do direito e à realidade não vai significar a inexistência de situações em que há contradição da Constituição com a realidade, ou que isso deve ser considerado como insignificante. Na verdade, é importante justamente dirigir-se à atenção a essa condição, para que seja feito o necessário para impedir essa realidade inconstitucional ou buscar a coerência entre a realidade e a Constituição (HESSE, 1998, p. 52).

Nota-se, assim, que a mutação constitucional é um fenômeno “permanente”, acomodando a ordem jurídica às evoluções da sociedade e do Estado<sup>27</sup>, na linha do pensamento de Hans Georg Gadamer é singular a tensão entre o texto e o sentido que se alcança no momento de sua concretização:

Tanto para a hermenêutica jurídica como para a teológica, é constitutiva a tensão entre o texto proposto – da lei ou da revelação – por um lado, e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na prédica, por outro. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica. Da mesma maneira, o texto de uma mensagem religiosa não deseja ser compreendido como um mero documento histórico, mas ele deve ser entendido de forma a poder exercer seu efeito redentor. Em ambos os casos isso implica que o texto, lei ou mensagem de salvação, se se quiser compreendê-lo adequadamente, isto é, de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, tem de ser compreendido em cada instante, isto é, em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar (GADAMER, 1999, p. 461).

Constata-se, assim, como pressuposto para identificação da mutação constitucional a concretização da norma (ALMEIDA, 2008, p. 207-208) e o texto normativo, enquanto limite das possibilidades da concretização, é especialmente relevante nos casos em

---

<sup>27</sup> Nesse sentido são as palavras de Uadi Lammêgo Bulos: “Os estudiosos constatarem, pois, o fenômeno das mutações constitucionais como uma constante na via dos Estados, e as constituições, como organismos vivos que são, acompanham a evolução das circunstâncias sociais, políticas, econômicas, que, se não alteram o texto na letra e na forma, modificam-no em substância, significado, alcance e sentido de seus dispositivos.” (BULOS, 1997, p. 57)

que há alterações de aspectos no âmbito normativo e que resultam na mudança de sentido da norma, com a manutenção do texto. Neste ponto, Friedrich Müller adverte: “Aspectos da realidade social só podem entrar na dogmática e metódica jurídicas no interesse da normatividade jurídica, a serviço da racionalidade especificamente jurídica em vinculação à norma” (MULLER, 2007, p. 58).<sup>28\_29</sup>

---

<sup>28</sup> Nesse sentido, Müller explica que “Em virtude da normatividade da norma e da ciência jurídica como ciência de normas, o teor *material* normativo deve, por conseguinte, manifestar-se de forma especialmente prioritária como parte integrante da “interpretação” e da “aplicação”, isto é, em suma, como parte integrante da concretização de direito. Na ciência jurídica, o rendimento individual concretizador tem um peso de grau muito menor do que nas ciências humanas, ao passo que a correção jurídico-objetiva da decisão e a discutibilidade racional das suas razões têm um peso máximo. Aqui a estrutura do normatizado e do que com isso determina simultaneamente a norma deve se colocar muito mais entre texto e o texto, isto é, entre o teor literal da prescrição e o da decisão, do que em outras ciências humanas, que dependem menos elementarmente da racionalidade e da consensualidade social. Somente em última instância a concretização do direito é um acontecimento genuinamente linguístico. Por isso a elaboração de pontos de vista materialmente racionalizadores também é, sobretudo, a tarefa da estruturação da norma no tocante ao problema de direito e realidade, quase sempre não verbalizado, mas quase onipresente na práxis-jurídica ” (MULLER, 2007, p.64).

<sup>29</sup> A apresentação clara dos argumentos pelo jurista na concretização da norma possibilita o controle no Estado Democrático de Direito, assim explícita Muller: “O jurista constitui o “âmbito normativo” ao submeter os fatos a um duplo exame com base no programa normativo: primeiro, esses fatos continuam sendo relevantes para o programa normativo elaborado? Segundo, são compatíveis com o conteúdo do programa normativo? Em seguida, podem ser justificadamente incorporados na decisão. “ (MULLER, 2007b, p. 47).

## 2 O DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição tem como uma das suas primordiais funções assegurar estabilidade às instituições políticas e jurídicas, enquanto ordem jurídica fundamental de uma comunidade e traz como pressuposto a primazia em relação a todo o Direito interno, disso resulta a impossibilidade de derrogação ou reforma da Constituição por intermédio de leis ordinárias, bem como o fato de que nenhuma norma do ordenamento jurídico ou ato do Estado pode contradizê-la, vinculando, assim, todos os poderes públicos (HESSE, 2009, p. 31). Daí é possível extrair a rigidez constitucional que tem por objetivo garantir a estabilidade do ordenamento, por intermédio de limites ao poder constituído de reforma<sup>30</sup>, bem como a partir da previsão expressa de um procedimento dificultado, quando comparado ao da legislação ordinária, para que se promova alterações no texto constitucional.

De outro lado, a fim de comportar os mais diversos anseios de uma sociedade plural, bem como para não tornar a Constituição um sistema demasiado rígido, tem-se como uma de suas características a abertura semântica, mas que contém princípios concretos e elementos essenciais para a vida em comunidade democrática. Essa abertura, concede certo grau de discricionariedade, possibilitando diversas concepções e objetivos políticos e também a adequação das normas às mudanças sociais em sentido amplo. Cumpre trazer à baila, apesar de longa, profícua descrição acerca da importância dessas características na lição de Konrad Hesse:

[..] ambas, abertura e vinculação são pressupostos do cumprimento das tarefas da Constituição. Em consequência, esta determina os fundamentos

---

<sup>30</sup> É importante anotar, conforme Jeveaux (2008, p. 94), a crítica a classificação dada pela dogmática constitucional ao “Poder Constituinte” em originário, aquele decorrente da assembleia especial, e derivado, o poder concedido ao legislador ordinário. A crítica se dá pelo fato de que Sieyès não fez menção a esses termos, somente diferenciou em razão do grau de poder da nação e aos poderes delegados aos órgãos ordinários para atuarem em nome da constituição, “Poder Constituinte” e poder constituído. Ademais, também não é cabível falar em poder constituído, no exercício da função de reforma da Constituição, enquanto “derivado” de um “originário”, já que esse poder somente pertence à quem originou a Constituição. Com isso, a terminologia adequada é “poder constituído de reforma”, nesses termos, o Professor conclui que “A constituição, portanto, ao mesmo tempo em que confere tal poder delegado ao poder constituído de reforma, para agir excepcionalmente às suas atribuições ordinárias, faz como deve fazê-lo e quais limites cercam essa atividade especial.” (JEVEAUX, 2008, p. 94).

do ordenamento da comunidade, bem como os conteúdos que devem ser subtraídos ao debate e a um constante questionamento. Com isso, devem-se proporcionar a comunidade os pilares e parâmetros orientadores necessários a fazer frente à multiplicidade de problemas. A Constituição atua como fator estabilizador; simultaneamente, atua como liberadora de tensões, porque só se apresenta como problema aquilo que não foi previamente decidido, permitindo, com isso, a indispensável abertura. O que, sobretudo, fica estabelecido de forma vinculante é a arquitetura do Estado e os procedimentos no seu interior. Amiúde, tende-se a subestimar as normas de procedimento; no entanto, quando são adequadas à sua função contribuem na adoção da decisão correta sobre questões em litígio. Além disso, estabelecem uma determinada fórmula para as tomadas de decisões, excluindo, com isso, lutas desordenadas pelo poder. Finalmente, ditas regras tornam perceptível e compreensível para os participantes e afetados os processos decisórios. Quanto mais renuncie a própria Constituição a adotar decisões, mais importante será que estabeleça para elas um procedimento regrado. Só dessa forma a abertura da Constituição poderá cumprir a função que lhe é encomendada (HESSE, 2009, p. 34- 35).

Apesar da relevância dessas características ordenadoras, nem o mais engenhoso sistema constitucional pode garantir a sua observância, acaso não esteja conectado às mudanças ocorridas na sociedade, integrada com a realidade sociedade. Inclusive, pois “Toda Constituição é Constituição no tempo; a realidade social, a que são referidas suas normas, está submetida à mudança histórica e esta, em nenhum caso, deixa incólume o conteúdo da Constituição” (HESSE, 2009, p. 39).

De tal sorte, as normas constitucionais, como também o ordenamento jurídico como um todo, estão em constante interação com a realidade, como sustenta Karl Loewenstein:

Cada Constituição é um organismo vivo, sempre em movimento como a própria vida, e está submetido à dinâmica da realidade que jamais pode ser captada através de fórmulas fixas. Uma constituição não é jamais idêntica consigo mesma, e está submetida constantemente ao *panta rhei* heraclitiano de todo vivente (LOEWENSTEIN, 1976, p. 164).

Há um risco para a continuidade e permanência da Constituição, quando ela não acompanha ou não observa as referidas alterações históricas, de modo que a rigidez do conteúdo das normas poderá resultar no não cumprimento das suas tarefas, por obsoletas. Por outro lado, a Constituição pode também não desempenhar suas funções, quando, sem reservas, se adequa às circunstâncias momentâneas, como se as circunstâncias servissem de parâmetro para sua aplicação e não ao contrário. Nesse sentido são as considerações de Jorge Miranda:

Se as Constituições na sua grande maioria se pretendem definitivas no sentido de voltadas para o futuro, sem duração prefixada, nenhuma Constituição que vigore por um período mais ou menos longo deixa de sofrer modificações – para se adaptar às circunstâncias e a novos tempos ou para acorrer a exigências de solução de problemas que podem nascer até da sua própria aplicação. A modificação das Constituições é um fenômeno inelutável da vida jurídica, imposto pela tensão com a realidade constitucional e pela necessidade de efetividade que as tem de marcar. Mais do que modificáveis, as Constituições são modificadas. (MIRANDA, 1996, p. 129).

Dessa forma, do ponto de vista da Constituição no tempo, a garantia da sua continuidade e observância de suas funções, está condicionada a adaptação, em diferentes circunstâncias históricas, com a preservação de sua identidade, o que irá depender do modo como enfrente essas mudanças. Uma das formas consiste nas modificações formais, uma vez que constituído por forma, requisitos e limites, ou as alterações de conteúdo com a manutenção do texto – mutação constitucional (modificação informal).

## **2.1 MODIFICAÇÃO FORMAL DA CONSTITUIÇÃO**

Apesar da necessária rigidez do texto constitucional, em atendimento a vocação de permanência, a própria Carta Constitucional estabelece possibilidade de mudança do seu conteúdo, mecanismo que tem por objetivo a adequação às novas realidades. As modificações da Constituição são algo inegável na vida jurídica, resultado do embate entre a realidade e a necessidade de efetividade.

A revisão constitucional tem por finalidade precípua a autoregeneração e autoconservação da Lei Fundamental, cumprindo, assim a tarefa de eliminar normas que não são mais justificadas na sociedade ou acrescentar elementos para atualizar a Constituição, ou consagrar normas preexistentes enquanto costume ou originária de lei ordinária (MIRANDA, 1996, p. 165).

O processo de modificação formal da Constituição é estabelecido mediante observância de procedimento específico, com *quórum* pré-determinado, também de conteúdos limitados. Nesse sentido, ressalta Paulo Bonavides “O poder de reforma constitucional [...] é por sua natureza jurídica mesma um poder limitado, contido num



quadro de limitações explícitas e implícitas, decorrentes da Constituição, a cujos princípios se sujeita, em seu exercício, o órgão revisor. ” (BONAVIDES, 2006, p. 196).

As limitações a reforma constitucional, na concepção de Nelson de Souza Sampaio (1995, p. 77), podem referir-se ao tempo, ao objeto ou ao processo de sua concretização, em outras palavras, quanto ao procedimento (requisitos e/ou prazos) e ao conteúdo (cláusulas pétreas). Tais mudanças variam de acordo com a extensão e a forma de processamento, ora rotuladas como “emenda”, “reforma” e “revisão”. Entretanto, todas essas “formas”, possuem a finalidade de modificar o texto da Constituição em vigor, de acordo com as regras nela estabelecidas. O que varia, na prática, são as circunstâncias, limites, procedimento ou alcance. No sistema constitucional brasileiro, há distinção entre a “emenda” (art. 60 CFRB/88) e “revisão” constitucional ( art. 3º da ADCT).

A doutrina brasileira de forma majoritária adota a terminologia “reforma” o gênero que significa tanto as mudanças pontuais quanto abrangentes da qual são “espécies” a emenda e revisão<sup>31</sup>. Esta última para designar uma alteração mais extensa e profunda da Carta Constitucional, enquanto a primeira refere-se a mudanças ou acréscimos ao texto.

Quanto à emenda constitucional, extrai-se a regulamentação no âmbito constitucional brasileiro do art. 60 da CFRB/1988, ordenando o procedimento, a deliberação, quórum de aprovação e a promulgação, também estabelecendo vedações circunstanciais e limitações quanto à matéria. Dessa forma, consoante dispõe o art. 60, exige-se quórum especialmente qualificado para a emenda: a proposta deve reunir o voto favorável de 3/5 dos membros de cada Casa do Congresso Nacional e em dois turnos de votação em cada uma, sendo que ambas as Casas devem anuir com o texto da emenda para que seja dado prosseguimento.

Outrossim, a Constituição igualmente determina quem poderá apresentar proposta de Emenda à Constituição (um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; o Presidente da República; mais da metade das

---

<sup>31</sup> Por todos cf. (FERREIRA, 2001).

Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros).

A Constituição estabelece limites “circunstanciais”, em outras palavras, não se poderá alterar a Lei Fundamental na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. Igualmente, proíbe-se a apresentação nova proposta de emenda aquela cuja matéria já tenha sido rejeitada ou havida por prejudicada na mesma sessão (art. 60, 5º, CFRB).

Como dito, há também as restrições materiais ao exercício do poder de reforma, matérias que se denominam intangíveis, as “cláusulas pétreas”. A restrição material da reforma encontra-se expressamente prevista no §4º do art. 60 da CFRB; determinando que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais.

A outra forma de modificação formal da Constituição pode ser realizada pela revisão constitucional está prevista no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Art. 3º. A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral”, com previsão normativa mais simples, apenas dispendo acerca dos limites temporais, com quórum da aprovação da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional.

Nota-se que a modificação formal da Constituição pressupõe rigoroso procedimento, limitações quanto à matéria, exigência de maioria qualificada para aprovação, de modo que a Lei fundamental estabelece parâmetros expressos para autorizar a sua alteração. Logo, igualmente, a modificação “informal” da Constituição, deverá observar limites mínimos, pelo que aqui se defende, contidos no próprio texto constitucional, para evitar que quaisquer modificações fáticas ou decorrentes da vontade do intérprete possam alterar o conteúdo da Constituição.

## 2.2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: MUDANÇA INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO

O fenômeno da “mutação constitucional” foi inicialmente apreendido pela doutrina alemã no final do século XIX, a partir da percepção das alterações informais da constituição, em que se identificava modificação de seu sentido, com a permanência do texto, ou seja, independentemente de reforma.<sup>32</sup>

As primeiras percepções da doutrina alemã sobre a mutação constitucional, são remetidas especialmente à Paul Laband, Georg Jellinek, Rudolf Smend, Hsü Dau-Lin e Hermann Heller. Posteriormente, o tema adquiriu maior notoriedade e, com isso, também maiores desafios.

Com a compreensão acerca da diferenciação entre texto e norma – descrita no capítulo anterior -, soa tautológico conceituar o termo “mutação constitucional”, enquanto mudança da constituição sem alteração do seu texto. Apesar disso, o que se pretende destacar é que, mesmo em uma norma de caráter rígido e que prevê procedimento complexo para sua modificação, por intermédio de procedimentos não previstos na Constituição, procede-se a alteração do sentido dado pelo intérprete.

Importa considerar que a problemática da “mutação constitucional” está relacionada não só ao hiato entre texto e norma, mas também à distinção entre texto e norma, especificamente os jogos intencionados da linguagem, daí a relevância de imposição de limites ao conceito. Isto leva a perceber que a modificação de sentido de uma determinada norma não é um problema exclusivo do direito constitucional, sendo, assim, um *busílis* do direito como um todo (STERN, 1987, p. 336).<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Na doutrina americana, Roscoe Pound, em 1910, publicou um artigo intitulado “*Law in Books and Law in Action*”, em que expôs casos em que os aplicadores do direito, viam-se compelidos a adequar o sentido abstrato das normas às novas realidades, sem romper com o direito posto. O aludido Autor é responsável pela citação clássica: “O direito deve ser estável, mas não imutável” (*the law must be stable, but it cannot stand still*), em referência à necessidade da modificação dos precedentes da Corte nas hipóteses em que as alterações relevantes das condições fáticas assim recomendassem.

<sup>33</sup> Tradução livre do original: “En este sentido las causas de la mutación constitucional pueden ser múltiples, ya que ninguna interpretación está libre de los puntos de vista del intérprete vinculado a valores y al momento histórico y ninguna norma puede ser separada de la realidad en que está colocada. Uno de los factores más importantes para una posible mutación constitucional es el paso del tiempo. A veces es explicada incluso como la única causa. Pero no se puede negar que también pueden

Para melhor esclarecer, no presente trabalho, conceitua-se o termo como processos informais de mudanças da Constituição, por alterarem o seu sentido da norma independente de reforma ou revisão (processos formais), isto é, de modo não previsto na Lei Fundamental. Em linhas gerais, a partir das alterações sociais e políticas, associadas a impossibilidade de que a lei as acompanhe, surgem os meios pelas quais as constituições rígidas vão se modificando, assumindo novos significados. Essa concepção está atrelada ao conceito de constituição enquanto um organismo “vivo”, ou seja, imerso à dinâmica e realidade social, de modo que não se esgota em fórmulas fixas e pré-determinadas (LOWENSTEIN, 1976, p. 164).

Diante da dinâmica das relações sociais, econômicas e políticas, seria errôneo ou até ingênuo pressupor que as Constituições rígidas somente poderiam ser alteradas por intermédio dos procedimentos formais e que o impacto da evolução política e social fosse acompanhada tão somente por esses canais apenas ao cargo dos políticos e legisladores (TEIXEIRA, 1991, p. 141).

A terminologia para se referir às modificações informais da Constituição é imprecisa, por exemplo, Jorge Miranda denomina “vicissitudes constitucionais”, correspondendo a “quaisquer eventos que se projectem sobre a subsistência da Constituição ou de alguma das normas” (MIRANDA, 2007, p. 130). José Joaquim Gomes Canotilho utiliza a expressão “transição constitucional” para designar: “a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto” (CANOTILHO, 2003, p. 1214).

E ainda também por outros termos como “mudança constitucional silenciosa (*stillen verfassungswandlungen*), “processos de fato”, “mudança material”, “processos indiretos”, “processos oblíquos”, expressões que querem designar os “meios difusos de modificação constitucional”, sendo que o uso de uma ou outra quer designar as

---

tener influencia mutaciones sociales y técnicas y concretamente en el caso de una constitución la praxis del estado. Por último, también podría entrar en juego como causa la concretización de las normas jurídico-constitucionales por normas de un nivel inferior al de la constitución. Tampoco se pueden negar los intentos de provocar cambios jurídicos mediante el uso intencionado del lenguaje.” (STERN, 1987, p. 336)

alterações da Constituição de forma diversa do poder de reforma, como ressalta Uadi Lammêgo Bulos, quem dedicou obra específica sobre o tema (2003, p. 200).

Para este trabalho, adota-se o termo “mutação constitucional”, nessa toada, para fins de delimitação teórica, sendo que este capítulo restringe a análise deste fenômeno no âmbito dos já citados principais autores da doutrina alemã, em razão das notáveis contribuições, mas em alguns pontos insuficientes, como será identificado pela percepção de Konrad Hesse apresentada ao final.

### **2.2.1 O conceito de mutação constitucional no direito alemão: Paul Laband e Georg Jellinek**

A temática da mutação constitucional passou a ser objeto de estudo no contexto da unificação do Império Alemão e a Constituição de 1871. Este novo ordenamento abarcava regiões que adotavam opções políticas muito distintas entre si, sem que houvesse uma adaptação formal aos diferentes ordenamentos particulares ao do Império unificado. Essa realidade contribuiu para criar uma insegurança quanto a sistematicidade e harmonia da Constituição do *Reich* (URRUTIA, 2000, p. 107).

Nesse contexto de incertezas, iniciam-se os trabalhos teóricos que abordam a questão da mutação constitucional. Paul Laband, em sua obra *Wandlungen der Deutschen Reichverfassung* (Mutações da Constituição Alemã), identificou como a Constituição do *Reich* apresentava alterações em seu texto, por ações do Estado, sem que se procedesse aos mecanismos de reforma (URRUTIA, 2000, p. 108).

Laband, partindo da premissa metodológica de separação entre direito e política da Escola Alemã de Direito Público, difundidas por Gerber e Gierke (JOUANJAN, 2005, p. 189 - 190), identificou a mutação constitucional de um ponto de vista científico e formalista. Assim, o direito público deveria ser analisado de modo isolado aos fenômenos políticos (URRUTIA, 2000, p. 107).

Nessa perspectiva teórica, Laband sustenta que a interpretação e aplicação do direito devem ser feitas sem considerar qualquer aspecto histórico, político ou filosófico, com

objetivo de manter a imparcialidade e cientificidade do jurista. Com isso, reduzia as questões relacionadas a compreensão do Direito em uma apreciação lógico-gramatical, sem a incursão de qualquer aspecto axiológico (CALDWELL, 1995, p. 15-16).

Segundo a concepção de Laband, a “vontade do estado” constituía o fundamento supremo da ordem jurídica, considerando essa “vontade”, inclusive, superior à ordem constitucional, ficando ao seu critério impor a si mesmo limitações (CALDWELL, 1997, p. 36; PEDRON, 2012, p. 88). Nesse prisma, a dogmática jurídica revela-se unicamente com o objetivo de descrever as normas jurídicas por uma análise textual, sem considerar qualquer outro aspecto, transformando-se, ainda, em um mecanismo de legitimação dos atos do Estado, como destaca Flávio Quinaud Pedron:

[...] a dogmática jurídica para Laband deveria ser “míope” para tudo aquilo que não fosse matéria exclusivamente jurídica. E, com isso, fecham-se as portas para uma discussão sobre a legitimidade e os limites dos atos estatais. Além do mais, a ação estatal identificava a incorporação da “vontade do estado” e “da sociedade” como um elemento só, e, assim, o jurista não era autorizado a discuti-la, dada as suas feições metajurídicas (PEDRON, 2012, p. 89).

Diante dessa compreensão, Laband afastava a possibilidade de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, considerando que a este Poder era dado somente a aplicação mecânica do direito ao caso concreto, e que, inevitavelmente, nas decisões de controle de constitucionalidade, eram conduzidas questões de ordem política, na sua concepção, inadmissível. Igualmente, defendia que a proteção da Constituição deveria ser tarefa exclusiva do Estado, representado pelo *Kaiser*, já que seria quem melhor interpretaria a “vontade do Estado”. Apesar de se preocupar em qualificar a Constituição enquanto uma norma para proporcionar estabilidade e a manutenção do Estado, esse próprio Estado poderia atuar para transformar o sentido da Constituição, sem um mecanismo formal de modificação (PEDRON, 2012, p. 89 – 90).

Nesse sentido, Laband descreve três meios pelos quais poderiam se dar a modificação informal da Constituição: (1) por intermédio da regulação de leis do Império acerca de questões centrais do Estado, não previstas na Constituição ou

previstas de modo colateral; (2) pela alteração de questões centrais do Estado por meio de leis do Império em contradição ao conteúdo da Constituição; (3) modificação de questões centrais do Estado a partir dos usos e costumes dos poderes públicos; (URRUTIA, 2000, p. 108).

Verifica-se que Laband identifica o fenômeno da mutação constitucional somente por intermédio da atuação do *Reich*, motivado pela ausência de regulamentação específica na Constituição de questões centrais do Estado, tanto políticas quanto econômicas, o que resultou em inúmeras transformações da Constituição, sem observância de um procedimento formal (URRUTIA, 2000, p.109).

Como destaca Ana Victoria Urrutia URRUTIA, Laband reconheceu as diversas mudanças informais da Constituição, mas também a impossibilidade de as controlar juridicamente. Nesse sentido, Laband sustentou que “[...] a regra segundo a qual as leis ordinárias devem estar sempre em harmonia com a Constituição e não devem ser incompatíveis com esta, constitui um postulado de política legislativa, mas não um axioma jurídico [...]”. (LABAND *apud* URRUTIA, 2000, p. 110), o que leva a concluir que o autor apesar de atribuir força normativa para à Constituição, não defende a superioridade hierárquica dessa norma sobre as leis do Parlamento (URRUTIA, 2000, p.110).

Em um ponto de vista crítico acerca das contribuições de Laband, nota-se que o autor descreve a ocorrência do fenômeno, sem preocupar-se com um desenvolvimento teórico sobre o tema, apenas legitimando a atuação do Estado em contrariedade a Constituição em defesa dos interesses do Império, como observa Pedron (2012, p. 91):

Ao cegar-se para uma possível relação entre Direito e Política, Laband se vê impossibilitado de realizar um desenvolvimento teórico mais aprofundado sobre o fenômeno. [...] Sendo assim, Laband está apenas servindo-se do conceito de mutação constitucional para encobrir alterações e/ou descumprimentos da Constituição voltadas exclusivamente ao interesse do império.

Por sua vez, Georg Jellinek, em continuidade aos estudos de seu antecessor, estabelece a distinção entre reforma e mutação constitucional pelo critério da

intencionalidade. Para tanto, a reforma da constituição consiste na modificação do seu texto por ações voluntárias e com específica intenção de mudança. Já a mutação constitucional é a modificação que deixa intacto o texto, sem alterá-lo formalmente, produzida por atos que não tem intenção ou consciência dessa mudança. É o que se extrai das lições do mencionado autor:

Por reforma da Constituição entendo a modificação dos textos constitucionais produzida por ações voluntárias e intencionadas. E por mutação da constituição entendo a modificação que deixa intacto seu texto sem modificá-lo formalmente e que se produz por atos que não tem a intenção ou consciência, de tal mutação<sup>34</sup> (JELLINEK, 1991, p. 7).

Nesse sentido, Georg Jellinek (1991, p. 11) descreve a reforma da Constituição de três maneiras: (1) pode romper-se totalmente; (2) pode ser alterada em seu texto; (3) modificação tácita pela aprovação de outras leis<sup>35</sup>. O primeiro caso ocorrerá quando houver uma derrogação da Constituição em sua totalidade; o segundo, uma reforma da constituição substituída por ela mesma, já o terceiro refere-se às chamadas reformas constitucionais tácitas, derogando toda a parte do texto da lei fundamental que esteja em contradição com elas.

Por outro lado, Jellinek acrescenta às possibilidades de ocorrência de mutação constitucional anteriormente identificadas por Laband, a atividade interpretativa dos órgãos do Estado: Administração, Parlamento e Judiciário. Além disso, o mencionado autor também reconhece a existência de lacunas em todas constituições e a impossibilidade de resolvê-las somente pelos meios convencionais (JELLINEK, 1991, p. 11).

Assim, Jellinek ao identificar o fenômeno, faz referência a algumas modificações informais ocorridas em sua época como mutação constitucional (1) pela prática parlamentar, administrativa e judicial; (2) a necessidade política como fator de transformação da constituição; (3) decorrente da “prática convencional”; ou

---

<sup>34</sup> Tradução livre: “Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación” (JELLINEK, 1991, p. 7).

<sup>35</sup> Tradução livre de “Las leyes constitucionales pueden reformarse, como las ordinarias, de tres maneras. Pueden abrogarse totalmente, pueden recibir otro texto o sustituirse por leyes posteriores”. (JELLINEK, 1991, p.11)



“convenções da constituição<sup>36</sup>; (4) mutação por desuso das faculdades estatais; (5) mutação constitucional pela integração das lacunas da Constituição; (URRUTIA, 2000, p. 111).

Em sua compreensão, Georg Jellinek se preocupa em conceber a realidade histórica como fato social intrinsecamente ligado à evolução estatal e constitucional. Com isso, Pablo Lucas Verdú ressalta que para entender a concepção da mutação constitucional em Jellinek, é necessário ter como pressuposto a metodologia histórica aplicada na obra dele para análise das instituições sociais (VERDÚ, 1991, p. XIX).

Nesse sentido, Jellinek adota uma concepção do Direito enquanto uma das parcelas de um conjunto normativo mais amplo presente na sociedade, a ética social pressupõe a solidariedade ente os indivíduos da comunidade e, a cada membro, propõe a assunção de um fim moral. O autor entende o direito de forma interna ao homem, como um fenômeno psicológico (VERDÚ, 1991, p. XXVIII). Diante disso, para o Jellinek, as proposições jurídicas não fornecem a compreensão de um conteúdo, mas uma relação dos direitos com a norma, de modo que o conhecimento jurídico de um objeto é diferente da compreensão dos fatos reais que o compõe (PEDRA, 2017, p. 105).

Outro ponto relevante sobre a obra de Jellinek é referente a força normativa do fático, em termos clássicos, representada pela expressão latina *ex facto oritur ius*, para o autor, essa força é amenizada pelo mínimo ético e as justificativas da finalidade do Estado (VERDÚ, 1991, p. XXIX – XXX). Tal concepção é resultado das influências da tese de Ferdinand Lassale da Constituição como a soma dos fatores reais de poder,

---

<sup>36</sup> Jellinek, em sua referência às mutações constitucionais toma como ponto de partida a teoria das convenções desenvolvida por Dicey no contexto do sistema constitucional inglês, contudo, importa este instituto para a realidade alemã, sem as devidas adequações. Como explica Urrutia, Dicey descreveu um fenômeno de “convenções da constituição” ou “moral constitucional” de forma indistinta, como uma parte do direito constitucional que compreende convenções, entendimentos, hábitos ou práticas das quais, apesar de regular a conduta de muitos membros dos poderes públicos, não são consideradas regras de direito porque não são aplicáveis pelos tribunais. Contudo, Jellinek se distancia da definição de Dicey em um aspecto muito importante, pois para este último autor as convenções não eram regras de direito porque não eram aplicáveis pelos tribunais. Jellinek, por sua vez, considerava as convenções como normas não coercitivas, mas como direito por constituírem normas reconhecidas e garantidas para o exercício do poder estatal, ainda que não sejam dotadas de caráter vinculante, mas flexíveis, por se adaptarem sempre as relações políticas que se modificam continuamente. (URRUTIA, 2000, p. 113).

de sorte que a “força normativa do fático” de Jellinek é em parte ética e histórica, como explica Pedra (2017, p. 106):

Para Georg Jellinek, o Direito é um compromisso entre interesses diferentes e até mesmo opostos. Este compromisso é resultante não apenas das forças dos interesses, mas também do poder social dos interessados neles. Dessa forma, a modificação das forças reais das relações entre os órgãos superiores do Estado se infiltra nas próprias instituições, até mesmo quando não houver sido modificada uma letra da Constituição.

Dessa forma, na relação entre a Constituição enquanto expressão dos fatores reais de poder e a força normativa do fático, Jellinek encontra a justificativa para encarar o problema da mutação constitucional, como causa e resultado da dialética normatividade escrita e a realidade constitucional (VERDÚ, 1991, LXIV). Segundo Jellinek é inevitável a influência dessas forças sobre a Constituição, uma vez que o substrato abstrato do direito, o mundo do *Sollen* é dependente da relação com a realidade, o mundo do *Sein* (VERDÚ, 1991, p. XIII), como explica Jellinek:

Uma coisa é indubitável: que as constituições escritas rígidas não podem evitar que se desenvolva junto a elas um direito constitucional não escrito; de sorte que mesmos nestes Estados, junto aos princípios constitucionais puramente formais nascem outros de índole material.(JELLINEK, 1991, p. 482).

Para Jellinek, a mutação constitucional confirma essa influência do real sobre o normativo, entretanto, a força normativa do fático se sobrepõe a força normativa da Constituição. Nesse sentido, Jellinek destaca que “ [...] as proposições jurídicas são incapazes de dominar, efetivamente, a distribuição do poder estatal [...]” e que “ as forças políticas reais operam segundo suas próprias leis que atuam independentemente de qualquer forma jurídica” (JELLINEK, 1991, p. 84).

Nesse ponto, Streck, Oliveira e Lima anotam que o dualismo metodológico positivismo legalista – positivismo sociológico presentes na obra do jurista alemão, fez com que a sua análise não enfrentasse normativamente as “influências das realidades sociais no direito”, o que limitou o conceito de mutação constitucional enquanto fenômeno empírico, como explicam os mencionados autores:

A mutação constitucional é assim tida como fenômeno empírico e não é resolvido normativamente: Jellinek não apresenta um substituto para o

positivismo legalista, mas apenas tenta suplementá-lo com uma análise empírica ou descritiva dos processos político-sociais. (STRECK, OLIVEIRA E LIMA, 2008, p. 60)

Destarte, infere-se que as contribuições de Laband e Jellinek quanto ao fenômeno da mutação constitucional, acabam por sujeitá-lo apenas ao aspecto fático, sem resolvê-lo juridicamente. Isto porque, tal como defende Konrad Hesse, a construção de uma teoria jurídica sobre o fenômeno, somente seria possível abrindo mão da separação entre “direito” e “realidade”, bem como o resultado disso ignorar quaisquer aspectos da história, política ou filosofia no processo de argumentação jurídica (HESSE, 2009, p. 288).

Ademais, como adverte Hesse (2008, p. 283), com todo acato, o critério da (não) intencionalidade de Jellinek não deve fazer parte do conceito de mutação constitucional, uma vez que em sua forma mais relevante, pela modificação da interpretação, a alteração do conteúdo não passará despercebida.

### **2.2.2 Rudolf Smend e Hsü Dau-Lin**

Rudolf Smend, a partir da Teoria da Integração, desenvolve a concepção das mudanças informais da Constituição, com enfoque entre os contrapontos da estática e dinâmica na teoria do Estado. Assim, para Rudolf Smend, o Estado é um pedaço da vida espiritual; com isso, seus elementos integrantes – indivíduo e comunidade, vida individual e vida supraindividual, ser e sentido individual e atemporal - estão unidos por uma relação dialética que se expressa em uma totalidade. O Estado faz parte de uma realidade espiritual, uma esfera espiritual coletiva, caracterizando-se tais esferas pela sua existência dinâmica. Este processo que forma a realidade estatal, em constante processo de atualização e renovação (GARCÍA, 1993, p. 81). Como escreve Rudolf Smend (1985, p. 61):

O Estado não é um fenômeno natural que deva ser simplesmente constatado, mas uma realização cultural que, como realidade da vida do espírito, é fluída, carecendo continuamente de renovação e aperfeiçoamento, colocada continuamente em dúvida. Como em qualquer outro grupamento, uma grande parte de seus processos vitais são, especialmente no Estado, consequência dessa renovação, desta permanente acolhida e assimilação de seus membros. Naqueles grupos sociais não suscetíveis de normatividade jurídica,

como é o caso de uma relação amorosa, ou amizade, isto resulta patente. Por outro lado, onde existe normativa jurídica, introduz-se uma mentalidade tipicamente estática que tende a considerar a união dos membros de um grupo juridicamente normado como algo já dado, reduzindo a dinâmica do grupo a este pressuposto normativo, um requisito que é claramente anterior à interrelação mútua dos membros do grupo.<sup>37</sup>

Para Smend, o núcleo essencial do Estado se desenvolve num processo contínuo de renovação e atualização social, o que denomina integração. E a Constituição, enquanto ordenação jurídica do Estado é a dinâmica vital do desenvolvimento da vida do Estado, ou seja, de integração, é o que se extrai de seu texto:

A Constituição é a ordenação jurídica do Estado, melhor dizendo, da dinâmica vital em que se desenvolve a vida do Estado, é dizer, de seu processo de integração. A finalidade desse processo é a permanente reimplantação da realidade total do Estado; e a Constituição é a modelagem legal e normativa de determinados aspectos deste processo (Tradução livre) (SMEND, 1985, p. 132).<sup>38</sup>

Apesar de o sentido da Constituição estar ligado ao conceito de Estado em seu caráter dinâmico e de integração, Rudolf Smend reconhece que a norma constitucional não pretende alcançar todos os aspectos da vida estatal, mas é um elemento de controle das forças sociais em constante movimento. Com efeito, a interpretação constitucional deve ser flexível devido à natureza expansiva das normas constitucionais, considerando o referido autor que a Constituição contém os elementos da sua própria transformação por intermédio da mutação constitucional (URRUTIA, 2000, p. 123).

Vê-se que a doutrina de Rudolf Smend, lança sua contribuição para teoria da mutação constitucional, com pressuposto de uma ideia de movimento como parte do conceito de Constituição, assim, como elemento que se deve ter em conta na interpretação e

---

<sup>37</sup> Tradução livre de: "El Estado no es un fenómeno natural que deba ser simplemente constatado, sino una realización cultural que como tal realidad de vida del espíritu es fluida, necesitada continuamente de renovación y desarrollo, puesta continuamente en duda. Como en cualquier otra agrupación, una gran parte de sus procesos vitales son, especialmente en el Estado, consecuencia de esta renovación, de esta permanente acogida y asimilación de sus miembros. En aquellos grupos sociales no susceptibles de normatividad jurídica, como es el caso de una relación amorosa o de amistad, esto resulta patente. Allí donde existe normatividad jurídica, por el contrario, se introduce una mentalidad típicamente estática que tiende a considerar la unión de los miembros de un grupo jurídicamente normado como algo ya dado, reduciendo la dinámica del grupo a este presupuesto normativo, un requisito que es en puridad anterior a la interrelación mutua de los miembros del grupo.

<sup>38</sup> La Constitución es la ordenación jurídica del Estado, mejor dicho, de la dinámica vital en la que se desarrolla la vida del Estado, es decir, de su proceso de integración. La finalidad de este proceso es la perpetua reimplantación de la realidad total del Estado; y la Constitución es la plasmación legal o normativa de aspectos determinados de este proceso.

a ideia de globalidade, em outras palavras, os detalhes somente podem ser entendidos a partir da visão do conjunto (URRUTIA, 2000, p. 125).

Por sua vez, Hsü Dau-Lin, discípulo de Rudolf Smend, dedicou sua obra de forma específica ao fenômeno da mutação constitucional, adotando um conceito sistemático do seu objeto de estudo, resumindo e complementando a análise de seus predecessores. Sem dúvidas, o estudo específico da mutação constitucional configura a grande contribuição de Dau-Lin, frente aos demais que tomam o conceito de maneira genérica como – R. Smend – ou àqueles que identificam a existência do fenômeno e mostram sua perplexidade frente a ele – Georg Jellinek e Paul Laband (URRUTIA, 2000, p. 126).

O autor chinês que escreve sua obra na Alemanha na época de Weimar analisa as distintas relações possíveis entre as normas constitucionais e a realidade. Assim, a primeira possibilidade consiste na plena congruência entre a norma constitucional e a realidade. Esta modalidade pode resultar em duas diferentes dinâmicas: que a realidade siga o que está determinado pela norma, o que se pressupõe plena vigência do direito constitucional; ou que a norma constitucional siga a realidade, como ocorre nos casos de reforma constitucional. Já a outra possibilidade consiste na dissociação entre norma constitucional e realidade, núcleo da sua definição de mutação constitucional, ou seja, uma contraposição entre a Constituição escrita e a situação jurídica real (URRUTIA, 2000, p. 126). Como explica Dau-Lin:

Para dar um conceito que corresponda, do mesmo modo a diferentes casos geralmente designados como mutação constitucional, quiçá poderia fazê-lo dizendo que se trata da incongruência que existe entre as normas constitucionais, por um lado e a realidade constitucional do outro (DAU-LIN, 1998, p. 29).

Dau-Lin esclarece que o significado desse problema é resultado da natureza e intenção da Constituição escrita, já que a mutação constitucional questiona seu significado fundamental de que as normas constitucionais devem abranger a vida estatal em sua totalidade e exigem que a sua validade seja superior às leis ordinárias. Assim, a realidade para a qual se emanaram essas regras já não coincide com elas. Há uma latente tensão entre a constituição escrita e a situação real constitucional (DAU-LIN, 1998, p. 30).

Com efeito, se a mutação constitucional se funda na relação entre Constituição escrita e a situação constitucional real, em outras palavras, entre normas e realidade – a mutação constitucional é a relação incorreta entre ambas - assim, Dau-Lin traz quatro classes da mutação da Constituição: (a) mutação da Constituição mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição; (b) mutação da Constituição mediante a impossibilidade exercer certos direitos estatuídos constitucionalmente; (c) mutação da Constituição mediante uma prática estatal contraditória com a Constituição. (d) mutação da Constituição mediante sua interpretação; (DAU-LIN, 1998, p. 31).

Importante consignar a crítica feita por Streck, Oliveira e Lima quanto a obra de Dau-Lin, consignando que mesmo com a sua classificação da mutação constitucional, não considera o que é essencial para o período pós-segunda guerra e a construção do Estado Democrático de Direito: “o caráter princiológico do direito e a exigência de integridade que este direito democrático expõe, muito embora, registre-se, Lin tenha sido discípulo de Rudolf Smend, um dos primeiros a falar em princípios [...]” (STECK, OLIVEIRA; LIMA, 2008, p. 61).

De toda sorte, analisa-se maneira mais detalhada o estudo da classificação proposta por Hsü Dau-Lin.

A primeira hipótese de mutação constitucional mencionada pelo autor é (a) mutação da Constituição mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição: neste caso, despreza-se um artigo da Constituição ou se contradiz um preceito constitucional, já que se trata de situações não previstas por um preceito constitucional. O que se observa é uma tensão entre a situação real e a situação legal desenhada pela Constituição, não entre o existente e o prescrito. “O *sollen* (deve ser) está em contradição com o *Sein* (ser), não resulta de certo artigo constitucional, senão do conjunto de várias prescrições constitucionais ou da integração global de todo o emaranhado constitucional” (DAU-LIN, 1998, p. 32-33).

Neste ponto, para Hsü Dau-Lin, o questionamento que se coloca é se poderá existir ou não lacuna da Constituição<sup>39</sup>, o que se propõe a partir da ideia de Rudolf Smend, no sentido de que a Constituição é a regulação do Estado enquanto totalidade, de caráter geral, de modo que a noção de lacunas constitucionais é resultado de uma concepção formalista da Constituição. Aqueles que concebem a Constituição como uma unidade espiritual, como ele, não pode sustentar a princípio a existência de lacunas. Como explica:

No fundo todo o desespero formalista da teoria das lacunas constitucionais, é resultado natural do desconhecimento do sentido cultural da Constituição: se se ignora o sentido sistemático da Constituição, os artigos constitucionais se reduzem necessariamente a prescrições particulares; o ajustar-se a letra implica naturalmente a insuficiência (existência de lacunas) dos preceitos jurídicos frente a plenitude vital da realidade estatal (DAU-LIN, 1998, p. 64)

Ao apontar a insuficiência da teoria das lacunas constitucionais e relacioná-la às mutações constitucionais, Dau-Lin critica a ideia de George Jellinek de que as lacunas constitucionais produzem mutações constitucionais e explica que a lacuna constitucional é um feito não contemplado pela Constituição, se posteriormente se inclui uma regulação destes feitos na Constituição, não há que se falar em mutação constitucional, até mesmo porque, como questiona: como se pode modificar algo que nunca esteve na Constituição? (DAU-LIN, 1998, p. 64-65).

Hsü Dau-Lin explicita que a análise da mutação da Constituição mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição é diferente das lacunas constitucionais:

[...] a mutação existe porque a situação jurídica de fato surgida recentemente, não pode deduzir do sentido sistemático da Constituição, já que não lhe corresponde. A transformação não é um artigo constitucional positivo, senão um princípio que se infere do contexto, do sistema das normas constitucionais. (DAU-LIN, 1998, p. 65).

Na referida classificação, Dau Lin (1998, p. 36) também identifica as (b) mutações constitucionais por impossibilidade de exercício de determinadas atribuições previstas

---

<sup>39</sup> "Considerando el contexto en que planteamos la cuestión de las lagunas, - la relación de lagunas constitucionales y la mutación de la Constitución -, no es necesario tratar más a fondo el problema de las lagunas. Porque aquí tenemos que preguntar: ¿hay lagunas en la Constitución? Son lagunas de las leyes constitucionales o del derecho constitucional? ¿Cuál es su naturaleza y cómo operan? (DAU-LIN, 1998, p.55).

constitucionalmente, ou seja, o direito que atribuem os artigos constitucionais a certos sujeitos se perde ante à impossibilidade de exercê-los, de forma que esses artigos constitucionais já não correspondem com a realidade jurídica.

Em sua análise deste tipo de mutação constitucional, Dau-Lin questiona se a não aplicação de uma norma determina sua perda de vigência e, para o autor, do ponto de vista da realidade jurídico material, a norma que perde sua vigência social não tem existência material. Assim, questiona se seria antijurídico ou inconstitucional a aplicação de uma norma formalmente existente que tenha se tornado obsoleta. A sua conclusão é no sentido positivo e utiliza como exemplo o desuso do poder de dissolução da Câmara Baixa na III República Francesa, em que pese a previsão expressa do art. 5º da Lei Constitucional de 25 de fevereiro de 1875, em casos como este, para Dau-Lin a aplicação desse tipo de norma seria antijurídica, apesar da existência formal da regra (DAU-LIN, 1998, p. 68; URRUTIA, 2000, p. 128).

Quanto à (c) Mutação Constitucional por meio de uma prática estatal contrária a Constituição, essa possibilidade ocorrerá seja pela chamada reforma material da Constituição, seja pela legislação ordinária, seja pelos regramentos dos órgãos estatais superiores ou por sua prática efetiva (DAU-LIN, 1998, p.98).

Explicita Ana Victória URRUTIA Urrutia (2000, p.128) que “as revisões materiais da constituição são definidas como leis aprovadas pelo procedimento de revisão, mas que não modificam o teor literal da Constituição”. Em geral, trata de um problema da prática constitucional alemã, sendo que o ponto de discussão estaria em torno de definir o que seria exatamente uma “revisão constitucional”, especificamente, se como requisito de sua existência seria necessária uma expressa alteração do texto constitucional. Assim, Hsü Dau- Lin entende que são necessários dois requisitos para que se dê uma reforma material da Constituição: a observância dos procedimentos previstos para reforma constitucional e a ausência de modificação expressa do texto constitucional.

Por último, a quarta hipótese descrita por Hsü Dau-Lin: (d) mutação constitucional por meio da interpretação constitucional, que nada mais é que a alteração do



entendimento de normas ou preceitos constitucionais, sem modificação expressa do texto da Constituição, adequando-os a realidade no contexto em que se insere:

[...] quando os preceitos constitucionais somente se interpretam segundo considerações e necessidades que mudam com o tempo sem atender particularmente ao texto fixo da Constituição, ou sem que se considere o sentido originário dado pelo constituinte as normas constitucionais em questão. A norma constitucional permanece intacta, mas a prática constitucional que pretende segui-las, é diferente. O que se infere da Constituição um dia como direito já não é posteriormente. A Constituição experimenta uma mutação tanto que suas normas recebem outro conteúdo, na medida em que seus preceitos regulam outras circunstâncias distintas das antes imaginadas (DAU-LIN, 1998, p. 45).

Observa-se que Dau- Lin não descarta a possibilidade de admitir como legítimas as mutações constitucionais que contrariam às normas constitucionais, por força das necessidades políticas e reais. Esse ponto de vista atribui como fundamentação jurídica da mutação constitucional as “necessidades vitais do estado”. E, se toda necessidade política é direito, não há qualquer limite para o fenômeno, o que se pode concluir de sua doutrina: “ [...] pode a legislação ordinária transformar um preceito constitucional quando uma lei vigente contradiz a Constituição” (DAU-LIN, 1998, p. 41).

Nesse sentido, se considerar que toda necessidade política como direito, Dau-Lin deixa o caminho livre para que quaisquer alterações na vida do Estado, mesmo contrárias ao texto constitucional, sejam produzidas.

### **2.2.3 Hermann Heller**

Hermann Heller se propõe ao estudo da conexão entre a realidade social e normatividade, assim, na sua perspectiva o elemento real (“normalidade”) e o normativo são indissociáveis da estrutura constitucional (HELLER, 1998, p. 320, 326 - 327).

Em sua teoria geral do estado, Heller parte da concepção de Constituição equiparada à organização do Estado, na medida em que representa a cooperação entre os indivíduos e grupos mediante as relações graças às quais o Estado alcança existência e unidade de ação (HELLER, 1968, p. 295). Com isso, para Heller (1968, p. 295): “

[...] a configuração atual da cooperação, que se espera seja mantida de modo análogo no futuro, pela qual se produz de modo constantemente renovado a unidade e ordenação da organização, é o que chamamos de Constituição, no sentido da ciência da realidade”.

De tal modo, Heller, com referência a Ferdinand Lassalle<sup>40</sup>, aponta que a Constituição material (não a Constituição “folha de papel”) é determinada pelas relações reais de poder que se encontram em constante movimento, modificando-se a cada momento, resultando na unidade e ordenação do Estado. Nesse sentido, observa que a Constituição não é “ [...] processo, mas produto, não atividade, mas forma de atividade; é uma forma aberta através da qual passa a vida, vida em forma e forma nascida da vida. [...]” (HELLER, 1968, p. 295).

Apesar de identificar que a Constituição também é realidade constitucional, tal constatação não resulta na falta de integração entre estas, consoante esclarecem Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (2014, p. 192):

[...] o reconhecimento de que a Constituição é também realidade constitucional não resulta na negação de que as normas integrem a Constituição. Para Heller, o elemento real, por ele chamado de “normalidade”, e o elemento normativo são dois componentes indissociáveis.

Nessa linha de raciocínio, na compreensão do funcionamento constitucional, Heller estabelece a distinção entre a Constituição não normada (normalidade) e a Constituição normada (normatividade) e dentro desta, a normada extrajudicialmente e a que o é juridicamente. Concebe a normatividade como a normalidade “normada”. E a normalidade, enquanto aspecto dinâmico, o ser, já a normatividade o elemento estático, dever ser. Com efeito, sustenta que da mesma forma que não se conceber como completamente separados o dinâmico e o estático, também não pode sê-lo a normalidade e a normatividade, o ser e o dever ser no conceito de Constituição (HELLER, 1968, p. 296).

---

<sup>40</sup> “Os fatores reais do poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são” (LASSALE, 2001, p. 10-11).

Sobre a análise de Hermann Heller do conceito de Constituição, em consonância com o que se expôs até aqui, Manuel García Pelayo (1993, p. 87, tradução livre)<sup>41</sup> afirma:

A posição de Heller se caracteriza pela consideração da constituição como uma totalidade, em que se reúne uma relação dialética do estático e do dinâmico, a normalidade e a normatividade. Trata, pois, de salvar a unidade do conceito de constituição, mas reconhecendo a autonomia das partes integrantes.

Para Heller, há reciprocidade entre o ser e o dever da Constituição: a normalidade cria normatividade e, por sua vez, a normatividade cria a normalidade. Nesse sentido, como esclarece o mencionado autor sobre a infraestrutura da constituição não normada e normada:

[...] sobre a infraestrutura da Constituição não normada, e influída essencialmente por esta infraestrutura, ergue-se a Constituição formada por normas na qual, ao lado da tradição e uso, desempenham o seu papel peculiar a função diretora e a preceptiva, que tem caráter autônomo e que, com frequência, decidem contra o tradicional. [...] a Constituição normada consiste em uma normalidade da conduta normada juridicamente, ou extrajudicialmente pelo costume, a moral, a religião, a urbanidade, a moda, etc. Mas as normas constitucionais, tanto jurídicas como extrajurídicas, são, ao mesmo tempo que regras empíricas de previsão, critérios positivos de valorização do trabalho. Porque também se rouba e se assassina com regularidade previsível, sem que, nesse caso, a normalidade se torne normatividade... Só se valora positivamente e, por conseguinte, se converte em normatividade aquela normalidade a respeito da qual se crê que é uma regra empírica da existência real, uma condição de existência ora da humanidade em geral, ora de um grupo humano (HELLER, 1968, p. 298).

Dessa forma, Heller enfatiza o caráter normativo da Constituição e rejeita a teoria da força normativa do fático ligada a ideia romântica de espírito do povo, por estar noção estar completamente afastada da realidade. Também critica a posição de Carl Schmitt, por ter subestimado a normatividade em troca de ressaltar a existencialidade, em sua concepção de constituição não como norma, mas como decisão. A Constituição real do Estado certamente conhece uma normalidade sem normatividade, mas não ao contrário, isto é, uma validez normativa sem a normalidade (HELLER, 1998, p. 298).

---

<sup>41</sup> “La posición de Heller se caracteriza por la consideración de la constitución como una totalidad, en la que se reúnen en relación dialéctica lo estático y lo dinámico, la normalidad y la normatividad. Trata, pues, de salvar la unidad del concepto de constitución, pero reconociendo la autonomía de las partes integrantes.”

Nesse sentido, Heller identifica o problema da relação entre normalidade e normatividade na Constituição do Estado e como harmonizar a permanência das normas frente às contínuas mudanças da realidade social (HELLER, 1998, p. 302).

Ainda com os termos da concepção de Heller, a norma constitucional pode se transformar de diferentes formas: pela transformação de conteúdo dos elementos normados não jurídicos (princípios constitucionais e princípios gerais do direito), ou como consequência das mutações constitucionais. Esta última, pressupõe a superação de elementos normados por normalidade (URRUTIA, 2000, p. 117).

Hermann Heller (1998, p. 303) amolda os elementos normados não jurídicos aos “princípios”, afirma ainda que sem o apelo aos princípios do Direito, não é possível compreender ou aplicar a maioria dos preceitos do Direito Constitucional, de modo que a ausência de conteúdo preciso desses seria a qualidade que torna possível a evolução dos princípios de função transformadora dentro da Constituição.

Para exemplificar o que foi dito anteriormente, Heller utiliza o preceito da igualdade existente em todas as democracias, cujo conteúdo será decisivo para estabelecer as bases da estrutura constitucional de cada Estado. Contudo, embora esse preceito apareça expressamente na Constituição, não há explicação sobre o que se deve considerar igual ou desigual, na prática, o conteúdo do preceito será determinado a partir das concepções dominantes da realidade social, tanto é que, originalmente, o referido princípio dizia respeito somente a igualdade política dos homens, com o passar do tempo também passou a significar igualdade social (HELLER, 1998, p. 304).

Nesse raciocínio Heller (1998, p. 304 – 305) ressalta:

É justamente essa falta de determinação do conteúdo que capacita esses princípios jurídicos a desempenharem uma função perpétua na Constituição. Um preceito jurídico positivo, dirá, segundo o que hoje se reclama segurança jurídica, o seguinte: em tais circunstâncias o homem deve comportar-se de tal modo. Com isso, o preceito jurídico válido garante uma previsibilidade maior da conduta social que o princípio jurídico que é menos preciso. Mas justamente esta precisão do preceito jurídico opõe-se à necessária capacidade de acomodação e à continuidade dos preceitos jurídicos. Que a permanência da norma possa ser harmonizada com a mudança ininterrupta da realidade social, deve-se, em grande parte, a que a normalidade social que se expressa nos princípios jurídicos vai-se transformando na corrente imperceptível da vida diária. Mediante a evolução gradual dos princípios jurídicos pode acontecer que, não obstante permanecer imutável o texto do

preceito jurídico, o seu sentido experimente uma completa revolução, embora fique salvaguardada a continuidade do Direito perante os membros da comunidade jurídica.

Como dito, para o autor alemão, a permanência da norma harmonizada na modificação ininterrupta da realidade social, se deve, principalmente, ao fato de que a normalidade social se expressa em princípios jurídicos que vão se transformando de modo imperceptível na vida cotidiana. Assim, com a evolução dos princípios jurídicos, há uma completa modificação do sentido sem que haja qualquer modificação no texto (HELLER, 1998, p. 327).

Quando a normatividade do sistema constitucional se adequa à normalidade, preserva-se o ordenamento. No entanto, pode acontecer a não incorporação da normalidade nem pelas normas jurídicas (princípios) nem pelo normado juridicamente, mantendo-se em oposição a eles. Isto é, a normatividade pode perder a capacidade normalizadora e o uso social, de modo que a realidade não normada pode ser mais forte do que a norma estatal. Para Heller, é justamente a relevante frequência desse fenômeno que revela a atenção dada pela doutrina às mutações constitucionais, especialmente a Escola Alemã de Direito Público (Georg Jelinek) que ocorrem a margem da norma constitucional (URRUTIA, 2000, p. 118).

Heller, a partir de um sistema conceitual próprio, identificando a tensão entre normalidade e normatividade, concebe aos princípios o papel de viabilizar as mudanças informais da Constituição, entretanto, o problema encontra-se nos casos em que a realidade não seja complementar, mas contraditória. O que nos leva a ideia de o autor aceitar as mutações inconstitucionais, quando afirma que: “ Com bastante frequência, o uso social, a realidade social não normada ou normada extrajudicialmente, revela-se mais forte que a normação estatal” (HELLER, 1998, p. 306).

Como destaca Hesse, a questão relativa aos limites da mutação constitucional não é exposta de forma explícita por Heller, no entanto, é possível extrair que seu limite está na normatividade da Constituição. Apesar disso, esse limite é trazido de forma genérica e sem elementos que permitam concretizá-lo.

#### **2.2.4 Konrad Hesse: modificação do conteúdo da norma como mudança no interior da norma constitucional**

No contexto pós-segunda guerra mundial, a produção científica de Konrad Hesse a partir de 1950 é considerada como uma das mais influentes já sob os auspícios da Lei Fundamental de Bonn, reconstruindo a democracia da República Federal da Alemanha.

Nesse cenário, no que concerne à mutação constitucional, Konrad Hesse (1991) traz uma abordagem em contraponto da doutrina clássica, identificando a necessidade de se impor limites à mutação constitucional. Apesar da intercessão da realidade neste instituto, ele sustenta a necessidade de se ter o texto como algo firme e vinculante, em que pese a influência desses fatores na concretização constitucional.

É importante mencionar que a perspectiva de Konrad Hesse se desenvolveu sob confronto com a concepção sociológica da constituição desenvolvida por Ferdinand Lassalle e a influência dos fatores reais de poder. Segundo este autor, o elemento essencial da Constituição é a normatividade, no entanto, o seu conteúdo material deverá ser extraído das “exigências substantivas” situadas na sociedade que a norma pretende regular. A determinação do conteúdo constitucional é resultado da interação com a realidade que está inserida (HESSE, 1991, p. 24):

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas (HESSE, 1991, p. 24).

Vê-se que Konrad Hesse adota a concepção de Hermann Heller de Constituição, concebendo-a como composta tanto pela normalidade (realidade) e quanto pela normatividade (norma), e trabalha um embate entre as proposições normativa e

sociológica acima descritas, em seu conhecido trabalho “a força normativa da constituição”. Assim:

O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciada se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão (HESSE, 1991, p. 13).

Já nessa obra, Konrad Hesse atenta para a necessária relação da Constituição com a realidade histórica na qual está inserida:

Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição Jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre o ser (*sein*) e dever ser (*sollen*) (HESSE, 1991, p. 24).

Ao constar que a Constituição, enquanto “ordem fundamental jurídica da coletividade” (HESSE, 1998, p. 37), não está desvinculada da situação concreta do seu tempo, há também de se considerar as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais, razão pela qual somente será evidenciada a pretensão de eficácia ao considerar tais fatores.

Konrad Hesse sustenta que a Constituição não deve ser completa e acabada, com pretensão de inexistirem lacunas ou até unidade sistemática. Sem dúvidas ela deverá regular numerosas questões de ordem estatal, muitas vezes de forma detalhada, contudo, de forma ampla, alguns aspectos também da vida estatal em sentido restrito “são ordenados somente por determinações de amplitude material e indeterminação mais ou menos grande, alguns até de maneira nenhuma” (HESSE, 1998, p. 38).

Nesse sentido, a Constituição somente irá regular o mais pontual e por traços fundamentais, o que é aparentemente importante e de pouca determinação; o restante será tacitamente pressuposto ou ficará à cargo da configuração ou concretização da ordem jurídica (HESSE, 1998, p. 39).

Com efeito, sobleva a importância da interpretação constitucional como concretização das normas constitucionais, em que se deve considerar não somente a o texto, mas a realidade em que está inserido. Assim, em caso de alteração das relações fáticas, deve-se também alterar a interpretação, caso não seja possível a adaptação do texto à realidade, a revisão constitucional afigura-se inevitável (HESSE, 1991, p. 23):

[...] uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (*Telos*) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança na situação. Se o sentido de uma proposição não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito: Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentre desses limites.

Nota-se, em que pese a relevância dada ao autor da interpretação constitucional como elemento de concretização, como observa Inocêncio Mártires Coelho, ao identificar que a norma como resultado da interpretação, busca estabelecer limites à criatividade do intérprete, consoante explicita:

[...] Konrad Hesse se vê obrigado a admitir que a norma (= o que se extrai do texto) seja resultado e não pressuposto da interpretação, o que, enfim explica o seu empenho – como doutrinador e, sobretudo, como juiz constitucional -, em estabelecer alguns limites, mínimos embora, para a criatividade dos intérpretes da Constituição (COELHO, 2010, p. 145).

Especificamente quanto à teoria das mutações constitucionais, Konrad Hesse, admite a relevância do instituto com base nos pressupostos anteriormente traçados, como instrumento de adequação da Constituição à realidade que está inserida. O autor adotando a teoria da norma de Müller, sendo então o seu diferencial, entende que as mudanças da realidade não são externas ao direito constitucional, mas uma alteração de dentro da própria norma. Conseqüentemente, não se pode admitir que esse fenômeno ultrapasse o texto da norma (HESSE, 1998, p. 303).

A imposição de limites é imprescindível, principalmente, pois o Tribunal Constitucional, tal como o Supremo Tribunal Federal na realidade brasileira, encontram-se submetidos à Constituição, razão pela qual necessita de parâmetros explícitos que



permitam responder se houve mudança da Constituição, não sendo admissível que se ultrapasse os limites da Lei Fundamental, assim, Hesse sustenta que: “ quando faltam tais parâmetros, então já não cabe distinguir entre atos constitucionais e inconstitucionais, porque a afirmação, sempre possível, da existência de uma mutação constitucional não se pode provar nem refutar” (HESSE, 1983, p. 91).

A análise de Konrad Hesse (1983, p. 105), especificamente sobre os “limites da mutação constitucional”, a partir da doutrina clássica anteriormente exposta, aponta a contribuição de cada um dos autores, identificando que, apesar do desenvolvimento do conceito do instituto, nenhum dos mencionados autores apresentou parâmetros precisos e demonstráveis que excluam a possibilidade de se identificar uma mutação constitucional.

Destaca que a problemática da determinação da relação entre “realidade” e “norma”, entre “normalidade” e “normatividade” não está resolvido totalmente. Isso porque “a estrita separação entre ambas, nas teorias de Laband e G. Jellinek, conduz, paradoxalmente, não a um fortalecimento do normativo, e sim a uma capitulação diante da força dos fatos.” Enquanto o estudo de Hsü Dau-Lin, que incorpora a realidade política a Constituição, sob a forma de “necessidades vitais do Estado” por intermédio do “sentido” da Constituição, tampouco alcança resultado diverso das análises anteriores. Já Hermann Heller, apesar da adequada compreensão entre o dualismo entre ser social e dever ser social, mediante a correlativa coordenação, “não se consegue uma nítida fundamentação e determinação de limites” (HESSE, 1983, p.106).

Como resposta à problemática proposta, Hesse conclui que somente é possível compreender com clareza os limites da mutação constitucional, quando a modificação do conteúdo da norma: “é compreendida como alteração “no interior” da norma constitucional mesma, não como consequência de desenvolvimentos produzidos fora da normatividade da Constituição”, cujas alterações não se podem explicar apropriadamente quando se parte de uma coordenação correlativa entre normalidade e normatividade (HESSE, 1983, p. 107).

Para estabelecer e a estreita correlação entre norma e realidade, Hesse adota a concepção de Friedrich Müller sobre a estrutura das normas constitucionais.

Ainda na perspectiva de Konrad Hesse, as normas que integram o Direito Constitucional resultam letra morta quando o seu conteúdo não se incorpora à conduta humana, a partir da sua aplicação e observância diária. Somente quando há a “realização” desta conduta, a Constituição alcança a realidade “de uma ordem vivida, formadora e conformadora da realidade histórica, capaz, portanto, de cumprir sua função na vida da Comunidade” (HESSE, 1983, p. 107).

Logo, tal como asseverou Friedrich Müller: “a “norma” não pode ser isolada da “realidade”; pelo contrário, a “realidade” em suas circunstâncias (o “âmbito normativo”), as quais são afetadas pelo mandato da norma (o “programa normativo”, é parte integrante e constitutiva da norma mesma” (HESSE, 1983, p. 107).

Contudo, “se a norma abarca os dados da realidade afetados pelo “programa normativo” como parte material integrante da mesma, o “âmbito normativo” e as modificações deste último devem levar a uma alteração do conteúdo da norma” (HESSE, 1983, p. 108).

A relevância ou não das alterações fáticas, em outras palavras, se fazem parte ou não do âmbito normativo, será determinada pelo programa normativo. Para tanto, é necessário, então, observar o texto da norma, interpretando-o a partir dos métodos clássico, para, em seguida, avaliar se essas mudanças da realidade estão comportadas no programa normativo. Como explica Hesse (2009, p. 391):

Nem todo fato novo pertence a realidade regulado pela norma; o âmbito objetivo é capaz de provocar tal modificação. A instância que se decide se alteração fática pode ser relevante para a norma, quer dizer, se o fato modificado pertence ao âmbito normativo, é o programa normativo que se contém substancialmente no texto da norma constitucional (e que deve ser interpretado com os instrumentos tradicionais). Só enquanto este fato novo ou modificado resulte pertencente ao âmbito normativo pode-se aceitar também uma mudança da norma.

Tal concepção acerca da mutação constitucional exigirá do intérprete fundamentação mais atenta e diferenciada, para reduzir a discricionariedade na identificação de uma

mutação constitucional. Assim sendo, a demonstração em cada caso de que há uma modificação do âmbito normativo de uma norma constitucional exige algo mais do que a simples invocação da “força normativa do fático” ou das “necessidades vitais do Estado” (HESSE, 1983, p. 109).

Nesse sentido, a realidade constitucional não poderá ir de encontro ao próprio texto da norma, sendo a fixação desse ponto relevante para toda a interpretação constitucional:

[...] onde termina a possibilidade de uma compreensão lógica do texto da norma ou onde uma determinada mutação constitucional apareceria em clara contradição com o texto da norma; assim, encerram-se as possibilidades de interpretação da norma e, com isso, também as possibilidades de uma mutação constitucional (HESSE, 1983, p. 109).

Cumprir trazer a reflexão feita por Konrad Hesse que resulta em uma ressalva quanto a adoção do parâmetro do texto normativo como limite à mutação constitucional: “O texto constitucional como limite para a mutação constitucional: não é esta uma resposta muito simples, irreal e, ainda mais, doutrinária para uma questão complexa?”.

Como se expôs até aqui, a mutação constitucional provém do possível conflito entre as funções básicas da Constituição: por um lado a preservação de um Estado eficaz e operativo e de outro a tarefa de garantir estabilidade, racionalidade bem como a limitação do poder dentro da vida em comunidade. Dessa forma, uma solução “*fiat ius pereat mundus*” não seria satisfatória. A teoria da mutação constitucional, deve desenvolver critérios aplicáveis a situação normal (quando não existe esse conflito). Caso o fato consumado fosse considerado determinante, como ocorria na doutrina tradicional, implicitamente, haveria uma renúncia aos limites da mutação constitucional, ao legitimar o *fait accompli* (HESSE, 1983, p.110).

Ao contrário disso, ao se considerar o texto constitucional como limite, contribui-se, ao menos com uma garantia, ainda que, é claro, ela não seja absoluta. Ao identificar dificuldades na adoção desses limites, poderá impor a reforma constitucional, garantindo assim a preservação da Constituição e da sua força normativa. Dessa

forma, tudo o que se identificar fora desses limites, resultará em quebra ou anulação da Constituição.

Nesse ponto, considerando a mutação constitucional enquanto uma modificação no interior da norma, não é possível conceber como mutação constitucional a contradição entre determinada prática e o texto da constituição, como buscou defender Laband, Jellinek e Dau-Lin. Inclusive, como defendido pelo ministro Eros Grau, em seu julgamento da Reclamação n. 4335/AC, quando defende a ocorrência da mutação constitucional pela “corrosão” da norma em face da realidade, propondo, até mesmo a alteração do texto do art. 52, X da Constituição Federal. O que, para a concepção adotada não é mutação constitucional, visto que essa última, não altera o texto da norma.

O referido julgado é objeto de numerosas críticas da doutrina (i.e. STRECK, OLIVEIRA e LIMA, 2007; PEDRON, 2011), uma vez que o Ministro Relator se utilizou da concepção de mutação constitucional em defesa de uma postura decisionista, propondo uma alteração do texto da constituição. Nesse caso, identifica-se uma ruptura da Constituição e não uma mutação constitucional.

Justamente frente a posturas como a exemplificada anteriormente, Konrad Hesse busca estabelecer parâmetros e limites à mutação constitucional para que a realidade não se sobreponha à norma de maneira discricionária, com objetivo de garantir a proteção e defesa da Carta Constitucional:

Tudo o que se situe além dessas possibilidades já não será mutação constitucional, e sim quebra constitucional ou anulação da Constituição. Pode ser que de fato se imponham “os acontecimentos históricos que transtornam os fundamentos do Estado fora do Direito”, as usurpações e as revoluções. Isto nenhuma teoria dos limites da reforma ou da mutação constitucional poderá impedir. Porém, dentro do estrito âmbito aqui demarcado, assegura-se melhor a defesa da Constituição diante dos perigos de “mutações constitucionais” ilimitados do que pela renúncia prévia, explícita ou implícita à elaboração de limites que possam ser respeitados na prática. Disso é de que se trata e não de uma – talvez não intencional – legitimação dos fatos consumados. (HESSE, 2009, p. 311).

Por essa perspectiva, é que as contribuições de Konrad Hesse se tornam o ponto nodal para o objeto desta pesquisa, no sentido de que a identificação da mutação

constitucional não deverá se sobrepor a norma de modo discricionário, sendo imprescindível a utilização de parâmetros mais claros possíveis, em vista da garantia da segurança jurídica e da proteção à força normativa da Constituição.

Para alcançar tal desiderato, é importante ter em conta a mutação constitucional enquanto uma modificação no âmbito normativo e ter como limite o seu próprio texto, em uma análise do programa e âmbito normativo.<sup>42</sup> No capítulo seguinte, o que se busca é trazer contribuições ao parâmetro objetivo do texto normativo enquanto limite da mutação constitucional.

---

<sup>42</sup> Na perspectiva de uma teoria da decisão judicial, também uma das formas possíveis de se evitar a discricionariedade é a adequada fundamentação das decisões, garantia trazida no art. 93, IX da CF/88 e reforçada no art. 489, §1º do Código de Processo Civil. Esse pressuposto é essencial para preservar a garantia da segurança jurídica e a supremacia da Constituição. Nesse sentido, à luz da Crítica Hermenêutica de Lênio Streck, uma das formas de se alcançar respostas adequadas à Constituição é a fundamentação das decisões, conforme análise de Nelson Camatta Moreira e Leonardo Zehuri Tovar. (MOREIRA, TOVAR, 2015).

### 3 LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: CONTRIBUIÇÕES A PARTIR DA TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO

Entre as características de rigidez e a modificabilidade da Constituição, é inegável a importância de se estabelecer parâmetros para identificação dessas alterações que prescindem do procedimento rigoroso para alteração do sentido das normas constitucionais. O desafio reside, pois, em identificar fórmulas que possibilitem a adequação da Constituição à realidade social, mas preservando-a de decisões que violem o seu texto.

Konrad Hesse, em estudo específico intitulado “Limites da Mutação Constitucional”<sup>43</sup>, destacou a necessidade de se utilizar parâmetros os mais claros possíveis para identificação das mutações constitucionais. No intuito de se evitar modificações arbitrárias ao interesse do intérprete, o autor ressalta que os intérpretes se encontram submetidos à Constituição, e, com isso, afirma que:

O tribunal, entretanto, encontra-se submetido à Constituição, pelo que necessita de parâmetros os mais claros possíveis que permitam responder se houve uma mudança da Constituição, o que não se deve admitir quando se estabelecem limites para essa mudança e os mesmos foram ultrapassados. Quando faltam tais parâmetros, então já não cabe distinguir entre atos constitucionais e inconstitucionais, porque a afirmação, sempre possível, da existência de uma mutação constitucional não se pode provar nem refutar. Isto obriga levantar-se a questão sobre os limites da mutação constitucional, que não pode normalmente separar-se da questão relativa ao próprio fenômeno da mutação constitucional (HESSE, 2009, p. 279).

Na doutrina brasileira, Uadi Lammêgo Bulos, também em análise monográfica sobre as mutações constitucionais, entende que não é possível estabelecer limites à mutação constitucional, por considerá-la produto da atuação de forças elementares e inexplicáveis, que variam de acordo com os fatos sociais, novas realidades em

---

<sup>43</sup> Apesar de ser majoritariamente aceito pela doutrina a necessidade de se impor limites a mutação constitucional, interessante anotar que a observação de Thiago Rodovalho, no sentido de que negar a realidade em face da norma constitucional, apesar disso, a própria ressalva é feita por Konrad Hesse, com as palavras do mencionado autor: “Conquanto tenha seus inegáveis méritos, essa teoria defendida por Konrad Hesse, majoritariamente aceita na doutrina contemporânea, em nosso sentir, vênha concessa, tem o vezo de negar de certa forma a realidade (realidade constitucional) e aproximar-se de uma solução radical de fiat ius pereat mundus, ainda que a isso procure objetar seu principal expoente, tanto que o próprio Hesse procura ponderar que sua teoria não é absoluta, podendo ser flexibilizada em casos bem determinados.” (RODOVALHO, 2015, p. 393 - 424).

constante transformação. Nessa linha, sustenta como limitação ao exercício da mutação constitucional a: “[...] consciência do intérprete de não extrapolar a forma plasmada na letra dos preceptivos supremos do Estado, através de interpretações deformadoras dos princípios fundamentais que embasam o Documento Maior ” (BULOS, 1997, p. 90).

Em consonância com o que se defende nesse trabalho, é interessante anotar as lições de Adriana Zandonade acerca dos limites da mutação constitucional. A mencionada autora adota como justificativa ao fenômeno a atuação de um “Poder Constituinte Difuso”, o que, na terminologia proposta por Burdeau, tem por objetivo “atualizar uma constituição existente”, de modo informal e espontâneo, a partir das modificações da sociedade. Em razão dessa natureza informal, não é possível, então, que a mutação constitucional atinja a letra da constituição, o que só pode ser feito por intermédio do processo formal de alteração da Constituição:

[...] os limites da mutação não se resumem nos limites do Poder Constituinte, pois não atua originariamente, nem se restringem àqueles consignados ao poder reformador, sendo, em verdade, mais severos do que estes. Cuida-se, aqui, de uma expressão da função constituinte, sim, mas além disso, implícita e, portanto, essencialmente limitada. Tais limites são bem mais definidos do que os que atinem ao poder reformador, expressos no texto constitucional, porque lhe é vedado alterar próprio o texto ou a letra da norma constitucional. O poder constituinte difuso não está expressamente autorizado na Constituição, nasce para ser aplicada, devendo, para tanto, acompanhar a evolução social. Tem, pois, a sua atuação circunscrita à modificação de sentido, do alcance ou do significado do texto, sendo-lhe defeso alterar a estrutura desse mesmo texto, bem assim como a própria Constituição, produzindo normas “inconstitucionais”. [...] Dos limites típicos da mutação, identificados no texto constitucional, surge a exigência de um caráter de constitucionalidade que deve qualificar o seu resultado. Tal exigência, aliás, está sempre presente no que concerne seja aos processos formais de alteração da Constituição, seja aos processos de elaboração legislativa, como verdadeiro corolário da definição de Constituição como um “sistema” aberto de regras e princípios, fundante de um ordenamento jurídico que a ela deve ser conforme (ZANDONADE, 2001, p. 195-227).

No mesmo sentido defende Anna Cândida da Cunha Ferraz a possibilidade de mutação constitucional, desde que não vulnere a letra constitucional:

Como o 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 na 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 (FERRAZ, 2001, p.11).

A ausência expressa de limites ao fenômeno, não significa a sua ocorrência “contra a constituição”, o que é inadmissível em um Estado Democrático de Direito. A mutação constitucional, na esteira do que defende Konrad Hesse, encontra seus limites no próprio texto constitucional, a partir da verificação dos elementos estruturais da norma de Friedrich Müller. A seguir, apresenta-se alguns parâmetros concretos para contribuir para a identificação da mutação constitucional.

### **3.1 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E A SUA FORÇA NORMATIVA**

A identificação das modificações constitucionais que ocorrem à margem dos processos formais de alteração da constituição, nos leva a refletir sobre parâmetros e liames do fenômeno, para que seja possível garantir a adequação da constituição à realidade, com observância da sua supremacia e força normativa<sup>44</sup>, conseqüentemente, assegurar a certeza e segurança jurídica (PEDRA, 2017, p. 193).

As Constituições rígidas são assim caracterizadas pelo procedimento mais complexo e limitado, quando comparado às leis ordinárias, para que se promovam alterações em seu texto. No entanto, diferentemente do procedimento de reforma constitucional, em que há previsão expressa quanto aos limites para as alterações (ainda que também se discuta quanto às limitações implícitas), a mutação constitucional não encontra parâmetros legais ou constitucionais, de modo que as suas demarcações

---

<sup>44</sup> Sobre a supremacia da Constituição, válido transcrever trecho do julgamento de *Marbury x Madison* traduzido por André Ramos Tavares: “A constituição ou é uma lei superior e predominante, imodificável pelas formas ordinárias, ou está no mesmo nível que ao actos legislativos ordinários, e, como os outros actos, é alterável quando a legislatura entender conveniente fazê-lo. Se a primeira parte da alternativa é verdadeira, então um acto legislativo, contrário à constituição, não é lei; se a última parte é verdadeira, então as constituições escritas são tentativas absurdas, da parte do povo, de limitar um poder que, em sua própria natureza, é ilimitado. Certamente todos os que tenham estruturado constituições escritas contemplaram-nas como formadoras de uma lei fundamental e predominante da nação, e, conseqüentemente, a teoria de todo o governo deve ser que um acto da legislatura, contrário à constituição, é inválido. Esta teoria é essencialmente atada a uma constituição escrita, e deve ser, conseqüentemente, considerada, por esta Corte, como um dos princípios fundamentais de nossa sociedade” (RATJHEN, Gregory J. / STEPHENS, Otis H. — *The Supreme Court and the allocation of constitutional power. Introductory essay and selected cases*, São Francisco, W. H. Freeman & C., 1980, p. 25, trad. de TAVARES, 2006, p. 132)



devem ser tidas como consequência da supremacia constitucional e sua força normativa.

Dessa forma, é imprescindível superar o antigo entendimento quanto à impossibilidade de controlar juridicamente às mutações constitucionais, como defendeu Laband, conforme esclarece Anna Victória URRUTIA Urrutia (2000, p. 110):

Laband, apesar de ressaltar e destacar a grande quantidade de mudanças informais da Constituição afirmou a impossibilidade de controlá-las juridicamente. Nesse sentido, sustentou que “a regra segunda a qual as leis ordinárias devem sempre estar em harmonia com a Constituição e não devem ser incompatíveis com esta, constitui um postulado de política legislativa, mas não um axioma jurídico”. Isto indica que Laband atribuía a Constituição força normativa, mas não superioridade hierárquica sobre as leis do Parlamento.<sup>45</sup>

Assim, independentemente da existência de limites expressos, as mutações constitucionais devem preservar a supremacia da constituição, o que significa a superioridade hierárquica das normas constitucionais. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet “[...] as normas constitucionais [...] ocupam posição hierárquica superior em relação a toda e qualquer norma ou ato oriundo dos assim chamados poderes constituídos, portanto, em relação às demais normas do sistema jurídico (SARLET, 2016, p. 222). Deste princípio surgem algumas consequências, sendo a mais relevante o controle de constitucionalidade, descritas por Geovany Cardoso Jevaux (2008, p.128):

Como consequências da supremacia do direito sobre o poder e, em sua fase mais elaborada, da supremacia da constituição, surgem: 1) o controle de constitucionalidade; 2) a teoria dos poderes residuais, no federalismo; 3) a diferenciação de grau entre as leis constitucionais e as leis ordinárias; 4) a diferença entre constituições rígidas e flexíveis, decorrendo a supremacia da rigidez, e não o contrário; 5) a ideia de ordenamento, como sistema completo (completude).

Apesar disso, a existência das mutações constitucionais, não impede a sua coerência com a supremacia da Constituição. O que se busca é o equilíbrio entre a hierarquia

---

<sup>45</sup> Tradução livre do texto escrito originalmente em espanhol: “Laband, a pesar de resaltar y destacar la gran cantidad de cambios informales a la Constitución afirmó la imposibilidad de controlarlos jurídicamente. En este sentido, sostuvo que “la regla según la cual las leyes ordinarias deben estar siempre en armonía con la Constitución y no deben ser incompatibles con ésta, constituye un postulado de política legislativa, pero no un axioma jurídico”. Lo anterior indica que Laband atribuía a la Constitución fuerza normativa pero no superioridad jerárquica sobre las leyes del Parlamento”.

das normas constitucionais e a necessidade de adaptação dessas últimas às exigências da sociedade, com isso, garantir também a força normativa da Constituição, considerando-se que quanto mais o conteúdo do texto constitucional adaptar-se ao presente, mais certo será o desenvolvimento de sua força normativa.

Tal como explicita Konrad Hesse, essa adaptação da Constituição, como uma ordem jurídica justa e adequada, o apoio e a defesa da consciência geral, constitui, portanto, requisito fundamental da força normativa da Constituição, levando em conta os aspectos sociais, políticos e econômicos, mas, também, que incorpore o estado espiritual de seu tempo (HESSE, 1991, p. 20).

A mutação constitucional servirá como um instrumento de aproximação entre a Constituição e a realidade, o que é fundamental para preservar a sua força normativa. Por essa perspectiva, somente se torna viável conceber as mudanças informais, por intermédio de uma concepção normativa da Constituição, e, considerando esta última enquanto ordenação do sistema político e normativo, de modo que possa se estabelecer uma concepção da Constituição que integre o conceito de mutação constitucional como um de seus elementos (URRUTIA, 2000, p. 106).

O bom desenvolvimento a força normativa da Constituição depende tanto do seu conteúdo, como de sua *práxis*, isto é, a observância e respeito da Lei Fundamental, mesmo em situações em que ela se revela incômoda. Nesse sentido, a interpretação, submetida ao princípio da “ótima concretização da norma”, igualmente, tem relevante papel na preservação da força normativa da Constituição. O referido princípio quer dizer que a interpretação adequada logra concretizar o sentido de uma proposição normativa inserida nas condições reais dominantes em uma certa situação, mas sem alterar a finalidade da proposição normativa, e, caso necessário, dever-se-ia proceder a reforma.

Nessa toada, a concepção de Constituição normativa determina o papel das normas constitucionais em conformá-la a realidade, de tal modo, imprescindível a aproximação entre o fático e o normativo, para garantir a supremacia da Constituição e para que o fático não se sobreponha ao normativo. Por conseguinte, é indispensável

que as mutações constitucionais sejam limitadas pela própria Constituição, caso contrário, haveria uma mutação inconstitucional.

Na linha do que foi exposto anteriormente, de acordo com a concepção de norma trazida por Friedrich Müller e a teoria estruturante, a partir da relação entre o programa normativo (texto da norma) e o âmbito normativo (recorte da realidade) resulta a norma de decisão. O que se defende neste trabalho, consubstanciado em Konrad Hesse, é que as mutações constitucionais são identificadas a partir das alterações ocorridas no âmbito normativo, mas que devem ser conformadas dentro do programa normativo, daí resultando o seu limite.

## **3.2 LIMITES RELATIVOS AO PROGRAMA NORMATIVO**

### **3.2.1 A importância do texto da norma**

Como dito, na esteira da doutrina de Friedrich Müller, a “norma” não se separa da “realidade”, na verdade, as circunstâncias da realidade o “âmbito normativo” e o “programa normativo” se relacionam e são partes integrantes e constitutivas da norma. A partir disso, considerando que a norma envolve os dados da realidade influenciados pelo “programa normativo” enquanto parte integrante dela, as alterações do âmbito normativo podem resultar em uma alteração no conteúdo da norma. No entanto, nem toda alteração fática pertence àquela parte da realidade estabelecida pela norma, sendo que o que irá determinar se esse fato novo é relevante para norma, ou seja, se pertence ao âmbito normativo, é o texto da norma constitucional. Só é admissível uma mudança da norma, quando essa alteração fática pertença ao âmbito normativo (HESSE, 2009, p. 305).

O conceito limitado de “mutação constitucional” enquanto modificação que ocorre no interior da própria norma, serve como um parâmetro mínimo ao intérprete no momento em que identificar a ocorrência do fenômeno. É inegável que ao menos esse ponto de partida reduziria a discricionariedade do intérprete e estabeleceria um limite que é o próprio texto constitucional. Como explícita Konrad Hesse, tal como na interpretação constitucional: “onde termina a possibilidade de uma compreensão lógica do texto da

norma ou onde uma determinada mutação constitucional apareceria em clara contradição com o texto da norma; assim, encerram-se as possibilidades de uma mutação constitucional” (HESSE, 2009, p. 307).

Nesse sentido, Luiz Lênio Streck ressalta acerca da importância do texto da norma:

[...] texto é evento; texto não produz “realidades virtuais”; textos não são meros enunciados linguísticos; textos não são palavras ao vento, conceitos metafísicos que não digam respeito a algo (algo como algo) Eis a especificidade do direito: textos são importantes; textos nos importam; não há norma sem texto; mas nem eles são “plenipotenciários”, carregando seu próprio sentido (o mito dado, fantasia de texto que se interpreta por si mesmo e se extrai por si mesmo, nas palavras de Simon Blackburn) nem são desimportantes, a ponto de permitir que sejam ignorados pelas posturas pragmatistas – subjetivistas, em que o sujeito assujeita o objeto (ou simplesmente, o inventa) (STRECK, 2011, p. 219).

Ainda também, conforme a ressalva de Friedrich Müller (2012, p. 199):

[...] como fator de segurança jurídica, de publicidade e de clareza normativa na democracia do Estado de Direito, o texto normativo apresenta confiabilidade apenas limitada e partilha a relativização da metódica própria à ciência jurídica, sem, contudo, mostrar-se com isso dispensável ou secundário.

Quando há uma alteração do âmbito da norma, em clara contradição com seu texto (em qualquer dos três níveis: semântico, sintático ou pragmático), não se pode considerar essa modificação como uma mutação constitucional válida. O texto da norma, torna-se tanto um limite quanto uma questão de possibilidade de uma mutação constitucional.

Nesse contexto, João Maurício Adeodato destaca a importância do texto da norma no processo de concretização, já que fixa os limites que daí em diante a norma será concretizada, com isso “[...] aproxima-se da “moldura” kelseniana, pois o texto limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção, como querem as diversas formas de decisionismo” (ADEODATO, 2009, p. 231).

Konrad Hesse defende a admissibilidade da mutação constitucional quando não há violação a literalidade ou quando incoerente com a finalidade ou o sentido do texto, tal como sustenta em relação à interpretação constitucional. Conseqüentemente,

exclui-se a possibilidade de mutação contra a constituição, o que resultaria em um rompimento e não uma modificação da Constituição. Conforme esclarece Hesse:

A interpretação está vinculada a algo estabelecido. Por isso, os limites da interpretação constitucional estão lá onde não existe estabelecimento obrigatório da Constituição, onde terminam as possibilidades de uma compreensão conveniente do texto da norma ou onde uma resolução iria entrar em contradição unívoca com o texto da norma. Estabelecimentos obrigatórios podem, nisso, também estar contidos em Direito Constitucional não-escrito. Como, entretanto, direito não-escrito não devem entrar em contradição com a *constituito scripta*, é esta um limite insuperável da interpretação constitucional. Esse limite é pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder da Constituição. Ele inclui a possibilidade de uma mutação por interpretação; ele exclui um rompimento constitucional – o desvio do texto em cada caso particular – e uma modificação constitucional por interpretação. Onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição. Ambos estão proibidos a ele pelo direito vigente (HESSE, 1998, p. 69-70).

Dessa forma, quando não é mais possível conformar a realidade ao texto da Constituição, é necessário, então, proceder-se à reforma. Inclusive, pois, frise-se, a mutação constitucional não altera o texto da constituição.

Cumprido elucidar exemplo clássico em que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação nº 4.335/AC, ao pretexto de uma “mutação constitucional” pretende alterar o texto do art. 52, “X” da CFRB/88<sup>46</sup>, o que se infere do voto do Min. Eros Grau, em franca contradição com o texto constitucional, e o que se busca evitar com os parâmetros aqui estabelecidos, conforme trecho do voto:

A mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale

---

<sup>46</sup> Nesse contexto, válido trazer à lume a pesquisa de Geovany Cardoso Jevaux e Elsa Maria Lopes Seco Ferreira Pepino que tem por objetivo investigar a participação do Senado Federal no controle incidental de constitucionalidade, via suspensão da execução de leis proclamadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Os mencionados autores, fazem um histórico do controle de constitucionalidade no Brasil, analisando também o papel da resolução do Senado prevista no art. 52, X da Constituição Federal e a eficácia e efetividade desse instituto. Não obstante tratar de relevante papel confiado ao Senado Federal desde a Constituição de 1934, a regra contida no art. 52, X da Constituição Federal revela-se carente de efetividade, de modo que deve ser reavaliada e substituída por meios capazes de resolver de maneira eficiente a questão relativa ao problema da eficácia *erga omnes* do controle difuso de constitucionalidade. De outro lado, “ a existência de controle concentrado e os efeitos *erga omnes* e vinculantes das suas decisões, bem como a recente instituição da súmula vinculante, demonstram que os motivos que levaram à instituição do instituto da suspensão da execução da lei inconstitucional pelo Senado não prevalecem mais, exigindo que se avalie a sua efetividade e se repense a sua presença na ordem constitucional” (JEVEAUX; PEPINO, 2006, p. 73-114).

dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação do texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro. Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de o intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por outro intérprete. [...] Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado.

Na oportunidade, o Min. Eros Grau, apesar de inicialmente afirmar que: “A mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, em sua dimensão constitucional textual”, propôs, em contradição ao dito anteriormente, a alteração do texto do art. 52, X de “ [compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal] para outro texto [compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do supremo].

Sobre a mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal, Lênio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima criticam os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau: “[...] um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode “inventar” o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional numa democracia. A atividade jurisdicional, mesmo a das cortes constitucionais, não é legislativa, muito menos constituinte [...]” (STRECK; CATTONI; LIMA, 2008, p. 237).

Contudo, toda a fundamentação do fenômeno da mutação constitucional explicitada anteriormente e a noção que se adota no presente trabalho é de que a mutação constitucional altera o sentido ou o alcance da norma, sem alterar o seu texto. No momento em que é necessário alterar o texto, o intérprete exerceria função atribuída ao poder constituinte, sendo, então, o momento de proceder-se a reforma ou revisão constitucional. Do mesmo modo é o entendimento de Friedrich Müller: “ [...] se o sentido novo que se quer dar não couber no texto, será necessária a convocação do poder constituinte reformador. E se não couber nos princípios fundamentais, será

preciso tirar do estado de latência o poder constituinte originário” (MULLER, 2000, p. 75).

Outro caso emblemático da jurisdição constitucional brasileira é o julgamento da ADPF nº 132/RJ, encampada aos argumentos da ADI n. 4.277/DF, quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu o *status* de entidade familiar às uniões homoafetivas, assim, conferindo o mesmo tratamento aos direitos relativos à união estável entre pessoas de sexos diferentes. A partir da interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 do Código Civil<sup>47</sup>, para excluir qualquer significado que impossibilite o reconhecimento da união contínua, pública e duradora entre pessoas do mesmo sexo como família, atribuindo às mesmas regras e consequências da união heteroafetiva.<sup>48</sup>

Sem adentrar de forma minuciosa quanto a todos os fundamentos e teorias suscitadas no mencionado julgamento, merece destaque alguns pontos pertinentes a abordagem deste trabalho. Como identificaram os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o art. 226 da CFRB/88 não trouxe ao substantivo “família” um conceito ortodoxo, mas utilizou um sentido praticamente aberto e coloquial, como se infere do texto<sup>49</sup>: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. ”

O conceito de “família”, sem dúvidas, recebe conotações distintas ao longo do tempo, de modo que não é possível compreendê-lo senão à luz da interdisciplinariedade, máxima da sociedade contemporânea, caracterizada pela complexidade das relações, plurais, abertas e de múltiplas facetas. Como destaca Elisabete Dória Bilac, há uma urgente necessidade de uma “abordagem da família que dê conta da complexidade desse objeto, em nossos dias”, justamente tendo como pressuposto

---

<sup>47</sup> Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

<sup>48</sup> Para um resumo do julgamento ver a ementa do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>

<sup>49</sup> Nas palavras do Min. Ayres Brito: De toda essa estrutura de linguagem prescritiva (“textos normativos”, diria Friedrich Müller), salta à evidência que a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela – insista-se na observação – é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico). (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADPF n. 132/DF, Relator Ministro Ayres Britto, 2011, p. 20)

“uma construção interdisciplinar”, enquanto uma forma adequada de lidar com os problemas que surgem dada a complexidade da matéria (BILAC, 2000, p. 37).

Inclusive, cumpre colacionar pertinente observação do Ministro Luiz Edson Fachin: “[...] inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais” (FACHIN, 1999, p. 11).

Nesse sentido, é também o entendimento do Min. Relator Ayres Britto:

Deveras, mais que um singelo instituto de Direito em sentido objetivo, a família é uma complexa instituição social em sentido subjetivo. [...] Tão insimilar a qualquer forma de agrupamento humano quanto a pessoa natural perante a outra, na sua elementar função de primeiro e insubstituível elo entre o indivíduo e a sociedade. [...] Até porque esse núcleo familiar é o principal locus de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º), além de, já numa dimensão de moradia, se constituir no asilo “inviolável do indivíduo”, consoante dicção do inciso XI desse mesmo artigo constitucional (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADPF n. 132/DF, Relator Ministro Ayres Britto, 2011, p. 40)

A partir do acórdão proferido no julgamento da ADPF nº 132/RJ, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o §3º do art. 226 da Constituição Federal<sup>50</sup> não é impeditivo para que se garanta às uniões homoafetivas os mesmos direitos das uniões heterossexuais: “§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”, porque, como dito, o que se faz, é proteger a igualdade de condições nas relações entre pessoas do mesmo sexo o mesmo tratamento que é dado às relações entre homem e mulher. Há, sim, uma interpretação coerente com todo o ordenamento constitucional, de acordo com o programa normativo da norma e

---

<sup>50</sup>Como bem asseverou a Min. Carmen Lúcia conforme trecho de seu voto: “Mas é exato que a referência expressa a homem e mulher garante a eles, às expressas, o reconhecimento da união estável como entidade familiar, com os consectários jurídicos próprios. Não significa, a meu ver, contudo, que se não for um homem e uma mulher, a união não possa vir a ser também fonte de iguais direitos. Bem ao contrário, o que se extrai dos princípios constitucionais é que todos, homens e mulheres, qualquer que seja a escolha do seu modo de vida, têm os seus direitos fundamentais à liberdade, a ser tratado com igualdade em sua humanidade, ao respeito, à intimidade devidamente garantidos.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADPF n. 132/DF, Relator Ministro Ayres Britto, 2011, p.93).



também a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, o que impõe a o convívio harmônico, tolerância de todos e respeito às escolhas individuais.

O que se extrai do julgamento da ADPF nº 132/RJ mencionado julgado é a mutação constitucional do *caput* do art. 226, uma vez que o âmbito normativo da norma, passou também a abranger às uniões homoafetivas, o que se deduziu a partir de uma interpretação adequada ao seu tempo do princípio da igualdade no momento da concretização da norma<sup>51</sup>.

A partir de uma perspectiva diversa, Reginatto e Battezzini (2015, p. 57-74) identificam a concretização do princípio da igualdade, com base na teoria estruturante de Müller, para fundamentar o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar. É como as mencionadas autoras concluem:

[...]o princípio constitucional fundamental da igualdade pode e, inclusive, é este o fundamento das decisões dos Tribunais Superiores, promover a compatibilidade do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar dentro do programa da norma da teoria mülleriana, desde que, observada a interpretação conforme o diploma constitucional (BATTEZINI, REGINATTO, 2015, p. 57-74).

Por outro lado, merece também destaque as ressalvas feitas pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluzzo sobre a literalidade do §3º do art. 226 da CRFB/88, em síntese, os ministros sustentaram que a lacuna da situação em apreço, era o caso de atuação do Poder Legislativo. Isto porque, eles consideraram que às relações entre pessoas do mesmo sexo seria o reconhecimento de uma nova forma de entidade familiar, da qual não caberia simples equiparação à união estável ou do casamento, já que o ordenamento é claro ao dizer “homem e mulher”. Por fim, aderiram ao resultado, porém pela aplicação por analogia, também manifestando seus desentendimentos no sentido de que a decisão deveria ser provisória até a necessária regulamentação pelo Congresso Nacional.

No mesmo sentido, isto é, contrários a ocorrência da mutação constitucional, é o entendimento de Streck, Barretto e Oliveira para quem, aparentemente, não serem

---

<sup>51</sup> O resultado do julgamento, demonstra a interpretação da norma tal como proposto por Friedrich Müller, uma vez que no julgamento do caso concreto se considerou não só aspectos do texto normativo, mas também do âmbito normativo (conjugação dos fatos da realidade social).

contra a extensão dos direitos às relações de pessoas do mesmo sexo, esse tipo de decisão deveria ser tomada em um espaço político e não jurisdicional, justamente para impossibilitar que a resolução de questões sensíveis como esta fiquem ao arbítrio das opiniões individuais dos Ministros da Suprema Corte. A par de outras críticas também quanto ao instrumento processual utilizado, os mencionados autores, questionam sobre os limites da jurisdição constitucional e o risco para a segurança jurídica, como os referidos autores explicitam:

[...] Afinal, qual é o limite da jurisdição constitucional? Se nem uma mínima entificação (semânticidade) funciona como limite, o que impede o STF de alterar “qualquer preceito constitucional?” Em outras palavras, a (in) segurança jurídica mostra-se ofendida, não por deixar sem regulamentação legal a convivência entre pessoas do mesmo sexo, mas, sim, no momento em que a Corte altera, a pretexto de um “esquecimento do constituinte” (sic) ou de uma “descoberta valorativa” (sic), ou, ainda, do saneamento (incorreto) de uma “inconstitucionalidade da própria Constituição” (sic), o texto da Constituição como se Poder constituinte fosse, gerando um tipo de *mal estar institucional gravíssimo*. (STRECK; BARRETTO; OLIVEIRA, 2009, p. 75 - 83).

Ressalve-se que não se discorda da necessidade de regulamentação por parte do legislador quanto às uniões entre pessoas do mesmo sexo, não por entender que existe uma lacuna na Constituição, mas, sim, para que seja mantida a coerência do ordenamento jurídico em prol da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação, para o pleno exercício das liberdades individuais.

Diante desse cenário, quando se aponta o “programa normativo” enquanto um limite para que se identifique uma mutação constitucional, tem-se também como pressuposto a interpretação a partir dos princípios constitucionais implícitos e explícitos, isto é, contrária a uma interpretação isolada da norma constitucional. Nesse sentido, Friedrich Müller destaca a importância do princípio da unidade da Constituição:

Esse princípio ordena interpretar normas constitucionais de modo a evitar contradições com outras normas constitucionais e especialmente com decisões sobre princípios do direito constitucional. A “unidade da Constituição” enquanto visão orientadora da metódica do direito constitucional deve antepor aos olhos do intérprete, enquanto ponto de partida, bem como, sobretudo, enquanto representação do objetivo, a totalidade da constituição como um *arcabouço de normas*. Este, por um lado, não é destituído de tensões nem está centrado em si, mas forma, por outro lado, provavelmente um todo integrado com sentido (MULLER, 2000, p. 84).

Dos exemplos citados, um em que pelos argumentos aduzidos anteriormente, para este trabalho, o Supremo Tribunal Federal quis modificar o texto do art. 52, X da CFRB e de outro quando fundamentadamente deu interpretação adequada ao art. 226 da CFRB, nota-se a relevância da adoção de um parâmetro mínimo de orientação quando da identificação de uma mutação constitucional: o texto normativo, na medida que constitui o ponto de partida para elaboração do programa normativo e que também servirá para identificar os fatos relevantes para o âmbito da norma.

### **3.2.2 Outros limites decorrentes do programa normativo**

O texto constitucional, como proposto no item anterior, será o marco inicial para o estabelecimento de parâmetros para o controle da mutação constitucional, nesse sentido, algumas limitações de conteúdo aplicáveis às regras da reforma constitucional, também servem como balizas para a modificação informal da Constituição.

Nesse sentido, o §4º do art. 60 da CFRB estabelece essa restrição de conteúdo ao poder constituinte de reforma: “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (i) a forma federativa de Estado; (ii) o voto direto, secreto, universal e periódico; (iii) a separação dos Poderes; (iv) os direitos e garantias individuais”.

Essas cláusulas, denominadas “pétreas”, representam o conteúdo inatingível do texto constitucional, com objetivo de proteger a ordem constitucional vigente. Com isso, transformam-se em um instrumento de preservação da democracia, apesar de, paradoxalmente, limitá-la<sup>52</sup> (VIERA, 1999, p. 62). É importante destacar que a vedação do texto constitucional é a tentativa de emenda com objetivo de abolir as cláusulas pétreas, ou seja, não há impedimento de que haja a expansão dos conteúdos descritos anteriormente por intermédio de emenda constitucional.

---

<sup>52</sup> Em sentido contrário ver: FERREIRA, Manoel Gonçalves Filho. Significação e alcance das "cláusulas pétreas". **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 202, p. 11-17, out. 1995. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46613/46348>>. Acesso em: 11 Mar. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v202.1995.46613>.

Tal como servem de limites à reforma constitucional, as cláusulas pétreas também devem ser tidas como conteúdo imodificável por intermédio da mutação constitucional. Isto porque, a Constituição pretende preservar o seu núcleo essencial de modificações que restrinjam o seu alcance, de modo que, também servirá para impedir mudanças informais. Essa é a lição de Walber de Moura Agra <sup>53</sup>: “[...] Se o “cerne inalterável” da Constituição não é possível de modificações pelo processo de reforma, impossível será sua modificação pelo procedimento de mutação constitucional, que não encontra respaldo em cominações legais” (AGRA, 2007, p.17).

No mesmo sentido é a posição de Susana Sbrogio’Galia (2007, p. 169). “ [...] em se cuidando de identificar um limite para as mutações que se pretendam constitucionais, há que se aceitar que nenhuma mutação constitucional poderá romper a barreira do núcleo essencial, sem que sobre ela recaia a pecha de inconstitucionalidade”.

Por outro lado, além das limitações de conteúdo expressamente previstas na Constituição Federal, a doutrina majoritariamente reconhece a existência de limites materiais implícitos da reforma constitucional, contudo, não há consenso sobre quais são esses conteúdos implícitos. Não obstante, sobre os limites tácitos da reforma constitucional, José Joaquim Gomes Canotilho sustenta que existem limites não articulados ou tácitos e que se desdobram em “limites textuais implícitos” deduzíveis do próprio texto constitucional e os “limites tácitos” relativos a uma ordem de valores pré-positiva e que vincula a ordem constitucional concreta (CANOTILHO,2003, p. 1.065).

Insta ressaltar ainda, no que concerne aos direitos fundamentais, inclusive enquanto “cláusulas pétreas”, a proteção outorgada pelo Constituinte não pode ser tida de forma absoluta, uma vez que somente a abolição desses direitos é que se encontra vedada, conforme lapidar lição de Ingo Wolfgang Sarlet, porquanto se aplica a: “ [...] preservação de seu núcleo essencial, razão pela qual até mesmo eventuais restrições, desde que não invasivas do cerne do direito fundamental podem ser toleradas. Que tal circunstância apenas pode ser aferida à luz do caso concreto [...]” (SARLET, 2015, p. 446).

---

<sup>53</sup> No mesmo sentido PEDRA, 2017.

Neste contexto, como destaca Flavio Novelli, não há transgressão desses limites materiais, salvo quando atinge o “cerne constitucional intangível” (Pontes de Miranda), ou o “conteúdo essencial dos interesses, valores ou princípios por ele tutelados”, conseqüentemente quando se compromete “a identidade e a continuidade da Constituição, ao ponto de desfigura-la, de torna-la uma outra” (Carl Schmitt), assim exemplifica:

[...] uma emenda viola substancialmente a Constituição se, por exemplo, por meio dela, um direito fundamental tal como o direito à segurança jurídica – para usar a expressão empregada por Carl Schmitt – suprimido ou aniquilado (*vernichtet*), ou se um princípio estrutural, como o princípio federativo, é medularmente ferido; em suma, se se atinge como diz Klaus Stern, o que é absolutamente intangível (*unantastbar*): “*der Kernbereich der Verfassungsstaatlichkeit*”, ou seja, “o âmbito nuclear da estabilidade constitucional” (NOVELLI, 1995, p. 46).

Ainda conforme as lições de Flávio Novelli, amparado na doutrina de Klaus Stern, cabe compreender como “conteúdo essencial de um direito fundamental ou de um princípio estrutural”: [...] aquilo que neles constitui a própria substância, os fundamentos, os elementos ou componentes dele inseparáveis, a eles verdadeiramente inerentes, por isso que integrantes da sua estrutura e do seu tipo, conforme os define a Constituição” (NOVELLI, 1995, p. 46).

Sobre a impossibilidade de mutação constitucional atingir o núcleo essencial da Constituição, notadamente quanto aos direitos fundamentais, vale trazer à lume a doutrina de Walber de Moura Agra (AGRA, 2007, p. 37):

Um direito fundamental é composto de duas partes: o seu núcleo duro e a sua zona periférica. O núcleo duro ou conteúdo essencial configura-se como um limite que deve ser respeitado pelo Supremo Tribunal Federal ao determinar a densidade de um direito, que, de maneira nenhuma pode ser desrespeitado pelas decisões judiciais, proibindo-se o seu esvaziamento ou que ele se transforme em uma exceção. Esse núcleo duro é definido como a própria essência do direito, que deve ser concretizado independentemente de conjecturas fáticas. A outra parte que compõe o direito fundamental é a zona periférica, que será concretizada consoante a conjectura fática, mas que o STF deve estipular um desenvolvimento para que a densidade do direito possa ser aumentada. O mínimo existencial ou densidade suficiente refere-se ao núcleo duro que, integralmente, não pode ser desprezado pelos órgãos estatais. A zona periférica refere-se à extensão que os direitos fundamentais devem paulatinamente evoluir, atendendo-se às diretrizes estipuladas pelo Supremo Tribunal Federal, sempre em sintonia com os fatores sociopolíticos-econômicos.

A partir dessas considerações, o que se infere é que os limites materiais da Constituição Federal resguardam os direitos fundamentais e os princípios estruturantes, na medida necessária para preservar esses valores, mas não de forma absoluta e irrestrita.

Enquanto desdobramento da vedação de abolição das cláusulas pétreas, merece destaque a limitação imposta em matéria de direitos sociais – o que a doutrina denominou “vedação ao retrocesso em matéria de direitos sociais” ou “proibição de retrocesso”, ou também a proibição de retrocesso em sentido amplo, o que quer dizer, com as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet: (2009, p. 121) “[...] toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face do poder público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais, ou não) [...]”.

De forma geral, a doutrina identifica<sup>54</sup> o surgimento dos debates quanto a vedação ao retrocesso na jurisprudência europeia, notadamente Portugal e Alemanha, denominado “princípio da proibição de retrocesso social”, o que significa nos dizeres de José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 338/340):

[...] os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito *subjetivo*. [...] O reconhecimento desta proteção de <<direitos prestacionais de propriedade>>, subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. [...] A liberdade de conformação do legislador e inerente autor-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

Luís Roberto Barroso destaca que a vedação ao retrocesso, apesar de não estar expresso no texto constitucional, é decorrente do sistema jurídico constitucional, assim afirma que por esse princípio “[...] entende - se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao

---

<sup>54</sup> CUNHA, 2007; GARCIA, 2010.

patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido” (BARROSO, 2005, p. 158).

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2017, p. 464 – 467), a proibição de retrocesso decorre de modo implícito dos seguintes princípios e argumentos: (a) Do princípio do Estado democrático e social de Direito; (b) Do princípio da dignidade da pessoa humana; (c) Do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais; (d) a proteção contra as medidas de cunho retroativo (na qual se encontra a proteção dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito); (e) O princípio da proteção da confiança; (f) vinculação dos órgãos estatais aos atos anteriores (autovinculação); (g) o sistema de proteção internacional que impõe a implementação efetiva de proteção social por parte dos Estados.

A vedação ao retrocesso, é, portanto, limite da mutação constitucional que se encontra implícito no nosso ordenamento constitucional ao poder de reforma e a atividade legislativa, igualmente, servirá de baliza à atuação do intérprete constitucional na identificação de uma modificação informal da Constituição.

Diante dessas considerações, cumpre uma análise no julgamento do HC 126.292/SP<sup>55</sup>, caso em que o Supremo Tribunal Federal alterou o seu entendimento<sup>56</sup> para dizer que é possível a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação criminal, de acordo com o voto do Min. Luís Roberto Barroso, em uma suposta mutação constitucional do art. 5º, LVII da Constituição Federal.

O *Habeas Corpus* 126.292/SP foi impetrado em face da decisão do Ministro Francisco Falcão, à época presidente do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido liminar no HC 313.021/SP contra a decisão do TJSP que negou provimento ao recurso de apelação interposto e determinou a imediata execução provisória da condenação.

Em seu voto, o Ministro Relator Teori Zavascki alega que a execução provisória da pena privativa de liberdade era o entendimento que vigorava na jurisprudência do

---

<sup>55</sup> Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>.

<sup>56</sup> Sobre a flutuação do entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade e ou a vedação da execução da pena na pendência de recursos aos tribunais superiores cf. GHIGGI; MORAIS, 2017, p. 171-175.

STF, também na vigência da Constituição Federal de 1988, no sentido de que a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que confirma a sentença penal condenatória recorrível. Nesse sentido, destacou os enunciados das Súmulas 716<sup>57</sup> e 717<sup>58</sup> que dispõem sobre execução provisória de sentenças penais condenatórias. Contudo, o relator afirmou também que o entendimento tradicional exposto nas súmulas citadas foi alterado pelo julgamento do HC 84.078/MG em 2009, na oportunidade em que se assentou o entendimento de que não há compatibilidade entre a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação e o princípio da presunção de inocência.

Sustenta que no Tribunal de hierarquia imediatamente superior àquele juízo que prolatou a sentença que, ordinariamente, há o exaurimento do exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. Dessa forma, é aí que se concretiza o sentido genuíno do duplo grau de jurisdição. Nesse cenário, conforme explicita o ministro relator do caso em exame, os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porque não são recursos de ampla devolutividade, uma vez que não alcança a possibilidade de exame da matéria fático-probatória. Assim, faz sentido, então, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários.

O Ministro argumenta que a execução provisória de pena ainda não transitado em julgado não atinge o núcleo essencial do pressuposto da não – culpabilidade, por considerar que o acusado foi tratado como inocente durante todo o processo criminal, razão pela qual é possível autorizar a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida nas instâncias ordinárias.

Segundo o ministro argumenta, ao garantir o princípio da presunção de inocência de modo absoluto, a jurisprudência permite e incentiva a interposição de recursos de intuito meramente protelatório para que configure a prescrição da pretensão punitiva ou executória. Destaca também que é função do Poder Jurisdicional garantir que o

---

<sup>57</sup> Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

<sup>58</sup> Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.



processo cumpra efetivamente o *jus puniendi* estatal. Assim, a mudança do entendimento para atribuir apenas efeito devolutivo aos recursos extraordinários é um meio legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o a da efetividade jurisdicional do Estado.

No voto do eminente Ministro Luís Roberto Barroso, este suscitou a ocorrência de mutação constitucional do art. 5º LVII da Constituição Federal, sob o fundamento de que a alteração da realidade social alterou o significado desse princípio.

Entretanto, como demonstrado, a identificação de uma mutação constitucional encontra limite no texto da constituição e não comporta restrição aos direitos fundamentais. Há, portanto, na linha do entendimento deste trabalho, dois impedimentos para a referida alteração informal da constituição: a expressa dicção legal do art.5º, LVII<sup>59</sup> e art. 5º XXXVI<sup>60</sup> ambos da Constituição Federal, conseqüentemente pela vedação ao retrocesso em direitos fundamentais, uma vez que a autorização da prisão antes do trânsito em julgado da decisão penal condenatória representa restrição ao direito consagrado constitucionalmente.

Não há dúvidas de que a expressão “trânsito em julgado” somente ocorrerá quando finalizados os recursos extraordinários eventualmente interpostos, isto é, a decisão do HC 126.292 viola o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, cláusula pétrea do ordenamento constitucional. Além disso, também representa o desrespeito ao inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal que garante a preservação da coisa julgada.

Quanto à vedação ao retrocesso, o próprio Supremo Tribunal Federal<sup>61</sup> a proibição do retrocesso prevalece em matéria de direitos fundamentais, em outras palavras, não é admissível situações em que a restrição de conquistas estabelecidas em direitos fundamentais.

Inclusive, nessa linha, cumpre ressaltar o voto vencido da Min. Carmen Lúcia que enfatizou a relevância de manutenção do entendimento consolidado e fundamentado

---

<sup>59</sup> LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

<sup>60</sup> XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

<sup>61</sup> ARE 639.337 AgR / SP; e ARE 745.745 AgR, ARE 727.864 AgR;

anteriormente do STF, no sentido de se preservar a presunção de inocência. Igualmente, o Ministro Celso de Mello que registra o princípio da presunção de inocência enquanto uma conquista história dos cidadãos na permanente luta contra a opressão do Estado e abusos de poder, previsto no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

O Ministro Celso de Mello destaca que a presunção de inocência também foi proclamado no art. 11 da Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, proclamada em 10/12/1948, no sentido de que todos se presumem-se inocentes até que sobrevenha definitiva condenação judicial. Dada a relevância da garantia, essa prerrogativa mostrou-se também presente em diversos outros importantes documentos internacionais e arremata o Ministro Celso de Mello:

A necessária observância da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência (que só deixa e prevalecer após o trânsito em julgado da condenação criminal) representa, de um lado, como já assinalado, fator de proteção aos direitos de quem sofre a persecução penal e traduz, de outro, requisito de legitimação da própria execução de sanções privativas de liberdade ou de penas restritivas de direitos. [...] A jurisprudência que o Supremo Tribunal vem construindo em tema de direitos e garantias individuais confere expressão concreta, em sua formulação, a uma verdadeira agenda das liberdades, cuja implementação é legitimada pelo dever institucional, que compete à Corte Suprema, de fazer prevalecer o primado da própria Constituição da República. (BRASIL, 2016, p. 85).

Em suma, o que se extrai do fundamentado voto do Ministro Celso de Mello é que não é admissível no nosso ordenamento constitucional relativizar ou restringir o âmbito de aplicação do princípio da presunção de inocência e que o julgamento do caso em apreço: “ [...] perigosamente parece desconsiderar que a majestade da Constituição jamais poderá subordinar-se à potestade do Estado” (BRASIL, 2016, p. 96).

Nesse mesmo sentido, criticando o julgamento do HC 126.292/SP, Alencar Margraf e Natália Mendes (2017, p. 237) argumentam que a interpretação pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal não passou de um ato de vontade e que o argumento utilizado pelo Ministro Relator da efetividade da função jurisdicional do Estado não justifica o desrespeito aos princípios e direitos fundamentais consolidados na Constituição Federal.

Para o que se defende no presente trabalho, a “suposta” mutação constitucional contida no julgamento do HC 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal viola o texto constitucional expresso da Constituição, bem como opera retrocesso em matéria de direitos fundamentais, razão pela qual, se fosse o caso, deveria se proceder a reforma e não

## CONCLUSÃO

O tema da “mutação constitucional” resulta do contraste entre a necessária permanência do Direito, na perspectiva da estabilidade e segurança jurídica, e as modificações das relações sociais, políticas e econômicas ligadas ao conceito de Constituição dinâmica. Essas transformações e a necessidade de adaptação das normas constitucionais resultam na modificação formal e informal.

No sistema constitucional brasileiro, a alteração formal da Constituição é realizada mediante observância de um procedimento específico e de conteúdo delimitado, o que, em tese, garante a rigidez e a supremacia constitucional. Por outro lado, a mutação constitucional representa o processo de alteração informal da Constituição, pois ocorre à margem das hipóteses de modificação previstas no texto constitucional, por intermédio do desenvolvimento da norma em um dado caso concreto.

A doutrina tradicional alemã, descrita anteriormente, identificava a mutação constitucional como uma violação da Constituição, sem parâmetros limitadores, uma vez que naquela tradição, não havia uma adequada vinculação da norma com a realidade.

No entanto, com o desenvolvimento do conceito, também sob a influência da compreensão da norma no processo de concretização, a mutação constitucional passou a ser reconhecida como algo legítimo e inevitável na vida dos Estados, enquanto meio de adaptação da Constituição às novas realidades, desde que, para tanto, essa modificação da compreensão da norma ocorra dentro dos limites do próprio texto constitucional. Assim, as contribuições trazidas neste trabalho demonstraram que a mutação constitucional pode ser compreendida como uma modificação ocorrida no âmbito normativo, de modo a conhecer, então, a sua natureza e os limites do fenômeno.

Nessa perspectiva, de acordo com Friedrich Müller, a estrutura da norma é conformada pelo programa normativo (*Normprogram*) que retrata o resultado da interpretação dos elementos linguísticos do texto e o âmbito normativo que comporta os aspectos da realidade fática que influenciam na norma, tendo como parâmetro

balizador o programa normativo. No processo de concretização, as normas constitucionais são o resultado da conexão entre o programa e âmbito normativo, cujo resultado, no caso concreto é a norma de decisão.

Dessa forma, é possível entender a realidade como parte integrante e constitutiva da norma, de modo que as mutações constitucionais decorrem das alterações ocorridas no interior da norma constitucional, especificamente, no âmbito normativo. Em que pese a influência das alterações fáticas na análise do âmbito normativo, a realidade não deve se sobrepor à Constituição.

Como visto, as mutações constitucionais devem respeitar a supremacia e a força normativa da Constituição, o que ocorre na medida em que este fenômeno não ultrapasse os limites do texto constitucional. Para colaborar com a identificação desses limites, decorrentes do “próprio texto”, a teoria estruturante de Müller contribui com a análise dos elementos constitutivos da norma.

Conseqüentemente, nos limites demarcados pelo programa normativo, o intérprete não poderá inserir significados não comportados pelo texto, sob pena de inconstitucionalidade. Apesar disso, como visto ao longo desse trabalho, as alterações informais da Constituição violadoras da Constituição, ainda ocorrem, como, por exemplo, no julgamento do HC 126.292 do Supremo Tribunal Federal. O que se defendeu é que quando não há possibilidade de adequação do texto da norma à realidade, deve-se proceder a reforma constitucional. Ainda assim, independentemente da existência de limites expressos, a mutação constitucional deve respeitar a supremacia e a força normativa da Constituição.

Igualmente, neste trabalho, apresentou-se, enquanto limites relacionados ao programa normativo, a importância do texto da norma, razão pela qual, o intérprete, ao identificar a ocorrência da mutação constitucional, deverá fazê-lo de modo pormenorizado, o que facilita o controle social de modo a evitar arbitrariedades interpretativas.

Também se sustentou os limites materiais da reforma constitucional como parâmetro para a ocorrência das mutações constitucionais, uma vez que se não é possível alterar

a Constituição pelo procedimento formal, rígido estabelecido pelo constituinte, tampouco poder-se-ia fazê-lo por intermédio de uma alteração “informal”. Daí se destacou o limite da mutação constitucional relacionado à vedação da abolição de cláusulas pétreas, núcleo intangível do texto constitucional que busca garantir a ordem constitucional vigente e que não poderá ser alterado por quaisquer dos procedimentos de modificação constitucional.

Nesse sentido, pontuou-se ainda como limite às mutações constitucionais, a vedação de retrocesso em matéria de direitos e garantias fundamentais, ou a “vedação de retrocesso”, garantia que, apesar de não estar expressa no texto constitucional, está conformada pelo programa normativo, e que confere a proteção dos direitos fundamentais de toda e qualquer forma de ação que tenham por escopo a supressão ou a restrição desses direitos.

Esses limites não devem ser tidos como absolutos, tendo em vista a historicidade da interpretação, entretanto, o que se defende é a adoção de um parâmetro mínimo de orientação quando da identificação de uma mutação constitucional: o texto normativo, na medida que constitui o ponto de partida para elaboração do programa normativo, que também servirá para identificar os fatos relevantes para o âmbito da norma.

Desse modo, para que a mutação seja exteriorizada de forma legítima, é necessário que o intérprete respeite esses limites linguísticos e institucionais, com a atenção de que na alteração da realidade fática circundante da norma, o resultado seja condizente ao programa da norma.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Ed. RT, 2011.

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique G; OLIVEIRA, Rafael T. de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Ed. RT, 2013.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à Constituição: um atentado ao poder reformador**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

AGRA, Walber de Moura. *O entrenchment* como condição para a efetivação dos direitos fundamentais. In: TAVARES, André Ramos (coord.). **Justiça constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vírgilio Afonso da Silva da 5ª edição alemã (*Theorie der Grundrechte*), publicada pela Suhrkamp Verlag. 2ª ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALEXY, Robert. **"La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica"**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara, 1993.

ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Introdução ao direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed.; 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Lucas Abreu. Situação atual do art. 4º da lei de introdução ao código civil. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 5, n. 5, p.236-242, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 5. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141-176, abr. 2003. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690/45068>>. Acesso em: 10 Ago. 2017.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. *In*: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

BILAC, Elisabete Dória. Família: algumas inquietações. *In*: CARVALHO, Maria do Carmo Brant (Org.). **A família contemporânea em debate**. São Paulo: Cortez, 2000.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 20 jan. 2016

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 29 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Descumprimento Preceito Fundamental n. 132. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 out. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2598238>>. Acesso em: 08 de março de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4.335/AC. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, 19 de abril de 2007. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>, acesso em 08 de março de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292/SP. Relator Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=3997229&ext=RTF>, acesso em 19 de março de 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição Constitucional e Legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)**. *In*: Revista Estudos Avançados Online. v. 18. n. 51. 2004. <http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851.pdf>. Acesso em 10 de fevereiro de 2018.

BRYCE, James. **Constituciones flexibles y constituciones rígidas**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

BULOS, Uadi Lammêgo. Alterações informais na constituição. **Revista do advogado**, nº 73, 2003, p. 199-204.



BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o conceito de norma e a função dos enunciados empíricos na argumentação jurídica segundo Friedrich Müller e Robert Alexy. *In Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 43, 2003.

CALDWELL, Peter C. **Popular sovereignty and the crisis of German Constitutional Law: the theory and practice of Weimar Constitutionalism**. London: Duke University Press, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição** – 7 ed. Almedina: Coimbra, 2003.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 5. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, 2006.

COELHO, Inocêncio Martins. **Interpretação Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. Os limites da revisão constitucional. **Revista de informação legislativa**, v. 29, n. 113, p. 67-76, jan/mar. 1992. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/175927>>. Acesso em: 17 fev. 2017

CRISTESEN, Ralph. Teoria estruturante do Direito. In: Müller, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 235- 248.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Princípios-tópicos de hermenêutica constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte**, v. 1, n. 4, out. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28999>>. Acesso em: 13 de março de 2018.

D'AGOSTINI, Franca. **Analíticos e Continentais**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución**. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública. 1998.

FACHIN, Edson. **Elementos críticos de direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERRAZ, Anna Cândida. Mutações, Reforma e Revisão das Normas Constitucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 5. Out- Dez, 1993, p. 5-24.

FERREIRA, Manoel Gonçalves Filho. Reforma, revisão e emenda constitucional, no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 223, p. 53-74, jan. 2001. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/48312/46492>>. Acesso em: 15 Mar. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v223.2001.48312>.

FERREIRA, Manoel Gonçalves Filho. Significação e alcance das "cláusulas pétreas". **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 202, p. 11-17, out. 1995. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46613/46348>>. Acesso em: 10 Ago. 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

GARCIA, Sérgio Renato Tejada. O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria: análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal, Tribunais Regionais Federais e da Turma Nacional de Uniformização. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porta Alegre, n. 36, jun. 2010. Disponível em: [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/34832/princ%C3%ADpio\\_veda%C3%A7%C3%A3o\\_retrocesso\\_garcia.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/34832/princ%C3%ADpio_veda%C3%A7%C3%A3o_retrocesso_garcia.pdf). Acesso em 13 de março de 2018.

PELAYO, Manuel Garcia. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1993.

GHIGGI, Fernando Gabriel. MORAIS, Fausto Santos de. Levando os argumentos a sério: a presunção de inocência no julgamento do HC 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 132. ano 25. p. 169-190. São Paulo: RT, jun. 2017.

GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. **Introducción al conocimiento científico**. Buenos Aires: EUDEBA, 1985.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros Editores. 4. ed. 2006.

HÄBERLE, Peter. **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 Editor: Porto Alegre, 2002.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HECK, Philipp. **El problema de la creación del derecho**. Trad. Manuel Entenza. Granada: Comares, 1999.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional (selección)**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica. 2.ed.1998.

HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na Constituição. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: v.188, 1992, p. 14/35. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda>, acesso em 08 de agosto de 2017.

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Tradução de Cristian Förter. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. PEPINO, Elsa Maria Lopes Seco. Suspensão, pelo senado, de leis proclamadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. **Depoimentos: Revista da Faculdade de Direito de Vitória – FDV**. n. 10, 2006, p. 73-114.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional: teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

JOUANJAN, Olivier. **Une Histoire de la Pensée Juridique en Allemagne (1800 – 1918):** Ideáclisme et Conceptualism chez les Juristes Allemands du XIX Siècle. **Paris: Puf, 2005.**

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais:** análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Atlas, 2009.

LANÇA, João André Alves. **Mutação Constitucional: fundamentação e limites à luz da hermenêutica filosófica e da teoria estruturante do direito.** Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** 3.ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição.** 6 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

LOWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución.** Trad. Alfredo Ballego Anabiarte. Barcelona: Ariel, 1976.

MARGRAF, Alencar Frederico; PESCH, Natalia Mendes. **Hermenêutica constitucional, mutação constitucional ou decisionismo: uma análise sobre a decisão do STF no Habeas Corpus 126.292/SP.** **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** vol. 104. Ano 25. p. 227-245. São Paulo: rt, nov – dez, 2017.

MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. **Curso de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional [Estudos em homenagem a Anna Maria Villela],** **Revista de Informação Legislativa,** ano 41, n. 162, 2004, pp. 165.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MOREIRA, Nelson Camatta. TOVAR, Leonardo Zehuri. **Hermenêutica e decisão judicial: Em busca de respostas adequadas à Constituição.** **Derecho y cambio social,** 2015, disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5460339.pdf>, acesso em 10 de março de 2018.

MOUSSALEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário.** São Paulo: Max Limonad, 2001.

MULLER, Friedrich. **Direito, linguagem, violência: elementos de direito constitucional I**. trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

MULLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Trad. Olivier Jouanjan. Paris: Presses Univesitaires de France, 1996.

MÜLLER. **Metodologia do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MÜLLER, Friedrich. Teoria e interpretação dos direitos humanos nacionais e internacionais – especialmente na ótica da teoria estruturante do direito. *In: Direitos Humanos e Democracia*. Coordenadores: CLÈVE, Clèmerson Merlin. SARLET, Ingo Wolfgang. PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito: introdução à teoria e metódica**. Ana Paula Barbosa-Fohrmann e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MÜLLER. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MÜLLER, Friedrich; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto; BERCOVICI, Gilberto. Entrevista com Friedrich Müller. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, [S.l.], v. 13,n.1,mai.2012.Disponível<<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1711>>. Acesso em: 18 Mar. 2018.

MÜLLER, Friedrich. Teses sobre a estrutura das normas jurídicas. **Revista dos Tribunais**. vol. 929. 2013, p.193 – 209.

NERY, Nelson Júnior. ABOUD, Georges. Noções fundamentais sobre pós-positivismo e direito. **Revista de Direito Privado**. v. 53, p. 11-20, jan-mar, 2013.

NEVES, A. Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003

NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática**: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder.

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176514/000518647.pdf?sequence=3>

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NOVELLI, Flávio Bauer. Norma Constitucional e Inconstitucional? A propósito do art. 2º, § 2º, da Emenda Constitucional nº 3/93. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 199, p. 21-57, jan. 1995. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46486>>. Acesso em: 12 Mar. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v199.1995.46486>.

OLIVEIRA, Manfredo Araujo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

PEDRA, Adriano Sant'Anna. **A constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PEDRA, Adriano Sant'Anna. **Mutação Constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

POUND, Roscoe. **Law in action and Law in Books**. 44 American Law Review 12. 1910, disponível em:<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/amlr44&div=5>, acesso em 18 de março de 2018.

RATJHEN, Gregory J. / STEPHENS, Otis H. — The Supreme Court and the allocation of constitutional power. Introductory essay and selected cases, São Francisco, W. H. Freeman & C., 1980, p. 25, trad. de TAVARES, André Ramos — **Fronteiras da Hermenêutica Constitucional**, São Paulo, Método, 2006.

REALE, Miguel. Para uma hermenêutica jurídica estrutural. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 72, n. 1, p. 81-91, jan. 1977. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66792/69402>>. Acesso em: 08 aug. 2017.

REGINATO, Karla Cristine; BATTEZINI, Andy Portella. A concretização do princípio constitucional da igualdade nas uniões homoafetivas sob a perspectiva da teoria estruturante de Friedrich Müller. **Revista Eletrônica de Ciências Sociais Aplicadas**, Garibaldi/rs, v. 4, n. 2, p.57-74, jul-dez. 2015. Disponível em: <<https://revista.fisul.edu.br/index.php/revista/article/view/46>>. Acesso em: 19 de março de 2018.

RHODEN, Luiz. **Hermenêutica Filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem**. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

RODOVALHO, Thiago. Ação Declaratória de Constitucionalidade, Mutação Constitucional e Modulação dos Efeitos. **Revista de Processo**. v.242, 2015, p. 393-424.

SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder de reforma constitucional**: em apêndice: os limites da reforma constitucional. 3. ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 75, n. 3, p.116-149.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

SBROGIO GALIA, Susana. **Mutações constitucionais e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SILVA, José Afonso de. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999

SILVA, José Afonso de. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso de. **Poder Constituinte e Poder Popular**. 1. Ed. São Paulo> Malheiros, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. De Quem Divergem os Divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal / Whom the Dissenters Dissent From: Defeated Opinions in the Brazilian Supreme Court. *Direito, Estado e Sociedade (Impresso)*, p. 205-225, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais** (São Paulo. Impresso), v. 798, p. 23-50, 2002.

SILVA, Kelly Susane Alflen da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

STERN, Klaus. **Derecho del estado de la Republica Federal Alemana**. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1987.



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

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? **Revista NEJ – Eletrônica**, vol. 15, n. 1 – p. 158 – 173, jan/abr, 2010. Disponível em: <https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/2308/1623>, acesso em 19 de março de 2018.

STRECK, Lênio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos a instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) I, 2**, p. 75-83, 2009. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401>, acesso em 10 de agosto de 2017.

TAVARES, André Ramos. A Constituição Aberta: elementos de uma hermenêutica constitucional. In: AGRA, Walber de Moura. **Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Método, 2006.

URRUTIA, Ana Victoria URRUTIA. Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto. In: **Revista Española de Derecho Constitucional**. año 20. enero-abril, 2000.

VERDÚ, Pablo Lucas. Estudios Preliminar. In: JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991

VINCENZI, Brunela Vieira de. Guinada Semântica: Indivíduo, Pessoa, Individualização e Sujeito de Direitos Fundamentais. In: CARLINI, Angélica Lucía; NALINI, José Renato. (Org.). **Direitos Humanos e Formação Jurídica**. 1.ed.. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 99-116

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça – Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência política. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.



VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdqv/v4n2/a05v4n2.pdf>, Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Trad. Marina Gascón. Madri: Trotta, 2008.

ZANDONADE, Adriana. Mutação constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 35, p. 195- 227, abril/junho, 2001.