

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO

João André Alves Lança

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: fundamentação e limites à luz da
hermenêutica filosófica e da teoria estruturante do direito**

Belo Horizonte
2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

FACULDADE DE DIREITO

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: fundamentação e limites à luz da
hermenêutica filosófica e da teoria estruturante do direito**

Dissertação apresentada pelo aluno
João André Alves Lança como trabalho
de conclusão do curso de mestrado do
Programa de Pós-Graduação da
Faculdade de Direito da Universidade
Federal de Minas Gerais - FDUFG,
sob a orientação da Professora Doutora
Iara Menezes Lima.

Belo Horizonte

2014

Lança, João André Alves
L243m Muta     constitucional : fundamenta     e limites  
luz da hermen    tica filos    fica e da teoria estruturante do
do direito / Jo     Andr   Alves Lan  a. - 2014.

Orientadora: Iara Menezes Lima
Disserta     (mestrado) – Universidade Federal de
Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito - Teses 2. Direito - Filosofia 3. Hermen    tica
constitucional I. T  tulo

CDU: 342

João André Alves Lança

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: fundamentação e limites à luz da
hermenêutica filosófica e da teoria estruturante do direito**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Banca Examinadora:

Professora Doutora Iara Menezes Lima (Orientadora)
Universidade Federal de Minas Gerais

Data da aprovação:

Belo Horizonte
2014

“De que o homem precisa, não é somente colocar de modo infalível as últimas questões, mas precisa igualmente do sentido do factível, o possível, o correto aqui e agora.” (Hans-Georg Gadamer).

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha orientadora, a Professora Iara Menezes Lima. Sem sua força de vontade e natureza aguerrida, que é por muitos desconhecida, esse mestrado não teria as mesmas condições de chegar ao fim. Agradeço à Professora, ainda, por todos esses anos de caminhada, que me foram valiosos para o aprendizado acadêmico e para a formação maior do caráter.

Agradeço aos meus pais, Hélio e Marta Lança, e à minha Irmã, Sarah. Os primeiros são os responsáveis iniciais pelo caminho que trilho hoje. As conquistas são tão deles, quanto minhas. E à minha irmã deixo minha gratidão pela amizade e sempre presente companheirismo.

Agradeço ao Professor Bernardo Gonçalves Fernandes pelo incentivo e interlocução, aos Professores João Alberto (um grande amigo), Maria Helena Megale, Hermes Guerrero, Ricardo Salgado, Luciano Ferraz e Felipe Mucci.

Agradeço aos meus amigos e colegas da pós-graduação pela amizade, apoio e aprendizado – Renato, Deivide, Ana, Raphaela, Ludmilla, Rafael, Bruno Malta, Ernane, Éder e outros.

Agradeço aos meus amigos e pessoas que sempre me deram força e torceram por mim – ao Daniel Lança, Rafael Lucas (Pinguim), Tarsius, Leandro, Victor, à Marina Guizan, ao Geraldo (meu pastor), Rodolfo, Neander, a todos do “Terça com Folêgo”, aos amigos da Caverna de Adulão, aos sempre queridos amigos da graduação e aos queridos funcionários da Vetusta.

Agradeço a todos os professores e funcionários que, nas suas respectivas funções, fazem o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG seguir se aperfeiçoando.

RESUMO

O fenômeno denominado mutação constitucional foi apreendido na tradição jurídica ocidental no final do século XIX, a partir da compreensão de que as constituições podem sofrer mudanças por meio de processos informais, nos quais há a modificação de sentido de determinada norma constitucional, sem a alteração de seu texto.

De lá para cá, poucos foram os estudos que se debruçaram sobre o tema, em especial quanto às questões pertinentes aos seus limites, à luz das novas concepções da hermenêutica e do constitucionalismo pós-giro linguístico-ontológico.

Diante desse cenário, que vai do final do século XIX ao início deste, coloca-se como objetivo do presente trabalho contribuir com uma fundamentação hermenêutica à noção de mutação constitucional, que se demonstre compatível com a força normativa da constituição e possibilite a elaboração de limites para o seu controle. Essa tarefa será desenvolvida a partir de uma releitura do tema à luz da hermenêutica filosófica de Gadamer, da teoria estruturante do direito de Friedrich Müller e de contribuições dadas por Konrad Hesse.

Nesse sentido, defende-se, no presente estudo, um conceito em “sentido estrito” de mutação constitucional, como sendo o fenômeno compreensivo de concretização da constituição, no qual ocorre perceptível mudança no âmbito da norma, desde que compreendido de forma compatível com a interpretação do programa da norma. Nesse quadro, a mutação constitucional é aqui concebida como a alteração ocorrida no interior da norma constitucional, ou seja, dentro do próprio direito e não fora dele.

Calcado nesse percurso, são feitas considerações sobre duas modalidades de limites. Aponta-se, nesse sentido, o programa normativo como uma primeira modalidade de limite às mutações constitucionais, com destaque para importância do texto constitucional. E, posteriormente, como uma segunda modalidade, têm-se os limites que podem ser extraídos do horizonte de compreensão do programa normativo, sobre os quais se apresenta, exemplificativamente, dois exemplos compartilhados nas constituições contemporâneas e, também, na experiência brasileira.

Palavras-Chave: Mutação Constitucional. Hermenêutica. Teoria Estruturante do Direito. Programa normativo. Limites hermenêuticos.

ABSTRACT

The phenomenon called constitutional change was seized in the Western legal tradition, at the end of the 19th century, through the understanding that constitutions can undergo changes through informal processes in which the modification of meaning in a determined constitutional norm happens without the changing of its text.

Since then, not many studies discussing constitutional changes have been done for the purpose of seeking new ways of supporting the issue and, above all, providing regulating answers and limits to it, in light of new hermeneutics conceptions and post linguistic-ontological turn constitutionalism.

Within this setting, which starts at the end of the 19th century up to the beginning of this one, the main goal of this present work is to contribute to an hermeneutic grounding to the notion of informal constitutional changes, which will show itself compatible with the normative strength of the constitution and enable the elaboration of limits to its occurrence. Such task will be developed from the reading of the theme in the light of Gadamer's filosofical hermeneutics, Friedrich Müller structuring theory of law and contributions by Konrad Hesse.

In this sense, it is argued, in the present study, a concept in the strict sense of informal constitutional change as being the concretion comprehensive phenomenon of the constitution which occurs perceptible change in the field of the norm, seized compatible way with the norm programme interpretation. In this respect, the constitutional change is here conceived as the change occurred in the interior of the constitutional norm, that is inside the law itself and not outside of it.

Finally, firmed in this way, considerations about two modalities of limits are done. the starting point being the legal text, that is the linguistic data of the constitutional arrangement. In this sense, the normative programme is pointed as a first modality of limit to the constitutional changes. Subsequently, as second modality of limits is presented, which are those parameters that could be extracted from the comprehensible horizon of the normative programme, on which are indicated two

examples shared in contemporary constitutions and also shared in the Brazilian experience.

Key-words: Constitutional Changes. Structuring Theory of Law. Normative Programme. Hermeneutics Limits.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO PROBLEMA: origem do conceito e fundamentação na escola alemã	18
2.1 A perspectiva formalista de Paul Laband e George Jellinek	18
2.2 Mutação constitucional no contexto da Constituição de Weimar.....	30
2.2.1 Teorias da integração: Rudolf Smend e Hsü Dau-Lin.....	31
2.3 Contribuições de Hermann Heller: conexão entre normalidade e normatividade e os princípios jurídicos	38
3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO MARCO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E DA TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO.....	46
3.1 As contribuições de Schleiermacher, Dilthey e Heidegger	46
3.2 Traços da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer	63
3.3 Mutação constitucional como processo hermenêutico	80
3.3 Mutação constitucional como mudança no interior da norma	87
3.4 Uma noção “em sentido estrito” de mutação constitucional	94
4 LIMITES À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: considerações a partir da hermenêutica filosófica e aspectos da teoria estruturante do direito	101
4.1 O programa normativo como limite à mutação constitucional: a imporância do texto da norma.....	105
4.2 Outros limites decorrentes do horizonte do programa normativo	132
5 CONCLUSÃO.....	145
6 REFERÊNCIAS	151

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno denominado mutação constitucional¹ foi apreendido na tradição jurídica ocidental a partir da compreensão de que as constituições podem sofrer mudanças por meio de processos informais, nos quais há modificação de sentido de determinada norma constitucional, sem alteração de seu texto.

Essa percepção foi, inicialmente, teorizada pela doutrina alemã, no seio da Escola Alemã de Direito Público, no final do século XIX. O termo foi utilizado pela primeira vez por Paul Laband, nos idos de 1895, que, ao examinar a aplicação da Constituição alemã de 1871, fez a distinção entre reforma constitucional (*Verfassungänderung*) e mutação constitucional (*Verfassungswandlung*) (BULOS, 1997; VECCHI, 2005; DIAS, 2012). A ideia de mutação constitucional foi utilizada, justamente, para conceituar as mudanças de sentido das normas constitucionais sem alteração de suas expressões textuais, à margem, portanto, dos procedimentos de reforma constitucional (BULOS, 1997; DIAS, 2012).

Após as primeiras percepções desenvolvidas pela doutrina alemã, na qual se destacam, além de Paul Laband, Georg Jellinek, e depois Rudolf Smend, seu discípulo Hsu Dau-Lin e Hermann Heller, o tema foi adquirindo notoriedade e, conseqüentemente, maiores desafios.

No direito estrangeiro, cada vez maior foi o número de constitucionalistas a reconhecer o fenômeno, como são os exemplos de Konrad Hesse, Friedrich Müller, Karl Loewenstein, Böckenförde, Canotilho, Jorge Miranda, Biscaretti di Ruffia, Pablo Verdú, entre outros (FERRAZ, 1986; BULOS, 1997).

¹ A expressão mutação constitucional será utilizada neste trabalho de forma ampla, referindo-se aos processos informais de mudança da constituição, sem a alteração de seu texto normativo. Informais no sentido de à margem dos procedimentos formais de reforma constitucional. Acompanha-se, nesse sentido, a opção terminológica de Ana Cândida da Cunha Ferraz (1986). É importante registrar, todavia, que outros autores se referem ao fenômeno em termos diversos. Jorge Miranda (1991) prefere a expressão “vicissitude constitucional tácita”. Canotilho (2003), por sua vez, refere-se à expressão “transição constitucional”. E conforme informa Bulos (2007), Pietro Merola Chierchia fala em “processos de fato” e, outros como Corwin, Cushman, Stier-Somlo, Jellinek e Muro, aderem à expressão mudança material da constituição.

Na experiência jurídica brasileira, por sua vez, o fenômeno foi lembrado de forma incipiente por Milton Campos, em artigo intitulado “Constituição e realidade”, publicado em 1960, no volume 187 da Revista Forense, e, posteriormente, de forma específica, pelo pioneiro estudo monográfico de Anna Cândida da Cunha Ferraz, com o título “Processos informais de mudança da Constituição”, editado em 1986. Em sequência, foi publicada, em 1997, a obra de Uadi Lammêgos Bulos, intitulada “Mutação Constitucional”. Além dessas obras, vários constitucionalistas brasileiros, ainda que de forma superficial, reconhecem o conceito de mutação constitucional para se referir a processos de mudança da constituição, podendo-se citar, como exemplos, J. H. Teixeira Meirelles, José Afonso da Silva, Gilmar Mendes, Daniel Sarmento, Martires Coelho, entre outros.

No contexto de evolução do constitucionalismo ocidental, a mutação constitucional passou a ser entendida como forma de acomodação do direito constitucional à realidade, ao lado dos processos de reforma constitucional. E, na mesma marcha, tais instrumentos de acomodação começam a ser encarados como indispensáveis à força normativa da constituição, preocupação que já estava presente na doutrina alemã que influenciou o desenvolvimento inicial do fenômeno, como se pode identificar em Smend e Heller. E não apenas esses, mas também, por exemplo, Konrad Hesse (1991; 1992), não muito tempo depois, ao dar sua aula inaugural na universidade de Freiburg-RFA em 1959, com o título “A Força Normativa da Constituição”, já havia alertado para o fato de a efetividade da constituição jurídica estar diretamente ligada à sua capacidade de se deixar condicionar, de forma recíproca, pela realidade. O autor chama a atenção para o fato de que a dialética instalada entre rigidez e mobilidade no ordenamento constitucional não pode ser encarada como uma questão de alternativa ou de conflito, mas de esforço coordenativo (HESSE, 1998).

Todavia, após as primeiras percepções desenvolvidas pela doutrina alemã do final do século XIX e início do XX, e inclusive nelas, escassos foram os estudos que se debruçaram sobre a temática da mutação constitucional, com o fim de buscar formas de fundamentar o fenômeno e fornecer respostas normativas.

Essa tarefa se revela ainda mais necessária diante dos novos desafios da hermenêutica jurídica pós-giro hermenêutico-ontológico e da sua influência nas concepções do constitucionalismo contemporâneo.

Não podem mais ser sustentadas as teses formalistas de Laband e Jellinek, que fundamentaram o fenômeno a partir de uma ruptura entre direito e realidade e, assim, viam as mutações como sobreposição das forças políticas e sociais sobre a constituição jurídica, concepção que Dau-Lin também acabou abraçando. Assim como, demonstraram-se insuficientes o esforço integracionista de Smend e a teoria orgânica de interação entre normatividade e normalidade social de Heller.

Essas concepções iniciais, ou acabaram por entregar o fenômeno da mutação constitucional ao alvedrio das forças fáticas e, assim, à arbitrariedade (Laband, Jellinek e Dau-Lin), ou não lançaram mão dos pressupostos suficientes para dar uma resposta filosófica (de fundamentação) e normativa ao problema (Smend e Heller).

Ocorre que, até os dias atuais, doutrina e jurisprudência, falando agora de direito brasileiro, ora se curvam à ausência de limites à mutação constitucional, como é o caso de Bulos (1997), ora voltam a fundamentar o fenômeno na perspectiva de separação entre direito e política ou direito e realidade, compartilhando das teses de Laband, Jellinek e Dau-Lin. Isso tem sido feito para justificar posições “decionistas” e modificações arbitrárias do sentido das normas constitucionais, como evidenciado, por exemplo, nos votos do Ministro Gilmar Mendes e do ex-Ministro Eros Grau no julgamento da Reclamação n. 4335/AC, pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Diante desse cenário, que vai do final do século XIX ao início deste, coloca-se como objetivo do presente trabalho contribuir com uma fundamentação hermenêutica à noção de mutação constitucional, que se demonstre compatível com a força normativa da constituição e possibilite a elaboração de limites à sua ocorrência.

Nesse sentido, em que pese a falta de estudos específicos sobre o fenômeno, em especial voltados à elaboração de parâmetros para seu controle, o primeiro ensaio com tais pretensões, que se tem conhecimento, foi escrito por Konrad Hesse, na publicação alemã de sua obra “Limites da mutação constitucional”, em 1973. O autor propôs, então, amparando-se na teoria de seu discípulo Friedrich Müller, que as mutações constitucionais deveriam ser encaradas como fenômenos interpretativos ocorridos no

processo de concretização das normas constitucionais, nos quais se operava uma mudança no âmbito normativo da norma, que, por sua vez, era “destacado” pelo programa normativo. Assim, o programa normativo elaborado a partir do texto constitucional, ao selecionar o âmbito da norma, isto é, o recorte da realidade regulada, ditaria os limites e as possibilidades de uma mutação constitucional.

Foi a partir dessas concepções de Hesse e de estudos dedicados à teoria estruturante do direito, que surgiu o móvel do projeto inicial de se buscar uma explicação hermenêutica para as mutações constitucionais e, diante disso, estabelecer os seus possíveis parâmetros de controle.

Nesse percurso, no entanto, percebeu-se que uma fundamentação do fenômeno, compatível com os novos rumos do conhecimento e da hermenêutica pós-virada linguística, apenas poderia ser construída se, antes da recepção das categorias da teoria estruturante do direito, fosse feito um resgate da compreensão do tema nos marcos da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. Essa trilha se demonstrou inevitável, não apenas porque constitui o pressuposto das contribuições de Hesse e Müller, como também porque, somente sob às luzes dessa nova forma de enxergar o compreender, distorções da própria metódica estruturante poderiam ser evitadas e/ou corrigidas. Sem sua compreensão na hermenêutica filosófica, qualquer esforço de explicação ontológica do fenômeno e, assim, de reconstrução de sua identidade normativa estaria fadado à superficialidade, não indo muito além do que outros autores, como o próprio Hesse, já haviam desenvolvido. E, por isso mesmo, não se tem notícia de trabalho que tenha tido a preocupação específica com tal ênfase – releitura do fenômeno da mutação constitucional a partir da hermenêutica filosófica.

Dessa forma, o objetivo central do presente trabalho é contribuir para a construção teórica acerca dos limites à mutação constitucional, a partir de uma releitura do tema à luz da hermenêutica gadameriana, da teoria estruturante do direito de Friedrich Müller e de algumas concepções de Konrad Hesse.

Para tanto, utiliza-se os métodos jurídico-exploratório e jurídico-teórico, a partir da análise de conteúdos das obras doutrinárias pertinentes ao tema e de decisões jurisprudenciais utilizadas de modo exemplificativo. E, nessa senda metodológica, o percurso narrativo desenvolve-se em três atos.

O primeiro, concentrado no capítulo dois, empenha-se no resgate dos pontos principais dos estudos precursores desenvolvidos pela doutrina alemã, com recorte nas teses de Paul Laband, Georg Jellinek, Rudolf Smend, Hsu Dau-Lin e Hermann Heller. São apresentadas suas contribuições, bem como suas deficiências, demonstrando-se a necessidade de uma nova compreensão do fenômeno, sobretudo, para o reforço da força normativa da constituição.

O segundo ato, correspondente ao capítulo três, é dedicado a uma breve reconstrução do desenvolver da hermenêutica pós-idade média até chegar à hermenêutica filosófica, apresentando-se as contribuições dos predecessores de Gadamer, em especial, Schleiermacher, Dilthey e, principalmente, Heidegger, para, logo em seguida, fornecer um quadro do que consiste a hermenêutica gadameriana. Esse revolver é feito com o objetivo de demonstrar quais foram os pressupostos da virada hermenêutica, aqui apreendida sob a ótica do eixo Heidegger-Gadamer, e, assim, demonstrar a sua importância para a compreensão das mutações constitucionais. Trata-se de reconhecer a mutação constitucional como consequência da historicidade da experiência jurídica e, assim, como produto do fazer hermenêutico pelo qual se dá a própria existência.

Em seguida, ainda no capítulo três, delineia-se a noção do fenômeno como um caso do próprio processo hermenêutico de compreensão, porém, com o auxílio dos conceitos de programa normativo e âmbito normativo, a partir de leituras de Müller e Hesse. Nessa linha de raciocínio, apresenta-se uma ideia em “sentido estrito” de mutação constitucional, como sendo o fenômeno compreensivo, resultado da fusão de horizontes, ocorrido em virtude de perceptível mudança no âmbito da norma, compreendida dentro do quadro de conformação dialética com o programa da norma. Nesse quadro, a mutação constitucional é concebida como a alteração ocorrida no interior da norma constitucional, ou seja, dentro do próprio direito e não fora dele.

No terceiro ato, por fim, compreendido pelo quarto capítulo, aborda-se o tema dos limites à mutação constitucional. Assim, tendo-se em vista o que foi desenvolvido no capítulo três, apresenta-se duas modalidades de limites ao fenômeno. Nesse sentido, aponta-se o programa normativo como um primeiro limite às mutações constitucionais. E, a partir dele, por meio da noção de que a linguagem normativa deve

ser compreendida de modo fiel ao que ela diz no horizonte tradicional em que é interpretada, desenvolveu-se dois exemplos de limites decorrentes ou conformadores do horizonte compreensivo do programa normativo das constituições contemporâneas, compartilhados na experiência brasileira. Tais exemplos são: os horizontes compreensivos fornecidos pelo princípio da vedação ao retrocesso e pela proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Esses parâmetros, chamados de limites decorrentes do horizonte compreensivo do programa normativo, exprimem, na verdade, uma ideia a partir da qual se pode extrair outros limites, embora, por ora, são apresentados apenas esses dois, a título exemplificativo.

Tais limites, inclusive o texto normativo, não são aqui tratados como limites absolutos, posto que se sabem, enquanto limites hermenêuticos, passíveis de demonstração e condicionados pela historicidade do conhecimento. Não obstante, tratam-se de limites que, no enfoque dado neste trabalho, são elencados como índices a favor da “verificabilidade” das formas de compreensão da constituição, seja por atuação judicial, legislativa, administrativa ou demais práticas de aplicação constitucional. Não se hesita em dizer que, por ora, nos contornos deste trabalho, o objetivo é mais apontar as “fronteiras” do que “a trilha certa”.

Essa ideias já evidenciam outra escolha teórico-metodológica feita neste estudo. Embora a tangência seja inevitável, a pretensão não foi trabalhar com os moldes de uma teoria da decisão. Nesse sentido, o objetivo, aqui, ao se buscar limites para a mutação constitucional, não foi apontar uma resposta correta à interpretação da constituição, ainda que esta não seja descartada. E, pelo menos uma das razões para isso é óbvia, pois, na medida em que se busca fundamentar o fenômeno como produto dos efeitos da história efetual, a primeira conclusão a que se chega é a de que se deve enxergar com ressalvas qualquer critério forte de correção hermenêutica, uma vez que cada ponto da tradição produzirá a sua própria compreensão constitucional.

No entanto, essa tarefa não é incompatível e, por isso mesmo, confessa-se uma das lacunas que o presente trabalho deixa: sua complementação com uma teoria da decisão. Aliás, sendo a mutação um processo hermenêutico, em última instância, estabelecer limites ao fenômeno é o mesmo que pensar o tema dos limites da interpretação jurídica.

De certa forma, o tema da referida lacuna foi desenvolvido por Flávio Barbosa Quinaud Pedron (2011), em sua tese de doutorado intitulada “*A Mutação Constitucional na Crise do Positivismo Jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade*”, defendida perante o Programa de Pós-Graduação desta Casa. Entretanto, embora o autor tenha registrado o seu situar na hermenêutica filosófica, o presente trabalho opta por uma ênfase central nesta hermenêutica, ao contrário de Pedron (2011). Além disso, este autor rejeita o conceito de mutação constitucional, em favor de uma visão construtivista da interpretação constitucional, fincada na teoria do direito como integridade de Dworkin. Aqui, por outro lado, com as contribuições da teoria estruturante do direito, propõe-se uma nova leitura do fenômeno, sem abandoná-lo enquanto conceito útil à experiência jurídica. A bem da verdade, a par dessas (aparentes) divergências, a teoria dworkiana, pode ser vista, pelo que se entende, em uma relação estreita e até mesmo complementar (ou “englobante”) com a perspectiva seguida neste trabalho. Diante disso, por exemplo, a resolução da lacuna acima apontada poderia ser pensada nos moldes propostos por Streck (2009), em sua obra “Verdade e Consenso”, na qual desenvolveu uma teoria da decisão, correlacionando a hermenêutica filosófica e a teoria da integridade.

Além desta obra, faça-se justiça, em meio à escassez de trabalhos, um segundo estudo recente, que também se dedicou a pensar critérios de correção das mutações constitucionais, foi a tese de Adriano Sant’Ana Pedra (2009), com o título *Teoria da “Mutação Constitucional: limites e possibilidades das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização*”, com a qual este trabalho, igualmente, dialoga, ainda que de forma indireta. Com a tese de Pedra (2009) se compartilha um dos marcos teóricos, o da teoria estruturante do direito (da qual resulta a teoria da concretização). No entanto, em sentido diverso, a presente dissertação não apenas tem a pretensão de subsidiar o aprofundamento das ideias de Müller, com uma fundamentação de cunho hermenêutico-filosófico, mas também, de forma indireta, a opção por não repetir a classificação de limites proposta por Pedra (2009) já é uma discordância em relação a algumas de suas conclusões.

Ao se optar pela matriz hermenêutica, significa dizer que a proposta aqui desenvolvida, igualmente, não foi abordar parâmetros que poderiam ser indicados pela

via das teorias procedimentais, que buscam construir modelos de legitimação das escolhas de índole constitucional, por exemplo, ao modo habermasiano. Em razão disso, *e.g.*, não se endossou a proposta de Pedra (2009), segundo a qual, um dos limites à mutação constitucional, ligados ao âmbito normativo, seria a aceitação legítima pela comunidade. Pela matriz hermenêutica, a aceitação legítima pela comunidade não pode ser pensada fora de sua tensão cointegrante com a própria constituição.

Dentro desse contexto, portanto, o objetivo é colaborar com a comunidade jurídica, no esforço contínuo de se lutar contra todas as formas de arbitrariedade, pensando parâmetros de controle dos possíveis desvios da tese da mutação constitucional, diante dos, cada vez mais complexos, desafios da hermenêutica e do constitucionalismo contemporâneo.

2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO PROBLEMA: origem do conceito e fundamentação na escola alemã

2.1 As perspectivas formalistas de Paul Laband e George Jellinek

As mutações constitucionais começaram a ser estudadas no período da Constituição alemã de 1871, que resultou do processo de unificação do antigo Império Alemão². Em virtude desse contexto, tal Império continha elementos de uma integração política de regiões até então muito distintas entre si, o que impedia a aplicação do ordenamento central recém-criado sobre as ordenações praticadas em cada uma delas³ (URRUTIA, 2000; VECCHI, 2005; DIAS, 2012).

Os estados-membros, por exemplo, ainda possuíam suas próprias constituições, com autonomia política, direito de enviar e receber embaixadores e de firmar acordos internacionais, para atender interesses locais (PEDRON, 2011). Não houve, de forma suficiente, um sistema de adaptação formal dos ordenamentos particulares ao ordenamento central do Império. Essa realidade criava um clima de incerteza quanto ao caráter vinculante e harmônico da Constituição do *Reich*⁴ (URRUTIA, 2000; VECCHI, 2005; DIAS, 2012).

Foi esse período de incertezas que levou à abordagem do tema das mutações constitucionais, inicialmente identificado pelo jurista Paul Laband, que passou a

² Anota Urrutia (2000) que tal unificação somente foi possível após a resolução da rivalidade pela hegemonia alemã a favor da Prússia em detrimento da Áustria, que acabou por ser excluída do novo Império. Nesse sentido, também, Vecchi (2005).

³ Segundo Urrutia (2000) e Pedron (2011), a união do Estado alemão foi composta por Estados-membros bastante distintos entre si, reunindo vinte e cinco unidades políticas, dentre elas: “[...] três Repúblicas na forma de cidades livres (Brema, Hamburgo e Lubeca); sendo as outras Monarquias organizadas em Reinos (Prússia, Baviera, Saxônia e Württemberg), Grão-Ducados (Baden, Axia, Mecklemburg-Schwerin, Saxônia-Weimar-Eisennack, Mecklemburg-Strelitz e Oldemburg), Ducados (Brünswick-Lüneburg, Saxônia-Meiningen, Saxônia-Altemburg, Saxônia-Coburgo e Gotha e Anhalt), Principados (Schwarzburg-Sondeshausen, Hessen, Schwarzburg-Rudolfstadt, Waldeck, Reuss-Csreiz, Shaumburg-Lippe e Lippe) e a Alsácia-Lorena, como território do Império.” (PEDRON, 2011, p. 94).

⁴ Urrutia (2000) afirma que, diversamente do caso dos Estados Unidos, onde a Constituição foi considerada como norma obrigatória desde o início, na Europa, a concepção da constituição como ordenamento normativo se diluiu após o primeiro constitucionalismo liberal, passando por uma etapa intermediária de flexibilização, que se retomou, timidamente, na época da Constituição do Império Alemão de 1871.

chamar a atenção para o fato de a Constituição do *Reich* apresentar alterações constantes quanto ao sentido de sua aplicação, sem a realização dos procedimentos de reforma (BULOS, 1997; URRUTIA, 2000). Laband publicou, então, a obra “*Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung*” (Mutação da Constituição Alemã), em 1895, constatando que a ação do Estado pode transformar as normas constitucionais, sem a necessidade de iniciar uma modificação formal de seu texto (URRUTIA, 2000).

Laband, influenciado pelos pressupostos da Escola Alemã de Direito Público fundada por Gerber e Gierke⁵, enxergou o fenômeno pelas lentes do direito tomado por uma perspectiva científica e formalista⁶, partindo do pressuposto metodológico de separação entre direito e política (URRUTIA, 2000; BONAVIDES, 2004). O direito, seguindo esse pressuposto, deveria ser estudado de maneira isolada, sem levar em consideração a contingência dos fenômenos políticos (URRUTIA, 2000).

Nessa perspectiva, Laband defendia que a compreensão e a interpretação do direito deveriam estar livres das ingerências de questões valorativas, em nome da cientificidade do direito. Assim, diante de sua metodologia, a compreensão do direito

⁵ Segundo Royo (1978), Gerber considerava que o Estado era a organização jurídico-política do povo. O Estado representava o povo em sua configuração política e essa configuração tinha um ordenamento jurídico de sua vida comunitária. Com isso, na Escola de Direito Público alemã já se percebia a superação do caráter privado do poder político, pois este passa a ser considerado como a forma de manifestação da vida dos indivíduos em sociedade, os quais formam o povo. Todavia, para essa Escola, a relação orgânica entre povo, Estado e ordenação jurídica, apenas tinha valor para explicar a construção desse edifício, pois a ideia de direito público estava vinculada à ideia de o Estado ter vontade própria, com personalidade autônoma, tratada de forma separada de sua conformação social, embora a concepção estatal englobasse essas duas dimensões. Gierke, por sua vez, iniciou uma crítica à concepção desenvolvida por Gerber, ao buscar uma investigação histórica para o Estado. Porém, Royo (1978) aponta que aquele acabou retornando à concepção formal, uma vez que não concebeu uma teoria pela via de suas conclusões históricas, mas a partir de uma ideia própria da teoria moderna do Estado. A Escola de Direito Público alemã teve a mencionada característica de trabalhar de forma separada as perspectivas sociológica e política da perspectiva jurídica do Estado, o que culminou em uma visão formalista do direito. Com isso, em tal escola “[...] a contraposição entre a política e o direito, entre o método histórico-político para a observância de uma determinada realidade e o método jurídico resulta evidente.” (ROYO, 1978, p. 84-85, tradução livre). No original: “La contraposición entre la política y el derecho, entre el método histórico-político para la observación de una determinada realidad y el método jurídico resulta evidente.” Nesse sentido, também, explica Caldwell (1997).

⁶ Como lembra Smend (1985), é próprio do formalismo jurídico ver a constituição, antes de tudo, como a ordenação de normas jurídicas que regulam os órgãos supremos do Estado, sua formação, competência e relações mútuas, assim como o *status* do indivíduo frente ao poder político. Nesse caminho, ignora o conteúdo material e a função de balizar condições, ainda que mínimas, para a vida em sociedade, atributos inerentes à constituição.

era reduzida à análise do texto normativo, em um exercício lógico-gramatical, afastando aspectos axiológicos (CALDWELL, 1997).

Para Laband, a vontade do Estado era a fundamentação maior da ordem jurídica (CALDWELL, 1997). Assim, o Estado, na concepção do autor, precedia às normas jurídicas e a constituição era a manifestação de sua vontade, de modo que ficava a seu próprio critério impor-lhe limitações (PEDRON, 2011).

Com esse pressuposto, a dogmática jurídica, já restrita à análise formal do texto normativo, representava, ainda, a legitimação dos atos do Estado, uma vez positivados. Nesse sentido, é o entendimento de Pedron, segundo o qual

[...] a dogmática jurídica para Laband deveria ser “miope” 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, 2011, p. 96).⁷

Laband entendia, a partir desse quadro, que tanto o controle de constitucionalidade, quanto a alteração da constituição seriam tarefas que deveriam estar de modo exclusivo nas mãos dos órgãos estatais, exceto o Poder Judiciário. O primeiro (controle de constitucionalidade), porque, o controle constitucional das leis do Estado conduziria as decisões judiciais a levarem em consideração questões políticas, ou seja, questões transcendentais à mera análise do texto, o que, em seu pensamento, era inadmissível ao aplicador do direito⁸ (URRUTIA, 2000; PEDRON, 2011). E, a segunda tarefa (alteração da constituição), porque apenas o Estado (o

⁷ Caldwell (1997) e Pedron (2011) anotam que o pensamento de Laband representava o resquício da lógica do “princípio monárquico”, segundo o qual o monarca era tido como o titular do poder soberano e a opção por uma constituição era a opção do monarca em limitar a si próprio. Segundo os referidos autores, as constituições anteriores à unificação alemã e o direito constitucional desse período teriam seguido esse princípio.

⁸ Pertinente é a lembrança de Urrutia (2000) sobre ser preciso levar em consideração que, em razão de ainda inexistir controle judicial de constitucionalidade à época, a atuação legislativa dispunha de “caminho livre” para alterar o sentido das normas constitucionais, inclusive, por meio de disposições contrárias ao conteúdo da constituição, como identificou Laband, no segundo exemplo de mutação constitucional dado por ele.

governo central e a esfera legiferante) seria o melhor intérprete de sua própria vontade⁹ (PEDRON, 2011). Assim, o autor acreditava que a situação real do Império somente poderia ser captada pelo conteúdo das leis do *Reich* (URRUTIA, 2000).

Nesse contexto, Laband afirmou que a ação do Estado poderia modificar o sentido das normas constitucionais, não apenas por meio dos mecanismos de reforma formal, mas também por meio de mudanças informais, em que o texto normativo permanecia intacto (PEDRON, 2011).

Segundo Urrutia (2000), embora Laband considerasse as constituições como normas jurídicas, dotadas de firmeza e estabilidade, a ação do Estado poderia transformá-las a qualquer momento, sem a necessidade de sua modificação formal. Laband identificou, nesse sentido, que a alteração informal da constituição poderia se dar por três vias: (a) pela regulação das leis do Império sobre os elementos centrais do Estado não previstos ou previstos de modo incidental pela constituição; (b) por modificações dos elementos centrais do Estado por meio de leis do Império que contradissem o conteúdo da constituição; e (c) pela alteração dos elementos centrais do Estado por meio de usos e costumes dos Poderes Públicos (BULOS, 1997; URRUTIA, 2000; PEDRON, 2011).

Assim, Laband creditava o fenômeno da mutação constitucional apenas à formas de atuação do *Reich*, seja por suas leis, seja pelo que chamou de usos e costumes dos Poderes Públicos (URRUTIA, 2000).

Essa posição do autor era potencializada pelo fato de que a Constituição alemã de 1871 deixou de regulamentar diversas questões, que tiveram de ser complementadas por meio da legislação (URRUTIA, 2000; PEDRON, 2011). Como exemplifica Urrutia (2000), não havia regulamentação constitucional para: (a) a posição política dos ministros do *Reich*, (b) o procedimento de incorporação de novos territórios à união alemã, (c) não havia regulação detalhada para a questão das finanças do Império e (d) não havia previsão completa dos critérios de distribuição de competência entre os estados-membros e o *Reich*. Tal contexto, diante disso, teria

⁹ Para Laband, segundo escreve Pedron (2011, p. 96), “[...] havia uma conexão orgânica entre o Estado e a Nação, de modo que as normas e leis do Império eram expressão de uma ‘vontade do Estado’, que também coincidia com ‘a vontade da sociedade’.” Essa forma de pensar é própria dos representantes da Escola de Direito Público alemã, conforme se vê em Gerber e Gierke (veja nota 5), visão que, contraditoriamente, não culminou em uma integração entre direito e política.

proporcionado constantes modificações na estrutura da Constituição por meio da atuação legislativa, à margem dos mecanismos formais de reforma (URRUTIA, 2000).

No tocante aos limites, Laband entendia que as mudanças informais às quais as constituições estavam sujeitas não poderiam ser controladas juridicamente (URRUTIA, 2000). Segundo Laband, citado por URRUTIA (2000, p. 110), “[...] a regra segundo 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 [...]”.¹⁰

A afirmação de Laband revela não apenas a ausência de uma compreensão jurídica para o problema em sua teoria, como também, segundo Urrutia (2000), demonstra o contraditório pensamento segundo o qual a constituição teria força normativa, mas não superioridade hierárquica sobre as leis do Parlamento.

Assim, como também aponta Dias (2012), Laband se apoiava numa compreensão de constituição diversa do constitucionalismo contemporâneo, que, na verdade, esvaziava a força normativa do ordenamento constitucional. Além disso, sua compreensão dicotômica entre direito e política, norma e realidade, indica a impossibilidade de sua teoria em contribuir com uma fundamentação aprofundada do fenômeno das mutações constitucionais, que pudesse abranger uma resposta jurídica para o tema.

Embora seja apontado como o primeiro autor a cunhar o conceito de mutação constitucional, fato é que Laband não teve a preocupação de elaborar uma teoria específica sobre a matéria, mas apenas descrever o fenômeno, na forma em que o percebera na Constituição alemã de 1871 (VECHI, 2005; PEDRA, 2009; PEDRON, 2011).

Assim, pode-se afirmar que Laband apenas se servia do conceito de mutação constitucional para justificar alterações e/ou rupturas da Constituição voltadas, exclusivamente, aos interesses do Império, diminuindo os limites traçados ao seu poder, em detrimento da força vinculante e supralegalidade das normas constitucionais (PEDRON, 2011).

¹⁰ Tradução livre de: “[...] 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 [...]”.

George Jellinek, por sua vez, herdeiro da mesma Escola e partindo da obra de Laband, deu continuidade ao estudo das mutações constitucionais, embora apenas tenha proposto como traço distinto ao conceito deste a inclusão da característica da não intencionalidade, para identificar o fenômeno (URRUTIA, 2000; PEDRA, 2009).

Para Jellinek, reforma constitucional seria uma modificação intencional e voluntária¹¹, enquanto que mutações constitucionais seriam alterações não necessariamente intencionais ou conscientes da constituição, sem a modificação de seu texto. Nas suas palavras:

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 inerte o seu texto, sem mudá-lo formalmente, produzida por fatos que não têm que ser acompanhados pela intenção, ou consciência, de tal mudança. (JELLINEK, 1991, p. 7, tradução nossa).¹²

A respeito de tal conceito, Hesse (1992) faz a crítica de que as mutações constitucionais não são distinguidas de forma adequada pelo critério da não intencionalidade ou não consciência de sua ocorrência, como propôs Jellinek (1991), uma vez que não se trata de elemento essencial, pois uma mutação constitucional não passaria despercebida por um intérprete atento.

Não obstante, Jellinek trouxe outras contribuições para o tema. Destacam-se a inclusão da atividade interpretativa do Parlamento, da Administração e, especialmente, da Jurisdição¹³, como fator de mudanças informais da constituição, e não apenas a

¹¹ Anota Urrutia (1993; 2000) que, em razão de adotar um conceito tão amplo, Jellinek (1991) admitia, inclusive, que a própria reforma constitucional pudesse ser a transformação ou supressão da constituição por via revolucionária ou por modificação consuetudinária, desde que houvesse ação voluntária ou intencionalidade.

¹² “*Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales produzida 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*”.

¹³ Nesse sentido, Jellinek (1991) demonstra ter sido fortemente influenciado pela experiência americana, ao incluir a atividade interpretativa da jurisdição constitucional como fator de mudanças informais da constituição. Vale destacar duas das principais impressões do autor sobre a história constitucional daquele país. Primeiro, em sua visão, nos Estados Unidos da América, o juiz ocupava a posição de um verdadeiro legislador constitucional. E, segundo, que nenhum país no mundo contava com um número tão reduzido de emendas, o que justificar-se-ia graças à teoria dos poderes implícitos (*implied powers*). Como recorda Urrutia (1993), tal teoria foi uma argumentação utilizada por Hamilton e logo apropriada pela Suprema Corte, segundo a qual, o Congresso da União podia

atuação das leis do *Reich*, como entendia Laband; e, na mesma linha, o reconhecimento de que toda constituição tem lacunas, que não podem ser resolvidas apenas pelos meios convencionais (poder de reforma) de integração do ordenamento (JELLINEK, 1991). Assim, para Jellinek (1991), as mutações constitucionais eram necessárias, entre outros processos resultantes de alterações da realidade, contexto e fatos, sem a alteração do texto constitucional.

Olhando especificamente para a Constituição alemã, Jellinek (1991) afirma, ainda, que a solução para as diversas omissões estaria nas atividades do Legislativo e do Judiciário, os quais seriam incumbidos de desenvolver regulamentos e interpretações capazes de atribuir sentido a certos dispositivos constitucionais. Diante disso, tais atividades poderiam provocar alterações de sentido do texto constitucional, as quais, caso ocorressem de forma não intencional, poderiam indicar mutações constitucionais.

Aliado a isso, Jellinek (1991) entendia que a mutação constitucional poderia ocorrer por arranjos variados, tais como: (a) pela a atividade de aplicação da Constituição pela prática parlamentar¹⁴, pela Administração e pela Jurisdição; (b) pela adequação desses órgãos à necessidade política; (c) pela prática constitucional revelada por uma ética política não escrita ou por “convenções constitucionais”¹⁵; (d)

desempenhar atribuições não expressamente designadas na Constituição, com o objetivo de ditar regimentos necessários e convenientes para por em prática aquelas faculdades expressamente atribuídas ao próprio Congresso, ao Governo e demais órgãos estatais. A teoria dos poderes implícitos tinha sua origem na interpretação do artigo I, seção 8, número 18, da Constituição americana, que atribui justamente a referida competência ao Congresso. Nesse sentido, Jellinek (1991, p. 26-27) dá a entender que tais poderes também orbitariam em torno dos juízes constitucionais, pois conclui que: “No texto constitucional dormem até agora poderes desconhecidos que descubrem a legislação e em seguida, definitivamente, lhes dá vida o juiz.” [Tradução livre de: “*En el texto de la Constitución duermen hasta ahora poderes desconocidos que descubren la legislación y luego, definitivamente, les da vida el juez*”]. Essa é a interpretação de Urrutia (1993), para quem Jellinek, de fato, entendia que os juízes constitucionais, atuando como verdadeiros legisladores negativos e intérpretes da constituição, poderiam provocar mutações constitucionais.

¹⁴ Como ressaltado anteriormente, Urrutia (2000) lembra que a ausência de controle de constitucionalidade das leis no contexto de Laband e Jellinek, alçava as leis do Parlamento a fatores de modificações constante das constituições.

¹⁵ Ao indicar as “convenções constitucionais” como instrumentos de mutação constitucional, novamente Jellinek (1991) importa um instituto do direito estrangeiro, o inglês. E, novamente, percebem-se as incoerências que seu método de viés sociológico evidenciou, uma vez que faz essa importação, sem um cuidado de pensar os contextos diferentes. E, assim o faz, com um claro prejuízo para a força normativa da constitucional. No caso das “convenções constitucionais”, Jellinek (1991, p. 37) menciona que tal fenômeno ocorria, até aquele momento, “[...] somente na Inglaterra, onde toda a Constituição efetiva (material) se baseia no Direito comum frente a escassos estatutos. Os ingleses

pela caducidade de faculdades estatais; (e) pela integração de lacunas constitucionais (URRUTIA, 2000).

Diferentemente de Laband, Jellinek (1991) se preocupou em sistematizar uma Teoria do Estado de forma mais ampla, partindo de uma análise em duas vertentes: de um lado, uma teoria jurídica, e de outro, uma teoria sociológica do Estado (URRUTIA, 1993; PEDRON, 2011). Nesse sentido, Jellinek (1981) se propôs a cunhar uma Teoria do Estado em que uma teoria política e social e uma teoria dogmático-jurídica se entrecruzariam.

Segundo Pedron (2011), essa preocupação faz de Jellinek um jurista de transição, que, na tentativa de ir se desvencilhando do formalismo jurídico, lança um olhar para a relação da realidade social com a dogmática jurídica. Laband, pelo contrário, sofrera de forma mais intensa a influência do princípio monárquico e de um período em que, em razão da alta instabilidade política, os juristas acabaram por se voltar ao direito, distanciando-se de tais questões (VERDÚ, 1991; PEDRON, 2011).

Igualmente influenciado pelas teorias de Gerber e Gierke¹⁶, apontados como precursores da Escola Alemã de Direito Público, Jellinek (1981) desenvolve seu pensamento em torno da ideia de que o direito é apenas uma das parcelas de um conjunto normativo maior presente na sociedade, que se refere à ética social que pressupõe a solidariedade dos membros da comunidade. Diante disso, o autor enxerga o direito como um fenômeno psicológico, interno ao homem (JELLINEK, 1981; VERDÚ, 1991).

E, por essa razão, as formas jurídicas não fornecem a compreensão de um conteúdo, mas uma relação psicológica de um juízo sobre as coisas, o que significa,

falam de regras constitucionais convencionais em contraposição aos preceitos da Constituição. Essas regras convencionais conformam, em seu conjunto, uma ética política, cujos mandamentos são e têm que ser rigorosamente seguidos.” [Tradução livre de: “[...] *solamente en Inglaterra, donde toda la Constitución efectiva se basa en el Derecho común frente a escasos estatutos. Los ingleses hablan de reglas constitucionales convencionales en contraposición a los preceptos legales de la Constitución. Esas reglas convencionales conforman, en su conjunto, una ética política, cuyos mandatos son y tienen que ser regurosamente seguidos.*”]. Assim, vê-se que o autor importa um instituto próprio do constitucionalismo inglês de constituição não rígida e material, por exemplo, e traz para o constitucionalismo alemão de tradição diversa, justificando modificações da ordem jurídica fora do âmbito constitucional.

¹⁶ Veja nota 5.

para o autor, que o conhecimento jurídico de um objeto é distinto da compreensão dos fatos reais que o constituem (PEDRA, 2009).

Essa compreensão de Jellinek demonstra que, embora tenha tangenciado a ideia do direito como inevitável construção de juízos psicológicos, o autor, por outro lado, ao trabalhar a ciência jurídica, manteve-se na dicotomia entre juízos normativos e realidade, concebendo esta como dimensão externa à norma, a despeito do seu esforço em integrar ética social e direito.

Essa visão dicotômica aparece na forma de o autor conceber o Estado. Em seu pensamento, este é compreendido por duas faces conjuntas: uma sociológica, em que é visto como unidade de uma construção social; e outra jurídica, na qual o Estado é considerado a corporação formada por um povo, dotada de poder de coerção e instalada dentro de um território (VERDÚ, 1991). A normatividade do direito em Jellinek está na convicção de sua auto-obrigação moral, o que condiz com a sua compreensão do direito enquanto apenas um dos atributos de uma ética social maior presente na sociedade e resultado de um fenômeno psicológico (PEDRON, 2011).

Essa ética social fundante do direito, a qual representa a própria unidade social que é o Estado, é compreendida como histórica e cultural e, por isso, mutante (VERDÚ, 1991; PEDRON, 2011). Daí o critério da intencionalidade para distinguir reforma e mutação constitucional.

A questão é que, no desenrolar de todos esses pressupostos, Jellinek (1991) chega à conclusão que as normas não possuem força suficiente para resistir à pressão dos referidos arranjos sociais cambiantes. Dessa forma, segundo anota Pedron (2011), o que o autor denomina de mutação constitucional é a confirmação da superação do real sobre o normativo.

A concepção de Jellinek (1991) o leva a admitir a ideia de uma força normativa do fático, sob a influência da teoria de Lassale (1997), para quem a constituição de um Estado é o reflexo dos fatores reais de poder nele operantes, e não simplesmente a constituição escrita¹⁷.

¹⁷ Na célebre passagem em que Lassale (1997) compara a constituição jurídica a uma folha de papel, o autor afirma: “E aqui, pois, senhores, o que é, em essência a Constituição de um país: a soma dos fatores reais de poder que se regem nesse país. [...] Se capturados esses fatores reais de poder, se estendê-los em uma folha de papel, se lhes for dada expressão escrita, e a partir deste momento,

Desse modo, na medida em que o direito e, por conseguinte, a constituição revelam o compromisso entre interesses diversos e muitas vezes opostos, constituidores da unidade estatal, as interações dessas relações interpenetram nas instituições do Estado, transformando a situação constitucional, até mesmo sem a alteração de seu texto. Para essa interação, todavia, Jellinek não fornece respostas jurídicas (PEDRA, 2009).

O caminho teórico de Jellinek (1991) acabou por refletir a prevalência do método histórico-sociológico¹⁸ em seu pensamento, pois observou, tendo em vista o seu próprio contexto, que a Constituição alemã de 1871 se sobrepôs às confederações anteriores, sem qualquer mecanismo de adaptação, o que gerava insegurança e a falta de consciência normativa da Constituição perante todo o território (URRUTIA, 2000; PEDRON, 2011). Além disso, o processo de unificação representou uma supremacia política da Prússia, após o impasse com a Áustria, de modo que a organização constitucional dos Poderes, sobretudo o Legislativo, estruturava-se de forma a manter a hegemonia prussiana no cenário estatal (URRUTIA, 1993; PEDRON, 2011).

Obviamente, essa realidade histórica levou Jellinek (1991) admitir que a situação constitucional se processa à “serviço” dos arranjos de poder, sem a possibilidade de contê-los juridicamente. As mutações constitucionais representavam mais um dos fenômenos constitucionais que o autor observou como resultado das conformações contingentes protagonizadas pelos poderes reais.

incorporados em um papel, ai já não são simples fatores reais de poder, mas se há erigido em direito, em instituições jurídicas, e quem atenta contra eles atenta contra a lei, e é castigado.” (LASSALE, 1997, p. 92). [Tradução livre de: “*He ahí, pues, lo que es, en esencia, la Constitución de un país: la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país. [...] Se cogen esos factores reales de poder, se extienden en una hola de papel, se lê da expresión escrita, e a partir de este momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores reales de poder, sino que se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas, y quien atente contra ellos atenta contra la ley, y es castigado.*”].

¹⁸ Segundo Verdú (1991, p. xlvii): “[...] seu manejo constante de dados do Direito comparado, confirmam que sua tipologia estatal é completamente avessa a uma abstração anti-histórica e irreal. O dinamismo que percebe no fenômeno estatal e no Direito lhe servirá de apoio para sua configuração da dinâmica constitucional.” [Tradução livre de: “*su manejo constante de lós datos del Derecho comparado, confirman que su tipología estatal es completamente ajena a una abstracción antihistórica e irreal. El dinamismo que percibe en el fenómeno estatal y en el Derecho le servirá de apoyo para su configuración de la dinámica constitucional.*”].

O reflexo do método histórico na ideia de mutação constitucional de Jellinek fica ainda mais claro, na medida em que o autor critica a postura do *Bundesrat*¹⁹ de não preservar a força normativa da constituição, em contraposição aos interesses das forças políticas (JELLINEK, 1991; URRUTIA, 1993; PEDRON, 2011). Critica, ainda, Laband a quem acusa de ignorar que a atuação dos órgãos estatais constantemente servia de instrumento de ruptura constitucional (JELLINEK, 1991). Logo, em contradição com suas conclusões, Jellinek (1991) intencionava afirmar a constituição jurídica como força normativa e como ordenação hierarquicamente superior às leis e atos executivos. Esse tipo de contradição é característico em autores de transição.

Não obstante, talvez pelas limitações do contexto de seu tempo, Jellinek, ao tentar superar o formalismo jurídico por meio de uma análise histórico-empírica dos processos políticos e jurídicos, além de não conseguir se livrar do primeiro, acabou se curvando à força normativa dos fatores reais (STRECK, CATTONI DE OLIVEIRA E LIMA, 2007). Isso fica evidente na obra de Jellinek (1991), quando afirma que as normas constitucionais não são capazes de vincular as forças políticas e que a constituição se curva diante dos dois poderes indestrutíveis do Estado: o governo e o povo.²⁰

O autor capta a influência temporal na compreensão jurídica, mas não consegue avançar para além do positivismo jurídico formalista (por exemplo, permanece identificando a norma jurídica no texto e separando direito e realidade) (BONAVIDES, 2004).

Nesse quadro, tanto Laband, quanto Jellinek, como anota Dias (2012), decretam a inexistência de limites à mutação constitucional, pois as forças reais estariam fora dos domínios do direito. Em última análise, esses autores não fornecem uma resposta jurídica ao arbítrio dos arranjos políticos e sociais.

¹⁹ Órgão legislativo composto por delegados dos estados federados (*Länder*) e responsável pela deliberação de leis juntamente com o *Reichstag*, câmara parlamentar eleita pelo sufrágio masculino.

²⁰ “O fato capital e inegável que ensina fortemente a história, impetuosa e progressiva, é que sobre os Parlamentos, por cima dessas artificiosas criações estatais dos tempos modernos, surgem, frente a frente, os dois únicos indestrutíveis poderes naturais do Estado: Governo e povo, aí reside a principal mudança constitucional da história atual.” (JELLINEK, 1991, p. 91). [Tradução livre de: “*El hecho capital e innegable que firmemente enseña la historia, impetuosa y progressiva, es que sobre los Parlamentos, por encima de estas creaciones artificiosas estatales de los tiempos modernos, surgem, frente a frente, los dos únicos poderes naturales indestructibles del Estado: Gobierno y pueblo, ahí subyace el capital cambio constitucional de la historia actual.*”].

Além disso, ao identificarem a mutação constitucional no rompimento entre o dever ser e o ser, a tradição de pensamento representada por Laband e Jellinek²¹ deixa, em última análise, de fornecer critérios de distinção entre mutação constitucional e quebra ou ruptura constitucional (HESSE, 1992; DIAS, 2012). Nas palavras de Dias,

[...] ao isolar o Direito Constitucional da realidade, partindo de uma separação anterior – o Direito e a Política – acaba por qualificar a mutação constitucional a partir de uma ruptura entre o dever ser constitucional (extraído do texto) e o ser constitucional (necessidade pública). Daí a ausência de diferenciação entre mutação e quebra da Constituição. (DIAS, 2012, p. 51).

Assim, as perspectivas de Laband e Jellinek acabam por esvaziar o jurídico, sujeitando-o ao fático. Esses autores ignoram a relação de cointegração (Müller) e de condicionamento recíproco (Hesse) entre norma e realidade, imprescindíveis à compreensão da força normativa da constituição. Ignoram, ainda, a experiência jurídica enquanto vivência hermenêutica, para a qual não há interpretação sem a correspondente fusão com os horizontes da realidade histórica, conforme aborda-se mais adiante.

Além disso, sobre as contribuições de Jellinek (1991), reitera-se a advertência feita por Hesse (1992) de que o fenômeno da mutação constitucional não implica necessariamente na falta de intenção ou ausência de consciência de sua realização. Para este autor, com acerto, importa é a mudança de sentido de aplicação (concretização) da norma, sem a modificação de seu texto, fato que não passará despercebido por um intérprete atento. O desenvolvimento da hermenêutica e jurisdição constitucionais nos tempos atuais inviabiliza a autonomia do critério de Jellinek. Não é raro, sobretudo em se tratando de interpretação judicial, perceber que os intérpretes têm consciência quanto às mudanças que ocorrem no sentido da constituição, sem a alteração de seu texto (DIAS, 2012).

²¹ Lembra Bonavides (2004, p170) que: “Um dos traços marcantes do positivismo jurídico-estatal, de feição formalista, esboçado por Laband, aperfeiçoado por Jellinek e conduzido às últimas consequências por Kelsen, como já observou um jurista contemporâneo, é abreviar as reflexões sobre a Constituição para reduzir a uma classificação legalista, fixada unicamente sobre o seu exame e emprego como lei técnica de organização do poder e exteriorização formal de direitos.”

2.2 A mutação constitucional no contexto da Constituição de Weimar

No período pós-unificação alemã e marcado pela Constituição de 1871, a experiência jurídica germânica era influenciada pelo método positivista formalista, conforme apresentado em Laband e Jellinek, e a constituição entendida como um instrumento de governo, sem uma noção clara de sua supremacia normativa (PEDRON, 2011). A constituição derivava sua legitimidade do Estado, não o contrário, como já se percebia na experiência americana (JACOBSON, SCHLINK, 2000).

Autores do início do século XX, diante disso, passaram a enfrentar noções de teorias tradicionais que, além de formalistas, ainda se mostravam legatárias do princípio monárquico (PEDRON, 2011). Nesse sentido, anota Jacobson e Schlink (2000) que dois marcos afetaram a teoria do estado alemã, no curso do século XX: (a) o embate de métodos jurídicos e objetivos, tendo em vista os novos desafios historicamente vivenciados; e (b) a implantação do controle de constitucionalidade feito pela Corte Constitucional.

Em tal contexto, o Estado alemão se torna uma república (a República de Weimar) com o fim da Primeira Guerra Mundial, sendo promulgada a Constituição de 1919, marcada por uma leitura antiliberal e anti-individualista (PEDRON, 2011). Diferentemente da Constituição de 1871, a Constituição de Weimar não positivou apenas a forma de organização do Estado, mas promulgou um catálogo de direitos fundamentais, com uma novidade: os direitos sociais (CALDWELL, 1997; URRUTIA, 2000). Não por coincidência, aquela Constituição assentou que sua fundamentação estava radicada na soberania popular. Além disso, o controle de constitucionalidade pelo Judiciário foi outra inovação da Constituição de 1919 que modificou o cenário jurídico alemão. Esse novo cenário ampliou o campo de problematização da teoria do estado e do próprio direito (PEDRON, 2011).

Essa ampliação do âmbito de abordagem constitucional, coincidente com a assimilação do paradigma do Estado Social, evidencia o que foi o processo de

deliberação constituinte, que se revelou num compromisso de diversas forças e grupos políticos (PEDRON, 2011).

Tal contexto impulsionou a necessidade de se dar novos contornos à relação entre direito e política. O distanciamento míope característico do período anterior não mais se demonstrava satisfatório. Urgia-se por teorizações sobre possíveis e, até necessárias, interconexões entre direito e política (e realidade) (PEDRON, 2011).

Assim, no campo teórico, lembra Pedron (2011), o dogmatismo racional-formalista de Kelsen passa a ser confrontado pelas teorias de Schmitt, Smend, Heller, dentre outros, revelando possibilidades jurídicas ignoradas anteriormente.

Essas possibilidades produziram reflexões na formulação teórica sobre a mutação constitucional. Nesse sentido, seguindo o recorte proposto, são analisadas as teses de Smend, Dau-Lin e Heller, acerca do tema, de modo a refletir sobre suas contribuições e deficiências, em vista do objetivo deste trabalho.

2.2.1 Teorias da integração: Rudolf Smend e Hsü Dau-Lin

Como reação à perspectiva formalista, as teses da integração defendem uma relação entre dinâmica política e constituição jurídica em termos integrados, e não isolados. Seus principais expoentes, dedicados ao estudo, sobretudo, da Constituição de Weimar, são Rudolf Smend e seu discípulo Hsü Dau-Lin (DIAS, 2012).

Para Smend (1985), o objeto da teoria do estado e do direito constitucional é o Estado enquanto parte da realidade espiritual de uma sociedade, o qual, como toda forma espiritual coletiva, não constitui algo estático, mas se caracteriza como um processo de realização funcional de reprodução. Com as palavras de Smend (1985, p. 62), o Estado se revela “[...] um contínuo processo de laboriosa configuração social (que pode ser valorado indistintamente como progresso ou como deformação).”²²

Assim, segundo Smend (1985), o Estado se desenvolve nesse processo de contínua configuração e renovação social, o qual o autor considera como o núcleo

²² Tradução livre de: “[...] *un continuo proceso de laboriosa configuración social (que puede ser valorado indistintamente como progreso o como deformación).*”

essencial de sua dinâmica. A esse processo, Smend (1985) dá o nome de integração. A integração, portanto, entre as formas espirituais criadoras do Estado e as demais conformações na sociedade, formam o núcleo da dinâmica deste Estado (DIAS, 2012).

Para o autor, a constituição, enquanto ordenação jurídica do Estado, é a ordenação da dinâmica vital em que se desenvolve a vida do Estado, isto é, o processo de sua integração (SMEND, 1985). Nesse sentido, segundo Smend (1985), se o processo de integração tem por finalidade a perpétua reimplantação da realidade do Estado, a constituição é a modelagem²³ normativa de aspectos desse processo.

Diante disso, ao olhar para a questão das mutações constitucionais, Smend (1985), embora reconheça que o problema tangencia a relação entre constituição jurídica (direito positivo) e realidade, critica a abordagem representada por Jellinek, afirmando que a alternativa levantada pelo referido autor sugere uma duvidosa força normativa do fático e uma difusa contraposição ou paralelismo entre a constituição escrita e as forças sociais. Smend (1985), por isso, afirma que Jellinek sequer chegou a expor uma teoria que fosse jurídica.

Partindo dessa crítica, Smend (1985) expõe seu pensamento, abandonando uma dicotomia separatista entre direito e realidade. Afirma o autor, nesse sentido, que o problema da relação entre *ser* e *dever ser* ou entre o que ele chama de o inteligível *versus* a realidade viva, é um problema genérico das ciências do espírito, e que sua percepção não fora adequadamente apreendida. Além disso, afirma que tal questão não pode ser apreendida apenas como uma questão relativa à teoria das fontes jurídicas, como propôs Jellinek (1991), ao se referir às forças sociais modificativas da constituição, como fontes extraordinárias do direito constitucional (SMEND, 1985).

²³ Na edição espanhola ora utilizada, o termo empregado é “*plasmación*”. Segundo Smend (1985, p. 132): “A Constituição é a ordenação jurídico do Estado, melhor dito, da dinâmica vital em que se desenvolve a vida do Estado, é dizer, de seu processo de integração. A finalidade deste processo é a perpétua reimplantação da realidade total do Estado: e a Constituição é a modelagem legal ou normativa de aspectos determinados deste processo.” [Tradução livre de: “*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 plamación legal o normativa de aspectos determinados de este proceso.*”]

O problema da relação (aparentemente conflituosa) entre constituição e realidade, afirma Smend (1985), está em entender a específica natureza do Estado, enquanto objeto de ordenação jurídica por meio de sua própria constituição.

Na perspectiva subjacente a este estudo, significa dizer que a questão passa por entender a natureza do processo de compreensão das normas jurídicas e, por conseguinte, da constituição, não como um caminho que se dá de forma separada, mas, ao contrário, de forma cointegrante ou, ainda, como resultado de uma tensão constituidora do mesmo acontecer cognitivo.

Smend (1985) afirma ser necessário não se olvidar que toda realidade espiritual contém ao mesmo tempo, por um lado, um elemento orgânico e vital e, por outro, uma estrutura inteligível ou ideal dotada de características imanentes e atemporais. Segundo o autor, qualquer ciência do espírito que atente unicamente para um elemento organicista e vital [diga-se: contingente] ou que, pelo contrário, se ocupe apenas de aspectos atemporais ou ideais, não chegará a captar a natureza de seu objeto. Faz-se necessário considerar o objeto em toda a sua ambivalência, enquanto estrutura orgânica e ideal, a partir de um pensamento que abarque ambas as dimensões (SMEND, 1985). E, dessa forma, tendo em vista o problema colocado, para Smend (1985, p. 131-132), “[...] o que se levanta é a unidade da Constituição do Estado como sistema ideal e inteligível, para cuja compreensão se faz necessária a inclusão daquelas ‘forças sociais’ junto ao próprio texto constitucional escrito”.²⁴

Assim, para Smend (1985), constituição é norma, mas também realidade; constituição é realidade integradora permanente e contínua, realizada no decorrer da história. E, nesse contexto, uma vez que a constituição, em sua função integradora, não consegue e nem deve abarcar o dinamismo da vida política, abre-se a oportunidade para que os próprios impulsos e motivações políticas da comunidade cuidem de fazer a sua atualização, por meio de interpretações extensivas e flexíveis (SMEND, 1985).

Na concepção de Smend (1985), é próprio e característico das normas constitucionais a elasticidade e uma enorme capacidade autotransformadora e supletiva de suas próprias lacunas. Essas qualidades são inerentes à função integradora

²⁴ Tradução livre de: “[...] lo que se plantea es la unidad de la Constitución del Estado como sistema ideal e inteligible, para cuya comprensión se hace necesaria la inclusión de aquellas ‘fuerzas sociales’ junto al propio texto constitucional escrito”.

do ordenamento constitucional. Uma vez que a constituição é a ordenação jurídica do processo de integração da realidade à vida do Estado, está pressuposto a absorção de mudanças, que se fazem tanto por sistemas normatizados (poder de reforma), quanto por procedimentos não normatizados, como a interpretação. E, diante dessa conclusão, Smend (1985) enxerga uma distinção entre o que seria uma interpretação integradora, com características extensivas e flexíveis, e as demais formas de interpretação jurídica. Na manifestação integradora, via processos interpretativos (não exclusivos, obviamente, da jurisdição), surgiriam os processos informais de mudança da constituição aqui estudados.

A teoria da integração, desse modo, radica as mutações constitucionais em três dilemas do direito constitucional, como lembra Hesse (1998) e resume Dias (2012): (a) incompletude e elasticidade das normas constitucionais; (b) peculiaridades do Estado como objeto de ordenação da constitucional; e (c) a limitação da eficácia constitucional em virtude da ausência de um poder superior que garanta sua permanência.

Quanto aos possíveis limites a esses processos informais de mudança da constituição em Smend (1985), embora ele não tenha tocado no assunto de forma específica, pode se supor que o autor se aproxima daqueles que consideram como limite a própria constituição jurídica escrita. Essa percepção pode ser defendida, primeiro, porque, em Smend (1985), fica subentendido que os processos de mutação constitucional são decorrentes da integração via interpretação (flexível e extensiva) da constituição; e segundo, porque, em nenhum momento, o autor admite a ideia de uma suposta força normativa do fático ou deixa de considerar o caráter normativo da constituição jurídica e sua capacidade de inspirar ou estimular a vida política.

No entanto, ao tratar do tema das mutações constitucionais, tem de se admitir que Smend (1985) não foi muito além de seus predecessores (Laband e Jellinek), quando o assunto é a elaboração de limites ao fenômeno, embora tenha superado a visão formalista de constituição. Essa percepção fica clara, quando o autor afirma que a finalidade integradora das normas constitucionais, que depende da ação conjunta de todos os impulsos e motivações políticas, pode, em certas ocasiões, realizar-se fora dos canais constitucionais. E, mesmo com o transbordamento dos canais constitucionais,

Smend (1985) afirma que nestes casos a função integradora se realizaria de forma mais plena e fiel ao sentido da constituição, do que a hipótese de regulação exaustiva e apegada ao texto constitucional.²⁵ Essa afirmação merece cautela, pois, a despeito de se reconhecer a preocupação do autor com a legitimidade social da atualização constitucional, essa legitimidade não pode ser afirmada em sacrifício dos limites de compreensão da constituição jurídica, conclusão que é elemento essencial do direito, em nome da segurança contra o arbítrio e, como tal, manifestação também da realidade.

Hsü Dau-Lin, por sua vez, dedicou trabalho específico ao tema das mutações constitucionais, sendo o principal nome que buscou sistematizar uma teoria da mutação constitucional (URRUTIA, 2000; PEDRON, 2011). Embora seja herdeiro do espírito teórico de Smend, pode se afirmar que algumas de suas conclusões, no entanto, acabaram se afastando de percepções importantes de seu mestre (DIAS, 2012).

Para Dau-Lin, o sentido global da constituição está em incorporar as necessidades políticas e as configurações sociais do Estado. Assim, seguindo a linha de Smend (1985), entende que as mutações constitucionais são decorrentes da própria função integradora da constituição jurídica, uma vez que esta refletiria as referidas necessidades e configurações estatais.

Destaca-se que o autor identificava a mutação constitucional como um fenômeno exclusivo das constituições formais e rígidas, pois um Estado sem um documento formal, como é o caso britânico, gozaria, em sua opinião, de identidade entre realidade e normatividade²⁶ (PEDRON, 2011; DIAS, 2012).

²⁵ Segundo Smend: “Nestes casos, a função integradora, característica tanto da natureza essencialmente valorativa do espírito, como das próprias normas constitucionais, realiza-se, apesar dessas aparentes divergências, de um modo mais pleno, além de ser assim mais fiel ao genuíno sentido da Constituição, do que através de uma regulação exaustiva e apegada ao texto constitucional, mas que, em última análise, não é senão um mostra de uma escassa vida constitucional. (SMEND, 1985, p. 133). [Tradução livre de: “*En estos casos, la función integradora, característica tanto de la naturaleza esencialmente valorativa del espíritu, como de las propias normas constitucionales, se realiza, a pesar de estas aparentes divergencias, de un modo más pleno, alén de ser así más fiel el genuíno sentido de la Constitución que a través de una regulación exhaustiva y pegada al texto constitucional, pero que a la postre no es sino muestra de una escasa vida constitucional.*”]

²⁶ Aqui se vê as limitações das conclusões teóricas de Dau-lin, como se todo o problema (direito x realidade) se resumisse na dicotomia entre constituições rígidas x não rígidas. Entre outras confusões, ele ignora, em suma, que a rigidez ou não de uma constituição tem a ver com o instituto da reforma

Curiosamente, a despeito disso, aparecem duas claras contradições na tese de Dau-lin. Primeiro, mesmo partindo de uma leitura smendiana de constituição – integração entre direito constitucional e realidade –, o autor aponta que a mutação constitucional decorreria da incongruência entre esses dois elementos, isto é, de uma contraposição entre as normas jurídicas escritas e a situação jurídica real (PEDRON, 2011; DIAS, 2012), o que sugere, no entanto, uma aproximação à miopia das concepções separatistas. E, segundo, tendo em vista essa primeira contradição, Dau-lin afirma, ainda assim, que as mutações constitucionais são instrumentos para a manutenção da unidade do Estado e do próprio aspecto evolutivo de sua realidade vital (URRUTIA, 2000). Permitindo-se uma metáfora, “seria como se o autor tivesse partido de Smend, mas, ao final, atracado no formalismo de Laband e Jellinek.”

A conjugação da ideia de mutação como decorrência da oposição entre direito e situação real com o entendimento de que, ao mesmo tempo, seriam instrumentos de manutenção da unidade do Estado, leva Dau-lin a ser enfático em admitir a alteração do conteúdo das normas constitucionais, mesmo quando a essência modificada é contrária ao texto da norma. Isso se justificaria, pois, conforme reporta Dias (2012), para Dau-lin, a constituição jurídica deveria ceder, não em razão da força da faticidade unicamente considerada, mas em virtude do atendimento das necessidades vitais do Estado. E a incorporação dessas necessidades, como dito acima, seria o sentido global da constituição.

Logo, se a mutação constitucional é desencadeada pela intencionalidade da própria consituição, que tem seu sentido, segundo Dau-Lin, na incorporação das necessidades políticas, mesmo que estas indiquem mudanças contraditórias ao texto constitucional, não significa, conforme escreve Dias,

[...] quebra da Constituição, mas direito. É direito, ainda que seja divergente do texto constitucional e não possa ser compreendido por meio de conceitos e construções jurídicas formais. O seu funcionamento se encontra na singularidade valorativa do direito constitucional, na chamada ‘necessidade política’, como expressão da vitalidade inerente ao próprio desenvolvimento do Estado.” (DIAS, 2012, p. 54).

constitucional. A mutação constitucional, enquanto processo hermenêutico, na linha defendida neste trabalho, ocorre em ambas as tradições (constituições rígidas e não rígidas).

Esse ponto de vista se evidencia na sistematização de Dau-Lin sobre as quatro formas possíveis de mutação constitucional, que seriam: (a) mutação constitucional pela prática que não vulnera formalmente a constituição escrita; (b) mutação constitucional por impossibilidade do exercício de certa atribuição contida na constituição; (c) mutação constitucional em razão da prática contrária à constituição; e (d) mutação constitucional mediante interpretação constitucional (URRUTIA, 2000; DIAS, 2012).

Vê-se, assim, que Dau-Lin não hesita em admitir como fonte de mutações constitucionais legítimas a pressão das necessidades políticas e reais, mesmo que contrárias às normas plasmadas na constituição. Essa perspectiva radical do autor, não obstante surgir da busca de uma fundamentação para além do formalismo, acaba por fazê-lo ao arrepio da necessidade de qualquer coerência jurídica, elegendo as necessidades vitais do Estado ao *status* de justificativa imune a qualquer condicionamento normativo.

Dau-Lin olvida, todavia, que a constituição é, também, força conformadora dessas necessidades vitais do Estado. Na tensão, não separação, entre direito e realidade, a constituição é conformada pelas necessidades políticas, mas, ao mesmo tempo, é fator que dá forma a essas mesmas necessidades.

Nesse sentido, Dau-Lin (1998) perde a oportunidade de avançar na fundamentação integracionista iniciada por seu mestre e deixa sem solução a questão dos limites às mutações constitucionais. Conforme resume Dias (2012), conclusões semelhantes a de Dau-Lin, das quais também foram sigatários Laband e Jellinek, deixam

[...] um caminho aberto para que, por essa via, sejam introduzidas quaisquer alterações na Constituição – toda mudança na vida do Estado a justificaria – ainda quando afrontosa ao texto constitucional. Se toda necessidade política é direito, a teoria padece da ausência de imposição de limites ao conceito de mutação. Nesse sentido, Dau-Lin afirma que “*puede la legislación ordinaria transformar un precepto constitucional cuando una ley vigente contradice la Constitución*”. (DIAS, 2012, p. 56).

Como pontua Hesse (1998), com quem se faz coro, o mérito dos autores da teoria da integração foi se preocupar com o desenvolvimento de uma fundamentação

jurídico-constitucional da mutação constitucional. Com acerto, a mutação constitucional, sobretudo como defendido por Smend (1985), passa a ser vista como integrante da própria dinâmica da constituição (URRUTIA, 2000; DIAS, 2012). No entanto, tais teorias apenas em parte lançaram bases para uma compreensão adequada do fenômeno e ofereceram pouca ou quase nenhuma contribuição para o problema de seus limites.

2.3 Contribuições de Hermann Heller: conexão entre normalidade e normatividade e os princípios jurídicos

Hermann Heller também elabora seus estudos no contexto da Constituição de Weimar e, semelhante a Rudolf Smend, trabalha com a ideia de conexão entre realidade social e normatividade. No entanto, conforme esclarece Dias (2012), diferencia-se da teoria da integração por dois pontos: (a) delimita com maior rigor a realidade social lançando mão do conceito de normalidade, em contraposição à expressão “necessidades vitais do Estado”; e (b) desenvolve a noção acerca da importância dos princípios jurídicos no processo de assimilação da realidade pelo direito constitucional.

Segundo o autor, a constituição de um Estado é a forma de sua organização, que se revela na ação concreta de harmonizar, formalmente, a cooperação dos indivíduos e grupos que participam dessa unidade²⁷ (HELLER, 1968). Nesse sentido, para Heller (1968, p. 295-296), “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.”

²⁷ Heller (1968), em parte, aproxima-se expressamente da noção de constituição de Lassalle (1997). Segundo afirma: “Ao adquirir a realidade social ordenação e forma de uma maneira especial, é quando o Estado aparece na sua existência e modo concretos. Desta constituição ‘real’ que todo o país possuiu em todo o tempo, disse Lassalle na sua conhecida conferência *Über Verfassungswesen* (1862), que não é a constituição escrita ou a folha de papel, mas as relações reais de poder que se dão em um país [...]”. (HELLER, 1968, p. 295).

Assim, sendo a constituição de um Estado a forma de organização da cooperação de indivíduos e grupos de uma unidade social, Heller (1968) afirma que o conhecimento do Estado e do Direito não pode perder de vista o caráter dinâmico de seu objeto. Segundo o autor, a cooperação desses indivíduos e grupos conformadores da organização do Estado encontra-se em constante movimento e muda a cada momento (HELLER, 1968). Complementa Heller que:

Toda organização humana perdura enquanto constantemente renasce. A sua realidade atual consiste na efetividade presente da conduta dos membros ordenada para a ação unitária. A sua realidade potencial tem a sua expressão na probabilidade relativamente previsível de que a cooperação entre os seus membros torne a produzir-se de modo semelhante no futuro. (HELLER, 1968, p. 295).

A partir dessa dialética – realidade atual e realidade potencial –, Heller (1968) afirma existir, dentro do que chama de constituição estatal e de constituição política total, a constituição “não normada” e a “normada” e, inserido nesta, a constituição “normada” extrajudicialmente (princípios constitucionais) e a que o é juridicamente.

Heller (1968) denomina a constituição não “normada” de normalidade e a constituição normada de normatividade. A normatividade é a normalidade “normada”. A normalidade é o elemento dinâmico, o ser, e a normatividade é o elemento estático ou o dever ser. Para o autor, assim como não se pode separar, completamente, o dinâmico do estático, tampouco se pode separar a normalidade da normatividade. Heller (1968), com mérito, reconhece a relação complementar e dialeticamente condicionada entre ser e dever (normalidade e normatividade). Concebe que não apenas a normalidade cria a normatividade, mas também a normatividade da forma à normalidade. Segundo Heller,

[...] 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 do uso, desempenham o seu papel peculiar a função diretora e a preceptiva, que têm caráter autônomo e **que, com frequência, decidem contra o tradicional.**” (HELLER, 1968, p. 298, grifos nossos).

Heller (1968), portanto, reforça o caráter normativo da constituição, criticando posições como as de Jellinek, em relação ao qual afirma que sua ideia de força normativa do fático está ligada ao pensamento romântico de espírito do povo, noção que estaria totalmente afastada da realidade; e de Carl Schmitt que, segundo o autor, subestima a normatividade ao exaltar a existencialidade, ao conceber a constituição não como norma, mas como decisão.

Não obstante, o problema especial, afirma Heller (1968), é determinar como se poderia harmonizar a permanência das normas diante da mudança constante da realidade social. Se normatividade e normalidade se complementam, o problema é como harmonizá-las frente às transformações inerentes à normalidade.

O autor, diante desse dilema, retorna à ideia de complementaridade recíproca entre ser e dever ser e afirma que a constituição normada não consiste de modo exclusivo de preceitos jurídicos autorizados pelo Estado (em contraposição a Laband), mas que também se constitui de elementos não normados e de preceitos normados, porém extrajurídicos, segundo sua nomenclatura (HELLER, 1968). Assim, Heller (1968) entende que o mundo circundante com o qual ou frente o qual a constituição normada forma o seu todo, bem como as normatividades não jurídicas, determinam, de modo constante, o conteúdo e a individualidade da constituição jurídica.²⁸

Em Heller (1968), desse modo, a própria relação recíproca e cointegrante entre normalidade e normatividade faz com que se produzam ou se harmonizem novas conformações das normas constitucionais. E, além disso, os elementos normativos não jurídicos têm especial importância nesse processo, pois permitem a penetração da normalidade social na normatividade estatal. Estes elementos são, para o autor, os princípios éticos do Direito, que, aplicados à constituição, constituem os princípios constitucionais.

²⁸ Segundo Heller (1968, p. 302): “A Constituição normada juridicamente não consiste nunca de modo exclusivo em preceitos jurídicos autorizados pelo Estado mas que, para sua validade, precisa sempre ser complementada pelos elementos constitucionais não normados e por aqueles normados porém não jurídicos. [...] Aquilo que Schindler (p. 3) chama de ambiente, o meio cultural e natural, as normalidades antropológicas, geográficas, etnográficas, econômicas e sociais, assim como as normatividades não jurídicas, aquela parte do mundo circundante com a qual ou frente à qual a Constituição normada juridicamente deve formar um todo, é o que, em primeiro lugar, determina o seu conteúdo e a sua individualidade.”

Como resultado desses processos de harmonização da normalidade e da normatividade é que surgem, na obra de Heller (1968), as mutações constitucionais. Assim como as transformações da realidade social podem levar a mudanças formais do texto constitucional, elas podem, também, desencadear novas leituras da constituição ao longo do tempo, sem a alteração de sua letra.

Nesse sentido, segundo Urrutia (2000), a partir do espectro conceitual de Heller (1968), as normas constitucionais podem sofrer mutações de duas formas: (a) pela alteração do conteúdo dos elementos normados, porém não jurídicos (princípios jurídicos), ou (b) como resultado de mutações indicadas pela superação dos elementos normados pela normalidade social.

Heller (1968) se refere a esses elementos normados, porém extrajurídicos, como sendo os princípios éticos do direito, diferenciando-os dos princípios lógicos, que resultam, segundo o autor, da indução de preceitos jurídicos e decisões judiciais, apreendidos por mera abstração.

Segundo o autor, tais princípios são obtidos no ordenamento jurídico, inclusive na constituição, daí se falar em princípios constitucionais, na medida em que o legislador se refere a eles de duas maneiras: de modo material, formulando o seu conteúdo²⁹, ou de modo formal, indicando-os enquanto cláusulas gerais de ordenação³⁰ (HELLER, 1968).

Assim, para Heller (1968), esses princípios se caracterizam não como normas imediatas para a decisão judicial, em virtude do seu baixo grau de concreção, mas como imprescindíveis normas de ordenação social e regras interpretativas para a decisão do aplicador constitucional. Nesse sentido, o autor entende que, por serem os princípios jurídicos expressão da estrutura social no âmbito da ordenação jurídica, não se poderia aplicar a maioria dos preceitos positivos do direito constitucional, sem o apelo a tais princípios, pois,

²⁹ Heller (1968, p. 303) afirma que: “[...] as listas de direitos fundamentais da maior parte das constituições escritas referem-se, com caráter material, a princípios éticos do Direito.”

³⁰ Segundo Heller (1968, p. 303): “O legislador realiza uma remissão formal aos princípios jurídicos que imperam na sociedade quando, sem formular o conteúdo dos mesmos, se refere simplesmente aos bons costumes, à boa fé, aos usos do comércio ou à equidade.”

Se se prescindir da normalidade social positivamente valorada, a Constituição, como mera formação normativa de sentido, diz sempre muito pouco. A maioria de seus preceitos jurídicos e, sobretudo, os mais importantes, adquirem unicamente um sentido praticável quando se põem em relação como os princípios jurídicos que são expressão da estrutura social. (HELLER, 1968, p. 304).

E, ainda, segundo Heller (1968), é justamente o referido caráter indeterminado dos princípios jurídicos, que os capacita a desempenharem uma função perpétua na constituição – a de harmonizar a permanência da norma com a transformação ininterrupta da realidade social.³¹ Nesse contexto, os princípios jurídicos permitem que os processos interpretativos e, como sua consequência, as mutações constitucionais promovam a evolução do sentido das normas de direito constitucional, harmonizando e complementando a constituição. Com as palavras do autor,

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. (HELLER, 1968, p. 305).

Heller (1968), assim, erige os princípios como elementos viabilizadores de processos informais de mudança da constituição, isto é, de mutações constitucionais. Como resume Dias (2012), em Heller, parte da tensão entre normalidade e normatividade é resolvida com o recurso dos princípios, que atuam como receptores da realidade social na constituição, sem causar rompimento aparente no sistema.

Nesse sentido, ao enxergar os princípios como normas que expressam a estrutura social e, assim, como elementos centrais para o desenvolvimento constitucional, Heller (1968) se aproxima, embora sem maior fundamentação, do que se defende neste trabalho: o de serem as mutações constitucionais resultado de um processo histórico-hermenêutico, que se opera em relação à constituição, e que se caracteriza pela mudança no interior da norma, em razão do caráter cointegrante entre norma e realidade.

³¹ Afirma Heller (1968, p. 304-306): “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.”

Tal aproximação fica evidente no paralelismo com a locução de Muller (2005) sobre a existência de âmbitos normativos gerados pelo próprio direito (prazos processuais, etc.) e âmbitos normativos gerados tanto pelo direito quanto por elementos de ordem extrajurídica, em maior ou menor grau, que são a maioria dos casos.

Exemplo de âmbito normativo gerado pelo próprio direito são as prescrições referentes a prazos, datas, regras processuais e institucionais. Por outro lado, por exemplo, os princípios fundamentais previstos no art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil 1988 (CR/88) ou os direitos e garantias sociais do seu art. 7º apresentam conteúdo essencialmente não gerado pelo direito. E isso é um dos motivos da alta mutabilidade do conteúdo das normas constitucionais como os direitos fundamentais e os imperativos principiológicos³² (MÜLLER, 2010).

Heller (1968) tem o mérito não apenas de afirmar o caráter condicionante da normatividade constitucional, mas também de afirmar os princípios constitucionais como normas. Embora ainda que em certos momentos o faça de forma tímida, por exemplo, ao negar que os princípios seriam normas de aplicação imediata na decisão judicial (o que já demonstra uma das limitações de seu pensamento), Heller (1968), de fato, refere-se aos princípios como elementos normativos, porém não extrajurídicos, ou como normalidade social positivamente valorada, imprescindíveis para aplicação da constituição. Pode se afirmar que o autor foi um dos primeiros estudiosos do início do século XX, a iniciar a escalada de tirar os princípios da posição, até então, periférica no ordenamento jurídico³³ e aproximá-los de sua real centralidade, não apenas reconhecendo sua função interpretativa e integradora, mas também normativa.

³² Essa sistematização de Müller (2010; 2012), até mesmo fazendo uma interpretação sistemática de sua obra e pressupostos, deve ser entendida nos seguintes termos: ao falar em âmbitos normativos formados inteiramente pelo direito, o autor se refere àquelas convenções jurídicas “ficcionalis” como prazos processuais, etc; e ao dizer âmbitos normativos formados por elementos não jurídicos, o faz em contraponto com a primeira ideia, exprimindo âmbitos que remetem ao recorte direto de dados reais (direito à vida, liberdade de expressão, etc.). Não significa que o primeiro grupo de âmbitos normativos não seja coconstituído na e pela realidade, mas, pelo contrário, e a experiência jurídica é prova disso. Entretanto, em Heller (1968) falta essa fundamentação (ou ressalva), evidenciando um ponto contraditório de sua teoria, conforme comentado adiante no texto.

³³ Segundo resume Bonavides (2004), o desenvolvimento até a juridicidade dos princípios passa por três fases. A primeira é a fase jusnaturalista, na qual os princípios tinham valor ético e não jurídico, com caráter abstrato e função meramente inspiradora de postulados de justiça. A segunda fase é do positivismo, em que os princípios já entram nos códigos jurídicos, mas com função normativa

Entretanto, conforme precisa crítica de Hesse (1992), a noção de Heller acerca do papel dos princípios jurídicos e sua relação coconstitutiva com a normalidade social não oferece explicações suficientes para os processos de mutação constitucional. Nos escritos de Heller (1968), percebe-se que normalidade social e normatividade ainda se revelam com um “quê” de dualismo, o que fica evidente ao se trabalhar os princípios mencionando-os a partir de categorias como preceitos “normados”, porém extrajurídicos. Como se demonstra adiante, nos trilhos da hermenêutica filosófica não faz sentido sustentar tal noção, pois qualquer preceito jurídico (principiológico ou não) é forjado ontologicamente na experiência real – não existe essa dicotomia: jurídico x extrajurídico.

O autor também não esclarece de que maneira um elemento se incorpora ao outro (normalidade/normatividade), quando se parte do pressuposto de complemento mútuo (HESSE, 1992). Esse tipo de fundamentação é a mesma que carece aos autores da integração (Smend e Dau-lin). Ademais, na obra de Heller, os limites impostos pela normatividade se revelam genéricos, sem parâmetros detalhados, e, tampouco, o autor oferece pontos de apoio para sua concretização, conforme anota Hesse (1992).

Não é por coincidência que Heller é condescendente com a ocorrência de transformações constitucionais pela superação da normalidade social em relação à normatividade, de modo que, como anota Dias (2012), a teoria do autor acaba, também, por abrir a possibilidade para mutações *contra constitutionem*.

Heller (1968, p. 306) admite que, “[...] com bastante frequência, o uso social, a realidade social não normada ou normada extrajuridicamente, revela-se mais forte que a normação estatal.” E, rendendo-se à força normativa do fático, sentencia que “[...] em última instância, sempre veremos confirmar-se a tese de que a Constituição real consiste nas relações reais de poder.” (HELLER, 1968, p. 306). Contraditoriamente, neste ponto, o autor parece ter “jogado à baixo” toda a linha de raciocínio construída em torno da normatividade da constituição, abrindo mão de uma explicação jurídica

subsidiária e supletiva. E, por fim, a terceira fase é a do pós-positivismo, em relação a qual pode-se dizer que Heller se coloca como um autor de transição, em que os princípios são erigidos a normas centrais e encarados como pedestal normativo, sobre o qual se assenta todo o edifício do ordenamento jurídico constitucional.

para a pressão das forças fáticas em constante mudança, como fizeram seus antecessores (*e.g.* Laband e Jellinek).

Heller (1968), assim, não obstante tenha dedicado contribuições importantes para o tema³⁴, não forneceu maior fundamentação para o fenômeno das mutações constitucionais e para a elaboração de seus limites. O caminho para a complementação dessas lacunas, acredita-se, é indicado adiante, pela via da hermenêutica filosófica e com subsídio da teoria estruturante do direito.

³⁴ Hesse (1992) entende que das tradições teóricas estudadas até aqui (Laband e Jellinek, Smend e Dau-Lin e Heller), Heller foi quem mais se aproximou de uma proposta para se fixar parâmetros à mutação constitucional.

3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO MARCO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E DA TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO

3.1 As contribuições de Schleiermacher, Dilthey e Heidegger

A hermenêutica³⁵ desenvolveu-se, tomando como ponto de partida o seu estudo na tradição científica da modernidade³⁶, por dois caminhos, o teológico e o filológico (campo em que se situava a interpretação dos textos jurídicos), estimulados pela busca da compreensão das Sagradas Escrituras no movimento reformista e pelo redescobrimento da literatura clássica em razão da ruptura com a Idade Média (GADAMER, 1999; 2002).

Esse movimento foi percebido, por exemplo, nas teses de Martinho Lutero, para quem as Sagradas Escrituras deveriam ser interpretadas a partir delas mesmas (*sui ipsius interpretes*), sem a necessidade de qualquer intermediação, pois sua literalidade possuía um sentido unívoco (GADAMER, 1999).

Lutero, não por coincidência, teve como um dos pontos-chave de sua doutrina a defesa da investigação direta e universal das escrituras, em detrimento do monopólio interpretativo da Igreja Católica. Defendeu, por isso, a tradução do texto bíblico para o alemão, uma vez que as missas e a leitura do texto sagrado eram proferidas apenas em latim – reforçando a exclusividade da interpretação clérica (PEREIRA, 2001; PEDRON, 2011).

³⁵ A palavra hermenêutica abarcou diversos níveis de reflexão ao longo da história, porém, sob um perspectiva genérica, derivada da palavra grega *hermenèuein*, possuía o significado relacionado à arte do anúncio, da tradução, da explicação e interpretação, incluindo, naturalmente, a arte da compreensão, que lhe serve de fundamento, exigida quando o sentido de algo se apresentava obscuro e duvidoso, necessitando ser traduzido para uma linguagem acessível (GADAMER, 2002; TRINDADE, 2006). Uma origem remota da palavra é remetida a Hermes, mensageiro divino, incumbido de transmitir a mensagem dos deuses aos mortais. Ao desempenhar sua tarefa, Hermes se tornou poderoso, pois nunca se soube as palavras dos deuses, mas apenas o que aquele disse acerca do que os deuses teriam dito (GADAMER, 2002; STRECK, 2006). Daí Streck (2006) afirmar que na metáfora de Hermes se localiza toda a complexidade do problema hermenêutico.

³⁶ Conforme Gadamer (2002, p. 113): “Quando hoje falamos de ‘hermenêutica’, encontramos-nos situados, bem ao contrário, na tradição científica da modernidade. O uso moderno da palavra ‘hermenêutica’ principia exatamente aí, quer dizer, com o surgimento do conceito moderno de método e de ciência. Não apenas possuímos a arte da interpretação como também podemos justificá-la.”

Foi essa propagação à interpretação direta da Bíblia e a busca pela compreensão literal dos clássicos no âmbito humanista que despertaram o problema de como ler e interpretar o sentido correto dos textos (PEREIRA, 2001; TRINDADE, 2006).

A hermenêutica, nesse cenário, foi elaborada como a doutrina dedicada à interpretação correta do sentido original dos textos (bíblicos, literários, jurídicos, etc.), o qual era buscado na própria literalidade das obras.³⁷ Nesse período, era encarada como uma doutrina acessória à arte da compreensão, servindo-a, assim como a retórica servia à arte da fala³⁸ (GADAMER, 1999).

Foi com o surgimento do movimento romântico europeu no final do século XVIII e início do século XIX, que a hermenêutica passou a ser pensada em novos rumos, em especial, a partir do esforço intelectual de Schleiermacher, que iniciou a busca por uma fundamentação teórica do processo de compreensão comum a teólogos, filólogos e juristas (GADAMER, 1999; FERNANDES, 2013). O autor dedicou-se, em outras palavras, à proposta de pensar condições de possibilidade da compreensão humana, nos moldes de uma hermenêutica universal (GADAMER, 1999; PALMER, 1999).

Schleiermacher (2012), nesse sentido, introduz a ideia de universalização do mal entendido. A dificuldade de compreensão não é apanágio de apenas um ramo do saber, mas alcança a universalidade dos discursos. E, segundo o autor, são nesses momentos, nos quais o intérprete se coloca diante de uma situação inesperada e com um sentido não revelado, que a hermenêutica entra em curso para reestabelecer o acordo entre o leitor e a interpretação do texto da obra³⁹ (GADAMER, 1999).

³⁷ Uma das razões estava na própria natureza dos textos, que não proporcionava a possibilidade de perguntar para o autor o sentido de sua obra ou buscar pela sua intencionalidade, tendo o intérprete apenas os textos em mãos, que, assim, se apresentam como limite e possibilidade de compreensão (PEDRON, 2011).

³⁸ Gadamer (1999, p. 279) anota que, desde a filologia antiga, as reflexões teóricas acerca da arte da compreensão têm o caráter de “[...] ‘doutrina da arte’, isto é, pretendem servir à arte da compreensão do mesmo modo que a retórica serve à arte de falar e a poética à arte de compor e a seu julgamento. Nesse sentido também a hermenêutica teológica da patrística e da Reforma foi uma doutrina da arte.” A partir de Schleiermacher, todavia, continua Gadamer (1999, p. 280), é que “[...] a compreensão como tal que se converteu em uma tarefa num sentido novo, e que com isso também a reflexão teórica recebe um novo sentido.”

³⁹ “Eu estou inteiramente de acordo em encerrar a tarefa hermenêutica entre esses dois pontos, porém, confesso também que quero reivindicar para ela este domínio em sua totalidade e dizer que, em todo

O autor, então, desenvolve sua teoria sobre o pressuposto de que esse acordo e, conseqüentemente, o processo de compreensão, dão-se na busca pela reprodução das ideias originárias do autor da obra, por meio de uma congenialidade dos espíritos do intérprete e deste mesmo autor (GADAMER, 2002). Para Schleiermacher (2012, p. 30-31), nesse sentido, a “[...] hermenêutica é a arte de descobrir os pensamentos de um autor, de um ponto de vista necessário, a partir de sua exposição.”

Para Schleiermacher, compreender significava entender-se uns com os outros, sendo resultado da pergunta sobre como determinado criador chegou ao sentido comunicado na obra; dessa forma, o autor entendia que o compreender seria o voltar a experimentar os processos mentais desse criador (GADAMER, 1999; PALMER, 1999).

Obviamente que, para o encontro com o espírito de seu criador, não bastaria a mera perquirição sintático-semântico do texto (PEDRON, 2011). Uma teoria mais complexa seria necessária. Schleiermacher (2012), assim, propôs que o processo de compreensão consistiria em dois momentos interatuantes: o momento gramatical e o psicológico. E que, com esses momentos, atuariam dois métodos: um comparativo e um “divinatório” (PALMER, 1999; SALGADO, 2006).

Por meio da interpretação gramatical, o intérprete volta-se à compreensão do discurso do autor, a partir da investigação de seu domínio linguístico, analisando o contexto e os destinatários à época – análise de toda a sua circunvizinhança, nas palavras de Schleiermacher (2012). A finalidade seria se aproximar do que o autor tinha em mente, por meio do sentido determinado pela linguagem (PALMER, 1999).

Nesse momento, poria em prática o método comparativo, relacionando-se a parte com o todo, por exemplo, uma palavra com o sentido da frase, uma frase com o contexto amplo do discurso proferido e deste com o domínio linguístico como um todo. Para Schleiermacher (2012), cada parte somente pode ser compreendida quando inserida em um todo, de modo que toda explicação do sentido de uma parte já

lugar onde houver qualquer coisa de estranho, na expressão do pensamento pelo discurso, para um ouvinte, há ali um problema que apenas pode se resolver com a ajuda de nossa teoria [...]” (SCHLEIERMACHER, 2012, p. 31).

pressupõe a compreensão do todo, o que evidencia, já em sua teoria, o caráter circular da hermenêutica.⁴⁰

Utilizando-se da investigação psicológica, por sua vez, o intérprete buscaria pela individualidade do criador da obra – o seu gênio particular (PALMER, 1999). Refere-se à compreensão do discurso como produção das ideias do autor, as quais precisam ser apreendidas. Segundo Salgado (2006, p. 29), tal investigação é “[...] a busca da decisão sensível do autor, ou seja, o seu estilo”. Esse exercício envolve a análise da obra interpretada, tanto no momento em que foi produzida, quanto considerá-la em conjunto com as demais obras do autor, levando em conta toda a sua trajetória, interlocutores e trabalhos com quem dialogou (PALMER, 1999; PEDRON, 2011).

Nesse sentido, enquanto na abordagem gramatical utiliza-se o método comparativo, na abordagem psicológica é necessário, também, um exercício intuitivo, no qual se utiliza tanto o método comparativo, quanto o método “divinatório” (PALMER, 1999).

O método divinatório é aquele por meio do qual o intérprete buscaria se “transformar” no outro, a fim de captar diretamente a sua individualidade. É a tentativa de adivinhar a intenção do autor. Neste momento da interpretação, segundo Palmer (1999, p. 96), “[...] saímos de nós próprios e transformamo-nos no autor, de modo a captar numa plena imediatez, o seu processo mental. Contudo, o objectivo último não

⁴⁰ Neste ponto, tem-se uma das correlações entre a teoria de Schleiermacher e a hermenêutica filosófica de Gadamer, revelada no caráter circular da hermenêutica daquele. O sentido, para Schleiermacher (2012), se dá por meio de movimentos circulares, entre a parte e todo, o todo e a parte. Como observa Gadamer (1999), encontra-se na teoria do referido autor um raciocínio circular, na medida em que o todo não pode ser apreendido antes do individual, a não ser sob a forma de um dogma ou pré-compreensão. Segundo, ainda, Palmer (1999, p. 93-94), para Schleiermacher, “[...] compreender é uma operação essencialmente referencial; compreendemos algo quando o comparamos com algo que já conhecemos. Aquilo que compreendemos agrupa-se em unidades sistemáticas, ou círculos compostos por partes. O círculo como um todo define a parte individual, e as partes em conjunto formam o círculo. Por exemplo, uma frase como um todo é uma unidade. Compreendemos o sentido de uma palavra individual quando a consideramos na sua referência à totalidade da frase; e reciprocamente, o sentido da frase como um todo está dependente do sentido das palavras individuais. Consequentemente um conceito individual tira o seu significado de um contexto ou horizonte no qual se situa; contudo o horizonte constrói-se com os próprios elementos aos quais dá sentido. Por uma interacção dialéctica entre o todo e a parte, cada um dá sentido ao outro; a compreensão é, portanto, circular. E por que o sentido aparece dentro deste ‘círculo’, chamamos-lhe o ‘círculo hermenêutico’.” Para mais considerações sobre o círculo hermenêutico e “salto” que tal noção representa no pensamento de Schleiermacher, conferir PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1999, p. 93-95.

é ‘compreender’ o autor de um ponto de vista psicológico; é antes ter acesso mais pleno àquilo que é significado no texto.”

Essa possibilidade, em Schleiermacher, repousa em sua concepção metafísica da individualização da vida universal (GADAMER, 1999; 2002). Para Schleiermacher, há uma vinculação prévia de todas as individualidades, de modo que cada uma seria manifestação da totalidade do viver. Como esclarece Gadamer (1999, p. 295), para o referido autor, “[...] cada um traz em si um mínimo de cada um dos demais, e isso estimula a adivinhação por comparação consigo mesmo.”

Em Schleiermacher, a conjugação dos momentos gramatical e psicológico com os métodos comparativo e “divinatório” seria o modo universal do compreender, que é concebido como a reprodução das ideias originais do autor da obra objeto da compreensão.

A teoria hermenêutica de Schleiermacher acabou se constituindo sob a base teórica da interpretação psicológica e na crença da possibilidade de compreensão a partir das faculdades subjetivas do intérprete, não se desvincilhando da filosofia idealista⁴¹ (PALMER, 1999; GADAMER, 2002).

Além disso, em sua teoria, a hermenêutica ainda ficou atrelada à ideia de ser vista como uma doutrina instrumental para compreender algo (PALMER, 1999; GADAMER, 1999, 2002; SALGADO, 2006).

No entanto, além de outras contribuições rumo à elevação da hermenêutica como base de compreensão de todas as ciências do espírito⁴², Schleiermacher lançou, o que talvez seja seu principal legado, o caminho para o reconhecimento da distância histórica entre o intérprete, a obra e seu autor, uma vez que a situação histórica deste precisava ser investigada, porquanto reveladora de seu gênio.⁴³ Desse modo,

⁴¹ Segundo Gadamer (2002), um dos traços dessa filosofia idealista, presente em Schleiermacher, é crença na dedução do saber a partir de um princípio supremo e unitário, dado a partir da espontaneidade da razão. Essa conclusão é evidenciada na seguinte explicação de Palmer (1999, p. 97): “[...] Schleiermacher não procurava um conjunto de regras como na hermenêutica primitiva, mas sim um conjunto de leis pelas quais a compreensão opera – uma ciência da compreensão que pudesse orientar o processo de extrair dum texto o seu sentido.”

⁴² Para um resumo dessas contribuições de Schleiermacher, conferir: PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1999, p. 100-103.

⁴³ A crítica de Gadamer (1999, p. 305), todavia, é que “mesmo a história não é para ele mais que uma peça teatral de livre criação, ou seja, a peça de uma produtividade divina, e ele entende o comportamento histórico como a contemplação e o desfrute desse grandioso teatro. Esse desfrute da

Schleiermacher proporcionou a quebra do texto como ponto de partida e fim da compreensão – quebra do caráter paradigmático do texto –, abrindo a trilha para o historicismo, em seguida desenvolvido por Dilthey (GADAMER, 1999; 2002).

Nessa referida sequência histórica, Dilthey, partindo das teses de Schleiermacher, de quem foi biógrafo, se propôs a fundamentar epistemologicamente as ciências humanas (também chamadas de ciências do espírito) e distingui-las das ciências naturais. Sua pretensão foi desenvolver condições de possibilidade de compreensão dos fenômenos ocorridos no âmbito das ciências humanas, que, para o autor, não poderiam ser obtidos por importação direta dos métodos explicativos, descritivos e “a-históricos”, presentes nas ciências da natureza (GADAMER, 1999; 2003; FERNANDES, 2013).

Dilthey se dedicou, assim, a construir um novo fundamento entre a experiência histórica (resgatada por Schleiermacher e as escolas que o influenciaram) e a herança idealista⁴⁴. Nesse sentido, afirmou que se propôs completar a crítica à razão pura [referência a Kant] com uma crítica da razão histórica⁴⁵ (GADAMER, 1999; PALMER, 1999; SALGADO, 2006).

O referido problema epistemológico de uma teoria das ciências humanas foi tratado por Dilthey, a partir de sua leitura da filosofia da vida⁴⁶ (PALMER, 1999).

reflexão romântica sobre a história aparece muito bem descrito numa passagem do diário de Schleiermacher, publicado por Dilthey: ‘O verdadeiro sentido histórico se eleva acima da história. Todos os fenômenos estão aí tão-somente como milagres sagrados, para orientar a consideração rumo ao espírito que os produziu jogando’.”

⁴⁴ Fazendo referência a H. A. Hodges, Palmer (1999, p. 108) comenta que “[...] há duas importantes tradições filosóficas até então nitidamente separadas e que convergem em Dilthey: o realismo empírico e o positivismo anglo-franceses, e a filosofia da vida e o idealismo alemães. A tentativa efectuada por Dilthey de forjar um fundamento epistemológico para as *Geisteswissenschaften* [ciências humanas] tornou-se o ponto de encontro de duas perspectivas, essencialmente conflituosas de uma abordagem correta do homem.”

⁴⁵ Anota Gadamer (1999) que, na linha da resposta kantiana para a possibilidade de uma ciência pura da natureza, Dilthey passa a procurar resposta à questão de como a experiência histórica poderia se converter em ciência. Como Kant, passa a investigar as categorias do mundo histórico que pudessem sustentar a construção desse mundo nas ciências do espírito.

⁴⁶ “A filosofia da vida é a maior parte das vezes associada a três filósofos do último quartel do século XIX: Nietzsche, Dilthey e Bergson. A utilíssima obra do Professor O. F. Bollnow sobre o desenvolvimento da filosofia da vida faz um levantamento desta orientação geral do pensamento a partir do protesto efectuado no século XVIII contra o formalismo, o racionalismo asséptico e mesmo o pensamento abstracto que despreza a totalidade da pessoa, a personalidade que vive, sente e quer em toda a sua plenitude. Assim Rousseau, Jakob, Herder, Fichte, Schelling e outros pensadores do século XVIII anteciparam a filosofia da vida no esforço que fizeram de chegar à plenitude vivida da existência da existência humana no mundo.” (PALMER, 1999, p. 108).

Dilthey, assim, concluiu que as constatações das ciências humanas dizem respeito a expressões da vida interior, situadas no domínio do ser que não se refere à explicação, mas sim à compreensão (PALMER, 1999; GADAMER, 2003). Por assim dizer, sendo as ciências humanas expressões da vida interior, o referido autor concluiu que a experiência concreta, histórica e viva, e não a especulação, é que constituiriam o único ponto de partida para uma teoria das ciências do espírito (PALMER, 1999).

Para Dilthey, a construção desse mundo de experiências concretas e históricas, possibilitadoras do conhecimento próprio das ciências do espírito, não se constituiria de fatos extraídos e em seguida incluídos numa referência valorativa, mas sua base seria a historicidade. (GADAMER, 1999). O problema da compreensão do homem era, portanto, para Dilthey, um problema de recuperação de consciência da historicidade da existência, que se perdera nas categorias científicas (PALMER, 1999).

Assim, segundo Dilthey, a primeira condição de possibilidade da compreensão do que é expressão humana na história (ciências humanas) consiste no fato de que o próprio intérprete é, também, um ser histórico, de modo que aquele que investiga a história, não apenas se constitui nela, mas também é o mesmo que a faz. (GADAMER, 1999). O que torna possível o conhecimento histórico, desse modo, é a homogeneidade de sujeito e objeto⁴⁷ (GADAMER, 1999).

Tal pressuposto para o conhecimento – identidade histórica entre sujeito e objeto – representa uma realidade demonstrável que Dilthey chama de vivência (dimensão histórica de cada indivíduo). O autor não crê em uma razão histórica universal, mas numa espécie de razão histórica individual, a qual somente terá utilidade na medida em que é interiorizada na vivência de cada um⁴⁸ (SALGADO, 2006). Neste ponto, para Dilthey, existe certeza imediata. O que é vivência não é

⁴⁷ Nesta noção, lembra Pedron (2011, p. 147), aparece, em Dilthey, “[...] a ideia de ‘circularidade da compreensão’ utilizada, mas, agora, no sentido de limite do conhecimento humano que apenas pode conhecer o que ele já conhece.”

⁴⁸ Gadamer (1999, p. 342) observa que Dilthey: “Dava razão à escola histórica em que não existe um sujeito geral, mas somente indivíduos históricos. A idealidade do significado não advém de um sujeito transcendental, mas surge da realidade histórica da vida. É a própria vida que se desenvolve e se configura rumo a unidades compreensíveis e é o indivíduo em particular o que compreende essas unidades como tais. Este é o ponto de partida auto-evidente para a análise de Dilthey.”

divisado num ato; pelo contrário, trata-se de um ter presente indissociável⁴⁹ (GADAMER, 1999).

Assim, já se percebe em Dilthey o mérito de dar a guinada para a percepção do conhecimento como condição histórica. Todavia, lembrando que o autor se propôs a pensar uma fundamentação epistemológica para as ciências do espírito, isto é, encontrar métodos para a obtenção de um conhecimento objetivo dos fenômenos ocorridos neste âmbito, permanecia a questão de como a pluralidade de vivências individuais poderia fundamentar a dignidade dessas ciências.

Nesse sentido, Dilthey, em suma, afirmou que a partir das vivências se formaria um nexos semelhante a um centro organizador, “[...] constituído pela unidade de um decurso de uma vida, da mesma forma como se dá a formulação de sentido de uma melodia – não a partir da mera sucessão de tons passageiros, mas a partir dos motivos musicais que terminam a unidade de sua forma.”⁵⁰ (GADAMER, 1999, p. 342).

O referido nexos dar-se-ia em razão da relação entre o todo e as partes. Assim, como cada parte expressa algo do todo da vida e guarda, portanto, uma significância para esse todo, o significado daquela (parte) se determina a partir da noção deste (todo), ponto no qual se percebe a influência da hermenêutica de Schleiermacher e sua noção de circularidade da compreensão. Dilthey acreditava que com isso seria possível a formação de um nexos de conhecimento objetivo na vivência histórica (GADAMER, 1999; PEDRON, 2011).

O passo decisivo que Dilthey precisava dar, todavia, segundo elucida Gadamer (1999), era o de empreender, a partir do nexos da experiência vital do indivíduo, a transição para o nexos histórico, que já não é vivido nem experimentado por indivíduo algum. O problema da história não é saber como se dá a possibilidade de apreensão do nexos geral, mas como podem ser conhecíveis, também, aqueles nexos que nenhum indivíduo pôde experimentar. Para quem buscava uma fundamentação epistemológica para as ciências do espírito, essa era uma exigência que se colocava.

⁴⁹ Essa noção já é um dos pressupostos que aparecem no *ser-aí* de Heidegger e depois na hermenêutica filosófica gadameriana – a dimensão imediata e indissociável da existência histórica antes de qualquer compreensão.

⁵⁰ Percebe-se que a influência da hermenêutica romântica está subentendida, uma vez que Dilthey pretendia experimentar uma expansão universal dessa influência (GADAMER, 1999; PALMER, 1999).

Dilthey imaginou o esclarecimento desse problema, por meio do fenômeno da compreensão. Para o autor, segundo explica Palmer, a compreensão designava

[...] a operação na qual a mente capta “a mente” (*Geist*) de outra pessoa. Não de modo puramente cognitivo, mas é aquele momento muito especial em que a vida compreende a vida: “explicamos por meio de processos puramente intelectuais, mas compreendemos por meio da actividade combinada de todos os poderes mentais da apreensão.” [...] A compreensão não é um mero acto de pensamento mas uma transposição e uma nova experiência do mundo tal como o captamos na experiência da vivida. (PALMER, 1999, p. 121).

Dilthey, nesse sentido, afirmou que o resultado da compreensão não é um conceito lógico, mas é entendido como expressão da vida. No entanto, contraditoriamente, fica clara sua vinculação ao romantismo psicológico-idealista percebido em Schleiermacher. Ainda assim, a importância de sua visão era de que a própria vida – temporalidade em constante fluir – está voltada à configuração de unidades de significado duradouras. A vida, no seu entender, se autointerpreta, tem estrutura hermenêutica, constituindo, dessa forma, a verdadeira base das ciências do espírito. (GADAMER, 1999; PALMER, 1999).

A ideia de compreensão trazida por Dilthey, nesse sentido, será de fundamental importância para o desenvolvimento da hermenêutica de Heidegger e, depois, da hermenêutica filosófica de Gadamer (SALGADO, 2006). Entretanto, o autor não explicou com suficiência esse momento da compreensão, sobretudo, de modo a afastá-lo do idealismo e da perspectiva psicológica.

É a crítica feita por Gadamer (1999), segundo a qual Dilthey se aproximou de questões próprias do idealismo especulativo hegeliano⁵¹, do qual ele mesmo pretendia

⁵¹ Essa constatação aparece, também, na contraditória crítica de Dilthey à Hegel, quanto à necessidade de manter a consciência da finitude das compreensões na história, enquanto que, por outro lado, defendia que a abordagem histórica do conhecimento traz um caráter infinito para a compreensão. A crítica ao idealismo hegeliano se referia ao apriorismo de sua especulação conceitual. Para Dilthey, a infinitude interna do espírito é concebida com a ideia de uma razão esclarecida historicamente, que amadureceria rumo à genialidade da compreensão. A consciência da finitude não significa um estancamento ou limitação da consciência, a qual, pelo contrário, adquire a capacidade de se elevar para além de toda barreira, por meio da infinitude potencial do espírito. Obviamente, que não é a especulação, mas a razão histórica, o *iter* pelo qual se atualiza essa infinitude (GADAMER, 1999, p. 354). Nisso, Dilthey “[...] entende o próprio mundo das vivências como mero ponto de partida de uma ampliação, que, em viva transposição, completa a estreiteza e casualidade da própria vivência, através da infinitude daquilo que lhe é acessível revivendo o mundo histórico.” (GADAMER, 1999, p. 354).

se distanciar. Gadamer (1999) explica que Dilthey não tinha dúvida da existência de uma forma do espírito como verdadeiro “espírito absoluto”, que seria atingido pela consciência histórica, não pela filosofia especulativa. Essa consciência encara todos os fenômenos do mundo humano-histórico como objetos, nos quais o espírito se conhece mais profundamente a si mesmo. E, na medida em que os fenômenos mundanos são objetivações do espírito, o próprio espírito os transferiria à sua origem de espiritualidade vital (GADAMER, 1999). A compreensão, por conseguinte, seria entendida nessa relação entre espírito e objetos, estes encarados como objetivações daquele, e a objetividade do conhecimento assim produzido seria a consciência histórica de se saber historicamente condicionado (GADAMER, 1999).

A questão, todavia, é que o proceder especulativo e o pressuposto metodológico das ciências naturais ainda estavam presentes – pressupostos não compatíveis com o ponto de partida de Dilthey na condição histórica da vida.

Ademais, como autor de transição que foi e talvez por causa disso mesmo, Dilthey, igualmente, não conseguiu superar a influência da hermenêutica romântica (da qual Schleiermacher foi legatário), ao ter enxergado o proceder da compreensão também pelo viés psicológico⁵² (GADAMER, 2002).

Gadamer (1999) em parte concorda com Dilthey, quando este autor tenta justificar seu empreendimento, afirmando ser em razão da própria influência do pensamento sobre a vida que procede a necessidade interna de se estabelecer algo fixo em meio à contingência das percepções sensoriais, dos desejos e sentimentos. Gadamer, porém, afirma que

[...] esse desempenho do pensamento é imanente à própria vida e se realiza nas objetivações do espírito que, como costumes, direito e religião sustentam o indivíduo, na medida em que este se entrega à objetividade da sociedade. O fato de que, para isso, tenha-se de adotar “o ponto de vista da reflexão e da dúvida” e que esse trabalho se realize “em todas as formas de reflexão e ciência” (e não fora disso), não se coaduna, em absoluto, com as ideias da filosofia da vida de Dilthey. (GADAMER, 1999, p. 363).

⁵² A influência da hermenêutica romântica e do método psicológico fica evidente na medida em que Dilthey afirma, em outro momento, que somente a simpatia torna possível uma verdadeira compreensão. Simpatia para Dilthey é unicamente uma condição do conhecimento. A simpatia compõe as formas de relação entre o eu e o tu. Evidentemente, nessa classe de relações éticas reais emerge-se também o conhecimento, mas nessa medida demonstra-se de fato que “o amor ajuda a ver”. (GADAMER, 1999).

Uma das razões para tal afirmação gadameriana consiste na percepção de que Dilthey pretendeu dar dignidade às ciências humanas com as mesmas lentes das ciências naturais. Logicamente, não conseguiria atingir o objetivo proposto, sem se contradizer com a própria e essencial historicidade do conhecimento (GADAMER, 1999; 2003; PALMER, 1999).

Seu projeto ignorou que, a partir da centelha da vida na história, a própria divisão entre ciências naturais e ciências do espírito já estava comprometida. Ora, a historicidade não passa a ser privilégio apenas das chamadas ciências do espírito, mas também passa a ser o *locus* dos (não mais intocáveis) métodos das ciências da natureza.

Como consequência dessas limitações, afirma Salgado (2006), em Dilthey a hermenêutica ainda permaneceu ancorada nas trincheiras epistemológicas, voltada para uma teoria do conhecimento. Diferentemente, Heidegger e Gadamer buscaram uma explicação ontológica para o conhecimento (SALGADO, 2006).

A despeito disso, como afirma Gadamer (2007), a virada hermenêutica vinha se preparando em Dilthey. Não por coincidência, segundo anota Palmer (1999), o autor é o pai das concepções modernas da historicidade do saber humano, sem a qual nem a hermenêutica de Heidegger⁵³, nem a de Gadamer, poderiam ser concebidas.

Desse novo rumo para a historicidade, a compreensão do direito, obviamente, também não escapou. Essa guinada, por isso, está intimamente ligada à resignificação dos processos de mutação constitucional, no marco da hermenêutica filosófica, conforme se propõe neste trabalho, o que começa a ser feito por meio das teses de Heidegger.

Isso porque, pode ser dito que em Martin Heidegger se iniciou o chamado giro hermenêutico⁵⁴, rumo ao ontológico e ao linguístico, que foi, posteriormente, desenvolvido na hermenêutica filosófica de Gadamer.

⁵³ Afirma Gadamer (2002, p. 124-125) que: “Não obstante a sua construção do princípio filosófico que rege a filosofia da vida de Dilthey estabeleça uma oposição com relação a Heidegger, o retorno de Dilthey à perspectiva da ‘vida’, ultrapassando a ‘consciência transcendental’, representou um importante apoio para elaboração filosófica de Heidegger.”

⁵⁴ Segundo Rohden (2002, p. 65): “A expressão *hermeneutic turn* foi utilizada por Don Hide em sua *Hermeneutic Phenomenology: The Philosophy of Paul Ricoeur*, na qual afirmou que ‘a virada hermenêutica propõe criar, ao contrário, um estar ciente da não-neutralidade da linguagem em uso’. O *hermeneutic turn* retrata e fundamenta a impossibilidade de reduzir a linguagem à perspectiva

Essa virada representou a ruptura com as chamadas filosofias da consciência⁵⁵ (HABERMAS, 2004). Tal rompimento já vinha se anunciando com as reações ao idealismo no século XIX, mas apenas na primeira metade do século XX – num período de esvaziamento das respostas racionais dadas pela metafísica clássica e moderna – teve condições de eclodir, reformulando a forma de se pensar o mundo e o conhecimento (TRINDADE, 2006).

Há, em Heidegger, a passagem da hermenêutica do epistemológico para o ontológico, na qual se tem a compreensão de que este engloba aquele, justificando a hermenêutica como um modo de ser, ao invés, portanto, de um simples ato de conhecer (ROHDEN, 2002).

Heidegger recepciona a obra de Dilthey pelas lentes da fenomenologia do ser, não pela psicologia ou com pretensão científica, conferindo à consciência histórica e à temporalidade do saber importância filosófica (PEDRON, 2011).

Como discípulo de Husserl, Heidegger (2005) partiu da fenomenologia⁵⁶ de seu preceptor, o qual tem, dentre outros, o mérito de situar o horizonte do universo que pode ser conhecido no “mundo da vida”⁵⁷, onde se dá o solo prévio de toda experiência (GADAMER, 1999). O conceito de experiência, até então restrito ao mundo da ciência, é levado para o “mundo da vida”⁵⁸ (PEDRON, 2011).

científico-moderna.” Explica, ainda, Rohden (2002) que tal virada hermenêutica engloba a giro pragmático ocorrido na filosofia da linguagem, representado, principalmente, pela passagem do primeiro para o segundo Wittgenstein (1999), com a publicação de seus escritos na obra “Investigações Filosóficas” e sua teoria dos jogos de linguagem. No entanto, esclarece Rohden (2002, p. 65) que o giro hermenêutico levado a cabo por Heidegger e mais adiante por Gadamer é mais radical e engloba aquele ocorrido na filosofia da linguagem, “[...] pois passou-se do registro epistemológico para o ontológico – este engloba aquele e afeta o sujeito nela envolvido, e por isso dizemos que ela se justifica como um modo de ser, mais que simplesmente um modo de conhecer –, ao passo que na filosofia da linguagem a virada foi interna, de uma dimensão abstrata para uma pragmática.”

⁵⁵ Explica Habermas (2004) que a ideia de filosofia da consciência se refere à tradição que apresenta como traço a sugestão de um modelo cognoscente dualista a partir de uma relação sujeito/objeto, na qual o sujeito cognoscente abre o caminho para a explicação genética do saber a partir do acesso a suas próprias representações, dadas como vivências imediatas e evidentes ao seu dispor. Assim, “[...] os enunciados epistemológicos se medem diretamente – e todos os outros enunciados indiretamente – pela verdade enquanto evidência subjetiva ou certeza.” (HABERMAS, 2004, p. 187).

⁵⁶ Resume Heidegger (2005, p. 65): “Fenomenologia diz, então: [...] deixar e fazer ver por si mesmo aquilo que se mostra, tal como se mostra a partir de si mesmo.”

⁵⁷ Na afirmação de Gadamer (1999, p. 375), “Esse horizonte do mundo é pressuposto também em toda ciência e que, por isso, é mais originário do que elas.”

⁵⁸ “Como vimos, o conceito de *mundo da vida* se opõe a todo o objetivismo. Trata-se de um conceito essencialmente histórico, que não tem em mente a um universo do ser, a um ‘mundo que é’. [...] Mas

A fenomenologia, todavia, dividiu-se no transcurso dos anos, em fenomenologia transcendental de Husserl e fenomenologia hermenêutica de Heidegger (TRINDADE, 2006).

Heidegger (2005) se volta para a dimensão do ser, que se constitui nas coisas mesmas, antes de qualquer compreensão. A fenomenologia, diante disso, volta-se à apreender os fenômenos e os entes nos seus próprios nexos de aparecimento e em um contexto mais amplo – o ser dos entes junto a outros entes. Nisso surge a ligação da fenomenologia com a ontologia. Nas palavras de Heidegger (2005, p. 66): “A fenomenologia é a via de acesso e o modo de verificação para se determinar o que deve constituir tema da ontologia. *A ontologia só é possível como fenomenologia.*” Essa ontologia, por sua vez, é figurada em um ente ontologicamente assinalado: o *Dasein* (o *ser-aí* – o *pre-sente*).⁵⁹

O *Dasein* é a figuração do *ser-aí* (ser lançado no mundo), a manifestação das coisas mesmas, que tem precedência ontológica em relação a todo ente (ou seja, qualquer objetivação dos modos de ser, seja na forma de um pensamento, de um conceito, etc.) (HEIDEGGER, 2005).

Nesse sentido, a tarefa hermenêutica já se revela (antes de tudo) como interpretação do ser do *Dasein* – o *ser-aí* no mundo –, enquanto se dedica à compreensão das coisas no mundo.⁶⁰ É apreendida, assim, como hermenêutica da existencialidade da própria existência (HEIDEGGER, 2005). Nisso está vinculada a noção de hermenêutica da faticidade.

O *ser-aí* existencial humano diferente de ser um ente determinado é mais um *poder-ser*, referindo-se aos modos possíveis do ser na existência. Há uma relação

mundo da vida quer dizer outra coisa, o todo em que estamos vivendo enquanto seres históricos.” (GADAMER, 1999, p. 375).

⁵⁹ Explica Heidegger (2005, p. 68) que: “Em seu conteúdo, a fenomenologia é a ciência do ser dos entes – é ontologia. Ao esclarecer as tarefas de uma ontologia, surgiu a necessidade de uma ontologia fundamental, que possui como tema a pré-sença, isto é, o ente dotado de um privilégio ôntico-ontológico. Pois somente a ontologia fundamental pode-se colocar diante do problema cardeal, a saber, da questão sobre o sentido do ser em geral.”

⁶⁰ “Fenomenologia da pré-sença é *hermenêutica* no sentido originário da palavra em que se designa o ofício de interpretar. [...] A hermenêutica da pré-sença torna-se também uma ‘hermenêutica’ no sentido de elaboração das condições de possibilidade de toda investigação ontológica.” (HEIDEGGER, 2005, p. 68-69).

imediate e retroconstitutiva do *Dasein* e estes modos de ser dos entes no mundo, como explica Casanova:

O ser-aí só se determina efetivamente como o ente que é a partir de uma inter-relação incessante com o seu mundo. Jogado em um determinado mundo fático, ele assume comportamentos a partir de orientações que recebe do mundo circundante. Tais orientações emergem do fato mesmo de o ser-aí se ver absorvido de início e na maioria das vezes em campos de uso dos entes. Esses campos não são campos desprovidos de determinação, nos quais o ser-aí constrói ao seu bel-prazer as suas relações. Eles são antes campos significativos sedimentados, dos quais cada ser-aí recebe incessantemente indicações para a constituição de seus comportamentos em geral. (CASANOVA, 2012, p. 93).

Os modos de *ser-no-mundo* carregam, nesse sentido, a experiência do *ser-aí* (ou *estar-aí* do *Dasein*), da qual o homem não pode se desvincular. Isso significa, segundo Bittar (2005, p. 184), que “[...] não posso mudar minha *compreensão-de-mundo*, pois ela é já determinada pela minha *história-de-mundo*, da qual não posso me alhear.”

É a partir dessa *compreensão-de-mundo* que não se desvincula dos modos de ser do ente no mundo, que se desenvolve a noção de pré-compreensão (CORETH, 1973; BITTAR, 2005). Compreender é o mesmo que se movimentar entre as pré-compreensões (ou pré-conceitos) que revelam o projeto do ser (CORETH, 1976). Assim, as condições existenciais em que se é posto no mundo determinam as condições com as quais se interpreta e se convive com o próprio mundo (BITTAR, 2005).

Essa historicidade temporal da *pre-sença* de toda compreensão é inafastável. A existência ou não das pré-compreensões, em outras palavras, não depende da vontade humana, mas existe no sentido do *ser-aí* (ou *esta aí*) sempre presente na interação com o mundo, não se podendo lutar contra isso (BITTAR, 2005). Tal inevitabilidade é tamanha que se pode até dizer não aos pré-conceitos, mas essa já se revela uma postura claramente carregada de pré-compreensões e de tomada de uma posição histórica, gravada pela experiência que é peculiar ao sujeito⁶¹ (BITTAR, 2005). Isso é

⁶¹ Essa constatação se relaciona com o caráter inseparável dos momentos *ser-lançado* (ou jogado) e do *pro-jeto* que constitui o *Dasein*. Na explicação de Gadamer (2003, p. 43): “Sobre esse ponto, Heidegger sublinha com razão que os dois momentos do ‘ser-lançado’ (*Geworfenheit*) e do ‘pro-jeto’ (*Entwurf*) devem sempre ser pensados conjuntamente. Desse modo, não existe nenhuma compreensão ou interpretação que não ponha em jogo a totalidade dessa estrutura existencial, mesmo quando a

característica do *Dasein*, que se projeta como já existente no mundo enquanto totalidade de significados e, conseqüentemente, totalidade de relações no mundo.

Conhecer, assim, é um modo de ser da *pre-sença* enquanto *ser-no-mundo*. Desse modo, toda compreensão é compreensão do que já é ser precedente no mundo. Na compreensão,

Como as coisas só se dão como referência, portanto como significado, no mundo, o mundo vem antes das coisas singulares (pois estas são relações significadas), ou seja, antes de toda experiência particular. Dá-se, originalmente, como um patrimônio de ideias anteriores a esta experiência particular, ou prejuízos, que geram na descoberta das coisas. Não são as coisas que precedem, não são os entes postos como presenças (*prae + ens*). O *Dasein* é que é pré-sente, está antes, há um acervo de ideias que já estão no ambiente social em que vive e em que se encontra. (SALGADO, 2006, p. 68).

A compreensão, nessa via, revela-se obtenção circular do que já se apresenta em pré-juízos, de modo que não é o saber em que o sujeito se volta ao objeto de forma distanciada. É, porém, a atividade de compreensão em que as coisas já se revelam descobertas, em razão das pré-compreensões originárias, já presentes no *ser-aí* do sujeito. O agir hermenêutico, desse modo, é o processo que vai da pré-compreensão à compreensão. Ao se ler um livro, por exemplo, já se tem uma pré-compreensão desse livro, pois ele já se apresenta com significados (SALGADO, 2006). Supera-se, assim, a separação sujeito e objeto (e parte e todo), pois o objeto só se compreende ou é acessível no espectro de pré-compreensões do sujeito.

Um aspecto importante nesse processo, caro, por isso mesmo, à hermenêutica filosófica, é que o conhecimento, enquanto fazer hermenêutico (porque é compreensão do *ser-aí*), não pode ignorar a situação prévia do intérprete – o seu ponto de vista –, que, inevitavelmente, condiciona a sua compreensão (SALGADO, 2006). Segundo nos esclarece o próprio Heidegger,

A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é a apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em se

intenção do sujeito do conhecimento é restringir-se a uma leitura puramente ‘literal’ de um texto ou deste ou daquele evento.”

basear nisso em que ‘está’ o texto, aquilo que, de imediato apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente do intérprete. Em todo o princípio de interpretação ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já põe, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia. (HEIDEGGER, 2005, p. 207).

Essa noção será trabalhada por Gadamer (1999) na forma da situação hermenêutica do intérprete, a partir da qual se forma o seu horizonte histórico de sentido.

O giro heideggeriano, portanto, especialmente em relação a Dilthey, está em que o compreender não é visto como uma teoria do conhecimento na filosofia da vida, mas como a própria forma originária de realização do *ser-aí* humano enquanto *ser-no-mundo*. Conforme afirma Gadamer (2003, p. 40), em Heidegger, “[...] antes de sua diferenciação nas duas direções do interesse prático e do interesse teórico, o compreender é o modo de ser do ser-aí que o constitui como ‘saber-ser’ (*savoir-être*) e ‘possibilidade’.”

Importante é o final da afirmação de Gadamer (2003) no parágrafo anterior, pois a compreensão não se revela apenas como o apreender do *ser-aí* (*ser-lançado*), mas também como possibilidade. Compreender é possibilidade de alargamento existencial, haja vista a infinitude dos modos de ser dos entes no mundo. Isso significa, em Heidegger (2005), que existe um *pro-jeto* em toda compreensão e que, nesse sentido, a compreensão é o movimento mesmo da transcendência. Logo, aqui, a transcendência é hermenêutica, não especulativa. Transcendência que se dá na história, pois é na história – o *locus* dos *modus* do *ser-aí* – que se mostra o ser do ente como existência (SALGADO, 2006).

Heidegger teve três momentos em sua obra, segundo Salgado (2006). O primeiro se refere ao pensamento desenvolvido na obra central de sua filosofia, “Ser e Tempo”, publicado em 1927, no qual tratou da análise existencial, por meio da noção do *Dasein*, visando uma compreensão do sentido – o ser desse ente (*Dasein*) –, e não de um conceito de sua essência. O segundo momento, que tem como obra mais importante a “Introdução à Metafísica”, publicada em 1953, refere-se ao esforço de Heidegger em demonstrar que no trajeto da metafísica ocidental houve o ocultamento do ser em razão de se ter privilegiado o ente. E, por fim, o terceiro momento é

marcado pela busca da compreensão do ser e do pensar no *locus* da linguagem, noção que é, também, apropriada de forma central na hermenêutica filosófica de Gadamer. A linguagem passa a ser entendida como o próprio evento do ser e do pensar do ser na história, ao contrário da metafísica que a via como um instrumento do saber tomado pela perspectiva do ente. Nesse momento, as obras de referência são *Essência e Poesia* (1937), *Sobre o Humanismo* (1949) e *A Caminho da Linguagem* (1959).

O projeto heideggeriano foi taxado de ser uma filosofia hermenêutica, ao conceber o ser e o pensar filosófico sobre novas bases, quais sejam, bases hermenêuticas. Diferentemente, afirma-se que Gadamer desenvolveu depois uma hermenêutica filosófica, uma vez que sua preocupação foi entender o processo de compreensão em si, e não a compreensão como forma de descobrimento do ser, como fez Heidegger em seu projeto filosófico (TRINDADE, 2006).

A filosofia hermenêutica heideggerina, não obstante, proporcionou as condições que faltavam para o desenvolvimento da hermenêutica filosófica por Gadamer, tendo iniciado o giro hermenêutico rumo à ontologia de todo o saber, que passa a ser livre do ideário epistemológico e da ilusão metafísica, determinante no início da modernidade. Conforme resume Pereira,

[...] em Heidegger, a compreensão deixa de ser uma propriedade para se tornar um modo de existência [...] Gadamer, fazendo uso de vários ensinamentos de Heidegger, surge com uma crítica radical ao pensamento científico-espiritual que perdurou por todo o século XIX, fazendo da hermenêutica uma disciplina filosófica que, para além de seu foco epistemológico – presentes na obras de Schleiermacher e Dilthey –, passa a investigar o fenômeno da compreensão em si mesmo, ou seja, passa a ter como finalidade explicitar o que ocorre nesta operação humana fundamental do compreender. (PEREIRA, 2001, p. 17).

O tema desenvolvido neste trabalho tem uma relação indissociável com a referida guinada. Como todo o conhecimento, a compreensão jurídica é fenômeno hermenêutico e, por isso, fruto da compreensão condicionada e (também) projetada na história. Será, assim, partindo dos pressupostos pincelados nesse item, que se buscará desenvolver a fundamentação das mutações constitucionais na hermenêutica filosófica.

3.2 Traços da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer

Hans-Georg Gadamer partiu dos caminhos trilhados por seus antecessores⁶², sobretudo da ontologia heideggeriana⁶³, com a pretensão de refletir sobre o acontecer da compreensão em si, ao invés de buscar uma doutrina hermenêutica ou fornecer uma fundamentação epistemológica para as ciências do espírito. A pretensão do autor, segundo ele mesmo disse, foi filosófica⁶⁴. Daí termos em Gadamer (1999), o ponto culminante da chamada hermenêutica filosófica (PEREIRA, 2001; TRINDADE, 2006).

No estudo das várias teorias sobre o assunto, o autor percebeu, desde logo, que somente observando o conhecimento das ciências humanas pela perspectiva da compreensão é que se pode falar em ciência (SALGADO, 2006). Gadamer (1999) chega a conclusão que o olhar das ciências do espírito pelo prisma epistemológico deve reconhecer que, por este prima, apenas se apreende os fenômenos e processos individuais com uma limitada previsibilidade. Assumindo a premissa da historicidade do saber, não são possíveis elementos metodológicos universais ou absolutos (GADAMER, 1999; SALGADO, 2006). Os casos individuais, nas palavras de Gadamer (1999, p. 41) “[...] não servem simplesmente para confirmar uma legalidade, a partir da qual seja possível, numa reversão prática fazer previsões. Mais do que isso, seu ideal é compreender o próprio fenômeno na sua concreção singular e histórica.”⁶⁵

⁶² Na introdução de sua obra central, “Verdade e Método: fundamentos para uma hermenêutica filosófica”, Gadamer (1999, p. 36) faz a confissão de que: “A conscienciosidade da descrição fenomenológica, que Husserl nos tornou um dever, a abrangência do horizonte histórico, onde Dilthey situou todo o filosofar, e, não por último, a compenetração de ambos os impulsos, cuja iniciativa recebemos de Heidegger há décadas, assinalam o paradigma sob o qual se colocou o autor, e cujo comprometimento, apesar de toda imperfeição da execução, gostaria que ficasse claro.”

⁶³ Não há, desde logo, deve-se dizer, uma simples e idêntica sobreposição entre a filosofia hermenêutica de Heidegger e a hermenêutica filosófica de Gadamer. Apesar da inequívoca influência, pode-se dizer que Gadamer foi adiante de Heidegger na apreensão das estruturas do compreender em si (TRINDADE, 2006). Nesse sentido, Vattimo (1999, p. 15) recorda “[...] expressão de Habermas segundo a qual Gadamer teria ‘urbanizado a província heideggeriana’[...]”.

⁶⁴ “Minha intenção verdadeira, porém, foi e é uma intenção filosófica: O que está em questão não é o que nós fazemos, o que nós deveríamos fazer, mas o que, ultrapassando nosso querer e fazer, nos sobrevém, ou nos acontece. (GADAMER, 1999, p. 14).

⁶⁵ Nota-se, durante o desenvolver do pensamento gadameriano, a influência das noções dos antecessores que contribuíram para a sua teoria, como nessa passagem em que o pano de fundo da

Assim, o autor tem a convicção que apenas pelo estudo do compreender pode-se chegar a uma ciência do espírito (SALGADO, 2006).

A partir dessas inquietações, Gadamer (1999) afirma que sua investigação coloca a questão do compreender em todo o terreno da experiência humana de mundo e da práxis da vida. “Ela [sua investigação] pergunta [...]: Como é possível conhecimento? Essa questão que já precede a todo comportamento compreensivo da subjetividade e também ao comportamento metodológico das ciências da compreensão, a suas normas e regras.” (GADAMER, 1999, p. 16).

Sua intenção, por isso, é demonstrar o que há de comum em todas as formas de compreender. Demonstrará, nessa empreitada, que a compreensão não é um comportamento subjetivo frente a um objeto, mas pertence ao âmbito dos efeitos da história (GADAMER, 1999).

Gadamer (1999) parte de Heidegger, o qual demonstrou que a compreensão não é um modo de ser entre outros modos, mas é o modo de ser da própria existência que se perfaz na historicidade e finitude da experiência de mundo.⁶⁶

A compreensão em Gadamer (1999), portanto, é um processo ontológico (modo de ser), que se dá por meio de uma vivência linguística imersa na história. Nesse sentido, a interpretação não é uma ferramenta para descobrir algum significado oculto de uma dada proposição textual, mas é a própria atividade compreensiva mediada pela linguagem, que acontece em todo momento e em relação a tudo que é transmitido no mundo histórico (FERNANDES, PEDRON, 2007).

O processo compreensivo, desse modo, é explicado por Gadamer por meio do que alguns autores destacam como sendo as estruturas da compreensão, a saber: o horizonte histórico, o círculo hermenêutico, a mediação, o diálogo e a linguisticidade (CORETH, 1976; PEREIRA, 2001). Tais estruturas não se referem a métodos ou técnicas do compreender, mas exprimem os momentos (imediatos e inseparáveis) constitutivos ou que explicam como se dá a compreensão. Trata-se apenas de uma escolha pedagógica de sistematização da teoria gadameriana. Ademais, essas

fenomenologia de Husserl e, posteriormente, Heidegger estão latentes. Breves caracteres dessa influência foram apresentados no item anterior.

⁶⁶ É nesse sentido que Gadamer (1999, p. 16) emprega o conceito de hermenêutica: ela “[...] designa a mobilidade fundamental da pré-sença, a qual perfaz sua finitude e historicidade, e a partir daí abrange o todo de sua experiência de mundo.”

estruturas não encerram a teoria do autor, pois se relacionam com outras noções como: pré-compreensão (ou pré-conceitos), fusão, tradição, história efetual, distância temporal, conversação, etc. (PEREIRA, 2001).

A noção de horizonte histórico, pela qual se começa, trata-se de conceito retirado dos estudos de Husserl⁶⁷. Em Gadamer, o conceito exprime o âmbito de visão permitido pela vivência histórica daquele que se põe a conhecer (PEREIRA, 2001). Segundo afirma o próprio Gadamer,

Todo presente finito tem seus limites. Nós determinamos o conceito da situação justamente pelo fato de que representa uma posição que limita as possibilidades de ver. Ao conceito da situação pertence essencialmente, então, o conceito do *horizonte*. Horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de um determinado ponto. Aplicando-se à consciência pensante falamos então da estreitez do horizonte, da possibilidade de ampliar o horizonte, da abertura de novos horizontes etc. (GADAMER, 1999, p. 452).

O horizonte histórico do sujeito, nesse sentido, determina as possibilidades e a abrangência de suas compreensões. Aquele que

[...] não tem um horizonte é um homem que não vê suficientemente longe e que, por conseguinte, supervaloriza o que lhe está mais próximo. Pelo contrário, ter horizontes significa não estar limitado ao que há de mais próximo, mas poder ver para além disso. Aquele que tem horizontes sabe valorizar corretamente o significado de todas as coisas que caem dentre deles, segundo os padrões de próximo e distante, de grande e pequeno. A elaboração da situação hermenêutica significa então a obtenção do horizonte de questionamento correto para as questões que se colocam frente à tradição. (GADAMER, 1999, p. 452).

O horizonte histórico do intérprete está ligado, portanto, à sua situação hermenêutica, que é o seu ponto de visão⁶⁸ do mundo na tradição. O conhecimento daquilo que se coloca frente à tradição histórica envolve a obtenção do horizonte

⁶⁷ Gadamer (1999, p. 373) escreve que: “Através desse conceito [...] Husserl procura evidentemente empreender a transição de toda intencionalidade restrita da intenção à continuidade básica do todo. Um horizonte não é uma fronteira rígida, mas algo que se desloca com a pessoa e que a convida a que se continue penetrando. Dessa maneira, à intencionalidade-horizonte, que constitui a unidade da corrente vivencial, corresponde uma intencionalidade-horizonte igualmente abrangente por parte dos objetos. Pois tudo o que está dado como ente está dado como mundo, e leva consigo o horizonte do mundo.”

⁶⁸ Refere-se à posição prévia do *ser-aí* no mundo referida por Heidegger (2005).

adequado dentro dessa situação hermenêutica (GADAMER, 1999).

A tradição se refere à noção do próprio receber da história entendida como *locus* existencial de cada um. Tradição, portanto, é aquilo que nos é transmitido historicamente, por meio das vozes do mundo. A posição histórica de vida do sujeito é, em outras palavras, a sua tradição – o que ele recebeu historicamente. Segundo Gadamer,

O que satisfaz nossa consciência histórica é sempre uma pluralidade de vozes nas quais ressoa o passado. Isso somente aparece na diversidade das ditas vozes: tal é a essência da tradição da qual participamos e queremos participar. A própria investigação histórica moderna não é somente investigação, mas também mediação da tradição. Não a vemos somente sob a lei do progresso e dos resultados assegurados – nela também realizamos nossas experiências históricas, na medida em que nela faz-se ouvir cada vez uma voz nova em que ressoa o passado. (GADAMER, 1999, p. 426-427)

O papel condicionante do horizonte histórico deve-se ao fato de que é nele que se situam as já mencionadas pré-compreensões (“pré-juízos” ou “pré-conceitos”⁶⁹), recebidas na tradição. A compreensão apenas é possível em razão do conjunto difuso de pré-compreensões que formam o horizonte histórico no qual se dá a experiência hermenêutica (PEREIRA, 2001).

Neste ponto, aparece uma das diferenças em relação a Heidegger, pois Gadamer (1999) substitui a busca heideggeriana pela pré-estrutura ontológica do compreender, pela noção de historicidade da compreensão.⁷⁰ (TRINDADE, 2006). Assim, em Gadamer, o pré-compreender é dado na dimensão da tradição histórica.

As pré-compreensões, desse modo, formam-se a partir das experiências e vivências do *ser-aí* lançado (*Dasein*) na história existencial, as quais já constituem, portanto, o *ser-no-mundo* antes de qualquer conhecer e, por isso, ocupam o espaço da compreensão e condicionam (bem como possibilitam) a aproximação de todo

⁶⁹ Importante observar que quando se utiliza o termo pré-conceito ao se mencionar à ideia de pré-compreensões em Heidegger e também Gadamer, não se trata do sentido pejorativo (discriminação), mas se refere ao sentido fenomenológico de conceito formado previamente, algo que constitui e determina todas as estruturas do conhecimento (BITTAR, 2005).

⁷⁰ “Heidegger somente entra na problemática da hermenêutica e das críticas históricas com a finalidade ontológica de desenvolver, a partir delas, a pré-estrutura da compreensão. Já nós, pelo contrário, perseguimos a questão de como, uma vez liberada das inibições ontológicas do conceito de objetividade da ciência, a hermenêutica pode fazer jus à historicidade da compreensão.” (GADAMER, 1999, p. 400)

hermeneuta a um determinado objeto (BITTAR, 2005). Os pré-conceitos são, nesse sentido, orientações de abertura do sujeito em relação ao mundo. São, simplesmente, condições pelas quais se sente algo, ao passo que aquilo que se encontra, também, diz algo (BITTAR, 2005).

A compreensão, por isso, é resultado do que Gadamer (1999) chamou de “fusão de horizontes”. A compreensão ocorre em função de um encontro entre dois horizontes (ou mundos): o horizonte histórico ou de sentido de quem compreende e o horizonte que acompanha o objeto compreendido (aquilo que ele diz na tradição) (PEREIRA, 2001). Segundo Gadamer,

O projeto de um horizonte histórico é, portanto, só uma fase ou momento na realização da compreensão, e não se prende na auto-alienação de uma consciência passada, mas se recupera no próprio horizonte compreensivo do presente. Na realização da compreensão tem lugar uma verdadeira fusão horízontica que, com o projeto do horizonte histórico, leva a cabo simultaneamente sua suspensão. (GADAMER, 1999, p. 458).

Essa fusão reflete, por sua vez, já o caráter circular da compreensão, isto é, a estrutura do círculo hermenêutico.⁷¹ Se apenas se pode conhecer as coisas a partir de pré-conceitos já pré-sentes nos modos de *ser-aí*, esses passam a se incorporar às coisas de modo que, quando conheço coisas, conheço também pré-conceitos (BITTAR, 2005). Essa é a noção dita em Heidegger segundo a qual o ato compreensivo é ir da pré-compreensão à compreensão. Compreender, relembrando, é movimentar-se em meio a pré-compreensões (CORETH, 1973).

Esse entendimento traz outro elemento característico do compreender: a mediação.⁷² Não se pode dizer que há uma apropriação cognitiva direta e imediata das coisas.⁷³ O sujeito sempre se aproxima do objeto a partir da abertura que lhe permite

⁷¹ Os conceitos utilizados por Gadamer como círculo hermenêutico, fusão de horizontes, diálogo de conversação entre sujeito e objeto e outros são aqui tratados de forma, aparentemente, indiscriminada, pois, em última análise, são figuras que visam descrever o mesmo processo ontológico: a própria compreensão.

⁷² Coreth (1973) explica que nosso mundo já é mediado muitas vezes, na medida em que é marcado historicamente e interpretado linguisticamente. Além disso, comenta que a compreensão se dá num cruzamento entre imediatez e mediação. Para o autor, “[...] toda imediatez de uma concepção cognitiva e compreensiva é sempre já mediada [...]” (CORETH, 1973, p. 104).

⁷³ Conforme escreve Coreth (1973, p. 84): “[...] Heidegger mostra uma importante estrutura fundamental da compreensão: ‘O que é expressamente compreendido tem a estrutura de alguma-coisa-

suas cargas de pré-compreensões (CORETH, 1973; PEREIRA, 2001). Assim, na explicação de Pereira,

[...] o processo intelectual caracteriza-se por uma *mediação* – presente já no círculo hermenêutico –, na medida em que todo fenômeno que se posta à frente jamais se mostra em sua pureza objetiva e aistórica, como que isolado e pronto à descoberta em seu estado bruto, mas antes aparece matizado por seu espectro de cores que formam o raio de visão daquele que o observa. (PEREIRA, 2001, p. 41).

E, assim, no movimento do círculo hermenêutico, a compreensão se encontra sempre mediada e determinada pela concepção prévia das pré-compreensões históricas (GADAMER, 1999).

O círculo hermenêutico ocorre no instante em que o intérprete, por meio de suas pré-compreensões, debruça-se sobre o sentido do objeto e este, ao mesmo tempo, no desenrolar do processo hermenêutico, modifica a compreensão daquele (intérprete)⁷⁴ (PEREIRA, 2001).

Esse círculo compreensivo não é tomado em sentido epistemológico ou como um ato da subjetividade, como o via Schleiermacher, mas descreve o movimento ontológico da compreensão. Um movimento em contínua formação. Com as palavras de Gadamer,

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, essa 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 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).

como-alguma-coisa’; chama-a ‘estrutura-como’, consistindo em que sempre compreendemos ‘alguma-coisa-como-alguma-coisa’: como mesa, porta, carro, ponte (exemplos de Heidegger). [...] Se alguma coisa não é entendida como alguma coisa, não existe verdadeira compreensão.”

⁷⁴ É nítida nesta concepção a ligação com o caráter de *pro-jeto*, isto é, de possibilidade de abertura existencial do *Dasein*.

Por ser, portanto, um movimento de contínua formação, o círculo hermenêutico pensado por Gadamer pode ser mentalizado na forma de uma espiral hermenêutica. O movimento circular de ir e vir entre as pré-compreensões do intérprete e o que o objeto lhe diz produz sempre uma compreensão, que imediatamente já se torna uma nova pré-compreensão, que condiciona e possibilita novas compreensões, que dão origem, conseqüentemente, a outras pré-compreensões, em um caminhar, portanto, metaforicamente em espiral⁷⁵ (PEREIRA, 2001; CORETH, 1973).

Esse proceder circular está, não obstante sua contingência, intimamente ligado à correção do compreender, isto é, do conhecimento da coisa em si mesma, no modo próprio em que ela se porta num determinado ponto da tradição (GADAMER 1999; CORETH, 1973; PEREIRA, 2001).

Essa relação (circularidade – correção do compreender) se revela, primeiro, na ideia já mencionada, segundo a qual, o conhecimento daquilo que se coloca frente à tradição histórica envolve a obtenção do horizonte adequado à situação hermenêutica em que se situam sujeito e objeto. O que vale para o horizonte tem de ser pensado para as pré-compreensões que o formam. Isso significa que a compreensão tem sua correção (histórica) sempre determinada pelos pré-conceitos inerentes à experiência de vida do intérprete.

Essa vivência prévia do sujeito condiciona a profundidade de seu conhecimento frente ao objeto aparente na tradição, o que pode ser explicado por uma relação entre familiaridade e estranheza⁷⁶ – quanto mais familiares forem as pré-compreensões do intérprete em relação ao objeto, tanto mais correta ou adequada será

⁷⁵ Afirma Coreth (1973, p. 90) que: “Além disso, estritamente falando, não é um círculo no sentido de um circunferência que se fecha em si mesma, mas antes – para permanecer na imagem – um acontecimento espiral, na qual um elemento continua dialeticamente, a se determinar e formar no outro. O todo do mundo da compreensão é enriquecido e aprofundado por toda compreensão novamente adquirida, e justamente por isso possibilita uma compreensão mais plena e mais profunda do conteúdo singular de sentido.”

⁷⁶ Comenta Gadamer (1999, p. 442): “A hermenêutica tem de partir do fato de que quem quer compreender está vinculado com a coisa em questão que se expressa na transmissão e que tem ou alcança uma determinada conexão com a tradição a partir da qual a transmissão fala. Por outro lado, a consciência hermenêutica sabe que não pode estar vinculada à coisa em questão, ao modo de uma unidade inquestionável e natural, como se dá na continuidade ininterrupta de uma tradição. Existe realmente uma polaridade entre familiaridade e estranheza, e nela se baseia a tarefa da hermenêutica [...]”.

a sua compreensão (GADAMER, 1999). Compreender significa,

[...] primariamente, sentir-se entendido na coisa, e somente secundariamente destacar e compreender a opinião do outro como tal. Assim, a primeira de todas as condições hermenêuticas é a pré-compreensão que surge do ter de se haver com a coisa em questão. (GADAMER, 1999, p. 441).

O segundo aspecto relacionado ao círculo hermenêutico importante à noção de correção da compreensão se refere à tarefa secundária do compreender, mencionada acima por Gadamer (1999, p. 441): “destacar e compreender a opinião do outro como tal”, para que se vejam as coisas em si mesmas. O outro, aqui, é tudo aquilo que se coloca frente ao agir hermenêutico (a coisa é o outro/o texto é o outro, etc.).

E, nesse sentido, para Gadamer (1999), a função do círculo hermenêutico tem seu ponto alto na característica apontada por Heidegger (2005), segundo o qual tal círculo não descarta a possibilidade de conhecimento ontológico positivo, não podendo ser rebaixado a um círculo vicioso. Com as palavras de Heidegger,

[...] ver nesse círculo um vício, buscar caminhos para evitá-lo e também ‘sentí-lo’ apenas como imperfeição inevitável, significa um mal-entendido de princípio acerca do que é compreensão. [...] Para se preencher as condições fundamentais de uma interpretação possível, não se deve desconhecer as suas condições essenciais de realização. O decisivo não é sair do círculo mas entrar no círculo de modo adequado. Esse círculo da compreensão não é um cerco em que se movimentasse qualquer tipo de conhecimento. Ele exprime a estrutura-prévia existencial, própria da presença. O círculo não deve ser rebaixado a um vitiosum, mesmo que apenas tolerado. Nele se esconde a possibilidade positiva do conhecimento mais originário que, de certo, só pode ser apreendida de modo autêntico se a interpretação tiver compreendido que sua primeira, única e última tarefa é de não se deixar guiar, na posição prévia, visão prévia e concepção prévia, por conceitos ingênuos e ‘chutes’. Ela [interpretação] deve, na elaboração da posição prévia, da visão prévia e concepção prévia, assegurar o tema científico a partir das coisas elas mesmas. (HEIDEGGER, 2005, p. 210).

Assim, Gadamer (1999) endossa Heidegger, afirmando que toda interpretação deve ser protegida contra a arbitrariedade da ocorrência de “felizes ideias” e contra a limitação de hábitos não percebidos do pensar, a fim de orientar seu olhar “às coisas elas mesmas”. O que importa é estar atento à coisa, frente a todos os desvios a que o intérprete está constantemente sujeito, em virtude das prévias ideias que lhe ocorrem. Explica Gadamer que,

Quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do 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).

Compreender as coisas mesmas, em seu modo de ser em determinado ponto histórico, depende, portanto, dessa tarefa honesta do intérprete de ir revisando as expectativas e perspectivas prévias em nome do que o objeto diz por si mesmo, ou seja, ir de projetos prévios a projetos autênticos que correspondam ao seu objeto, à medida que se debruça sobre ele⁷⁷ (GADAMER, 2003).

Isso implica em não deixar que as opiniões prévias se tornem arbitrárias. A coisa é condicionada pelo que somos historicamente, mas não deve ser e não é aquilo que previamente possamos antecipar ou querer que ela seja. Essa noção é importantíssima à interpretação jurídica, pois o intérprete não deve sobrepor suas opiniões ou suas “felizes ideias” (por mais felizes que sejam), sobre o que o caso, o texto normativo e o ordenamento jurídico como um todo deixam à mostra à medida que se avança na análise.

Toda essa tarefa de reformulação de pré-compreensões envolve, em outras palavras, levar a sério a alteridade da compreensão. Isso não quer dizer esquecimento das opiniões prévias sobre o seu conteúdo ou opiniões próprias do sujeito, mas o que se exige “[...] é simplesmente a abertura à opinião do outro ou à do texto. Mas essa abertura já inclui sempre que se ponha a opinião do outro em alguma relação com o conjunto das opiniões próprias, ou que a gente se ponha em certa relação com elas.” (GADAMER, 1999, p. 404).

Claro que, tendo em vista a historicidade ontológica da compreensão, as opiniões se apresentam em uma infinidade de possibilidades mutáveis, mas dentro dessa multiplicidade, ou seja, dentro do espaço diversificado em que o leitor pode

⁷⁷ “Quem procura compreender está exposto a erros de opiniões prévias, as quais não se confirmam nas próprias coisas, que como projetos são antecipações que apenas devem ser confirmadas ‘nas coisas’, tal é a tarefa constante da compreensão.” (GADAMER, 1999, p. 402)

encontrar sentido nem tudo é possível – ademais, cada opinião pode ser vista como finita em sua experiência existencial. Nesse sentido, quem não ouve direito o que o outro está dizendo, não conseguirá integrar o mal-entendido em suas próprias e variadas expectativas de sentido (GADAMER, 1999).

Assim, o ouvir o outro está na essência do compreender. Quem pretende compreender um texto, por exemplo, deve estar

[...] disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si. Por isso, uma consciência formada hermenêuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem ‘neutralidade’ nem tampouco auto-anulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes. O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias. (GADAMER, 1999, p. 405).

E nisso se tem a noção de que, na compreensão, há um necessário processo dialógico entre sujeito e objeto ou intérprete e obra. O ato compreensivo é, também, diálogo, um diálogo de conversação por meio de um proceder entre pergunta e resposta, segundo lhe designou Gadamer (1999).⁷⁸ Esse proceder igualmente permeia as noções de círculo hermenêutico e de fusão de horizontes (PEREIRA, 2001). Conforme o exemplo dado por Gadamer, o fato de que

[...] um texto transmitido se converta em objeto da interpretação quer dizer, para começar, que coloca uma pergunta ao intérprete. A interpretação contém, nesse sentido, sempre uma referência essencial constante à pergunta que foi colocada. Compreender um texto quer dizer compreender essa pergunta. Mas isso ocorre, como já demonstrado, quando se ganha um horizonte hermenêutico. Nós reconhecêmo-lo agora como o *horizonte do perguntar*, no qual se determina a orientação de sentido do texto. (GADAMER, 1999, p. 544).

Como diz o trecho acima, se a elaboração da situação hermenêutica do

⁷⁸ A hermenêutica significa, antes de tudo, “[...] o fato de algo falar para mim e me colocar em questão, na medida em que me coloca uma questão. Por isso, a linguagem nunca é senão no diálogo o que ela pode ser, uma vez que ela abre no jogo de pergunta e resposta uma visão que não oferece nem na minha perspectiva, nem na perspectiva do outro. (GADAMER, 2007, p. 214).

compreender tem sua profundidade determinada pela tomada do horizonte adequado⁷⁹, pode-se dizer, de outra forma, que a compreensão está ligada à pertinência das indagações que o intérprete faz à coisa e, vice-versa, às respostas que suas pré-compreensões dão aos questionamentos colocados por esta (coisa)⁸⁰; por isso, o horizonte histórico é o horizonte do perguntar. Colocar-se no horizonte adequado para a compreensão do objeto é, em outras palavras, fazer as perguntas certas diante do que se apresenta.

E, assim como o horizonte traz a ideia de algo sempre aberto e em constante formação, todo o desencadear da compreensão igualmente constitui-se em “[...] um diálogo infinito que sempre se reinicia novamente e sempre emudece uma vez mais, sem jamais encontrar um fim.” (GADAMER, 2007, p. 219).

Não se pode olvidar, por derradeiro, a estrutura da linguisticidade. O processo circular e dialogal da compreensão ocorre por meio e na linguagem, como já compartilhara o “último”⁸¹ Heidegger.⁸²

O pensamento e, conseqüentemente, toda forma de comunicação apenas se realizam linguisticamente. A linguagem é a porta de acesso aos fenômenos e, assim, possibilidade de conhecimento. Nada existe exterior à linguagem, para a experiência humana (PEREIRA, 2001). A linguagem, nas palavras de Gadamer (1999, p. 566),

⁷⁹ “A tarefa da compreensão histórica inclui a exigência de ganhar em cada caso o horizonte histórico, a fim de que se mostre, assim, o que queremos compreender em suas verdadeiras medidas. Quem omitir esse deslocar-se ao horizonte histórico a partir do qual fala a tradição, estará sujeito a mal-entendidos com respeito ao significado dos conteúdos daquela.” (GADAMER, 1999, p. 453).

⁸⁰ O diálogo de perguntas e respostas, deve se lembrar, é sempre circular, isto é, recíproco entre intérprete e objeto. Como comenta Gadamer (1999, p. 549-550): “A reconstrução da pergunta, à qual responde um determinado texto, não pode ser retomada, evidentemente, como um produto puro da historiografia. No princípio, está, antes, a pergunta que o texto nos coloca, o ser atingido pela palavra da tradição, de modo que sua compreensão implica sempre a tarefa de automediação histórica do presente com a tradição. Assim, pois, na realidade a relação entre pergunta e resposta inverteu-se. O transmitido, que nos fala – o texto, a obra, o indício – coloca, ele próprio, uma pergunta e situa portanto nossa opinião no aberto. Para poder dar resposta a esta pergunta que se nos coloca, nós, os interrogados, temos que começar, por nossa vez, a interrogar. Procuramos reconstruir a pergunta a que o transmitido poderia dar resposta.”

⁸¹ O “último” Heidegger se refere ao terceiro momento da trajetória de sua obra, conforme mencionado nas páginas 62 e 63 *supra*.

⁸² Para Vattimo (1999, p. 15), no eixo Heidegger-Gadamer, “[...] a hermenêutica revela os seus dois aspectos constitutivos: o da ontologia e o da *Sprachlichkeit*, da linguisticidade.”

“[...] é o médium universal em que se realiza a própria compreensão.”⁸³ Nesse sentido, a pergunta “o que pode ser compreendido?” é respondida pelo o autor da seguinte forma:

O ser que pode ser compreendido é linguagem. O fenômeno hermenêutico devolve aqui a sua própria universalidade à constituição ôntica do compreendido, quando determina, num sentido universal, como linguagem, e determina sua própria referência ao ente, como interpretação. (GADAMER, 1999, p. 687).

Se a compreensão está determinada pelos pré-conceitos presenciados pela experiência e se a cada ato de conhecimento o mundo é descoberto, mediado pelas impressões de quem o descobre, em verdade, a decodificação da linguagem do mundo, isto é, das linguagens⁸⁴ presenciadas na tradição, transformam-se em novas linguagens no desenvolver de cada compreensão (BITTAR, 2005).

Tudo o que é vivido pelos indivíduos históricos – tudo o que é sentido, experimentado, intuído, visto, pensado⁸⁵ – é depositado num código comum de comunicação e identificação, de forma que a história se desenvolve em camadas de linguagem, formando-se, paulatinamente, em seu processo de transmissão de geração em geração (BITTAR, 2005).⁸⁶ É dessa forma,

[...] que a historicidade da tradição aporta nas docas do conhecimento de um indivíduo. Na medida em que, como utente de um sistema de linguagem, se vale do conjunto de símbolos à sua disposição, e se manifesta para sua existência o que de história anterior já houve para um conjunto de outros indivíduos que com ele repartem a condição humana. Assim é que a

⁸³ “Percebe-se, com Gadamer, o quanto o mundo e a compreensão do mundo são devedores do fenômeno da linguagem e da tradição, da dinâmica dos falantes, ao estilo de Humboldt, e à experiência-de-mundo, ao estilo de Heidegger.” (BITTAR, 2005, p. 186).

⁸⁴ “Bem compreendida a questão, em verdade, as diversas acepções de linguagem são muito mais acepções de mundo do que propriamente problemas linguísticos. Começa a exsurgir uma postura teórica tal que a linguagem não está no mundo, não é parte do mundo (como mais um objeto de sua pertença), mas é o mundo, ou o mundo é linguagem (BITTAR, 2005, p. 187).

⁸⁵ Tudo o que se transmite na tradição é linguagem, não apenas a língua falada ou o texto escrito. Segundo Gadamer (1999, p. 567): “O que se chega a nós pelo caminho da tradição linguística não é o que ficou, mas algo que se transmite, isto é, ela nos diz – seja sob forma de tradição oral, onde vivem o mito, a lenda, os usos e costumes, seja sob a forma da tradição escrita, cujos signos estão destinados imediatamente a qualquer leitor que esteja em condições de o ler.”

⁸⁶ “Enfim, a história é feita linguagem, de modo que o conjunto das múltiplas experiências humanas reduz-se aos códigos da linguagem, e, a eles incorporado, transmite-se sutilmente aos outros como as sementes que espalham sua fecundidade sutilmente pelo vento.” (BITTAR, 2005, p. 187).

hermenêutica tem a ver com a tradição, uma vez que a compreensão está determinada pela linguagem, forma que tenho para conhecer o mundo e as coisas. (BITTAR, 2005, p. 187).

A linguisticidade da compreensão, assim, completa o pensamento gadameriano na forma até aqui apresentada. Se o sujeito se relaciona com as vivências de mundo, vivências essas construídas a partir de sua historicidade, é por meio da linguagem que tal historicidade, ou seja, que os efeitos da história (história efetual) está presente em sua vida e, assim, em sua compreensão de mundo (BITTAR, 2005). A linguisticidade da compreensão para Gadamer (1999) é, por isso, a concreção da consciência dos efeitos da história sobre todo o conhecimento.

Aproveitando o gancho, a noção de história efetual resume, basicamente, o entendimento segundo o qual a compreensão se dá sob os efeitos da história. Para além de toda consciência ou método, a perspectiva de quem observa é limitada pelo que o passado e o próprio presente produzem no acontecer da tradição – isso é história efetual (PEREIRA, 2001).

Gadamer (1999), nessa linha, demonstra a ingenuidade da fé metodológica racionalista e iluminista, tanto nas ciências naturais, quanto nas ciências do espírito, quando ignoram os efeitos da história sobre toda e qualquer compreensão. É necessário, segundo o autor, que

[...] se reconheça que os efeitos da história efetual operam em toda compreensão, esteja ou não consciente disso. Quando se nega a história efetual na ingenuidade da fé metodológica, a consequência pode ser até uma real deformação do conhecimento. Isso nos é conhecido através da história da ciência, como a execução de uma prova irrefutável de coisas evidentemente falsas. Mas, em seu conjunto, o poder da história efetual não depende de seu reconhecimento. Tal é precisamente o poder da história sobre a consciência humana limitada: o poder de impor-se inclusive aí, onde a fé no método quer negar a própria historicidade. Daí a urgência com que se impõe a necessidade de tornar consciente a história efetual: trata-se de uma exigência necessária à consciência científica. (GADAMER, 1999, p. 450).⁸⁷

⁸⁷ Conforme anota Fernandes (2013, p. 174): “Com o giro hermenêutico de Gadamer, aprendemos que não há método que alcance a verdade sobre objetos, ou seja, que desvele os objetos e nos mostre-os de forma pura, absoluta e total. [...] Ou seja, a Hermenêutica filosófica nos mostra que os nossos conceitos e nossas compreensões se assentam, na verdade, em pré-compreensões, em pré-conceitos. Isso demonstra que, qualquer pretensão à neutralidade científica e a verdades que não sejam apenas precárias e datadas (à luz de pré-compreensões) na ciência moderna, nos levam ao fracasso.”

Reforce-se, que o que Gadamer (1999) propõe, com a conclusão do trecho acima, é uma tomada de consciência da condição histórica limitada e temporal do saber metodológico, mas não sua exclusão do campo científico, incluído o âmbito das ciências sociais. A investigação de Gadamer (1999) precede e resignifica a crença no método, mas não o nega⁸⁸ (PEREIRA, 2001). O próprio autor informa que sua tarefa não exclui,

[...] o mínimo que seja, que os métodos das ciências modernas da natureza encontrem aplicação também no universo social. A nossa época, talvez, esteja até bem mais determinada pela racionalização crescente da sociedade e pela técnica científica de conduzi-la, do que pelo progresso espantoso da ciência moderna da natureza. O espírito metodológico da ciência impõe-se por toda parte. Assim, de longe, não me veio à mente negar a premência ineludível do trabalho metodológico, dentro das assim chamadas ciências do espírito. (GADAMER, 1999, p. 15).

Destacam-se, ainda, nesse desencadear de ideias, outras duas questões resolvidas na hermenêutica filosófica de Gadamer.

Em primeiro lugar, a compreensão se vê liberta da tradicional dicotomia entre sujeito/objeto, passando para uma relação sujeito/sujeito (intersubjetiva). Há uma clara intersubjetividade na teoria hermenêutica gadameriana, embora o autor não o tenha mencionado (SALGADO, 2006). Para Gadamer (1999), a fusão de horizontes é vista como forma de realização da conversação, na qual um saber chega à sua expressão, não na qualidade de casa minha ou de meu autor, mas de coisa comum a ambos, cujo meio é a linguagem⁸⁹ (SALGADO, 2006).

A experiência hermenêutica tem sua realização no momento em que o horizonte histórico do intérprete se funde com o horizonte histórico do objeto

⁸⁸ Palmer (1999, 168) apreendeu muito bem o ponto da crítica gadameriana ao afirmar que: “Assim, com o aparecimento de *Verdade e Método*, a teoria hermenêutica entra numa nova e importante fase. [...] Abandona-se a antiga concepção de hermenêutica como sendo a base metodológica específica das *Geisteswissenschaften*; o próprio estatuto do método é posto em causa, pois o título do livro de Gadamer é irônico: o método não é o caminho para a verdade. [...] logo desde o início, a distinção entre a hermenêutica filosófica de Gadamer e o tipo de hermenêutica que se orienta para os métodos e para a metodologia. Gadamer não se preocupa directamente com os problemas práticos da formulação de princípios interpretativos correctos; antes pretende esclarecer o próprio fenómeno da compreensão. Isso não significa que negue a importância da formulação de tais princípios; pelo contrário, eles são necessários às disciplinas interpretativas.”

⁸⁹ Comenta Salgado (2006, p. 111): “[...] que é justamente a linguagem de conversação que dá possibilidade de uma superação sujeito-objeto, tornando viável a própria fusão dos horizontes e, com isso, a compreensão.”

interpretado, o que se opera em um movimento dialógico, e não mais apropriativo. (HABERMAS, 2004; FERNANDES, PEDRON, 2007).

Isso significa que não mais se sustentam as concepções segundo as quais as coisas são aprendidas em seu sentido objetivo, já pronto e acabado na realidade; ou, olhando para o direito, quer dizer que não se sustentam as teses de que o texto se equipara à norma, de modo que o intérprete apenas teria a tarefa de reproduzir o seu sentido já pré-estabelecido. Além disso, significa, também, que se rejeita a ilusão da filosofia da consciência, segundo a qual o sujeito se apropria do conhecimento das coisas a partir de suas próprias faculdades cognitivas, sem qualquer influência do meio histórico (HABERMAS, 2004). E, nesse sentido, são rejeitadas, também, posturas subjetivistas (no sentido de subjetivismo), para as quais o sentido da compreensão seria prerrogativa única e exclusiva do intérprete, abrindo o caminho à sua discricionariedade e ao relativismo⁹⁰ (TRINDADE, 2006).

A compreensão na hermenêutica filosófica, portanto, não se aproxima do objetivismo, uma vez que o sentido do objeto é apreendido apenas sob os efeitos da condição histórica do intérprete, e nem do subjetivismo, pois somente se conhece na medida em que se recebe as respostas (e perguntas) próprias do horizonte histórico do objeto.

Há, por isso mesmo, possibilidade de conhecimento objetivo na apreensão da *coisa-em-si* mesma nos momentos em que ela surge na tradição, embora não se trate de conhecimento absoluto. O objeto ou o texto a ser compreendido é um outro e, assim, abre-se para uma objetividade na história. Neste ponto, está presente a ideia gadameriana de distância temporal, pela qual a temporalidade que marca tanto sujeito, como objeto, permite que a alteridade surja como possibilidade positiva e produtiva do compreender (compreende-se porque o outro também fala algo e vice-versa) (GADAMER, 1999). A distância temporal indica, em outro prisma, que a compreensão de algo não significa o puro lançar apenas dos pré-conceitos do próprio sujeito.

Nesse sentido, um dos mais importantes paradoxos da hermenêutica filosófica

⁹⁰ Essa linha de entendimento pode ser identificada, por exemplo, com a corrente do realismo jurídico americano, segundo a qual o direito seria somente aquele produzido pelos juízes e tribunais (TRINDADE, 2006).

é que a objetividade (não objetivismo) é possível, justamente, porque o conhecimento é histórico e temporalmente situado, marcado, assim, pela finitude. A finitude histórica da compreensão, na mesma medida em que afasta a concepção de um saber absoluto e imutável, é o que possibilita a determinação de sentidos objetivos nos momentos da tradição. O relativismo nega a finitude da compreensão existencial situada na história (TRINDADE, 2006; STRECK, 2006).

É na situação da finitude do ser na história que, para Gadamer (1999), deve estar centralizada a discussão do verdadeiro e do falso. Tal como na experiência da arte⁹¹ em que

[...] temos de nos haver com verdades que suplantam fundamentalmente o âmbito do conhecimento metódico, algo semelhante vale para o todo das ciências filosóficas, nas quais nossa tradição histórica, em todas as suas formas, é transformada em *objeto* de pesquisa, e acaba, porém e ao mesmo tempo, ela mesma *manifestando-se em sua verdade*. A experiência da tradição histórica vai fundamentalmente além do que nela é possível ser pesquisado. Ela não mostra apenas no sentido de verdade ou inverdade, sobre o que decide a crítica histórica – transmite sempre a verdade, da que urge *em parte tirar proveito*. (GADAMER, 1999, p. 31-32).

A segunda questão a ser, aqui, destacada é a ausência de distinção entre compreensão, interpretação e aplicação.

Segundo Gadamer (1999), desde a hermenêutica romântica, bem como em razão da passagem da linguagem para o centro do saber, já se tinha chegado à conclusão de que a interpretação não é um ato posterior ou complementar da compreensão, mas compreender é sempre interpretar e, por conseguinte, que a interpretação é a forma explícita da compreensão. No entanto, o terceiro momento da problemática hermenêutica, o da aplicação, ainda não havia sido colocado no seu devido lugar, mas visto de forma desconexa em relação aos dois outros dois momentos (GADAMER, 1999).

As implicações de sua hermenêutica filosófica, todavia, deixam claro, segundo Gadamer (1999, p. 460), que é preciso “[...] admitir que, na compreensão, sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido, à situação atual do

⁹¹ Em sua obra central, na qual desenvolve os fundamentos de sua hermenêutica filosófica, Gadamer conduz sua linha de raciocínio, em uma primeira parte, a partir de uma crítica à consciência estética, e, em uma segunda parte, com uma crítica à consciência histórica (PEREIRA, 2001).

intérprete [...]” e que “[...] a aplicação é um momento do processo hermenêutico, tão essencial e integrante como a compreensão e a interpretação.” A compreensão, a interpretação e a aplicação são acontecimentos coincidentes.

De modo dissecado, se a pré-compreensão é o pressuposto possibilitador da compreensão, que se realiza em um movimento circular, por meio do qual, o objeto se mostra a partir da visão de mundo (situação hermenêutica) do intérprete, a compreensão, portanto, não pode ser vista como um fenômeno abstrato, mas sempre aplicado na realidade histórica a que o sujeito e o objeto se referem (PEREIRA, 2001).

A compreensão de um texto, por assim dizer, apenas se forma como imediata aplicação na realidade em que está situado o intérprete e da qual fala o objeto.⁹² Em verdade, não existe compreensão sem aplicação.

Essa noção é fundamental no direito, na medida em que compreender um texto normativo é sempre pensá-lo ou aplicá-lo em uma situação concreta que se apresenta na tradição. Segundo Gadamer exemplifica:

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).

Dessa forma, percebe-se que não apenas a dicotomia sujeito/objeto é superada, mas também se refuta a cisão simplista entre direito e realidade, norma e fato, questão de direito e questão de fato, dentre outras expressões do ideário jurídico (STRECK, 2006). Se a compreensão é sempre aplicação a um contexto histórico-temporal de sentido, o direito apenas é entendido dentro de uma concreção hermenêutica face à realidade histórica em que é pensado⁹³, assim como a norma é sempre produto da

⁹² Em outro momento afirma Gadamer (2003, p. 57): “O objeto para o qual se dirige a nossa aplicação determina, desde o início e em sua totalidade, o conteúdo efetivo e concreto da compreensão hermenêutica”.

⁹³ Como lembram Fernandes e Pedron (2007), a virada linguística produziu uma nova compreensão da hermenêutica jurídica e do próprio direito. Como elemento da vida, o direito vale-se igualmente da linguagem, aplicando-se àquele o que vale para esta. Nesse sentido, o direito não contém nenhuma distinção ou conceito *a priori*, mas pressupõe uma prática argumentativa, tendo em vista o nível pragmático da linguagem que o externaliza.

compreensão do texto em face do seu quadro real de aplicação.⁹⁴

O texto normativo não é a norma, pois somente adquire sentido dentro do molde histórico-real em que é aplicado. Porém, por outro lado, não existe norma sem a alteridade do texto. O que se quer dizer é que no fenômeno jurídico o texto normativo e a realidade não são dimensões separadas, mas cointegrantes no processo dialético de fusão de horizontes em que se obtém a norma jurídica.

Assim, as escolas alemãs que tentaram fundamentar as mutações constitucionais e fracassaram, sobretudo, em dar uma explicação ao fenômeno dentro de parâmetros jurídicos, assim o fizeram partindo da premissa equivocada de separação entre direito e realidade, entre constituição e ordenação social; ou quando o cogitaram, não tinham em mãos os pressupostos teóricos suficientes, como se deu no reconhecido esforço de Heller.

Apenas uma fundamentação das mutações constitucionais como fenômenos essencialmente hermenêuticos poderá fornecer uma compreensão adequada do tema. Essa fundamentação será capaz de assimilá-lo como algo dentro, inerente, e não fora do direito, concebido como mudanças no interior da própria norma constitucional, conforme se demonstra adiante. Esse caminho possibilita uma resposta normativa ao fenômeno, abrindo espaço para a consideração de limites à sua ocorrência.

3.3 Mutação constitucional como processo hermenêutico

O que foi desenvolvido até aqui permite afirmar que a mutação constitucional deve ser encarada como um caso especial do processo de compreensão da constituição. Concebida pela doutrina tradicional como o processo de modificação do sentido da

⁹⁴ Trindade (2006, p. 254-255) relaciona esse aspecto à blindagem contra a arbitrariedade, lembrando lição de Streck (2006): “Assim sendo, é preciso entender que o processo compreensivo – segundo o qual interpretar é aplicar – transforma-se em uma blindagem contra arbitrariedades, visto que a interpretação nunca se dará em abstrato, mas através de um processo de concreção – que é *applicatio* – que ocorre no momento do acontecer do sentido e se dá, ainda, na diferença ontológica. Portanto, pode-se concluir, na esteira de Streck, que *não há textos sem normas* e, também, que *não há normas sem fatos*, de tal maneira que *não há interpretação sem relação social*, sendo o caso concreto o *locus* em que se dará o sentido, único e irrepetível.”

norma constitucional, sem a alteração de seu texto, a mutação deve, necessariamente, ser entendida como resultado da fusão de horizontes do texto, da realidade histórica e da comunidade que o interpreta.

Como visto no item anterior, o processo circular de fusão de horizontes tem sua realização no momento em que o horizonte histórico do intérprete se funde com o horizonte histórico do objeto interpretado, em um movimento dialógico (não apropriativo). Neste movimento, onde pré-compreensões dão lugar a compreensões e onde a fusão de horizontes faz aparecer novos horizontes (formas de ver), algo novo sempre aparece⁹⁵ (PALMER, 1999; FERNADES, PEDRON, 2007).

Isso não quer dizer, a princípio, que toda interpretação leva a uma mutação constitucional, mas, antes, significa que a compreensão, enquanto acontecer ontológico, nunca é vivida de forma idêntica pelo sujeito, ainda que o sentido de algo não seja alterado. No entanto, por outro lado, é justamente essa abertura constante de que algo novo sempre aparece na circularidade entre pré-compreensões e compreensões, que, também, torna possível mudanças significativas de sentido do texto constitucional em pontos diferentes da tradição, dando lugar ao que se chama de mutações constitucionais.

As mutações constitucionais são, assim, um caso particular da experiência jurídica, que, “nada mais nada menos”, reflete a abertura e mutabilidade de toda compreensão⁹⁶. Reflete, em outras palavras, o acontecer da própria existência, em relação à qual a experiência jurídica é também um dos modos do existir. Foi o que concluiu Hernández-Largo (1992), ao afirmar que a partir do acesso à hermenêutica filosófica, a interpretação e a compreensão jurídicas são entendidas como modos próprios do existir social e da apropriação de uma cultura que é anterior à razão

⁹⁵ Segundo Palmer (1999, p. 211): “Não somos tanto pessoas que conhecem como pessoas que experimentam; o encontro não é chegar conceptualmente a algo, antes é um evento em que um mundo se nos abre. Na medida em que cada intérprete se situa num novo horizonte, o evento que se traduz linguisticamente na experiência hermenêutica é algo de novo que aparece, algo que não existia antes. Neste evento, fundado na linguisticidade e tornado possível pelo encontro dialético com o sentido do texto transmitido, encontra a experiência hermenêutica a sua total realização.”

⁹⁶ Aqui não se pode esquecer o pano de fundo das lições de Heidegger. Para lembrar, segundo comentário de Gadamer (2003, p. 40): “Para Heidegger, o compreender, a compreensão, não é mais, como para Dilthey, um ideal de conhecimento ao qual o espírito que envelheceu de resignar-se, nem é mais o simples ideal de método da filosofia. Ao contrário, o compreender é a forma originária de realização do ser-aí humano enquanto ser-no-mundo.”

individualizada. Segundo o autor,

[...] a atividade de interpretação e de aplicação se enquadram em uma filosofia da existência humana, que se expande em um processo histórico e sociológico, constituído pela história das interpretações levadas a cabo por sucessivos intérpretes em cada nova situação. A interpretação e a compreensão jurídicas são entendidas como modos próprios do existir social e da apropriação de um valor cultural que é anterior à razão individualizada. O entender e o interpretar um texto é um modo de contribuir para a cultura humana e mesmo para a autocompreensão do indivíduo. (HERNANDEZ-LARGO, 1992, p. 11)⁹⁷

Lembre-se que o *Dasein* (o *ser-aí* humano) tem estrutura não apenas do *ser-lançado*, mas também de *pro-jeto*, isto é, capacidade de projetar novas possibilidades de existência. (GADAMER, 2003; HEIDEGGER, 2005). O pertencimento à tradição não é menos ou mais constitutivo da finitude histórica do *ser-aí*, do que o fato desse *ser-aí* estar sempre em direção a possibilidades futuras (GADAMER, 2003). O compreender, escreve Gadamer (2003, p. 40), “[...] é o modo de ser do *ser-aí* que o constitui como ‘saber-ser’ (*savoir-être*) e ‘possibilidade’.” Ser *pro-jeto* significa, assim, possibilidade de alargamento existencial e, isto é, possibilidade de abertura de sentido. A mutação constitucional é, pode-se dizer, mais uma das possibilidades do *pro-jeto* do a constituição.

Essa possibilidade dá-se no círculo hermenêutico pensado como espiral que vai se desenvolvendo na tradição histórica. Tradição que não está morta, estática, mas está em constante formação de horizontes, da qual se participa diretamente⁹⁸, e não apenas se é afetado por ela. Sobre essa constante formação em que se encontram os horizontes históricos, escreveu Gadamer da seguinte forma, destacando a relação

⁹⁷ “[...] la actividade de interpretación y aplicación se enmarcan en una filosofía de la existencia humana, que se expande en un proceso histórico y sociológico, constituido por la historia de las interpretaciones llevadas a cabo por los sucesivos intérpretes en cada nueva situación. La interpretación y comprensión jurídicas son entendidas como modos propios del existir social y de la apropiación de un valor cultural que es anterior a la razón individualizada. El entender e interpretar un texto es un modo de contribuir a la cultura humana y a la misma autocompreensión del individuo.” (HERNÁNDEZ-LARGO, 1992, p. 11).

⁹⁸ O que satisfaz nossa consciência histórica é sempre uma pluralidade de vozes nas quais ressoa o passado. Isso somente aparece na diversidade das ditas vozes: tal é a essência da tradição da qual participamos e queremos participar. A própria investigação histórica moderna não é somente investigação, mas também mediação da tradição. Não a vemos somente sob a lei do progresso e dos resultados assegurados – nela também realizamos nossas experiências históricas, na medida em que nela faz-se ouvir cada vez uma voz nova em que ressoa o passado. (GADAMER, 1999, p. 426-427).

inerente entre o velho e o novo:

Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a por à prova constantemente todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmos procedemos. O horizonte do presente não se forma pois à margem do passado. Nem mesmo existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem ganhos. Antes, *compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos*. Nós conhecemos a força dessa fusão sobretudo de tempos mais antigos e de sua relação para consigo mesmos e com suas origens. A fusão se dá constantemente na vigência da tradição, pois nela o velho e o novo crescem sempre juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explicitamente por si mesmos. (GADAMER, 1999, p. 457).

Diante disso, o sempre constituir presente na fusão de horizontes faz com que, ao partir o intérprete de horizontes históricos – pontos de vistas – diferentes que vão se desenvolvendo, necessariamente surjam novas compreensões. Novos horizontes surgem tanto pela fusão de sentido com as coisas, objetos e textos, quanto pela intersubjetividade entre os horizontes⁹⁹ dos vários outros, vozes e intérpretes, que participam do desenrolar da tradição.

Esse andar inerente à compreensão e, portanto, inerente à experiência jurídica, reflete um processo de constante atualização. Compreender é sempre atualizar. Quem a isso ignora não percebeu a ilusão em que vive, pois somente tem acesso a algo aplicando-o à sua própria experiência de mundo – portanto, atualizando. E, quem assim o ignora fecha o caminho de honestidade e consciência em relação à história efetual, arriscando à arbitrariedade de suas pré-compreensões.

Dessa forma, conforme resume Salgado (2006), referindo-se à conversação entre pergunta e resposta, toda e qualquer compreensão nada mais é do que a reconstrução da pergunta que o texto nos impõe, mas essa reconstrução não se dá mais no momento originário do texto, mas, sim, na situação tradicional em que se é atingido por ele.

É, nesse contexto, que Gadamer (1999) afirma que a atualização da

⁹⁹ “Segundo a sua essência, o mundo da vida é uma multiplicidade de horizontes, e, com isso, uma estrutura extremamente diferenciada, na qual a validade objetiva também tem certamente o seu lugar, mas não possui mais nenhuma posição monopolizadora.” (GADAMER, 2007, p. 218).

compreensão traz a ideia de possibilidade histórica do compreendido. Se somente conheço a partir de minhas pré-compreensões de mundo, a atualização, ou seja, a compreensão com base em meu contexto histórico é, por assim dizer, a possibilidade que tenho de conhecer. Segundo Gadamer (1999, p. 549), “toda atualização na compreensão pode compreender-se como uma possibilidade histórica do compreendido.” Logo, os processos de mudança de sentido são inafastáveis, posto que não apenas são inerentes ao *pro-jeto*, mas também porque são resultados da própria condição de possibilidade do compreender – a atualização.

Em razão disso, nos momentos distintos compreender-se-á de forma distinta e, certamente, a cada geração, outros compreenderam, também, de maneira diversa.¹⁰⁰ É o que, com clareza, explica Gadamer:

Através de sua nova atualização na compreensão, os textos se integram num autêntico acontecer, tal como os eventos, em virtude de sua própria continuação. Isto é o que havíamos caracterizado, na experiência hermenêutica, como o momento de história efetual. Toda atualização na compreensão pode compreender-se como uma possibilidade histórica do compreendido. Na finitude histórica da nossa existência está o fato de que sejamos conscientes de que, depois de nós, outros compreenderão cada vez de maneira diferente. (GADAMER, 1999, p 549).

Assim, tudo isso pode ser dito da seguinte forma: a história efetual, no seu constante acontecer, é a responsável pela compreensão dos dispositivos constitucionais em novos significados no transcorrer da tradição.

Trindade (2006) exemplificou esse movimento da compreensão com dois casos da experiência constitucional norte-americana. Em resumo, no primeiro caso, lembra que, em 1865, o Congresso americano aprovou a décima terceira emenda constitucional, abolindo a escravidão. Logo em seguida, em 1866, por meio da décima quarta emenda, concedeu cidadania e alguns direitos civis aos afro-americanos. No entanto, com fulcro em novo entendimento adotado em 1873, segundo o qual a positivação de direitos dos cidadãos seria competência das esferas estaduais, a Suprema Corte daquele país, em 1896, no caso *Plessy vs. Ferguson*, julgou ser constitucional a lei do Estado da Louisiana que ordenava acomodações separadas,

¹⁰⁰ Nesse sentido, com Gadamer (1999, p. 426): “Admitimos que em tempos diversos ou a partir de pontos de vista diferentes a coisa se representa historicamente sob aspectos também diversos.”

porém iguais para brancos e negros no transporte ferroviário, caso no qual se cunhou a máxima do *separated but equal* (separados mas iguais). Ultrapassado, no entanto, quase um século da abolição da escravidão, em 1954, a Corte Constitucional norte-americana, presidida pelo juiz Warren, decidiu que era inconstitucional a mesma política de segregação de negros nas escolas, no famoso caso *Brown vs. Board of Education* (TRINDADE, 2006; ELY, 2010).

Na mesma linha, o segundo exemplo destacado por Trindade (2006) se refere ao caso *Bowers vs. Hardwick*, julgado em 1986, no qual a Suprema Corte americana decidiu pela constitucionalidade de uma lei do Estado da Geórgia, que criminalizou a prática sexual da sodomia. Quase vinte anos depois, no caso *Lawrence vs. Texas*, julgado em 2003, a Corte Constitucional revisou seu entendimento anterior e, interpretando no mesmo texto constitucional, declarou inconstitucional a referida Lei.

Modificações interpretativas como essas, que exemplificam mutações constitucionais, também são percebidas na experiência constitucional brasileira. Em construções jurisprudenciais recentes, o Supremo Tribunal Federal revelou a modificação de sentido em dispositivos constitucionais, a partir de novos horizontes de compreensão, conforme se exemplifica no último capítulo.

As mutações constitucionais não implicam no surgimento de uma nova constituição, pelo mesmo motivo que as constantes modificações de entendimento sobre a interpretação de uma determinada obra não significam que o leitor esteja lendo uma obra diferente, ainda que passe a ter compreensões diversas sobre vários de seus pontos, em virtude de se encontrar em uma nova situação hermenêutica, com novas pré-compreensões e horizontes.

Desse modo, no entendimento da mutação constitucional como processo hermenêutico, como aqui se tem defendido, a constituição é a mesma, mas a fusão de horizontes, em que opera a história efetual, dá lugar a novos significados. Esse entendimento é consequência da experiência compreensiva sob a fundamentação da hermenêutica filosófica. Como ratifica Gadamer, na estrada da existência histórica é necessário ter a consciência:

[...] de que, depois de nós, outros compreenderão cada vez de maneira diferente. Do mesmo modo, para a nossa experiência hermenêutica é

inquestionável que é a mesma obra – cuja plenitude de sentido se manifesta na transformação da compreensão – que permanece, como é a mesma história, cujo significado continua determinando-se incessantemente. (GADAMER, 1999, p. 549).

Tal noção é essencial para o reforço a força normativa da constituição. No entanto, esse reforço apenas faz sentido se as mutações constitucionais são encaradas como resultado do processo compreensivo de fusão de horizontes, no qual as modificações de sentido refletem alterações dentro do próprio direito ou, dito de outra forma, no interior da própria norma constitucional.

Nessa perspectiva, as mutações constitucionais não são encaradas como um problema, mas como fenômenos inerentes à experiência jurídica¹⁰¹ e, assim, como possibilidade, e não desvio de desenvolvimento do direito constitucional, pois desempenha a função de promover a atualização da constituição ao longo do tempo, cooperando com sua força vinculante face à realidade.

A mutação constitucional como mudança no interior da norma oferece, portanto, respostas normativas para o fenômeno, ao invés de encará-lo como mudanças impostas pelas forças fáticas em contraposição a um direito constitucional inoperante.

Tal noção – mutação constitucional como mudança no interior da norma – recebe contribuições fundamentais da teoria estruturante do direito de Friedrich Müller, complementadas no tema das mutações constitucionais por Konrad Hesse. Essas contribuições serão registradas adiante, na medida em que subsidiam a visualização da fundamentação ora proposta no âmbito da prática jurídica constitucional, além do que, na mesma esteira, auxiliam no caminho de se pensar limites ao fenômeno.

¹⁰¹ Gadamer (1999, p. 547) trabalha essa ideia de forma interessante no seguinte trecho: “Em geral experimentamos o curso das coisas como algo que nos obriga continuamente a alterar nossos planos e expectativas. Aquele que procura manter rigidamente seus planos é justamente quem acaba sentindo a impotência de sua razão. São muito raros os momentos em que tudo anda ‘por si mesmo’, em que os acontecimentos saem espontaneamente ao encontro dos nossos planos e desejos. Então assim é que podemos dizer que tudo está transcorrendo conforme o plano. Mas aplicar esta experiência ao todo da história implica realizar uma tremenda extrapolação que contradiz estritamente a nossa experiência da história.”

3.3 Mutação constitucional como mudança no interior da norma

Importantes teorias assimilaram as conquistas da virada linguístico-ontológica e da hermenêutica filosófica ao longo do século XX, propondo contribuições mais compatíveis com os novos desafios do direito e da aplicação jurídica.

Um exemplo dessas importantes teorias foi a desenvolvida por Friedrich Müller, na década de sessenta do século passado, conhecida como teoria estruturante do direito ou metódica estruturante do direito. Inicialmente voltado às normas constitucionais, Müller (2009; 2010; 2012) desenvolveu, com notável compreensão, novos elementos para uma teoria da norma e da própria prática jurídica.¹⁰²

Sua pretensão, conforme afirmou o próprio Müller,

[...] foi elaborar a especificidade da ciência jurídica a partir da estrutura da norma jurídica, nos termos das teorias das normas. O objetivo é tornar assim mais operacional para a concretização do direito a vinculação de questões práticas com questões de princípio e colocar simultaneamente ‘métodos’ relativos, as perspectivas metodológicas auxiliares a serviço da racionalidade especificadamente jurídica e da sua objetividade limitada. (MÜLLER, 2011, p. 93).

Müller (2012), assim, desenvolve uma teoria da norma jurídica partindo do pressuposto de que os enunciados normativos não coincidem com a norma, antes disso, são apenas textos de normas. São pré-formas ou elementos iniciais da norma, que será produzida no transcurso da decisão.

Para a teoria estruturante, na esteira da hermenêutica filosófica, a norma jurídica não existe sem a situação de sua aplicação histórico-real, de modo que os dados da realidade por ela regulada são coconstitutivos dela mesma (norma). Segundo Müller (2009, p. 11), “Isso quer dizer que a norma jurídica não existe *ante casum*: o caso da decisão é coconstitutivo. O texto da norma no Código legal é (apenas) um dado de entrada do processo de trabalho chamado ‘concretização’.” (MÜLLER, 2009,

¹⁰² Segundo Bonavides (2009, p. 235), a teoria estruturante do direito “[...] desvenda, com a combinação metodológica da realidade fática do programa da norma e do círculo normativo, o sentido estrutural e integrativo do direito, conciliando, para além do mero sincretismo e das convergências aparentes, os aspectos usualmente desmembrados da norma, do fato e do valor.”

p. 11).

A teoria estruturante rejeita, assim, a norma como um juízo hipotético acabado em si, dogma próprio do positivismo clássico, pois conclui que a norma e seu texto não são realidades idênticas, assim como o texto da norma não contém a completude da normatividade almejada pelo ordenamento jurídico. A dimensão textual da norma, para Müller (2010), apenas dirige e limita as possibilidades legais e legítimas do que a teoria estruturante chama de concretização do direito.

Müller (2010), assim, propõe que a norma jurídica deve ser compreendida como o resultado de um modelo estruturado, em que o seu texto é o dado inicial ou, utilizando uma expressão sua, é a “ponta do *iceberg*” do processo de aplicação do direito.

Nesse sentido, na elaboração do autor, a norma é composta pelas estruturas: (a) do programa da norma (ou programa normativo), que parte do seu teor literal e se refere à ordem jurídica tradicionalmente concebida na linguagem legais; e (b) do âmbito da norma (ou âmbito normativo ou, ainda, domínio da norma) que, por sua vez, compreende 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 [...]” (MÜLLER, 2010, p. 57-58).

Diante dessa estrutura, o recorte fático-social, que constitui o âmbito normativo, revela-se parte integrante da própria norma e no mesmo nível hierárquico que o programa normativo.¹⁰³ Isso significa que a realidade regulada é elemento da própria norma jurídica e, mais ainda, que a norma somente pode ser pensada em sua relação indissociável e cointegrante com o recorte fático que com ela comunica na tradição histórica.

Müller (2010) deixa clara essa comunicação dialética que ocorre entre texto e recorte fático, ao estilo gadameriano, pois alerta que o âmbito normativo não constitui “[...] uma soma de fatos, mas um nexo formulado em termos de possibilidade real de elementos estruturais que são destacados da realidade social na perspectiva seletiva e

¹⁰³ Müller (2010, p. 58) afirma que a norma é “[...] uma interferência classificadora e ordenadora a partir da estrutura material do próprio âmbito social regulamentado. Correspondentemente, elementos ‘normativos’ e ‘empíricos’ do nexos de aplicação e fundamentação do direito que decide o caso no processo da aplicação prática do direito provam ser multiplamente interdependentes e com isso produtores de um efeito normativo de nível hierárquico igual.”

valorativa do programa da norma [...]” (MÜLLER, 2010, p. 59). Para o autor, a realidade regulada entra no horizonte visual da norma jurídica e da norma de decisão unicamente no enfoque indagativo determinado pelo programa da norma¹⁰⁴ (MÜLLER, 2009).

Nesses termos, a própria ideia de normatividade não pode mais ser vista como pré-constituída no texto normativo, mas designa o atributo dinâmico de uma norma, tanto de ordenar a realidade que a subjaz, quanto de ser condicionada dialeticamente por essa realidade (MÜLLER, 2009; CHRISTENSEN, 2009)¹⁰⁵. Segundo explica Müller:

[...] a normatividade não é nenhuma propriedade substancial dos textos no código legal, mas um processo efetivo, temporalmente estendido, cientificamente estruturável: a saber, o efeito dinâmico da norma jurídica, que influi na realidade que lhe deve ser correlacionada (normatividade concreta) e que é influenciada por essa mesma realidade (normatividade determinada pela coisa). (MÜLLER, 2009, p. 150).

Concebida a normatividade nesses quadros, consolida-se na teoria da norma a superação indicada pela hermenêutica filosófica dos dualismos tradicionais entre direito x realidade” e “norma x caso”, como também da ilusão da aplicação jurídica como mera atividade silogística, sem perder de vista o caráter normativo do direito e sua função de ordenação social (MÜLLER, 2009; 2012; CHRISTENSEN, 2009).

Segundo Müller,

O caráter de ligação elíptica do programa normativo e âmbito normativo, caráter esse que é sistemático e formador de sistemas no sentido amplo, significa, de acordo com esses pressupostos, não um sistema no sentido dedutivo da axiomática prática ou da hierarquia que enfatiza valores, mas sim a conexão, necessária e fundamentada na visão estruturante da norma jurídica, entre normatividade materialmente determinada e realidade fundamentada pela norma.

Esse enfoque pode também ser proveitosamente usado para a discussão da relação entre direito de Estado e ciência política. O fenômeno que não separa

¹⁰⁴ Müller (2010, p. 59) reforça que “[...] em virtude da sua conformação jurídica e da sua seleção pela perspectiva do programa da norma, o domínio da norma transcende a mera faticidade de um recorte da realidade extrajurídica.”

¹⁰⁵ Na conclusão de 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.”

as duas disciplinas (como na concepção dominante), mas a une é o fenômeno da norma jurídica e de sua normatividade. (MÜLLER, 2011, p. 255).

A compreensão estrutural da norma, dessa forma, não concebe a aplicação do direito como um procedimento meramente de cognição apropriativa, pois o texto da norma se volta à regulação de situações concretas e somente na consideração dessas situações comprova sua normatividade, donde surge um verdadeiro processo criativo de obtenção da norma jurídica pelo operador do direito.¹⁰⁶

Müller (2010) contempla, por isso, aqui já compartilhando das teses de seu professor Konrad Hesse, as quais ele sofisticou com sua teoria, o processo de aplicação jurídica como atividade de concretização. A concretização é o processo de obtenção da norma jurídica estruturalmente concebida. Não possui a acepção de tornar mais concreta uma suposta norma jurídica genérica, que já estaria contida na lei; ao contrário, significa a “construção da norma jurídica no caso decisório individual” (MÜLLER, 2009, p. 150).

A noção de concretização para Müller traz como pressuposto o que Gadamer (1999) explicou como o momento da aplicação, que está presente em todo ato de compreensão. Somente se conhece aplicando o conhecido em um horizonte histórico situado pelo intérprete. Assim, no vocabulário de Müller, somente há norma jurídica por meio de um processo cognitivo de concretização face à realidade à qual ela se volta. A amplitude dessa compreensão é geral e está presente ainda que se pense a norma jurídica de forma hipotética ou fictícia, pois sempre que se pensa um dispositivo normativo, imediatamente ele aparece (e somente assim aparece) na compreensão do intérprete, correlacionado com uma situação historicamente possível de aplicação.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Nas palavras de Müller (2005, p. 39): “Não é o teor literal de uma norma (constitucional) que regulamenta um caso jurídico concreto, mas o órgão legislativo, o órgão governamental, o funcionário da administração pública, o tribunal, que elaboram, publicam e fundamentam a decisão regulamentadora do caso, providenciando, quando necessário, a sua implementação fáctica – sempre conforme o fio condutor da formulação linguística dessa norma (constitucional) e com outros meios metódicos auxiliares da concretização.”

¹⁰⁷ Nesse sentido: “Normas jurídicas não são dependentes do caso, mas referidas a ele, sendo que não constitui problema prioritário se se trata de um caso efetivamente pendente ou de um caso fictício. Uma norma não é (apenas) carente de interpretação porque e à medida que ela não é ‘unívoca’,

Assim, a concretização se processa na forma da circularidade da compreensão.¹⁰⁸ Nesse processo, segundo explica Müller (2009) a seu modo, a compreensão do intérprete parte das circunstâncias de fato, a partir das quais ele constrói hipóteses sobre o texto da norma, no sentido que considera “[...] provavelmente pertinente, segundo o seu conhecimento especializado” (MÜLLER, 2009, p. 152). Tais hipóteses permitem-lhe reduzir os fatos genéricos subjacentes à norma, em âmbito do caso. A seguir,

Com a ajuda de todos os elementos de trabalho que são, num primeiro momento, de natureza lingüística, i.e., com ajuda dos dados lingüísticos, ele elabora o programa da norma. Na medida em que os dados reais do âmbito material ou do âmbito do caso (ainda) são relevantes diante do programa da norma e compatíveis com ele, eles constituem o *âmbito da norma* [Normbereich]. O jurista interliga então o programa e o âmbito da norma na norma jurídica formulada genericamente [...]. Essa norma jurídica ele individualiza num último passo na direção da norma decisória [...]. (MÜLLER, 2009, p. 152).

Obviamente, esse processo de concretização se dá de forma imediata na circularidade dialogal de qualquer ato compreensivo. Não obstante, a metódica estruturante do direito tem por objetivo proporcionar a racionalidade dessa aplicação jurídica. Como explica Müller,

Os conteúdos da pré-compreensão a serem distinguidos de acordo com o programa normativo, o âmbito normativo e a estrutura do caso aumentam o número dos pontos de vista que necessitam de fundamentação e tornam possível nomear claramente conteúdos que tradicionalmente permaneceriam tacitamente sob o pretexto da metódica puramente jurídica, fazendo com que se possa distinguir de modo mais preciso quais, como sempre de modo inevitável, foram obtidas a partir da avaliação mais imprecisa. (MÜLLER, 2011, p. 257-258).

‘evidente’, porque e à medida que ela é ‘destituída de clareza’ – mas sobretudo porque ela deve ser aplicada a um caso (real ou fictício).”

¹⁰⁸ Para Canotilho (2003, p. 1212), na concretização interagem os seguintes pressupostos: “(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 o *texto* e o *contexto* com a mediação criadora do intérprete, transformando a interpretação em ‘movimento de ir e vir’ (círculo hermenêutico).”

O ponto a que se quer chegar é que sendo a norma pensada como um modelo estruturado pelo programa normativo e pelo âmbito normativo, o subsídio oferecido pela teoria estruturante do direito para uma concepção hermenêutica das mutações constitucionais, é que estas podem ser entendidas como resultado de modificações ocorridas no âmbito normativo, o que, por assim ser, reflete a exata noção de que devem ser concebidos como um processo ocorrido no interior estrutural da própria norma.

Se a norma é integrada pelos dados da realidade, que compõem o seu âmbito normativo, as modificações ocorridas dentro desse âmbito, selecionado pelo programa normativo, logicamente levarão a uma modificação do conteúdo da própria norma. Assim, a mutação constitucional surge enquanto mudança no interior da norma, na qual se apresentam novas possibilidades de concretização, ou seja, novos sentidos de aplicação do ordenamento constitucional, sem a alteração de seu texto.

Para Hesse (1992), autor que concebeu a ideia de mutação constitucional como modificação no interior da norma, dialogando com a teoria estruturante do direito de Friedrich Müller, apenas estritamente dentro desse quadro é que se poderia falar em uma mutação constitucional. Em outras palavras, concordando-se com Hesse, defende-se que apenas há mutação constitucional dentro do espaço conformado pelo programa normativo e pelo âmbito normativo. E, se o programa normativo, constituído a partir dos aspectos linguísticos da norma, não reúne em si a normatividade, mas cumpre a função, segundo Müller (2010), de dirigir e limitar as possibilidades legais e legítimas do que a teoria estruturante chama de concretização do direito, dele (programa normativo) se extraí o caminho para a elaboração de limites de controle das mutações constitucionais.

Considerações a respeito desses limites são abordadas no próximo capítulo, não sem levar em conta os desafios que a consciência crítica da hermenêutica filosófica nos apresenta – caminho esse sem volta. Ora, *v.g.*, como resolver a ressalva, segundo a qual, os mesmos efeitos da história que atuam sobre o âmbito normativo atuam, também, sobre o programa normativo e, obviamente, sobre toda compreensão do intérprete em relação a tais estruturas da norma?

Não obstante, conforme já se vem concluindo, sendo a mutação constitucional um fenômeno hermenêutico de mudança no interior da própria norma, não se trata de mutação constitucional a situação de contradição entre determinada praxis e o texto constitucional ou da realidade constitucional x constituição jurídica, como concebia a doutrina alemã representada por Laband, Jellinek e Dau-Lin. Concepção que é até hoje compartilhada por juristas brasileiros, como já afirmou Gilmar Mendes (2004c) e o ex-Ministro do STF, Eros Grau, em seu voto no julgamento da Reclamação n. 4335/AC¹⁰⁹, para quem a mutação constitucional decorreria da corrosão da norma constitucional em face da realidade ou de um conflito entre a constituição formal e a constituição material.

É, por isso, que Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007) e Pedron (2011) entendem que a tese da mutação constitucional advoga uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para o entendimento das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes. A crítica é pertinente, mas se volta contra concepções afirmadas por Gilmar Mendes, Eros Grau, no julgado mencionado, e autores precursores do tema fizeram do fenômeno.

No entanto, compreendida a mutação constitucional nos marcos aqui defendidos, o fenômeno ocorrido fora do halo conformado dialeticamente entre programa normativo e âmbito normativo revela a concretização de pré-compreensões viciadas, mas não da constituição. O que se tem, diante disso, é um rompimento da

¹⁰⁹ A Reclamação n. 4335/AC foi proposta, em 04 de maio de 2006, contra decisão judicial que negou progressão de regime a condenados por crime hediondo, sob o fundamento de que a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei Federal n. 8.072/1990, declarada no *Habeas Corpus* n. 82.959, do STF, foi reconhecida em decisão com efeitos apenas *inter partes*, pois proferida em âmbito de controle difuso de constitucionalidade. Para a decisão judicial reclamada, a inconstitucionalidade do referido dispositivo somente teria efeitos *erga omnes*, caso o Senado Federal retirasse a sua eficácia, nos termos do art. 52, X, da CR/88. Nesse julgamento, os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau assinalaram, em seus votos, que o caso tratava-se de uma mutação constitucional do referido dispositivo, de modo que se deveria conferir efeitos *erga omnes* também às inconstitucionalidades reconhecidas em controle difuso de inconstitucionalidade. Posteriormente, os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski divergiram e não conheceram da reclamação, por não ser o caso de reclamação, mas concederam *habeas corpus* de ofício em favor das partes. Em seguida, após pedido de vista, o Ministro Teori Zavaski votou pela procedência da reclamação, não por adoção da tese da ocorrência de mutação constitucional, mas por aplicação da Súmula n. 26 do STF, publicada em data superveniente ao início do feito e aos votos iniciais (26.02.2010). Tal súmula consolidou e deu efeitos *erga omnes* à inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal n. 8.072/1990, permitindo o surgimento de requisito processual necessário à propositura da reclamação. O Acórdão foi publicado em 22.10.2014.

constituição, e não uma mutação constitucional. Naqueles casos, a honestidade diante da força normativa da constituição demandaria uma discussão, não acerca da mudança de sentido de determinada norma, mas sobre o que uma determinada sociedade tem compartilhado como prática constitucional a ser positivada. E, assim, tal discussão deveria dar lugar à figura da reforma constitucional (HESSE, 1992; 1998).

3.4 Uma noção em sentido estrito das mutações constitucionais

Estabelecida a fundamentação da mutação constitucional no marco da hermenêutica filosófica, aliada a contribuições da teoria estruturante do direito, é possível defender uma ideia em sentido estrito do fenômeno.

Essa preocupação se revela, pois sendo um processo hermenêutico inerente à compreensão, surge a seguinte pergunta: até que ponto se poderia falar em mutação constitucional em sentido estrito? Isto é, seria possível destacar a mutação constitucional de outros processos interpretativos?

Dois autores que colocam essa questão são Häberle e Stern, todavia, a partir de perspectivas diversas.

Häberle (2000) considera o conceito de mutação constitucional inadequado, pois não explicaria o fenômeno da atualização constitucional. Propõe, assim, o conceito de desenvolvimento constitucional. Conforme anota Dias (2012), porque concebe a compreensão como procedimento historicamente situado, Häberle entende que uma interpretação constitucional aberta dispensa o conceito de mutação constitucional como categoria autônoma. Para Häberle, interpretar uma norma não é nada mais do que colocá-la no tempo ou integrá-la à realidade.¹¹⁰ Nesse sentido, segundo explica Dias, para Häberle,

[...] a mutação não seria uma categoria autônoma, porque se encontra diluída no conceito de interpretação que, naturalmente, é variável com o passar do

¹¹⁰ Confira a apresentação de Gilmar Mendes na obra “Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição”, de Häberle (1997).

tempo. Explica que a construção dessa categoria pela Escola Alemã de Direito Público nasceu da necessidade de buscar recurso dogmático necessário para superar o fator tempo no Direito Constitucional e, na atualidade, tem sido utilizada para esconder a liberdade de interpretação. (DIAS, 2012, p. 63).

Segundo Dias (2012), Stern também sustenta que a adequação à sua época é ato imanente à interpretação e, assim, condição de eficácia da norma constitucional. Todavia, ao contrário de Häberle, que considera o conceito apenas dispensável, Stern entende que a mutação constitucional seria um problema de embate entre o direito constitucional e a realidade, em um desenrolar no exterior da norma (DIAS, 2012). É como se dissesse que, sendo a interpretação justamente a aplicação da norma em sua época, não faria sentido falar em mutação constitucional, a qual seria utilizada para, na verdade, justificar a superação da constituição pela realidade – a leitura crítica de Stern é a mesma de Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007) e Pedron (2011), conforme referido no item anterior.

Certamente, a ideia de mutação constitucional que Stern tem em mente, ao rechaçar o fenômeno, é a noção do fenômeno concebida pela Escola de Direito Público alemã – a sobreposição da força do fático sobre o direito. O autor, todavia, deixa de considerar a existência de processos hermenêuticos de aplicação da constituição, em que se torna possível identificar uma significativa mudança de sentido da norma constitucional.

Häberle, da mesma forma, ao considerar o conceito de mutação constitucional dispensável, deixa de atentar para a diferença de sentido que há em relação a certos momentos da interpretação constitucional. Ser resultado do processo hermenêutico, não significa, necessariamente, abandonar a existência do referido conceito, o qual pode ser discriminado de uma forma que se pode chamar de estrita.

Como anota Dias (2012), embora a interpretação seja o mecanismo de realização da mutação, é possível uma interpretação que não acarrete mutação constitucional. Sintetizar essas duas noções é fechar os olhos para a própria fenomenologia do tema.

Assim, o que se propõe é que a mutação constitucional pode ser discriminada como o processo hermenêutico caracterizado pela perceptível mudança de

concretização da norma constitucional, com o aparecimento de novos dados regulados no âmbito normativo.

Na aplicação constitucional, certamente, não é toda interpretação que levará à inclusão de uma nova realidade no âmbito de concretização da norma. É certo que a compreensão sempre se forma como algo novo no ser-no-mundo. No entanto, há uma objetividade, também possibilitada pelos efeitos da história, que permite a identificação de um sentido diverso em relação àquele que se tinha em outro momento na tradição. É, por essa razão, que se pode dizer que se está diante de uma mutação constitucional em sentido estrito, no que diz respeito ao processo hermenêutico. Ignorar essa compreensão significa, não apenas olvidar o que a fenomenologia do tema nos diz, como também implica, de algum modo, negar a finitude temporal dos efeitos da história. Trata-se da mesma linha de raciocínio pela qual a hermenêutica filosófica nega o cair no relativismo.¹¹¹

Essa preocupação de um conceito estrito para a mutação constitucional já estava presente na obra de Hesse (1992). O autor chamava a atenção, primeiro, para a necessidade de se distinguir do conceito de mutação constitucional as modificações decorrentes apenas da abertura interpretativa dos princípios constitucionais; e, segundo, para o fato de que nem toda mudança fática levará à modificação do âmbito normativo e, assim, do conteúdo da norma.

Para Hesse (1992), lembrando as considerações do item anterior, o que decide se certa modificação de ordem fática é relevante ou não para o conteúdo da norma é a moldura extraída da interpretação de seu texto, ou seja, extraída do programa normativo elaborado a partir dos dados linguísticos da norma. Apenas na medida em que o fato modificado for relevante para a alteração de conteúdo da norma e permanecer no horizonte do programa normativo, é que se poderá dizer que há uma mudança informal da constituição. Com suas palavras:

[...] se a norma abarca os dados da realidade afetados pelo “programa normativo” como parte material integrante dela mesma, o “âmbito normativo”, as modificações deste último devem levar a uma modificação de conteúdo da norma. Nem todo fato novo pertencente ao setor da realidade regulada pela norma, o âmbito objetivo, é capaz de provocar tal modificação.

¹¹¹ Confira as considerações das páginas 77-79.

A instância que decide se a alteração fática pode ser relevante para a norma, é dizer, se o fato modificado pertence ao âmbito normativo, é o programa normativo que se contém substancialmente no texto da norma constitucional. [...] Apenas se este fato novo ou modificado pertencer ao âmbito normativo, é que se pode aceitar uma mudança da norma. (HESSE, 1992, p. 100-101, tradução nossa).¹¹²

Logicamente, como também admite Hesse (1992), a tarefa de se destacar uma mutação constitucional, nos termos propostos, nem sempre se trata de empreendimento fácil. Obviamente, como conceito hermenêutico-argumentativo que é, não se trata de uma distinção estanque.

Böckenförde (2000), por sua vez, foi outro autor que se preocupou com o tema e buscou delimitar com rigor analítico o conceito de mutação. Para esse autor, considerar todas as modificações no âmbito constitucional como mutação conduz o conceito a uma fluidez de sentidos, de forma prejudicial à sua clareza, e abre a possibilidade de se admitir fenômenos não aceitáveis em face do ordenamento jurídico.

Böckenförde (2000) busca um conceito de mutação constitucional (ou *cambio constitucional* na tradução de sua obra para o espanhol) que observe as exigências jurídico-dogmáticas de ordenamentos que erigiram a constituição como lei fundamental.

Parte o autor, da noção de que a mutação constitucional deve ser entendida apenas como a modificação do conteúdo das normas constitucionais, sem alteração de seu texto, na forma de uma reforma tácita produzida paralelamente ou no lugar da reforma constitucional (BÖCKENFÖRDE, 2000).¹¹³

¹¹² “[...] si la norma abarca los datos de la realidad afectados por el “programa normativo” con parte material integrante de la misma, el “ámbito normativo”, las modificaciones de este último deben llevar a una modificación de contenido de la norma. No todo hecho nuevo perteneciente al sector de la realidad regulado por la norma, el ámbito objetivo, es capaz de provocar tal modificación. La instancia que decide se el hecho modificado pertenece al ámbito normativo es el programa normativo que se contiene sustancialmente en el texto de la norma constitucional. [...] Sólo en tanto este hecho nuevo o modificado resulte perteneciente al ámbito normativo puede aceptarse también su cambio de la norma.”

¹¹³ Utilizando a expressão trazida para o espanhol como *Cambio Constitucional*, Böckenförde (2000, p. 182) afirma que: “*Cambio constitucional* significa então uma reforma ‘tácita’ da Constituição, que se produz de forma paralela ou no lugar da reforma da Constituição que está regulada formalmente na norma fundamental e se encontra vinculada a um procedimento e à maiorias específicas: se produz em tal caso [*cambio constitucional*] uma reforma da Constituição jurídica que afeta o seu conteúdo normativo material, sem que se produza uma reforma formal.” [Tradução livre de: “*Cambio*

No entanto, Böckenförde (2000) não desenvolve a fundamentação de sua noção de mutação constitucional. O autor apenas segue o caminho de distinguir mutação constitucional ou *cambio constitucional* e interpretação constitucional. Nesse sentido, Böckenförde (2000) afirma que não seriam mutações constitucionais: a) as situações em que se modificam os fatos abrangidos no âmbito normativo, sem que isso implique em uma mudança de função e conteúdo da norma; b) os casos em que as próprias normas admitem, dentro de certos limites, a possibilidade de se configurar de modo diferente um âmbito da realidade ou da vida (por exemplo, quanto entrega à lei a autorização para delimitar os contornos de determinado direito); c) quando se está diante de conceitos jurídicos indeterminados; e d) quando uma determinada norma constitucional remete seus conceitos a circunstâncias extrajurídicas, como concepção sociais, éticas ou de ideologia política.

Segundo o autor, noção mais próxima de seu conceito de mutação constitucional seria a ideia de desenvolvimento constitucional (*desarrollo constitucional*). Este exprime a tarefa de completar e aperfeiçoar o direito constitucional dado, diferenciando-o e enriquecendo-o mediante uma interpretação e uma aplicação prática que obtenham reconhecimento e que desenvolvam o direito constitucional, diante de casos com margem de decisão ou diante de situações novas. No entanto, Böckenförde (2000) afirma que desenvolvimento constitucional é diferente de mutação constitucional, na medida em que aquele não tem por objetivo modificar a constituição, mas apenas desenvolvê-la de forma vinculada ao conteúdo normativo do sistema constitucional.

Dessa forma, as hipóteses acima mencionadas, para Böckenförde (2000), estão, na realidade, no âmbito da interpretação constitucional, a qual não pode ser equiparada à ideia de *cambio constitucional*. Interpretação constitucional, para o autor, tem a ver com a elucidação, o desenvolvimento e, em certos casos, com o aperfeiçoamento de algo que já está dado normativamente com anterioridade. Assim, no pensamento de Böckenförde (2000), uma vez que mutação constitucional é reforma

constitucional significa entonces una reforma ‘tácita’ de la Constitución, que se produce de forma paralela o en lugar de la reforma de la Constitución que está regulada formalmente en la norma fundamental y que se encuentra vinculada a un procedimiento y a mayorías específicas: se produce en tal caso una reforma de la Constitución jurídica que afecta a su contenido normativo material, sin que se produzca una reforma formal.”]

tácita da constituição, mutação constitucional não pode ser confundida com interpretação, no sentido com que apreende essa atividade. Todavia, o autor não explica qual seria, então, o fundamento da mutação constitucional ou de onde surgiria o fenômeno e qual seria a sua distinção do que chama de interpretação.

O temor que assola Böckenförde (2000) é a preocupação com o fato de que, para ele, coincidir os dois momentos seria permitir a alteração do programa normativo pela interpretação, transformando o intérprete último da constituição em detentor do poder de reforma (BÖCKENFÖRDE, 2000; DIAS, 2012). Como compara mutação constitucional com o poder de reforma (reforma tácita), não fazer tal distinção seria o mesmo que não diferenciar interpretação constitucional de reforma constitucional.¹¹⁴ Porém, o que causaria tais reformas tácitas o autor não explica.

Böckenförde (2000), desse modo, perde-se em seu esforço analítico e demonstra um desconhecimento das influências do giro hermenêutico na forma de se entender a interpretação jurídica, caindo num esforço metodológico sem coerência. As contradições de seus pressupostos são gritantes, haja vista pretender separar interpretação de mutação, como se tudo não fosse hermenêutica. Assim, embora se reconheça algumas de suas conclusões, em especial quando busca demonstrar que nem todas as modificações na função da norma são mutações constitucionais, seu empreendimento acaba por se demonstrar sem sentido.

As teses de Böckenförde (2000) apenas reforçam porque se entende mais adequado defender a ideia em sentido estrito do fenômeno da mutação constitucional, como sendo um caso destacado do processo de compreensão da constituição, em que se percebe uma mudança de concretização da norma, diante do surgimento de uma nova conformação significativa no recorte do âmbito normativo.

¹¹⁴ “E se se declara que esta diferenciação foi superada, o que é irrealizável, então se está cancelando também a possibilidade de distinção entre interpretação e reforma constitucional: a competência para a interpretação da Constituição, que na República Federal [alemã] reside no Tribunal Constitucional como intérprete último e autêntico, vai-se transformando sem solução de continuidade em uma competência para modificar a Constituição.” (BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 193). Tradução livre de: “Y si se declara que esta diferenciación ha quedado superada, o que es irrealizable, entonces se está cancelando también la posibilidad de distinguir entre interpretación y reforma constitucional: la competencia para la interpretación de la Constitución, que en la República Federal reside en el Tribunal Constitucional como intérprete último y autêntico, se va transformando sin solución de continuidad en una competencia para modificar la Constitución.”

Trata-se de um conceito argumentativo, isto é, carecedor de demonstração em cada caso; e que pode ser desencadeado por interpretação constitucional judicial, legislativa ou até pela prática reiterada (ou costumes, segundo alguns autores) em relação a certo entendimento extraído da constituição.

Em certas situações, principalmente naquelas em que se puder verificar uma mudança em relação a uma concretização anteriormente consolidada, não se terá maiores problemas para se identificar uma mutação constitucional. Entretanto, em outras oportunidades, não se terá a mesma facilidade, *e.g.*, nas situações envolvendo as multifunções dos princípios constitucionais.

De todo modo, importante é a observação de Hesse (1992) que, sendo um caso particular do processo compreensivo, a mutação constitucional não está necessariamente ligada ao decurso de tempo ou à longevidade de vigência da constituição. A mutação constitucional pode ocorrer ao longo de anos ou no decorrer de curto prazo. Da mesma forma, concorda-se com o autor que não é característica essencial do conceito de mutação constitucional o fato de tal fenômeno ocorrer implícita ou tacitamente, ao contrário do que escreveram os autores da antiga Escola Alemã de Direito Público, como Jellinek (1991), que atrelava ao conceito de mutação constitucional o elemento da não intencionalidade. O processo de mutação constitucional não está vinculado à consciência ou não de sua realização, pois o que realmente importa é a mudança de sentido, isto é, de concretização da norma constitucional, o que, certamente, não passará despercebido por um intérprete atento (HESSE, 1992).

4. LIMITES À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: considerações a partir da hermenêutica filosófica e aspectos da teoria estruturante do direito

A elaboração de possíveis limites à mutação constitucional revela-se indispensável no quadro de um estado democrático de direito, uma vez concebido o fenômeno como processo hermenêutico de mudança de concretização da constituição, não sujeito aos procedimentos de reforma constitucional.

O primeiro ensaio específico que se tem conhecimento sobre a necessidade de se fixar parâmetros de controle às mutações constitucionais foi escrito por Konrad Hesse, na publicação alemã de sua obra “Limites da mutação constitucional”, em 1973. Nessa obra, Hesse (1992) já alertava que a doutrina do direito constitucional havia dedicado amplo tratamento à questão dos limites dos processos de reforma, mas pouco, ou quase nada, teria empreendido esforços em dedicar estudos específicos acerca dos limites às mutações constitucionais.

A preocupação do autor se voltou para o tema porque considerava que o fenômeno, que já era admitido desde os estudos de Laband, representava potenciais riscos à clareza de sentido e à força normativa da constituição, por se tratar de modificações ocorridas às margens dos processos formais (HESSE, 1992).

Hesse (1992), então, entendia que a mutação constitucional precisava ser pensada com parâmetros mais claros, objetivos¹¹⁵, uma vez que na falta desses, os tribunais sempre poderiam justificar modificações arbitrárias dos dispositivos constitucionais com a tese da mutação constitucional. Conforme afirma o autor:

O tribunal, no entanto, encontra-se submetido à Constituição, pelo que necessita de parâmetros mais claros, que permitam responder à pergunta se houve uma mudança da Constituição. [...] Quando faltam tais parâmetros, então não cabe distinguir entre atos constitucionais e inconstitucionais porque a afirmação sempre possível da existência de mutação constitucional não pode ser provada, nem refutada. Isso nos obriga a levantar a questão

¹¹⁵ A partir do ponto em que se chega, todas as vezes em que se falar em objetividade, deve se ter em mente a consciência histórica da compreensão sob as lentes do que se reconstruiu neste trabalho com o supedâneo da hermenêutica filosófica.

relativa aos limites da mutação constitucional. (HESSE, 1992, p. 84-85, tradução nossa).¹¹⁶

Não apenas em entendimentos jurisprudenciais, como será abordado adiante, mas na própria doutrina brasileira, refletindo o que ocorre no direito comparado, percebe-se a falta de estudos específicos voltados à indicação de limites à mutação constitucional.

Ressalva-se que recentemente surgiram duas teses de doutorado sobre o tema: a tese de Adriano Sant’Ana Pedra (2009), com o título Teoria da “*Mutação Constitucional: limites e possibilidades das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização*”¹¹⁷, e a de Flávio Barbosa Quinaud Pedron (2011), intitulada “*A Mutação Constitucional na Crise do Positivismo Jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade*”¹¹⁸.

Todavia, semelhantemente à doutrina alemã revisitada no segundo capítulo, há opiniões no direito brasileiro como a de Uadi Lammêgo Bulos, que entende não ser “[...] possível delimitar os limites da mutação constitucional, porque o fenômeno é, em essência, o resultado de uma atuação de forças elementares, dificilmente explicáveis” (BULOS, 1997, p. 91). Com alto teor de realismo, ignorando a tensão cointegrante

¹¹⁶ “El tribunal, sin embargo, se encuentra sometido a la Constitución, por lo que necesita de parámetros lo más claros posibles que permitan responder a la pregunta de si se ha producido en cambio de la Constitución. [...] Cuando tales parámetros faltan, entonces no cabe distinguir ya entre actos constitucionales e inconstitucionales porque la afirmación siempre posible de la existencia de una mutación constitucional no puede probarse ni refutarse. Esto obliga a plantearse la cuestión relativa a los límites de la mutación constitucional.”

¹¹⁷ É importante repetir a observação, já feita na introdução, que o presente trabalho estabelece uma interface com a tese Adriano Sant’Ana Pedra, em especial por se aproximar do marco teórico da metódica estruturante do direito de Friedrich Müller. No entanto, buscou-se não repetir as contribuições ali desenvolvidas, mas, pelo contrário, complementar o tema com uma fundamentação hermenêutico-filosófica na esteira gadameriana. Esse é um foco primário, até mesmo em relação a algumas críticas que se tem em relação às conclusões da mencionada tese. Tal preocupação, deve se admitir, é fruto da necessidade de se rever as contribuições da teoria estruturante do direito, sem cair no erro da qual é criticada de retornar a uma metódica em sentido forte.

¹¹⁸ Por sua vez, a interface com a obra do professor Flávio Barbosa Quinaud Pedron se dá a partir da escolha de diferentes marcos teóricos, embora o referido autor deixe claro que a teoria da integridade de Dworkin e as contribuições que dela tira, também, estariam de acordo com a hermenêutica filosófica. Todavia, neste trabalho, optou-se pela busca de elementos objetivos de verificabilidade do que deve chamar de mutação constitucional, ao invés de se desenvolver o raciocínio na forma de uma teoria da decisão. Essa observação é feita com a plena ciência de que a senda aqui escolhida deixa um halo, que apenas uma teoria da decisão poderia complementar. No entanto, parte-se da convicção de que a utilização de aspectos metódicos, ainda que limitados pela consciência da historicidade do compreender, viabiliza parâmetros de controle contra o arbítrio, em um mundo mediado pela linguagem e que tem nesta o único fragmento de objetivação do direito ao longo do tempo.

entre realidade e direito, em que a normatividade é um produto da própria história e os efeitos desta possibilitam sentidos comuns de controle das objetivações humanas na tradição, Bulos (1997) entende que a consciência do intérprete de não extrapolar a forma plasmada na letra da constituição seria o único limite da mutação constitucional, mas de natureza subjetiva e psicológica, portanto, sem normatividade prática. Nas palavras de Bulos:

[...] as mudanças informais da Constituição não encontram limites em seu exercício. A única limitação que poderia existir – mas de natureza subjetiva, e, até mesmo, psicológica – seria a consciência do intérprete de não extrapolar a forma plasmada na letra dos preceptivos supremos do Estado, [...]. Assim, evitar-se-iam as mutações inconstitucionais, e o limite, nesse caso, estaria por conta da ponderação do intérprete, ao empreender o processo interpretativo que, sem violar os mecanismos de controle da constitucionalidade, adequaria a Lei Máxima à realidade social cambiante. É inegável que esse limite subjetivo, consubstanciado no elemento psicológico da consciência do intérprete em não violar os parâmetros jurídicos, através de interpretações maliciosas e traumatizantes, não pode ser levado às últimas consequências, diante da realidade cotidiana dos diversos ordenamentos constitucionais. (BULOS, 1997, p. 91).

Se a mutação constitucional, entretanto, é fenômeno que advém do mesmo processo que representa a possibilidade de compreensão da própria constituição ao longo do tempo, tal instituto não deve prescindir de limites, sob pena de se sacrificar o caráter jurídico, isto é, o dever ser, que é essencial ao direito.¹¹⁹

É o que chama atenção Zandonade (2001), contrapondo-se a ideias como as de Bulos (1997), ao afirmar que a mutação constitucional deve conhecer limites, uma vez que é questão conexa aos limites do poder constituinte derivado, isto é, aos limites da reforma constitucional. A advertência da autora vem da compreensão de que a

¹¹⁹ Sobre o caráter de dever ser do direito, tomando com exemplo o direito constitucional, e a sua compreensão como uma ciência jurídica, isto é, efetivamente normativa, comentou Hesse (1991, p. 11): “Essa negação do direito constitucional importa na negação do seu valor enquanto ciência jurídica. Como toda ciência jurídica, o Direito Constitucional é ciência normativa; diferencia-se, assim, da Sociologia e da Ciência Política enquanto *ciência da realidade*. Se as normas constitucionais nada mais expressam do que relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica na ausência do direito, não lhe restando outra função senão a de constatar e comentar os fatos criados pela *Realpolitik*. [...] Se a Ciência da Constituição adota essa tese e passa a admitir a Constituição real como decisiva, tem-se a sua descaracterização como ciência normativa, operando-se a sua conversão numa simples ciência do ser. Não haveria mais como diferenciá-la da Sociologia ou da Ciência Política.”

mutação constitucional é uma expressão do poder constituinte exercido de modo difuso e informal.¹²⁰

Sem, todavia, analisar os pressupostos do entendimento da autora, o que implicaria numa mudança de foco, concorda-se que a relevância do tema advém da constatação de que tanto os limites à reforma constitucional, quanto os limites às mutações constitucionais são duas vertentes de um mesmo vértice: a garantia da constituição contra as diversas vias possíveis de irrupção.

Dessa forma, é inaceitável e contrajurídico admitir a ausência de limites ao fenômeno da mutação constitucional.¹²¹

Nesse sentido, toda a fundamentação que se buscou até agora, com um projeto de releitura da mutação constitucional a partir da hermenêutica filosófica, tem como objetivo alcançar respostas normativas para o problema, compatíveis com a crítica e os desafios da aplicação jurídica contemporânea. E, neste caminho, pretende-se contribuir, complementar e dialogar, criticamente, ainda que de forma indireta, com as obras recentes que buscaram trazer subsídios ao tema.

Importante ressaltar que, ao se conceber a mutação como um caso especial do processo de compreensão jurídica, as considerações seguintes tocam, inevitavelmente, o tema dos limites da própria interpretação constitucional. Não obstante, neste trabalho, isso é feito com o foco no estudo da mutação constitucional, na forma em que o conceito é aqui concebido.

Assim, sem encerrar o debate, defende-se a seguir a existência de parâmetros de verificabilidade da correção jurídica das mutações constitucionais.

¹²⁰ “[...] as alterações que resultam de mutação constitucional são uma manifestação do Poder Constituinte, que é aqui exercido de modo difuso e informal, não para estabelecer uma Constituição, mas para atender à exigência de um exercício contínuo da tarefa de possibilitar a efetiva aplicação da Constituição já estabelecida [...]. Com efeito, é a mutação constitucional, de um lado, expressão do Poder Constituinte, doutrinariamente definido como poder incondicionado, ilimitado, ‘que haure sua força em si mesmo’, e, de outro lado, resultado de um exercício difuso, formalmente não-organizado desse Poder, mas, na expressão de Burdeau, não menos real, ainda que não se encontre registrado pelos mecanismos constitucionais.” (ZANDONADE, 2001, p. 204).

¹²¹ Alie-se a isso, conforme Hesse (1992) chama a atenção, o fato de que toda alteração constitucional indica que as necessidades reais, de alguma forma, passaram a se valorar acima da normatividade constitucional positivada.

4.1 O programa normativo como limite à mutação constitucional: a importância do texto da norma

Conforme desenvolvido no capítulo três, o ponto central deste trabalho é a fundamentação da mutação constitucional à luz da hermenêutica filosófica, com a complementação de aspectos da teoria estruturante do direito. A partir dessa construção teórica, a mutação constitucional é entendida como processo hermenêutico resultado da fusão horizontes, em que a mudança de sentido significa uma modificação no interior da própria norma constitucional.

A mutação constitucional, desse modo, implica na modificação ocorrida dentro do perímetro factual do âmbito da norma, selecionado e dialeticamente conformado pelo seu programa.

Assim, sendo alteração ocorrida no âmbito normativo, o programa normativo surge como ponto de partida para o estabelecimento de limites à ocorrência das mutações constitucionais, tendo em vista a relação de conformação recíproca que se instala entre essas duas estruturas no processo de obtenção da norma jurídica. Significa dizer que o âmbito normativo somente é âmbito se determinado pelo programa normativo.

Dessa forma, há de se concordar com a proposta de Hesse (1992), segundo o qual, ancorado nas contribuições de Friedrich Müller, o programa normativo se revela como parâmetro de controle da mutação constitucional, dentro do qual surge como aspecto nuclear o texto da norma, isto é, os seus dados linguísticos¹²².

Desse modo, se a norma é integrada pelos dados da realidade que compõem o seu âmbito normativo, as modificações ocorridas dentro desse âmbito, que é selecionado pelo programa normativo, logicamente levarão a uma modificação do

¹²² O programa normativo, segundo Müller (2005), tem como sua expressão central o teor literal da norma, ou seja, é deste que se extrai aquele. No entanto, o programa normativo tem conformação mais complexa que isso, na medida em que reflete os dados linguísticos da ordem jurídica positivada (os textos legais) e, sendo assim, é apreendido por uma análise complexa, envolvendo aspectos sintáticos, semânticos e pragmáticos, bem como uma construção metodológica diversificada com elementos sistemáticos, históricos, teleológicos, etc., princípios de hermenêutica constitucional (princípio da unidade, etc.), dentre outros.

conteúdo da própria norma. É apenas nesse quadro que poderia haver uma mutação constitucional, dentro das fronteiras do direito (HESSE, 1992).

O programa normativo se revela como parâmetro, não apenas pelo caráter estrutural da norma, mas também pela compreensão de que a linguagem positivada – que é seu ponto de partida – constitui um dos fundamentos dos ordenamentos jurídicos dos estados de direito, a partir da modernidade (MÜLLER, 2012).¹²³ Como se refere Gadamer (1999), lembrando Droysen, os textos são “manifestações vitais fixadas duradouramente”, que devem ser entendidas e que, tal como na conversação entre dois indivíduos, prestam-se à realização do compreender e do chegar a um acordo. Assim, os textos e, em especial, os textos normativos se configuram como instrumentos de previsibilidade e transmissão de pretensões comuns na tradição linguisticamente mediada, ainda que de forma finita e limitada.

Reforça Streck, para quem os textos estão ligados à especificidade do direito, que a posição a ser mantida firme, fundada na hermenêutica filosófica,

[...] é no sentido de que “levemos o texto a sério”, entendido o texto como evento. [...] Texto é evento; textos não produzem “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).

E, conforme ressalva de Müller,

[...] como fator de segurança jurídica, de publicidade e 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. (MÜLLER, 2012, p. 199).

¹²³ Segundo a lição de Müller (2012, p. 192): “Visto, porém, que, nessa função, a norma jurídica não pode ser aceita pela metódica simplesmente como algo dado, o texto normativo estabelece, em todo o caso, os limites extremos de possíveis suposições. Aqui, existe uma ligação com tendências do positivismo científico que visam à clareza do Estado de Direito.”

Os textos normativos, portanto, são instrumentos de objetivação de pretensões jurídicas na história, para as quais os sistemas jurídicos ainda não encontraram substituto, se é que encontrarão. Obviamente, ainda que seja um traço da modernidade a utilização de códigos escritos, tal conclusão se aplica a todas as formas de linguagem jurídica positivada, o que compreende, por exemplo, ordenamentos orais. Trata-se, como dito alhures, de conclusão inerente à vivência do ser no *locus* da linguagem. Conforme anotou Bittar (2005, p. 187), “[...] tudo que é vivido (sentido, experimentado, intuído, visto...) pelos indivíduos históricos é depositado sobre um código comum de identificação e comunicação, de modo que a história se deposite em camadas na linguagem, ganhando assento paulatino em seu processo de transmissão pela tradição e de geração em geração.”

Assim, ainda que o direito não esteja restrito apenas à sua dimensão textual, o fenômeno da mutação constitucional encontra uma primeira modalidade de limite no programa normativo, de onde se extrai, como parâmetro inicial, o texto da norma.

Nesse sentido, uma mutação constitucional, juridicamente aceitável, ocorre quando a alteração da realidade regulada pela norma se opera de modo compatível com a possibilidade interpretativa do texto, ou seja, compatível com aquilo que os dados linguístico da norma comunicam no ponto da história em que é observado. Do contrário, na medida em que essa nova realidade regulada transborda do halo de compreensão compartilhada, e não arbitrária, do texto da norma, possivelmente não mais se poderá falar em mutação constitucional, sem que se esteja se referindo a algo fora do direito.¹²⁴

Na situação em que uma alteração do âmbito da norma constitucional, conforme já alertava Hesse (1992), aparece em clara contradição com o seu texto

¹²⁴ Ao seu modo afirma Hesse que: Onde a possibilidade de uma compreensão lógica do texto da norma termina ou onde uma determinada mutação constitucional apareceria em clara contradição com o texto da norma, concluem-se as possibilidades de interpretação da norma e, com isso, as possibilidades de uma mutação constitucional. (HESSE, 1992, p. 101-102, tradução nossa). Original: “Donde la posibilidad de una comprensión lógica del texto de la norma termina o donde una determinada mutación constitucional aparecería en clara contradicción con el texto de la norma, concluyen las posibilidades de interpretación de la norma y, con ello, las posibilidades de una mutación constitucional.”

(sintática, semântica e pragmaticamente considerado), tal modificação não pode ser considerada uma mutação constitucional válida.¹²⁵

Pelo mesmo motivo, como já mencionado, não pode ser considerada mutação constitucional a hipótese de exercício de uma prática contrária a qualquer sentido possível da constituição positivada ou como fruto de uma corrosão do ordenamento constitucional.

O programa normativo, tomado neste momento com seu foco original no texto da norma, revela-se, assim, tanto como limite, como também fator de possibilidade das mutações constitucionais.

Para citar exemplos na doutrina brasileira, Ferraz (1986), desde seu pioneiro estudo monográfico, e Zandonade (2001) são doutrinadoras que afirmam o texto constitucional como limite das mutações constitucionais. Aquela, aliás, acrescenta que são processos de mutação manifestadamente inconstitucionais aqueles que mudam a constituição não apenas contra a sua letra, mas também contra o seu espírito.

Não obstante, uma ressalva deve ser feita contra o que possa sugerir uma leitura positivista descritiva ou uma compreensão radical da metódica estruturante.

Os mesmos efeitos da história, que atuam sobre o âmbito normativo, atuam, também, sobre o programa normativo, pois, como dito, condiciona todo e qualquer processo de compreensão. Desse modo, quando se defende o programa normativo como limite, não se pode cair na ilusão de se erigir um parâmetro fixo, imutável, e, assim, capaz de oferecer limites absolutos para o controle das mutações constitucionais. Essa perspectiva retornaria, ainda, à ingenuidade metódica herdada das ciências naturais e desprezaria os pressupostos da hermenêutica filosófica, na qual se tem buscado fundamentar este trabalho.

O programa normativo integra a história e é produto da tradição dela, tanto quanto o âmbito normativo. Na verdade, quando se fala que a mutação constitucional é a mudança ocorrida no âmbito normativo, isso significa, ao mesmo tempo, que o programa normativo também passou a ser compreendido de forma diversa. Se o

¹²⁵ Embora não se concorde com o radicalismo da afirmação, Hesse chega a enfatizar que: “Para a interpretação constitucional, que parte do primado do texto, é o texto limite insuperável de sua atividade. A amplitude das possibilidades de compreensão do texto delimita o campo de suas possibilidades tópicas.” (HESSE, 1998, p. 70).

recorte de regulação da norma se modificou é porque o horizonte histórico de compreensão de seus dados linguísticos, igualmente, modificou-se. Ocorre, todavia, que essa ressalva inadiável poderia levantar objeções sobre como compatibilizar a, também, transitoriedade dos dados linguísticos da norma e a sua sugestão como limites à mutação constitucional.

Quanto a isso, o que deve se ter em mente é que o programa normativo (colocando-se em evidência o seu o texto) se afigura com limite no horizonte de cada situação hermenêutica em que é testado na tradição. Por conseguinte, caso se replique com o argumento de que no momento “A” o texto representou um limite de sentido, enquanto que no momento “B” o sentido já foi outro, a resposta a ser dada é que, mesmo ciente disso, a mutação constitucional deve ser condizente com o que este texto diz em cada um desses momentos. Embora a premissa da objeção tenha sua razão, não refuta o texto como parâmetro.

Esse é um dos paradoxos da história efetual, como comentado no item 3.2 do capítulo 3, pois, na mesma medida em que o conhecimento é temporal e finito, é essa mesma temporalidade e finitude que possibilitam a objetividade de sentido em cada estágio da tradição.¹²⁶

Cada época, conforme explica Gadamer (1999, p. 443), “[...] tem de entender um texto transmitido de uma maneira peculiar, pois o texto forma parte do todo da tradição, na qual cada época tem um interesse pautado na coisa e onde também ela procura compreender-se a si mesma.” E é em razão disso que se diz que a compreensão se traduz num fazer produtivo, no qual a questão não está, a rigor, em compreender melhor, mas apenas que se compreende de um modo diferente, em cada situação temporal (GADAMER, 1999).

Toda essa ressalva significa dizer que a defesa do programa normativo como limite não é feita sem a devida consciência da distância temporal ou da distância histórica que marca todo processo compreensivo. Mais do que isso, ter consciência da distância temporal da compreensão, ao contrário de ser um problema, significa superar o mero produzir da individualidade do intérprete ou a busca pelas opiniões originárias

¹²⁶ Segundo Oliveira (2006, p. 232): “A historicidade não é, para Gadamer, simplesmente a determinação do limite da razão e de sua pretensão de atintir uma verdade absoluta, mas é, muito mais, a condição positiva para o conhecimento da verdade.”

do autor, como perquiriu Schleiermacher (2012), pois se passa a compreender que o texto deve e somente é entendido no sentido em que se revela na temporalidade da tradição. Nesse sentido, é que pode ser “[...] levado a sério na sua pretensão de verdade.” (GADAMER, 1999, p. 444). A pretensão de verdade, afirma Gadamer (1999), é alcançada somente por meio da tomada de consciência dos efeitos de cada momento histórico.¹²⁷

Além disso, a distância temporal produz tanto uma filtragem negativa, corrigindo distorções, quanto uma filtragem positiva, possibilitando compreensões objetivas do que é vivido. É o que diz Gadamer ao explicar que a compreensão da distância histórica é o que

[...] permite uma expressão completa do verdadeiro sentido que há numa coisa. Entretanto, o verdadeiro sentido contido num texto ou numa obra de arte não se esgota ao chegar a um determinado ponto final, pois é um processo infinito. Não acontece apenas que se vão eliminando sempre novas fontes de erro, de tal modo que se vão filtrando todas as distorções do verdadeiro sentido, mas que, constantemente, surgem novas fontes de compreensão que tornam patentes relações de sentido insuspeitadas. A distância de tempo, que possibilita essa filtragem, não tem uma dimensão concluída, já que ela mesma está em constante movimento e expansão. A par do lado negativo da filtragem operada pela distância de tempo, aparece, simultaneamente, o aspecto positivo que ela tem para a compreensão. Não somente prestam sua ajuda para que os preconceitos de natureza particular feneçam, mas permitem também que aqueles que levam a uma compreensão correta, venham à tona com tais. (GADAMER, 1999, p. 446-447).

Isso não é diferente com o texto normativo. Em última análise, não recebê-lo consciente de sua temporalidade significa recebê-lo de forma arbitrária. A interpretação jurídica, como ato de compreensão, sempre se dá sob os efeitos objetivos da história que desembocam na situação do intérprete, devendo os dados linguísticos

¹²⁷ Na hermenêutica filosófica, a discussão do verdadeiro e do falso está vinculada ao modo de ser na tradição histórica. Para Gadamer, tal como na experiência da arte em que “[...] temos de nos haver com verdades que suplantam fundamentalmente o âmbito do conhecimento metódico, algo semelhante vale para o todo das ciências filosóficas, nas quais nossa tradição histórica, em todas as suas formas, é transformada em *objeto* de pesquisa, e acaba, porém e ao mesmo tempo, ela mesma *manifestando-se em sua verdade*. A experiência da tradição histórica vai fundamentalmente além do que nela é possível ser pesquisado. Ela não mostra apenas no sentido de verdade ou inverdade, sobre o que decide a crítica histórica – transmite sempre a verdade, da que urge *em parte tirar proveito*.” (GADAMER, 1999, p. 31-32).

da norma ser apreendidos em si mesmos no horizonte em que aparecem.¹²⁸

Essa noção traz importante contribuição para o tema dos limites à mutação constitucional, pois sendo esta um processo hermenêutico, o intérprete deve proteger a interpretação contra a arbitrariedade de suas pré-compreensões e hábitos não percebidos do pensar, a fim de orientar seu olhar às coisas mesmas (GADAMER, 1999; CORETH, 1973). Explica Gadamer (1999) que isso envolve um exercício de revisão, de modo a não deixar que expectativas particulares se sobreponham ao sentido que se mostra. Afirma o autor que:

Quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do 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).

Elaborar o programa normativo depende dessa tarefa honesta do intérprete de ir revisando as expectativas e perspectivas prévias em nome do que os dados linguísticos da norma dizem por si mesmos na tradição histórica do ordenamento jurídico, indo de projetos prévios a projetos autênticos, à medida que se debruça sobre eles¹²⁹(GADAMER, 2003).

Isso implica, em outras palavras, levar a sério a alteridade da compreensão. Quem pretende compreender algo, como um texto normativo, deve estar

[...] disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem “neutralidade” nem tampouco auto-anulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes. O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim

¹²⁸ A descoberta da distância temporal e a aplicação de suas consequências na hermenêutica jurídica, enquanto, de um lado, desconstrói a ilusão do positivismo clássico descritivo, de outro lado, oferece alternativa normativa ao subjetivismo realista e à incerteza de um direito livre.

¹²⁹ “Quem procura compreender está exposto a erros de opiniões prévias, as quais não se confirmam nas próprias coisas, que como projetos são antecipações que apenas devem ser confirmadas ‘nas coisas’, tal é a tarefa constante da compreensão.” (GADAMER, 1999, p. 402)

possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias. (GADAMER, 1999, p. 405).

O texto normativo (donde se extrai inicialmente o programa), portanto, apenas é limite porque é um outro. A experiência da alteridade é que oferece limites. Sendo assim, o que o outro diz não é o que o intérprete diz que é, ou seja, a compreensão do texto não é a mera reprodução das pré-compreensões do sujeito. Se o texto é um outro, ainda que a compreensão seja condicionada pelas pré-compreensões do intérprete, o horizonte histórico daquele (texto) limita a arbitrariedade destas pré-compreensões.

Assim, o intérprete constitucional não deve sobrepor suas opiniões prévias ou suas “felizes ideias”, como se refere Gadamer (1999), “por mais felizes que sejam”, sobre o que o texto normativo, o caso e o ordenamento jurídico como um todo deixam à mostra, na medida em que se avança na aplicação do direito.¹³⁰

Alertou Hesse (1992), por isso, que a força normativa da constituição requer sempre o sacrifício de vantagens ou mesmo interesses, ainda que legítimos, pois perigosa é a constante alteração das normas constitucionais a pretexto de necessidades políticas inevitáveis, uma vez que toda modificação constitucional manifesta que as necessidades reais ou supostamente inevitáveis do presente são valoradas acima da regulação vigente.

Na experiência recente da jurisdição constitucional brasileira, algumas construções jurisprudenciais do STF envolveram debates calorosos entre argumentos de diversos grupos da sociedade. Tais debates, carregados de discursos de pressão da sociedade civil, devem sempre ser vistos com cautela, pois o que pode estar em risco é o caráter garantidor da constituição, que busca fixar condições fundamentais de organização social, contra a possível arbitrariedade das opiniões prévias de determinados grupos.

A mutação constitucional não pode ser simplesmente invocada para justificar a mudança da constituição apenas em favor dos interesses, mesmo que legítimos, de um

¹³⁰ Claro que, como é a significativa lembrança de Gadamer (1999), tendo em vista a historicidade ontológica da compreensão, as opiniões se apresentam em uma infinidade de possibilidades mutáveis, mas dentro dessa multiplicidade, ou seja, dentro do espaço diversificado em que o leitor pode encontrar sentido, nem tudo é possível. E quem não ouve direito o que o outro está dizendo, não conseguirá integrar o mal-entendido em suas próprias e variadas expectativas de sentido (GADAMER, 1999).

grupo da sociedade civil, se essa alteração não condiz com a alteridade do texto normativo e do ordenamento como um todo, quando da elaboração do programa normativo. Como lembra Dias (2012), o próprio Ministro Gilmar Mendes (fazendo prova da metamorfose incoerente que são seus posicionamentos, como se percebe adiante), em decisão monocrática na Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 3838/DF, alertou para a diferença entre mutação constitucional e a pretensão de modificação do sentido do texto constitucional em nome de interesses específicos e casuais:

Também não se está a falar de cenário passível de mutação constitucional. Como visto, os precedentes apontados, nos quais este Tribunal debruçou-se sobre a questão ora trazida, são todos recentes. O quadro fático neles considerado é exatamente o mesmo vivenciado no presente momento. Não se podem confundir os fatores que levam à deflagração do fenômeno da mutação normativa com iniciativas que buscam alterar o próprio sentido do texto constitucional em prol de interesses específicos e casuais. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI n. 3838-MC/DF, Relator: Min. Carlos Britto, Decisão proferida: Min. Gilmar Mendes, 2007).

Muito menos, obviamente, pode se admitir a invocação da mutação constitucional para defender posições contrárias às possibilidades interpretativas do programa normativo constitucional, ao modo, por exemplo, do que defendeu, em outro momento, o próprio Ministro Gilmar Mendes, inicialmente, em artigo científico publicado em 2004, acerca da interpretação do art. 52, X, da CR/88.¹³¹ Para Mendes (2004), ancorando-se em entendimento de Lúcio Bittencourt (1997), o vocábulo normativo segundo o qual compete ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, em sede de controle incidental de inconstitucionalidade, teria apenas o sentido de dar publicidade à decisão da Corte, nos dias de hoje.

Para o autor, chegando o STF à conclusão definitiva que determinada lei é inconstitucional, em sede de controle incidental, esta decisão, ao invés de efeitos *inter partes*, teria efeitos *erga omnes*, cabendo à Corte apenas fazer a comunicação ao

¹³¹ “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; [...]”

Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso (MENDES, 2004).¹³²

Com isso, o que Mendes (2004) pretende é transformar a expressão “suspender a execução” na expressão “dar publicidade”, submetendo o Senado Federal a uma espécie de função de despachante de decisões da Corte Constitucional, em clara contradição com o sentido fornecido pela alteridade do programa da norma incidente, entendido em unidade com toda a ordem constitucional sobre o tema.

E, nesse sentido, Mendes (2004) usa como álibi para seu decisionismo a suposta ocorrência de uma mutação constitucional, sob a justificativa de que teria ocorrido uma completa reformulação do sistema jurídico. Com suas palavras, Mendes afirma que:

É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica *reforma da Constituição sem expressa modificação do texto* (FERRAZ, 1986, p. 64 *et seq*, 102 *et seq*; JELLINEK, 1991, p. 15-35; HSÜ, 1998, p. 68 *et seq.*). (MENDES, 2004, 165).

Esse entendimento foi repetido pelo Ministro Gilmar Mendes no significativo julgamento da Reclamação n. 4.335/AC, de sua relatoria, a qual foi distribuída em 04 de maio de 2006. Trata-se de Reclamação ajuizada por Defensor Público da União, contra decisão judicial proferida pelo Juízo da Vara de Execuções Penais de Rio Branco, Estado do Acre, que negou progressão de regime a condenados por crime hediondo, sob o fundamento de que a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º,

¹³² *Ipisis litteris*: “ Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa *força normativa*. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, *uma vez que se não cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação*, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais [...]”. (MENDES, 2004, p. 165).

da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990¹³³, declarada no *Habeas Corpus* n. 82.959 do STF, foi reconhecida em decisão com efeitos apenas *inter partes*, pois proferida em âmbito de controle difuso de constitucionalidade. A Defensoria Pública ajuizou o *habeas corpus*, justamente, por entender que, diante da referida declaração de inconstitucionalidade incidental, seus efeitos deveriam ser estendidos, também, a todos. Para o Juízo reclamado, todavia, a inconstitucionalidade do referido dispositivo somente teria efeitos *erga omnes*, caso o Senado Federal retirasse a sua eficácia, nos termos do art. 52, X, da CR/88.

Ao relatar o caso e proferir seu voto, o Ministro Gilmar Mendes teve de enfrentar um primeiro argumento relativo ao cabimento da Reclamação. Nos termos do art. 102, I, “I”, da CR/88¹³⁴, do art. 156 do Regimento Interno do STF¹³⁵ e do art. 13 da Lei Federal n. 8.038, de 28 de maio de 1990¹³⁶, a Reclamação é cabível para preservar a competência do STF e/ou garantir a autoridade de suas decisões. Nesta segunda hipótese, a jurisprudência do Tribunal é no sentido de garantir a autoridade de decisões de eficácia *erga omnes*, proferidas no controle de constitucionalidade abstrato, ou para impugnar atos contrários a pessoas que tiveram decisão favorável proferida pela Corte, em processo anterior (PEDRON, 2011). O caso da referida Reclamação não se enquadrava em nenhuma dessas situações.

Em voto contraditório, todavia, o Ministro Gilmar Mendes afastou a tese de não cabimento da Reclamação, sustentando, sem qualquer adequação, que o Tribunal já teria admitido em precedente anterior, a Reclamação n. 1.880, de 22 de maio de 2002, a legitimidade, para ajuizar reclamação, de qualquer pessoa que se demonstrasse

¹³³ Redação antiga declarada inconstitucional: “Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: [...] § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.”

¹³⁴ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] I) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;”.

¹³⁵ “Art. 156. Caberá reclamação do Procurador-Geral da República, ou do interessado na causa, para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões.”

¹³⁶ “Art. 13. Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público.”

prejudicada pelo descumprimento de decisão do STF com efeito vinculante, ainda que em sede de controle incidental¹³⁷ (PEDRON, 2011).

Em seguida, o Ministro completou o raciocínio com a tese segundo a qual as decisões de declaração de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle incidental deveriam, também, ser entendidas como detentoras de eficácia *erga omnes*. Sem esse argumento, conforme lembra Pedron (2011), a primeira tese não faria sentido.

Assim, o Ministro Gilmar Mendes passou a defender, em seu voto, a ocorrência de uma mutação constitucional do art. 52, XI, da CR/88, como já havia se posicionado em oportunidade anterior, conforme mencionado.

O argumento do Ministro foi no sentido de afirmar que a eficácia *inter partes* de decisões em controle difuso apenas se sustentaria por razões históricas. Para tanto, apresentou situações em que o STF teria dispensado a participação do Senado Federal, reconhecendo efeitos *erga omnes* a decisões proferidas em controle incidental, tais como: as que se utilizam da técnica da interpretação conforme, as declarações de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, a declaração de não recepção de lei anterior à Constituição, a aplicação da eficácia *ex nunc* em sede de controle difuso e o entendimento de que é dispensável a exigência da cláusula de reserva de plenário

¹³⁷ Pedron (2011), em sua tese já indicada aponta as contradições gritantes dos fundamentos apresentados, neste ponto pelo Ministro Gilmar Mendes. Primeiro, recorda que, ao fazer remissão à Reclamação n. 1.880, para falar de legitimidade de qualquer um para propor reclamações contra decisões do STF de efeitos vinculantes, tal argumento, que diz ser do Tribunal, apenas aparece no voto do Ministro, o qual foi voto vencido. Segundo, aponta que, ao se falar em efeito vinculante, o próprio Gilmar Mendes, em artigo científico, reconstrói as possibilidades de cabimento do instituto da Reclamação, donde se percebe que somente pode ser utilizado por qualquer atingido, quando se tratar de ofensa a decisões proferidas em controle de constitucionalidade concentrado e, por isso, de efeito geral e vinculante. E que, nas oportunidades em que a Reclamação manejada contra decisões proferidas em recurso extraordinário e *habeas corpus* (Reclamação. n. 430 e Reclamação. 1.728), por exemplo, os reclamantes eram litigantes no processo anterior, transitado em julgado por decisão do STF. Terceiro, por fim, demonstrando que os argumentos de Mendes foram utilizados de forma equivocada, Pedron (2011, p. 22) lembra que o entendimento de que as decisões paradigmas para o uso da Reclamação eram decisões no controle abstrato de constitucionalidade, foi afirmado pelo “[...] próprio STF, ao julgar uma questão de ordem em agravo regimental na Reclamação n. 1.880 – a mesma decisão trazida por Mendes –, discutiu o que se poderia entender por *legitimados* para a propositura da reclamação e, dessa forma, atrelou a figura da Reclamação ao art. 28 da Lei n. 9.868, de novembro de 1999. Assim, cai por terra o argumento defendido pelo Ministro Mendes, a partir do próprio entendimento do STF sobre o mesmo julgado.” O referido art. 28 da Lei n. 9.868/1999 dispõe sobre a publicação do acórdão das decisões em controle concentrado de constitucionalidade e declara que tais decisões “[...] tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

(art. 97 da CR/88) por tribunais inferiores, em caso de normas já declaradas inconstitucionais pelo STF em controle incidental. Ao descrever tal quadro, o Ministro afirma ter ocorrido uma reformulação no controle de constitucionalidade brasileiro, que justificaria a alegada mutação.

No entanto, concordando com Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007) e Pedron (2011), os exemplos trazidos pelo Ministro não têm adequação lógica com a questão específica em análise e não justificam sua decisão de invocar a ocorrência de uma mutação constitucional contrária ao texto da Constituição e sem coerência com o horizonte interpretativo da matéria¹³⁸. Ainda com os referidos autores, Gilmar Mendes desconsidera que os exemplos citados por ele não atentam contra a distribuição de competência constitucionalmente fixada, como, ao contrário, faz o seu entendimento.

Dessa forma, o que se tem apontado aqui acerca do perigo de o intérprete sobrepor suas pré-compreensões – que também são compreensões – de forma arbitrária sobre o que o texto e programa normativo diz, pode ser percebido na abordagem do Ministro Gilmar Mendes na questão posta. O entendimento de Mendes pode, muito bem, ser creditado a suas convicções, defendidas em mais de uma oportunidade, sobre a evolução do controle abstrato no direito constitucional brasileiro e a obsolência do instituto da comunicação ao Senado Federal que teria incumbência de emprestar efeitos *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF (MENDES, 2004b). Tal posicionamento, no entanto, não poderia traduzir um decisionismo contra a compreensão do que o ordenamento constitucional revela em si

¹³⁸ Nesse sentido, ponderada foram as considerações do Ministro Sepúlveda Pertence, conforme trecho de seu voto: “Já tive oportunidade de assinalar, várias vezes nesta Casa e em aventuras palestrantes, ser evidente que essa convivência, desde 1965, dos dois sistemas de controle - não para criar um sistema misto, mas, na verdade, para conviverem paralelamente -, levaria, como tem levado, a uma prevalência evidente do controle concentrado. Mas também é certo que as decisões das sucessivas Constituições têm sido de manter incólume o sistema primitivo de declaração incidente com a inovação, tipicamente brasileira, de 1934, de entregar a um órgão do Poder Legislativo a decisão de dar-lhe ou não efeitos gerais. Não há dúvida de que, no mundo dos fatos, se torna cada vez mais obsoleto – concordo – esse mecanismo; mas, hoje, combatê-lo, por isso que tenho chamado – com a permissão generosa dos dois Colegas – de projeto de decreto de mutação constitucional, já não é nem mais necessário. A Emenda Constitucional 45 dotou o Supremo Tribunal de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado a um órgão de mera publicidade de nossas decisões, dispensa essa intervenção. Refiro-me, é claro, ao instituto da súmula vinculante, que a Emenda Constitucional 45, de 2004, veio a adotar depois de mais de uma década detormentosa discussão.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Reclamação n. 4335, Relator: Min. Gilmar Mendes, Voto do Min. Sepúlveda Pertence).

mesmo na tradição. Afinal, o que está em jogo é o esforço pela força normativa da Constituição.

Além disso, é perceptível a utilização de argumentos pragmáticos, em detrimento de argumentos jurídicos ou de princípios. No entendimento do Ministro, argumentos daquela ordem também justificariam a mutação proposta, como afirmou, por exemplo, no seguinte trecho: “[...] a multiplicação de processos idênticos no sistema difuso – notória após 1988 – deve ter contribuído, igualmente, para que a Corte percebesse a necessidade de **atualização** do aludido instituto.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Reclamação n. 4335/AC, Voto do Min. Gilmar Mendes, 2014, p. 57). (grifos nossos)

Destaca-se, nessa mesma linha, o posicionamento do ex-Ministro Eros Grau na referida reclamação, com voto logo em seguida ao de Mendes, que aproveita o “gancho” das justificativas pragmáticas apontado por este, deixando ainda mais claro o perfil arbitrário de suas convicções, com um entendimento de mutação constitucional fora de qualquer juridicidade.¹³⁹

Embora Gilmar Mendes deixe transparecer tal pressuposto, contudo sem verbalizá-lo, Eros Grau demonstra, claramente, que a ideia de mutação constitucional com a qual trabalha advém de uma dicotomia entre direito e realidade. Para o ex-Ministro Eros Grau, a mutação constitucional ocorre:

[...] como desvalorização e corrosão das normas jurídicas constitucionais por ela afetadas. A mutação constitucional decorre de uma incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, entre a Constituição formal e a Constituição material. Oposições entre uma e outra são superadas por inúmeras vias, desde a interpretação, até a reforma constitucional. Mas a mutação se dá sem reforma, porém não simplesmente como interpretação. Ela se opera quando, em última instância, a práxis constitucional, no mundo da vida, afasta uma porção do texto da Constituição formal, sem que daí advenha uma ruptura do sistema. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Reclamação n. 4335, Relator: Min. Gilmar Mendes, Voto do Min. Eros Grau, p. 11).

¹³⁹ Novamente se indica conferir a tese de Pedron (2011), “*A Mutação Constitucional na Crise do Positivismo Jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade*”, que traz interessantes considerações sobre o confuso voto do ex-Ministro e a arbitrariedade de seu posicionamento e afirmações, algumas delas absurdas.

Assim, o entendimento de Eros Grau reverbera as concepções de Laband, Jellinek e Dau-Lin, que abrem caminho para a ausência de respostas normativas para a mutação constitucional, rendendo-se ao seu uso despótico.

O ex-Ministro foi “mais a fundo” em seu voto e, sem qualquer rigor com o Estado Democrático de Direito brasileiro, afirmou que a mutação constitucional chega a refletir uma mudança do próprio texto pelo intérprete. Assim, como se não bastasse, o Eros Grau chega a propor qual deveria ser o novo texto do art. 52, X, da CR/88. Com suas palavras:

Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado.
O exemplo que no caso se colhe é extremamente rico. Aqui passamos em verdade de um texto

[compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal]

a 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]. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Reclamação n. 4335, Relator: Min. Gilmar Mendes, Voto do Min. Eros Grau, p. 9-10).

Para Eros Grau, portanto, em uma mutação constitucional, o Tribunal, mais do que extrair a norma do texto, inova incluindo outro texto na constituição (literalmente falando¹⁴⁰). O posicionamento de Eros Grau evidencia um agir puramente volitivo do intérprete, como se o texto normativo estivesse em suas mãos como mero “fantoche”¹⁴¹. É o que, sem qualquer constrangimento, dá a entender o ex-Ministro, quando afirma que:

¹⁴⁰ Como se depreende do trecho transcrito o ex-Ministro Eros Grau indica que na mutação o texto é modificado literalmente, isto é, adquire uma nova estrutura formal, ainda que ela não seja inserida no documento.

¹⁴¹ “A afirmação ‘a norma é sempre produto da interpretação do texto’, ou que ‘o intérprete sempre atribui sentido (*Sinngerburg*) ao texto’, nem de longe pode significar a possibilidade deste – o intérprete – poder dizer ‘qualquer coisa sobre qualquer coisa’, atribuindo sentido de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem ‘existência’ autônoma).” (STRECK, 2004, p. 122).

Pouco importa a circunstância de resultar estranha e peculiar, no novo texto, a competência conferida ao Senado Federal – competência privativa para cumprir um dever, o dever de publicação [= dever de dar publicidade] da decisão, do Supremo Tribunal Federal, de suspensão da execução da lei por ele declarada inconstitucional. Essa peculiaridade manifesta-se em razão da circunstância de cogitar-se, no caso, de uma situação de mutação constitucional. O eminente Relator não está singelamente conferindo determinada interpretação ao texto do inciso X do artigo 52 da Constituição. Não extrai uma norma diretamente desse texto, norma essa cuja correção possa ser sindicada segundo parâmetros que linhas acima aponte. Aqui nem mesmo poderemos indagar da eventual subversão, ou não subversão, do texto. O que o eminente Relator afirma é mutação, não apenas uma certa interpretação do texto do inciso X do artigo 52 da Constituição. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Reclamação n. 4335, Relator: Min. Gilmar Mendes, Voto do Min. Eros Grau, p. 10).

É inevitável, assim, a não percepção do tom arbitrário¹⁴² dos entendimentos dos Ministros mencionados no caso em questão.

Felizmente, o deslinde do caso se deu após o voto-vista do Ministro Teori Zavaski, que julgou procedente a Reclamação, não por adoção da tese de ocorrência de mutação constitucional, mas por aplicação da Súmula n. 26 do STF, publicada em 26.02.2010, data superveniente ao início do feito. Tal Súmula consolidou e deu efeitos *erga omnes* à inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal n. 8.072/1990, permitindo o surgimento de requisito processual necessário à propositura da Reclamação. Por essa razão, o Ministro Zavaski julgou procedente o pedido com base na referida súmula, tendo sido esse o posicionamento que prevaleceu, após a sua adesão pelos demais membros da Corte.¹⁴³

Importante, ainda, é destacar a distinção feita pelo Ministro Teori Zavaski entre efeito *ultra partes* (caráter expansivo) das decisões dos tribunais superiores, em

¹⁴² Esse traço se reforça, quando em seu voto na Reclamação n. 4335, Eros Grau distingue o texto da norma, afirmando ser o texto produto da atividade legislativa e a norma produto da atividade do intérprete. Todavia, para o ex-Ministro do STF, esse intérprete, quando se trata da Corte Constitucional, trata-se de um intérprete autêntico, ao modo kelseniano, que, como quis o jurista austríaco, define a norma a partir de um ato voluntarista (PEDRON, 2011).

¹⁴³ A prevalência do voto do Ministro Teori Zavaski é atestada pela ementa do Acórdão da Reclamação: “Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito *ultra partes* da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Reclamação n. 4335, Relator: Min. Gilmar Mendes, 2014).

especial do STF, e efeitos *erga omnes*. Embora a discussão dos pontos abordados para essa distinção não caiba nos contornos deste trabalho, pois merece análise mais detida, para Zavaski a evolução do sistema jurídico e da jurisprudência brasileira tem caminhado para uma objetivação e universalização dos efeitos das decisões dos tribunais superiores brasileiros. Afirmou que um dos exemplos é a dotação de efeitos *ultra partes* ou o reconhecimento de caráter expansivo às declarações de inconstitucionalidade em sede de controle difuso. Todavia, pontuou que tal fenômeno não significa que decisões como essas tenham adquirido, oficialmente, efeitos *erga omnes*, uma vez que, para o Ministro, a atribuição de tais efeitos é privilégio dos processos expressamente elencados pelo ordenamento, como é característico das ações no seio do controle concentrado de constitucionalidade. Uma das consequências disso é que, embora o caráter expansivo das decisões do STF não advenha da manifestação do Senado Federal prevista no art. 52, X, da CR/88, este não teve sua competência suprimida; resolução de sua lavra continua tendo a prerrogativa de suspender dispositivo de lei declarado inconstitucional em decisão definitiva do STF.

Outra consequência é que justamente por não haver sinonímia entre caráter expansivo e efeitos *erga omnes*, não é porque uma decisão tem efeitos *ultra partes* que ela pode ser utilizada para a propositura de reclamação diretamente à Corte Constitucional. Para o Ministro, o instituto da reclamação deve ser interpretado de forma restritiva, de modo que, acompanhando o Regimento do STF e sua jurisprudência reiterada, somente se aplica para garantir a eficácia das decisões dotadas formalmente de efeitos gerais e/ou quando a reclamação for proposta por uma das partes envolvidas em processo com provimento de inconstitucionalidade a seu favor. Além dessas hipóteses, Zavaski acrescenta que também teria legitimação ativa para propor reclamação, quando não se tratar de decisões com efeitos *erga omnes*, aquelas entidades ou autoridades capacitadas para a propositura das ações de controle concentrado constitucionalidade (art. 103, CR/88). Embora esse último ponto seja polêmico, pois se revela contraditório com o raciocínio desenvolvido pelo Ministro, o fato é que seu voto refuta com clareza a tese da mutação constitucional defendida por Gilmar Mendes e Eros Grau, sem fechar os olhos para as inegáveis tendências do controle de constitucionalidade no Brasil.

Ocorre que, deve-se frisar, com o uso da mutação constitucional como se puro ato de vontade fosse, tem-se, na verdade, o fim da hermenêutica jurídica. Gadamer (1999) é quem explica esse aspecto, ao argumentar que, quando não há mais igualdade na interpretação jurídica, ou seja, quando um órgão ou um grupo específico de pessoas não se sujeitam à compreensão do ordenamento em seus limites de sentido, mas podem transcendê-lo com pura vontade, não há que se falar mais em hermenêutica jurídica. Segundo o autor,

[...] a possibilidade de uma hermenêutica jurídica é essencial que a lei vincule por igual todos os membros da comunidade jurídica. Quando não é este o caso, como no caso do absolutismo, onde a vontade do senhor absoluto está acima da lei, já não é possível hermenêutica alguma, ‘pois um senhor superior pode explicar suas próprias palavras’, até contra as regras da interpretação comum. (GADAMER, 1999, 488).

Assim, como processo hermenêutico que é, enquanto caso especial da compreensão e da interpretação jurídica, a mutação constitucional não pode ser o que quer o intérprete constitucional, independentemente de quem ele seja. O que deve ser reconhecido nesses casos não é uma mutação constitucional, mas um rompimento da constituição¹⁴⁴ ou, conforme preferem alguns doutrinadores, uma mutação inconstitucional¹⁴⁵ (FERRAZ, 1986; BULOS, 1997; PEDRA, 2009).

Seguindo um rigor conceitual do aqui se tem defendido, sequer poderia se admitir a existência da figura de uma mutação inconstitucional. Se uma suposta mutação constitucional não se restringiu ao perímetro do programa normativo, o que ocorreu não foi uma mutação, ou seja, uma mudança de sentido e de aplicação da constituição, mas um rompimento dela. Conforme assevera Hesse (1998, p. 51), a

¹⁴⁴ “Sob ‘modificação constitucional’ é entendido aqui exclusivamente a modificação do texto da Constituição. Ela deve ser distinguida do ‘rompimento constitucional’, isto é, o desvio do texto em cada caso particular (sem modificação do texto), como na prática estatal da República de Weimar, sob o pressuposto da realização das maiorias necessárias para modificações constitucionais, foi considerado como admissível.” (HESSE, 1998, p. 46).

¹⁴⁵ Segundo Pedra (2009, p. 300), a mutação inconstitucional “[...] assume uma dimensão que abrange o que a doutrina chama de falseamento da Constituição ou quebrantamento (ou quebramento) da Constituição. [...] o fenômeno em virtude do qual se outorga a certas normas constitucionais uma interpretação e um sentido distintos dos que realmente têm.”

verdade é que “não existe realidade constitucional *contra constitutionem*” (HESSE, 1998, p. 51).¹⁴⁶

Outro emblemático caso recente da experiência constitucional brasileira, que não pode deixar de ser registrado antes de se finalizar este item, haja vista a significância e reflexões que desencadeia, é o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132, ocorrido em 05 de maio de 2011.

A ADPF n. 132¹⁴⁷, recebida pela Corte como Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), foi julgada em conjunto com a ADI n. 4.277¹⁴⁸, tendo sido o julgamento em que o STF estabeleceu o *status* de entidade familiar às uniões homoafetivas, estendendo a essas uniões os direitos relativos à união estável

¹⁴⁶ “Onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição” (HESSE, 1998, p. 69-70).

¹⁴⁷ A ação foi proposta pelo Governador do Rio de Janeiro contra a interpretação que se vinha conferindo aos incisos II e IV, do art. 19 e aos incisos I a X do art. 33, ambos do Decreto-Lei n. 220, de 18 de julho de 1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro). Tais dispositivos versam sobre a concessão de licença em virtude de doença de pessoa da família ou para acompanhamento de cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou enviado a serviço, por entidade da Administração Pública direta e indireta, para outra localidade; e sobre a concessão de benefícios previdenciários a cônjuge e dependentes de família. Alegou o Governador do Rio de Janeiro que a interpretação aplicada aos referidos dispositivos implicava em efetiva redução de direitos de pessoas com orientação homossexual. Alegou, ainda, que decisões não apenas proferidas no Rio de Janeiro, mas em outras unidades federativas vinham negando às uniões homoafetivas o rol de direitos reconhecidos às uniões heterossexuais. Diante disso, alegou descumprimento dos preceitos da igualdade, liberdade, dignidade humana e segurança jurídica. Requereu, eventualmente, que se não recebida como ADPF, que ação fosse processada como ADI, para que se desse interpretação conforme à Constituição aos referidos artigos do Decreto-Lei n. 220/1975 do Estado do Rio de Janeiro e ao art. 1.723 do Código Civil brasileiro. A ação, em conjunto com a ADI n. 4.277, foi julgada procedente, fixando as conclusões que se resumiu no corpo do texto acima.

¹⁴⁸ Em razão da coincidência total ou parcial de objetos, nos termos do art. 77-B do Regimento Interno do STF, a ADI n. 4.277 foi julgada em conjunto com a ADPF n. 132. A ADI n. 4.277 “[...] foi proposta pela Procuradoria-Geral da República com o objetivo de que esta Casa de Justiça declare: ‘a) que é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e b) que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.’ Isto sob as alegações de que a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar é extraída dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminações odiosas, da liberdade e da proteção à segurança jurídica. Mesmos fundamentos e pedidos, em última análise, da ADPF 132.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADPF n. 132/RJ, Relator: Min. Ayres Britto, 2011, p. 16-17).

garantidos à união heterossexual.¹⁴⁹ Para tanto, deu interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723, da Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil brasileiro), para que os órgãos oficiais não deixassem de reconhecer o estatuto jurídico de união estável às uniões homoafetivas, em virtude da redação textual do referido dispositivo¹⁵⁰.

O julgamento da ADPF n. 132 reflete interessante exemplo de mutação constitucional ocorrida no interior do programa normativo, construído de forma sistemática com todo o ordenamento jurídico constitucional¹⁵¹, não obstante um primeiro olhar possa sugerir, pelo menos em algum aspecto, um conflito com a dicção textual do art. 226, § 3º, da CR/88¹⁵².

Embora não se dedique a uma análise aprofundada de todos os fundamentos e teorias discutidas no referido julgado, mas apenas se destaque pontos específicos e pertinentes à presente abordagem, a questão é que, conforme apotaram os Ministros do STF, o art. 226, *caput*, da CR/88¹⁵³, não estabelece um conceito substantivo ou acabado de família, ao dizer que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

Com as palavras do Ministro Ayres Britto,

[...] a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que **a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser.** (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADPF n. 132/DF, Relator: Ministro Ayres Britto, 2011, p. 41).

¹⁴⁹ Para um quadro resumido dos fundamentos e conclusões do STF no julgamento da ADPF 132 e ADI, veja a ementa do julgado no portal consulta processual do site do Tribunal em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/listarProcesso.asp>>.

¹⁵⁰ “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.”

¹⁵¹ Pedron (2011) entende que o julgamento da ADPF n. 132 constituiu um caso modelo de interpretação construtiva do direito, a partir do marco teórico da teoria da integridade de Dworkin.

¹⁵² “Art. 226. [...] § 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.”

¹⁵³ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

Assim, como é próprio do perfil ontológico e pragmático da linguagem, não se encontra dificuldade para se admitir a dinamicidade do conceito de família, para que também se enquadre as uniões homoafetivas como unidades familiares. Essa dinamicidade não é nova no ordenamento jurídico brasileiro, que já vinha reconhecendo o *status* de família a outras entidades não formadas pela união entre homem e mulher^{154 155} (SILVA, 2005; FARIAS, ROSENVALD, 2008). Família, portanto, assim como é a ideia de vida, de dignidade humana, de liberdade, entre outras, é conceito hermenêutico e, por isso, argumentativo e demonstrável ao longo do tempo. É um modo de ser no mundo, modo esse não estático. Novamente, lembra-se o voto do Ministro Ayres Britto, para quem família é:

[...] uma entidade, um organismo, uma estrutura das mais permanentes relações intersubjetivas, um aparato de poder, enfim. Poder doméstico, por evidente, mas no sentido de centro subjetivado da mais próxima, íntima, natural, imediata, carinhosa, confiável e prolongada forma de agregação humana. Tão *insimilar* a qualquer outra forma de agrupamento humano quanto a pessoa natural perante outra, na sua elementar função de primeiro e insubstituível elo entre o indivíduo e a sociedade. Ambiente primaz, acresça-se, de uma convivência empiricamente instaurada por iniciativa de pessoas que se vêem tomadas da mais qualificada das empatias, porque envolta numa atmosfera de afetividade, aconchego habitacional, concreta admiração ético-espiritual e propósito de felicidade tão emparceiramente experimentada quanto distendida no tempo e à vista de todos. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADPF n. 132/DF, Relator: Ministro Ayres Britto, 2011, p. 38-39).

Reconhecidas, portanto, como tal, às uniões familiares de casais de mesmo sexo não podem ser negados os direitos dispensados às uniões de casais heterossexuais, sem que isso fira os princípios constitucionais da igualdade e da não discriminação.

Nesse sentido, o § 3º do art. 226 da CR/88 não é obstáculo para que o acesso aos direitos reconhecidos às uniões heterossexuais sejam estendido às uniões

¹⁵⁴ Por exemplo, para fins de impenhorabilidade do bem de família, tem-se reconhecido o *status* de entidade familiar até mesmo aos solteiros e celibatários (SILVEIRA, 2010).

¹⁵⁵ Sobre a dinamicidade da noção de família comentam Farias e Rosenvald: “É inegável que a multiplicidade e variedade de fatores (de diversos matizes) não permitem fixar um modelo familiar uniforme, sendo mister compreender a família de acordo com os movimentos que constituem as relações sociais ao longo do tempo. Como bem percebeu a historiadora francesa Michelle Perrot, ‘a história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas’, deixando antever a variabilidade histórica da feição da família, adaptando-se às necessidades sociais prementes de cada tempo.” (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 3).

homoafetivas. Dizer que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”, não significa que o ordenamento constitucional esteja engessado e impedido de conferir, também, às uniões entre pessoas do mesmo sexo a possibilidade de acesso aos direitos que o reconhecimento da união estável, e mesmo do casamento, confere aos heterossexuais. Não se trata de dizer, ingenuamente, que “a união estável entre homem e mulher” é o mesmo que dizer união entre pessoas do mesmo sexo, mas de assegurar o acesso aos mesmos direitos, por exigência do direito ao igual respeito e consideração. Não é, portanto, romper ou “forçar” o texto constitucional, mas é garantir sua coesão interna, diante do programa normativo que é, também, construído a partir do rol de princípios e expectativas jurídicas que integram o texto constitucional. Nessa linha, foi a afirmação do Ministro Ayres Britto, de que ele, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Luiz Fux, estavam dando uma interpretação ao texto do § 3º, do art. 226 da CR/88, muito além da literalidade, na medida em que a sua dicção não excluía outras interpretações.¹⁵⁶

Nesse sentido, a mutação constitucional identificada na ADPF n. 132 tem seu foco no programa normativo fornecido pela compreensão sistemática do *caput*, do art. 226, da CR/88, com o imperativo do princípio da igualdade, que passou a abarcar um novo recorte regulativo em seu âmbito – as uniões homoafetivas.

O julgamento do STF protagonizou o reconhecimento oficial de uma mutação constitucional ocorrida no horizonte hermenêutico do dever do Estado de dar proteção às entidades familiares de forma igualitária e não discriminatória; uma mutação constitucional ocorrida, portanto, no interior das normas constitucionais aplicáveis ao caso.

Discorda-se, dessa forma, da leitura que Pedron (2011) faz da teoria da integridade, concordando com o comentário do voto do Ministro Luiz Fux, segundo o qual a questão do julgamento da ADPF n. 132 seria “[...] de reconhecimento do que já estava na própria lógica da Constituição [...]”, afastando o argumento favorável à ocorrência de uma mutação constitucional. Diga-se, sem subterfúgios, que se trata de

¹⁵⁶ Ministro Ayres Britto: “Só que no meu voto, a Ministra Cármen também, acho, o Ministro Fux, enfim, nós damos uma interpretação a esse texto para muito além da literalidade, de modo que ele não exclui as outras...” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADPF n. 132/DF, Relator: Ministro Ayres Britto, 2011, p. 125).

discordância com uma das interpretações que se pode fazer a partir da perspectiva construtivista de Dworkin, afirmando-se que a evolução da interpretação constitucional seria um caso de construção (descobrimento do encoberto) e não de mutação, conceito que seria inexistente ou legatário de teses decisionistas.

Na leitura aqui proposta, todavia, a conclusão da ADPF n. 132 foi típico fenômeno hermenêutico em que a fusão de horizontes no caminhar evolutivo da história fez surgir uma nova concretização do ordenamento constitucional. Esse processo, facilmente identificado no caso, indica uma alteração na concretização entre programa e âmbito normativo e, assim, a ocorrência de uma mutação constitucional.

Afirmar que “o reconhecimento do que já estava na própria constituição” afasta a tese de uma mutação constitucional, significa ignorar a possibilidade de perceptíveis mudanças de concretização do ordenamento, em face dos casos analisados no decorrer do tempo. Ou, ainda, pode-se dizer que ignora ignorou a clara diferença dos efeitos produzidos pela história sobre a compreensão da constituição e do caso, em relação a momentos anteriores da tradição jurídica brasileira. A bem da verdade, pode-se dizer que as leituras dworkinianas não invalidam a tese da mutação constitucional concebida no marco da hermenêutica filosófica. Se por via construtivista ou não, o fato é que houve uma mudança de concretização do ordenamento, a qual precisa ser levada a sério como um caso peculiar da interpretação. Além disso, subestimar a importância (ainda que limitada, mas assessória) dos parâmetros metódicos é correr o mesmo risco de decisionismos arbitrários por carência de instrumentos de verificação.

Em outro giro, reconhece-se, pelo menos em certo aspecto, a preocupação com a literalidade do § 3º, do art. 226 da CR/88, percebida nos votos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluzzo. Em suma, para esses Ministros, estava-se diante de uma lacuna que reclamava a atuação do Poder Legislativo, pois o caso era de reconhecimento de outra forma de entidade familiar¹⁵⁷,

¹⁵⁷ Segundo Ministro Ricardo Lewandowski: “Ora, embora essa relação não se caracterize como uma união estável, penso que se está diante de outra forma de entidade familiar, um quarto gênero, não previsto no rol encartado no art. 226 da Carta Magna, a qual pode ser deduzida a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional e, sobretudo, diante da necessidade de dar-se concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual aplicáveis às situações sob análise.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADPF n. 132/DF, Relator: Ministro Ayres Britto, Voto do Min. Ricardo Lewandowski 2011, p. 106).

a qual não poderia ser equiparada, pura e simplesmente, à figura da união estável (e, conseqüentemente, a do casamento), que, segundo eles, o ordenamento disciplinara apenas para homem e mulher¹⁵⁸. Assim, aderiram ao resultado, mas pelo raciocínio da aplicação analógica, porém, manifestando em seus entendimentos, que a decisão do Supremo deveria ser provisória, até a necessária regulamentação do Congresso Nacional.

Embora não se entenda ser uma caso de lacuna, pois se trata de uma construção recepcionada pelo horizonte principiológico da própria Constituição, a preocupação com a necessidade de se compatibilizar a solução do caso com o teor do § 3º, do art. 226, da CR/88, pode ser apontada como fruto do mesmo esforço de se estabelecer o programa normativo como parâmetro de controle das modificações informais da constituição.

Curiosamente, o Ministro Gilmar Mendes encampa essa ressalva com uma motivação que não demonstrou no julgamento da Reclamação n. 4335, quando afirma que:

Eu tinha também, Presidente, e vou explicitar, uma outra dificuldade que queria vencer. A nossa legitimação enquanto Corte Constitucional advém do fato de nós aplicarmos a Constituição, e Constituição enquanto norma. E, para isso, não podemos dizer que nós lemos no texto constitucional o que quisermos, tem que haver um consenso básico. Por isso que essa questão é bastante sensível, porque, se abrirmos o texto constitucional, no que diz respeito a essa matéria, não vamos ter dúvida ao que se refere o número 226, § 3º [...]. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADPF n. 132/DF, Relator: Ministro Ayres Britto, Voto do Min. Gilmar Mendes, 2011, p. 106, p. 124).

De fato, negar a alteridade do texto do § 3º, do art. 226, da CR/88 e dos demais dispositivos espalhados pelo ordenamento brasileiro seria jogar no lixo tudo o que foi dito aqui. Em um primeiro momento, deve-se admitir ser inegável que o legislador positivo pátrio regulamentou, na linguagem escrita do ordenamento, apenas

¹⁵⁸ O Ministro Ricardo Lewandowski faz essa afirmação ancorado nos debates dos legisladores constituintes. Com isso, revela um desconhecimento, em seu voto, do caráter histórico-ontológico da compreensão. Isso fica claro, a partir da afirmação na qual demonstra seu apego às ideias dos legisladores constituintes originários: “E, no caso sob exame, tenho que a norma constitucional, que resultou dos debates da Assembléia Constituinte, é clara ao expressar, com todas as letras, que a união estável só pode ocorrer entre o homem e a mulher, tendo em conta, ainda, a sua possível convolação em casamento.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADPF n. 132/DF, Relator: Ministro Ayres Britto, Voto do Min. Ricardo Lewandowski 2011, p. 106).

a união familiar entre heterossexuais – basta ler o Código Civil, para se chegar à essa conclusão. Ora, a técnica da interpretação conforme à constituição do art. 1.723 do Código Civil foi utilizada, justamente, para “corrigir” consequências do texto normativo escrito e impedir que este seja invocado para restringir direitos fundamentais de cidadãos que optaram por se unir afetivamente com pessoas do mesmo sexo.

E é pela importância mesmo dessa alteridade linguística da Constituição, que, em casos como esse, um caminho desejável fosse uma posterior atuação do legislador ordinário, não por se concordar com a tese da lacuna¹⁵⁹, mas pela segurança jurídica da afirmação da igualdade no ordenamento brasileiro, evitando, justamente, que a alteridade textual de certos dispositivos continue conduzindo a interpretações contrárias ao espírito constitucional, como as ideias que estranhamente defendeu Streck (2011)¹⁶⁰, virando as costas para os marcos teóricos em que tanto se arrimou.

Fica a lição de que, quando se afirma o programa normativo como limite às mutações constitucionais, deve se ter em mente a necessidade de se compatibilizar o seu processo hermenêutico, com o fim de evitar o transbortamento das possibilidades compreensivas do programa, que se inicia pela alteridade do texto constitucional.

Deve-se regirrar que, ao se falar em programa normativo e, conseqüentemente, em texto constitucional, já ficou subentendida a inclusão dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, em toda essa equação.

¹⁵⁹ Tanto é que, em nosso entendimento, mesmo em caso de atuação legislativa, o eventual estatuto jurídico próprio das novas entidades familiares homoafetivas não poderá privar dessas uniões, nas situações similares, os direitos que o ordenamento confere aos casais heterossexuais, por meio da união estável e, até mesmo, do casamento, por imperativo do dever de igual consideração e respeito. Esta deve ser a tendência, diante da atual conformação do princípio da igualdade face a esses novos arranjos sociais.

¹⁶⁰ Sobre o julgamento da ADPF n. 132, de forma desarrazoada, comentou Streck (2011, p. 265-266): “*Há limites hermenêuticos a que o Judiciário se transforme em legislador*, o que, entretanto, não foi levado em conta por ocasião da análise da ADIn 4277 e ADPF 132 [...]. Como se o texto constitucional não fosse expresso, e houvesse efetivamente uma ‘lacuna’ a ser trabalhada. [...] O fato de o Judiciário – via justiça constitucional – efetuar ‘correções’ à legislação não significa que possa, nos casos em que a própria Constituição aponta outra direção, construir decisões ‘legiferantes’. A Constituição reconhece união estável entre *homem* e *mulher*. Isso não significa que possa, por não proibir que essa união estável possa ser feita entre pessoas do mesmo sexo, a própria Constituição possa ser ‘colmatada’, com um argumento keseniano do tipo ‘o que não é proibido é permitido’. [...] Em síntese: não há um lado ‘b’ da Constituição a ser ‘descoberto’ axiologicamente. A resposta correta para o caso da união estável (homoafetiva) depende de alteração legal-constitucional.”

Os princípios constitucionais são normas construídas, igualmente, a partir de dados linguísticos traduzidos em padrões morais e de justiça compartilhados na constituição.¹⁶¹ São linguagens normativas que, pela predominância de sua estrutura hermenêutico-argumentativa, maior do que sintático-semântica, fornecem condições de possibilidades de mutações constitucionais, para além, mas não contrárias, à elasticidade literal de outras normas; mas que, por outro lado, são, também, instrumentos de compreensão restritiva de processos de mudança do sentido constitucional, de alcance mais profundo, uma vez que fundamentam e direcionam o ordenamento jurídico como um todo.¹⁶²

Além disso, tem-se consciência que, em certas situações de demandas urgentes da realidade, a solução jurisdicional indique a impossibilidade de se preservar uma fidelidade hermenêutica com a compreensão do programa normativo e do texto constitucional envolvido. Pode ocorrer, ainda, situações em que o programa normativo indicado por um princípio constitucional entre em contradição inconciliável e tormentosa com o sentido do texto de outro dispositivo da constituição.

Quadros como esses, que podem indicar o rompimento, em algum aspecto, com a prescrição textual da constituição, devem ser, caso inevitáveis, encarados como provisórios e acompanhados, o mais rápido quanto possível, dos procedimentos de reforma do Poder Constituinte derivado.¹⁶³

Pode ocorrer, todavia, que tais procedimentos de reforma não cheguem a ocorrer ou, até mesmo, que certas contradições com aspectos literais não tragam maiores problemas para a coerência da constituição¹⁶⁴.

¹⁶¹ Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986), vale lembrar, defende que não apenas o texto, mas também o espírito constitucional constitui limite para os processos informais de mudança da constituição.

¹⁶² Recorrendo-se à lição de Dworkin (2002, 65), os princípios podem ser entendidos como: “[...] todo um conjunto de padrões – eles próprios princípios e não regras – que estão em transformação, desenvolvimento e mútua interação. Esses padrões dizem respeito à responsabilidade institucional, à interpretação das leis, à força persuasiva dos diferentes tipos de precedentes, à relação de todos esses fatores com as práticas morais contemporâneas e com um grande número de outros padrões do mesmo tipo.”

¹⁶³ Conforme reconhece Hesse (1998, p. 52): “Isso não significa que na vida da coletividade não possa haver realidade que esteja em contradição com a Constituição ou que tal realidade deva ser considerada como insignificante. O importante é, antes, exatamente dirigir a atenção para ela e fazer aquilo que é necessário para impedir o nascimento da realidade inconstitucional ou para pôr a realidade novamente em concordância com a Constituição.”

¹⁶⁴ Cita-se, como exemplo, o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), no Recurso Especial n. 24564, de que se aplica aos relacionamentos homoafetivos a inelegibilidade do art. 14, § 7º, da

Não obstante, o importante é que o programa normativo, e seu dado original – o texto da norma –, cumpra o seu papel de limite, enquanto alteridade essencial na experiência jurídica contemporânea. Um limite hermenêutico e, portanto, não absoluto, conforme já ressaltava Hesse (1992).

Assim, diante de uma solução conflitante com algum aspecto do texto da constituição, o intérprete deve redobrar seu ônus argumentativo, a fim de demonstrar que não está em curso uma mutação inconstitucional ou um rompimento evitável da constituição, fruto da sobreposição de pré-compreensões arbitrárias.

Apenas um esforço nesse sentido garantirá o caráter hermenêutico e não arbitrário da aplicação jurídica. Na linguagem ilustrativa de Gadamer (1999, p. 489), “a vontade do monarca, não sujeito à lei, pode sempre impor o que lhe parece justo, sem atender à lei, isto é, sem o esforço da interpretação. A tarefa de compreender e de interpretar só ocorre onde se põe algo de tal modo que, como tal, é vinculante e não abolível.”

Assim, não se pode simplesmente afastar o texto. No direito, a linguagem prescritiva, em última instância, é o único critério de validade (segurança), como sugere Gadamer (2002)¹⁶⁵. Embora não se acredite que seja o único, o fato é que os dados linguísticos da norma devem ser encarados como a primeira “trincheira” a ser enfrentada para o controle de decisões arbitrárias.

Os parâmetros defendidos neste trabalho se sabem fracos, porque conscientes da historicidade do conhecimento.¹⁶⁶ E, por isso mesmo, são extraídos da consciência

CR/88. Segundo esse dispositivo, “são inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.”

¹⁶⁵ Afirma Gadamer (2002, p. 132) que: “A contribuição produtiva do intérprete é parte inalienável do próprio sentido do compreender. Isso não legitima o caráter privado e arbitrário das pressuposições subjetivas, visto que a coisa que está em questão a cada vez – o texto que se quer compreender – é o único critério dotado de validade.”

¹⁶⁶ Segue-se a linha da tarefa a que se propôs Gadamer (2002, p. 131): “Importa demonstrar os limites da autoconcepção do conhecimento histórico e devolver uma legitimidade limitada à interpretação dogmática”.

de que apenas ideários suficientemente fracos, podem ser fortes o bastante para não cair na ilusão metodológica.¹⁶⁷

4.2 Outros limites decorrentes do horizonte de compreensão do programa normativo

O texto constitucional (isto é, os dados linguísticos) é o ponto de partida para a elaboração de parâmetros de controle do fenômeno da mutação constitucional, conforme proposto no item anterior, na medida em que se constitui o dado inicial de formulação do programa normativo.

Sendo esse o ponto de partida, os elementos que influenciam a compreensão do texto e/ou conformam o processo de elaboração do programa da norma revelam a possibilidade de construção de limites complementares. Dessa forma, outros parâmetros compartilhados a partir da linguagem constitucional podem ser apontados e o objetivo deste último tópico é demonstrar como isso é possível, apontando duas hipóteses exemplificativas, afim de deixar clara a ideia proposta e contribuir para o objeto desta pesquisa.

O que se defende é que se o texto normativo da constituição deve ser compreendido em si mesmo, na forma em que se apresenta na tradição, constituindo, assim, o dado inicial para a elaboração do programa normativo, outros elementos que aparecem no horizonte de sentido compartilhado em torno e a partir do ordenamento constitucional, que, igualmente, conformam o programa de suas normas, podem ser, também, apontados como limites às mutações constitucionais.

Em outras palavras, as formas de ver (horizontes de sentido) a constituição e as normas constitucionais no tempo determinam a elaboração do programa normativo e, assim, condicionam as possibilidades de mutação constitucional no interior da norma.

¹⁶⁷ “Um procedimento cognitivo que envolve preconceitos ou antecipações, ideias preconcebidas sobre o método e sobre o que ‘deve’ ser um dado histórico, nivela a experiência e conduz inevitavelmente a uma traição do é especificadamente o ‘outro’.” (GADAMER, 2003, p. 65).

No presente estudo, aponta-se, como exemplo, o princípio da vedação ao retrocesso e a ideia da proteção do núcleo dos direitos fundamentais. Tais elementos são exemplos de pré-compreensões (e compreensões) normativas compartilhadas na tradição do constitucionalismo contemporâneo ocidental e, também, na experiência brasileira, que estão ligados à conformação do programa normativo dos direitos fundamentais, em especial. Nesse sentido, revelam-se limites hermenêuticos à mutação constitucional.

O princípio da vedação ao retrocesso foi, inicialmente, cunhado no âmbito dos direitos fundamentais sociais, contra atuações do legislador ordinário que pudessem retrocer em relação àquilo que já havia sido conquistado em prol da sociedade. Em Portugal, um dos primeiros países a desenvolver o tema, ao lado da Alemanha e da Espanha, o instituto foi chamado de princípio da proibição do retrocesso social¹⁶⁸, expressão até hoje utilizada, tanto lá, como aqui no Brasil. Nesse sentido, na lição de Canotilho (2003), o princípio da proibição do retrocesso social exprime a noção de que aquele conjunto de direitos sociais,

[...] já realizado e efetivado através de medidas legislativas ('lei de segurança social', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde'), deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilamento' pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial. (CANOTILHO, 1998, p. 340).

Nesta mesma linha, Jorge Miranda (2000, p. 254-255) escreve que, em observância da proibição ao retrocesso social, "[...] o legislador tem, certamente, a faculdade (por imperativo da democracia pluralista) de modificar qualquer regime

¹⁶⁸ De forma geral, a doutrina aponta que o surgimento dos debates sobre o princípio da vedação ao retrocesso ocorreu na Alemanha, Espanha e Portugal (GARCIA, 2010; FERNANDES, 2013). Em Portugal, a discussão que lhe deu origem foi no âmbito da aplicação de direitos sociais, daí a expressão proibição ao não retrocesso social. Aponta-se como *leading case*, o julgamento do Acórdão n. 39 de 1984 pelo Tribunal Constitucional português, que, analisando a revogação da legislação ordinária instituidora do Serviço Nacional de Saúde, consignou que o Estado não poderia voltar atrás naquilo já havia sido cumprido e conquistado, no tocante ao direito social em questão (CUNHA FERREIRA, 2007; PEDRA, 2009).

jurídico, o que não tem é a faculdade de subtrair supervenientemente a uma norma constitucional a exequibilidade que esta tenha, entretanto, adquirido.”

Na doutrina brasileira, a recepção do princípio também tem sido ampla. Luis Roberto Barroso (2001), acompanhando os doutrinadores portugueses, afirma que, apesar de não estar explícito, o princípio da vedação do retrocesso decorre do sistema jurídico-constitucional. Assim, segundo Barroso (2001, p. 158), “[...] se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido.”

Segundo Sarlet (2008), a vedação (ou proibição) ao retrocesso pode ser identificada como decorrência da força normativa¹⁶⁹ dos direitos fundamentais, dos postulados da dignidade da pessoa humana e do princípio da segurança jurídica¹⁷⁰. Para o autor, esse quadro normativo conduz à necessária afirmação da proteção contra medidas retrocessivas, que não podem ser tidas como propriamente retroativas, já que não atingem as figuras do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (SARLET, 2008). Comenta, diante disso, que basta lembrar

[...] a possibilidade de o legislador, seja por meio de uma emenda constitucional, seja por uma reforma no plano legislativo, suprimir determinados conteúdos da Constituição ou revogar normas legais destinadas à regulamentação de dispositivos constitucionais, notadamente em matéria de direitos sociais, ainda que com efeitos meramente prospectivos. Com isso, deparamo-nos com a noção que tem sido “batizada” pela doutrina – entre outros termos utilizados – como proibição (ou vedação) de retrocesso [...]. (SARLET, 2008, p. 8).

Assim, a consciência da vedação ao retrocesso traz a perspectiva de que, na função de assegurar o futuro, a constituição tem, igualmente, a tarefa de proteger os

¹⁶⁹ Sarlet (2008, p. 23), tendo em vista a Constituição brasileira, afirma que a proibição de retrocesso é corolário “[...] do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, contido no artigo 5º, parágrafo 1º, e que necessariamente abrange também a maximização da proteção dos direitos fundamentais”.

¹⁷⁰ Explica Sarlet (2008), acompanhando Canotilho, que a proibição ao retrocesso é devedora do princípio da segurança jurídica, o qual, se não é mencionado como direito, “[...] há muito, pelo menos no âmbito do pensamento constitucional (mas também – e, de certo modo – especialmente no contexto do que se tem designado de neoconstitucionalismo) contemporâneo, se enraizou a ideia de que um autêntico Estado de Direito é sempre também – pelo menos em princípio e num certo sentido – um Estado de segurança jurídica [...]”.

direitos já conquistados no passado. Desse modo, é possível combater alterações legislativas e também judiciais, que, legislando ou julgando na contramão da “programaticidade” constitucional, tencionem retirar conquistas da sociedade (STRECK, 1999).

Logicamente, por sua decorrência da força normativa dos direitos fundamentais, a vedação ao retrocesso envolve a aplicação de todas as dimensões desses direitos, não apenas dos direitos sociais, como lembram Ferreira da Cunha (2007)¹⁷¹ e Pedra (2009). E, como já dito, não está restrito a casos de conformação legislativa, mas também deve direcionar a interpretação judicial, pois, conforme lembram Pieroth e Schlink (2012, § 223), a ingerência no âmbito de proteção dos direitos fundamentais “[...] pode ocorrer *individualmente* (ato administrativo, sentença judicial) ou *em geral* (lei, regulamento jurídico, regulamento autônomo).” Ademais, ao fazer o controle de constitucionalidade de leis, os tribunais terão, inevitavelmente, de reconstruir o programa normativo a ser utilizado como parâmetro, levando em consideração o horizonte da vedação ao retrocesso de direitos fundamentais.

Não obstante, de fato, são nos casos de mutação constitucional provocados por interpretação legislativa, que o princípio adquire maior importância.

Desse modo, a noção compartilhada da vedação ao retrocesso tem importante papel na busca de limites à mutação constitucional, pois se coloca como pré-compreensão determinante da interpretação constitucional, no atual estágio da tradição brasileira, por exemplo. Uma mutação constitucional não pode ser admitida, caso retroceda em relação a garantias e direitos fundamentais já conquistados. Caso contrário, lembrando as lições da hermenêutica filosófica, o risco é a sobreposição de pré-compreensões arbitrárias sobre o que a constituição, em sua força normativa, diz na história.

Um interessante exemplo, não atinente a direitos sociais, em que se referiu ao princípio da vedação ao retrocesso num caso de clara mutação constitucional foi o

¹⁷¹ Escreve o autor português: “Um dos mais polémicos princípios constitucionais, mesmo quando aparentemente possa ser invocado com algum consensualismo de palavras, é o princípio da proibição do retrocesso, aplicável quer no âmbito dos direitos sociais (mais classicamente), mas também passível de ser invocado em qualquer outro domínio constitucional, como, por exemplo, o dos direitos, liberdades e garantias das chamadas primeiras gerações de direitos [...]”. (FERREIRA DA CUNHA, 2007, p. 23).

juízo do Recurso Extraordinário (RE) n. 466.343 pelo STF, a partir do qual foi editada a Súmula Vinculante n. 25¹⁷², que passou a vedar a prisão civil do depositário infiel. No referido caso, ficou firmada a tese da supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos não aprovados pelo Congresso Nacional com o rito de emenda constitucional, conforme previsto no § 3º, art. 5º, da CR/88¹⁷³.

No Recurso Extraordinário, discutiu-se a afirmação constitucional da possibilidade de prisão civil de depositário infiel, tendo como foco o art. 4º do Decreto-Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969¹⁷⁴, que concede ao credor fiduciário ação de depósito fundada no contrato de alienação fiduciária em garantia, quando não encontre o bem ou não se ache este na posse do devedor fiduciante. Diante da ressalva do art. 5º, LXVII, da CR/88¹⁷⁵, ainda pairavam dúvidas sobre a possibilidade jurídica da prisão civil do depositário infiel, especialmente, após a ratificação do Estado brasileiro, em 6 de novembro de 1999, da adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica, de 1969¹⁷⁶, que traz em seu art. 7º a vedação da prisão civil por dívida, a não ser de natureza alimentar.¹⁷⁷

Nesse sentido, após a prevalência da tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos não aprovados com o rito de emenda constitucional, a qual foi desenvolvida no voto do Ministro Gilmar Mendes, importante foi a lembrança do Ministro Ayres Britto acerca da aplicação do princípio da vedação ao retrocesso aplicado às leis bifrontes, ou seja, leis ordinárias, mas que

¹⁷² “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.”

¹⁷³ “Art. 5º. [...] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

¹⁷⁴ “Art. 4º Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil.”

¹⁷⁵ “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”

¹⁷⁶ Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, entrou em vigor internacional em 18 de julho de 1978, na forma do segundo parágrafo de seu art. 74. O Congresso Nacional aprovou o Pacto por meio do Decreto Legislativo n. 27, de 26 de maio de 1992, tendo sido ratificado pelo Presidente da República por meio do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.

¹⁷⁷ “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

disciplinam matéria constitucional. Segundo o Ministro, uma vez que o Pacto de São José da Costa Rica havia ingressado no ordenamento jurídico na qualidade de lei ordinária, de acordo com o entendimento anterior da Corte¹⁷⁸, a conquista trazida pelo Tratado, em termos de vedação da prisão civil por dívida, não poderia ser retrocedida pela interpretação de outra lei ordinária (que no caso era até anterior à ratificação do tratado), em razão do princípio do não retrocesso à concretização de direitos fundamentais. Em suas palavras, disse o Ministro Ayres Britto:

Ministro Gilmar Mendes, apenas me permito lembrar que, mais e mais, a doutrina adensa a opinião de que, quando uma lei ordinária vem para proteger um tema tratado pela Constituição como direito fundamental, essa lei se torna bifronte ou de dupla natureza. Ela é ordinária formalmente, porém é constitucional materialmente, daí a teoria da proibição de retrocesso. Quando se versa tutelarmente um direito fundamental, mediante lei ordinária, faz-se uma viagem legislativa sem volta porque já não se admite retrocesso. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 466.343, Relator: Ministro Cezer Peluso, Voto Ministro Ayres Britto, 2008, p. 1206).

Assim, vê-se um exemplo da atuação do princípio da vedação ao retrocesso de diretos e garantias fundamentais como parâmetro de uma mutação constitucional, ou seja, de uma mudança de sentido das normas constitucionais em questão, sem alteração de seus textos, no tocante à prisão civil do depositário infiel, que passou a ser inconstitucional. Trata-se, aliás, de uma mutação coerente com a possibilidade interpretativa do programa normativo da Constituição brasileira, inclusive, em relação ao inc. XLVII, do art. 5º, da CR/88. Isso porque, a ressalva deste dispositivo (“salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”) não impede que seja considerada constitucional lei que proíba a prisão civil de depositário infiel, ampliando o rol de direitos fundamentais. Além disso, tal mudança informal de sentido guarda correlação com o horizonte normativo aberto pela principiologia da Constituição (dignidade da pessoa humana,

¹⁷⁸ Fernandes (2011) lembra que, antes da tese da supralegalidade, “[...] o STF se posicionou (mesmo sob calorosos protestos no que tange aos Tratados Internacionais sobre direitos humanos) de acordo com a corrente que propugnava o recebimento dos tratados, sejam eles sobre qualquer tema, como legislação ordinária (portanto: legislação infraconstitucional).”

etc.) e com os tratados internacionais de direito humanos, haja vista o disposto no § 2º, art. 5º, da CR/88¹⁷⁹.

Destaca-se, por outro lado, neste mesmo julgado, a inconstitucionalidade da mutação operada na hierarquia de normas do ordenamento jurídico brasileiro, com a prevalência da tese da supralegalidade dos tratados internacionais não aprovados pelo Congresso Nacional na forma do § 3º, do art. 5º, da CR/88.¹⁸⁰

Com o julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343, prevaleceu, de forma majoritária no STF, o entendimento sobre três hipóteses de recepção de Tratados Internacionais no ordenamento brasileiro: a) Tratados Internacionais de Direitos Humanos (TIDH) conforme o art. 5º, § 3º, da CR/88: norma constitucional; b) TIDH não conforme o art. 5º, § 3º, da CR/88: norma supralegal; e c) tratado internacional que não é de direitos humanos: norma ordinária (lei ordinária) (FERNANDES, 2011).

Desta feita, como aponta Fernandes, uma das consequências do posicionamento referendado pelo STF,

[...] se refere à (aplaudida) *modificação hierárquica* do ordenamento jurídico, com a assunção de mais uma espécie normativa, que conforme visto, foi desenvolvida (*estranhamente*, por falta de titularidade para tal!) pelo STF. Certo é que, se a previsão do intitulado *status* de normas *supralegais* está positivada constitucionalmente em outros ordenamentos como o da Alemanha (art. 25 da *Lei Fundamental de Bonn*) e o da França (art. 55 da *Constituição* de 1958), a mesma não encontra esteio constitucional em nosso sistema jurídico.

Entendemos, que, apesar de instigante, a *nova postura* assumida pelo Pretório Excelso, no que tange à estrutura do ordenamento jurídico, peca pelo *excesso*, na medida em que o STF, com a adoção da tese da *norma supralegal*, acaba por modificar, como dito, a estrutura do ordenamento jurídico pátrio (criando norma, ou pior: *espécie normativa*!) com o afã (aparentemente redentor, salvador e ativista) de pretensamente “sofisticar” o ordenamento, ou mesmo, de suprir omissões e solver mazelas do mesmo.

Ou seja, uma espécie de arranjo (não escorado constitucionalmente!) institucional (para alguns mais céticos: jeitinho!) para os TIDH que não

¹⁷⁹ “Art. 5º. [...] § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

¹⁸⁰ Para considerações mais detidas confira: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Breve bordagem crítica sobre a questão dos Tratados Internacionais frente à Constituição e sobre a recepção da Lei da Anistia em nosso ordenamento: uma análise reflexiva sobre decisões do Supremo Tribunal Federal permeadas pelo *self restraint* ou pelo *ativismo*. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 25-35, jan./dez. 2011.

passaram pelo procedimento do art. 5º, § 3º, da CR/88. Entendemos que entre duas posturas: (1) a inadequada consideração do TIDH (que não passou pelo procedimento do art. 5º, § 3º, da CR/88) como normas ordinárias; e (2) a adequada consideração dos TIDH como normas constitucionais, surge uma terceira (3) não alocada em nosso ordenamento pelo legislador constitucional. (FERNANDES, 2011, p. 28-29).

Assim, conforme identifica o citado autor, o STF promoveu uma mudança na estrutura do ordenamento jurídico brasileiro, neste caso criando uma nova espécie normativa, sem qualquer respaldo na “programaticidade” constitucional.¹⁸¹ São as tais “felizes ideias” sobrepondo-se à alteridade da Constituição.

O princípio da vedação ao retrocesso, assim como o texto normativo e o programa dele extraído, não se trata de limite absoluto. Logicamente, o legislador não está amarrado e impedido de fazer ajustes na ordem jurídica e social, como se tivesse obrigado a seguir uma ideia pré-fixada do que seja o progresso. Até mesmo porque, somente cada momento histórico, analisado em seu contexto, é que poderá dizer qual é o seu avanço ou seu retrocesso. Lembrando afirmação de Gadamer (1999), uma geração, a rigor, não poderia dizer que compreende melhor que outra.

Assim, como reconhece Sarlet,

[...] se é correto apontar a existência de elevado grau de consenso (pelo menos na doutrina e jurisprudência nacional e, de modo geral, no espaço europeu) quanto à existência de uma proteção contra o retrocesso, igualmente é certo que tal consenso (como já foi lembrado) abrange o reconhecimento de que tal proteção não pode assumir um caráter absoluto, notadamente no que diz com a concretização dos direitos sociais a prestações. Para além desse consenso (no sentido de que existe uma proibição relativa de retrocesso em matéria de direito sociais), constata-se intensa discussão em torno da amplitude da proteção contra o retrocesso, sendo significativas as diferenças de entendimento registradas no âmbito

¹⁸¹ Interessante é que Fernandes (2008) faz a advertência que, independente da posição doutrinária segundo a qual os TIDH seriam recepcionados como normas constitucionais, não importando o rito de aprovação no Congresso Nacional, à qual ele mesmo se perfilha, e, assim, se possa considerar tímida a decisão da Corte brasileira, a questão não é essa, mas mudança da estrutura hierárquica, sem a manifestação do legislador constitucional. Em suas palavras: “Ainda que alguns doutrinadores entendam (por um outro viés) que a mesma foi tímida, por não considerar todos os TIDH como normas constitucionais. Para tal doutrina, escorada na posição minoritária do Ministro Celso de Mello, teríamos timidez e não excesso. Ora, pela ótica da não consideração de todos os TIDH (que passaram ou não pelo procedimento do art. 5º, § 3º da CR/88) como normas constitucionais, esse posicionamento pode ter razão! Nesse sentido, coadunamos com a doutrina de Flávia Piovesan (2011). Mas não é isso que estamos a discutir neste ensaio! Sem dúvida, a questão que aventamos no presente texto, diz respeito à modificação da estrutura normativa do ordenamento por decisão judicial! E a crítica a mesma!” (FERNANDES, 2011, p. 28).

doutrinário e jurisprudencial, mas também na seara das soluções adotadas pelo direito positivo de cada ordem jurídica individualmente considerada. (SARLET, 2008, p. 25).

Esse quadro de consenso sobre o caráter relativo da proteção contra o retrocesso e da discussão quanto à sua amplitude levam, juntamente com outras razões, ao surgimento do segundo limite aqui apontado: a proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Noção também originada no direito estrangeiro, em especial na Lei Fundamental alemã, que traz em seu art. 19, n. 2¹⁸², a garantia do conteúdo (ou núcleo) essencial dos direitos fundamentais. Daí que se tem naquele país o desenvolvimento da chamada teoria dos “limites dos limites”. Segundo os autores alemães Pieroth e Schlink (2012, § 285), “O *conceito de limite de limites* designa as limitações a que o *legislador está sujeito* quando estabelece fronteiras ao exercício dos direitos fundamentais.”

A ideia, portanto, é a da existência de limites às limitações que possam ser implementadas em relação aos direitos e garantias constitucionais. E, nesse sentido, um desses limites é a garantia contra a supressão do conteúdo essencial (PIEROTH, SCHLINK, 2012). Consiste na afirmação de que existe um núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias que não pode ser violado, mesmo nos casos em que o legislador esteja autorizado a editar normas restritivas a esses direitos (SANTIAGO, 2012). Os direitos fundamentais, considerando esse conteúdo essencial, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade (ALEXY, 2008).

No Brasil, a proteção do conteúdo essencial dos direitos e garantias fundamentais, assim como a proibição ao retrocesso, desenvolveu-se nas discussões sobre a efetividade dos direitos sociais. O núcleo dos direitos sociais é entendido como ponto de partida para uma compreensão da amplitude da proibição contra o retrocesso (SARLET, 2008). E, nesse sentido, a construção do que seria o conteúdo essencial dos

¹⁸² As concepções da teoria dos “limites dos limites” ganharam espaço após a positivação da Lei Fundamental da República Federal alemã, de 1949, que, no caso específico da proteção ao núcleo dos direitos fundamentais, o § 2º, do art. 19, diz que: “em caso algum pode um direito fundamental ser afetado no seu conteúdo essencial” (ALEXY, 2008; SANTIAGO, 2012). Dispositivo semelhante é encontrado também nas atuais Constituições de Portugal e da Espanha (SANTIAGO, 2012).

direitos sociais levou ao surgimento da ideia de mínimo existencial¹⁸³, por meio de uma compreensão conectada ao princípio da dignidade humana (SARLET, 2008; FERNANDES, 2013). O mínimo existencial traduz o conjunto de direitos, garantias e prestações mínimas que asseguram ao indivíduo uma vida com dignidade, a qual, necessariamente, só é garantida com a concretização de condições básicas de um ser humano, em patamares que transcendam a mera sobrevivência física (mínimo vital) (SARLET, 2008; FERNANDES, 2013). A dignidade da pessoa humana¹⁸⁴, assim, segundo Sarlet (2008), revela-se (ainda que não exclusivamente) como diretriz jurídico-material tanto para a definição do núcleo essencial, quanto para a definição do que constitui a garantia do mínimo existencial.

Ricardo Lobo Torres (1990), por sua vez, no seu pioneiro ensaio “O mínimo existencial e os Direitos Fundamentais”, já assinalava a existência de um direito fundamental às “condições mínimas de existência humana digna”, como pressuposto não apenas de eficácia de direitos sociais, mas também para o usufruto dos direitos de liberdade (direitos individuais) e, por isso, como sendo exigência implícita a qualquer direito considerado em sua dimensão essencial e inalienável.¹⁸⁵

Assim, a intervenção legislativa e a interpretação judicial (e também atos particulares), ainda que diante da possibilidade jurídica de ingerência no âmbito de

¹⁸³ Doutrinadores apontam, como marco da afirmação da tese do mínimo existencial no Brasil, o julgamento da ADPF n. 45, bem como fazem referência ao RE n. 410.715, ambos julgados pelo STF, com decisões sobre o direito à educação e a necessidade de garantia de um mínimo existencial à luz da dignidade da pessoa humana (FERNANDES, 2012).

¹⁸⁴ A par daqueles que ligam o mínimo existencial a uma fundamentação jusmoralista, atrelado à dignidade da pessoa humana, como Sarlet (2008), existem outros que buscam desenvolver uma fundamentação pragmática para o tema, como lembra Fernandes (2013), apontando o exemplo de Daniel Sarmiento, que defende duas razões de cunho instrumental e outra não instrumental para a fundamentação do mínimo existencial: (a) o mínimo existencial seria pressuposto para a garantia da liberdade real; (b) é uma exigência para os pressupostos da democracia; e (c) de ordem não instrumental, o atendimento de necessidades básicas constitui um fim em si mesmo e não um meio para outros fins.

¹⁸⁵ Fernandes (2013) aponta duas dicotomias em torno da discussão teórica da noção de mínimo existencial: a primeira, entre aqueles que entendem que as condições materiais de vida seriam relacionadas à saúde e à autonomia individual – alimentação, educação, vestuário, moradia, etc.) – e aqueles que, por outro lado, entendem não haver um conteúdo *a priori* na tese do mínimo existencial, o qual apenas poderia ser obtido em uma situação concreta; e a segunda dicotomia, refere-se às duas dimensões com que se trabalha o direito ao mínimo existencial: (a) a dimensão negativa: o mínimo existencial impõe um limite negativo contra práticas estatais e particulares que possam suprimir as condições materiais indispensáveis à vida digna; e (b) a dimensão positiva: que diz respeito à imposição de garantir positivamente um conjunto mínimo de direitos materiais (prestacionais), em nome da possibilidade dessa vida digna.

proteção de algum direito fundamental, não podem suprimir as condições mínimas do exercício desse direito, sejam sociais, individuais ou de outra ordem, uma vez que a proteção ao seu conteúdo essencial surge como princípio legatário da própria “fundamentalidade” desses direitos, na ordem constitucional¹⁸⁶ (PIEROTH, SCHLINK, 2012).

E, aplicado como parâmetro às mutações constitucionais, um interessante exemplo na experiência brasileira foi a evolução da concretização do direito à individualização da pena em relação à legislação de crimes hediondos.

A redação original da Lei n. 8.072/1990 (“Lei de Crimes Hediondos”) dispunha que a pena imposta aos condenados por crimes considerados hediondos deveria ser cumprida integralmente em regime fechado, nos termos do seu antigo art. 2º, § 1º. Arguida a inconstitucionalidade deste dispositivo em algumas oportunidades, logo após a promulgação da referida Lei, em face da garantia à individualização da pena no art. 5º, XLVI, da CR/88, o STF afirmou ser constitucional a referida imposição de cumprimento integral da pena em regime fechado. Lembra Pedra (2009), nesse sentido, o *Habeas Corpus* n. 69.657, julgado em 18 de dezembro de 1992, no qual a Corte Constitucional afirmou que “Não há inconstitucionalidade em semelhante rigor legal, visto que o princípio da individualização da pena não se ofende na impossibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento da pena [...]”.

Anos mais tarde, no entanto, corrigindo o erro do projeto compreensivo inicial, o STF modificou seu entendimento e no *Habeas Corpus* n. 82.959 resgatou a concretização da garantia à individualização da pena anterior à lei de crimes hediondos, julgando inconstitucional a regra de cumprimento do édito punitivo integralmente em regime fechado. A Corte, segundo a ementa do aresto, decidiu:

Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da

¹⁸⁶ Conforme afirmou o Ministro Gilmar Mendes no *Habeas Corpus* n. 82.959: “Embora o texto constitucional brasileiro não tenha estabelecido expressamente a idéia de um núcleo essencial, é certo que tal princípio decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte. A não-admissão de um limite ao fazer legislativo tornaria inócua qualquer proteção fundamental.” (BRASIL, STF, *Habeas Corpus* (HC) n. 82.959, Relator: Min. Marco Aurélio, Voto Min. Gilmar Mendes, 2006, p. 598).

pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Nos votos dos Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto e Sepúlveda Pertence ficou claro que a regra do cumprimento da pena integral em regime fechado esvaziava por completo o princípio da individualização da pena e, assim, o núcleo essencial do direito correspondente, que passa pela necessária possibilidade de progresso do regime, à medida que o preso cumpre sua condenação. Conforme registrou o Ministro Sepúlveda Pertence, que já no mencionado *Habeas Corpus* de 1992 foi voto vencido, “[...] esvazia e torna ilusório o imperativo constitucional da individualização da pena a interpretação que lhe reduza o alcance ao momento da aplicação judicial da pena, e dele faça abstração no momento de execução.” (BRASIL, STF, *Habeas Corpus* n. 82.959, Relator: Min. Marco Aurélio, Voto Min. Sepúlveda Pertence, 2006, p. 714).

Esse é um exemplo claro, não somente da aplicação da proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, balizando uma mudança de concretização da Constituição, mas demonstra também a relação subsidiária que tal princípio pode estabelecer, em certos momentos, com o horizonte da vedação ao retrocesso. Isso porque se trata de um caso onde a relatividade da vedação do retrocesso se justificaria, por exemplo, na atuação do legislador em tornar mais rigorosa a progressão do regime de crimes hediondos, haja vista haver autorização da Constituição para o tratamento diferenciado desses delitos (art. 5º, XLIII, CR/88). Todavia, o que não se está autorizado a fazer é restringir por completo a progressividade de regime, aniquilando o direito fundamental à individualização da pena. Segundo Pieroth e Schlink (2012) ultrapassar o núcleo essencial de um direito fundamental é, na situação em que ele é aplicável, impedir que o indivíduo possa de alguma forma exercê-lo, mesmo com todas as ingerências que o legislador poderia lançar mão.

Assim, conforme Susana Sbrogio’Galia (2007, p. 169), “[...] em se cuidando de identificar um limite para as mutações que se pretendem 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 [...]”.

A proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, assim, atua, ao lado da vedação ao retrocesso, como limite às mutações constitucionais, na medida em que influi na “forma de ver” o programa normativo, quando o assunto é a possibilidade de mudança de concretização de uma norma constitucional.

5 CONCLUSÃO

No decorrer do presente trabalho, buscou-se reformular a teoria da mutação constitucional, a partir do marco da hermenêutica filosófica e da teoria da norma proposta pela metódica estruturante do direito, com o objetivo de fundamentar o fenômeno e identificar seus possíveis limites.

Inicialmente teorizada pela Escola Alemã de Direito Público, no final do século XIX, a expressão mutação constitucional foi utilizada pela primeira vez por Paul Laband, nos idos de 1895, que, ao examinar a aplicação da Constituição alemã de 1871, fez a distinção entre reforma constitucional (*Verfassungänderung*) e mutação constitucional (*Verfassungswandlung*). A ideia de mutação constitucional foi utilizada para conceituar as mudanças de sentido das normas constitucionais sem alteração de seus textos, à margem, portanto, dos procedimentos de reforma constitucional.

Após as primeiras percepções desenvolvidas por Paul Laband e Georg Jellinek, também Rudolf Smend, Hsu Dau-Lin e Hermann Heller abordaram o tema, todos eles representando o que, genericamente, se chamou neste trabalho de contribuições da escola alemã.

Todavia, diante da tomada de consciência das influências do giro hermenêutico-ontológico na forma de pensar todo o conhecimento, constatou-se que não mais se sustentam as teses formalistas de Laband e Jellinek, que fundamentaram o fenômeno a partir de uma ruptura entre direito e realidade e, assim, enxergavam as mutações na sobreposição das forças políticas e sociais sobre a constituição jurídica, concepção que Dau-Lin também acabou referendando. Assim como, por sua vez, demonstraram-se insuficientes o esforço integracionista de Smend e a teoria orgânica de interação entre normatividade e normalidade de Heller, apesar da preocupação de ambos em fundamentar uma teoria do estado e da constituição com fulcro numa relação complementar entre constituição (direito) e conformação social (realidade).

As concepções iniciais da escola alemã acabaram entregando o fenômeno da mutação constitucional ao alvedrio das forças fáticas e, assim, à arbitrariedade

(Laband, Jellinek e Dau-Lin), ou não lançaram mão dos pressupostos suficientes para fundamentar o fenômeno e lhe dar uma resposta normativa (Smend e Heller).

Assim, verificou-se que não somente no seio das primeiras percepções desenvolvidas pela doutrina alemã do final do século XIX e início do XX, mas também após elas, escassos foram os estudos que se debruçaram sobre o fenômeno da mutação constitucional, com o fim de buscar formas de fundamentá-lo e propor limites ao mesmo.

Não por coincidência, até nos tempos atuais, doutrina e jurisprudência ainda se curvam à ausência de limites à mutação constitucional e/ou legitimam a fundamentação do fenômeno na separação entre direito e política ou direito e realidade. Tais posições têm favorecido entendimentos “decionistas” e modificações arbitrárias de sentido das normas constitucionais, como, na experiência brasileira, exemplificou-se com o julgamento da Reclamação n. 4335/AC, pelo STF, em especial pela análise dos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau.

Esse breve cenário justifica o esforço aqui traçado de se buscar repensar o tema pelo viés hermenêutico, a fim de torná-lo compatível com a força normativa da constituição e com a elaboração de limites à sua ocorrência.

O que impulsionou essa tarefa, mesmo antes de sua realização, foi o predecessor ensaio escrito por Konrad Hesse, “Limites da mutação constitucional”, publicado em 1973. Nessa oportunidade, o autor propôs, amparando-se na teoria de seu discípulo Friedrich Müller, que as mutações constitucionais deveriam ser encaradas como fenômenos interpretativos ocorridos no processo de concretização das normas constitucionais, nos quais se operava uma mudança no âmbito normativo da norma, respectivamente “destacado” pelo programa da norma. Assim, o programa normativo elaborado a partir do texto constitucional, ao selecionar o âmbito da norma, isto é, o recorte da realidade por ele regulada, ditaria o limite e as possibilidades de uma mutação constitucional.

Nesse percurso, para uma fundamentação do fenômeno compatível com os novos rumos do conhecimento e da hermenêutica pós giro linguístico, foi necessário fazer um resgate da compreensão do tema à luz da hermenêutica filosófica de Hans-Geor Gadamer.

Assumi-se como pressuposto, assim, que sem sua compreensão a partir da hermenêutica gadameriana, os esforços de fundamentação do fenômeno da mutação constitucional e, respectivamente, de reconstrução de sua identidade normativa estariam fadados à superficialidade, não indo muito além do que outros autores, como o próprio Hesse, já haviam desenvolvido.

Em seguida a uma reconstrução do caminho da hermenêutica do pós-idade média até chegar à hermenêutica filosófica gadameriana, demonstrou-se como a mutação constitucional deve ser entendida como consequência mesmo da fusão de horizontes históricos na experiência jurídica, uma vez que se revela como produto do próprio fazer hermenêutico no qual se dá a existência.

Depois disso, retomando os conceitos de programa e âmbito normativo, cunhados por Müller e também trabalhados por Hesse, apresentou-se um conceito em “sentido estrito” de mutação constitucional. Propôs-se ser a mutação constitucional o fenômeno compreensivo de concretização das normas constitucionais, identificada como uma mudança perceptível no âmbito de regulação da norma, desde que compatível com a interpretação fornecida pelo seu programa. Nesse quadro, concebe-se a mutação constitucional como a alteração ocorrida no interior da norma, ou seja, ocorrida dentro do direito e não fora dele.

Trata-se de um conceito argumentativo a ser verificado em cada caso. E, nesse sentido, pode resultar de interpretação judicial, de atividade legislativa ou até de determinada prática reiterada (costumes, segundo alguns autores) de aplicação constitucional.

Em razão disso, algumas situações, principalmente aquelas em que se puder verificar certa mudança no que diz respeito a uma concretização anteriormente consolidada, não se terá maiores problemas para se identificar uma mutação constitucional. Outras situações, contudo, podem não ser tão simples assim, indicando uma maior dificuldade para se verificar a ocorrência do fenômeno.

De todo modo, sendo um caso particular do processo compreensivo, a mutação constitucional não está necessariamente ligada ao decurso do tempo ou à longevidade de vigência da constituição. A mutação constitucional pode ocorrer ao longo de anos ou no decorrer de curto prazo. Da mesma forma, não é característica

essencial do conceito de mutação constitucional o fato de tal fenômeno ocorrer implícita ou tacitamente, ao contrário do que escreveram os autores da antiga Escola Alemã de Direito Público, como Jellinek que identificava na essência da mutação constitucional o elemento da não intencionalidade. O processo de mutação constitucional não está vinculado à consciência ou não de sua realização, pois o que realmente importa é a mudança de sentido, isto é, de concretização da norma constitucional, o que, certamente, não passará despercebido por um intérprete atento, como alertou Hesse.

Depois disso, como objetivo final, buscou-se fazer, no capítulo três, a defesa de duas modalidades de limites à mutação constitucional. Nesse sentido, apresentou-se, como uma primeira modalidade, o programa normativo, com destaque para a importância do texto constitucional.

Acredita-se que a compreensão da mutação constitucional, pelo viés hermenêutico, não pode prescindir do texto normativo (dados linguísticos) da constituição, como ponto de partida para a elaboração de critérios de controle do uso arbitrário do fenômeno.

O importante é que o programa normativo, que tem seu ponto de partida no texto constitucional, cumpra o seu papel de limite, enquanto alteridade na experiência jurídica.

Diante de uma solução conflitante com algum aspecto do texto da constituição, o intérprete deve redobrar a atenção e o ônus argumentativo, a fim de demonstrar que não está em curso uma mutação inconstitucional ou um rompimento evitável da constituição, fruto da sobreposição de pré-compreensões individuais ou de um determinado grupo, ainda que estejam carregadas de “boas” intenções.

Em seguida, por meio da noção de que a linguagem normativa deve ser compreendida conforme o que ela diz no horizonte tradicional, defende-se a existência de uma segunda modalidade de limites, que são aqueles decorrentes do horizonte compreensivo compartilhado em torno do programa normativo das constituições. À propósito, foram apresentados dois exemplos, a saber: o princípio da vedação ao retrocesso e o imperativo da proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Tais parâmetros decorrem, em especial, dentre outros fatores, do desenvolvimento da compreensão do significado (e conseqüências) da força normativa da constituição.

O que aqui se denomina de limites extraídos do horizonte compreensivo do programa normativo, mais do que uma modalidade, reflete um fio condutor, a partir do qual se pode extrair outros limites à mutação constitucional, sendo que neste trabalho foram apresentados apenas os dois exemplos acima apontados.

Assim, tanto o princípio da vedação ao retrocesso quanto a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais atuam como limites às mutações constitucionais, na medida em que conformam o programa normativo e, conseqüentemente, o seu correspondente âmbito de regulação, quando o assunto é a possibilidade de mudança de concretização de uma norma constitucional.

Tais limites não são tratados como absolutos, posto que se sabem, enquanto limites hermenêuticos, condicionados pela historicidade do conhecimento. Não obstante, tratam-se de limites que, no enfoque dado neste trabalho, são elencados como índices a favor da “verificabilidade” das mutações constitucionais, sejam essas percebidas a partir da atuação judicial, legislativa, administrativa ou de demais práticas de aplicação constitucional.

Nesse sentido, no presente trabalho, embora a tangência seja inevitável, a pretensão não foi trabalhar, especificadamente, com os moldes de uma teoria da decisão. A pretensão, aqui, ao se buscar limites para a mutação constitucional, não foi apontar qual é a resposta correta. Embora esta não seja descartada, preferiu-se, por ora, o caminho da “verificabilidade”, uma vez que, ao se fundamentar o fenômeno da mutação constitucional como produto dos efeitos da história, a primeira conclusão a que se chega é que se deve ver com ressalvas qualquer critério forte de correção, dado que cada ponto da tradição poderá produzir sua compreensão e, assim, sua mutação.

No entanto, essa tarefa não é incompatível e, por isso mesmo, confessa-se uma das lacunas que o presente trabalho deixa: sua complementação com uma teoria da decisão. Aliás, sendo a mutação constitucional um processo hermenêutico, em última instância, estabelecer limites ao fenômeno é o mesmo que pensar limites para a interpretação jurídica.

Dentro desse contexto, portanto, o objetivo foi colaborar com a comunidade jurídica, no esforço contínuo de se lutar contra todas as formas de arbitrariedade, pensando-se parâmetros de controle dos possíveis desvios que podem ser cometidos com a utilização indiscriminada do conceito de mutação constitucional.

Contribuição, portanto, que é consciente de seus limites e da perplexidade do empreendimento, mas que, por isso mesmo, têm condições de se livrar da ilusão metodológica e se abrir para o constante corrigir de seus erros.

6 REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/Vertretung/brasilien/pt/01__Willkommen/Constituicao__Hino__Bandeira/Constituicao__Seite.html>. Acesso em: 3 out. 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANTUNES, Marcus Vinicius Martins. *Mudança Constitucional: o Brasil pós-88*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 158.

BITTAR, Eduardo C. B.. Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Editorial Trola, 2000.

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

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 set. 2014.

BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 29 set. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0911.htm>. Acesso em: 29 set. 2014.

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

BRASIL. Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8038.htm>. Acesso em: 29 set. 2014.

BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 29 set. 2014.

BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em: 29 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45. Decisão Monocrática. Relator: Celso de Mello. 4 maio 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381>>. Acesso em: 3 out. 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: 15 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4277%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bftpsyu>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 69.657. Relator: Ministro Marco Aurélio. 18 jun. 1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1543471>>. Acesso em: 3 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 82.959. Relator: Ministro Marco Aurélio. 01 set. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=21102172381551>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3838/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 01 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3838%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/cnqk4q8>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 1.728. Relator: Ministro Néri da Silveira. 19 dez. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+1728%2ENUME%2E%29+OU+%28Rcl%2EACMS%2E+ADJ2+1728%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a8yhkmh>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 1.880. Relator: Ministro Maurício Corrêa. 19 mar. 2004. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1954435>>
 . Acesso em: 15 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 4.335/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 01 abr. 2014. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2381551>>
 . Acesso em: 15 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 430. Relator: Ministro Celso de Mello. 20 ago. 1993. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+430%2ENUME%2E%29+OU+%28Rcl%2EACMS%2E+ADJ2+430%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c5xdkcp>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343. Relator: Ministro Cezar Peluso. 4 jun. 2009. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+466343%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ax2k326>>. Acesso em: 29 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 710.415. Relator: Ministro Celso de Mello. 3 fev. 2006. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2183245>>
 . Acesso em: 3 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 25. 12 fev. 2010. Disponível em: <
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_31.pdf>. Acesso em: 29 set. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial n. 24564. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 1 out. 2004. Disponível em: <
<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 29 set. 2014.

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

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. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASANOVA, Marco Antonio. *Compreender Heidegger*. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.

CORETH, Emerich. *Questões Fundamentais de Hermenêutica*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1973.

CRISTENSEN, Ralph. Teoria Estruturante do Direito. In: MÜLLER, Friedrich. *O Novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Cibele Fernandes. *Decisões intermédias e mutação na justiça constitucional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direitos das Famílias*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) Crise*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Breve abordagem crítica sobre a questão dos Tratados Internacionais frente à Constituição e sobre a recepção da Lei da Anistia em nosso ordenamento: uma análise reflexiva sobre decisões do Supremo Tribunal Federal permeadas pelo *self restraint* ou pelo *ativismo*. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 25-35, jan./dez. 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

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

FERREIRA DA CUNHA, Paulo. "Princípios-Tópicos de Hermenêutica Constitucional". *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, p. 153-175, Dez. 2007

153-175. Disponível em: <<http://works.bepress.com/pfc/32>>. Acesso em: 12 jun. 2014.

GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 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*. Porto Alegre, n. 36, jun. 2010. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao036/sergio_tejada.html>. Acesso em: 19 maio 2014.

GUSTÍN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re) Pensando a Pesquisa Jurídica*. 3 ed. Revista e Atualizada pela NBR 14724, de 30/12/05, da ABNT. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HÄBERLE, Peter. Desarrollo constitucional y reforma constitucional em Alemania. *Revista Pensamiento Constitucional*, Lima, ano vii, n. 7, 2000. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/3257/3094>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação*: ensaios filosóficos. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. v. i. 15. ed. Petrópolis: Editora Vozes; São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2005.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Editôra Mestre Jou, 1968.

HERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *Hermenêutica Jurídica*: en torno a la hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. Valladolid: Secretariado de Publicaciones Universidade de Valladolid, 1992.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1992.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da Republica Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

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

LASSALE, Ferdinand. *Qué es uma Constitución?* 5ª ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. A eficácia das decisões de inconstitucionalidade – 15 anos de experiência. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Quinze anos de Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004a.

MENDES, Gilmar Ferreira. Legitimidade e perspectiva do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004b.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004c. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/953>>. Acesso em: 15 junho 2014c.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

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

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

MÜLLER. *Metodologia do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1999.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. *A construção judicial da fidelidade partidária no Brasil*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, n. 6, p. 207-249, abr/jun. 2008.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Teoria da Mutação Consititucional: limites e possibilidades da mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização*. 2009. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. *A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade*. 2011. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIO DE JANEIRO. Decreto-Lei n. 220, de 18 de julho de 1975. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/13a8832c3ad51674832569d0006c75a4/cb7fc6f032ee6e5683256eb40054bd0e?OpenDocument>>. Acesso em: 29 set. 2014.

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

ROYO, Javier Pérez. El proyecto de constitución del Derecho público como ciencia en la doctrina alemana del siglo xix. *Revista de Estudios Políticos*. n. 1, ene./feb. 1978.
SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica Filosófica e Aplicação do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANTIAGO, Denny Mendes. *As limitações aos direitos fundamentais: os limites dos limites como instrumento de proteção ao núcleo essencial destes direitos*. 2012. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais nem contexto de crise*. *Revista brasileira de Direito Constitucional – RBDC*. São Paulo, n. 4, p. 241-271, jul./dez. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*. Salvador, n. 15, set./out. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 12 jun. 2014.

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

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: Arte e técnica da interpretação*. 9. ed. Petrópolis: Editora Vozes; São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2012.

SILVA, José Afonso Da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVEIRA, Aurélio Rezende. Abrangência da expressão “entidade familiar” na impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100528125203490&mode=p rint>. Acesso em: 10 jun. 2014.

SMEND, Rudolf. *Constitucion y derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

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. *Hermenêutica Jurídica*. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. 3. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Iuris*, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK, Lênio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 12 maio 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Dir. Proc. Geral*. Rio de Janeiro, n. 42, p. 69-78, 1990. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/932407/DLFE-48620.pdf/REVISTA4269.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2014.

TRINDADE, André karam. *A filosofia no Direito: com Gadamer, contra Habermas, à procura de um paradigma de racionalidade a partir do qual seja possível pensar pós-metafisicamente a teoria do direito contemporâneo*. 2006. Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale dos Sinos, São Leopoldo, 2006.

URRUTIA, Ana Victoria Sanchez. La Fuerza de La Constitución y La Constitución de La Fuerza. *Revista Española de Derecho Constitucional*. n. 37, p. 313-325, ene./abr., 1993.

URRUTIA, Ana Victoria Sanchez. Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de La Constitución: una aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*. n. 85, p. 105-135, ene./abr., 2000.

VATTIMO, Gianni. *Para além da interpretação: o significado da hermenêutica para a filosofia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

VECCHI, Cristiano Brandão. *A mutação constitucional: uma abordagem alemã*. 2005. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

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

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

ZANDONADE, Adriana. *Mutação constitucional*. *Revista Brasileira de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, n. 35, abr./jun., 2001.