

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS**  
**Faculdade de Direito**

**A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO:  
história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade**

**Flávio Barbosa Quinaud Pedron**

**Belo Horizonte**  
**Novembro de 2011**

**Flávio Barbosa Quinaud Pedron**

**A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO:  
história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

**Orientador:** Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira.

**Belo Horizonte  
Novembro de 2011**

**Flávio Barbosa Quinaud Pedron**

**A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO:  
história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade**

Trabalho apresentado a Faculdade de Direito da  
Universidade Federal de Minas Gerais, Belo  
Horizonte, 2011.

---

Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira – UFMG (Orientador)

---

Prof. Dr. Renato César Cardoso – UFMG

---

Prof. Dr. Ricardo Henrique Carvalho Salgado – UFMG

---

Prof. Dr. Cristiano Otavio Paixão Araujo Pinto - UnB

---

Profa. Dra. Katya Kozicki – PUC-PR / UFPR

---

Suplente

*Para Deborah, como agradecimento por todo o amor, paciência e aprendizados sobre a vida que juntos partilhamos. Agradeço sempre por você ser meu porto seguro.*

*“Those who cannot remember the past are  
condemned to repeat it”*

Georg Santayana (1863 - 1952)

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu orientador, Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, pela orientação firme e coerente, segura e cuidadosa.

Aos Professores Doutores Ricardo Salgado e Renato César Cardoso, pelas críticas e apontamentos ao tempo do Exame de Qualificação.

Aos Professores Doutores José Luiz Quadros de Magalhães, José Alfredo Baracho Jr., e à Professora Doutora Karine Salgado, pelas sugestões.

À Deborah, pelo apoio incondicional e pelo carinho sempre presente e na hora certa.

Aos meus grandes amigos, os professores José Emílio Medauar Ommati, Marcelo de Pádua Moura, André de Abreu Costa e Vinícius Silva Bonfim, pela interlocução, sugestões e críticas ao longo da elaboração desta pesquisa.

Ao amigo e pesquisador Matheus Silva Campos Ferreira, pelo árduo trabalho como bolsista e pesquisador pelo FIP da PUC Minas, pelas discussões sobre o tema e pela inestimável ajuda no levantamento e no estudo da bibliografia.

Aos amigos, que sempre deram apoio e torceram por mim. Um especial agradecimento para Arthur, Luciana, André Gama e Anneliese, Bruno Bini, Fernando Tolentino, José Santiago, Márcio, Arnaldo, Adamo e David.

Aos meus alunos, eternos interlocutores e estimuladores do meu sempre incompleto aperfeiçoamento pelos caminhos do direito.

À PUC-Minas e à FAPEMIG, pelo financiamento parcial desta pesquisa por meio do Programa Mineiro de Capacitação de Docentes (PMCD).

À CAPES/REUNI, pelo financiamento parcial desta pesquisa por meio de bolsa de Estágio em Docência junto à UFMG.

## RESUMO

A presente pesquisa parte da atualidade da discussão sobre o uso retórico da mutação constitucional (*Verfassungswandlung*) pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na Rcl. n. 4335/AC, para revisitar tal teoria e buscar refletir acerca da história do seu conceito, tendo a teoria de Koselleck como marco condutor. Essa reflexão mostra-se importante para compreender não apenas a origem de tal conceito, mas o contexto histórico-jurídico no qual foi cunhado, bem como os seus desenvolvimentos. Observando-se isso, poder-se-á perceber que a teoria da mutação constitucional é eminentemente uma saída estratégica típica da crise do positivismo jurídico para justificar decisões que violem a ordem constitucional a partir de perspectivas e de objetivos de ordem política. Assumindo referenciais hermenêuticos, principalmente o pensamento de Dworkin, fica claro que a teoria de mutação constitucional carece de legitimidade democrática, ignorando ou, por vezes, compreendendo mal a existência de um ordenamento jurídico que contemple não apenas um conjunto de regras, mas também princípios jurídicos. À luz das transformações operadas pelo reconhecimento da existência jurídica desses princípios, fica clara a falência dos argumentos em defesa da mutação constitucional quando confrontada com a teoria do direito como integridade. Esta traz a melhor explicação sobre uma concepção de direito preocupada com a legitimidade democrática de suas decisões, que não se quer ancorada no passado, mas hábil a teorizar uma evolução pela via hermenêutica.

**Palavras-chave:** Crise do Positivismo; Mutação Constitucional; Interpretação construtiva do direito; Princípios jurídicos.

## ABSTRACT

The research begins from the current discussion about the rhetorical use of the constitutional change (*Verfassungswandlung*) in Rcl. n. 4335/AC in the Brazilian Supreme Court revisiting such theory and seeking to reflect on the Koselleck's Conceptual History as a valid theoretical framework. This reflection proves to be important to understand not only the origin of this concept, but the historical and legal context in which it was coined and its developments. Observing this, one should realize that the theory of constitutional change is essentially a typical strategy resource from the crisis of legal positivism to justify decisions that violate the constitutional order for political goals. Assuming a hermeneutic comprehension, especially through Dworkin's theory, it became clear that the theory of constitutional changes lacks of democratic legitimacy, ignoring or sometimes misunderstanding the existence of a legal system that includes not only a set of rules but also legal principles. In the light of the transformations wrought the recognition of legal existence of the principles, it rests clear the fallacy of the arguments for constitutional change when confronted with the theory of law as integrity. This perspective provides a theory that better explains a conception of law concerned with democratic legitimacy of adjudication procedures and that is not anchored in the past, but is able to theorize legal evolution through an hermeneutic point of view.

**Key-words:** Crises of Legal Positivism; Constitutional Changes; Constructive Legal Interpretation; Legal principles.



## RÉSUMÉ

La recherche commence sur le débat actuel sur l'utilisation rhétorique de la changement constitutionnelle (*Verfassungswandlung*) de RCL. n. 4335/AC à la Cour Suprême du Brésil de revoir telle théorie et de chercher à réfléchir sur l'histoire conceptuelle de Koselleck comme un cadre théorique valable. Cette réflexion s'avère important de comprendre on seulement l'origine de ce concept, mais le contexte historique et juridique dans lequel il a été inventé, et ses développements. En voyant cela, nous devons réaliser que la théorie du changement constitutionnel est essentiellement une ressource stratégie typique de la crise du positivisme juridique pour justifier des décisions qui violent l'ordre constitutionnel à des fins politiques. En supposant une compréhension herméneutique, en particulier, à travers la théorie de Dworkin, il devint clair que la théorie de l'changements constitutionnelle manque d'une légitimité démocratique, en ignorant ou parfois incompréhension de l'existence d'un système juridique qui comprend non seulement un ensemble de règles, mais aussi des principes juridiques. À la lumière des transformations provoquées par reconnaître l'existence des principes juridiques, elle repose clairement la fausseté des arguments pour un changement constitutionnel lorsqu'ils sont confrontés à de théorie l'intégrité du droit. Ceci fournit une théorie qui explique mieux une conception du droit concernés par la légitimité démocratique des procédures jugement et qui ne sera pas ancré dans le passé, mais elle suppose d'être en mesure de développement à travers un point de vue herméneutique.

**Mots-clés:** Crise du Positivism Juridic; changements constitutionnels; Interpretation Constructive du Droit; principes juridiques.

## LISTA DE FIGURAS

**QUADRO 1: Relação entre norma e realidade: o direito constitucional e sua validade..... 124**

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

**ADC:** Ação Declaratória de Constitucionalidade  
**ADI** ou **ADIn:** Ação Direta de Inconstitucionalidade  
**ADI por omissão:** Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão  
**ADPF:** Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental  
**AGR:** Agravo  
**CPC:** Código de Processo Civil  
**CPP:** Código de Processo Penal  
**CR:** Constituição de República  
**CR/46:** Constituição da República de 1946  
**CR/88:** Constituição da República de 1988  
**EC:** Emenda Constitucional  
**HC:** *Habeas Corpus*  
**Min.:** Ministro  
**MPF:** Ministério Público Federal  
**MS:** Mandado de Segurança  
**PGR:** Procurador Geral da República  
**PMCD:** Programa Mineiro de Capacitação de Docentes  
**QO:** Questão de Ordem  
**Rcl.:** Reclamação  
**RE:** Recurso Extraordinário  
**REsp:** Recurso Especial  
**Rel.:** Relator  
**RI:** Regimento Interno  
**RISTF:** Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal  
**RO:** Recurso Ordinário  
**RTJ:** Revista Trimestral de Jurisprudência  
**STF:** Supremo Tribunal Federal  
**STJ:** Superior Tribunal de Justiça  
**TJ:** Tribunal de Justiça  
**TJ-AC:** Tribunal de Justiça do Acre  
**TJ-MG:** Tribunal de Justiça de Minas Gerais

**TJ-SP:** Tribunal de Justiça de São Paulo

**TSE:** Tribunal Superior Eleitoral

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	14
<b>1. A COMPREENSÃO ACERCA DO QUE SEJA UMA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF).....</b>	<b>18</b>
1.1 O ponto de partida: a problematização da Reclamação n. 4.335/AC como caso modelo para a compreensão do STF acerca da figura da mutação constitucional.....	18
1.1.1 O caso sub judice.....	18
1.1.2 O posicionamento do Min. Gilmar Mendes: a afirmação da mutação constitucional no art. 52, X da CR/88, como uma alteração da interpretação da norma pelo STF.....	21
1.1.3 O voto do Min. Eros Grau: mutação constitucional como alteração do texto constitucional pelo STF.....	28
1.1.4 O posicionamento do Min. Sepúlveda Pertence: mutação constitucional como golpe de estado e a alternativa da súmula vinculante.....	33
1.1.5 O entendimento do Min. Joaquim Barbosa: a ilegitimidade da mutação constitucional em confronto com as exigências dogmáticas para sua aplicação.....	34
1.2 A problemática levantada: o art. 52, X, da CR/88 e o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade.....	35
1.3 Outras “versões” do que seja a mutação constitucional para o STF.....	61
<b>2. A TEORIA DA HISTÓRIA DE REINHART KOSELLECK COMO PROPOSTA DE METODOLOGIA PARA A HISTÓRIA DO DIREITO .....</b>	<b>66</b>
2.1 A “histórica” de Koselleck e suas condições de possibilidade.....	66
2.2 O sentido de uma “história dos conceitos” e uma história da mutação constitucional	80
<b>3. O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO CONCEITO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO DIREITO PÚBLICO ALEMÃO.....</b>	<b>91</b>
3.1 A tese da mutação constitucional na doutrina do direito público do império alemão: as contribuições de Laband e Jellinek.....	91
3.1.1 A contribuição de Paul Laband para uma teoria da mutação constitucional: a construção de uma “miopia” intencional para a relação entre direito e política.....	91
3.1.2 A mutação constitucional em Georg Jellinek: a força normativa da constituição e sua subordinação à força normativa do fato.....	100
3.2 A tese da mutação constitucional no debate alemão de Weimar: a mutação como parte do conceito dinâmico de constituição.....	109
3.2.1 As polêmicas em torno de uma “disputa pelo método” jurídico.....	109
3.2.2 A tese da mutação constitucional na teoria do estado de Hermann Heller: a tensão entre normalidade e normatividade.....	114
3.2.3 A concepção de mutação constitucional como parte da teoria integracionista de Rudolph Smend.....	120
3.2.4 A proposta de uma sistematização da teoria da mutação constitucional por Hsü Dau-Lin.....	123
3.2.5 A mutação constitucional na teoria ontológica de Karl Loewenstein como forma de preservação do sentimento constitucional.....	127
3.3 A teoria da mutação constitucional no discurso de Konrad Hesse: um mecanismo para a preservação da “força normativa da constituição” a partir da “ordem concreta de valores”.....	134
3.4 Considerações preliminares acerca da história do conceito de mutação constitucional no Direito Público alemão.....	142

4.	AS CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA HERMENÊUTICA, DE GADAMER, E DA TESE DO DIREITO COMO INTEGRIDADE, DE DWORKIN, PARA UMA CRÍTICA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL .....	143
4.1	O giro hermenêutico de Gadamer: contribuições e limites .....	143
4.2	As críticas de Gadamer à proposta de Koselleck.....	159
4.3	. A tese do direito como integridade de Dworkin e a proposta de uma nova compreensão da mutação constitucional.....	166
4.3.1	<i>A proposta de uma interpretação construtiva do direito como condição de desenvolvimento da tese da integridade do direito.....</i>	166
4.3.2	<i>A negativa da tese dos “direitos não-enumerados” pela teoria do direito como integridade e os reflexos dessa discussão para a teoria da mutação constitucional..</i>	183
4.3.3	<i>O julgamento da ADPF n. 132 pelo STF como um caso modelo do uso de uma interpretação construtiva do direito.....</i>	191
	CONCLUSÃO .....	201
	REFERÊNCIAS.....	206

## INTRODUÇÃO

No curso do julgamento da Rcl. n. 4332-AC, os Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), Gilmar Mendes e Eros Graus, identificaram o que chamaram de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição de 1988. Segundo eles, as transformações operadas na ordem constitucional trouxeram um sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos mais amadurecido. Isso significa afirmar que, para os mesmos julgadores, o controle de constitucionalidade na sua modalidade difusa representava um mecanismo “arcaico” e “ultrapassado” na dinâmica constitucional pátria, que foi paulatinamente substituído por um controle de constitucionalidade mais “moderno” e “eficiente”. Sendo assim, eles defendem que a atribuição de efeitos *erga omnes* e vinculantes às decisões em sede de recursos extraordinários não dependeriam mais da edição de resolução por parte do Senado Federal, já tendo, desde sua origem, a decisão do STF tais efeitos.

Todavia, o entendimento esposado pelo STF no julgamento do caso informado retira do Senado Federal (órgão legislativo, com pressuposta representação democrática) a função de fórum de debate nacional sobre a extensão da tese da inconstitucionalidade para toda a sociedade brasileira, fazendo com que o mesmo se converta em uma “secretaria de divulgação” das decisões tomadas pelo Tribunal, o que é confrontante, não apenas com a perspectiva histórica, como também com a lógica por detrás da divisão de atribuições dentre Judiciário e Legislativo. Isso porque a posição meramente administrativa (chanceladora) do Senado, como sustentado pelos ministros do STF em seus votos, deixa de lado a condição de representante da vontade popular assumida pelo órgão político, representando, portanto, nítida violação ao princípio democrático.

É a partir desse pano de fundo que se justifica a presente pesquisa. A tese a ser sustentada é a de que a mutação constitucional representa uma saída realista, incapaz de assumir uma compreensão hermeneuticamente adequada do direito contemporâneo, pois ainda reduz norma a texto e não consegue compreender o papel dos princípios jurídicos como normas, já que ainda reduz o direito a um mero conjunto de regras.

O recurso à mutação encobre um paradoxo: sob o argumento de que os fatos e as forças sociais pressionam o direito para uma mudança, a Constituição, para

conservar sua normatividade e sua legitimidade, tem que se redirecionar, modificando-se para preservar sua primazia no sistema do direito; mas, com isso, concretiza exatamente o inverso, ou seja, a diluição da tensão norma e realidade pela confirmação da superioridade desta última.

A teoria da mutação tem sua origem histórica na crise do positivismo legalista do direito alemão, mas, desse seu nascedouro até as reformulações posteriores, encontram-se os mesmos problemas. Isso porque a mutação constitucional foi utilizada, inicialmente, no curso do império alemão para mascarar e legitimar atos de violência à Constituição, mas, diante da ausência de um mecanismo de controle de constitucionalidade, acabou por se legitimar. Já a retomada do conceito no curso do período de Weimar, novamente cai sob o mesmo problema. A suposta tentativa de solução de um hiato entre realidade e normatividade constitucional recai em um paradoxo: o recurso à mutação constitucional encobre a dificuldade de superação do pensamento positivista legalista e de lidar adequadamente com a relação entre direito e política.

Logo, será desenvolvida uma malha argumentativa que assume o seguinte movimento: No Capítulo 1, busca-se (1) identificar o argumento trazido pelo STF para afirmar a existência de uma mutação constitucional no art. 52, X, da Constituição de 1988; (2) analisar a procedência desse argumento no que concerne à alegação de suposta superação do controle difuso pela “modernização” trazida por um controle concentrado de constitucionalidade; (3) pensar o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso, em razão de sua natureza política, não apenas como um órgão de uniformização de jurisprudências, mas como uma possibilidade de um canal comunicativo capaz de deixar a discussão porosa para a participação; e (4) confrontar as diferentes visões que o próprio STF parece apresentar sobre o conceito, servindo-se de outros julgados.

Devido, justamente, à dificuldade de compreensão interna ao STF do que seja o conceito de mutação constitucional é que se mostra importante um olhar histórico sobre suas origens. Todavia, para tanto, é necessária a escolha de uma metodologia que permita, com rigor científico, esse regresso. Para justificar a opção pelo uso da *história dos conceitos* de Koselleck, o Capítulo 2 buscará explicitar a sua dinâmica estruturante. Fato é que o próprio autor traz – com o olhar do historiador, e não do jurista – uma proposta do que seja a mutação constitucional, que merece ser analisada e discutida.



No Capítulo 3, então, pretende-se desenvolver o conceito de mutação constitucional através de uma história da teoria. O desenvolvimento tomado pelo conceito de mutação constitucional poderá receber três cortes fundamentais dentro da história jurídica alemã: (a) a fase do império, com Laband e Jellinek; (2) os debates sobre os métodos e objetivos da teoria jurídica, no curso da tentativa de superação da crise do positivismo de Weimar, com Heller, Smend, Dau-Lin e Loewenstein; e (3) a reconstrução por que passará o direito constitucional alemão ao fim da Segunda Guerra Mundial, a partir do pensamento de Hesse.

Vindo da história para o sistema, no Capítulo 4, demonstra-se que a própria perspectiva trazida pela historiografia koselleckiana não deixa de ser passível de críticas pela proposta hermenêutica de Gadamer. Logo, mostra-se necessário desconstruir o conceito de mutação constitucional para apresentar uma alternativa: a proposta hermenêutica de Dworkin de uma teoria do direito como integridade. A tese dworkiana parte da adoção de uma postura interpretativa construtiva, permitindo ler, à sua melhor luz, o direito contemporâneo, e conciliando história institucional e moralidade política na busca da efetivação de iguais liberdades subjetivas para os membros da sociedade.

Diante disso, pretende-se demonstrar que o conceito de mutação constitucional perde sentido, não havendo outra saída que não o seu descarte teórico, uma vez que é incapaz de levar a sério um direito moderno que não se reduz a um conjunto de regras.

Até o presente ponto, já é possível obter uma tese negativa. Mas, a pesquisa pode ir além e comprometer-se com uma proposta de mudança da postura jurídica. Assim, a partir de uma concepção de direito que compreenda adequadamente os princípios jurídicos, descobre-se que estes são capazes de absorver a historicidade e o dinamismo inerente a qualquer prática social. Logo, fazendo uso de uma interpretação construtiva do direito, os princípios podem indicar melhores soluções para a prática judiciária, sem ter que renunciar as pretensões de legitimidade democráticas.

Para ilustrar tal proposta, a partir de um caso concreto, a tese procurará reconstruir o debate jurídico travado acerca da existência de proteção constitucional às uniões homoafetivas no julgamento da ADPF n. 132, pelo STF. Diferentemente do que a uma primeira vista poderia se pensar, o STF conduziu toda a sua argumentação sem mencionar o emprego do conceito de mutação constitucional.

Logo, ao invés de buscar compreender o direito à união homoafetiva como uma mudança radical do mundo dos fatos a qual o direito deve acompanhar, o Tribunal entendeu por identificar, na própria história institucional brasileira, uma melhor interpretação para o caso *sub judice*.

## **1. A COMPREENSÃO ACERCA DO QUE SEJA UMA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)**

### **1.1 O ponto de partida: a problematização da Reclamação n. 4.335/AC como caso modelo para a compreensão do STF acerca da figura da mutação constitucional**

#### **1.1.1 O caso sub judice**

No primeiro semestre de 2006, foi distribuída, no Supremo Tribunal Federal (STF), a Reclamação n. 4.335/AC, cuja relatoria ficou a cargo do Min. Gilmar Mendes. A mesma foi ajuizada por Valdimir Perazzo Leite – Defensor Público da União – em face da decisão proferida pelo Juízo da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco (AC), que negou a progressão de regime para Odilon Antônio da Silva Lopes, Antônio Edinézio de Oliveira Leão, Silvinho Silva de Miranda, Dorian Roberto Cavalcante Braga, Raimundo Pimentel Soares, Deires Jahnes Saraiva de Queiroz, Antônio Ferreira da Silva, Gessyfran Martins Cavalcante, João Alves da Silva e André Richarde Nascimento de Souza, todos cumprindo pena em regime fechado devido à condenação por crimes hediondos.

A Defensoria Pública da União pleiteou, então, que os condenados acima tivessem deferida a progressão de regime pelo Juízo da Vara de Execuções Penais competente, pois, no julgamento do HC n. 82.959, o STF reconheceu a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/1990<sup>1</sup>. Dessa forma, a progressão de regime de pena deveria ser concedida também para aqueles condenados por crimes hediondos. Mas, uma posição diversa foi tomada pelo Juízo da comarca de Rio Branco ao negar tal possibilidade, fundamentando sua decisão

---

<sup>1</sup> Deve-se lembrar que, à época da propositura da ação, vigorava a Lei n. 8.072/1990, que, no art. 2º, § 1º, vedava a progressão de regime para os condenados por crimes hediondos. Mais recentemente, a Lei n. 11.464/2007 – ou seja, posterior ao ajuizamento da Reclamação – alterou o mesmo dispositivo, determinando o início no regime fechado, mas não mais seu integral cumprimento.

no fato de o julgado invocado pela Defensoria Pública da União ser exemplo de controle difuso de constitucionalidade e, portanto, os efeitos da decisão mencionada somente seriam *inter partes*.<sup>2</sup> Diante do insucesso, a Defensoria Pública da União impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Acre (TJ-AC), acabando por ser sucumbente também.

Quando foram solicitadas informações nos autos da Reclamação ao Juízo da Vara de Execuções Penais, este levantou argumentos importantes para o seu não conhecimento do *writ*: (1) não há o que se falar em desrespeito da competência do STF – art. 156, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) –, motivo do ajuizamento da Reclamação, uma vez que o referido Tribunal, em momento algum, produziu qualquer decisão favorável à pretensão dos interessados e, tendo os mesmos como sujeitos processuais, sua autoridade em nada teria sido ameaçada; (2) o autor deixou de instruir a Reclamação com os documentos essenciais – art. 156, parágrafo único RISTF; e, por fim, (3) o autor alega que a decisão, supostamente desrespeitada, foi proferida mediante controle difuso de constitucionalidade, de modo que apenas quem foi parte do processo anterior seria legitimado para reivindicar pela via da reclamação a intervenção do STF, salvo se, conforme o art. 52, X, da Constituição da República de 1988 (CR/88), o Senado Federal suspendesse a execução da norma declarada inconstitucional pelo STF, o que não aconteceu.<sup>3</sup> Igual argumento foi levantado e defendido pelo Ministério Público Federal (MPF) em parecer nas instâncias inferiores do caso.

Em 14 de junho de 2006, a Procuradoria-Geral da República produziu parecer analisando o aspecto processual do caso e posicionou-se pelo não conhecimento da demanda. Entretanto, a liminar, em 21 de agosto de 2006, foi concedida pelo Min. Relator para que fosse afastada a vedação legal de progressão de regime aos reclamantes até o julgamento final da Reclamação, comunicando-se ao Juízo da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Após um relato dos principais fatos e argumentos, ele reconheceu que a redação ao tempo da demanda

---

<sup>2</sup> O Juízo da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, ainda, lembrou que a decisão do HC n. 83.959 julgado pelo STF foi apertada (6 x 5), não se podendo, portanto, falar em uma questão que já se encontra assentada pacificamente pelo Tribunal.

<sup>3</sup> O dispositivo regimental do STF, art. 178, determina que, nos casos de declaração incidental de inconstitucionalidade, o Senado Federal deverá ser comunicado. Não é aqui o momento de adentrar a uma discussão mais profunda sobre se a competência do Senado Federal para suspender a eficácia da norma é vinculada ou discricionária.

do art. 2º, §1º da Lei n. 8.072/1990 apresentava inconstitucionalidade por violar o direito constitucional do preso à individualização de sua pena (art. 5º, LXVI da CR/88). Por outro lado, ele entendeu que era no caso a caso – cabendo apenas ao magistrado responsável pela Vara de Execuções Penais – que se constataria, através de exame criminológico, a periculosidade do condenado, fixando-se, assim, a modalidade inicial de cumprimento da pena e sua progressão de regime. Visando, então, maior celeridade, o Min. Gilmar Mendes se lembrou de um precedente do STF no qual o Min. Carlos Britto admitia a possibilidade de julgamento de *habeas corpus* versando sobre o tema através de juízo monocrático.<sup>4</sup> Por fim, lançando mão do art. 647 do CPP, autorizou a concessão de *habeas corpus de ofício*, estabelecendo o afastamento da vedação legal de progressão de regime, mas reconhecendo ao Juízo de Primeira Instância a competência para verificar se os condenados preenchem todos os requisitos para a determinação do direito ao benefício.<sup>5</sup>

Passou-se, então, para o julgamento da causa e, dessa forma, a ordem de votos foi a seguinte: Min. Relator Gilmar Mendes, Min. Eros Grau, Min. Sepúlveda Pertence e Min. Joaquim Barbosa. Justificaram a ausência à seção de julgamento do dia 19 de abril de 2007 o Min. Celso de Mello e a Min. Carmen Lúcia. Os dois primeiros ministros entenderam pela procedência da Reclamação, ao passo que o Min. Sepúlveda Pertence julgou-a improcedente, mas foi favorável ao conhecimento do *habeas corpus de ofício* para que o Juízo da causa fizesse o exame dos demais requisitos para um possível deferimento da progressão de regime. Já o Min. Joaquim Barbosa, votou pelo não conhecimento da Reclamação, mas favoravelmente ao conhecimento de ofício do *habeas corpus*.

Até o momento de conclusão da redação desta tese, os autos se encontram com vistas – desde 19 de abril de 2007 – para o Min. Ricardo Lewandowski apresentar seu voto. Especula-se, todavia, que, em razão da alteração legislativa operada pela Lei n. 11.464/2007, a presente Reclamação poderá ser extinta por perda de seu objeto.

---

<sup>4</sup> HC n. 86.224-DF e HC n. 85.677- SP julgados pelo STF em 2006.

<sup>5</sup> Em sua decisão, o Min. Gilmar Mendes notava que alguns dos interessados com a propositura da Rcl. n. 4.335-AC não estavam na condição de cumpridores de pena por crime hediondo.

### **1.1.2 O posicionamento do Min. Gilmar Mendes: a afirmação da mutação constitucional no art. 52, X da CR/88, como uma alteração da interpretação da norma pelo STF**

Para o Min. Gilmar Mendes, o caminho que conduz à decisão do caso deve enfrentar dois pontos fundamentais: (a) vencer o argumento contrário ao uso da Reclamação e de seu cabimento; e (b) discutir qual o papel hoje a ser desempenhado pelo Senado Federal na sistemática do controle de constitucionalidade brasileiro.

(a) Analisando primeiro o argumento inicial, o Ministro destaca que, com a publicação da decisão do HC n. 82.959-7/SP, o Juízo da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco afixou comunicados pelo fórum informado, ao que pesa a posição assumida pelo STF naquele julgado que apenas após a atuação do Senado Federal suspendendo a eficácia da norma declarada inconstitucional nos autos é que os demais reeducandos poder-se-iam ver atingidos. Sendo assim, o Juízo da Vara de Execuções Penais concordou com o parecer do Ministério Público no sentido de que a reclamação deveria ser considerada como descabida.

Todavia, essa não foi a posição assumida pelo relator da Reclamação. O Min. Gilmar Mendes, em seu voto, faz remissão ao julgamento da Rcl. n. 1.880, de 23 de maio de 2002, no qual, nos seus dizeres, o STF reconheceu a legitimidade ativa para qualquer um que se mostre prejudicado pelo descumprimento de uma decisão do STF dotada de eficácia vinculante.<sup>6</sup> Mas, ao se ler atentamente a decisão produzida pelo Tribunal para o caso, constata-se que o entendimento que o Min. Mendes acusa ser do STF, na realidade, aparece apenas em voto de sua elaboração, no qual foi, inclusive, vencido.

---

<sup>6</sup> Em artigo científico, Mendes (2007) reconstrói todas as possibilidades de cabimento para o instituto da Reclamação a partir da jurisprudência do STF, inclusive voltando a citar o precedente acima. No entanto, uma leitura cuidadosa pode revelar que este apenas está autorizando a propositura de qualquer atingido – e não apenas aos originais autores – de *decisões que tenha sido proferida em face do controle concentrado de constitucionalidade* e, por isso mesmo, decisões dotadas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Logo, seu emprego se deu de maneira abusadamente maquiada. É fato, entretanto, que o STF aceita o uso da Reclamação como forma de assegurar decisões que tenham sido proferidas em sede de *habeas corpus* ou recurso extraordinário – Rcl. n. 430, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 20.08.1993 e Rcl. n. 1.728, Rel. Min. Neri da Silveira, *DJ* 19.12.2001 – mas, nesses julgados necessariamente, os reclamantes eram parte em processo anteriormente transitado em julgado por decisão do próprio STF.

Com isso, o Min. Mendes deu por encerrada a discussão processual quanto ao cabimento da reclamação ao caso. Dessa forma, vinculou seu argumento ao próximo, qual seja, as decisões do STF que, ainda que em controle difuso de constitucionalidade, seriam dotadas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, razão pela qual somente a partir da procedência da segunda tese é que o argumento trazido pela tese subordinada faria sentido.

Ora, com isso, o voto parece virar as costas para toda a construção dogmática do instituto da reclamação, incluindo não apenas elaborações científicas mas a própria jurisprudência do STF. O art. 102, I, I da CR/88, o RISTF no seu art. 156, assim como o art. 13, da Lei n. 8.038/1990, são uniformes ao determinarem que a reclamação é cabível para preservar a competência do STF e/ou para garantir a autoridade das suas decisões.<sup>7</sup>

Nota-se, pela reconstrução do caso *sub judice*, que a primeira possibilidade – preservação da competência do STF – escapa totalmente da discussão, mostrando-se impossibilitada a propositura sob tal fundamento; e, assim, resta a segunda opção – garantia da autoridade da decisão do STF – mas, de qual tipo de decisão se está falando? Por lógica, das decisões dotadas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, ou seja, das ações de controle de constitucionalidade pelo sistema concentrado. O próprio STF, ao julgar uma questão de ordem em agravo regimental na Rcl. n. 1.880<sup>8</sup> – 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. 9.868/1999.<sup>9</sup> Assim, cai por terra o argumento defendido pelo Min. Mendes, a partir do próprio entendimento do STF sobre o mesmo julgado. Para prosseguir, considerando-se que a sua validade passa a ser condição do argumento anterior, deve-se voltar ao ponto anterior do argumento

---

<sup>7</sup> Aqui, pode-se incluir o art. 103-A, § 3º da CR/88, inserido após a Emenda Constitucional (EC) n. 45/2004 reconhecer a possibilidade de utilização da reclamação nos casos de descumprimento de súmula vinculante.

<sup>8</sup> Rcl (AgR-QO) 1.880-SP, Rel. Min. Maurício Correia, *DJ*, de 19.03.2004.

<sup>9</sup> “Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

de Mendes, qual seja: a decisão do HC n. 82.959-7/SP era dotada ou não de eficácia *erga omnes*?

(b) Na sequência do julgado, o Min. Gilmar Mendes passa a analisar o papel histórico conferido ao Senado Federal no controle de constitucionalidade brasileiro. Aqui, Mendes reconhece que a incursão na ordem constitucional da atuação do Senado Federal é um claro reflexo dos estudos e construções norte-americanas. Assim, a principal questão é compreender qual a natureza do ato do Senado Federal e como ele se compatibiliza com a dinâmica do controle de constitucionalidade.

Mendes mostra as duas posições existentes: para Bittencourt (1997),<sup>10</sup> o Senado Federal atua apenas como *órgão de divulgação* das decisões do STF; em posição oposta, diversos autores<sup>11</sup> destacam que o Senado atua *politicamente* e, com isso, passa a conferir eficácia geral a uma decisão judicial na qual os efeitos estavam circunscritos à esfera dos particulares. E a questão não é apenas doutrinária, pois Mendes reconhece que o STF inclusive já produziu julgado sobre o tema.<sup>12</sup>

A atuação do Senado Federal no sentido de suspender a eficácia da norma declarada judicialmente como inconstitucional aparece pela primeira vez na Constituição de 1934 e se repete nas Constituições de 1946, 1967/1969 e de 1988. Sob essas luzes declara o magistrado:

As conclusões assentadas acima parecem consentâneas com a natureza do instituto. O Senado Federal não revoga o ato declarado inconstitucional, até porque lhe falece competência para tanto. Cuida-se de ato político que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso concreto. Não se obriga o Senado Federal a expedir o ato de suspensão, não configurando eventual omissão ou qualquer infringência a princípio de ordem constitucional. Não pode a Alta Casa do Congresso, todavia, restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal (Voto de MENDES, na Rcl. n. 4335/AC, p.25).

<sup>10</sup> BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 145.

<sup>11</sup> BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, 13(50): 61; MARINHO, Josaphat. O art. 64 da Constituição e o papel do Senado. *Revista de Informação Legislativa*, 1(2); BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de constitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 89-90; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 162-6; MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A Teoria das Constituições Rígidas*. 2. ed. São Paulo: J. Bushasky, 1980, p. 210; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 84.

<sup>12</sup> MS 16.512, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, *RTJ* 38, n. 1, p. 20, 21, 23 e 28.



Ao longo da história institucional brasileira, algumas vozes se levantaram contra tal quadro, inclusive a proposta de Emenda n. 16/65, que pretendia alterar a forma de atuação do Senado Federal.<sup>13</sup> Mas, tal proposta, deve-se lembrar, foi *rejeitada*.

Assim, a partir de 1970, o STF passou a discutir se a participação do Senado Federal no sentido de suspender a norma declarada inconstitucional estar-se-ia restrita aos casos de controle de constitucionalidade difuso, ou valeria também para os casos de controle concentrado. Diante do controle concentrado, que à época dava-se pela Representação de Inconstitucionalidade – de legitimidade exclusiva do Procurador Geral da República (PGR) –, a participação do Senado Federal seria dispensada. Todavia, até aquele momento, a história constitucional brasileira era marcada quase hegemonicamente pelo uso do controle difuso de constitucionalidade. De lá para cá, o contexto político-jurídico, no que diz respeito ao controle de constitucionalidade brasileiro, sofreu profundamente alterações quanto à sua estrutura quando comparado ao sistema constitucional de 1967/1969.<sup>14</sup>

A partir da Emenda Constitucional n. 16/1965, pode-se observar, no entender de Mendes, que a inserção do controle concentrado irá apresentar uma “revolução” na lógica constitucional brasileira. Se tal sistema era, até a Carta de 1967/1969, uma situação de exceção, na qual o controle difuso permanecia como regra geral, a partir da CR/88 o quadro sofre redefinições, de modo que supostamente o controle difuso e o controle concentrado passam a coexistir em níveis de igualdade, dando origem a um sistema misto de controle de constitucionalidade no Brasil (MENDES, 2007, p.294).

Com a Lei n. 9.868/99 e a Lei n. 9.882/99, então, novamente ter-se-ia uma mudança: o controle concentrado passaria a ocupar o local de destaque e, com isso, o controle difuso deveria dar lugar a uma figura mais “moderna” e “eficaz”, dado ao fato de as decisões serem dotadas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

---

<sup>13</sup> O art. 64, da Constituição de 1946, passaria a ter a seguinte redação: “Art. 64. Incumbe ao Presidente do Senado Federal, perdida a eficácia de lei ou ato de natureza normativa (art. 101, § 3o), fazer publicar no Diário Oficial e na Coleção das leis a conclusão do julgado que lhe for comunicado”.

<sup>14</sup> Importante destacar que a posição assumida pelo Min. Gilmar Mendes em seu voto não é inédita, de modo que em publicações (2004a; 2004b) ele já as havia discutido.

Na leitura de Mendes (2004b, p.267-268), o controle abstrato é uma evolução do Direito Constitucional, e o próximo passo seria a extinção – por total obsolescência – do controle difuso no Brasil. Para o magistrado, o atual art. 103, da CR/88, amplia consideravelmente o rol de legitimados para a proposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) ou da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), demonstrando, assim, a preferência do constituinte por essa via. Além disso, ele entende que o sistema concentrado é mais célere e eficaz do que o modelo difuso, principalmente em razão da possibilidade de medida liminar.

Como reflexo dessa “modernização” no controle de constitucionalidade pátrio, o papel do Senado Federal também é objeto de uma transformação, ou melhor, de uma “mutação”. Importante, então, observar que a tese da mutação constitucional sobre o art. 52, X, da CR/88, não é inédita ao julgado da Rcl. 4.335/AC. Em texto publicado em 2004, Mendes (2004a, p.207) já afirmava que tal mutação se havia operado.

A principal tese a sustentar o voto do Min. Gilmar Mendes é, então, a de que a eficácia *inter partes* da decisão em sede de controle difuso somente pode ser compreendida como válida até hoje por razões *meramente históricas* (MENDES, voto na Rcl. n. 4335/AC, p.27-28). Contudo, o magistrado pretenderá sustentar que tais razões não são mais razoáveis, dado o novo quadro teórico assumido pelo controle de constitucionalidade brasileiro.

Como ponto de partida, Mendes buscará acentuar que, em diversas situações, a participação do Senado Federal tem sido reconhecida como dispensada pelo STF, e isso, supostamente, contribuiria para o argumento sobre a obsolescência como um todo de tal participação: primeiramente, as técnicas de decisões<sup>15</sup> como a interpretação conforme a Constituição, a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, a declaração de não-recepção da lei pré-constitucional; depois, a utilização da eficácia temporal *ex nunc* no campo do controle difuso de constitucionalidade (MENDES, voto na Rcl. n. 4335/AC, p.29); e, por fim, o reconhecimento do Judiciário – a partir de decisões do STF<sup>16</sup> – de que é dispensável a observância do art. 97, da CR/88, que prevê a chamada “cláusula de

---

<sup>15</sup> Para uma compreensão mais aprofundada de tais figuras teóricas, remete-se às pesquisas de Medeiros (1999), Sampaio (1999) e Meyer (2008).

<sup>16</sup> Vide RE 197.917 (ação civil pública contra lei municipal que fixa o número de vereadores), Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 31.3.2004 e AI-AgR 168.149, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 4.8.1995.

reserva de plenário” para que os tribunais inferiores declarem em outros casos a inconstitucionalidade de norma já julgada inconstitucional pelo STF em face de controle difuso (MENDES, voto na Rcl. n. 4335/AC, p.30).<sup>17</sup>

No campo do recurso extraordinário e do recurso especial, Mendes lembra, ainda, o art. 557, do CPC, que passou a dar poderes ampliados ao relator dessas modalidades recursais, permitindo a este não apenas negar seguimento – caso de ausência de pressuposto processual –, como também negar provimento, e, mais, dar provimento, monocraticamente, sempre que a decisão estiver baseada em súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. Assim, a causa pode ser apreciada com mais agilidade e a necessidade de envio ao órgão colegiado fica dispensada. O estranho é que Mendes parece afirmar ou reconhecer a existência de um *efeito erga omnes* mascarado por essa prática, exemplificando com a situação da declaração de inconstitucionalidade de leis municipais. Uma vez que o plenário do STF reconhece e declara a inconstitucionalidade, mesmo a decisão somente tendo eficácia *inter partes*, os próximos recursos extraordinários discutindo idêntica controvérsia – *ainda que diversa a legislação* –, não seguirão mais para pronunciamento no plenário do Tribunal, cabendo ao ministro relator dar ou negar provimento conforme o caso, preservando a decisão anterior do pleno.<sup>18</sup>

Seria a partir de tais premissas que o Min. Gilmar Mendes vem sustentar a existência de uma nova prática assumida pelo Judiciário brasileiro, que, supostamente, confirmaria a necessidade de releitura do art. 52, X, da CR/88. Com a mudança de contexto, levanta-se, para Mendes, a necessidade de releitura da norma constitucional, tendo por objetivo que a finalidade constitucional fosse observada. Nesse sentido, Mendes acusa o sistema difuso de ser incapaz de solucionar os julgados com eficiência e rapidez, respondendo em idêntica medida

---

<sup>17</sup> Importante a observação de Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007, p.09) no sentido de que nenhum exemplo trazido por Mendes em seu voto guarda qualquer correlação lógica ou serve de justificativa à decisão que pretende tomar. Além do mais, tal ato de *opção* do STF ao dispensar a discussão ao Pleno do Tribunal não está extrapolando os limites de esferas de competências fixados constitucionalmente. Souza Cruz e Souza (2009) criticaram duramente a “subversão a cláusula de reserva de plenário”, pois, ao ser mitigada, restringiu uma espaço de discussão processual, afetando negativamente a oportunidade de contraditório.

<sup>18</sup> “Nesse sentido, Maurício Corrêa, ao julgar o RE 228.844/SP46, no qual se discutia a ilegitimidade do IPTU progressivo cobrado pelo Município de São José do Rio Preto, no Estado de São Paulo, valeu-se de fundamento 46 RE 228.844.SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 16.6.1999, fixado pelo Plenário deste Tribunal, em precedente oriundo do Estado de Minas Gerais, no sentido da inconstitucionalidade de lei do Município de Belo Horizonte, que instituiu alíquota progressiva do IPTU” (MENDES, voto na Rcl. 4.335-AC, p.45-46).

aos diversos casos “iguais” que tramitam pelo Judiciário. Sua solução, portanto, é a *produção* de uma “atualização” – sob o título de mudança interpretativa – na norma constitucional do art. 52, X (MENDES, voto na Rcl. n. 4335/AC, p.55).

Assim, opera-se a mutação defendida por ele por meio da decisão do STF para esse caso – que, na realidade, não está reconhecendo a existência de uma mudança na prática jurídica brasileira, mas antes, criando norma constitucional a partir de uma reinterpretação do texto da Constituição. Nesse novo quadro, a decisão de Mendes atribui a toda decisão do STF – inclusive no controle difuso – a possibilidade da eficácia *erga omnes*, reconhecendo que a própria decisão contém uma “força normativa”, restando ao Senado Federal apenas a tarefa de publicar tal decisão.<sup>19</sup>

Como conclusão de seu voto, o Min. Gilmar Mendes entende que a decisão do Juízo da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco efetivamente desrespeitou a autoridade do STF, uma vez que, no seu entender, a decisão do HC 82.959 já era dotada de eficácia *erga omnes*, sendo procedente a reclamação ajuizada.

Por fim, a análise do voto acima é fundamental para levantar a visão que o Min. Gilmar Mendes tem da figura da mutação constitucional, que, para ele, é a alteração da *norma*, mas com a manutenção – ou atribuição de novo sentido – ao texto constitucional.<sup>20</sup> Todavia, para Mendes (voto na Rcl. n. 4335/AC, p.55), a mutação não é algo natural; não é uma mudança de uma prática social da comunidade jurídica na qual o Tribunal em sua decisão apenas reconhece sua

---

<sup>19</sup> “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, essa 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 não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais” (MENDES, voto na Rcl. 4.335-AC, p.58-59).

<sup>20</sup> Carvalho (2009, p.23) faz uma observação importante: apesar de o Min. Mendes, em seu voto, trazer como referência as teorias de Jellinek (1991), Dau-Lin (1998) e Ferraz (1986), ele parece desenvolver uma compreensão bem destoante daqueles ao assumir sua decisão, já que todos destacam que a utilização da mutação constitucional comporta *limites* que devem se harmonizar com o todo da Constituição, sob pena de se caracterizar em verdadeira mutação *inconstitucional*, o que não parece ser a preocupação do Min. Mendes.

existência. Na verdade, ele entende que a mutação é *criação* desse Tribunal, que “atualiza” para os novos padrões a realidade, supostamente diminuindo o déficit entre norma e realidade.<sup>21</sup> Outra observação é importante: ao assumir tal postura, o pensamento esposado pelo ministro do STF em seu voto, deixa de lado a devida relação que se possa construir entre norma e texto constitucional, tratando-os como sinônimos.<sup>22</sup>

### **1.1.3 O voto do Min. Eros Grau: mutação constitucional como alteração do texto constitucional pelo STF**

O voto proferido pelo Min. Eros Grau sucedeu o voto de abertura dado pelo Min. Gilmar Mendes e a este faz inúmeras referências. O magistrado do STF reconhece em seu voto a explosão de litigiosidade que marca a contemporaneidade, e o risco, através da eficácia *inter partes* típica da lógica do sistema difuso, ser carente de uma condição de maior efetividade – aqui entendida como capacidade de produzir uma solução que diminua, na maior medida do possível, a constelação de casos pendentes de julgamento no interior do Judiciário brasileiro. Sendo assim, reconhece a necessidade de desenvolver outra leitura normativa que autorize – como também quer o Min. Gilmar Mendes – uma solução mais rápida para os processos jurisdicionais, “desafogando” o Judiciário.

---

<sup>21</sup> Em termos processuais, poder-se-ia dizer que a decisão no caso não foi de natureza *declaratória* – reconhecendo que a mutação se faz pela alteração na prática social – mas antes *constitutiva* – isto é, o tribunal, reconhecendo um descompasso entre norma/texto e realidade, altera a norma para que, terapeuticamente, seja sanado tal hiato. A princípio, então, a ação do Tribunal, ao criar a norma constitucional, acaba por elevá-lo à condição de *poder constituinte* e abre um sério problema de legitimidade decisória, uma vez que o Tribunal desrespeita o procedimento formal estabelecido na própria Constituição para sua alteração. Além disso, a leitura equivocada do que seja o seu papel como “guardião da Constituição” – principalmente em razão da defesa de um processo objetivo – faz com que este se assuma como intérprete único das normas constitucionais e exclua a sociedade desse processo de discussão e de interpretação.

<sup>22</sup> Kelsen (1999, p.04-05) determina que a norma jurídica não pode ser confundida com o texto normativo. Por norma, ele designa um esquema de interpretação que empresta a um determinado ato um sentido jurídico. Müller (2000, p.53) também advogará a distinção entre o texto e a norma, demonstrando que o texto é apenas o ponto de partida do processo de interpretação que chegará à norma jurídica.

Mas, se pergunta qual o limite dessa leitura. Até onde a elasticidade do texto constitucional autoriza a possibilidade de uma interpretação que pode modificar a lógica já estabelecida no art. 52, X, da CR/88? Segundo o Min. Eros Grau, o critério de correção de tal interpretação se assenta – como supostamente também define Aarnio (1992)<sup>23</sup> – em três pressupostos: “[i] se insere no quadro [na moldura] do direito; [ii] o discurso que o justifica processa-se de maneira racional; [iii] atende ao código dos valores dominantes. Penso poder dizê-lo, agora, de modo diverso” (GRAU, voto na Rcl. n. 4335/AC, p.5).

Para o magistrado, então, o texto difere-se da norma: o primeiro é produto da atividade legislativa, ao passo que a outra, da atividade do intérprete do texto. Todavia, o Min. Eros Grau (voto na Rcl. n. 4335/AC, p.2) não identifica um intérprete qualquer, mas se vale da noção de Kelsen de um *intérprete autêntico*,<sup>24</sup> que, como quer o jurista austríaco, define a norma a partir de um ato de vontade. Ele prossegue afirmando que tal intérprete detém a legitimidade para não apenas interpretar o texto normativo (constitucional) como também para atualizá-lo. Porém, ainda fica nebulosa a justificativa de tal legitimação, que apenas parece ser decorrente de uma autorização da própria Ordem Jurídica.

Contudo, merece destaque a leitura nitidamente ímpar que o Min. Eros Grau faz da figura da mutação constitucional. Em um primeiro momento, ele reconhece que a teoria constitucional atribui a ideia de mutação a uma alteração da interpretação de um texto, o que geraria uma nova norma, mas sem alteração formal do texto, que seria preservado. Já em um segundo momento, passa a atribuir à ideia de mutação constitucional a necessidade de alteração do próprio *texto* normativo.<sup>25</sup> Ele, inclusive, passa a propor um novo texto para o art. 52, X, da CR/88: “competete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou

---

<sup>23</sup> AARNIO, Aulis. *Le rationnel comme raisonnable*. Tradução de Geneviève Warland. Paris: L.G.D.J., 1992, p.278.

<sup>24</sup> Tal quadro traçado pelo Min. Eros Grau, visivelmente, é tomado por uma leitura autoritária do Direito, pois o intérprete autêntico passa a ocupar uma posição privilegiada em face dos outros intérpretes não-autênticos, cabendo ao primeiro a definição e fixação do sentido normativo.

<sup>25</sup> “Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado” (GRAU, voto na Rcl. n. 4335/AC, p.09).

em parte, por decisão definitiva do Supremo” (GRAU, voto na Rcl. n. 4335/AC, p. 10).

Após tal ponto, o Min. Eros Grau passa a levantar algumas observações sobre a teoria da mutação constitucional. Desde já, entretanto, deve ser esclarecido que nenhum dos teóricos por ele mencionados tece qualquer correspondência de raciocínio e de conclusão a que chega o julgador. O julgador alega se apoiar em uma leitura de Laband, de Jellinek e de Dau-Lin para afirmar que a mutação constitucional decorre da “corrosão” da norma constitucional em face da realidade, ou de um conflito entre a “Constituição formal e a Constituição material”, sem que, de fato, tal conclusão possa ser encontrada no pensamento desses autores (GRAU, voto na Rcl. n. 4335/AC, p. 10-11).<sup>26</sup>

Nessa reflexão, Grau informa que a mutação constitucional é outra via de alteração das normas da Constituição, bem distinta da via da *reforma constitucional*, que seria o meio formal para as alterações. Em contrapartida, a mutação dá-se por uma alteração da *praxis*. Essa conclusão, no entanto, ainda que parcialmente, coincidente com a leitura do Min. Gilmar Mendes, não registra qualquer comprovação de que a prática e o cotidiano constitucional brasileiro tenham sido alterados nos termos em que relatam. Na realidade, o que se vê é o inverso.

Tanto o que o Min. Gilmar Mendes quanto o que o Min. Eros Grau chamam de mutação constitucional é uma alteração produzida pelo Judiciário brasileiro, nesse caso, pelo STF. Em seu voto, o Min. Eros Grau (voto na Rcl. n. 4335/AC, p.11-12) ressalta a importância de que, para a legitimidade da mutação, deva ser respeitada a “tradição” – o contexto no qual se insere o novo texto pelo STF criado. Mas, em momento algum, esse pressuposto aparece como objeto de discussão e de preocupação do magistrado. Aparentemente, a menção – como também faz o Min. Gilmar Mendes – da posição de Lúcio Bittencourt se mostra mais que suficiente para suprir as exigências de legitimação da decisão – lembrando que esta sempre foi uma posição muito minoritária na doutrina constitucional brasileira. E como seu antecessor, a questão da legitimidade da mutação é transportada para a questão da sua eficiência; ou seja, ao que parece, ambos os ministros do STF reduzem as

---

<sup>26</sup> Deve ser lembrado que a discussão sobre a relação entre mutação constitucional e as figuras da Constituição formal e da Constituição material vai se desenvolver nos escritos de Loewenstein (1976), bem mais à frente na história constitucional alemã, estando absolutamente fora do contexto das obras mencionadas por Grau.

exigências de legitimidade das suas decisões a um cálculo pragmático – para usar a expressão de Dworkin (1999) – de modo que, se o resultado representar alguma espécie de ganho para uma parcela da comunidade (no caso, uma suposta aceleração dos procedimentos judiciais e uma diminuição de causas a serem julgadas pelo STF), a decisão se mostra legítima.

O Min. reconhece, então, que o art. 52, X, da CR/88, é “obsoleto” diante das necessidades contemporâneas (GRAU, voto na Rcl. n. 4335/AC, p.13). O peculiar de seu voto fica, então, na constatação seguinte: o Min. Eros Grau (voto na Rcl. n. 4335/AC, p.13) reconhece que o posicionamento da doutrina brasileira – sem, contudo, indicar nomes – atribui a tradição ao controle de constitucionalidade difuso, que esteve presente desde 1891 na ordem constitucional pátria. De igual modo, a participação do Senado Federal figura nessa mesma dinâmica e tradição desde a Constituição de 1934. Logo, a mutação a que se propõe acabaria por apagar os traços distintivos dos dois sistemas de controle de constitucionalidade no Brasil.

Ora, se a mutação constitucional, no entender do próprio Min. Eros Grau, deve, para obter legitimidade, basear-se em nessa tradição, que ele mesmo reconhece, ela não parece autorizar tal mudança – quer de interpretação, quer textual. Por que ainda prosseguir sustentando tal argumento? Será que o suposto ganho de eficácia justifica uma ação ilegítima por parte do Tribunal, bem aos moldes da ideia de que os fins justificam os meios?

Em sequência do pensamento, vem a resposta do Min. Eros Grau (voto na Rcl. n. 4335/AC, p.14): não há porque o STF se importar com o que pensa a doutrina; um dia, por mais que hoje relute, ela o acompanhará.<sup>27</sup> Ele prossegue

---

<sup>27</sup> É interessante notar que essa afirmação de que o magistrado é livre totalmente para decidir, indiferentemente do que pensam os teóricos jurídicos, ainda encontra acolhimento no Brasil, haja vista o voto do Min. Humberto Gomes de Barros, do STJ, no AgReg em ERESP nº 279.889-AL: “*Não me importa o que pensam os doutrinadores.* Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. *Ninguém nos dá lições.* Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja” (grifos nossos).



dizendo que é a doutrina que o segue, não o inverso. A fala do ministro ainda deixa perceber que novamente a distinção kelseniana entre intérprete autêntico e intérprete não-autêntico é muito presente na sua compreensão jurídica.

Mas, como fica a questão da legitimidade de tal decisão? Para o Min. Eros Grau, a decisão é legítima por se adequar ao “contexto” – ainda que nenhuma explicação maior seja dada sobre qual é tal contexto, já que ele, conforme apresentado parágrafos acima, reconhece que a “tradição” do controle de constitucionalidade brasileiro não está de acordo, nem legítima a decisão assumida. A única possível saída interpretativa é compreender que o contexto a que se refere o Min. Eros Grau é o *con-texto* – isto é, o resto do texto constitucional – e não um *contexto* focado em uma realidade, que, supostamente, é o mote para a utilização de tal mutação.

Grau complementa dizendo que o “novo” texto, criado a partir da mutação, não entra em oposição com nenhum outro, adequando-se perfeitamente ao “espaço semântico constitucional” (GRAU, voto na Rcl. n. 4335/AC, p.14). Ora, não se pode deixar de notar que tal fala acaba por obscurecer, mais uma vez, a relação entre o texto e a norma, de modo que a afirmação demonstra uma preocupação com uma adequação do texto ao próprio texto (relação da parte com o todo do texto constitucional, revelando uma leitura semântica da Constituição), mas é míope para as demais normas constitucionais, o que denotaria uma leitura pragmática da Constituição.

A afirmação do Min. Eros Grau (voto na Rcl. n. 4335/AC, p.17) de que o Legislativo pode ser intérprete da Constituição, desde que aquele não discorde da decisão sobre a inconstitucionalidade de uma lei já declarada pelo STF, é curiosa – para não dizer autoritária.<sup>28</sup>

Interessante, ainda, é que, antes de terminar o seu voto, não satisfeito por produzir uma “mutação” da Constituição de 1988, o Min. Eros Grau resolve “mutar” também o entendimento de Montesquieu (1996), em seu *Espírito das Leis*, aplicando sua fala a contexto absolutamente distinto. Ao mencionar a importância do instituto

---

<sup>28</sup> “[...] o Poder Legislativo pode exercer a faculdade de atuar como intérprete da Constituição, para discordar de decisão do Supremo Tribunal Federal, exclusivamente quando não se tratar de hipóteses nas quais esta Corte tenha decidido pela inconstitucionalidade de uma lei, seja porque o Congresso não tinha absolutamente competência para promulgá-la, seja porque há contradição entre a lei e um preceito constitucional. Neste caso, sim, o jogo termina com o último lance do Tribunal; nossos braços então alcançam o céu” (GRAU, voto na Rcl. n. 4335/AC p.17).

do veto Presidencial para a dinâmica de “freios e contrapesos”, o Min. Eros Grau afirma que o controle de constitucionalidade seria um tipo de “veto” dado ao Judiciário. Todavia, a analogia é equivocada: o Min. Eros Grau parece se esquecer do fato de que a própria Constituição de 1988 traz a possibilidade de derrubada do veto presidencial pelo Congresso Nacional (art. 66, §§ 4º e 5º da CR/88), reequilibrando a participação do Legislativo, e de que nenhum elemento correspondente aparece para a atuação do Judiciário brasileiro.

Ao fim, vota a favor da mutação constitucional do art. 52, X, da CR/88, e julga procedente a Rcl. 4.335-AC.

#### **1.1.4 O posicionamento do Min. Sepúlveda Pertence: mutação constitucional como golpe de estado e a alternativa da súmula vinculante**

Para o Min. Sepúlveda Pertence, não se trata de um caso de mutação constitucional, até porque a ideia poderia levantar suspeitas de “golpe de Estado”. Para o magistrado, o papel do Senado Federal, no campo do controle de constitucionalidade pelo sistema difuso, é um marco de nossa tradição constitucional e, por isso mesmo, deve ser mantido. Logo, as pretensões dos votos anteriores acabam sendo falhas por atentarem contra a lógica da própria história do direito constitucional brasileiro.

Ainda que o Min. Pertence concorde com o caráter de superioridade do controle concentrado, que torna obsoleto o controle difuso, ele considera que a Emenda Constitucional n. 45/2004 trouxe uma solução menos gravosa que a levada a cabo pelos ministros anteriores: a adoção da súmula vinculante. Sob esse raciocínio, o STF, quando diante de uma decisão no controle difuso possível de causar “insegurança jurídica” ou “multiplicidade de processos”, poderia editar uma súmula vinculante, o que garantiria o mesmo recurso prático – eficácia *erga omnes* e efeito vinculante – das teses defendidas pelos Min. Eros Grau e Min. Gilmar Mendes, mas sem o risco de contrariedade das normas constitucionais. E mais, ao publicar a súmula vinculante por ato do próprio STF, não haveria o que se cogitar de participação do Senado Federal nessa espécie.

Essa solução, então, não subverteria a tradição constitucional brasileira no entender do Min. Pertence, que, além de tudo, rebaixaria o Senado Federal a uma espécie de departamento de comunicação a serviço do STF. E, com isso, preservar-se-ia a norma constitucional de uma inversão de valores, já que os votos anteriores acenavam para o reconhecimento de um primado do fato sobre a norma.

Ao final, o Min. Pertence entenderá por improcedente a Reclamação n. 4.335-AC, mas dará o *habeas corpus* de ofício para que o juízo *a quo* verifique no caso a possibilidade de progressão para cada interessado.

### **1.1.5 O entendimento do Min. Joaquim Barbosa: a ilegitimidade da mutação constitucional em confronto com as exigências dogmáticas para sua aplicação**

Igualmente ao Min. Pertence, o Min. Joaquim Barbosa irá contestar as conclusões trazidas pelos defensores da mutação constitucional. Ele nega qualquer possibilidade de aplicação de uma mutação constitucional, seja na versão proposta pelo Min. Mendes seja na versão proposta do Min. Grau. O Min. Barbosa entende que o art. 52, X, da Constituição de 1988, não é contraditório com a atual sistemática do controle de constitucionalidade em feições mistas trazida pelo Texto Maior, de modo que careceria de legitimidade qualquer tentativa de apagar os traços distintivos historicamente estabelecidos entre o controle difuso e o controle concentrado.

O ministro levanta, ainda, um importante argumento: a doutrina constitucional assinala, de um modo geral, que, para se poder identificar uma mutação constitucional “idônea”, dotada de legitimidade (ou seja, o inverso de uma mutação inconstitucional), deve-se atentar para dois requisitos fundamentais: (a) a existência de um lapso temporal razoável; e (b) a definitiva “dessuetude” do dispositivo.<sup>29</sup>

Mas, especialmente nesse segundo requisito, o argumento trazido pelo Min. Barbosa é de importância ímpar, pois aponta em seu voto que o Senado Federal,

---

<sup>29</sup> Nesse sentido, ver Ferraz (1986, p.234-235) e Bulos (1997, p.62-63).

desde 1988, já fez uso da atribuição do art. 52, X, da CR/88 quase *cem vezes*, inclusive *sete vezes em 2006*<sup>30</sup> e *uma vez em 2007*<sup>31</sup> – mesmo ano de julgamento da Rcl. n. 4.335-AC. Logo, onde está o desuso do dispositivo que legitimaria a aplicação da mutação constitucional pelo STF?

Argumentando, ainda, a partir do pensamento de Canotilho, o Min. Barbosa não explicita o que seja, em seu entendimento, a figura da mutação constitucional, mas informa o que não é. Para ele, a simples mudança de interpretação de um dispositivo não pode ser entendida como modalidade de mutação constitucional.

No que tange ao cabimento da figura processual da Reclamação, o Min. Barbosa entende que seus pressupostos não foram preenchidos, razão pela qual vota pela extinção do processo sem julgamento do mérito, mas aceita a concessão do *habeas corpus* de ofício pelo Tribunal.

## **1.2 A problemática levantada: o art. 52, X, da CR/88 e o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade**

O debate jurídico trazido, então, pelo julgamento da Rcl. n. 4.335-AC não versa apenas sobre o caso em si – isto é, sobre a inconstitucionalidade da progressão de regime para os condenados por crimes considerados hediondos. Mais que isso, as conclusões trazidas pelos votos até o momento proferidos marcam uma situação de profunda transformação da estrutura do sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, podendo representar até mesmo a perda da linha divisória entre o sistema difuso e o sistema concentrado no Brasil.

Para os ministros do STF Eros Graus e Gilmar Mendes, o modelo do controle difuso é ultrapassado e ineficaz quando comparado com a sistemática do sistema concentrado, principalmente em razão da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante das decisões do tribunal, o que possibilitaria a solução processual de um número bem maior de casos e, supostamente, provocaria a diminuição de processos pendentes de julgamento no Judiciário brasileiro.

---

<sup>30</sup> Resoluções n. 10, 11, 12, 13, 14, 15 e 16 do Senado Federal de 2006.

<sup>31</sup> Resolução n. 2 do Senado Federal de 2007.

Curioso é que os ministros do STF reconhecem que o controle concentrado é uma novidade dentro de uma tradição maior do direito constitucional brasileiro, que começou com a primeira Constituição republicana (1891) e se manteve até a Constituição de 1988.<sup>32</sup> Dessa forma, a participação do Senado Federal aparece na Constituição de 1934, ficando preservada a sua competência para suspender a eficácia da norma declarada inconstitucional pelo STF.

Como observam Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007, p.03), essa realidade institucional já dura mais de setenta anos. E só com a Emenda Constitucional n. 16/65 é que a redação do art. 101, da Constituição de 1946, passou a trazer a possibilidade do controle concentrado no Brasil. Olhando o texto original da Constituição de 1988, havia a previsão apenas das figuras da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADI por omissão) e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) aparece apenas após a Emenda Constitucional n. 03/93, como uma figura singular no plano do Direito comparado (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 2007, p.03).<sup>33</sup>

Sendo assim, o controle difuso é muito mais antigo e, por isso mesmo, incorpora a tradição constitucional brasileira desde o Decreto n. 848, de 1890<sup>34</sup>, e, depois, com a Constituição de 1891, com forte elaboração por Rui Barbosa (SOUZA CRUZ, 2004, p.342; VIEIRA, 2008, p.103; STRECK, 2002, p.339; BAHIA, 2009, p.103).<sup>35</sup> Os artigos 59 e 60, da Constituição de 1891, evidenciam, portanto, que tal texto assume a natureza concreta e difusa do controle de constitucionalidade:

---

<sup>32</sup> Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007) explicitam bem a leitura que o próprio STF faz da tradição do direito constitucional brasileiro, que passa por uma subversão. Essa mesma linha de raciocínio é desenvolvida por Souza Cruz (2004, p.315), para quem o agigantamento do controle concentrado no Brasil é um sinônimo de autoritarismo do STF, acarretando nítidas perdas para uma democracia participativa.

<sup>33</sup> Por isso mesmo, pesa até hoje sobre sua criação uma duvidosa constitucionalidade, como lembram Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007) e Souza Cruz (2004).

<sup>34</sup> O Decreto n. 510, de 1890, também conhecido como Constituição Provisória da República, já destaca em sua exposição de motivos o papel do Judiciário – citando Marshall – em interpretar e verificar a conformidade das leis com a Constituição e, com isso, impedir e coibir abusos quer do Legislativo quer do Executivo (VIEIRA, 2008).

<sup>35</sup> Vieira (2008) lembra que, ao tempo do império, o Superior Tribunal de Justiça, criado com a Carta Imperial, não abordava a disciplina da jurisdição constitucional, uma vez que tal órgão do Judiciário era uma continuidade do sistema e da lógica portuguesa. Além do mais, a existência do Poder Moderador a serviço do Imperador retirava qualquer autonomia do Judiciário. Aliado a isso, o art. 15, VIII e IX, deixava ao próprio Poder Legislativo a função interpretativa do direito (VIEIRA, 2008, p.101).

Art. 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

III - rever os processos, findos, nos termos do art. 81.

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

§ 2º - Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União.

Art. 60 - Compete aos Juízes ou Tribunais Federais, processar e julgar:

a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal.

Aqui e até 1934, as decisões no controle de constitucionalidade apenas podiam atingir as partes envolvidas no processo a ser julgado, abrindo para qualquer juízo ou Tribunal a possibilidade de afirmar um entendimento contrário ao esposado pelo STF (STRECK, 2002, p.341). Somente com a nova Constituição, então, a participação do Senado Federal aparece prevista no art. 91, IV. Desse modo, faz-se necessário um olhar mais cuidadoso para entender o porquê de tal escolha por parte dos constituintes. Segundo Streck (2002, p.345) e Vieira (2008, p.113), a Constituição de 1934 tinha fortes inspirações na Constituição alemã de Weimar e na Constituição espanhola 1931. O anteprojeto de 1933 trazia como novidades um unicameralismo, a eleição indireta para o cargo de Presidente da República, um Conselho Supremo e a unidade do Poder Judiciário (STRECK, 2002, p.345). Todavia, a proposta de unicameralismo não obteve êxito e, por isso, o Senado passou a desempenhar a função de “Poder Coordenador”, que, originalmente, caberia ao Conselho Supremo. Dentro de suas funções, portanto, é que estava a figura da Resolução Legislativa.<sup>36</sup> Assim, no caso de decisão do STF, quer pela via de sua competência originária quer pela via do recurso extraordinário, a declaração de inconstitucionalidade apenas atingia as partes envolvidas (*inter partes*) e,

---

<sup>36</sup> Interessante, portanto, é que a leitura do art. 91 da Constituição de 1934 revela que a configuração do Senado Federal na época era *sui generis* (VIEIRA, 2008, p.114). O art. 91, II traz ainda uma inovação que não foi acompanhada pelas constituições que se seguiram – e, segundo Streck (2002, p.348), em sua curta vigência, nem chegou a ser aplicado – que era a possibilidade do Senado “examinar, em confronto com as respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, e suspender a execução dos dispositivos ilegais”, o que reforça ainda mais a participação deste no controle de constitucionalidade brasileiro da época.

temporalmente, seu efeito era *ex tunc*. Logo, qualquer outro magistrado brasileiro poderia assumir uma postura dissonante diante do seu caso pendente de julgamento, a não ser que o Senado resolvesse se manifestar; a partir daí a ação do Senado é que atribuiria a eficácia *erga omnes* e o efeito *ex nunc*.

É importante registrar que a preocupação com a eficácia das decisões do STF já estava presente nos debates daquele período. Tanto é assim, que o Deputado Nilo Alvarenga chegou a apresentar uma proposta de emenda que criava uma corte constitucional aos moldes kelsenianos (STRECK, 2002, p.346); mas tal proposta foi negada, o que confirma também a opção do constituinte e a sua permanência na tradição do controle difuso de constitucionalidade no Brasil.

Também, não se pode olvidar que a Constituição de 1934 trouxe a figura da ação direta interventiva – mas esta sem qualquer caráter que pudesse afirmar desde já a abertura para um mecanismo de controle abstrato da constitucionalidade, já que ela acaba ficando no meio do caminho entre a fiscalização *in thesi* e a realidade em concreto (VIEIRA, 2008, p.117; STRECK, 2002, p.348). Seu procedimento era peculiar e merece descrição: primeiro, o Senado Federal editava lei de sua competência exclusiva disciplinando a intervenção federal (art. 41, § 3º) sob o fundamento de que os princípios constitucionais do art. 7º (princípios constitucionais sensíveis) foram atingidos por meio de ação ou de omissão de um Estado; em seguida, mediante provocação do Procurador-Geral da República, o STF avaliaria a constitucionalidade da lei que declarava a intervenção – e não ato ou omissão que afrontava o art. 7º (VIEIRA, 2008, p.118; STRECK, 2002, p.348).

Ao se analisar a Constituição de 1937, algumas observações devem ser feitas. O seu contexto de imposição representa um retrocesso para a ordem democrática brasileira (VIEIRA, 2008, p.121; STRECK, 2002, p.348). O Senado Federal é substituído por um equivalente, o Conselho Federal (art. 50), que deveria representar legislativamente os Estados – ele era composto por um representante de cada Estado por eles eleitos e por mais outros dez membros indicados livremente pelo Presidente da República. Com isso, não houve transmissão da função de “coordenação de poderes” da Constituição de 1934, de modo que atribuição da suspensão da norma inconstitucional com efeitos *erga omnes* ficou sem previsão. O

art. 96 passava a exigir um quórum de maioria absoluta para a declaração; e mais,<sup>37</sup> se o Presidente da República identificasse que tal lei era necessária “ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta” (BRASIL, 1934), ele poderia submeter novamente ao exame do Parlamento, e, se este a confirmasse por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal (VIEIRA, 2008, p.124; STRECK, 2002, p.349).

Com a nova Constituição, em 1946, a expectativa democrática é retomada. No campo do controle de constitucionalidade, o art. 101 determinou a competência do STF para o julgamento do recurso extraordinário,<sup>38</sup> marcando a opção pela adoção do sistema difuso e concreto. Retorna-se, assim, ao bicameralismo, e, sob tal ótica, o Senado Federal volta a ter a atribuição de suspender a norma declarada inconstitucional pelo STF (art. 64). Mas, a “cláusula de reserva de plenário” manteve-se para a declaração de inconstitucionalidade – claro que sem a possibilidade de cassação da decisão pelo Legislativo (art. 200).

Ainda é importante notar que a ação direta interventiva é remodelada: além de proteção dos “princípios constitucionais sensíveis”, o ato supostamente ofensor é que é impugnado e analisado de modo direito pelo STF – e não mais o decreto autorizador da intervenção – e, com isso, a ação direta interventiva ganhou contornos muito mais próximos aos atuais.

Apenas a partir da Emenda Constitucional n. 16/1965 – já no curso do Golpe Militar de 1964<sup>39</sup> – que o STF ganhará a competência para processar a

---

<sup>37</sup> “Art. 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. *Parágrafo único* - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”.

<sup>38</sup> “Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...] III - julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias: a) quando a decisão for contra a letra de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado; d) quando decisões definitivas dos Tribunais de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou decisões definitivas de um destes Tribunais e do Supremo Tribunal Federal derem à mesma lei federal inteligência diversa”.

<sup>39</sup> Lembra Streck (2002, p.352-353) que, apesar da Constituição de 1946 ainda estar em vigor, uma série de medidas por parte do Governo militar, como a edição de Atos Institucionais, irão descaracterizar totalmente o viés democrático do texto constitucional.



representação contra a inconstitucionalidade (MAUÉS, 2010, p.369), de legitimidade exclusiva do Procurador-Geral da República (art. 101, *k*, da CR/46). Com isso, tem-se início a implantação da lógica do sistema abstrato e concentrado de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos. Como bem observa Streck (2002, p.354), o controle de constitucionalidade abstrato e concentrado aqui foi instituído não como um mecanismo de proteção de direito e de garantias fundamentais,<sup>40</sup> mas, devido à sua eficácia *erga omnes*, servia muito bem aos interesses do Governo de estabelecer um mecanismo que fosse efetivo e célere para impedir que juízes e Tribunais ainda afeitos à ideologia democrática pudessem, por meio do controle difuso, tomar decisões que contrariassem as pretensões governistas. O controle concentrado, então, serviu bem aos interesses governistas, possibilitando um freio e um controle do Judiciário brasileiro.

A Constituição de 1967, por sua vez, passou a adotar uma fórmula eclética de controle de constitucionalidade e, com isso, passou a coexistir tanto o modelo concentrado quanto o modelo difuso. O art. 45, IV, veiculava a possibilidade de o Senado Federal suspender os atos declarados inconstitucionais pelo STF pela via concreta; e o art. 114 dava ao STF a competência de julgar a representação do Procurador-Geral da República por inconstitucionalidade. Ainda, a ação direta interventiva já não precisava de controle do Congresso Nacional, bastando um ato emanado do Poder Executivo (art. 11, § 2º). E, para pressionar o Judiciário, o Ato Institucional n. 6/1969 modificou a composição do STF de 16 para 11 membros, compulsoriamente aposentando diversos ministros.

Como se não bastasse, o controle difuso também foi atingido com a inserção de um pressuposto recursal para o recurso extraordinário: a “arguição de relevância da questão federal”.<sup>41</sup> Originalmente, sua justificativa se apresentava como medida para tentar solucionar a “crise do Judiciário”, e, principalmente, diminuir o número de recursos extraordinários que deveriam ser julgados pelo STF (BAHIA, 2009,

---

<sup>40</sup> Maués (2010, p.359-360) explicita que a finalidade do controle difuso sempre foi ligada à proteção dos direitos fundamentais contra deliberações de uma maioria política, ao passo que “o problema central da defesa da Constituição era a busca de garantias do exercício regular das funções estatais, de acordo com sua concepção da estrutura hierárquica da ordem jurídica” (MAUÉS, 2010, p.360).

<sup>41</sup> Para maiores detalhes, ver: QUINAUD PEDRON (2006).

p.122).<sup>42</sup> Por meio da Emenda Constitucional n. 1/1969, o STF passou a ter competência para, no seu Regimento Interno (RI),<sup>43</sup> *indicar* as causas que, devido à sua relevância,<sup>44</sup> apresentassem questões que ultrapassassem o mero interesse dos litigantes.<sup>45</sup> Dessa forma, a Emenda Regimental n. 3/75 ao RISTF disciplinou que causas não seriam examinadas pelo Tribunal por já ser pressuposta a carência de relevância.<sup>46</sup> O que se pode perceber é que o critério da relevância apenas deixava a cargo da discricionariedade dos ministros do STF a definição de causas que iriam julgar. O instituto, então, foi de importância ímpar para que o STF pudesse deixar de julgar determinadas causas, desenvolvendo como escusa uma justificativa de ordem meramente processual (BAHIA, 2009, p.128). Antes da sessão, os ministros receberiam um extrato, e a arguição seria acolhida se, pelo menos, quatro deles se

---

<sup>42</sup> Segundo Baptista (1976, p.31), os recursos extraordinários representavam 80% dos feitos submetidos ao STF.

<sup>43</sup> O Min. Aliomar Baleeiro, conforme Baptista (1976, p.32), foi voz minoritária ao discordar da utilização do Regimento Interno do Tribunal para destacar tais causas mais relevantes, pois tal ato deveria ser feito por meio legislativo pelo Congresso, e não pelo Tribunal. Todavia, a maioria expressou seu entendimento no sentido de que tal solução era inovadora por estar dando maior independência ao Judiciário, até por que, com isso, estar-se-ia livrando o Tribunal do “inconveniente diálogo” com o Legislativo, tão volúvel às convicções políticas.

<sup>44</sup> Esclarece Baptista (1976, p.35): “[...] a relevância, para esse efeito, será apurada especialmente do ponto de vista do interesse público. Em princípio, qualquer problema de aplicação da lei é de interesse público. Mas, na prática, muitas questões têm repercussão limitada às partes, ou a pequeno número de casos, e há problemas legais cujas conseqüências são muito reduzidas, mesmo para as partes, servindo antes como pretexto para manobras protelatórias ou que visam a subtrair o mérito do litígio ao direito aplicável. Muitas controvérsias sobre o direito processual estão compreendidas nesta última hipótese”.

<sup>45</sup> RISTF: “Art. 327. [...] § 1º Entende-se relevante a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal”.

<sup>46</sup> “Art. 308. Salvo nos casos de ofensa à Constituição ou relevância da questão federal, não caberá recurso extraordinário, a que alude o seu artigo 119, parágrafo único [da EC n. 1/69], das decisões proferidas: I. nos processos por crime ou contravenção a que não sejam cominadas penas de multa, prisão simples ou detenção, isoladas, alternadas ou acumuladas, bem como as medidas de segurança com eles relacionadas; II. nos habeas corpus, quando não trancarem a ação penal, não lhe impedirem a instauração ou a renovação, nem declararem a extinção da punibilidade; III. nos mandados de segurança, quando não julgarem o mérito; IV. nos litígios decorrentes: a) de acidente do trabalho; b) das relações de trabalho mencionadas no artigo 110 da Constituição; c) da previdência social; d) da relação estatutária de serviço público, quando não for discutido o direito à constituição ou subsistência da própria relação jurídica fundamental; V. nas ações possessórias, nas de consignação em pagamento, nas relativas à locação, nos procedimentos sumaríssimos e nos processos cautelares; VI. nas execuções por título judicial; VII. sobre extinção do processo, sem julgamento do mérito, quando não obstarem a que o autor intente de novo a ação; VIII. nas causas cujo valor, declarado na petição inicial, ainda que para efeitos fiscais, ou determinado pelo juiz, se aquele for inexato ou desobediente aos critérios legais, não exceda de 100 vezes o maior salário-mínimo vigente no País, na data do seu ajuizamento, quando uniformes as decisões das instâncias ordinárias; e de 50, quando entre elas tenha havido divergência, ou se trate de ação sujeita à instância única”.

mostrassem favoráveis (art. 328, §5º, VIII, RISTF). Uma ata seria publicada para ciência das partes, constando quais arguições foram acolhidas e quais foram rejeitadas. Todavia, a decisão seria irrecorrível (art. 328, §5º, VII e VIII, RISTF) e não apresentaria qualquer fundamentação ou mesmo motivação.<sup>47</sup>

Já com a Constituição de 1988 e com a expectativa de uma reabertura democrática, o constituinte buscou implementar um plano de ação que compatibilizasse ambos os sistemas de controle de constitucionalidade. De um lado, o sistema difuso se manteve, inclusive abolindo-se a arguição de relevância e mantendo a competência do Senado Federal para editar a Resolução Legislativa (art. 52, X);<sup>48</sup> de outro, o sistema concentrado (art. 102, I, a)<sup>49</sup> aparentou se democratizar, uma vez que passou a permitir, na forma do art. 103, um número maior de legitimados, não exclusivamente o Procurador-Geral da República. Podem, agora, propor a ADI: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa; o Governador de Estado; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

O peculiar, aqui, é que não tardou para que membros da doutrina constitucional, como Mendes (1999, p.131) afirmarem que se trataria de um *processo objetivo* – sem partes e sem contraditório –,<sup>50</sup> de modo que seu foco não está na defesa de direitos subjetivos, mas em uma suposta defesa da ordem jurídica

---

<sup>47</sup> Para uma distinção entre fundamentação e motivação de uma decisão judicial, ver: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; QUINAUD PEDRON, Flávio Barbosa. O que é uma decisão judicial fundamentada? Reflexões para uma perspectiva democrática do exercício da jurisdição no contexto da reforma do processo civil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. (Org.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

<sup>48</sup> A Constituição de 1988 manteve, no art. 97 (“Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”), a exigência da chamada “cláusula de reserva de plenário” para os julgamentos em face do controle difuso, cuja decisão aponte para a inconstitucionalidade na lei ou ato normativo.

<sup>49</sup> “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual”.

<sup>50</sup> Tal leitura assumida pelo STF, portanto, é destoante de uma concepção democrática de processo (CATTONI DE OLIVEIRA, 2001; GONÇALVES, 2001; SOUZA CRUZ, 2004), para a qual o processo é uma espécie de procedimento que deve garantir o contraditório e a simétrica paridade entre as partes. Dessa forma, a legitimidade do provimento produzido é dependente das condições de participação e de construção dos seus destinatários. Logo, a expressão *processo objetivo* à luz dessa concepção é uma contradição em termos.

como um todo (VIEIRA, 2008, p.150).<sup>51</sup> Outra estranheza fica para o desenvolvimento na jurisprudência do STF de duas classes de legitimados para proposição do controle concentrado: de um lado, têm-se os legitimados “universais” (art. 103, I, II, III, VI, VII e VIII), que não estão sujeitos ao requisito da pertinência temática; e, de outro, aqueles “especiais” (art. 103, IV, V e IX) submetidos a tal exigência. Ora, se o controle concentrado visa à proteção da ordem constitucional, não tendo partes, nem se voltando ao interesse subjetivo, qualquer um dos legitimados é tão interessado quanto os demais na proteção da Constituição, de modo que a distinção traçada é nitidamente paradoxal e injustificada (VIEIRA, 2008, p.156; SOUZA CRUZ, 2004, p.380), salvo do ponto de vista pragmático: inviabilizar o acesso irrestrito ao STF a fim de que não se tenha um aumento descontrolado de ações suscitando o controle de constitucionalidade.<sup>52</sup>

Em 1993, a Emenda Constitucional n. 3 modificou um pouco as feições do controle de constitucionalidade brasileiro, trazendo uma inovação ímpar no direito comparado: a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), alterando, assim, o texto original do art. 102, I, a.<sup>53</sup> Anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004, os únicos legitimados para propô-la eram: o Presidente da República, a mesa do Senado Federal, a mesa da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República. A motivação para sua criação dizia ser a preservação da segurança jurídica e seu pedido, diferentemente da ADI, era pela declaração da *constitucionalidade* da lei ou ato normativo (VIEIRA, 2008, p.162).

À primeira vista, não deixa de ser estranha a sua motivação, afinal, toda norma até sua declaração jurisdicional definitiva tem a seu favor a presunção de constitucionalidade. Sua justificativa é novamente alcançada apenas num plano pragmático: dada a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante de sua decisão, nenhum juízo ou tribunal inferior poderia apresentar entendimento diverso ao do

---

<sup>51</sup> Essa foi exatamente a lógica esposada pelo STF, com destaque ao voto do Min. Moreira Alves, no julgamento da ADC n. 1.1 – DF, que tinha como objeto a declaração de constitucionalidade da própria EC n. 3/93.

<sup>52</sup> Para ser coerente com sua tese do processo objetivo, o próprio Mendes (1999, p.145) rejeita tal concepção.

<sup>53</sup> “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal” .

STF, forçando, então, uma interpretação padronizada e em conformidade com o Tribunal,<sup>54</sup> e impedindo a dinâmica regular do controle difuso no Brasil; ou seja, a ADC mostrou ser um importante “instrumento da governabilidade”,<sup>55</sup> deixando as preocupações democráticas de lado (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 2007, p.04). Assim, a ADC acabou por representar um mecanismo útil para o enfraquecimento do controle difuso no sistema brasileiro.

Objetivando implementar ainda mais o controle concentrado no direito brasileiro, editou-se as Leis n. 9.868/99 e n. 9.882/99 que vão estabelecer o procedimento para as demandas de controle concentrado. Pela leitura das mesmas, é fácil perceber que nelas o legislador infraconstitucional acabou por ultrapassar os contornos dos institutos fixados na Constituição de 1988 (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 2007, p.04). Vieira (2008, p.173) parece demonstrar um otimismo injustificado com relação à disciplina constitucional do *amicus curiae* no art. 7º da primeira lei, inclusive afirmando que tal dispositivo consagra uma postura de abertura da interpretação constitucional para uma “sociedade aberta”. Todavia, este não é o propósito da norma, já que, em comparações com o direito norte-americano,<sup>56</sup> principalmente, a versão nacional do instituto, retira dos participantes da sociedade as condições processuais (contraditório e ampla defesa) para uma atuação efetivamente legitimadora. Desde a ADI n. 3.510-DF, o STF também vem intensificando a realização de “audiências públicas”, o que parece, à primeira vista, sinalizar uma preocupação do Tribunal com a participação argumentativa da sociedade. Mas, novamente, a postura assumida pelo STF não materializa tal preocupação com a legitimidade de suas decisões, pois, na etapa de fundamentação do provimento, os magistrados deixam de se preocupar em responder aos argumentos trazidos pela sociedade.

---

<sup>54</sup> No julgamento da ADC n. 4 – Rel. Sydney Sanches, DJ 05.02.1998 – o STF concluiu pela possibilidade de deferimento de medida liminar em sede de ADC, o que reforça mais ainda seu caráter autoritário.

<sup>55</sup> “[...] o efeito e a súmula vinculantes caracterizam-se como mecanismos de prevenção da divergência sobre a interpretação constitucional, e não como mecanismos de correção. Eles visam que os juízes se adaptem às orientações jurisprudenciais do STF, evitando que as dúvidas sobre a constitucionalidade da lei cheguem ao Tribunal dificultando uma nova análise da questão que ensejou a divergência” (MAUÉS, 2010, p.371).

<sup>56</sup> Ver MATTOS, Ana Letícia Queiroga. *Amicus Curiae*. Belo Horizonte: Arraes, 2010.

Nesse quadro sinteticamente traçado, é possível verificar que o controle difuso se desenvolveu ao longo da história institucional brasileira como a principal modalidade. Todavia, o controle concentrado, que apareceu em segundo plano e foi, paulatinamente, ganhando mais relevância no cenário jurídico-constitucional pátrio. Logo, uma afirmação no sentido de que o controle concentrado é a regra geral certamente ou despreza ou subverte a história institucional brasileira. Maués (2010, p.372) traz dois importantes argumentos que reforçam tal visão: (a) a Constituição de 1988 não traz qualquer limite ao controle difuso, ainda mais quando se lembra que os direitos fundamentais foram estabelecidos como dotados de aplicabilidade direta; (b) tanto a ADC quanto a ADPF impedem uma monopolização do controle de constitucionalidade pelo STF, uma vez que pressupõem a existência de controvérsia judicial relevante para sua propositura (Lei n. 9.868/99, art. 14, III e Lei n. 8.882/99, art. 1º, parágrafo único, I).

O que se vê, na realidade, são medidas de constitucionalidade duvidosa tentando diminuir o acesso da sociedade aos canais institucionais de discussão da constitucionalidade das leis e dos atos normativos estatais, em razão de um fechamento desses canais pela lógica do sistema concentrado. Ainda que se tenha um rol muito mais ampliado de legitimados para as demandas concentradas, certo é que a via difusa permite a concretização do ideal de uma “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” (HÄBERLE, 1997), sendo, portanto, mais democrática que o controle concentrado. Entretanto, uma ótica e uma ideologia que elevam a todo custo uma leitura de economia e de celeridade, acabam por advogar a ampliação de mecanismos para utilização de decisões cunhadas a partir de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Ao que parece, então, escapa aos ministros Mendes e Grau o fato de que a Constituição de 1988 representa uma opção paradigmática ao Estado Democrático de Direito, que, por sua vez, traz exigências normativas de participação democrática da sociedade nos processos de decisão institucionais, inclusive naqueles que versam sobre (in)constitucionalidade de normas produzidas por um Legislativo nacional (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 2007, p.10).

O último ato contra o controle difuso no Brasil acabou sendo introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, ao criar o pressuposto recursal da arguição de

repercussão geral para o recurso extraordinário (art. 102, § 3º da CR/88).<sup>57</sup> O objetivo foi o desenvolvimento de um “filtro” para os recursos extraordinários, a fim de diminuir o número julgado pelo STF. Ter-se-á, então, um incidente processual prévio ao conhecimento do mérito do recurso extraordinário, no qual o STF analisará se a causa apresenta tal repercussão geral. O STF, apenas por dois terços dos seus ministros, poderia recusar o conhecimento da matéria, por entender ausente a repercussão.<sup>58</sup> Sinteticamente, o propósito seria desenvolver um pressuposto recursal, no qual o recorrente deveria demonstrar que seu caso, seja no aspecto jurídico, econômico, político ou social,<sup>59</sup> levanta uma questão que ultrapassa o plano de interesse apenas individual, materializando um interesse público subjacente (art. 543-A, § 1º, do CPC).<sup>60</sup>

Sendo assim, tanto Tavares (2004) quanto Madeira (2011) vão reconhecer que o julgamento da repercussão geral se dá no modelo do processo objetivo – já presente nas demandas pelo sistema do controle concentrado de constitucionalidade. Dessa forma, os interesses subjetivos das partes devem ceder lugar a um interesse público maior, qual seja, a defesa da ordem constitucional objetiva. Contudo, um problema aparece nessa leitura levada a cabo pela

---

<sup>57</sup> “§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

<sup>58</sup> Nesse sentido, o § 3º do art. 102 torna, pelo menos a princípio, todo recurso dotado de repercussão, cabendo ao STF um exame mais detalhado e o pronunciamento negativo por quórum especial. É claro que, por questões de economia procedimental, a análise da repercussão geral só vem depois de esgotada a verificação de atendimento de todos os demais pressupostos recursais, conforme determina o art. 323, do RISTF.

<sup>59</sup> Madeira (2011, p.571) destaca que tais espécies caracterizadoras da repercussão geral pelo legislador infraconstitucional são imersas em imensa subjetividade, mas tal situação não é acidental, é intencional, pois permite ao STF a discricionariedade de seleção de causas e, com isso, garante a eficiência desse filtro recursal.

<sup>60</sup> Para André Ramos Tavares (2004, p.55), a repercussão geral estaria presente quando a questão constitucional fosse dotada do atributo da novidade e da multiplicidade, isto é, ela deverá ser inédita e sua decisão deverá ser útil para a resolução de diversos outros casos pendentes nos tribunais inferiores. Ora, tal tese apenas pode ser cogitada como adequada se for considerada também adequada à tese do processo objetivo nos Tribunais Superiores. Entretanto, isso acaba por deixar transparecer um problema processual grave: os defensores dessa tese olvidam o fato de que o recurso extraordinário decorre sempre de uma causa, isto é, de uma alegação de lesão ou ameaça de lesão a direito pelas partes do processo, a princípio do autor, e não de uma questão que pode ser resolvida em abstrato. Todavia, ainda assim é possível afirmar que, mesmo a apreciação judicial em abstrato, como acontece com as hipóteses de controle de constitucionalidade, constitui-se em discursos de aplicação e, por isso mesmo, depende de uma base fática, não se processando no vácuo (SOUZA CRUZ, 2004, p.246). Ao que parece, esse perfil elitista por parte do Judiciário, assumido principalmente pelo STF com a tese da natureza objetiva dos processos destinados a julgamento naquele Tribunal, é transportado para o processamento do recurso extraordinário.

dogmática: “Com a repercussão geral não é qualquer violação à Constituição que vai ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, mas somente aquelas que têm uma repercussão que ultrapasse o caso concreto” (MADEIRA, 2011, p.572). Isso equivale, então, a dizer que o Supremo Tribunal Federal não vai mais zelar por *toda* a Constituição, e sim, somente pelas normas e situações que ele entender como de especial importância (MADEIRA, 2011, p.572). Ora, ao proceder assim, parece olvidar a dogmática de que se estaria criando uma distinção hierárquica entre as próprias normas constitucionais; ter-se-iam algumas normas que são mais importantes do que outras – e é o próprio STF que definirá isso –, já que sua violação justifica a intervenção processual do Tribunal e, em outras, essa atuação não é vista como necessária. Algumas lesões à Constituição seriam de segunda ordem e, por isso mesmo, “toleradas” pelo STF.<sup>61</sup>

Desde o início, há críticas ao quórum de 2/3 dos ministros para não conhecimento do recurso.<sup>62</sup> Para muitos juristas, tratar-se-ia de número elevado, o que conduziria a uma permissividade recursal maior e indesejável, razão pela qual a legislação processual acabou regulando a questão de modo distinto.

Logo, a Lei n. 11.418/2006, que alterou o Código de Processo Civil (CPC), acabou por dar novas feições ao instituto e um rigor ainda maior que o dado pelo texto constitucional. Pelo texto da lei processual, o Presidente do tribunal recorrido (*a quo*) tem a competência para realizar uma primeira análise da repercussão geral, podendo considerar prejudicados todos aqueles que versem sobre matéria em que o STF entendeu ausente a repercussão geral (art. 543-B, do CPC). Ele ainda pode realizar uma seleção por amostragem dos recursos que seguirão para o STF analisar a presença da repercussão geral.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> O perigo, então, dessa leitura reside no fato de que se ouvida que normas – pelo simples fato de serem objeto de uma deliberação e discussão pública e política pelo Legislativo – representam interesses públicos por si só e, portanto, qualquer forma de violação a uma norma jurídica já é uma ofensa ao interesse de toda sociedade, afinal, essa mesma sociedade espera que suas normas sejam integralmente cumpridas.

<sup>62</sup> Também no sistema alemão aparece a exigência de 2/3 dos membros do Tribunal para a não apreciação do recurso, favorecendo a lógica de que, em regra, o recurso deverá ser conhecido (SARTÓRIO; JORGE, 2005, p.186).

<sup>63</sup> Aqui, fica clara a deturpação do regramento constitucional: ao passo que o texto do art. 103-A, da CR/88, considerava a análise caso a caso do requisito de admissibilidade da repercussão geral, o art. 534-B, do CPC, e o art. 328, do RISTF, falam em julgamento por amostragem, de modo que a decisão para um caso passa a ter validade para outros que ainda aguardam o julgamento.



As decisões sobre a repercussão geral deverão ganhar ampla divulgação e atualização no sítio eletrônico do STF (art. 329, do RISTF), de modo a formarem verdadeiros pontos de referência sobre a admissibilidade ou não dos recursos a partir de súmulas impeditivas. Sendo assim, segundo o art. 543-A, § 5º, do CPC,<sup>64</sup> a negativa de repercussão geral terá o condão de prejudicar o julgamento de mérito dos demais recursos extraordinários que veicularem a mesma controvérsia. A negativa de seguimento poderá ser pronunciada pelo STF se o recurso já tiver em sua órbita de competência, ou mesmo pelo Presidente do Tribunal *a quo*. Vê-se aqui uma modalidade de indeferimento dos recursos através de um efeito *erga omnes*.

Todavia, ainda que pesem tais tentativas de redução do espaço do sistema difuso, o fato é que o mesmo ainda compõe a nossa tradição e se afirma, continuamente, como a regra e a tônica do Direito Constitucional brasileiro, de modo que suas decisões apresentavam o efeito temporal retrospectivo (*ex tunc*) e o efeito pessoal limitado às partes (*inter partes*). Bem coloca, então, a situação Dinamarco (2010, p.89-90):

Ora, quando uma dessas pronúncias (constitucionalidade ou inconstitucionalidade) vem expressa pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade, é natural que tenha eficácia *erga omnes* porque essa é a função das ações diretas [...]. No controle concentrado! Não ocorre uma tal expansão de eficácia, todavia, quando a constitucionalidade da lei é declarada no controle *difuso*. Se ao julgar um *recurso extraordinário* vem o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade, é natural que essa decisão tenha grande poder de contaminação, dada a já apontada razão de, imediata ou mediamente, produzir a ineficácia (sentença constitutiva negativa). Mas, sendo um *recurso extraordinário* julgado com a conclusão pela *constitucionalidade* da lei ou ato impugnado, não ocorre essa desconstituição de eficácia nem qualquer outra conseqüência parecida. Em perspectiva técnico-processual vê-se que, em decisões como essa, não está o Supremo pronunciando a constitucionalidade em sede principal (*principaliter*) mas *incidenter tantum*: a constitucionalidade da lei impugnada aparece ali exclusivamente como fundamento, ou *razão de decidir*. O *decisum*, nos processos de controle difuso, consiste na conclusão que o Tribunal vier a dar no tocante ao litígio pendente entre as partes, concluindo pela procedência ou improcedência da pretensão do autor. [...] Não ocorre pois tal propagação de eficácia e, como vou dizendo, a pronúncia de constitucionalidade de uma lei ou de algum outro ato estatal em sede de controle difuso não é dotada de eficácia *erga omnes* (DINAMARCO, 2010, p.89-90, grifos do autor).

---

<sup>64</sup> “§ 5o - Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

Maués (2010, p.375) identifica, ainda, a existência de uma reação sistêmica ao controle de constitucionalidade concentrado no Brasil, argumento este que irá enfraquecer, ainda mais, a tese da preponderância deste sobre o controle difuso. Assim,

[u]ma primeira hipótese em que seria possível aventar limitações ao exercício do controle difuso refere-se ao indeferimento da cautelar em ADIn. Como vimos, contudo, o STF não aderiu à tese de que essa decisão possui efeito vinculante, o que significa que o controle incidental de constitucionalidade pode continuar sendo exercido sobre a lei cuja eficácia não foi suspensa pelo STF (MAUÉS, 2010, p.375).

O autor busca, ainda, destacar outras situações nas quais, então, poder-se-ia falar em preponderância: (a) deferimento da medida cautelar em ADC, com efeito de suspender o curso do julgamento de processos que discutam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação.<sup>65</sup> Mas, Maués (2010) lembra que, de 1993 até 2010, essa situação teve pouco impacto, já que, apenas nas ADCs n. 4,<sup>66</sup> 5, 8, 9, 11, 12 e 18, o mesmo foi utilizado. O STF reconheceu que a “singularidade da questão” ou as “peculiaridades do caso concreto” poderiam afastar o efeito vinculante da decisão liminar de uma ADC,<sup>67</sup> (b) improcedência da ADI e da decisão pela procedência da ADC. Mas, novamente, a própria jurisprudência do STF já assumiu o entendimento de que é possível que no caso a lei declarada (in)constitucional pelo STF em sede de ADI ou ADC possa continuar a ser discutida no controle

<sup>65</sup> “Como o próprio STF indica quando defere a cautelar em ADC, a suspensão dos processos significa que não pode ser prolatada qualquer decisão que tenha como pressuposto a inconstitucionalidade dos dispositivos alcançados pela liminar, além de que, no caso de efeitos *ex tunc* da cautelar, suspendem-se os efeitos de todas as decisões não transitadas em julgado que também tenham deixado de aplicar a norma pela mesma razão. À primeira vista, isso representa suspender a possibilidade do exercício do controle difuso, monopolizando, ainda que temporariamente, a fiscalização da constitucionalidade no STF” (MAUÉS, 2010, p.376).

<sup>66</sup> “No entanto, no julgamento de várias reclamações com base na cautelar concedida na ADC nº 4, o próprio STF reconheceu como válida a não aplicação da lei em casos concretos pelos demais órgãos do judiciário. Essa ação teve como objeto a declaração de constitucionalidade, com pedido de cautelar, do art. 1º da Lei nº 9.494/97, segundo o qual: ‘Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu §4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992’. Como visto, essa lei estendia à tutela antecipada um conjunto de limitações já existentes no ordenamento jurídico para a concessão de liminares em mandado de segurança ou processo cautelar contra o Poder Público” (MAUÉS, 2010, p.376).

<sup>67</sup> “[...] o STF firmou jurisprudência no sentido de que, tal como ementado no julgamento das Rcls. nºs 1.105, 1.137, 1.122, ‘A decisão na ADC-4 não se aplica em matéria de natureza previdenciária’ e editou a Súmula 729, com o mesmo teor” (MAUÉS, 2010, p.378).

difuso, deixando-se de aplicar a decisão anterior.<sup>68</sup> Com isso, tal quadro vem reforçar a importância do controle difuso para a tradição brasileira, e sua compatibilização com o controle concentrado. Logo:

ainda que o ato normativo não seja julgado, pela via direta, incompatível com a Constituição, sua aplicação pode gerar situações inconstitucionais não previstas pelo STF, demandando que a lei não seja aplicada à espécie. Embora não haja declaração de inconstitucionalidade, a lei deixa de ser aplicada ao caso, o que representa igualmente uma forma de exercício do controle difuso (MAUÉS, 2010, p.381).

E conclui o mesmo autor:

O conjunto de casos aqui analisados serve para exemplificar que o direito brasileiro admite que o juiz afaste o precedente dotado de efeito vinculante, ou a súmula vinculante, sem desrespeitar a autoridade da decisão do STF, sempre que haja novos argumentos, diferentes daqueles que foram recusados pelo Alto Tribunal. Por essas razões, devemos concluir que a declaração de constitucionalidade em ADIn ou ADC e a edição de súmula vinculante que declara lei compatível com a Constituição não eliminam a concorrência no sistema de controle de constitucionalidade do Brasil, tendo em vista que permanece possível seu exercício no caso concreto. O indeferimento de reclamações pelo STF demonstra que o controle difuso continua ativo no exercício do juízo de constitucionalidade da lei, elaborando novos argumentos que podem, ao final, ser reconhecidos como válidos pelo próprio STF. Nada melhor para demonstrar o caráter concorrente de nosso sistema (MAUÉS, 2010, p.382).

---

<sup>68</sup> “No julgamento do Agravo Regimental na Reclamação nº 3.034, ajuizada pelo Estado da Paraíba, o STF manteve decisão do Presidente do Tribunal de Justiça da Paraíba, que expedira ordem de sequestro de bens do Estado para quitação de precatório, em razão de grave moléstia que acometia a credora da Fazenda Pública. Para o Supremo Tribunal, essa decisão não conflitava com seu julgamento da ADIn nº 1.662, que declarara inconstitucional hipótese similar de sequestro” (MAUÉS, 2010, p.379). Outra situação de destaque: “Em decisão monocrática que indeferiu o pedido de liminar na Reclamação nº 4.374, ajuizada pelo INSS, o Min. Gilmar Mendes também reconhece que o STF pode mudar o seu entendimento sobre a constitucionalidade da norma em determinadas situações. Nesse caso, a reclamação fundava-se em pretensa ofensa à decisão do STF na ADIn nº 1.232, que julgara constitucional os critérios estabelecidos pelo §3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 para o recebimento do benefício previsto no art. 203, V, da CF. Na decisão reclamada, a Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Pernambuco afastara o requisito da renda per capita de ¼ do salário mínimo, considerando que tal critério legal não impede o deferimento do benefício quando demonstrada a situação de hipossuficiência. Na fundamentação de sua decisão, o Min. Gilmar lembra que o STF mantinha-se firme no deferimento de reclamações em casos semelhantes, mas que vinha revendo seu entendimento, baseado em que a reclamação não é um meio hábil para ‘reexaminar o conjunto fático-probatório em que se baseou a decisão reclamada para atestar o estado de miserabilidade do indivíduo e conceder-lhe o benefício assistencial sem seguir os parâmetros do §3º, do art. 20, da Lei nº 8.742/93’. Além disso, as decisões reclamadas não declaravam a inconstitucionalidade do dispositivo, mas buscavam interpretá-lo em conjunto com a legislação posterior (Leis n. 10.836/04, 10.689/03 e 9.533/97), mais vantajosa para a análise da miserabilidade” (MAUÉS, 2010, p.379-380).

Assim, a figura do efeito *erga omnes* possibilitada através da participação do Senado Federal, ao editar a Resolução Legislativa retirando a eficácia da norma declarada pelo STF, é atual e necessária. É importante a seguinte observação: o regimento interno do Senado Federal (art. 386) admite que tal comunicação, além de feita pelo STF, pode ser encaminhada também pelo Procurador-Geral da República ou pela respectiva Comissão de Constituição e Justiça. Ainda cabem duas discussões: (a) quanto à compulsoriedade da edição de tal resolução; e (b) quanto aos seus respectivos efeitos.

Como anteriormente já levantado, a doutrina constitucional brasileira se divide entre os entendimentos de que a atuação do Senado seria discricionária ou de que seria vinculada à decisão do STF. Desse modo, a função do Senado seria apenas a de dar publicidade à decisão assumida pelo STF anteriormente. Lembra Brossard (1976, p.56) que Lúcio Bittercourt foi um dos primeiros a levantar a tese da natureza vinculada. Mas fica, então, uma pergunta: qual a diferença, se tanto a decisão do STF quanto a resolução do Senado são ambas públicas e veiculadas no Diário Oficial? Seria, então, o Senado uma espécie de órgão de registro ou de assessoria de imprensa do Tribunal? A resposta para tais questionamentos, e claro, para a negativa da tese do caráter vinculado está novamente na história institucional brasileira. Como já averiguado, o Senado Federal, no texto da Constituição de 1934, quando recebeu tal competência, funcionava em uma situação especial, como um “Poder Coordenador” dos demais. Dessa dinâmica e visando o equilíbrio, o constituinte – justamente a partir de uma dinâmica de *checks and balances* – determinou que o efeito *erga omnes* fosse dependente de uma *deliberação* política no Senado Federal, ou seja, o ato era discutido e votado pelo órgão, e não apenas aprovado em caráter automático (mecânico).

Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007, p.04) destacam, então, que o “novo” papel que pretendem os ministros do STF para o Senado Federal no controle difuso perde de vista o fato de que o mesmo é composto por representantes eleitos pelo povo brasileiro que exercem uma função importante no que toca à legitimidade democrática, haja vista o debate público que a questão decidida pelo STF poderá promover. Além disso, deve-se observar que é justamente porque o ato tem caráter político é que decorre o seu caráter revogatório, e, conseqüentemente, a eficácia temporal *ex nunc*; ou seja, tem-se aqui uma norma jurídica posterior retirando a anterior do ordenamento jurídico.

De fato, entretanto, alguém poderia observar que, a partir da Constituição de 1946, quando retorna essa atribuição ao Senado Federal, após a queda do regime jurídico da Carta de 1937, o Senado volta a ocupar o papel de casa legislativa, e não mais de “coordenador” dos demais Poderes. Mas isso não significa que a tradição já assentada tenha sofrido alterações. Por isso mesmo, o constituinte de 1946 manteve a mesma atribuição ao Senado Federal. Como demonstra Brossard (1979), a tradição se manteve na década de 1970, preservando a respectiva leitura. O mesmo jurista posiciona-se, inclusive, sobre os riscos do Senado Federal editar uma Resolução exclusivamente a partir de um único julgado do STF – ainda que tenha sido este unânime. Para ele, é importante a prudência dos senadores, que devem procurar verificar se a decisão do Tribunal não passa de um caso único e isolado, bem como balizar sua decisão política nas leituras e nas interpretações assumidas por outros atores do cenário jurídico nacional – tribunais inferiores, doutrinadores etc., o que remete a uma ideia de sociedade efetivamente “aberta”. Ao que parece, essa tese não perde de vista, inclusive, que a decisão assumida pelo STF pode ser evitada de erro (BROSSARD, 1979, p. 63).<sup>69</sup>

Outra reflexão, também presa ao problema, está na definição do efeito temporal da Resolução do Senado. Segundo Souza Cruz (2004, p.343), a doutrina brasileira majoritária – o que inclui nomes como José Afonso da Silva (2005), entre outros – advogam a tese de que os efeitos temporais da Resolução do Senado Federal serão prospectivos, isto é, *ex nunc*; já outros juristas – como Mendes (1999)

---

<sup>69</sup> Ao que tudo indica, é exatamente esse ponto que parece obscurecer os votos dos ministros Mendes e Grau na Rcl. n. 4.335-AC; principalmente o último, com uma atitude que pode soar como prepotência e como arrogância, para quem o Tribunal “está mais ao alto”, devendo a doutrina se curvar às suas posições. Mas, tal posição não é original. O Min. Grau, em sua apresentação à obra de Schmitt, *Teologia Política* (2006), na “versão” para a língua portuguesa, tenta atualizar e contextualizar a conclusão atingida pelo jurista alemão. Se “o soberano é aquele quem decide sobre o estado de exceção”, quem é o “soberano” no Brasil contemporâneo? Ora, seria de se esperar que um jurista comprometido com a ordem democrática trazida pela Constituição de 1988 – para não mencionar um ministro do STF, como é o caso de Grau – responderia afirmando que o soberano é o povo. A resposta de Grau (2006, p.xii) vai por outra via – se já é possível se surpreender com uma resposta que revela um conteúdo autoritário, muito próximo ao próprio Schmitt (2006), a continuação consegue ser ainda mais assustadora – e atesta que o soberano é o *Judiciário*, mais atentamente o *Supremo Tribunal Federal*. Se a resposta ainda poderia deixar dúvidas quanto ao fato de Grau ter, realmente, entendido o argumento schmittiano, essas indagações desaparecem quando se lê o voto na Rcl. 4.335-AC. A saída pela via da mutação constitucional que tomam, tanto ele quanto Mendes, não deixa de querer revelar que o STF detém o controle tanto sobre o direito quanto sobre a exceção schmittiana. E, por isso mesmo, decorre a proposta de uma mutação sobre o art. 52, X, da Constituição de 1988. Não é sem propósito, portanto, a crítica que o Min. Pertence irá fazer em seu voto, questionando a legitimidade da mutação e suas proximidades a um Golpe de Estado.

e Clève (2000), por exemplo –, trazem a tese de que o ato do Senado não se confunde com a revogação da lei e, por isso mesmo, teria efeitos de confirmar a inconstitucionalidade, sendo, então, *ex tunc*.

Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007, p.05) colocam, então, um importante argumento: o STF parece se esquecer o que significa “suspender a execução” de uma lei ou de um ato normativo. Ora, uma coisa é a “retirada da eficácia da lei” própria do controle concentrado, outra é a ação do Senado de retirar, do quadro das leis, uma lei declarada inconstitucional no controle difuso (o que é revogação). Autores filiados à mesma corrente de Mendes (1999) e de Clève (2000) parecem recair no equívoco de acreditar que a suspensão da eficácia de uma lei é similar ao ato de revogação. O ato do Senado Federal, até por ser um ato de natureza política, é similar ao ato de revogação (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 2007, p.05), logo, os efeitos preteridos permanecem, permitindo falar no efeito *ex nunc*, ao passo que a decisão no controle concentrado visa declarar a nulidade da norma. Nessa lógica, exige-se uma interpretação no sentido de que norma inconstitucional nunca poderia ter existido e, por isso mesmo, nunca teria produzido os seus efeitos, o que determinaria o efeito *ex tunc* (STRECK, 2002, p.377). Assim,

[s]e até o momento em que o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade da lei no controle difuso, a lei era vigente e válida, a *decisão no caso concreto não pode ser equiparada à decisão tomada em sede de controle concentrado*. Repetindo: a valer a tese de que os efeitos da decisão do senado retroagem, portanto, são *ex tunc*, qual a real modificação que houve com a implantação do controle concentrado, em 1965? Na verdade, se os efeitos da decisão desde sempre tinham o condão de transformar os efeitos inter partes em efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, a pergunta que cabe é: *por que, na prática, desde o ano de 1934 até 1965, o controle de constitucionalidade tinha tão pouca eficácia?* Desse modo, mesmo que o próprio Supremo Tribunal assim já tenha decidido (RSM 17.976), temos que a razão está com aqueles que sustentam os efeitos *ex nunc* da decisão suspensiva do Senado (STRECK, 2002, p.377, grifos do autor).

Toda a questão, portanto, parece radicar no fato de a atuação do Senado Federal ter natureza política, o que os votos dos Min. Mendes e Grau tentam obscurecer. Mesmo assim, Brossard (1979), já havia identificado uma importante questão: a natureza política da deliberação do Senado Federal cumpre um importante papel no que toca a *possibilidade de abertura de um canal comunicativo para a sociedade*. Ou seja, o Senado Federal não atua apenas como um órgão de uniformização de jurisprudência, mas há outra função igualmente importante

subjacente. Ora, tal situação, como o mesmo autor já identificou, marca a oportunidade de que, para a tomada de sua decisão, o Senado Federal se mostre poroso para participações advindas de vários setores da sociedade – demais tribunais, membros da doutrina constitucional, intelectuais etc. –, pluralizando as razões para uma tomada de decisão. Há, então, aqui, um nítido ganho para uma *democracia procedimental*, o que não pode ser apagado, como quer uma parcela do STF. Essa abertura para que novas razões sobre a (in)constitucionalidade da norma, distintas daquelas trazidas pelo STF em sua decisão, provocará um ganho qualitativo de legitimidade para a deliberação do Senado Federal.

Fica, portanto, um questionamento importante: já que é a tradição do constitucionalismo brasileiro subjacente ao texto da Constituição de 1988 que fixa não apenas o papel do Senado Federal na dinâmica do controle de constitucionalidade, mas também a sua distinção em face do controle concentrado, qual a legitimidade do STF para decidir alterar através de sua decisão – e não por meio de um processo formal da Constituição – suas disposições? Ora, como bem estabelecem Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007, p.06) tais características apresentadas pela Constituição de 1988 não são meros elementos de um debate entre acadêmicos, mas, antes de tudo, são *normas constitucionais*, que revelam, quando entendidas sob um pano de fundo maior, a tradição constitucional brasileira, e mais, assinalam “um processo de aprendizagem social subjacente à história constitucional brasileira” (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 06).

Pode-se, ainda, acrescentar que a manutenção da posição assumida por Mendes e Grau em seus votos acaba por violar também um “modelo constitucional de processo”, já que a decisão em sede de recurso extraordinário dotada de eficácia *erga omnes* se faz imperativa para pessoas que não participaram do debate que conduziu a construção do próprio provimento jurisdicional (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 2007, p.04). Esse “modelo constitucional”<sup>70</sup> é formado por um conjunto de princípios processuais constitucionalizados, dentre eles, o princípio do contraditório e o princípio da ampla defesa (ANDOLINA; VIGNERA, 1990). Por se

---

<sup>70</sup> “[...] a estrutura procedimental como espaço intersubjetivo e participativo dos provimentos, com a marca de nosso “modelo constitucional” em sua acepção dinâmica, lastreado institucionalmente por uma ampla defesa, uma fundamentação adequada das decisões e por um contraditório dinâmico, em que existe um diálogo genuíno entre juiz e partes, e não meramente formal, entendido como princípio da bilateralidade da audiência” (NUNES, 2003, p.52).

tratar de um recurso, é evidente que há interesses dos sujeitos processuais envolvidos, não sendo cabível afirmar a tese de um julgamento “objetivo”, sob pena de contrariedade à própria lógica do instituto processual. Assim, lembra Nunes,

o instituto do recurso apresenta-se como criador de um espaço procedimental de exercício do contraditório e da ampla defesa, permitindo ao juízo *ad quem* a análise de questões já debatidas pelas partes, mas levadas, ou não, em consideração pelo órgão julgador de primeira instância em sua decisão, ou de questões suscitadas pelo juízo de primeira instância de ofício ou sem a participação de todas as partes em seu provimento, implementando, assim, um espaço de debate (NUNES, 2003, p.148).

É importante, então, fazer um alerta: o princípio do contraditório, hoje, não pode mais ser reduzido, como outrora, a um direito de “dizer e contradizer” ou à “bilateralidade em audiência”, como querem as teorias tradicionais (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p.55-56). O contraditório, a partir de uma perspectiva processual democrática, deve ser compreendido como direito de participação em igualdade na preparação do provimento, como já faz Fazzalari (1996). Explicando melhor, posiciona-se Nunes (2008, p.230):

Em relação às partes, o contraditório aglomera um feixe de direitos dele decorrentes, entre eles: a) direito a uma cientificação regular durante todo o procedimento, ou seja, uma citação adequada do ato introdutivo da demanda e a intimação de cada evento processual posterior que lhe permita o exercício efetivo da defesa no curso do procedimento; b) o direito à prova, possibilitando-lhe sua obtenção toda vez que esta for relevante; c) em decorrência do anterior, o direito de assistir pessoalmente a assunção da prova e de se contrapor às alegações de fato ou às atividades probatórias da parte contrária ou, mesmo, oficiosas do julgador; e d) o direito de ser ouvido e julgado por um juiz imune à ciência privada (*private informazioni*), que decida a causa unicamente com base em provas e elementos adquiridos no debate contraditório (NUNES, 2008, p.230).

Logo, a tese advogada pelos ministros Mendes e Grau acaba por ignorar a dimensão processual que também é um dos marcos distintivos dos controles difuso e concentrado. A teoria processual democrática, trazida pelas teses de Fazzalari (1996), Andolina e Vignera (1990), Gonçalves (2002) e Cattoni de Oliveira (2001) expressam bem as preocupações em superar uma concepção solipsista de processo, indicando a necessidade de, em observância ao princípio democrático,



respeitar os espaços de participação de todos aqueles que são atingidos pela decisão judicial (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 2007, p.10).<sup>71</sup>

Importantes, ainda, são as observações feitas tanto pelo Min. Pertence quanto por Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007, p.06) no sentido de que tal conclusão traz ainda uma consequência séria: o esvaziamento da função da súmula vinculante, inserida na órbita jurídica brasileira pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Para a edição de uma súmula vinculante pelo STF, conforme o art. 103-A, da Constituição de 1988,<sup>72</sup> precisa-se de um quórum especial de 2/3 (dois terços) de seus membros. Já a decisão a que o STF atribui a eficácia *erga omnes*, o HC n. 82.959, foi tomada por um quórum nada tranquilo, de seis votos a cinco, como lembram Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007, p.06).

Ao fim, a reconstrução, análise e discussão dos votos acabam por abrir para um questionamento mais profundo acerca dos limites e da legitimidade do uso da chamada mutação constitucional. Para uma parte da teoria constitucional, a mutação é um mecanismo legítimo de “atualização” (alteração) das normas constitucionais. Todavia, o questionamento de Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007, p.11) é crucial: não seria a mutação constitucional uma forma de “substituição do poder constituinte pelo Poder Judiciário”, o que revelaria um grave desvio no campo da separação das funções do Estado, comprometendo a dinâmica democrática?

É verdade que a posição assumida pelo STF demonstra uma faceta *decisionista* da função jurisdicional, principalmente no que tange ao exercício dos mecanismos de controle de constitucionalidade, já que passam a exercer um papel hipertrofiado, avocando uma legitimidade duvidosa para, não apenas “guardar” a constituição, mas assumir como uma modalidade de Poder Constituinte permanente (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 2007, p.12-13). Assim, se para o STF a

---

<sup>71</sup> Nesse aspecto, é fundamental uma incursão nos aprendizados trazidos pela hermenêutica para que se possa compreender, como explicam Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007, p.10), que a filosofia da consciência entra em processo de ruínas a partir da proposta de compreensão intersubjetiva do mundo e do Direito. Também no campo processual, a hermenêutica e as teorias processuais democráticas vão apresentar séria oposição à leitura “instrumentalista” do processo, como a levada a cabo por Dinamarco (1999) e outros.

<sup>72</sup> “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

Constituição de 1988 não está suficientemente em compasso com o que ele entende por “realidade”, a questão deixa de ser tratada sob o ponto de vista de uma discussão pública e democrática sobre a necessidade de reforma/alteração da Constituição pelos canais institucionais que o próprio Texto Maior prevê, e passa a ser vista como uma saída mais imediatista, qual seja, a alteração da normatividade constitucional pelo STF.<sup>73</sup>

Outra questão também levantada por Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007, p.11): não haveria sob a base da tese da mutação constitucional um problema hermenêutico grave? Ora, a suposta correção jurisprudencial desse hiato entre realidade e normatividade não está na verdade encobrindo uma concepção limitada de compreender o próprio Direito contemporâneo, que deveria estar afinado a um paradigma do Estado Democrático de Direito? Ou, dizendo de outro modo: não se está tentando lançar mão de um instrumental teórico típico da crise do positivismo para solucionar o que parece ser um problema do tempo atual (JACOBSON; SCHLINK, 2002)?

É interessante observar que as leituras desenvolvidas pelos ministros Mendes e Grau acerca da mutação constitucional são ainda *colidentes entre si*. Para o primeiro, a mutação é instrumental hermenêutico-constitucional, através do qual o Tribunal pode modificar a norma, mas com a preservação do texto original; para o segundo, a mutação constitucional exige a alteração tanto da norma como do texto normativo. Em ambos os casos, o que fica claro é a redução da estrutura normativa do direito a um mero conjunto de regras jurídicas, olvidando-se, de modo absoluto, uma compreensão do Direito a partir de uma dimensão *principiológica*; e mais, uma dimensão *principiológica* organizada a partir de uma exigência de *integridade* (DWORKIN, 1999; STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 2007, p.12). Todo o problema é desenvolvido pelos ministros a partir de uma dicotomia entre “texto e norma” (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 200, p.13), apostando na tese da

---

<sup>73</sup> “Ora, um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode ‘inventar’ o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia” (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 2007, p.12). “A atividade jurisdicional, mesmo a das cortes constitucionais, não é legislativa, muito menos constituinte (e assim não há o menor cabimento, diga-se de passagem, na afirmação do Min. Francisco Rezek, quando do julgamento da ADC n.º 1, quando este dizia que a função do STF é a de um oráculo (*sic*) que ‘diz o que é a Constituição’)” (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 2007, p.12).

mutação como a solução taumaturga do problema, mas que é falha por não problematizar paradigmaticamente a questão.

Como será demonstrado na sequência da presente pesquisa, a mutação constitucional tem sua gênese teórica no pensamento de Laband e Jellinek, nos fins do século XIX, início do século XX, com posterior reformulação e tentativa de sistematização por Dau-Lin, no curso da República de Weimar. Em ambos os casos, assim como a posterior teorização de Hesse, o que se vê é a utilização do mecanismo da mutação constitucional para a resolução de problemas típicos de paradigmas jurídicos diferentes do assumido pelo Estado Democrático de Direito. Isso porque tais propostas de soluções aos problemas se dão ainda dentro dos limites de uma concepção positivista já em crise e descompromissada com uma função jurisdicional democrática, que, necessariamente, tem que assumir uma interpretação construtiva (DWORKIN, 1999) do Direito, tendo em vista que o direito é um empreendimento coletivo do qual participa toda a sociedade – na forma de uma *comunidade de princípios*.

Além do mais, deve-se lembrar que todos os autores que se debruçaram sobre a figura da mutação constitucional identificaram que seu emprego se dá sempre dentro de limites, que, se desobedecidos, desnaturam toda a legitimidade de sua aplicação, fazendo com que o produto mental seja, na realidade, uma *mutação inconstitucional*. Todavia, é espantoso que nenhum dos votos a favor de sua aplicação, no caso da Rcl. n. 4.335-AC, tenha sequer levado em conta tais limites e suas consequências.<sup>74</sup> Ao inverso, todos os argumentos parecem se apoiar apenas em uma racionalidade instrumental (celeridade, efetividade e segurança jurídica, como razões elevadas a verdadeiros dogmas no interior do discurso decisório), segundo a qual “os fins justificam os meios”.

Por isso mesmo, esta pesquisa há que avaliar se, mesmo segundo o quadro teórico da mutação constitucional, seria constitucional a postura decisória assumida pelos ministros Mendes e Grau.<sup>75</sup> Afinal, poderia o STF modificar uma norma

---

<sup>74</sup> Ora, para os ministros Barbosa e Pertence, no mesmo julgado, a utilização da mutação constitucional no caso é totalmente descabida e vilipendiadora da própria Constituição de 1988. Pertence, mais uma vez, lembra que isso traz toda a aparência de “golpe de Estado”.

<sup>75</sup> “Portanto, na Rcl 4.335-5/AC, o conceito e o limite de mutação adotados por Eros Grau desrespeitam a Constituição. Como já dito, existe uma única maneira de mudar o texto constitucional – chamada de reforma constitucional – e um único responsável por tal alteração – poder Legislativo (titular do poder constituinte derivado). E também existe um procedimento

presente no texto da Constituição de 1988, versando sobre separação de poderes, uma vez que o próprio texto constitucional, no seu artigo 60, § 4º, III,<sup>76</sup> impede a alteração pela via da emenda à Constituição? Logo, se nem mesmo o Poder Constituinte derivado está autorizado pela Constituição a proceder a uma alteração como essa, o que legitimará o STF? Fato é que, textualmente, o dispositivo constitucional refere-se apenas à figura da abolição (extinção), mas, tal situação deve ser interpretada de modo mais adequado como proteção ao núcleo essencial dos princípios, de modo que, sendo assim, pode ser evidenciado um agigantamento no plano das funções do Judiciário, o que viria a ser contrário à ideia de *checks and balances*, adotada pelo constituinte de 1988.

A discussão trazida, então, pelo voto do Min. Pertence é importante: será que, ao se lançar mão de um recurso como a mutação constitucional, não se está aceitando o “triunfo do fato sobre a norma” e, com isso, correndo o risco de se perder de vista a “força normativa da Constituição” (HESSE, 1991). Dito de outro modo, a utilização da mutação constitucional não poderia trazer danos para a *supremacia da Constituição* e para o próprio Estado de Direito? Ora, fica claro que o Min. Pertence não coaduna com a solução encontrada pelos Ministros Mendes e Grau, pois tal situação acaba em uma inversão de valores.

O próprio voto do Min. Barbosa remete ao plano da dogmática constitucional, na qual muitos autores apontam que, para se afirmar a existência de uma mutação constitucional, dois requisitos são importantes: (a) o decurso de um período de

---

específico para alterar a Constituição. Ora, o juiz não é nem competente e nem pode se socorrer do procedimento adequado para prover à alteração constitucional. Destarte, uma alteração do texto constitucional pela via interpretativa jurisdicional (exatamente o que Eros Grau propôs) atenta contra a Constituição” (CARVALHO, 2009, p.25).

<sup>76</sup> “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa” (grifos nossos).

tempo; e (b) o desuso da norma – o que revela a fragilidade das pretensões dos Ministros Mendes e Grau.

Dessa forma, o julgamento da Rcl. 4.335-AC acaba por deixar uma constelação de indagações sem solução satisfatória. E mais, acaba por revelar a *fragilidade teórica* da compreensão levada a cabo pelo próprio STF sobre o que seja a mutação constitucional. Ora, dos quatro ministros que até o momento votaram, *nenhum compartilhou do mesmo entendimento que seus pares*, demonstrando a obscuridade que ronda tal instituto jurídico, e mais, a relevância de um estudo aprofundado sobre suas condições de possibilidade e de limites, quer dogmáticos quer de legitimidade democrática.

Mas, há um elemento comum aos votos dados pelos Min. Gilmar Mendes e Eros Grau: *a mutação é resultado da própria leitura semântica da Constituição que eles desenvolvem*. Isto é, a alegação de que é preciso adequar a norma a partir do texto normativo constitucional a uma realidade ainda é uma forma de supervalorização do texto em detrimento da norma e também da própria realidade. Há aqui um *paradoxo*. Por meio da afirmação de que o Tribunal irá proceder a uma mutação constitucional, busca-se exatamente encobrir a dificuldade em lidar com outro *standard* normativo que não as regras, qual seja, a figura dos princípios jurídicos. Tal situação fica muito clara quando se volta aos momentos históricos nos quais a teoria da mutação constitucional foi pensada: a crise do positivismo na Alemanha. Nesse contexto, a solução realista – a autorização de que o Judiciário crie norma substitutiva à Constituição – é, na verdade, outra fase do positivismo jurídico e ainda um apego paradigmaticamente injustificado ao texto normativo constitucional (CAMARGO, 2009; NUNES, 2008, p.191).<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> Nesse cenário, ganha enorme destaque o julgamento da ADPF n. 132 pelo STF, justamente pela demonstração da capacidade de compreensão dessa dimensão principiológica contida na Ordem Jurídica. Se os passos da Rcl. n. 4335-AC fossem seguidos, o natural seria esperar a afirmação de que a Constituição passou por uma mutação constitucional para afirmar o direito de igual tratamento das uniões homoafetivas, mas essa possibilidade sequer foi cogitada pelo Tribunal. Vecchiatti (2010) até tenta justificar a decisão pela via da mutação, mas tal argumento equivocado já não foi assumido pelos julgadores, e o correto seria, como faz Dworkin (1985, 2006), compreendê-lo à luz de uma interpretação construtiva do direito, que toma consciência de um processo histórico de aprendizado ou das “ambições” a que o próprio direito se reserva. Afinal, o que a decisão faz é reconhecer a existência de um princípio mais abstrato, segundo o qual o “Estado não deve tomar decisões apoiadas em preconceitos sociais” ou, de outra forma, “nenhuma decisão estatal pode prejudicar um grupo por simples preconceito social” (DWORKIN, 2006, p.430). Essa questão será retomada no Capítulo 4 da presente tese.

Sendo assim, mostra-se relevante a presente pesquisa, para que se possa perquirir, primeiro, a partir de uma análise histórica, o conceito de mutação constitucional no direito comparado, levantando as razões de seu surgimento e teorização no direito constitucional alemão em três fases distintas: (a) o momento do Império, com Laband e Jellinek (1991; 2000); (b) o curso da República de Weimar, com Heller (2002), Smend (2002) e Dau-Lin (1998); e (c) o cenário pós Segunda Guerra Mundial, com Loewenstein (1976) – e sua recepção por Verdú (2006) – e Hesse (2009). Como se verificará, em cada momento histórico, a figura da mutação constitucional surge como instrumental teórico para resolução de um problema determinado, mas sempre demarcando um hiato entre realidade e norma constitucional, que parece intransponível e que acaba por apontar para a submissão da Constituição (como texto) a uma realidade – ou versão de realidade.

Em um segundo momento, esta pesquisa buscará pensar o problema da mutação constitucional como questão de interpretação e, para tanto, se voltará aos estudos e às conquistas da teoria hermenêutica – tanto filosófica, com Gadamer (2002), quanto jurídica, com Dworkin (1999) –, para buscar respostas acerca dos limites e da legitimidade democrática de tal prática.

### **1.3 Outras “versões” do que seja a mutação constitucional para o STF**

Até o presente momento, esta pesquisa pretendeu assumir um marco histórico-institucional para pensar e refletir acerca da figura da mutação constitucional na jurisprudência do STF, o julgado da Rcl. n. 4.335-AC. Neste, pode-se perceber que, dos quatro votos proferidos, cada um abraçou uma leitura diferenciada sobre o entendimento do que seja tal construção jurídico-constitucional denominada por mutação constitucional. Por isso, um olhar mais cuidadoso pode ser importante para tentar afinar ainda mais a compreensão da jurisprudência do STF acerca da mutação constitucional.

Para tanto, passa-se a verificar outros julgados, nos quais o STF afirmou também utilizar a ideia de mutação constitucional em sua decisão. Deve ser verificado, portanto, o que se entendeu por mutação nesses casos, buscando identificar a possibilidade de pontos de contato em tais posicionamentos, e verificar

se são capazes de lançar luzes mais precisas e claras sobre o que seja, para o STF, a mutação constitucional.<sup>78</sup>

(1) No julgamento dos MS n. 26.602, n. 26.603 e n. 26.604, o Min. Gilmar Mendes apresentou idêntico voto afirmando utilizar-se da figura da mutação constitucional. Os *writs* foram impetrados contra o ato do Presidente da Câmara dos Deputados, que não declarou a vacância dos mandatos dos parlamentares que se desfilaram do partido que os elegeu, deixando de dar posse aos suplentes do mesmo partido – o que estaria em conformidade com a posição do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), na Consulta n. 1.398. A questão central, então, seria saber se os partidos políticos teriam direito a preservar o número de cadeiras obtidas pelo resultado das eleições pelo sistema proporcional, caso um dos ocupantes viesse a trocar de legenda. Em uma suposta mutação constitucional, então, o ministro acabou por criar uma nova forma de perda do mandato político, não prevista no art. 55, da Constituição de 1988.<sup>79</sup> Aqui, não há norma constitucional a ser alterada pelo desuso, mas sim, a criação jurisprudencial pelo STF de mais uma cláusula punitiva. No mesmo caso, o Min. Eros Grau discorda da possibilidade de se falar em mutação constitucional por total ausência de descompasso entre norma e realidade, e critica a postura do Min. Mendes de, por meio de uma decisão judicial do STF, tentar “emendar” a Constituição, usurpando função do Poder Constituinte derivado.<sup>80</sup> No julgamento do MS n. 26.603, o Min. Grau ainda traz à tona o pensamento de Hesse (1991) e afirma que a função do STF é impedir que o texto da Constituição seja desrespeitado, sendo o texto o limite de toda interpretação da Constituição.<sup>81</sup>

---

<sup>78</sup> A pesquisa de mestrado realizada por Kubliskas (2009) traz outras decisões além daquelas apresentadas pela presente pesquisa. Todavia, ao lê-las, verifica-se que não acrescentam qualitativamente ao argumento, já que se mostram meras repetições de entendimentos aqui mesmo apresentados.

<sup>79</sup> “Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado”.

<sup>80</sup> Importante, então, observar que se nesse julgado o Min. Grau condena exatamente o que no julgamento da Rcl. n. 4.335-AC ele irá tão arduamente defender.

<sup>81</sup> Mas uma vez denota-se a falta de *integridade* no pensamento e julgamento do Min. Grau, já que na Rcl. n. 4.335-AC o limite da mutação constitucional não poderia ser estabelecido por um dispositivo constitucional em separado (texto), dependendo o intérprete tomar o todo sistemático. Já no MS n. 26.603, o texto é fator de limitação e de legitimação da interpretação constitucional.

(2) Outra peculiar leitura do que seja a mutação constitucional é traçada pelo Min. Carlos Ayres de Britto, no julgamento da Rcl. n. 7.336-SP. Esta foi proposta contra uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), em mandado de segurança, que não entendeu por equiparar os salários dos delegados de política civil que já estavam no cargo anteriormente à EC n. 19/98 aos dos procuradores de Estado. Os reclamantes invocaram ofensas às decisões proferidas pelo STF nos julgamentos das ADI's n. 761/RS, n. 171/MG e n. 456/PB. Em seu voto, o Min. Britto fez referência a uma mutação constitucional criada pela própria EC n. 19/98, já que tal emenda alterou o texto da Constituição de 1988. Aqui, é claro, deve-se estranhar a confusão feita pelo ministro entre as figuras de reforma (processo formal) e de mutação (processo informal) da Constituição, já que há uma alteração formal do texto constitucional.

(3) No julgamento QO HC n. 86.009-5/DF, o Min. Britto torna a sustentar a existência de uma mutação constitucional após a existência de uma emenda constitucional – nesse caso, após a EC n. 22/99.<sup>82</sup> Aqui, a Emenda Constitucional determinou que os *habeas corpus*, tendo autoridade co-autora o Tribunal Estadual, seriam julgados pelo STJ. Ou seja, não houve nenhuma mutação constitucional, mas uma alteração formal do próprio texto da Constituição de 1988 pela EC n. 22/99 (art. 105, I, c).

(4) Outro julgado que confunde a compreensão do próprio STF acerca do que seja a figura da mutação constitucional é o HC n. 94.695-0 / RS, que versa sobre a possibilidade constitucional de prisão – ou não – do depositário infiel. O voto do Min. Celso de Mello observa que os incisos LXVI<sup>83</sup> e LXVII,<sup>84</sup> ambos do art. 5º, podem sofrer mutação constitucional, quer pelo legislador quer pela força de tratados e de convenções internacionais, e invoca a Convenção Americana sobre Direitos

---

<sup>82</sup> “[...] entendo pela aplicação, ao caso, dos precedentes firmados por este Supremo Tribunal Federal, por ocasião da edição da EC 22/99. Naquela oportunidade, ficou assentado que todos os *habeas corpus* em trâmite por esta nossa Corte, tendo por autoridade coatora Tribunal estadual, passariam a ser remetidos ao Superior Tribunal de Justiça. [...] Em boa verdade, mesmo tratando-se de alteração de competência, por efeito de mutação constitucional (nova interpretação ao texto da Constituição Federal), e não propriamente de alteração no texto da Lei Fundamental, o fato é que se tem, na espécie, hipótese de competência absoluta (em razão do grau de jurisdição). E competência absoluta, como é sabido, não se prorrogam” (QO HC n. 86.009-5 / DF, Rel. Min. Britto).

<sup>83</sup> “LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

<sup>84</sup> “LXVIII - conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.



Humanos (Pacto São José da Costa Rica – promulgada pelo Decreto n. 678/92), anterior à EC n. 45/2004, que modificou o art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988, dando o *status* de norma constitucional material. Ora, mais uma vez, o que se vê é o STF confundindo uma situação de alteração formal da Constituição com uma situação de mutação constitucional.

(5) Outra estranha forma de compreender a mutação constitucional dá-se no julgamento do AGR RE n. 450.504-5 / MG. O Min. Carlos Britto, discutindo um caso que tinha por objeto a solução de um conflito de competência entre a Justiça do Trabalho e a Justiça Comum para causas que versavam sobre matéria acidentária, afirmou proceder a uma mutação constitucional fixando a competência para o judiciário trabalhista.<sup>85</sup> Todavia, seu voto revela que não houve mudança da competência, pois esta sempre fora do judiciário trabalhista. Ora, aqui, então, novamente, não há o que se falar em mutação da constituição, mas sim, de um interpretação corretiva dos equívocos jurisprudenciais anteriores. O problema não seria um descompasso entre norma e realidade, mas um erro interno das decisões anteriores.

Como conclusão dos casos analisados, o que se pode perceber é uma total desarmonização da compreensão sobre o que seja a mutação constitucional. O termo parece ter ganhado um sentido retórico no interior do STF, já que os ministros não conseguem sequer atingir uma coerência interna. Muitos utilizam o mesmo termo com sentidos totalmente distintos de uma decisão para outra e, com isso, não se preocupam nem em concordar consigo mesmos. Ao que se mostra, quando que um ministro do STF pretende dizer que sua interpretação é revolucionária, ele diz que está fazendo uma mutação constitucional. Ora, esse não é o propósito do conceito em estudo, de modo que essa total falta de rigor pelos membros do Tribunal acaba por denotar, inclusive, uma despreocupação técnico-científica com o Direito Constitucional brasileiro.

---

<sup>85</sup> “Note-se bem: a decisão não foi motivada pelas alterações trazidas com a EC n. 45/04; a mudança na jurisprudência do supremo surgiu por *mutação constitucional*. Vale dizer, da redação originária do art. 114 c/c inciso I do artigo 109 da Lei Maior, esta colenda Corte passou a extrair um outro sentido – o da competência do Justiça trabalhista. Sentido muito diferente do que até então extraíra (competência da Justiça comum estadual). Nesse contexto de mudança, a EC n. 45/04 foi utilizada enquanto marco exclusivamente por questão de política judiciária, no intuito de preservar ações que, albergadas na jurisprudência que se acabava de reformar, tramitavam na Justiça comum estadual” (AGR RE n. 450.504-5 / MG, Rel. Min. Britto).

Logo, a Reclamação n. 4.335-AC acaba sendo o melhor caso capaz de servir de pano de fundo para se pensar a compreensão sobre o que seja a mutação constitucional e quais são os seus limites; além de demonstrar a fragilidade dessa construção. Por isso mesmo, uma reflexão histórica é essencial para sua compreensão e uma adequada teorização na contemporaneidade.

## 2. A TEORIA DA HISTÓRIA DE REINHART KOSELLECK COMO PROPOSTA DE METODOLOGIA PARA A HISTÓRIA DO DIREITO

### 2.1 A “histórica” de Koselleck e suas condições de possibilidade

Pensar o estudo da História e de suas condições de possibilidade hoje é, com certeza, uma tarefa bem diferente daquela traçada pela historiografia dos séculos XIX e XX. Costa (2010, p.17) alerta que as pesquisas históricas nesses séculos tinham por base uma exploração documental que renunciava a “grandes questões filosóficas sobre o sentido do devir histórico”, mas que se apoiavam, por outro lado, nas bases de uma filosofia social, que tinha a função de fornecer uma sensação de estabilidade e de equilíbrio ao pesquisador: ele sabia quem era, o que dele se esperava e que tipo de conhecimento ele poderia fornecer. O pesquisador entendia que seu trabalho era descrever um capítulo do que se chamava de “a grande narrativa” – concebida como um “discurso global sobre o homem e as suas relações intersubjetivas” (COSTA, 2010, p.18) – e, para tanto, se apoiava em esquemas teóricos como o Positivismo do final do século XVIII, o Neoidealismo, o Marxismo,<sup>86</sup> entre outras vertentes teóricas.

Mas, na contemporaneidade, o que se vê é uma mudança de panorama radical em favor de uma desintegração “minimalista” das “grandes narrativas”, que, agora, passam a se debruçar não mais no global, mas em microcosmos e a questionar a relação sujeito-realidade. No vácuo deixado pela diluição das “grandes narrativas”, o historiador passou a problematizar a si próprio e aprendeu a valorizar a dimensão hermenêutica presente na historiografia (COSTA, 2010, p.18-19).

Ora, a crença em um método que operava a partir da distinção sujeito-objeto, a descrição asséptica da realidade por um observador, e o uso abusivo de categorias para dar ao conhecimento um caráter adjetivável como *científico* são figuras que perdem o seu sentido no século XX, transformando o conceito de

---

<sup>86</sup> Para Costa (2010, p.18), o Marxismo representa a maior das “grandes narrativas”, superando o Positivismo após a 2ª Guerra Mundial e difundindo-se por toda a Europa. Mas, ele entra em crise na atualidade, principalmente, diante de sua incapacidade de “diagnóstico” frente a uma realidade cada vez mais complexa.

“ciência”, não apenas humana ou social, mas também físico-naturais, bem como aquilo que se chamava de “objetividade”. Dessa forma, todo saber é um saber temporal e local, sem a pretensão de “pureza” eminentemente impregnada não apenas pelo olhar do cientista como também pela sua formação cultural e profissional (CARVALHO NETTO, 1999). Esse cientista já não pode se compreender como alguém “externo” ao seu próprio objeto de estudo, mas ao inverso, ele está “dentro” daquilo que estuda e, por isso mesmo, sua observação já possui certa medida de interferência (CARVALHO NETTO, 2003).

No campo da historiografia, isso é ainda mais relevante. Se o historiador é alguém que trabalha com o estudo do passado, sua função é reorganizar esse saber histórico e colocar a realidade transcorrida na forma de uma narrativa. Logo, o historiador não tem fatos a serem observados, mas, em verdade, testemunhos, versões, que podem, inclusive, ser dotadas de conclusões e argumentos conflitivos (COSTA, 2010, p.20-21). Assim, seu trabalho não consiste em descrever fatos e acontecimentos, mas em dar *sentido*, ou seja, em interpretar.<sup>87</sup> Mas, por interpretar não se assume aqui uma postura passiva do leitor diante do texto, já que esse mesmo texto abre-se para uma constelação de possibilidades de sentidos, aniquilando qualquer pretensão de atingir uma interpretação que seja “verdadeira”. E o ato de interpretar coloca o historiador em confronto com um *puzzle* que deve ser verificado continuamente, no qual sentidos são “montados” e “desmontados” a todo o momento, em cada passo.

Sob as luzes de tais premissas, parece comprometida a pretensão de construção de uma teoria sobre o que se pode chamar de “história geral”, salvo em três aspectos que Costa (2010, p.27) considera possível:

Alcançar uma compreensão tendencialmente global da realidade do passado; b) individualizar, dentro da sociedade do passado, tipos de ações, níveis de realidade, mais relevantes que outras com respeito ao funcionamento global da sociedade mesma; c) estabelecer, por consequência, internamente à historiografia, alguma hierarquia “epistemológica” entre cada um dos setores de pesquisa (COSTA, 2010, p.27).

---

<sup>87</sup> A tradição hermenêutica desde Schleiermacher já indicava a existência de um nexos entre interpretação e historiografia, como lembra Costa (2010, p.21).

Assim, a “história geral” assume a tarefa de reconstruir os elementos históricos essenciais à sociedade, montando um quadro global do passado e deixando para as “histórias particulares” a tarefa de verticalização do saber particular e secundário. E agora, mais relativo passa a ser o valor das fontes históricas, pois nenhum texto poderá receber o *status* de fonte privilegiada sobre outra. E lembra Costa (2010, p.28):

Um texto vale por aquilo que diz em relação à pergunta e ao processo de atribuição de sentido do intérprete: a história do arado não explica mais, ou menos, que a história da metafísica ocidental e a história das receitas de cozinha não é uma história necessariamente “menor” (mas nem “maior”) que as histórias das batalhas (COSTA, 2010, p.28).

É, portanto, perfeitamente natural que um mesmo texto sirva de objeto de pesquisa para “historiografias particulares”, levantando questionamentos sobre quais os critérios que devem, então, ser utilizados para validamente se erguer tapumes e marcos divisórios entre uma e outra disciplina histórica. E aqui surge o problema de identificar as características que dotam de especialidade aquilo que se pretende chamar de historiografia jurídica, ou simplesmente, de história do direito.

Para Costa (2010, p.29), um ponto de partida é a figura de Savigny (2001), que “criou” um idioma próprio do historiador do Direito. Um ponto especial é que Savigny (2001) tratou de identificar que a experiência jurídica não era representada pela existência de textos legislativos ou jurisprudenciais, nem ao menos pela representação de costumes. Ao invés disso, a experiência jurídica recaía sobre o jurista como produtor de um saber jurídico, que se utilizava dos outros elementos (fontes), tornando-os inteligíveis. Outro grande elemento do pensamento de Savigny (2001), destaca Costa (2010, p.29), é a identificação e a busca por continuidade de uma *tradição*. Mantendo a linha de pensamento de Hobsbawn (2006, p.09), é possível afirmar que, na leitura de Costa (2010, p.29-30), mesmo em Savigny (2001), a tradição é uma *invenção*, uma artificialidade, e não um simples registro; ela é criada para reforçar uma ideia de unidade do sistema jurídico.<sup>88</sup> Sendo assim,

---

<sup>88</sup> Não se pode perder de vista que Costa (2010, p.29-30) adverte que os propósitos de Savigny (2001) são antes proceder a uma história contemporânea do direito quando se utiliza do direito romano, pois o que ele pretende é um uso prático (retórico) do argumento histórico, de modo que sua descrição histórica nunca é uma mera descrição, mas uma argumentação acerca de qual é a interpretação correta de um instituto jurídico. Para tanto, Costa (2010, p.29-30) entende que Savigny

Savigny (2001) emprega ao historiador do direito a função de desenvolver uma construção que harmonize tanto a história quanto a teoria jurídica.<sup>89</sup> A dogmática, então, serve a esse trabalho de “atualização” do direito romano, mas também de criação e de manutenção da tradição. Assim, a história do direito, com Savigny (2001), surge a partir de uma tensão:<sup>90</sup> de um lado, o dogma, de outro, a história.<sup>91</sup>

Costa (2010, p.31-32) entende que, em Betti (1995, p.231), então, parece surgir uma proposta de solução: a partir do pensamento positivista, a história era reduzida ao primado dos fatos sociais (como figuras autônomas e fundantes) e o direito era compreendido, por sua vez, como mera forma. Todavia, Costa (2010, p.32) identifica aqui um problema:

Se o objeto da historiografia é o direito do passado, se um qualquer setor da experiência não é compreensível sem o uso dos instrumentos conceituais correspondentes, não haverá história do direito, não será possível uma compreensão histórico-jurídica do direito do passado sem o uso, por parte do historiador, do saber jurídico elaborado em seu presente; a dogmática hodierna, portanto, não é um obstáculo à compreensão jurídica do passado; não é nem ao menos qualquer coisa que o historiador do direito possa livremente colocar de lado; a dogmática hodierna é a condição mesma da análise histórico-jurídica, o instrumento que torna visível uma qualquer experiência jurídica do passado (COSTA, 2010, p.32).

A lógica de Betti (1995) e de sua hermenêutica, é claro, é totalmente distinta do pensamento hermenêutico desenvolvido em Heidegger e em Gadamer (STRECK, 2011b, p.272). Em determinado aspecto, inclusive, como se verá mais a

(2001) assumirá o risco do anacronismo, já que sua preocupação é mobilizar argumentos históricos como forma de legitimação de argumentos jurídicos e, assim, construir a sua dogmática jurídica.

<sup>89</sup> Costa (2010, p.30) exemplifica seu raciocínio com o seguinte exemplo: “Pense-se no caso emblemático da relação da cultura jurídica oitocentista com o direito romano. Ela se desenvolve em suas direções que, ainda que terminando por se oporem reciprocamente, partem as duas, idealmente, de Savigny: de um lado a pandectística, que continua a ver o direito romano como um direito atual, que constrói, através do direito romano, um articulado sistema de conceitos; do outro lado, a crítica interpolação, que tenta aproximar-se ao direito romano em termos puramente ‘históricos’, ainda que terminando por coexistir por longo tempo com um uso sempre ‘atualizante’ do direito romano”.

<sup>90</sup> “[...] escolher decisivamente o lado da ‘história’ parecia, para o historiador do direito, comprometer a relação com o saber jurídico; e vice-versa, escolher este último parecia tolher toda a credibilidade historiográfica às suas investigações” (COSTA, 2010, p.31).

<sup>91</sup> “O curioso no pensamento de Savigny é que, ao invés de um direito espontâneo, verificado naturalmente nas ações sociais, o que vale, ao final, é o que a doutrina científica elabora. E será, assim, justamente, que o pensamento conceitual elaborado pelos professores, nas universidades, provocará o surgimento de um novo racionalismo ou intelectualismo jurídico tão anti-histórico como o direito natural, mas que se move em plano diferente, qual seja, o da lógica e da dogmática jurídica” (CAMARGO, 2003, p.81).

frente ao se reconstruir o pensamento de Gadamer, Betti (1995, p.339) parece vir em uma rota de colisão: o pensador italiano realmente acredita que a sua hermenêutica seja capaz de fornecer uma resposta objetiva para as ciências do espírito e, assim, o intérprete, em um “diálogo amigável com o passado”, é capaz de realizar um encontro perfeito, por meio da interpretação, com o que o texto “realmente” significa (COSTA, 2010, p.32). Como reflexo disso, a dogmática hodierna passa a funcionar como um “instrumento de inteligência do direito passado”; ou, dito de outra forma, “a dogmática jurídica é o ‘nome’ melhor para ‘coisa’ jurídica do passado” (COSTA, 2010, p.33).

A dogmática, portanto, torna possível o diálogo entre o momento atual (presente) e o passado; e, ainda, faz contínua a ideia de tradição. Ora, assim, o que parece ser a inovação de Betti (1995) é apenas um retorno a Savigny (2001), como observa Costa (2010, p.33). O mais importante é que tal quadro vai ter uma função pragmática essencial: o de permitir à história do direito assumir uma dignidade própria e deixar de ser “o patinho feio da faculdade de direito”, habilitando-se para dialogar em condições de igualdade com as demais disciplinas jurídicas (COSTA, 2010, p.33-34).

Assim, a proposta bettiana da relação entre dogma e história nada mais é que uma versão sofisticada da versão anterior de Savigny (2001), mas resolve o problema a que se propôs:

Ela tendia a resolver a especificidade da história do direito dando importância central ao elemento jurídico: a história não sai, nesta perspectiva, do círculo mágico do direito. Na unidade e na continuidade da tradição, no perfeito espelhar-se do ordenamento no saber, a experiência jurídica se perfiliava como uma zona perfeitamente concluída e definida que o historiador contemplava através do filtro obrigatório da “dogmática” de seu presente (COSTA, 2010, p.34).

Logo, a história do direito se ocupava do que chamava por “direito” e o atribuía o papel de referente “real” da sua própria operação, e, com isso, cai em uma tautologia. Mas, aos olhos da hermenêutica contemporânea, tudo isso parece ficar sem sentido. Ora, sabe-se que o historiador do direito não é capaz de se colocar frente ao direito, entendendo este como se fosse uma coisa que faz sentido em si mesma, que pode ser analisada e, em um segundo momento, inserida em um contexto maior. Ao invés disso, o historiador do direito se depara com textos, do mesmo modo que todo historiador: “o problema comum, ao historiador do direito

como a qualquer outro historiador, é compreender que coisa diz o texto e como o texto diz aquilo que diz” (COSTA, 2010, p.35). Por isso mesmo, a “juridicidade” não está no texto como se fosse sua estrutura, mas antes, ela deve ser percebida pelo historiador, que nesse momento decide se o texto refere-se à sua esfera de competência ou à esfera de competência de outro colega historiador. Por isso,

[o] intérprete atribui um significado ao texto e nos conta o texto, constrói uma narrativa através do texto e sobre o texto; esta narrativa tem uma coerência e inteligibilidade na medida em que fala de alguma coisa, na medida em que tem um tema e coordena os próprios enunciados em torno a ele; se o tema em questão é definível como jurídico em qualquer significado que esta expressão possa assumir no nosso hodierno léxico teórico, a narrativa pode dizer-se uma narrativa histórico-jurídica (COSTA, 2010, p.35).

Como consequência, a natureza de juridicidade não está no texto, não é uma característica intrínseca, mas antes, refere-se a um elemento presente na cultura do intérprete. E mais, a juridicidade presente no texto não precisa estar em sua totalidade, basta um caráter esparso, basta o uso da linguagem e dos conceitos jurídicos para que aquele texto possa ser tomado como um texto jurídico (COSTA, 2010, p.35). Logo, para Costa (2010, p.36),

a história do direito não é o espelho de uma experiência já definida e em si mesma fechada, mas simplesmente um contraponto linguístico capaz de contrapor todas aquelas narrativas historiográficas (diversas entre si, ainda que incompatíveis) que se organizam em torno de algum *standard* de juridicidade, mesmo que compreendida (COSTA, 2010, p.36).

Por isso mesmo, o *Corpus Juris Civilis* pode ser tomado como um exemplo de texto jurídico. Mas não se pode chegar a tal conclusão apenas partindo do texto em si; ao invés disso, pode-se dizer que é a *tradição* que irá tornar para o intérprete essa ideia clara. Mesmo tendo sido escrito há vários séculos – o que deveria representar um obstáculo para sua compreensão – a tradição o faz próximo e familiar ao seu leitor jurídico, já que o leitor compartilha de pressuposições (preconceitos) culturais que atuam como filtros culturais e permitem que o leitor identifique o texto como um texto jurídico (COSTA, 2010, p.45).<sup>92</sup> Com isso, a

---

<sup>92</sup> Segundo Oliveira (2011, p.52), essa tradição tem início com os estudos da universidade de Bolonha, que preferiu estudar o direito de uma civilização não mais existente há quatro séculos, ao direito vigente naquele tempo na Europa.



tradição fixa o intérprete dentro de determinado horizonte, funcionando como uma ponte entre o passado e o presente. E mais, ela articula um modelo prescritivo, determinando que textos jurídicos ela considera como tais. No entanto, a tradição não é o único filtro à disposição do intérprete, de modo que ele pode recorrer a outros olhares ou metalinguagens. Fato é que, para Costa (2010), o que não é dado ao intérprete é operar para fora de uma dessas metalinguagens, tendo em vista que ele tem poder de escolha, sempre escolhendo entre uma ou outra, mas nunca por nenhuma (COSTA, 2010, p.46-47).

O trabalho do historiador, então, é um trabalho de tradução, e, por isso mesmo, um trabalho ativo; ele traz para o presente, resgatando do passado, uma narrativa determinada. Desse modo, ele precisa sempre ter consciência dessa alteridade e saber balizar os limites do seu próprio horizonte e o horizonte do texto sobre o qual trabalha. A hermenêutica, aqui, seria essa “ponte” entre esses dois mundos (COSTA, 2010, p.47-48).

Para Costa (2010, p.50), um historiador importante é Koselleck, que desenvolveu sua teoria a partir de um importante diálogo com a hermenêutica de Gadamer. Mas Costa (2010, p.50) destaca algumas distinções importantes:

Gadamer considera a atitude hermenêutica um componente essencial da existência humana, desconfia da metodologia historiográfica e enfatiza a “fusão de horizontes”, a conexão íntima entre o presente e o passado dentro de uma tradição viva e unitária, mais que sua (virtual) distinção ou tensão. Koselleck foca, pelo contrário, nos aspectos da compreensão histórica e considera a relação dialética (a tensão essencial) entre o presente e o passado como o real pressuposto da historiografia (COSTA, 2010, p.50).

Koselleck, assim, preocupa-se, principalmente, com o desenvolvimento histórico de conceitos políticos, geralmente dividindo-os em *eras* e *sociedades*. Assim, sua história dos conceitos busca estabelecer um relacionamento entre as práticas e as instituições políticas e sociais dentro de um dado contexto (COSTA, 2010, p.50-51). Explicando melhor, tem-se que:

a atenção de Koselleck ao relacionamento entre discursos e práticas está diretamente conectada com a sua intenção de fornecer uma compreensão estritamente histórica dos conceitos políticos. Os conceitos políticos encontram seu húmus em um contexto específico, e o contexto em que tais conceitos devem ser situados, segundo Koselleck, é não apenas a textura discursiva de uma situação histórica, seu “discurso público” ou debate, mas a realidade histórica como um todo: a ideia de Koselleck de “contexto” traz à mente a ideia de um “contexto situacional” [...], no qual não apenas palavras

e discursos, mas até mesmo práticas não formuladas verbalmente, ações e comportamentos estão incluídos (COSTA, 2010, p.51).

Essa forma de abordagem amplia consideravelmente aquilo que se pode chamar de textos jurídicos, e mais, ela mostra que a história não pode ser concebida como uma estrutura linear dotada de “ideias eternas”; por isso mesmo, na condição do historiador, deve-se aceitar que a história só faz sentido se aceitarmos o desafio da “alteridade” do passado (COSTA, 2010, p.52-53) e sua tensão com o presente.

O ponto de partida da historiografia koselleckiana é o pensar sobre o que seja o chamado “tempo histórico”. Como lembra Pereira (2004, p.40), deve-se ter em mente que a ciência histórica não apresenta um objeto próprio e específico de investigação, antes disso, o que marca a sua abordagem é a metodologia empregada pelo pesquisador. Como já esclarecido, aqui, não se trata de realizar um estudo do tempo-calendário, marcado por cálculo físico-astronômico, mas em perceber a sua dimensão humana, ou seja, as suas experiências e percepções sobre os homens. De posse disso, é possível identificar, com Koselleck, a existência de “*extratos de tempo*”<sup>93</sup> que sobrepõem-se, acontecendo em simultaneidade, o que denota que tempo histórico não é percebido de modo singular e individual, mas plural, estando vinculado a unidades políticas e sociais da ação humana (PALTI, 2001, p. 13-14; PEREIRA, 2004, p.40). Isso porque o historiador tem dois modos de ter acesso ao conhecimento passado: (a) investigando situações que podem e foram articuladas de uma maneira linguística, o que lhe permite uma análise das fontes históricas; ou (b) reconstruindo o que não foi articulado pela linguagem, mas que, por vestígios históricos, podem ser levantados e sustentados na forma de hipóteses e métodos (KOSELLECK, 1993, p.333-334; ARAÚJO PINTO, 2002, p.142). Para realizar essa última opção, o historiador deve fazer uso de categorias científicas que sejam capazes de transcender o tempo histórico – que sejam, portanto, *transhistóricas*.

---

<sup>93</sup> “He de advertir que, como historiador, no soy capaz de realizar afirmaciones fundamentadas física o biológicamente. Me muevo más bien en el ámbito de las metáforas: los «*estratos del tiempo*» remiten a formaciones geológicas que alcanzan distintas dimensiones y profundidades, y que se han modificado y diferenciado en el curso de la llamada historia geológica con distintas velocidades. Utilizamos, por tanto, una metáfora que únicamente tiene sentido a partir del siglo XVIII, una vez que la vieja historia naturalis fue temporalizada y, de este modo, historicada. Remitir a la historia humana, política y social, y a la estructura histórica permite separar analíticamente diferentes niveles temporales en los que se mueven las personas, se desarrollen los acontecimientos o se averiguan sus presupuestos de larga duración” (KOSELLECK, 2001, p.35, grifos no original).

Assim, mesmo Koselleck identifica em Heidegger (2006) o ponto de partida de uma teoria sobre o tempo histórico consciente de suas complexidades, isto é, preocupada com a finitude e a temporalização da experiência humana no mundo. É o *Dasein* heideggeriano, como marco dessa condição, que assinala a ideia de experiência histórica de Koselleck (1997), preservando sua estrutura ontológica.<sup>94</sup> Com isso, a experiência histórica se dá sempre a partir de um *horizonte de sentido*.

Mas se, de fato, tal conclusão é correta, ela traz como consequência um desdobramento fundamental: como é possível falar em uma historiografia produtora de conhecimentos *objetivos*? Para solucionar tal problema, Koselleck (2004, p. 106; 1997, p.70); ofertará a proposta de uma Histórica (*Historik*),<sup>95</sup> entendida como uma metateoria da historiografia, que analisa e explica as suas próprias condições de possibilidade de existência (GÓMEZ RAMOS, 2004, p.21-22; CHIGNOLA, 2007, p.12; ONCINA COVES, 2003, p.17). Contudo, para isso, Koselleck (1997) identificará que o *Dasein* de Heidegger oferece apenas um ponto de partida, sendo possível identificar e teorizar, a partir dele, outras categorias para uma antropologia fundamental (KOSELLECK, 1997, p.72; CATTONI DE OLIVEIRA, 2011 p.70). Essas categorias são organizadas a partir de pares antitéticos. O primeiro deles, portanto, se dá a partir do par “antecipar a morte” e “poder matar”<sup>96</sup> (KOSELLECK, 1997, p.74). Pereira (2004, p.42) esclarece que “a possibilidade de causar a morte física

<sup>94</sup> “Heidegger ofreció en *Ser y tiempo un escorzo de ontología fundamental, que aspiraba entre otras cosas a derivar, diría que casi necesariamente, la condición de posibilidad de una Historie así como la condición de posibilidad de una Geschichte a partir del análisis existencial (Existentialanalyse) del Dasein finito. Tensada entre nacimiento y muerte, la estructura fundamental del Dasein humano es su maduración: brota de la experiencia insuperable de aquella finitud que puede ser experimentada sólo en el precursar la muerte (im Vorlauf zum Tode). Como dijo Inocencio III: «Morimos mientras vivimos y sólo cuando dejamos de morir, dejamos de vivir»*” (KOSELLECK, 1997, p.70-71).

<sup>95</sup> “La Histórica es más bien la doctrina de las condiciones de posibilidad de historias (*Geschichten*). Inquieta aquellas pretensiones, fundadas teóricamente, que deben hacer inteligible por qué acontecen historias, cómo pueden cumplimentarse y asimismo cómo y por qué se las debe estudiar, representar o narrar” (KOSELLECK, 1997, p.70). Chignola (2007, p.13) acrescenta ainda que: “La palabra *Historik* está elegida con cuidado. Tanto en su versión griega (*historiké*) como en su versión latina (*historice*), que sirven de matriz al término alemán, alude tanto al *ars historica* como a la teoría de la historia y a la historia entendida como historiografía o como ciencia histórica. En los siglos XVI y XVII el término *Historik* fue empleado en unas obras que fundan una especie de género literario que discute sobre la historiografía, sus estilos y su utilidad, en relación con la poética y la retórica, unas disciplinas que para los antiguos tienen mucho que ver con la historia”.

<sup>96</sup> “En la dicción de Heidegger cabe aseverar de manera fundada que el «poder matarse» (*Sichumbringenkönnen*) mutuamente es tan originario como el «precursar la muerte», mientras se trate del *Dasein* como un *Dasein* histórico. Por eso el mantenimiento y la preservación de la paz o su restablecimiento tras una guerra constituyen también una conquista histórica” (KOSELLECK, 1997, p.74).

de outrem é vista por Koselleck como um fenômeno tão fundamental e constante quanto a morte. Sem ele, não existiriam as histórias que todos conhecemos”.

Outro par identificado por Koselleck (1997, p.75), e explicitamente também por Schmitt (2001, p.177-186),<sup>97</sup> é o par “amigo” e “inimigo”. Aqui, é preciso lembrar que os termos estão sendo tomados como categorias formais, sem recurso a perspectivas ideológicas.<sup>98</sup> Há ainda outros pares antitéticos que são assumidos como categorias existenciárias, como:

*“interior e exterior”, que constituem aspecto espacial da história, e, ligado a este, “secreto e público”, que serviu de ponto de partida para uma das principais teses apresentadas no livro Crítica e Crise, uma contribuição à patogênese do mundo burguês, sua tese de doutorado (PEREIRA, 2004:43).*

A noção de *generatividades* é também importante, por estar ligada a relação entre as gerações.<sup>99</sup>

---

<sup>97</sup> *“El significado de la distinción de amigo y enemigo es el de indicar el extremo grado de intensidad de una unión o de una separación, de una asociación o de una disociación; ella puede subsistir teórica y prácticamente sin que al mismo tiempo, deban ser empleadas todas las demás distinciones morales, estéticas, económicas o de otro tipo. No hay necesidad de que el enemigo político sea moralmente malo, o estéticamente feo; no debe necesariamente presentarse como competidor económico y tal puede también parecer ventajoso concluir negocios con él. El enemigo es simplemente el otro, el extranjero (der Fremde) y basta a su esencia que sea existencialmente, en un sentido en particular intensivo, algo otro o extranjero, de modo que en el caso extremo sean posibles con él conflictos que no puedan ser decididos ni a través de un sistema de normas preestablecidas ni mediante la intervención de un tercero ‘descomprometido’ u por eso ‘imparcial’” (SCHMITT, 2001, p.177).*

<sup>98</sup> *“Assim como o ‘poder matar’, trata-se de categorias formais que não podem ser criticadas ou negadas por argumentos ideológicos. As idéias pacifistas ou a defesa do amor ao inimigo não são suficientes para invalidar sua universalidade; ao contrário essas idéias supõem sua existência” (PEREIRA, 2004, p.44).*

<sup>99</sup> *“A noção heideggeriana de ‘estar lançado’, que Koselleck vê como nascimento, deve ser completada pela noção de ‘generatividades’, que diz respeito à relação entre as gerações. A história é repleta de conflitos deste tipo, como por exemplo, as revoltas estudantis da década de 70 que foram, entre outras coisas, um choque de gerações” (PEREIRA, 2004, p.43). Explica ainda o próprio autor: “En la generatividad está contenida aquella finitud perteneciente a los presupuestos temporales para expeler siempre nuevas historias posibles. La sucesión inevitable de generaciones, en su reengendradora superposición fáctica y temporal, lleva siempre a nuevas exclusiones, a determinaciones diacrónicas de lo interno y lo externo, al antes o al después respecto a las unidades de experiencia específicas de cada generación. Sin estas exclusiones ninguna historia es pensable. Los cambios y choques generacionales son constitutivos por antonomasia del horizonte temporal finito, por cuyo respectivo desplazamiento y solapamiento generativo acontecen las historias. Las experiencias son específicas de cada generación y, por tanto, no son transmisibles inmediatamente” (KOSELLECK, 1997, p.82).*

Identificando as relações que se estabelecem a partir de critérios hierárquicos sobre a forma de organização política, Koselleck propõe o par “senhorio/servidão” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2011,76-77).<sup>100</sup>

Por fim, Koselleck fala em um par que irá referir-se à dimensão da *temporalidade*,<sup>101</sup> que se daria a partir da relação que se pode estabelecer entre “espaço de experiência” e “horizonte de expectativas”. Essas categorias conduzem as condições de pensar uma história possível, e não do pensar “das histórias” em particular.<sup>102</sup> Diferentemente das outras categorias apresentadas, as categorias da experiência e da expectativa reclamam um grau mais elevado de generalidade;<sup>103</sup> os demais conceitos são permeados de uma alta dose de realidade e excluem-se mutuamente, o que não acontece aqui, já que o intercruzamento é a marca – não se pode pensar uma sem a outra (KOSELLECK, 1993, p.335-336).

---

<sup>100</sup> “Desde el punto de vista formal, se trata, por consiguiente, de relaciones [jerárquicas] de arriba abajo. También ellas pertenecen a las determinaciones de la finitud, sin las cuales, apesar de todos los adelantos técnicos de la autoorganización política, no son posibles historias. Una de estas características es la desnuda relación de poder (Machtverhältnis) de los fuertes frente a los débiles. El diálogo de los melios de Tucídides ha sido sin duda repetido en Moscú, cuando Dubcek buscaba salvar la libertad de Praga. En el diálogo entre atenienses y melios<sup>16</sup> y en el diálogo entre Moscú y Praga, se puede mostrar empíricamente quién estaba arriba y quién abajo. La situación nada varía, pues entran en juego siempre nuevas dependencias, siquiera sea para llegar a dominar las condiciones finitas de historias posibles. Despotismo o tiranía, como formas manifiestas de injusticia, son sólo casos extremos que llaman la atención sobre peligros posibles, pero no necesarios, mientras las relaciones de dependencia permitan al mismo tiempo un cambio o inversión por parte de la autoridad, los usos y costumbres o la tradición, o por acuerdo y ley. Toda revolución que ha alterado las relaciones de fuerza (Gewaltverhältnisse) de modo violento acaba estableciendo nuevas relaciones de fuerza. La legitimación será tal vez nueva, otras serán las relaciones jurídicas, quizás incluso mejores, pero nunca se ha cambiado nada en la relación arriba-abajo reinstaurando formas de dependencia organizadas de nuevo y reguladas legalmente. Hasta un acuerdo entre iguales recurre a la fuerza política para estabilizar las relaciones” (KOSELLECK, 1997, p.83-84).

<sup>101</sup> “Así pues, toda la fundación antropológica de la Historik de Koselleck parece marcada por la temporalización de la historia. Y en particular por esa forma específica de temporalización que se determina como desnaturalización de la experiencia del tiempo y como apertura de horizontes de expectativa, como aceleración drástica e intensificación de la posibilidad del futuro y como necesidad de una representación completa del proceso que intenta superar el presente y denuncia su aleatoriedad y contingencia” (CHIGNOLA, 2007, p.30).

<sup>102</sup> “[...] no existe ninguna historia que no haya sido constituida mediante las experiencias y esperanzas de personas que actúan o sufren. Pero con esto aún no se ha dicho nada acerca de una historia pasada, presente o futura, y, en cada caso, concreta” (KOSELLECK, 1993, p.335).

<sup>103</sup> “‘Senhor’ e ‘escravo’ ou ‘forças produtivas’ e ‘relações de produção’, para citar algumas, são categorias, que, embora com alto grau de generalidade, remetem ou já remeteram a realidades históricas, isto é, já foram conceitos políticos, econômicos ou sociais provenientes do ‘mundo da vida pré-científico’. ‘Espaço de experiência’ e ‘horizontes de expectativas’, por sua vez, seriam muito mais formais, assim como os conceitos de espaço e tempo. Seu alto grau de formalidade ou sua pouca concretude em comparação com outras categoriais ‘mais cheias de vida’ não significa que sejam menos importantes” (PEREIRA, 2004, p.45)

Por *experiência*, Koselleck (1993, p.338) designa um “passado presente” que incorpora e permite que acontecimentos possam ser recordados. Essa experiência não é apenas racional, mas traz em si modos inconscientes de comportamento que não deveriam estar ainda presentes nessa forma de saber. Além disso, sua transmissão faz com que ela se aliene, tornando-se uma experiência alheia.

Já a *expectativa*, traz o hoje ou um futuro presente como traço fundamental; se volta àquilo que ainda não foi objeto da experiência, ao que ainda deve ser descoberto. Inclui a esperança/temor, desejo/vontade, inquietação/análise racional, visão receptiva/curiosidade (KOSELLECK, 1993, p.338).

Por isso, essas categorias denotam a existência de uma relação interna entre passado, futuro e presente.<sup>104</sup> E é aí que reside a tese de Koselleck: experiência e expectativa são categorias que, com sucesso, tematizam o tempo histórico ao entrecruzarem passado e futuro. Elas não existem separadamente,<sup>105</sup> e é na tensão entre ambas que, para Koselleck, se desenvolve o “tempo histórico”.

Mas, para melhor compreender essas categorias, o autor parte de dois passos: 1) esboçar a dimensão *meta-histórica* e, com isso, demonstrar como a experiência e a expectativa – como dados antropológicos prévios – são condições da história possível; e 2) mostrar historicamente como a coordenação entre experiência e expectativa se move e se modifica no transcurso de história.

Segundo Koselleck (1993, p.339-340), a experiência que vem do passado não é mensurável cronologicamente, trazendo em si vários extratos de tempo anteriores e, por isso, não traz em si uma ideia de adição de momentos ou de acontecimentos. Já o horizonte, marca a finitude do espaço de experiência, visto que se assume como uma linha detrás da qual o futuro se abre, trazendo consigo um novo espaço de experiência que não pode ser contemplado.

Sob essa luz, pode-se dizer que o que se espera do futuro estará limitado pelo que se sabe do passado.<sup>106</sup> Mas, quem crê que seja possível deduzir sua

---

<sup>104</sup> Para Koselleck (2004, p.27), o conceito de história é essencialmente moderno, trata-se de um *coletivo singular*, isto é, conceito que torna comum o somatório de histórias individuais.

<sup>105</sup> “Não há experiências sem expectativas, conhecimento, recordação ou vivência do passado que não seja informada por uma visão de futuro e vice-versa. As ‘expectativas’, por sua vez, não podem ser inteiramente deduzidas da ‘experiência’, mas também não podem existir de forma completamente independente” (PEREIRA, 2004, p.45-46).

<sup>106</sup> “De las experiencias se puede esperar hoy que se repitan y confirmen en el futuro. Pero una expectativa no se puede experimentar hoy ya del mismo modo. Por supuesto, la impaciencia por el

expectativa totalmente a partir das suas experiências passadas está equivocado; por outro lado, aquele que não toma como base de suas expectativas suas próprias experiências, também cai em erro. Uma categoria não pode ser convertida na outra sem que se faça a presença de um hiato. Isso se explica no fato de que o futuro histórico não deriva por completo do passado histórico. As experiências são sobrepostas umas às outras com o transcurso do tempo modificando-as mutuamente. Nesse ponto, as experiências só podem ser reunidas por meio de uma expectativa retroativa que as amarra e as organiza. De outro lado, a estrutura temporal da expectativa é dependente de uma experiência. Uma expectativa que a partir de uma experiência se concretiza não traz nada de surpresa; mas, quando os acontecimentos não saem como se esperava, tem-se o surgimento de uma nova experiência (KOSELLECK, 1993, p.341). Em síntese: a tensão que se estabelece entre experiência e expectativa é o que provoca, de modo cada vez diferente, novas soluções e, com isso, empurra, a partir de si mesma, o tempo histórico.

Com esse raciocínio, Koselleck (2002, p.160; 1993, p.342) atinge o centro de sua tese: na Modernidade, se assiste a um progressivo aumento da diferença entre experiência e expectativa, de modo que as expectativas vão se distanciando cada vez mais das experiências.<sup>107</sup>

A ideia de *progreso* veio ocupar o lugar do *profectus* medieval, controlado pelas referências bíblicas capazes de gerar um horizonte de expectativas transcendental ou extramundano. Assim, a perfeição que somente poderia ser alcançada no além, passou a servir para melhorar a existência terrena, temporalizando a perfeição e abrindo-se para a ideia de que a história é um

---

*futuro, esperanzada o angustiosa, previsora o planificadora, se puede reflejar en la conciencia. Hasta ahí se puede llegar a experimentar también la expectativa, pero las circunstancias, situaciones o consecuencias de las acciones que pretendía la expectativa, ésas no son contenidos de la experiencia. Lo que caracteriza a la experiencias es que ya elaborado acontecimientos pasados, que puede tenerlos presentes, que está saturada de realidad, que vincula a su propio comportamiento las posibilidades cumplidas o erradas”* (KOSELLECK, 1993, p.340).

<sup>107</sup> Koselleck (1993:343-344) parte de um exemplo para tornar a idéia mais clara: a Europa pré-Moderna abrigava mais de 80% da sua população nos espaços campestres, nos quais o sucesso ou fracasso econômico dependia de fatores naturais – o sol, a chuva, o clima, etc. As inovações na técnica eram lentas, de modo que não quebravam a normalidade da vida agrária. Os conhecimentos aprendidos eram transmitidos de geração a geração. As guerras apareciam como acontecimentos marcados pelos desígnios divinos. Assim, as expectativas que se nutriam provinham essencialmente das experiências dos antepassados. Mas no cenário político, mudanças começaram a acontecer, revoluções no espaço de uma geração a partir do Renascimento e da Reforma, marcaram um quadro no qual cada vez mais se rompiam os laços que uniam o espaço de experiências do horizonte de expectativas.

processo de aperfeiçoamento contínuo e crescente, que, mesmo com tropeços, deveria ser planejado e executado pelos homens. Com isso, o horizonte de expectativa passou a trazer em si um coeficiente de modificações sócio-políticas que progride com o tempo; além de funcionar como um elemento de legitimação do poder político (KOSELLECK, 1993, p.345-346). Mas a noção de progresso também trouxe modificações ao espaço de experiência, que passou a se modificar progressivamente. Essa noção somente veio a ser cunhada aos fins do século XVIII, quando somada às abundantes experiências dos três séculos anteriores. Nisso, o progresso passou a conter um coeficiente temporal diferente para as experiências e as expectativas. Em compassos distintos, o espaço de experiência e o horizonte de expectativas passam a se distanciar. As expectativas que rumavam para o futuro eram separadas das experiências oferecidas por um passado. Ao mesmo tempo, as experiências adquiridas com as colonizações, o desenvolvimento científico e técnico, não eram suficientes para gerar novas expectativas (KOSELLECK, 1993, p.346-347).

Assumiu-se como regra a ideia de que o futuro não seria uma mera repetição do passado, mas um melhoramento. E mais: as transformações sócio-políticas e as mudanças técnico-científicas agregam outra percepção, a *aceleração*; aqui, o ritmo do mundo da vida passa por uma inovação, de modo que o tempo histórico desgarrar-se mais ainda do tempo-calendário. Dessa forma, não só se assiste a um progresso que modifica a sociedade, mas que o faz cada vez mais rapidamente, caracterizando o horizonte de expectativas que já estava esboçado no Iluminismo tardio (KOSELLECK, 1993, p.350-351). Com isso, Koselleck afirma que a Modernidade se caracteriza por um momento histórico no qual a expectativa de distancia cada vez mais da experiência pretéritas (MARRAMAIO, 1995, p.118).

Com sua proposta teórica, Koselleck (1993) apresenta uma nova forma de pensar a historiografia, ancorada em uma dimensão de um estudo objetivo do passado. Assim, acaba por desenvolver um método histórico, com implicações críticas. À luz desse raciocínio, o autor pôde demonstrar como a classificação dos conceitos sociais e políticos, segundo as categorias da experiência e da expectativa, podem oferecer uma chave interpretativa capaz de mostrar como o tempo histórico sofre sua modificação. Essa proposta teórica abre as portas para pensar outra forma de metodologia para o estudo da história, que Koselleck (1993) chamará de “história dos conceitos”, a ser explicada na sequência.



## 2.2 O sentido de uma “história dos conceitos” e uma história da mutação constitucional

Além do projeto de uma História, Koselleck foi responsável por desenvolver outra metodologia para a história social:<sup>108</sup> a “história dos conceitos”.<sup>109</sup> Pereira (2004, p.46) explica, a partir do seguinte raciocínio, que a proposta koselleckiana é desenvolver

uma semântica dos conceitos históricos que busque a constituição lingüística de experiências do tempo na realidade passada. A ciência histórica deve se referir ao problema da experiência histórica, com suas diferentes “ontologias sociais do tempo”, que indicam e informam “tensões existências” relativas à finitude humana. Atendendo para estes elementos existenciais, a história pode chegar a entender os conflitos políticos e sociais que caracterizam os diversos períodos históricos (PEREIRA, 2004, p.46).

O seu propósito, portanto, é promover um estudo sobre o uso e o sentido dos conceitos sociopolíticos<sup>110</sup> e, assim, indicar processos e transformações que uma análise ordinária da história social poderia acabar por ocultar (KOSELLECK, 1993, p.118). Mas um alerta: conceito não é aqui tomado como sinônimo de palavra, pois não é toda palavra que pode encerrar um conceito e, assim, ter uma história (KOSELLECK, 1992, p.134). O contexto é o elemento fundamental para a temporalidade do conceito (KOSELLECK, 1992, p.136-137), que com isso, se liberta da palavra. O conceito, dessa forma, deve ser capaz de condensar uma experiência histórica, articulando redes semânticas (PALTÍ, 2001, p.15), que é uma maneira de

<sup>108</sup> “[...] la historia social investiga las formaciones sociales o formas de organización constitucional, las relaciones entre grupos, capas, clases, cuestiona las relaciones de los sucesos apuntando a estructuras a medio o largo plazo y a su transformación, o aporta teoremas económicos, en virtud de los cuales se indagan acontecimientos individuales o resultados de la acción política” (KOSELLECK, 1993, p.105-106).

<sup>109</sup> “Podemos mesmo dizer que a ‘historia conceitual’ de Koselleck é, antes de tudo, uma concepção historiográfica que toma como fundamento a historicidade humana constituinte do fenômeno lingüístico. Em outras palavras o que constitui o tempo histórico são as concepções sociais sobre sua temporalidade e, particularmente, sobre seu futuro. A temática historiográfica, não é propriamente o passado, mas o futuro; não o fato, mas a possibilidade; mais precisamente, as possibilidades e projetos, passados – o futuro passado” (PEREIRA, 2004, p.43-44).

<sup>110</sup> “Un concepto reúne la pluralidad de la experiencia histórica y una suma de relaciones teóricas y prácticas de relaciones objetivas en un contexto que, como tal, sólo está dado y se hace experimentable por el concepto” (KOSELLECK, 1993, p.:117).

“disciplina auxiliar” da história social (KOSELLECK, 1993, p.118; PEREIRA, 2004, p.48), uma vez que se preocupa com a convergência entre conceito e história:

Os conceitos históricos com que se depara o historiador em seu trabalho possuem um duplo caráter. Por um lado, expressam conteúdos de experiências, conjunturas, modos de pensar já sedimentados. Por outro, são projeções, visualizações de um futuro possível, projetos e prognósticos. Em outras palavras são índices de realidade e fatores de mudança social. (PEREIRA, 2004, p.49).

Com isso, tal instrumental teórico autoriza ao historiador identificar a existência tanto de mudanças quanto de continuidade nos sentidos dos conceitos, bem como indicar permanências nas estruturas da realidade social, o que contribui para uma releitura crítica do uso atual dos conceitos (PEREIRA, 2004, p.49-50). Na realidade, tal metodologia pode clarificar a diversidade de níveis – ou extratos –, de sentidos que um conceito acaba por receber em diversas épocas (KOSELLECK, 1993, p.123).

Segundo Bentivoglio (2010, p.114), o movimento a favor da história dos conceitos (*Begriffsgeschichte*) é uma forma de tentativa de superação da tradição da história das ideias – que remonta ao século XVIII, quando originariamente defendeu-se que as ideias representam um acesso privilegiado à história, sendo dotadas de existência objetiva, constitutiva da própria história. Esses conceitos, então, não requereriam qualquer forma de tradução e assumiriam uma estabilidade.

No século XX, Bentivoglio (2010, p.11) entende que o debate entre Collingwood e Lovejoy apontou para o problema da invariabilidade das ideias, como queria o último. Atualmente, o enfoque collingwoodiano se materializa nos estudos da chamada Escola de Cambridge, que tem como expoentes Skinner (2000)<sup>111</sup> e Pocock (1989; 2003).<sup>112</sup> Ambos têm como mérito a promoção de uma revisão das

---

<sup>111</sup> Jasmin (2005, p.27-28) explica que, em 1969, “Skinner endereçou uma crítica violenta contra várias tradições da história das ideias políticas, acusando-as principalmente de incorrerem no erro comum do *anacronismo*, ou seja, de imputarem a autores e obras intenções e significados que jamais tiveram, nem poderiam ter tido, em seus contextos originais de produção. O resultado básico dessas histórias criticadas seria a produção de um conjunto de *mitologias* históricas que terminavam por narrar pensamentos que ninguém pensou, portanto, não-histórias”. E prossegue: “Em geral, afirmava Skinner, as interpretações contemporâneas acerca das ideias do passado tomavam conceitos e argumentos sem a devida consideração de seus significados originais, transformando os antigos em parceiros de um debate do qual jamais poderiam ter participado” (JASMIN, 2005, p.28).

<sup>112</sup> “Nesse sentido, a variante apresentada pela perspectiva metodológica de John Pocock, no contexto da mesma escola, ganha relevância. Em primeiro lugar, porque, embora também opere

abordagens do estudo histórico que caíram no equívoco de projetar expectativas do presente em estudos dos autores do passado, distorcendo as interpretações de pensadores de outrora – a isso, Skinner (2000) denomina de *mitologias da história do pensamento*<sup>113</sup> (BENTIVOGLIO, 2010, p.116). Outra contribuição foi a de ofertar uma nova metodologia alternativa para o estudo do pensamento histórico político, utilizando a teoria dos atos de linguagem – *speech acts* –, de Austin (1971), bem como elementos da filosofia da linguagem (BENTIVOGLIO, 2010, p.116).<sup>114</sup> Bentivoglio (2010, p.116-117) explica que:

Para Skinner e para Pocock o importante é perceber como se produz o significado, seja através da coerência entre discurso, ação e entendimento provocado como quer o primeiro, seja por meio das supressões e silêncios propositais, tal como deseja o segundo. Pocock sinaliza ainda a existência de variadas linguagens políticas que podem coexistir numa mesma sociedade e que são adotadas ou não pelos grupos. Enquanto Skinner volta-se mais para Austin (1911-1960) (1990), Pocock refere-se mais à Saussure (1857-1913). À compreensão que identificava as idéias ao real, por meio da fixação de sentidos que eram portados e expressos pelos indivíduos, Skinner propõe outra mais elástica, a fim de se conhecer o vocabulário político de uma época para poder situar com maior precisão esta relação entre os textos e a ação social. Skinner procura analisar o entendimento construído pelos atos de fala a partir da definição de contextos e significados compartilhados, ou seja, mediante certas normas e convenções. Pocock, por sua vez, enfatiza a existência de várias linguagens

---

com a análise de obras e de autores, o centro de sua reflexão metodológica desloca-se para a relação entre as várias linguagens políticas que, no seu confronto sincrônico, conformam a tessitura lingüística (*langue*) na qual as diversas *performances* (*parole*) se tornam possíveis e inteligíveis. Também em Pocock, o esforço de desnaturalização da conceituação e dos horizontes teóricos contemporâneos se faz presente. Para dar um exemplo, ao chamar a atenção do leitor para a heterogeneidade dos discursos produzidos no século XVIII inglês, baseados ora nos direitos, ora nas virtudes ou nos costumes (*manners*), sublinha que ali tais possibilidades devem ser apreendidas, pelo intérprete, como alternativas numa disputa que desconhece o que nós, hoje, conhecemos – os seus resultados, isto é, aquilo que, *a posteriori*, tornou-se hegemônico: o liberalismo, a linguagem dos direitos individuais e a noção de liberdade como não-obstrução” (JASMIN, 2005, p.29).

<sup>113</sup> “Um caso notório seria o da análise que o próprio Skinner faz da idéia republicana de liberdade em Maquiavel: o reconhecimento da complementaridade necessária e da convivência pacífica das dimensões positiva e negativa da liberdade na teoria política de Maquiavel poria em xeque a naturalização operada pelo pensamento liberal, desde o século XIX – leia-se aqui Benjamin Constant, Jeremy Bentham e Isaiah Berlin –, da oposição entre essas duas dimensões” (JASMIN, 2005, p.29).

<sup>114</sup> “Nesse sentido, é no mínimo curioso perceber que uma reivindicação tão erudita e historicista em relação ao fazer história, e que resulta na afirmação da impossibilidade de transposição dos conceitos antigos para o presente sem anacronismo, funciona, na outra ponta, a da teoria contemporânea, como uma espécie de carta de alforria para a imaginação que deve deixar ao passado os seus termos e partir para uma inovação conceitual adequada aos problemas ‘locais’ do tempo presente. Na frase de Skinner, ‘Demandar da história do pensamento uma solução para os nossos próprios problemas imediatos é perpetrar não só uma falácia metodológica, mas também algo como um erro moral’” (JASMIN, 2005, p.30).

políticas em meio a uma tessitura repleta de performances discursivas (BENTIVOGLIO, 2010, p.116-117).

De modo complementar, acrescenta Jasmin (2005, p.28):

A partir desse programa básico, uma sofisticada elaboração metodológica e conceitual acerca do fazer história das idéias (ou dos discursos, dos atos de fala, da linguagem política e social etc.), das noções de significado e de intenção e dos limites da historiografia do pensamento político e social, assim como uma pujante produção historiográfica com frequência identificada com o rótulo “escola de Cambridge” e com a coleção “Ideas in Context”, se desenvolveram, provocando reações diversas que constituíram um profícuo debate metodológico internacional entre historiadores, filósofos, cientistas políticos e críticos literários (JASMIN, 2005, p.28).

A proposta de Koselleck (2002), por outro lado, começa nos fins da década de 1960 e representa outra forma de resistência à tradição da história das ideias, que traz como ganhos teóricos a assimilação do problema da consciência histórica, que passa a ser articulada com o conceito de experiência e com recursos na hermenêutica filosófica (BENTIVOGLIO, 2010, p.115).<sup>115</sup>

Jasmin (2005) afirma que o ponto de partida está nas pesquisas de Brunner (1992), quando este critica a historiografia jurídica e liberal de origem alemã quanto ao modo de transposição para a realidade medieval de estruturas lógico-conceituais derivadas de um pensamento liberal posterior no que concerne, por exemplo, a uma separação entre direito e política, ou entre público e privado (JASMIN, 2005, p.31; PALONEN, 2007, p.31). Assim:

Koselleck chama a atenção para a importância da análise lingüística e semântica na investigação das variadas dimensões do mundo social em diferentes épocas. Segundo o autor, o estudo dos conceitos e da variação dos seus significados ao longo do tempo é uma condição básica para o conhecimento histórico. Koselleck denomina História dos Conceitos o procedimento que permite apreender o complexo processo de ressignificações de alguns conceitos ao longo do tempo. Mais do que um método a ser aplicado ou uma disciplina autônoma, a História dos Conceitos seria um instrumento complementar e necessário para a interpretação histórica (KIRSCHNER, 2007, p.49).

---

<sup>115</sup> “O ponto alto de sua contribuição foi demonstrar os vínculos existentes entre o pensamento social ou político e os sujeitos, por um lado e como se dá o amálgama entre as expressões de determinadas consciências históricas por outro, que expressam o quanto o conhecimento histórico pode tematizar as condições de possibilidade de histórias e a própria existência humana” (BENTIVOGLIO, 2010, p.115).

É por isso que, para Koselleck (1997, p.69), os conceitos não podem ser tomados de modo autônomo, mas sempre ancorados a uma determinada realidade histórico-social.<sup>116</sup> Assim, para “se apoderarem da realidade, os homens necessitam dos conceitos e, por meio das experiências vividas e transformações sofridas, empreendem ações que se projetam no tempo e no espaço determinantes para sua autocompreensão” (BENTIVOGLIO, 2010, p.118).

Bentivoglio (2010, p.119) aponta para alguns pressupostos que compoariam a agenda koselleckiana:

- 1) Até que ponto é comum o uso do conceito? 2) Seu sentido foi objeto de disputa? 3) Qual o espectro social de seu uso? 4) Em que contextos históricos aparece? 5) Com que outros termos aparece relacionado, seja como complemento ou como oposição? 6) Por quem é utilizado, com que propósitos e a quem se dirige? 7) Por quanto tempo esteve em uso? 8) Qual é o valor do conceito na estrutura da linguagem política e social da época? 9) Com que outros termos se sobrepõe? 10) Converte com o tempo com outros termos? (BENTIVOGLIO, 2010, p.119).

A partir de tais referenciais, a história dos conceitos poderia demonstrar como surgem as mudanças nos sentidos dos conceitos – algumas vezes, até indo contra os próprios pressupostos desses conceitos. Por isso mesmo, os conceitos somente adquirem sentido quando imersos em uma determinada temporalidade e em um contexto linguístico (BENTIVOGLIO, 2010, p.123). Todos os conceitos apresentam uma história que alimenta projetos e sistemas de organização políticos e sociais (BENTIVOGLIO, 2010, p.127). Poder-se-ia reconhecer que, no cerne da teoria da história dos conceitos, reside certa dose de relação dialética entre criação e determinação:

---

<sup>116</sup> “Aqui residem alguns fundamentos que marcam a História Conceitual: a preocupação hermenêutica e a ênfase sobre a historicidade das palavras e sua pertença à História Social. Ao remeter-se às condições, às possibilidades e aos usos das idéias, Koselleck vai ao encontro do pensamento de Wilhelm Dilthey (1833-1911), que entre o final do século XIX e início do século XX levou adiante a tarefa kantiana, ao promover uma crítica da razão histórica, embora a gênese desta tenha se esboçado antes, na *Historik* de Johann Gustav Droysen (1808-1884)” (BENTIVOGLIO, 2010, p.120). É deve-se acrescentar que: “O desenho do projeto koselleckiano faz, contudo, uma alteração sensível na perspectiva adotada por Dilthey visto sintonizar o individual e o coletivo a partir da consciência histórica. Ele se afasta também do otimismo ético conservador de Droysen que vê na História a realização teleológica de poderes éticos (justiça, liberdade) cujo significado é latente e perene ao longo do tempo. Assim, desloca a dimensão da experiência particular (*Erlebnis*) para o campo das experiências compartilhadas (*Erfahrung*) e desconsidera significados preexistentes e imutáveis subjacentes ao pensamento e ação humanos” (BENTIVOGLIO, 2010, p.121).

Para Koselleck, existe uma eterna contradição entre estruturas objetivas de determinação de longo prazo que limitam e submetem o leque possível de atitudes e orientações históricas dos sujeitos. Como resolvê-las? Para ele, existem duas possibilidades. A primeira leva em conta a pluralidade dos atores históricos envolvidos e sua capacidade de criar. A segunda parte da existência do esquecimento. O tema do esquecimento que já havia sido posto por Dilthey [sic] assume no projeto da História Conceitual uma dimensão importante. Certos conteúdos conceituais não são apenas modificados, são mesmo esquecidos em meio a diferentes gerações, perdendo-se na memória coletiva elementos da experiência anterior (BENTIVOGLIO, 2010, p.123).

É por isso que a metodologia da história dos conceitos não se preocupa apenas com “estratos semânticos dos termos”, mas vai além, relacionando-os às discontinuidades e aos contextos sociais de sua produção (KOSELLECK, 2002, p.48-50; JASMIN, 2005, p.33).<sup>117</sup>

Mas, aqui, há um traço importante de sua metodologia: Koselleck (1989, p.650) se recusa a limitar suas pesquisas às linguagens articuladas pelos atores do passado, defendendo a ideia, já presente em sua História, de que elementos pré-linguísticos condicionantes da história podem ser recursos para compreender a própria situação histórica desses atores. Além disso, pode-se identificar que parte do acontecimento não recebe articulação linguística local, às vezes porque são analisados fenômenos desconhecidos para a própria consciência dos atores históricos do momento; ou porque a própria linguagem não consegue, de modo satisfatório, traduzir os eventos, o que faz com que uma “memória estável” seja desenvolvida melhor posteriormente (KOSELLECK, 1989, p.652; JASMIN, 2005, p.33).

Jasmin (2005, p.33) apresenta um esquema acerca de como essa relação de continuidade e descontinuidade pode se estabelecer:

Supondo que de um lado haja um estado de coisas, e de outro um conceito deste estado de coisas, quatro situações são possíveis: 1) o estado de coisas e o conceito permanecem ambos estáveis ao longo de um período

---

<sup>117</sup> “[...] a história conceitual [...] está interessada nos modos pelos quais as gerações e os intérpretes posteriores leram, alterando os seus significados, essas proposições políticas do passado. Neste registro é possível afirmar, rigorosamente, que os conceitos em si não têm história; mas também é possível afirmar, com rigor, que a sua recepção tem. Aliás, é da própria condição de unicidade dos atos de fala ou dos conceitos articulados numa linguagem local que a história conceitual deriva a necessidade de uma história da recepção, já que parte justamente da aposta de que os significados não se mantiveram no tempo e que foram alterados” (JASMIN, 2005, p.32).

de tempo; 2) o conceito e a realidade transformam-se simultaneamente; 3) os conceitos mudam sem que haja uma mudança concomitante da realidade, ou seja, a mesma realidade é conceituada de modo diverso; 4) o estado de coisas muda, mas o conceito permanece o mesmo (JASMIM, 2005, p.33).

Dessa forma, experiências acumuladas são articuladas aos horizontes de expectativas, que podem associar-se a um dado conceito (BENTIVOGLIO, 2010, p.131-132). Assim, há um ganho de complexidade em relação à proposta de Skinner e de Pocock – que ainda fica limitada apenas a uma virada linguística, mas desconhece o giro hermenêutico. Em Koselleck (1989, 1993) identifica-se uma tripla aproximação – cultural, pragmática e semântica –, o que responde, portanto, “a um tratamento mais sistemático conferido às idéias, que não se limita ao político ou ao lingüístico e permite investigar mais claramente as mudanças e as identidades constituídas pelos sujeitos históricos” (BENTIVOGLIO, 2010, p.132).

Para melhor compreender a proposta da história dos conceitos, pode-se aplicá-la ao conceito de *federação*, sob o pano de fundo da topologia constitucional alemã (KOSELLECK, 1993, p.352). O conceito de *federação*, muito presente na memória histórica, é, inicialmente, decorrente da unificação dos estamentos ao fim da Idade Média, e é encontrada depois que fórmulas de unificação passaram por um processo de amadurecimento que resultou em um êxito temporariamente limitado, mas repetível. De um pacto individual – muitas vezes verbal – de associação mútua por prazo determinado, passou a designar um conceito com efeito retroativo, como consequência da institucionalização que se seguiu. Um pacto individual representava um compromisso de execução no presente, ao passo que a federação abarcava uma situação já institucionalizada. Isso evidencia um deslocamento do sujeito da ação quando se considera as “cidades da federação” ao invés da “federação de cidades”; se a última expressão ressalta os membros individuais, a anterior expressa uma organização na forma de uma unidade de ação, a Federação. O elemento individual é substituído, portanto, por um individual coletivo, que repete uma experiência já reunida e conceituada sob um conceito único. Tem-se aqui um “conceito classificador de experiências” capaz de alimentar um passado presente.

Diferente é o que vai acontecer com a tensão temporal dos três conceitos de federação que se formam ao final do antigo *Reich*: federação de estados, estado federal e república federal. Com essa criação, por volta de 1800, as expressões são artificialidades baseadas na experiência, que não eram derivadas diretamente da

Constituição do *Reich*, mas extraíam dela feixes de experiências voltadas para um conceito que poderia ser utilizado no futuro como experiência possível. Assim, esse recurso à experiência do antigo *Reich* se antecipava à futura Constituição da Federação alemã, mesmo quando sua realidade não era ainda previsível. Tais conceitos continham experiências imprecisas e ocultas, e revelavam um potencial de previsibilidade que se direcionava a um novo horizonte de expectativas (KOSELLECK, 1993, p.352-353).

Mais que conceitos classificadores de experiências, é possível perceber que esses conceitos assumem a função de criadores de experiência. Por outro lado, uma terceira expressão conduz totalmente a uma dimensão futura: por “federação de povos”, Kant (1998) realiza uma antecipação, uma vez que o conceito transfere uma determinação de fins morais e políticos que parece revelar algo que somente poderia ser esperado no reino de Deus na Terra.<sup>118</sup> Aqui, o que se tem é um conceito de expectativa pura, desatrelado de qualquer experiência prévia (KOSELLECK, 1993, p.353-354).

O autor alemão informa, ainda, que há um indicador de temporalidade contido na tensão entre experiência e expectativa que irá proporcionar uma norma que abarca o nascimento da modernidade no conceito de *Constituição*. Para Koselleck (1993, p.354), as extensões temporais da criação linguística do conceito de *Constituição* evidenciam uma separação consciente entre espaço de experiência e horizonte de expectativa, convertendo-se na tarefa da ação política conciliadora dessa diferença. Para explicar essa ideia, Koselleck (1993) utiliza os três modelos aristotélicos de governo (monarquia, aristocracia e democracia) que ainda eram suficientes para aglomerar experiências políticas, mas que, a partir de 1800, são transformados sob o ponto de vista da filosofia da História. Uma dualidade entre despotismo e república toma lugar como indicadora temporal: distanciando o despotismo do passado, o caminho histórico passa a conduzir para uma república do futuro. O conceito de “*res publica*”, que antes era suficiente para abarcar os três modelos de governo, assume um sentido restritivo de exclusividade, mas

---

<sup>118</sup> “[...] Kant esperaba que llegase a ser realidad en el futuro una federación republicana de pueblos organizados por ellos mismos en intervalos de tiempo cada vez más cortos, esto es, con una aceleración creciente. Desde luego anteriormente se habían proyectado ya planes de federación supraestatales, pero no un esquema de organización global cuya realización fuese un dictado de la razón práctica. La «federación de pueblos» era un puro concepto de expectativa al que no podía corresponder ninguna experiencia anterior” (KOSELLECK, 1993, p.354).



direcionado para o futuro. No movimento de Revolução Francesa, a utilização histórica do conceito, que estava saturado de experiências, passa a se converter em um conceito de expectativa.<sup>119</sup> O conceito de “republicanismo” irá ocupar, no espaço da ação política, a mesma função de movimento que o “progresso” irá desempenhar na história total (KOSELLECK, 1993, p.355). Como consequência, a partir do republicanismo, assiste-se ao surgimento do “democratismo”, do “liberalismo”, do “socialismo” etc. Todas essas expressões tiveram um conteúdo de experiência mínimo ou nulo. Eles apontavam para um movimento em direção a um futuro novo, abrindo um horizonte ao que, antes, estava limitado a um conjunto de conceitos finitos e presos ao presente (ou ao passado presente).

Koselleck (1993, p.355-356) destaca, ainda, que os conceitos de movimento possuem um traço comum: a produção de uma compensação. Isto é, quanto menor for o conteúdo de experiência, maior será a expectativa que dele deriva, e vice-versa.

A aplicação histórica dessas categorias metahistóricas irá proporcionar uma chave para o reconhecimento do tempo histórico, especialmente diante da Modernidade. A ideia moderna de progresso é também elemento chave dessa compreensão antropológica (KOSELLECK, 2002, p.160). Desse modo, a História somente pode reconhecer o que muda continuamente, e o novo se encerra nas estruturas duradouras.

Por isso mesmo, o desenvolvimento metodológico trazido por Koselleck (2002) pode ser importante para repensar a própria tese da mutação constitucional. Uma importante observação é a de que os autores nacionais (NERY JR., 2009; PEDRA, 2009; VECCHI, 2005; BULOS, 1997; FERRAZ, 1986), ao produzirem pesquisa sobre o tema, limitaram-se a realizar um corte histórico ainda preso a uma história das ideias, o que representa uma perda substancial para a leitura do fenômeno, já que o estudo da mutação constitucional é tratado sem a consciência

---

<sup>119</sup> *“Este cambio perspectivista también se puede mostrar ejemplarmente en Kant. Para él, la «república» era una determinación de fines derivada de la razón práctica a la que el hombre aspiraba continuamente. Kant utilizó la nueva expresión de «republicanismo» para indicar el camino que conduce a ella. El republicanismo indicaba el principio del movimiento histórico e impulsarlo es un mandato de la acción política. Cualquiera que sea la constitución que esté hoy en vigor, de lo que se trata a la larga es de sustituir la dominación de hombres sobre hombres por la dominación de las leyes, esto es, realizar la república”* (KOSELLECK, 1993, p.354-355).

dos processos de continuidade e de descontinuidade ao longo dos diversos contextos históricos em que é empregado.

Nesse sentido, uma teoria da mutação constitucional pode ser relida atrás do fio condutor da construção de Koselleck. Ela é um conceito que, no interior do progresso histórico, representado pelas constantes e revolucionárias mudanças no cenário e no discurso político-jurídico, irá assumir diversas leituras, mantendo um denominador comum: a ideia de um descompasso entre norma e realidade. A norma, aqui assumindo o conjunto positivado de uma constelação de vivências e experiências, passa a se distanciar cada vez mais de uma realidade cambiante, que, por sua vez, é provedora de expectativas sociais.

Koselleck (1997, p.90-92), inclusive, chega a utilizar o exemplo da exegese jurídica como ilustração do seu pensamento no curso do seu debate com Gadamer.<sup>120</sup> Sob tal prisma, Koselleck (1997) irá afirmar que a interpretação de um texto jurídico – e, no caso, a interpretação da Constituição não escapará à regra – é dependente de uma tomada de consciência da sua História, já que é esse saber que possibilitará ao intérprete compreender as mudanças de contexto e de realidade político-sociais, para poder equalizá-las e levá-las em consideração na hora de interpretar e compreender o conteúdo linguístico do texto jurídico a que está submetido. Logo, o intérprete, antes de conhecer o conteúdo do texto legal, afirma Koselleck (1997, p.90-91), deve conhecer a sua situação histórica – o que quer dizer, não apenas seu presente, mas também as mudanças de um passado que ainda se faz presente.

Dessa forma, é necessário lançar um olhar mais verticalizado sobre a dinâmica dos acontecimentos históricos que circundam e tematizam o conceito de mutação constitucional. Com Koselleck (1997), pode-se aprender que, em cada contexto em que o conceito foi empregado, uma dinâmica político-social estava encenada. O conceito, então, surge para dissolver um problema que se faz presente

---

<sup>120</sup> *“Si la interpretación de la ley se modifica con arreglo a las condiciones político-sociales variables, la exégesis del texto histórico no le va a la zaga. Debe haber factores previos al cambio del análisis de la comprensión y de la aplicación. Y si una jurisprudencia creativa, variable, presenta un caso bajo una nueva luz, en contra de la exégesis legal vigente, entonces, la parte productiva y reactiva a la historia es más fuerte que lo que podía serlo hasta ahora en la hermenéutica jurídica la parte interpretativa y receptiva. Pero la decisión de si un texto debe ser nuevamente interpretado o la ley incluso modificada, por la aparición de un nuevo estado de cosas (Sachverhalte), es un acto productivo que corresponde primeramente a la Historia como fundamento teórico u sólo secundariamente a la hermenéutica”* (KOSELLECK, 1997, p.90).

à comunidade jurídica de cada contexto, adquirindo, a partir desse problema, sua forma de compreensão. Logo, não adianta dissertar sobre o pensamento de autores que lançaram mão desse conceito, como Laband (1901), Jellinek (1991), Dau-Lin (1998), Loewenstein (1976) ou Hesse (2009), entre outros, sem perquirir sobre o problema que suscitou a utilização do conceito. Além do mais, com seu uso, efeitos são decorrentes e precisam também ser identificados. Logo, tais parâmetros marcam o objetivo do próximo capítulo da presente pesquisa, que retornará à gênese do conceito de mutação constitucional, articulando seu desenvolvimento teórico ao contexto histórico e político dos seus diversos momentos.

### 3. O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO CONCEITO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO DIREITO PÚBLICO ALEMÃO

#### 3.1 A tese da mutação constitucional na doutrina do direito público do império alemão: as contribuições de Laband e Jellinek

##### 3.1.1 A contribuição de Paul Laband para uma teoria da mutação constitucional: a construção de uma “miopia” intencional para a relação entre direito e política

A base central das constituições dos Estados alemães anteriormente à unificação – após meio século da invasão napoleônica – estava na existência do chamado *princípio monárquico*, que determinava que o monarca fosse o titular do poder soberano. A opção por uma constituição representava, então, uma *opção* do monarca em se autolimitar (STOLLEIS, 2001, p.62; CARVALHO NETTO, 1992, p.156-157), e, desde os seus preâmbulos,<sup>121</sup> pode-se constatar que o princípio monárquico permaneceu em sua lógica interna. Como consequência, tinha-se um sistema instável, que continuava a atribuir ao monarca a vontade subjetiva da Constituição (CALDWELL, 1997, p.16). Formalmente, pode-se observar que o monarca tinha o poder de reunir corpos representativos e, segundo a Constituição, mesmo as deliberações, os órgãos sobre liberdade, propriedade e, até mesmo, sobre o orçamento, estavam submetidos à sanção absoluta do monarca. Além disso, as forças armadas também estavam sob o comando solitário do monarca (CALDWELL, 1997, p.17). Com a hipertrofia da estrutura burocrática do Estado, conflitos envolvendo os gastos públicos e os limites orçamentários tornaram-se evidentes. Mesmo assim, o Estado não poderia suspender a Constituição.

---

<sup>121</sup> “*The preamble to the 1850 Prussian constitution, for example, declared: ‘We, Frederick William, King of Prussia by the Grace of God, let it be known and decreed that We [...] have definitively established the Constitution in agreement with both chambers’*” (CALDWELL, 1997, p.16) Tradução livre: “O Preâmbulo da Constituição prussiana de 1850, por exemplo, declarava: ‘Nós, Frederico Guilherme, Rei da Prússia, pela Graça de Deus, faço saber e declaro que Nós [...] definitivamente outorgamos a Constituição em concordância com ambas as Casas’”.

Mas isso não impedia, como observa Jouanjan (2001, p.7), que o termo *Rechtsstaat* fosse empregado no sentido de representar uma limitação do Poder do Estado pelo Direito. Todavia, a teoria constitucional alemã no século XIX se apresentava muito mais comprometida com a ideia de criar mecanismos e teorias voltadas para impedir ou limitar o impacto do constitucionalismo moderno na dinâmica política do Império, que em defender a necessidade de promulgação de uma Constituição a partir da soberania popular. É por isso mesmo que toda a construção do Direito Constitucional nesse momento histórico levou em consideração tal “princípio monárquico”. Isso significa que o monarca foi colocado em posição de centralidade, representando a unidade do Estado e, com isso, os direitos fundamentais foram reduzidos a um catálogo de suas dádivas bondosas, bem como o Parlamento foi transformado em uma simples “comissão legislativa” (MAIA, 2010:53).

A Revolução de 1848 tinha por objetivo a criação de um Estado cuja base estaria na soberania popular e não em uma monarquia constitucional. Mas, com o fracasso da revolução, todos os Estados que até o momento estavam sem uma constituição, passaram a adotar o modelo de uma monarquia constitucional (CAENEGEM, 1996, p.267). Na Prússia, a Constituição de 1848 foi substituída pela Carta de 1850, imposta por Frederico Guilherme IV, que, apesar de garantir mais poderes para o *Landtag*, dava a ele o controle das forças armadas, o poder de pactuar tratados e de declarar guerra e paz, além de torná-lo imune contra processos jurisdicionais. Diferentemente, o instituto da responsabilidade ministerial dotava o chanceler de responsabilidade pelas ações do Executivo, que era monitorado pelo Legislativo, e tinha poucos mecanismos de pressão, mas sua aprovação era exigida para a elaboração de todas as leis, inclusive as referentes ao orçamento (CALDWELL, 1997, p.17).

Nos primeiros anos de 1860, assume como novo monarca da Prússia Guilherme I, que introduz um conjunto de normas voltadas ao aumento de fundos para expedientes militares. Dentro das propostas, estava o aumento do tempo do serviço militar obrigatório de dois para três anos. A maioria liberal dentro do *Landtag* discordou das medidas por argumentos políticos e financeiros; acreditava que o aumento do serviço militar pudesse servir como medida de educação dos cidadãos para o aumento do respeito ao Estado autoritário (CALDWELL, 1997, p.18). Como reação, o *Landtag* aprovou um projeto exigindo que o orçamento militar fosse

discriminado linha a linha. Em resposta, o princípio monárquico veio à tona. O monarca dissolveu o *Landtag*, mas a crise não foi solucionada, pois os novos eleitos representavam uma maioria ainda mais extensa de opositores.

A solução para a salvaguarda da Coroa veio na nomeação de Bismarck como Primeiro-Ministro prussiano. Para Bismarck, a Constituição não apresentava nenhuma saída jurídica para o conflito, logo, a solução voltava-se para o reconhecimento de que a Coroa representava uma entidade prévia e maior que a própria Constituição, devendo ela solucionar o vácuo normativo (CALDWELL, 1997, p.18). Além do mais, o Monarca deveria administrar o Estado, ainda que um orçamento não fosse formalmente aprovado. Em resposta, os liberais arguíram que o Monarca tinha de se submeter à Constituição. Diante do impasse, Bismarck determinou que o orçamento do ano anterior fosse aplicado até a aprovação do novo. Com essa medida, ele evitou levar o conflito às últimas raíais.

O sucesso militar de Bismarck foi outro importante fator para colocar fim ao conflito. Em 1864, tropas prussianas e austríacas atacaram a Dinamarca pelo domínio de territórios germano-falantes sob poder dos dinamarqueses. Em 1866, foi a vez da Prússia atacar a Áustria em razão de conflitos acerca de como seriam esses territórios governados. Com a vitória prussiana, os Estados do norte alemão foram postos sob o regime de uma monarquia constitucional. Mais uma vez, o prestígio de Bismarck aumentou, inclusive permitindo a aprovação retroativa do orçamento, pondo fim à crise. Mas tal quadro acabou por encobrir um problema: com a aprovação, houve por fim o reconhecimento da possibilidade do *Landtag* controlar o orçamento público. Assim, o conflito não fora suficientemente solucionado, mas apenas adiado para outro momento (CALDWELL, 1997, p.19).

Laband (2007) publica o seu texto analisando o conflito em 1870, bem às vésperas da unificação. Com isso, ele oferecerá uma metodologia de compreensão da Constituição que se pretende “científica”, justamente por excluir qualquer aspecto não jurídico do seu discurso, como lembra Verdú (2006, p.02). As discussões políticas, principalmente na concepção de Laband, foram responsáveis por obscurecer e por agravar o debate sobre a lei orçamentária. Analisando tanto o artigo 62 da Constituição Prussiana, que afirmava que a função legislativa era exercida conjuntamente pelo *Landtag* e pelo Monarca, e o artigo 99, que definia a lei orçamentária como uma lei, Laband (2007, p.07; 2007, p.22) entendia que o sentido aqui de lei, seria apenas *formal*, uma vez que, na realidade, sua verdadeira natureza

seria a de uma decisão administrativa. Assim, ao invés de ela conter regras jurídicas, seria concernente aos assuntos de economia e de administração pública (LABAND, 2007, p.171). Como consequência, as questões do orçamento interessavam mais ao Executivo que ao Legislativo, razão pela qual deveriam ser deixadas para o Monarca decidir, sendo a aprovação pelo *Landtag* apenas uma formalidade constitucional (CALDWELL, 1997, p.20).

A Constituição Imperial de 1871 surge na história alemã do século XIX marcando um longo e tortuoso processo de unificação. Segundo Sánchez Urrutia (2000, p.106), tal unificação somente foi possibilitada pela dissolução da rivalidade entre Prússia e Áustria, a favor da primeira e com a exclusão da segunda.

A organização da Federação alemã trazia em seu interior vinte e cinco Estados-membros com grandes distinções internas. Carvalho Netto (1992, p.155) aponta a existência, inclusive, de 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-Sondershausen, Hessen, Schwarzburg-Rudolfstadt, Waldeck, Reuss-Csreiz, Shaumburg-Lippe e Lippe) e a Alsácia-Lorena, como território do Império.

Os Estados, então, titularizavam, cada um, sua Constituição, sendo dotados de organização política própria, autonomia e direito de enviar e de receber embaixadores e de firmar pactos internacionais – nos limites do interesse local (CARVALHO NETTO, 1992, p.155; CAENEGEM, 1996, p.271).

Diante de um quadro de tamanha diversidade, um sistema de adaptação dos ordenamentos particulares ao sistema do Império acabou ficando ausente, o que provocou uma insegurança jurídica. Diferentemente do que se pode observar nos Estados Unidos, onde a Constituição foi compreendida, desde cedo, como um conjunto normativo dotado de uma relativa rigidez, a tradição europeia vivenciou uma etapa intermediária do constitucionalismo a partir da experiência de constituições flexíveis (SÁNCHEZ URRUTIA, 2000, p.107).

O texto da Constituição de 1871 preservava a dinâmica da Constituição Prussiana de 1850 e, dessa forma, o *Bundesrat* – formado por membros indicados pelos governos estaduais – representava a Monarquia, sendo o *Kaiser* apenas o

cabeça desse corpo coletivo. Era o *Bundesrat*, e não o *Kaiser*, o detentor do direito de sanção sobre os projetos de leis aprovados pelo *Reichstag* (LABAND, 1901, p.294-295; CALDWELL, 1997, p.23).

O *Bundesrat* era composto por deputados indicados pelos Estados-membros para representá-los e tinha competência para determinar que projetos de leis seriam levados à votação no *Reichstag*. O *Bundesrat* ainda tinha o poder de negar sanção – com pelo menos quatorze votos, dos cinquenta e oito votos totais – a qualquer projeto de mudança formal da Constituição de 1871; sendo que a Prússia possuía dezessete desses assentos.

Nas três primeiras décadas, tanto o *Kaiser* quanto o *Reichstag* buscaram nortear suas ações para evitar conflitos acerca da Constituição. O título de *Kaiser* era assumido pelo rei da Prússia, que também tinha o poder de indicar o chanceler, que era o cabeça do *Bundesrat*. Dentro desse quadro, fica claro que a principal finalidade do *Bundesrat* era barrar qualquer mudança que pudesse representar risco à perda da hegemonia prussiana (CALDWELL, 1997, p.27). O *Kaiser* tinha poderes para declarar guerra – com o consentimento do *Bundesrat*, mas, nesse caso, era dispensada a consulta do *Reichstag* –, representar a Alemanha no cenário internacional e comandar as forças armadas.

Dentro desse quadro maior, as publicações de Laband desempenharam um importante papel de conversação da unidade artificial que integrava a Federação no Império alemão. Como um membro da Escola alemã de Direito Público<sup>122</sup> – que, segundo Jouanjan (2005, p.189-190), foi fundada por Gerber e Gierke – assentou as bases de uma perspectiva “científica” ao afirmar um pressuposto metodológico fundamental: a separação entre direito e política (JOUANJAN, 2001:29; KELLY, 2003:84). Nessa linha de raciocínio, o direito deveria ignorar os fenômenos políticos, fechando-se em si mesmo (JOUANJAN, 2005, p.192-193; 2002, p.23).

Como perspectiva teórica, Laband (1901) defende que a interpretação e a compreensão do Direito devem ocorrer sem as incursões de questões valorativas para manter a imparcialidade e a cientificidade do jurista. Desse modo, ele dispensa

---

<sup>122</sup> Laband representa um dos nomes mais importantes do Direito Público alemão no curso do período do Império. Nascido em 1838, de origem judaica, em Breslau converteu-se ao protestantismo e iniciou sua carreira jurídica na década de 1860, a partir do Direito Privado. Na década seguinte, vai volta-se para o Direito Público, tornando-se professor na Universidade de Strasbourg e ganha destaque dentro da doutrina juspublicista alemã (JOUANJAN, 2005, p.189-190).



qualquer aspecto histórico, político ou filosófico (CALDWELL, 1997, p.15-16; JOUANJAN, 2005, p.193; 2002, p.23). Sua metodologia, portanto, reduzia os problemas de compreensão do Direito a uma análise lógico-gramatical do texto normativo, sem a utilização de qualquer aspecto *axiológico*. Além disso, entendia que 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” (LABAND, 1901, p.303-305).

Em sua leitura, a “vontade do Estado” é o princípio maior da ordem jurídica, sobrepondo-se, inclusive, à ordem constitucional (LABAND, 1901, p.306; CALDWELL, 1997, p.36; KELLY, 2003, p.87). Como consequência, defendia o primado da “vontade do Estado” sobre suas normas, principalmente porque, para ele, o Estado precedia todas as normas, inclusive a Constituição.<sup>123</sup> O Estado era o soberano (KELLY, 2003, p.87) e, por isso, os direitos fundamentais eram “dávivas” do Estado para seu povo, não atributos naturais de cada sujeito. Assim, era da “vontade do Estado” impor a si mesmo as limitações na forma de direito negativo.

Uma vez que a análise da dogmática jurídica não ultrapassaria as questões metajurídicas, a dimensão histórica dos direitos fundamentais passa sem problematização para Laband (KELLY, 2003, p.88) e igualmente a sua intencionalidade política. Logo, a dogmática jurídica acaba transformando-se num veículo de legitimação através do seu discurso dos atos do Estado. Toda a sua finalidade revela-se, portanto, na descrição das normas a partir dos textos normativos, ignorando intencionalmente qualquer outra questão que pudesse aparecer. Ou seja, 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. É importante, então, resgatar a lógica trazida

---

<sup>123</sup> Diferentemente do que se pode constatar da tradição constitucional norte-americana (ARAÚJO PINTO; BIGLIAZZI, 2008), na tradição alemã (JACOBSON; SCHLINK, 2000), o Estado é que precede a constituição, e isso tem explicações históricas: o Estado era objeto de um poder e de uma vontade monárquica, que estavam presentes muito antes de se pensar em uma constituição; à Constituição caberia apenas a tarefa de moldar e limitar esse poder – por essência, ilimitado – de uma organização política já existente, de modo que sua legitimidade é apenas derivada da legitimidade do Estado.

por trás do antigo “princípio monárquico” que aqui parece ter adquirido uma “nova roupa” e um novo nome, mas funcionando com efetividade idêntica à lógica da Constituição Prussiana.

Diante disso, Laband (1901, p.314) rejeitava a ideia de um controle de constitucionalidade pelo Judiciário, uma vez que a este caberia apenas a atividade mecânica – e livre de qualquer juízo de valor – de aplicação do direito ao caso concreto. Intrinsecamente à ideia de um controle de constitucionalidade estaria a inevitável produção de decisões judiciais baseadas em questões de ordem política, o que, para ele, era inadmissível (LABAND, 1901, p.329).

Dessa forma, mesmo compreendido, o problema da proteção da Constituição somente poderia ser solucionado pela atuação do *Kaiser* (LABAND, 1901, p.309; CALDWELL, 1997, p.36). Ele seria o melhor intérprete da “vontade do Estado”.<sup>124</sup> Laband (1901, p.311-312) preocupou-se em descrever a Constituição como uma figura normativa (*Gesetz*) que deve proporcionar a estabilidade e a continuidade do Estado como sua codificação fundamental; mas a ação do Estado pode ter o condão de transformar o seu sentido, mesmo sem a utilização de um mecanismo formal de modificação (LABAND, 1901, p.312; OLIVEIRA, 2011, p.19).

O jurista alemão distingue, então, as figuras da *reforma constitucional* – *Verfassungänderung* – e da *mutação constitucional* – *Verfassungswandlung* (KUBLISCKAS, 2009, p.70) Todavia, Laband vê como um problema o estabelecimento de um hiato entre a “realidade constitucional” e a Constituição formal (PEDRA, 2009, p.108). Mas deve ficar claro que a sua preocupação era apenas de descrever o fenômeno, sem, contudo, proceder a uma teorização mais densa sobre o mesmo (PEDRA, 2009, p.108; VECCHI, 2005, p.53-54).

Assim, Laband (1901, p.314) afirma que a alteração informal da Constituição poderia se dar: (1) pela regulação das leis do Império sobre os elementos centrais

---

<sup>124</sup> "Ce n'est ni le juge, ni l'administrateur, c'est l'Empereur qui est chargé de garder la Constitution de veiller sur elle. C'est à lui qu'incombe la mission de faire observer les principes juridiques qui règlent la législation de l'Empire, dans toute oeuvre législative; il examine dans intérêt de tous les membres, de tous les sujets de l'Empire, si la loi a rempli les conditions constitutionnelles ; et il donne au résultat de cette enquête une forme efficace par la promulgation de la loi" (LABAND, 1901, p.325). Tradução livre: “Não é nem o juiz, nem o administrador, é o Imperador que é encarregado de guardar a Constituição e zelar por ela. É a ele que incumbe a missão de fazer observar os princípios jurídicos que regem a legislação do Império em toda obra legislativa; ele analisa o interesse de todos os membros e de todos os sujeitos do Império, se a lei respeita as condições constitucionais; e ele responde a essa indagação de uma forma eficaz pela promulgação da lei”.

do Estado não previstos ou previstos de modo colateral pela Constituição; (2) por modificações dos elementos centrais do Estado por meio de leis do Império que contradizem o conteúdo da Constituição;<sup>125</sup> e (3) pela alteração dos elementos centrais do Estado por meio de usos e costumes dos Poderes Públicos (SÁNCHEZ URRUTIA, 2000, p.108).

Soma-se a isso o fato de que a regulamentação constitucional era insuficiente, ocasionando diversas questões que tinham que ser complementadas por meio da legislação, como os exemplos dados por Sánchez Urrutia (2000, p.108-109): inexistência de definição da posição política dos ministros do Império, falta de previsão de um procedimento para incorporação de novos territórios à Federação, escassa finança do Império, e vaga e incompleta distribuição de competência entre os *Länder* e o Império. Sob esse quadro, era comum a modificação da Constituição pela via da elaboração de uma lei.

Laband (1901, p.316) irá considerar, ainda, que uma das mais importantes mudanças constitucionais – inclusive, em desacordo com o texto da Constituição – é a ampliação da faculdade de referendar os atos do *Kaiser* através da legislação e da prática política. Isso porque a Constituição apenas fazia referência ao poder do Chanceler – como ministro especial – de utilizar tal referendo, colocando-o como o responsável pela ação política estatal. Devido à amplitude dessa função, passou-se a admitir, na prática, que a função de referendo fosse também utilizada pelos administradores do Império. Sánchez Urrutia (2000, p.109) lembra que, em 1879, criou-se legislativamente a figura do *Generalvestreter* – uma espécie de chefe de Gabinete – que assumia todas as obrigações e as responsabilidades do Chanceler ligadas à administração do Império em casos especiais ou em caso de suplência; mas, na prática, sua nomeação se deu sem que quaisquer dessas circunstâncias tenham ocorrido.

Outra situação de destaque é a Lei de Finanças do Império, que ficou conhecida como *Cláusula Frankenstein*, acabando por representar uma alteração informal do artigo 38 da Constituição. Esse dispositivo constitucional determinava

---

<sup>125</sup> Para Laband (1901, p.314), a afirmação de que as leis do Império não podem dispor de modo contrário ao estabelecido pela Constituição representa um princípio político, e não jurídico. O silêncio do texto constitucional acerca do seu caráter supranormativo conduz Laband (1901, p.315) a afirmar a possibilidade de alterações por meio da legislação infraconstitucional. Além do mais, a questão ficaria solucionada pela aplicação de um cânone jurídico, que afirma que lei posterior revoga lei anterior (LABAND, 1901, p. 316).

que o produto das aduanas e dos impostos deveria ser destinado ao abastecimento do caixa do Tesouro Nacional. Com isso, as importações dos *Länders* era uma faculdade, mas seus ingressos iriam para o caixa do *Reich*. Em contrapartida, o artigo 70 determinava uma separação entre as finanças imperiais e dos Estados-membros, de modo que qualquer receita adicional que fosse demandada pelo Império deveria provir de contribuições dos Estado-membros (CALDWELL, 1997, p.37-38; DAU-LIN, 1998, p.41-42). No entanto, a *Cláusula Frankenstein* passou a determinar que as aduanas dos *Länders* não fossem mais uma instituição facultativa, mas sim, permanente – principalmente o ingresso do tabaco e de bebidas alcoólicas – e que sua receita não fosse mais para o tesouro do Império, mas apenas passasse através dele, transferindo-as para aqueles com um desconto (DAU-LIN, 1998, p.42; LÓPES CADENA, 2007, p.85). Aqui, uma total contradição à Constituição foi firmada, só vindo a ser efetivamente superada pela via de uma reforma constitucional, em 1904, que elevou ao nível constitucional as alterações da lei de finanças (SÁNCHEZ URRUTIA, 2000, p.109; PEDRA, 2009, p.111-112).

Sánchez Urrutia (2000, p.109-110) destaca que Laband assumia que as mudanças informais da Constituição não poderiam ser objeto de controle jurisdicional – já que negava toda a possibilidade de um controle de constitucionalidade jurisdicional, como visto –, defendendo que as leis ordinárias deveriam se harmonizar interpretativamente com a Constituição. Desse modo, em seu pensamento, mesmo a Constituição sendo dotada de força normativa, não possuía uma superioridade hierárquica sobre as leis publicadas pelo Parlamento. Por isso mesmo, as mudanças no campo da realidade poderiam ser solucionadas pelas alterações informais da Constituição, que atualizariam o conteúdo desta, além de manter presente e externalizar a “vontade do Estado”.

Entretanto, como o conteúdo da “vontade do Estado” era conteúdo *metajurídico*, já que eminentemente político, e, por isso, não havia nada que o Direito pudesse fazer. Aliás, ao jurista, nem ao menos era dada a possibilidade de se atrever a conhecer tal sustância. Dessa forma, a metodologia desenvolvida por Laband atua como fator que o impede de “ver” e conhecer melhor o conceito da mutação constitucional. Ao invés disso, Laband (1901, p.314) limita-se a descrever que mudanças informais existem e que são legitimadas pela “vontade do Estado”.

Ao “cegar-se” para uma possível relação entre Direito e Política, Laband se vê impossibilitado de realizar um desenvolvimento teórico mais aprofundado sobre o

fenômeno. Além disso, a leitura das condições de possibilidade de sua manifestação acaba por retornar de modo implícito ao antigo princípio monárquico da Constituição prussiana. Sendo assim, Laband está apenas servindo-se do conceito de mutação constitucional para encobrir alterações e/ou descumprimentos da Constituição voltadas exclusivamente ao interesse do Império. Em outros termos, a mutação serve como um nome novo para legitimar o decisionismo do *Kaiser* e do *Bundesrat*, diminuindo os limites constitucionalmente traçados para seu poder, e retirando a força normativa e a condição de supralegalidade da Constituição.

### **3.1.2 A mutação constitucional em Georg Jellinek: a força normativa da constituição e sua subordinação à força normativa do fato**

Diferentemente da postura que foi assumida por Laband, afastando da dogmática toda figura metajurídica a partir da assunção de um método extremamente formalista, Verdú (1991, p. xxi-xxiii) entenderá que aquele deixou – apesar das importantes contribuições – muitas questões não respondidas no campo da Teoria do Estado (VERDÚ, 1991, p.xv). Por isso, entende Jellinek (2000) assumir a tarefa de sistematizar a Teoria do Estado através de uma construção mais ampla, mas que abriga um dualismo: de um lado, uma doutrina jurídica do Estado, de outro, uma teoria sociológica sobre o mesmo (SANCHEZ URRUTIA, 1993, p.317). Assim, diferente de levar a cabo uma separação e uma “miopia” intencional, Jellinek (2000, p.92-93) se ocupará da realidade histórico-ideológica,<sup>126</sup> dentro da qual uma teoria político-social e uma teoria jurídica se entrecruzarão.

Verdú (1991, p.xxiii) destaca que a doutrina do direito público ao tempo do Império Guilhermino se olvidou de desenvolver uma resposta crítica ao sistema de poder monárquico, principalmente devido ao estado de instabilidade política. Assim, seus autores desenvolveram uma distância de segurança – calculada – de tais

---

<sup>126</sup> Para Verdú (1991:xvii), Jellinek faz uso dessa metodologia histórica no intuito de não apenas demonstrar ou descrever um fenômeno social, mas antes, explicar suas “formas vitais”, isto é o seu surgimento e o seu desaparecimento, bem como suas modificações. Com isso, ele irá analisar se o fim do instituto jurídico foi preservado, ainda que fins novos fossem incorporados, ou se apenas há uma ligação puramente semântica entre o instituto antigo e o novo (VERDÚ, 1991:xvii-xviii).

questões, limitando-se a assumir posturas meramente descritivas, como foi o caso de Laband.

Mas o que isso quer dizer? Jellinek representa um jurista de transição e, por isso, lança um olhar mais preocupado com a questão democrática do que, por exemplo, Laband. Assim, para melhor compreender o pensamento de Jellinek, deve-se, antes, retornar à suas bases.

Da elaboração traçada por Jellinek, os conceitos de reforma e de mutação aparecem sem uma definição mais elaborada, tendo apenas o traço distintivo na figura da “intenção” – ou seja, Jellinek (1991, p.07) entende por reforma constitucional a modificação do texto constitucional através de ações voluntárias e intencionais; e por mutação, as mudanças que independem de alteração no texto constitucional, que são produzidas por fatos, mas sem a consciência da alteração. Aqui, Jellinek delinea uma nova lógica para compreender ambas as figuras, destoando da leitura feita por Laband, segundo a qual o critério estava na existência de um procedimento formal (ou não) para a modificação da norma através do texto.

Desse modo, Jellinek descreve a *reforma* da Constituição como um movimento que pode assumir três possibilidades: (a) a Constituição pode simplesmente ser ab-rogada; (b) a Constituição pode passar por uma alteração no seu texto; e (c) uma alteração tácita da Constituição pode se dar pela aprovação de leis infraconstitucionais posteriores<sup>127</sup> (JELLINEK, 1991, p.11; SANCHEZ URRUTIA, 1993, p.319).

Em Jellinek, novamente, fica evidenciado o fato de que sua teoria conceberá, como faz boa parte da doutrina jurídica da época, o Estado como peça chave do direito público. Como consequência, sua “vontade” representará a forma máxima de transformação não apenas do cenário político, mas também do cenário jurídico constitucional, razão pela qual Jellinek (1991, p.09) afirma que não há poder – de fato – que possa impedi-lo de realizar mudanças intencionais – ou seja, reformas – na Constituição.

---

<sup>127</sup> A referência histórica trazida por Jellinek (1991, p.11) é a Constituição Norte-Americana, que segundo ele, desde sua promulgação em 1787, não sofreu mudança em sua letra normativa, mas, com a adição das quinze primeiras emendas, tem-se a modificação – até mesmo radical – de alguns conteúdos e conceitos originários do texto. Todavia, essa afirmação é uma confirmação de que Jellinek é incapaz de realizar a separação essencial entre texto e norma constitucional.

A questão fica mais delicada, como lembra Jellinek (1991, p.11), quando se atenta para o fato de que a Constituição alemã não traz regulamentações suficientes para o problema e o tratamento jurídico a ser dispensado à reforma constitucional. E dá um exemplo: o artigo 1º da Constituição refere-se ao território do Império, mas é omissa quanto à presença da Alsacia-Lorena. Assim, apesar de o artigo 20 afirmar que o número de membros do *Reichstag* ser 382, na realidade são 397, pois ainda devem ser adicionados mais 15 representantes vindos da Alsacia-Lorena, já que tal situação é apenas regulamentada por leis infraconstitucionais, mas que modificam o sentido do texto constitucional originário. Outro exemplo: o artigo 50 da Constituição define que o Imperador é responsável por elaborar as normas sobre correios, mas a Lei de Correios Postais transfere tal competência ao Chanceler com a cooperação do *Bundesrat*.

Como consequência, Jellinek (1991, p.12) compreende que a Constituição é omissa em diversas situações, levando em conta apenas uma parcela das instituições do Império. Como solução, o Legislativo e o Judiciário precisam, no curso de suas atividades, desenvolver interpretações e definições a fim de ser possível atribuir algum sentido a determinadas passagens dos textos constitucionais (JELLINEK, 1991, p.15-16). Assim, se, por um lado, o Legislador fixa o sentido de determinado texto constitucional ao elaborar uma lei, por outro, o Judiciário, igualmente, assim age no curso da consolidação de sua jurisprudência. Essas interpretações – seja pela elaboração de uma Lei que interprete determinada figura constitucional, seja pela decisão de um Tribunal<sup>128</sup> – podem acabar fixando sentidos que vão de encontro com o texto constitucional, provocando alterações na sua compreensão.

Já diante de uma mutação constitucional, o texto não sofrerá qualquer alteração, já que a mudança aqui é fática, isto é, há mudança sem o traço da

---

<sup>128</sup> É importante observar aqui que tanto Laband (1901, p.154-156) quanto Jellinek (1991, p.16) compreendem explicitamente a atividade jurisdicional a partir da teoria desenvolvida por Bülow. Em sua obra *Gesetz und Richteramt*, de 1885, Bülow apresentará sua defesa do “poder criador de Direito dos juízos”. Como destaca Leal (2008, p.48), não se trata de uma mudança de entendimento quanto à obra clássica do mesmo autor de 1868, mas sim, de uma complementação intencional. Bülow declara sua aproximação, assim, ao pensamento de Jhering. Como consequência, direito e poder se equiparam no interior da atividade jurisdicional, ao afirmar que o magistrado deve ser *sensível* às necessidades práticas que o direito deve proporcionar (LEAL, 2008, p.52). Para tanto, é necessário romper com a tradição do legalismo e da Escola Histórica, para assegurar o poder dos magistrados controlarem não apenas a “relação processual”, como ainda todo o direito vigente (LEAL, 2008, p.60).

intencionalidade (JELLINEK, 1991, p.11; SANCHEZ URRUTIA, 1993, p.320). A mutação se manifestaria, então, pelas vias: (a) de atos normativos (principalmente leis); (b) pelas mudanças nos costumes constitucionais; (c) por decisões da jurisdição constitucional; e (d) por convenções constitucionais.

Fato é que Jellinek deixou de teorizar com maior profundidade os limites das mutações constitucionais, razão pela qual simplesmente afirma que uma lei ou um regulamento parlamentar pode alterar o sentido da Constituição, principalmente por não haver meios de impugnação dessa lei ou regulamento. Observando a tradição norte-americana, Jellinek (1991, p.23) aponta que a decisão dos tribunais através, principalmente, do controle de constitucionalidade pode provocar uma mutação da Constituição, visto que eles assumem o papel de legisladores negativos e intérpretes da própria Constituição.

A teoria dos “poderes implícitos” do Monarca é, então, um exemplo dessa forma de mutação (JELLINEK, 1991, p.26-27; SANCHEZ URRUTIA, 1993, p.322). É importante destacar que a leitura que Jellinek faz do pensamento de Dicey (1915, p.23-24), quando este descreveu o que chamou de “convenções da Constituição” ou de “moral constitucional” é destoante. Para o jurista inglês, essas convenções, mesmo regulando as condutas dos membros dos poderes públicos, não se encaixam como sendo regras jurídicas, uma vez que não são aplicadas pelo Judiciário. Já o pensador alemão, expressamente reconhece a estas o status de normas jurídicas (JELLINEK, 1991:39; SANCHEZ URRUTIA, 1993:323).

É dessa forma que Jellinek (1991, p.29) irá entender que as modificações como alterações de contextos, de realidades ou de fatos, sem que haja qualquer mudança no texto constitucional, são necessárias. Como bem observou Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007), Jellinek tentará suplementar a leitura positivista legalista através de uma análise empírica dos processos políticos sociais. Com isso, a mutação deixa de ser um problema jurídico e passa a ser um problema político que não pode ser resolvido normativamente. As “forças políticas reais” seriam, então, regidas por normas próprias à revelia de qualquer limitação jurídica (JELLINEK, 1991, p.84).

Para compreender adequadamente a teoria de Jellinek, deve-se voltar para as bases fundantes de sua teoria. Para Ríos (2000, p.13-14), o pensamento de Jellinek descende de um entrecruzar das teorias de Gerber e de Gierke. De Gerber, importante autor do Direito alemão, dirá Ríos (2000, p.15), Jellinek absorve a ideia



do método – exclusivamente – jurídico (KELLY, 2003, p.98), que, como enfatizou Triepel (2002, p.176), compreende o direito a partir de si mesmo, preservando sua pureza. Mas o pensamento de Jellinek também sofrerá influências do conceito de Estado como pessoa jurídica e unidade ética. Explica Ríos (2000, p.15-16) que Gerber irá, em seu debate com Albrecht acerca da personalidade do Estado, identificar o Estado como o centro de todo o debate jurídico. É o Estado que converte o povo em comunidade jurídica, sendo o Direito, acima de tudo, uma obra do Estado. Esse mesmo Direito é, ainda, a vontade do Estado e seu poder sobre a sociedade, determinando sua coatividade e obediência. Por isso mesmo, o direito político é estudado por Gerber como tendo a categoria do poder público como sua centralidade.

Para Ríos (2000, p.17), Gerber rejeita a leitura mecanicista/contratualista acerca da sociedade e do Estado, afirmando que a unidade social tem como elemento de coesão uma “força ética comum”, que está naturalmente presente no Estado, tendo em vista que este representa a forma social mais alta da humanidade. Ríos (2000, p.17-18) diz, então, que, para Gerber, o direito diz respeito ao modo como essa força ética se exterioriza, o que ele chama de *imperium (das Herrschen)*. Tal poder político é, assim, reconhecido como ilimitado – o que não significa afirmar que tal limitação é transferida para seus órgãos.<sup>129</sup>

Stolleis (2001, p.429) afirma que Gerber discordará da teorização feita por Seydel que ficou conhecida como teoria realista, que defende a derrubada de todo conceito do direito político que possa transmitir uma ficção; assim, compreenderá o Estado não como organismo vivo, nem como um sujeito de direito, mas apenas como um conjunto de homens sobre uma porção de terra dominada por uma vontade que lhes é superior (RÍOS, 2000, p.19). Dessa forma, o sujeito do poder do Estado – a quem ele chama de *soberano* – detém para com seus subordinados uma relação de propriedade. Ora, tal leitura deixa evidenciar um caráter eminentemente civilista do direito público, e uma fusão (ou uma confusão) entre os conceitos de *imperium* e *dominium* (RÍOS, 2000, p.20). Gerber descarta tal leitura acerca do direito político por compreendê-la como insuficiente.

---

<sup>129</sup> Gerber, diz Ríos (2000, p.18), considera que o monarca é um dos muitos órgãos componentes do Estado, e está limitado pelas normas de direito constitucional, ao passo que o Estado, como organismo que cria a constituição, deve ser superior a esta e, por isso mesmo, ilimitado.

Diferentemente, Gierke, no entender de Ríos (2000, p.26-27), compreenderá o Estado como a mais alta forma de comunidade jurídica, mas reconhecerá que ele não é único órgão produtor do direito. Assim, muitas organizações e corporações produziram autonomamente o direito também em diversos círculos da sociedade. O Estado é uma unidade permanente dotado de vontade, que encerra um povo. Essa vontade é seu poder supremo e vontade soberana, sendo ambos direcionados para um fim: realizar um determinado aspecto essencial da comunidade humana (RÍOS, 2000, p.27). O Estado e o direito estatal são coincidentes, nascem juntos e um pressupõe o outro, formando o chamado “Estado de Direito”.<sup>130</sup> O Estado de Direito, então, é fruto de uma vontade geral, que lhe dota de poder para dominar e controlar a vontade individual no interior da comunidade humana (RÍOS, 2000, p.28).

A partir desses olhares, Jellinek construirá a sua teoria, tendo como ponto inicial a ideia de que o direito é apenas um dos muitos atributos que uma sociedade possui (JELLINEK, 2000, p.61; RÍOS, 2000, p.31). Para Jellinek, o Direito é apenas uma parcela externa – um *minimum* – de um conjunto normativo maior, a ética social assume como pressuposta a solidariedade dos membros da comunidade, e propõe, a cada membro, a assunção de um fim moral. Tal ética é histórica e cultural, e, por isso mesmo, cambiante. Nesse cenário, Jellinek (2000, p.320-321) vê o direito como um fenômeno psicológico, já que é interno ao homem (VERDÚ, 1991, p.xxviii).<sup>131</sup>

Já a política pode ser definida como a ciência prática do Estado ou a doutrina aplicada, preocupada com o modo pelo o qual o Estado pode alcançar determinados fins (JELLINEK, 2000, p.62-63).

Diante desse quadro, o Estado é tomado como portando duas faces conjuntas, que marcam o pensamento *dualista* do autor: uma social, outra jurídica

---

<sup>130</sup> Ríos (2000, p.28) destaca que Gierke abandona a leitura de Gerber no sentido de que o direito é apenas o poder de dominação sobre a vontade de outro.

<sup>131</sup> “Georg Jellinek considera o Direito como um fenômeno psicológico, ou seja, um fenômeno interno do homem, o qual faz parte das representações humanas, que está em nossa mente de modo que uma determinação equivale a precisar que parte do conteúdo de nossa consciência é a que designamos com o nome de Direito. Assim, Georg Jellinek afirma que os juízos deduzidos das proposições jurídicas não fornecem o conhecimento de um conteúdo, mas de uma relação. Ensinam-nos a conhecer a relação dos direitos com a norma, de modo que o justo e o injusto não são predicados aderidos às coisas, não são propriedades, mas sim relações, de sorte que o conhecimento jurídico de um objeto é muito distinto do conhecimento dos fatos reais que o compõem” (PEDRA, 2009:114).

(JELLINEK, 2000, p.61; STOLLEIS, 2001, p.441; RÍOS, 2000, p.36).<sup>132</sup> Através da doutrina social ou sociológica, o Estado preocupa-se com a unidade da sua natureza como construção social; e, pela via da doutrina jurídica, considera-se um sujeito de direitos a partir do conceito de corporação, isto é, considera-se uma corporação formada por um povo, dotada de poder de mando originário e assentada dentro de um determinado território (RÍOS, 2000, p.36; VERDÚ, 1991, p.xlx). O estudo do Estado dessa forma mais complexa passa a ser o objeto da Ciência do Estado. Mas, de onde provém a positividade do direito para Jellinek? Ríos (2000, p.28) explica que vem da convicção de sua auto-obrigação moral.

É importante destacar, também, que o autor absorve, dentro de sua metodologia, a noção de *força normativa do fático*, que é amenizada pela a noção de mínimo ético e pela justificação e pela finalidade do Estado (VERDÚ, 1991, p.xxix). Tal posição é consequência da influência da tese de Lassalle de que a “Constituição é a expressão dos fatores e das relações reais de poder” (PEDRA, 2009, p.114). Assim, tal força é, em parte ética, em parte histórica. Explica, então, Pedra (2009, p.115):

Para Georg Jellinek, o Direito é um compromisso entre interesses diferentes e até mesmo opostos. Este compromisso é resultante não apenas das forças dos interesses, mas também do poder social dos interessados neles. Dessa forma, a modificação das forças reais das relações entre os órgãos superiores do Estado se infiltra nas próprias instituições, até mesmo quando não houver sido modificada uma letra da Constituição (PEDRA, 2009, p.115).

Essa força do fato, como força real no interior da normatividade jurídica, produziria evoluções sobre a forma de compreensão da ordem jurídica, sendo inevitável a mudança na norma (VERDÚ, 1991, p.xxxi).

É preciso destacar, como faz Verdú (1991, p.lx), que Jellinek não procedeu a uma teorização independente do conceito de constituição apartado do conceito de

---

<sup>132</sup> “*In terms of scholarly strategy, however, both the two-side theory and the doctrine of legal validity are completely sound. It was certainly plausible to separate empirical and normative research into individual areas while at the same time continuing to appreciate the way that they dovetail with each other*” (STOLLEIS, 2001, p.443) Tradução livre: “Em termos de estratégia acadêmica, entretanto, tanto a teoria dualista quanto a doutrina da validade jurídica são completamente harmônicas. Era claramente possível separar a pesquisa empírica e a normativa em áreas individuais, enquanto, ao mesmo tempo, continuava a apreciar como elas se encaixavam”.

Estado.<sup>133</sup> Em Jellinek, portanto, a Constituição está ligada a um princípio ordenador que irá limitar a situação dos membros dentro do Estado (LÓPES CADENA, 2007, p.82). Além disso, a Constituição traz normas que irão sustentar a estrutura do Estado.

Essa Constituição pode manifestar-se na forma de um mero poder de fato, ou, no caso dos Estados Modernos, pode assumir a forma de uma ordem jurídica (VERDÚ, 1991, p.xi).<sup>134</sup>

Novamente, então, aparece a influência de Lassalle no pensamento de Jellinek (VERDÚ, 1991, p.lxii-lxiii), entendendo-se por Constituição a redução a termo das forças políticas em uma sociedade (LASSALLE, 2009, p.07). Assim, os problemas do direito constitucional são antes políticos que jurídicos (LASSALLE, 2009, p.40), de modo que sua forma escrita, como Constituição formal, não será nunca capaz de abarcar toda a complexidade da “constituição real”, e, um dia, entrará em colapso (LASSALLE, 2009, p.33) e sucumbirá.

Assim, as Constituições rígidas, como o caso da alemã imperial, não poderiam evitar que um direito constitucional não escrito se desenvolvesse, já que o substrato abstrato do direito, o mundo do *Sollen*, é dependente de uma conexão com a realidade, o mundo do *Sein*. Diferentemente, no caso das constituições flexíveis, haveria uma maior potencialidade de adaptação às necessidades e à realidade (VERDÚ, 1991, p.xiii).

Dessa forma, a figura que Jellinek chamará de mutação constitucional é, na realidade, a confirmação dessa influência do real sobre o normativo; mas, com isso, há um preço a se pagar: a força normativa da constituição acaba por se curvar para a força normativa do fato (JELLINEK, 1991, p.07).

Analisando seu próprio contexto social, Jellinek perceberá que a implantação do sistema constitucional imperial de 1878 como condição para a sua unificação acabou por gerar insegurança e incerteza jurídica, uma vez que a Constituição apenas se sobrepunha às confederações anteriores e aos seus regimes sem que houvesse qualquer mecanismo de adaptação (SANCHEZ URRUTIA, 1993, p.314).

---

<sup>133</sup> A verdade é que tal mérito virá apenas no trabalho de Schmitt e, depois, no de Loewenstein, que separarão a ideia e a terminologia de uma Teoria da Constituição – *Verfassungslehre* (VERDÚ, 1991, p.lx).

<sup>134</sup> Há, então, uma conexão entre o conceito de Jellinek de constituição e aquele já traçado por Aristóteles sob a forma de *politeia* (JELLINEK, 2000, p.457; VERDÚ, 1991, p.lxiii).

Além disso, era evidente a hegemonia política prussiana nesse cenário. O Legislativo bicameral era composto pelo *Bundesrat* e pelo *Reichstag*. O primeiro órgão era composto por delegados de cada Estado-membro, mas não seguia uma lógica igualitária, pois a Prússia detinha o direito a mais cadeiras que os demais. Já o *Reichstag* tinha seus membros eleitos pelo sufrágio universal masculino. Mas não havia uma regra de proporcionalidade que, devido ao fato de a Prússia ter a população equivalente a quase dois terços do Império, conseguia compor a maioria dos assentos. Além disso, o rei prussiano era também o imperador e, em geral, o chanceler imperial era o presidente do Conselho da Prússia (SANCHEZ URRUTIA, 1993, p.314-315).

A Constituição de 1878 era rígida e qualquer reforma poderia ser barrada pelo *Bundesrat* se houvesse pelo menos 14 votos contrários, e, dada a superioridade da Prússia, quaisquer alterações formais da constituição estavam submetidas ao seu consentimento (SANCHEZ URRUTIA, 1993, p.315).

A partir disso, Jellinek acusa o *Bundesrat* de fazer, permanentemente, frente à Constituição do Império – criticando, inclusive, a postura de Laband ao ignorar tal quadro em sua obra – e, com isso, destituir a força normativa da própria constituição pela sobreposição de suas “forças políticas reais” (JELLINEK, 1991, p.30; SANCHEZ URRUTIA, 1993, p.316). Ora, para Jellinek (1991, p.5-6), a Constituição é que tem força normativa, e, portanto, deve ser hierarquicamente superior às leis emanadas do Legislativo ou aos atos vindos do Executivo, condicionando a atividade de ambos. A rigidez da Constituição que deveria funcionar como um mecanismo de sua própria proteção, era insuficiente. Um exemplo é o problema da existência de seções secretas de deliberação no *Reichstag*, que, a despeito de serem proibidas pela Constituição, estavam previstas nos regimentos parlamentares (JELLINEK, 1991, p.17-18; SANCHEZ URRUTIA, 1993, p.318). Ora, a princípio, por violar a Constituição, tais deliberações deveriam ser *nulas*, mas acabavam sendo confirmadas pelo *Bundesrat* e pelo *Kaiser*. Logo, diante da falta de um mecanismo de controle de constitucionalidade, acabavam por ganhar validade jurídica.

### **3.2 A tese da mutação constitucional no debate alemão de Weimar: a mutação como parte do conceito dinâmico de constituição**

#### **3.2.1 As polêmicas em torno de uma “disputa pelo método” jurídico**

No contexto alemão que antecede a Segunda Guerra Mundial, imperava uma ideologia essencialmente legicêntrica (OLIVEIRA, 2011, p.23), com uma grande produtividade legiferante, que acabava ganhando destaque em detrimento da normatividade constitucional. Isso é uma consequência da derrubada do Jusnaturalismo e sua substituição pelo Positivismo Jurídico como tradição dominante (VIEIRA, 1999, p.91).<sup>135</sup>

Diferentemente do que veio a ocorrer na tradição constitucional norte-americana, a *supranormatividade* da Constituição ainda não era uma ideia clara e plenamente aceita pela comunidade jurídica (JACOBSON; SCHLINK, 2000, p.xi), de modo que a Constituição era compreendida como um instrumento de governo.

A relação que se estabeleceu entre teoria e prática foi lida de outra forma, menos pragmática. A crise do Estado acabou por deflagrar a existência de uma crise do direito do Estado, e, com isso, também da Constituição (JACOBSON; SCHLINK, 2000, p.2-3). Aqui, dois eventos no curso do século XX marcaram a teoria alemã do direito do Estado: (1) a disputa sobre métodos e objetivos; e (2) a introdução do modelo de controle de constitucionalidade feito pelo Judiciário alemão.

Nesse diapasão, a busca por novos métodos jurídicos acabou servindo para revelar a fragilidade dos antigos, e descobrindo a “crise” que existia na teoria jurídica alemã. No caso do período de Weimar, a disputa por métodos e objetivos teve essa noção em consciência. Autores como Schmitt (2001), Heller (1998), Smend (2002), entre outros teóricos do Estado, tiveram que enfrentar os posicionamentos e teorias tradicionais, que ainda se apegavam à lógica do período imperial anterior, e, com isso, viam o quadro estrutural do momento que assinalava uma ruptura iminente,

---

<sup>135</sup> “O positivismo, ao separar Direito e Moral, permite que o Direito se transforme em um instrumento de organização social mais flexível que o direito liberal, fundado no Jusnaturalismo, adaptando-se à democracia de massa e a um Estado que, com intensidade cada vez maior, intervém e regula a esfera privada” (VIEIRA, 1999, p.92).

pintando-o como um momento de “crise” (JACOBSON; SCHLINK, 2000, p.4). Essas mudanças na Teoria do Estado eram oriundas das mudanças que passavam o Estado e a sociedade alemã do pós Primeira Guerra Mundial. Contudo, para Jacobson e Schlink (2000, p.4), o que havia era um discurso idealista apoiado mais em supostos valores do que num estudo sobre as condições concretas de tais mudanças. Com isso, o que se assiste é uma reação na qual a Teoria do Estado passa a assumir contornos e a expressar interesses políticos de grupos que lutavam por uma posição de controle do pensamento jurídico.

O ponto de partida do debate acerca da Teoria do Estado em Weimar é o equilíbrio do poder no Império, que é resultado da derrota da revolução burguesa de 1848 e do sucesso militar da monarquia prussiana em 1866 e em 1870-1871. Como consequência, a burguesia alemã não conseguia mais esperar por uma conquista rápida das suas demandas por si mesma. A monarquia foi a responsável pela estabilização da unidade e da criação do Império alemão, preenchendo, ainda, uma demanda por democracia com a criação do *Reichstag* como um Parlamento do Império. De acordo com a Constituição, a unidade não tinha por base o povo, mas era derivada de uma liga (*Bund*) de monarquias, de modo que o *Reichstag* se submetia a um governo monárquico, tendo que dividir as atividades legislativas com o *Bundesrat* – um conselho de delegados dos Estados monárquicos alemães. Assim, mesmo dependendo da aprovação de uma lei do consentimento do *Reichstag*, seu espaço de tomada de ações permanecia pequeno (JACOBSON; SCHLINK, 2000, p.5) e a burguesia tinha cada vez menos coragem de assumir posições, por medo de um aumento de força das classes operárias, que se organizavam com os movimentos socialdemocratas.

No curso do período imperial, as teorias eram ligadas à ideologia burguesa. O confronto entre Laband e von Gierke – no qual o primeiro saiu vencedor – é bastante representativo. Para o primeiro, a Teoria do Estado era limitada a pensar e construir conceitos a partir da interpretação do direito positivo, deixando de lado qualquer referência de ordem política ou filosófica. Era uma leitura asséptica do direito, diferente de von Gierke, que promovia uma leitura orgânica e permeada de referências políticas e filosóficas. Já a visão de Laband, era preocupada com uma postura descritiva e, com isso, voltada acriticamente para o funcionamento e os limites do Estado (JACOBSON; SCHLINK, 2000, p.6). Aos olhos de Laband, a atividade de criação do direito pelo *Reichstag* era limitada pelo *Bundesrat*, mas, ao

mesmo tempo, o poder monárquico de governar e interferir na liberdade e na propriedade dos cidadãos estava limitado por determinações legais. Assim, o principal objetivo de sua teoria positivista era a proteção da liberdade e da propriedade burguesa contra o Estado monárquico.

Já no curso de Weimar, a leitura era eminentemente antiliberal e anti-individualista. A compreensão de liberdade do positivismo imperial marcava uma concepção de liberdade apolítica, desconectada com a participação do cidadão, mas entendendo o Estado como o opressor da sua liberdade (JACOBSON; SCHLINK, 2000, p.7). A Constituição de Weimar, diferentemente da anterior, não se preocupou em trazer apenas normas de organização do Estado, mas também direitos fundamentais individuais, e uma novidade, os direitos sociais (SÁNCHEZ URRUTIA, 2000, p.114). Com isso, ampliou-se o campo de problematização da Teoria do Estado; e mais problemas práticos se mostraram presentes. A possibilidade agora do Judiciário funcionar como um local para dirimir conflitos acerca de uma jurisdição constitucional – inexistente ao tempo do Império – modificou o cenário jurídico.

Com o fim da Primeira Guerra Mundial, a Alemanha se vê transformada em uma República, e a Constituição de 1919 proclama que sua base está radicada na soberania popular. Assim, pelo menos a princípio, a fundamentação do Estado e da Constituição a partir das bases teóricas anteriores, voltadas à afirmação do princípio monárquico, aparecem como uma saída cuja porta estaria fechada (MAIA, 2010, p.52-53). Vieira (1999, p.98) lembra que o fato da constituição ter sido promulgada pela mesma Assembleia que meses antes iria ratificar o Tratado de Versalhes – que estabeleceria a perda da Alsácia-Lorena para a França, além de territórios à Polônia, Tchecoslováquia e Bélgica e, ainda, impunha limitação das provas militares alemãs e um conjunto de obrigações que foram consideradas abusivas e humilhantes – acabava por representar uma perda de confiabilidade popular.<sup>136</sup> O cenário sócio-econômico era de crise (VIEIRA, 1999, p.99). A hiperinflação e o desemprego são fatores que permitirão o desenvolvimento de doutrinas nacionalistas, militaristas e antisemitas (VIEIRA, 1999, p.99).

Diante de tal quadro, a Constituição traz diversas novidades – representando uma verdadeira ruptura paradigmática –, por exemplo: (a) traz um catálogo de

---

<sup>136</sup> Vieira (1999, p.98) lembra que os nacionalistas consideravam a Constituição “espúria” por ter seu projeto inicial elaborado por Press, que tinha origem judaica.



direitos fundamentais, que incluíam direitos individuais, direitos políticos e direitos sociais, limitando o poder e a atuação estatal; e (b) apresenta uma rigidez constitucional, colocando a Constituição explicitamente como um conjunto normativo hierarquicamente distinto e superior do resto da legislação e fixando um procedimento especial para suas alterações.

A Constituição de Weimar não foi elaborada por uma maioria evidente, já que o equilíbrio político era eminentemente precário e instável (WEITZ, 2007, p.84). Como reflexo disso, pode-se notar que o texto constitucional não é homogêneo, mas uma expressão própria de um embate de forças políticas (BERCOVICI, 2004, p.26). O produto, então, foi uma Constituição compreendida como um “compromisso politicamente aberto” (STOLLEIS, 2004, p.64; BERCOVICI, 2004, p.26),<sup>137</sup> o que suscitou muitas críticas, já que não trazia maiores definições acerca das políticas que viabilizassem o seu cumprimento em um sentido determinado (BERCOVICI, 2004, p.27). Assim,

O projeto de Constituição elaborado por Hugo Preuss era “neutro” politicamente, pois não continha um capítulo sobre os direitos fundamentais. Apesar de ser favorável à concepção social da democracia e à proteção dos direitos sociais, Preuss tinha receio que as disputas ideológicas em torno das diferentes visões de direitos fundamentais ameaçassem a unidade nacional e a organização democrática do povo alemão. Foi a Assembléia Constituinte de Weimar, com base na proposta de Friedrich Naumann, que acrescentou a segunda parte da Constituição, que dispunha sobre os direitos e deveres dos alemães (BERCOVICI, 2004, p.28).

A primeira reação da comunidade jurídica, então, foi criticar duramente o texto constitucional que dispunha sobre os direitos e garantias, acusando-o de ser

---

<sup>137</sup> “*The compromise character was evident from the structure of the constitution, from the mixture of liberal and socialistic elements in the section on basic law, or in the potential opposition of parliamentarism and presidential dictatorship. In the eyes of the revolutionaries the constitution sealed the failure of the revolution and the betrayal by the majority socialists. For the monarchists it was the symbol of the hated ‘Republic’ imposed by the Allies. The extreme right generally rejected the parliamentary model. Federalists criticized the Unitarian tendencies, which they believed had become too strong. The Unitarians in turn lamented the powerful return of particularism and the unresolved problems of reform of the Reich*” (STOLLEIS, 2004, p.64-65). Tradução livre: “O caráter compromissório foi evidente a partir da estrutura da Constituição, da mistura de elementos liberais e socialistas na seção de direitos fundamentais, ou na oposição potencial do parlamentarismo e da ditadura presidencial. Aos olhos dos revolucionários, a constituição selou o fracasso da revolução e a traição da maioria socialista. Para os monarquistas, era o símbolo da odiada “República” imposta pelos Aliados. A extrema direita, de modo geral, rejeitou o modelo parlamentar. Os Federalistas criticaram as tendências unitárias, que eles acreditavam terem ficado muito fortes. Os Unitários, por sua vez, lamentaram o retorno poderoso do particularismo e os problemas não resolvidos de reforma do *Reich*”.

um conteúdo não jurídico e mera expressão da política (BERCOVICI, 2004, p.28-29). Todavia, em um segundo momento, a partir de 1923, após tentativas de sistematização dessas normas constitucionais sob o título de direitos subjetivos públicos – principalmente pelos trabalhos de Anschütz e Thoma, como informa Bercovici (2004, p.29) –, buscou-se desenvolver uma interpretação que fosse capaz de otimizar os direitos fundamentais, mas preservando a distinção entre os “direitos liberais de defesa e os direitos de prestação, relegados como tarefas de concretização legislativa” (BERCOVICI, 2004, p.29). Uma terceira fase de interpretação dos direitos fundamentais se inicia em 1930. Agora, “os direitos eram o campo de batalha dos decretos de emergência e da adversidade constitucional que se iniciava” (BERCOVICI, 2004, p.29). Para uns, os direitos fundamentais eram conteúdos de vital importância, para outros – como o caso de Schmitt – eram um resquício da burguesia liberal do século anterior (BERCOVICI, 2004, p.30). A crítica aqui era no sentido de que os compromissos assumidos pela Constituição acabavam por representar uma espécie de “decisão adiada”.<sup>138</sup>

A partir disso, novos contornos para a relação entre Direito e Política precisaram ser definidos, de modo que a “miopia” que caracterizava o período anterior não mais pôde ser aplicada satisfatoriamente. Agora, clamava-se por uma teorização sobre possíveis – e até necessárias – comunicações entre Direito e Política (STOLLEIS, 2004, p.124).

No campo teórico, o dogmatismo racionalista de Kelsen (1998) passa a ser confrontado pelas teses de Schmitt (2001), Heller (1998), Smend (2002), entre outros, mostrando uma riqueza de opções e possibilidades jurídicas ignoradas na fase anterior.

Stolleis (2004, p.43) argumenta que o debate inflamado no curso de Weimar estava muito ligado a um sentimento de insegurança da própria doutrina da Teoria do Estado. O novo quadro trazido pela Constituição de Weimar abria-se para uma constelação de canais de comunicação que pulverizavam os processos institucionais de tomada de decisão jurídico-política; o que é diferente do quadro do período anterior, no qual havia um centro referencial único da ação estatal.

---

<sup>138</sup> “Kirchheimer entendia a Constituição de Weimar como mera regra formal do jogo democrático, um instrumento das forças políticas mais poderosas em cada momento. A única alternativa para o proletariado seria, para ele, a perseguição de uma verdadeira política socialista, além da Constituição” (BERCOVICI, 2004, p.35).

O interessante desse debate é que ele acabou por ultrapassar o ambiente acadêmico, ganhando publicidade na sociedade alemã de 1926 a 1929. Um número de atores muito grande participou desse debate, que não cabe aqui reconstruir em sua inteireza. Ao invés disso, passa-se a explicitar os principais pontos e argumentos constitutivos das teorias de Heller, Smend, Dau-Lin e Loewenstein, como os principais responsáveis por reformulações à tese da mutação constitucional.

### **3.2.2 A tese da mutação constitucional na teoria do estado de Hermann Heller: a tensão entre normalidade e normatividade**

Heller é um importante autor do direito público do período de Weimar, representando uma ruptura e uma contra posição à tradição dos autores do positivismo (CALDWELL, 1997, p.128).<sup>139</sup> Isso porque Heller escreve sua Teoria do Estado já no interior da chamada “crise” que assolara o constitucionalismo da República de Weimar (BARASH, 2002, p.114; BERCOVICI, 2004, p.111).<sup>140</sup> O ponto

<sup>139</sup> “Heller argued (as did Carl Schmitt, contra Hans Kelsen) that all conceptions of law are fundamentally political and tied to a particular historical and social contexts. Like Schmitt, he sought to ground legal philosophy in society and culture. However, he opposed as dictatorial Schmitt’s celebration of the elimination of political conflict though the imposition of the Volk’s ‘substantive homogeneity’ on a pluralist society. Rather, Heller shared with Kelsen a commitment to democracy, to the liberty of the individual, and to social equality. Heller also shared Kelsen’s respect for the idea that it is important for a decent political society to make sense of the constraints of the rule of law” (DYZENHAUS, 2000, p.250, grifo no original). Tradução livre: “Heller argumentou (como fez Carl Schmitt contra Hans Kelsen) que todas as concepções de direito são fundamentalmente políticas e ligadas a um contexto histórico particular e social. Como Schmitt, ele procurou assentar sua filosofia do direito na sociedade e na cultura. No entanto, ele se opôs à defesa ditatorial de Schmitt da eliminação do conflito político pela imposição da ‘homogeneidade substantiva’ do Volk em uma sociedade pluralista. Em vez disso, Heller compartilha com Kelsen um compromisso com a democracia, a liberdade do indivíduo e a igualdade social. Heller também compartilhou o respeito de Kelsen para com a ideia de que é importante para uma sociedade política decente que as limitações do Estado de Direito façam sentido”.

<sup>140</sup> “Afin d’identifier la spécificité de la crise européenne, Heller la ramène à deux sources principales : (1) à celle plus générale d’une crise spirituelle de son époque, initialisée à la fois par la défaillance du libéralisme e par la catastrophe de la première guerre mondiale; (2) à la source plus spécifique d’une crise dans les structures politico-juridiques. A notre avis, l’originalité de l’analyse de Heller réside dans son examen de l’articulation du rapport entre ces deux sources” (BARASH, 2002, p.1114). Tradução livre: “Para identificar a especificidade da crise europeia, Heller retorna a duas fontes principais: (1) à mais geral, uma crise espiritual do seu tempo, por causa do fracasso do liberalismo e do desastre da Primeira Guerra Mundial; (2) à mais específica, uma crise nas

central dessa crise seria a chamada de atenção da comunidade jurídica para a própria esterilidade e inadequação que a disciplina e seus conteúdos irão assumir no que concerne a uma aplicabilidade prática. Razão pela qual a tradição positivista deixou no esquecimento o substrato político-social inerente em face da imposição do “método jurídico” como a única forma de pensar e compreender o direito. Sob o título de “metajurídicos”, tudo aquilo que não fosse uma discussão rigorosamente científica acabou sendo banido dos círculos de produção do conhecimento acadêmico-jurídico (BERCOVICI, 2004, p.111). Isso levará Heller a afirmar que a proposta de Kelsen, então, equivaleria a pensar em uma “Teoria do Estado” sem o Estado (BERCOVICI, 2004, p.112).

Dessa forma, o pensamento de Heller é marcado por uma adesão ao pensamento conservador tradicional de matriz neohegeliana, que irá transportar a concepção moral de política para uma noção de interesse nacional ou de razão de Estado (CALDWELL, 1997, p.128). Sua preocupação, portanto, desloca-se para uma busca por fundamentos da unidade política (BERCOVICI, 2004, p.112), que não pode mais ser explicada exclusivamente pelo direito, mas vista de modo ampliado pelo prisma da totalidade da vida social.

Heller pretende desenvolver uma teorização do Estado voltada para a conciliação entre pluralidade e unidade políticas, e, para tanto, partirá da ideia de homogeneidade social no interior de uma sociedade plural (BERCOVICI, 2004, p.112). O artifício de uma “nação” – como base para o “real” – servirá para justificar a fonte da vontade do Estado e, com isso, fomentará o desenvolvimento de uma política nacionalista aos moldes de uma Social Democracia (HELLER, 2000, p.269; CALDWELL, 1997, p.129). Essa nação seria, portanto, formada a partir de características comuns à população como “solo” e “sangue”, manejando, assim, certo determinismo biológico, mas também cultural. Assim, o Estado e a nação formavam uma síntese dialética na qual a vontade e o dinamismo se relacionavam, dando origem a um complexo processo de organização política (HELLER, 2000, p.257). Como soberano, o Estado era capaz de se sobrepor a todo e qualquer conflito social, sendo a força social mais elevada e organizadora. O Estado é unidade de decisão territorial (BERCOVICI, 2004, p.112; 2004, p.121), e é esse o

---

estruturas políticas e jurídicas. Em nossa opinião, a originalidade da análise de Heller está em sua análise da articulação da relação entre essas duas fontes”.

seu traço diferenciador dos outros grupos políticos.<sup>141</sup> Aliás, por político, Bercovici (2004, p.114) explica que Heller pretende designar o

equilíbrio dialético entre unidade e diversidade infinita dos atos sociais para obtenção de uma unidade política ordenadora e ordenada. São os atos de decisão política que estabelecem e mantêm em vigor a ordem jurídica, cuja existência depende permanentemente dessa unidade de decisão em um território determinado. O problema fundamental da política é o nascimento e a manutenção dessa unidade de decisão territorial, de um dado dentro da pluralidade dos atos de vontade que a integram e, de outro, dentro da pluralidade de dominações territoriais que a circundam (BERCOVICI, 2004, p.114).

Claro que por organização Heller (1998, p.317) deixa transparecer uma ligação com o pensamento de Lassalle e sua tese das “relações reais de poder” (CALDWELL, 1997, p.131; SÁNCHEZ URRUTIA, 2000, p.116; BERCOVICI, 2004, p.116). O ponto de partida aqui é um conceito material de Estado (HELLER, 2000, p.266; 1998, p.21; SÁNCHEZ URRUTIA, 2000, p.116), o que significa perquirir um conceito *real* de Estado, ao invés de um tipo formal ou ideal, como feito por perspectivas anteriores. Por isso mesmo, sua Teoria do Estado é, antes de tudo, uma “ciência engajada”, nos dizeres de Bercovici (2004, p.110).

Para Heller, a Constituição aparece sob um duplo aspecto: ora como estrutura política que possibilita a organização do Estado; ora como norma base que ampara todo o fundamento legal do direito (CALDWELL, 1997, p.138). Com isso, Heller busca conciliar dialeticamente o estático e o dinâmico, ou melhor, a normalidade a normatividade, a partir de uma nova forma de estabelecer a antiga relação entre “ser” e “dever-ser”, sob um prisma dialético.

Deve ser aclarado que Heller (1998, p.316) denomina por “organização” a ação concreta de dar forma à cooperação dos indivíduos e dos grupos que participam do todo, ou seja, da unidade formadora do Estado. Daí desenvolve-se o conceito de constituição “real” de Heller (2000, p.275), bem ao estilo de Lassalle. Essas relações são eminentemente relações de poder, logo, são relações altamente cambiantes e dinâmicas, sempre em constante movimento, tendo como

---

<sup>141</sup> “Ao contrario de Carl Schmitt, a unidade política, para Heller, não é um dado prévio, mas um fim ideal continuamente confrontado com a complexidade e as contradições da realidade. Por isso entende o Estado como unidade na pluralidade” (BERCOVICI, 2004, p.113).

consequência a constituição não de um projeto acabado, mas de um processo aberto (HELLER, 1998, p.317).

A constituição, então, permanece através dos tempos, justamente em razão da manutenção da expectativa de que as condutas por ela disciplinadas sejam repetidas. A isso, Heller (1998, p.318) chama da “normalidade” do fato. Em uma constituição, então, duas partes coexistem: a constituição não normatizada, de um lado, e a constituição normatizada, de outro. Por normalidade, então, Heller designa não apenas a existência de condutas normatizadas – juridicamente organizadas – como ainda a existência de *regras de previsão*, que consistem na probabilidade de repetição de condutas pela sociedade, o que gera expectativas de observância, permitindo convivência e cooperação entre os membros de uma dada sociedade (HELLER, 1998, p.319). Essas regras de previsão são detectadas empiricamente, pela observação. Já a normatividade, é, para Heller (1998, p.319-320), o agir conforme determinados critérios positivos de valor. Mesmo assim, a normatização constitucional pode dar-se por fatores jurídicos, mas também por fatores extrajurídicos – princípios constitucionais e princípios gerais do Direito (SÁNCHEZ URRUTIA, 2000, p.117). A essa multiplicidade, Heller (1998, p.318) compreende a estabilização dos universos do “ser” e do “dever-ser” da Constituição;<sup>142</sup> isto é, a normalidade cria a normatividade,<sup>143</sup> mas, igualmente, a normatividade cria a normalidade (HELLER, 1998, p.319-320; SÁNCHEZ URRUTIA, 2000, p.117).<sup>144</sup>

---

<sup>142</sup> “Así como no pueden estimarse completamente separados lo dinámico y lo estático, tampoco pueden serlo la normalidad y la normatividad, el ser y el deber ser en el concepto de la Constitución. Una Constitución política sólo puede concebirse como un ser al que dan forma las normas. Como situación política existencial, como forma y ordenación concretas, la Constitución sólo es posible debido a que los partícipes consideran esa ordenación y esa forma ya realizados o por realizarse en el futuro, como algo que debe ser y lo actualizan; ya sea que la forma de actividad acomodada a la Constitución se haya convertido para ellos, por medio del hábito, en una segunda naturaleza, en conformación habitual de su propio ser apenas estimada como exigencia normativa consciente; ya sea que los miembros motiven su conducta, de modo más o menos consciente, por normas autónomas o heterónomas” (HELLER, 1998:318).

<sup>143</sup> “Heller afirma que uma Constituição real de um Estado pode conhecer normalidade sem normatividade, porém não o inverso, porquanto não há validade normativa sem normalidade. Desta maneira, normalidade e normatividade encontram-se em relação de condicionamento recíproco, se complementam, não sendo cabível, na lição de Heller, sustentar uma rígida separação entre *ser e dever ser*” (OLIVEIRA, 2011, p.25, grifos no original).

<sup>144</sup> “Formulado en los términos del sistema conceptual de Heller, la norma constitucional puede transformarse de mancras distintas: por el cambio de contenido de los elementos normados no jurídicos (principios constitucionales y principios generales del derecho), o como consecuencia de las mutaciones constitucionales que suponen la superación de los elementos normados por la normalidad” (SÁNCHEZ URRUTIA, 2000, p.117).

Para Heller (1998, p.324-325), os princípios, uma vez que não trazem um conteúdo preciso, permitem uma evolução e uma transformação da Constituição (SÁNCHEZ URRUTIA, 2000, p.117). Esses princípios, então, serviriam tanto como parâmetros interpretativos para os magistrados como pautas para os legisladores. E, aqui, o que se tem é a normatividade em constante e permanente busca pela normalidade. Se bem sucedida a operação, o sistema jurídico é preservado, mantendo-se contínuo o ordenamento constitucional.

Mas também é possível identificar que, em alguns momentos, a normatividade acaba por perder sua capacidade de normalizar, revelando que a realidade pode ser mais forte do que a norma estatal, o que daria origem a uma mutação constitucional (SÁNCHEZ URRUTIA, 2000, p.118). Todavia, a doutrina da mutação constitucional, quer em Laband quer em Jellinek, é criticada duramente por Heller (1998, p.328-329; OLIVEIRA, 2011, p.26), por entender este que a teorização é insuficiente, não cuidando o conceito de uma compreensão dinâmica da Constituição; e mais, atentando-se apenas para os casos práticos menos importantes, isto é, que em menor escala representam as relações sociais de poder que contradizem o texto da Constituição. Essa realidade é mais forte que a normatividade constitucional, razão pela qual não há em Heller uma teorização acerca dos limites das mutações (OLIVEIRA, 2011, p.26).

Por isso mesmo, a perspectiva de Heller (1998, p.329) irá buscar incorporar o conceito de mutação constitucional no seu conceito dinâmico de constituição. Sánchez Urrutia (2000, p.116) destaca, então, que Heller é pioneiro ao transpor o conceito de mutação constitucional da Teoria Geral do Estado para a Teoria da Constituição.

Particularmente, a análise de Heller sobre a Constituição de Weimar busca compreendê-la como a expressão das relações fáticas de poder (BERCOVICI, 2004, p.136). Consequentemente, as contradições existentes em seu interior não são um produto das falhas do constituinte, mas, antes, um reflexo do momento histórico da Alemanha. As contradições estão ali para servirem como “válvulas jurídicas” para a transição para outra forma de Estado, o Estado Socialista. E essa transformação poderia se dar sem que uma linha da Constituição viesse a ser alterada (BERCOVICI, 2004, p.137); o que denota a valorização do conceito de mutação a partir de uma mudança interpretativa do texto da Constituição.

Heller assumirá que o direito não possui “lacunas” em seu interior; estas estariam apenas presentes nas observações dos autores de manuais. Ao invés disso, afirmará que a prática judicial levanta exigências de que nas decisões jurisdicionais a norma seja ajustada para o contexto e para a realidade no intuito de proporcionar condições para essa própria decisão (CALDWELL, 1997, p.139). Aqui, os magistrados deveriam compartilhar dos argumentos éticos e políticos dos cidadãos, mais uma vez realizando a dialética entre norma e realidade.<sup>145</sup>

O que deve ser destacado, então, é que esse processo de concretização da norma diante da realidade apoia-se e legitima-se, segundo Caldwell (1997, p.141), na submissão a certos princípios gerais de origem ética que guiarão a tomada de decisões institucionais – inclusive o processo de produção de uma mutação constitucional – para a formação desse novo Estado Socialista.

A Constituição de Weimar é, então, compreendida como portadora de uma ordem concreta de valores que deverá ser observada tanto pelo Judiciário como pelo Legislativo ao realizarem suas concretizações normativas. Essa concepção, parcialmente, está presente no pensamento de Hesse e de sua teoria da mutação constitucional.

A partir de Heller, desenvolve-se uma linha de continuidade, mantida em Smend (2002), Dau-Lin (1998), Loewenstein (1976) e Hesse (2009), no que concerne à leitura do conceito de mutação constitucional. Diante da “crise” na Teoria do Estado que assolará o período de Weimar, os defensores de uma postura não

---

<sup>145</sup> “By rejecting the notion that a statute had some substantive essence such as generality or duration prior to its formal or procedural qualities, Heller stepped outside the Labandian tradition. Like, Kelsen, Heller argued that all legal acts, from statute to ordinance to contract, took the form of a legal norm. Considered from a purely formal angle, the legislature could grant the statute any content, whether that of a general norm or of an individual order. Unlike Schmitt, who sought to deduce rigid limits to the statute from his ideal system of the bourgeois *Rechtsstaat*, Heller insisted that the limits to legislative activity fluctuated as the political and social conditions of a nation change. Like Kelsen, he left the content of the statute up to existing power relations and political needs. Unlike Kelsen, however, Heller based his concept of the statute on political arguments” (CALDWELL, 1997, p.140). Tradução livre: “Ao rejeitar a noção de que uma lei tinha uma essência substantiva, como generalidade ou a duração antes de suas qualidades formais ou processuais, Heller abandonou a tradição labandiana. Como, Kelsen, Heller argumenta que todos os atos jurídicos, da lei ao decreto e deste para contrato, tomaram a forma de uma norma jurídica. Considerado a partir de um ângulo puramente formal, o legislador poderia conceber a lei com qualquer conteúdo, seja de uma norma geral seja de uma ordem individual. Ao contrário de Schmitt, que procurou deduzir limites rígidos para a lei no seu sistema ideal do *Rechtsstaat* burguês, Heller insistiu que os limites à atividade legislativa fluíam, tal como as condições políticas e sociais de uma mudança de nação. Como Kelsen, ele deixou o conteúdo da lei para as relações de poder existentes e as necessidades políticas. Ao contrário de Kelsen, no entanto, Heller baseou seu conceito de lei em argumentos políticos”.



formalista acabaram por abraçar a defesa de um critério de legitimação do Estado e da Constituição a partir de um referencial externo ao próprio universo jurídico; isto é, a tentativa de identificação e de observância dos valores presentes na cultura de uma dada sociedade fornecerá o parâmetro para a legitimidade de uma mutação constitucional.

A mutação constitucional, portanto, irá servir para encobrir, como remédio mágico, as dificuldades surgidas justamente em razão do esgotamento do paradigma liberal de Estado e de Direito, diante do desenvolvimento de um novo paradigma, o Estado Social<sup>146</sup>

### **3.2.3 A concepção de mutação constitucional como parte da teoria integracionista de Rudolph Smend**

Assim como Heller, Rudolf Smend (2000) um importante pensador do período alemão de Weimar, ganha destaque no cenário jurídico por desenvolver um conceito dinâmico de Constituição, através da inserção do método científico-espiritual. Seu principal objetivo é rivalizar com as concepções teóricas assumidas, por um lado, por pensadores formalistas – dentre eles, Laband, Jellinek e Kelsen – e, por outro, por “realistas”, como Weber (SÁNCHEZ URRUTIA, 2000, p.118; KORIOTH, 2000, p.207). Smend rejeitará, ainda, o postulado kelseniano da separação entre o *ser* e o *dever-ser*, e em seu lugar, proporá sua *teoria integrativa – Integrationslehre* (CALDWELL, 1997, p.122).<sup>147</sup>

Com isso, deslocará todo o problema para a Teoria do Estado e negará a esta qualquer caráter mecanicista, defendendo um tipo de organicismo que identificará imediatamente a relação entre indivíduo e sociedade (SMEND, 2000, p.217-219; KORIOTH, 2000, p.210; CALDWELL, 1997, p.124) como mediada dialeticamente pelo Estado, como o grande fluxo circular dessa dinâmica (SÁNCHEZ URRUTIA,

---

<sup>146</sup> Para um detalhamento acerca das principais causas e características do paradigma do Estado Social deve-se remeter a leitura de Carvalho Netto (1999, p.480) e Cattoni de Oliveira (2002, p.59).

<sup>147</sup> Kelsen (1998, p.01) será um importante crítico de Smend, acusando-o de desenvolver uma obra que não é capaz de veicular um sistema teórico, mas apenas um programa a ser desenvolvido posteriormente.

2000, p.119). Smend (2000, p.217) retira do Estado, então, todo conteúdo naturalizado, compreendendo-o como *realização cultural* e, por isso, como Espírito fluido, em permanente modificação.<sup>148</sup>

Por *integração*, Smend (2000, p.218) designará o núcleo essencial do Estado nesse constante renovar-se pelas manifestações espirituais (culturais). Para tanto, identificará modelos estruturais distintos nos quais a integração dar-se-á: (1) pela *integração pessoal* (SMEND, 2000, p.219-220), determinada por um líder ou caudilho, ou mesmo, por uma burocracia política ou pelas elites políticas (GARCÍA ROCA, 1988, p.271); (2) pela *integração funcional* (SMEND, 2000, p.222-223), realizada a partir de formas de vida que buscam a construção de um sentido coletivo, fazendo-se uso de processo de conformação da vontade comunitária, como as eleições, mas não exclusivamente no seu sentido jurídico, pois Smend compreende que tais manifestações são importantes para atualizar a comunidade de valores (GARCÍA ROCA, 1988, p.272); e (3) pela *integração material* (SMEND, 2000, p.229-230), que se constrói a partir de símbolos e de objetivos comuns que vão justificar a existência do Estado. Esta última modalidade liga-se aos elementos do Estado portadores de conteúdo simbólicos, como o território e a história comum de um povo (SÁNCHEZ URRUTIA, 2000, p.102-121).

Como consequência disso, Smend (2000, p.240) assumirá uma compreensão diversa do que seja a Constituição. Ele destaca que, tradicionalmente, a constituição era entendida por duas formas distintas: (1) por uma *visão estática*, segundo a qual a Constituição representaria a regulação dos órgãos estatais e garantiria o *status* de indivíduo frente ao poder público (SÁNCHEZ URRUTIA, 2000, p.121); e (2) por um sentido lassalleano, no qual a Constituição seria a soma das forças reais de poder. Mas tais concepções não representariam a melhor forma de compreensão do

---

<sup>148</sup> “The theories of the state and state law deal with the state as part of spiritual reality. Collective spiritual structures as part of reality are not static substances but units of meaning of real spiritual life – spiritual acts. Their reality is that of functional actualization, reproduction, or more precisely, of continual spiritual achievement and formation (which can be progress or degeneracy, depending on their value) – only in this process and by dint of their process do they, or will they, renew their reality from moment to moment” (SMEND, 2000, p.217). Tradução livre: “As teorias do Estado e do Direito do Estado lidam com o Estado como parte da realidade espiritual. Estruturas espirituais coletivas como parte da realidade não são substâncias estáticas, mas unidades de sentido da vida espiritual real – atos espirituais. Sua realidade é a de atualização funcional, reprodução, ou, mais precisamente, de contínua realização espiritual e de formação (que pode ser progressiva ou degenerativa, dependendo de seu valor) – somente nesse processo e por força de seu processo que eles podem, ou poderão, renovar a sua realidade de momento a momento”.

fenômeno “constituição”, pois falta ainda a compreensão de que o direito serve para a realização dos valores do Espírito. Assim, a Constituição deve ser um conceito em constante movimento. Isto é, a Constituição deve ser entendida em seu aspecto dúplice, quer como norma quer como realidade. Por isso mesmo, a Constituição deve desempenhar um papel fundamental ao ser uma ordem integradora: ela deve estimular e canalizar o processo de integração, mantendo-se aberta para oportunidades futuras de desenvolvimento e de normatização dos valores nacionais (KORIOTH, 2000, p.210), e, dessa forma, é preciso assumir uma ideia de globalidade, na qual cada elemento se integra a um todo (SÁNCHEZ URRUTIA, 2000, p.125).

A mudança da Constituição seria, então, direcionada e motivada pela busca da concretização de sua função integrativa (SÁNCHEZ URRUTIA, 2000, p.122). Com isso, Smend (2000, p.248) pretende afirmar que a Constituição em si mesma não é capaz de regular todos os aspectos da vida estatal e exige uma interpretação mais extensiva e flexível, trazendo em si como pressuposto o conceito de sua mutação. Ela serve ao controle das forças sociais em constante mudança (SÁNCHEZ URRUTIA, 2000, p.123).

No que toca aos direitos fundamentais, Smend os afirmará como condição indispensável para a cidadania e para a democracia (BERCOVICI, 2004, p.36). Mas ele não os reduzia a meros limites contra o Poder Público, como faziam os juristas tradicionais; ao invés disso, afirmava que os direitos fundamentais regulavam um sistema de valores – que, por sua vez, eram atrelados a uma determinada forma de cultura (BERCOVICI, 2004, p.37).<sup>149</sup> Além disso, os direitos fundamentais eram os responsáveis por converter o elemento humano do Estado em um verdadeiro “povo”, definindo o vínculo relacional destes com o Poder Público.

Sob tais luzes, Smend assumirá que a interpretação da constituição é uma atividade mais política que necessariamente jurídica, já que se volta para a perseguição de sua essência (VERDÚ, 1984, p.215). O autor fará, então, uma separação entre conteúdos constitucionais que veicularão normas de direito político

---

<sup>149</sup> “Os direitos fundamentais, assim, representariam um sistema de valores concretos, que resumiriam o sentido da vida estatal na Constituição. Significam, ao mesmo tempo, uma vontade de integração material e a legitimação da ordem positiva jurídico-estatal: essa ordem jurídica seria válida enquanto representasse este sistema de valores formado pelos direitos fundamentais, convertendo-se, por isso, em legítima” (BERCOVICI, 2004, p.37).

e outros que trarão normas de direito administrativo, chamando por direito político um direito fundamentalmente integrador, voltado para a identificação dos elementos formadores da vida estatal; e por direito administrativo, um direito técnico que conduz a prosperidade do Estado (SÁNCHEZ URRUTIA, 2000, p.123-124). Essa distinção tem efeitos práticos no que concerne à forma de interpretar a constituição: (a) os fatos ligados ao direito político não podem ser vistos isoladamente, mas sempre dentro de um contexto significativo da vida do Espírito, e voltados para a funcionalidade da integração; (b) cada norma de direito político traz uma referência a um valor distinto, com diferença de categorias, existindo na Constituição normas de importância distintas, sendo as que consagram os princípios (valores) são as mais importantes; (c) as mutações constitucionais podem afetar a Constituição formal, modificando o seu funcionamento, ou ainda, alterando a atribuição de peso/importância entre as normas no seu interior (SÁNCHEZ URRUTIA, 2000, p.124-125).

### ***3.2.4 A proposta de uma sistematização da teoria da mutação constitucional por Hsü Dau-Lin***

Dau-Lin, discípulo de Smend, escrevendo, em 1932, no curso do período de Weimar, será o principal nome que buscará sistematizar todo o conteúdo acerca da teoria da mutação constitucional (SÁNCHEZ URRUTIA, 2000, p.125). Ele reconhecerá que os primeiros passos foram dados por Laband – ao identificar o problema – e por Jellinek – ao dar o seu primeiro tratamento teórico –, mas irá além ao promover um estudo específico (DAU-LIN, 1998, p.24; SÁNCHEZ URRUTIA, 1998, p.80).

Aqui, é possível identificar que toda a discussão girava em torno de uma contraposição entre as normas jurídicas escritas e a situação jurídica real. Para o autor, trata-se de um fenômeno essencialmente moderno e ligado à adoção de uma constituição formal e rígida, já que em um Estado sem a forma escrita da Constituição – como o caso inglês – haveria uma identidade entre realidade e normatividade constitucional (DAU-LIN, 1998, p.30). Interessante é que, para o

jurista chinês, a Constituição é definida aos moldes smendianos, como o “estado total e concreto da unidade política e da ordem social” (DAU-LIN, 1998, p.30).

Dau-Lin chega a apresentar o seguinte quadro para coordenar a tensão entre normas constitucionais e realidade:

Congruência entre normas e realidade: validade do direito constitucional		Incongruência entre norma e realidade: <b><u>mutação constitucional</u></b>			
A realidade segue a norma: validade do direito Constitucional	A norma segue a realidade: <b>reforma</b> da Constituição	Realidade sem norma: prática que formalmente não viola à Constituição	Norma sem realidade: impossibilidade de exercer direitos estatuídos pelas normas constitucionais	Norma contra realidade: relação incorreta entre ambas	
				A realidade contradiz a norma: prática inconstitucional	A realidade escapa à norma e a reinterpretar: mutação interpretativa

**QUADRO 1: Relação entre norma e realidade: o direito constitucional e sua validade**  
**Fonte: Dau-Lin (1998)**

Sob tais luzes, podem-se identificar quatro tipos de mutações constitucionais (DAU-LIN, 1998, p.31): (1) mutação mediante prática estatal que não viola formalmente a Constituição; (2) mutação mediante impossibilidade de exercer certos direitos estatuídos constitucionalmente; (3) mutação mediante prática estatal contraditória com a Constituição; e (4) mutação mediante interpretação da Constituição.<sup>150</sup>

(1) Na primeira situação, Dau-Lin (1998, p.32) agrupa as práticas constitucionais que ignoram um artigo concreto e específico do texto constitucional ou que contradizem determinada prescrição constitucional, mas sem violação formal do próprio texto. O que se encontra aqui, portanto, são situações sem regramento constitucional expresse, que somente denotam a existência de uma situação legalmente disciplinada pela compreensão sistêmica (global) do documento.

Retorna-se, assim, ao questionamento feito por Jellinek sobre se há lacunas na ordem constitucional (DAU-LIN, 1998, p.59). Ora, por adotar a concepção de Smend, entendendo a Constituição como unidade do espírito regulador do Estado, sem ter uma leitura formalista, como fazem os juristas do Império, Dau-Lin (1998,

<sup>150</sup> Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007) alertam que a classificação de Dau-Lin não se mostra adequada para um Estado Democrático de Direito, uma vez que se olvida da dimensão principiológica, bem como das exigências que a integridade faz.

p.57) tem que rechaçar a afirmação de lacunas constitucionais. Contra Jellinek, partindo inclusive de uma descrição dos seus exemplos, Dau-Lin afirmará que o que se tem é uma nova situação jurídica que não corresponde ao sentido da Constituição, e isso ocorre por causa de uma modificação, não de um artigo do texto, mas de um princípio geral do sistema de normas constitucionais (DAU-LIN, 1998, p.65; SÁNCHEZ URRUTIA, 2000, p.127).

(2) A segunda modalidade refere-se às mutações por impossibilidade de exercício de uma atribuição prevista pelo texto constitucional. Aqui, o que está em discussão é se o desuso de um direito atribuído constitucionalmente pode se perder ante a impossibilidade de exercê-lo – o que viria a marcar o descompasso entre realidade e texto constitucional. A figura foi primeiro observada por Jellinek, mas Dau-Lin (1998, p.36) entende que suas explicações foram por demais restritas, pois não seria o desuso que modificaria a Constituição, mas sim, a impossibilidade de cumprir a norma constitucional (DAU-LIN, 1998, p.70-71; SÁNCHEZ URRUTIA, 2000, p.127-128). O que se busca compreender é se uma norma pode perder sua vigência em razão da sua não aplicação. E mais: poder-se-ia considerar inconstitucional a aplicação de uma norma formalmente existente, mas que não tem mais aplicação na realidade? Para Dau-Lin (1998, p.72-74), o exemplo do desuso do direito de dissolução do Parlamento pelo Presidente da República francesa é significativo. O art. 5 da Lei Constitucional de 1875 atribui ao Presidente da República o poder de dissolução da Câmara dos Deputados em acordo com o Senado. O escopo da norma era claramente fortalecer o Presidente da República como Chefe de Estado, principalmente em face do Parlamento. Mas tal situação somente foi posta em prática em 1877, pelo Presidente MacMahon. Todavia, a doutrina constitucional nacional veio a criticar tal ato, compreendendo-o como inconstitucional, o que levou à instauração de uma crise política que culminou com a saída de MacMahon. Assim, Dau-Lin conclui que o desuso pode, sim, impedir o uso de uma atribuição constitucional, que, se usada, passa a ser considerada inconstitucional.<sup>151</sup>

---

<sup>151</sup> Ferraz (1986, p.234) faz uma distinção entre o *desuso* e a *inércia*. Para a autora, o desuso traz como requisitos a consciência, a uniformidade, o consentimento, a publicidade e a reiteração por longo tempo da conduta; ao passo que a inércia seria temporária e provisória. Sendo assim, no desuso, destaca-se um caráter de paralisação definitiva e com *animus*. Deve-se concordar com Vecchi (2005, p.91-92), no sentido de que tal distinção é muito difícil de ser confirmada na prática, ficando apenas presente num plano teórico ideal. Afinal, para que haja a perda total de eficácia de

(3) A próxima construção é a da mutação por meio de uma prática contrária à Constituição. Tal situação pode acontecer por meio de uma reforma da Constituição, como também por meio de legislação infraconstitucional (DAU-LIN, 1998, p.39-40). Para Dau-Lin (1998, p.40; 1998, p.75-77), a revisão material representava uma lei que era aprovada por um procedimento específico – exigência de maioria qualificada, por exemplo – mas que alterava o texto da Constituição (SÁNCHEZ URRUTIA, 2000, p.128). Essa reforma material pode assinalar expressamente que se está dispendo de um sentido distinto do texto constitucional – o que Dau-Lin (1998, p.78-80) chamará de reforma material expressa – ou sendo omissa, mas consciente sobre esse ponto – o que representaria uma reforma material tácita (DAU-LIN, 1998, p.80-84). Uma última modalidade de reforma seria a “inconsciente”, na qual se aprova a lei com conteúdo contrário à Constituição, sem que isso seja observado no curso do processo legislativo (DAU-LIN, 1998, p.84-85). O que determina o caráter substitutivo da norma constitucional pela norma legal é justamente a ausência de um mecanismo de controle de constitucionalidade capaz de impedir a contrariedade (DAU-LIN, 1998, p.41).<sup>152</sup>

(4) Dau-Lin (1998, p.44-45) assinala, ainda, que uma norma constitucional pode ser modificada pelo ato de interpretação. Para ele, essa modalidade é típica da tradição do direito norte-americano sob o título de *transformations*.<sup>153</sup> Tal situação representa uma mudança de interpretação do texto constitucional, desconsiderando o sentido que constituinte poderia originariamente ter pretendido. Mantém-se, assim, o texto sem qualquer alteração, mas a norma em questão passa a ser compreendida de modo distinto. Um exemplo seria o tratamento à igualdade, presente no art. 4 da Constituição prussiana de 1848, que sofre posteriores modificações e ampliações no seu sentido (DAU-LIN, 1998, p.46). Aqui, Dau-Lin (1998, p.88) deixa claro que seu conceito de norma constitucional a ser interpretada leva em consideração apenas as

---

uma norma constitucional em caráter definitivo, é preciso sua revogação formal pela via dos mecanismos de reforma da Constituição.

<sup>152</sup> Esse seria o problema por detrás da *Cláusula Frankenstein* que modificou radicalmente o sistema financeiro do Império Alemão (SÁNCHEZ URRUTIA, 2000, p.129).

<sup>153</sup> Lipkin (2000) irá desenvolver um denso trabalho de pesquisa sobre a figura da *constitutional transformation* na tradição norte-americana assumindo dois eixos teóricos fundamentais: (a) a tese da integridade dworkiana; e (b) a teoria de Ackerman (1998) dos *judicial moments*. Na visão de Lipkin, as “transformações” da Constituição são, na verdade, produtos das transições paradigmáticas.

regras jurídicas presentes na Constituição; ou melhor, produz uma redução, já que o autor, na verdade, refere-se ao texto da Constituição.

A partir de tais premissas, Dau-Lin (1998, p.156; SÁNCHEZ URRUTIA, 2000, p.130-131) desenvolverá a ideia de que a figura das mutações constitucionais não representa momentos de “crise” para a Teoria do Estado, ou mesmo para o Direito Constitucional; mas, ao contrário, ele assume a tese de que as mutações constitucionais são figuras que devem integrar o conceito de Constituição sob uma perspectiva dinâmica. Conseqüentemente, o autor irá criticar os autores presos à tradição do positivismo jurídico pela miopia diante da relação entre norma e realidade.

Na verdade, Dau-Lin irá propor uma leitura smendiana, segundo a qual a mutação constitucional é um produto para a manutenção da unidade do Estado e, conseqüentemente, para o próprio caráter evolutivo de sua realidade vital (DAU-LIN, 1998, p.157; 1998, p.161; SÁNCHEZ URRUTIA, 2000, p.132). Aqui, a mutação seria vista como um resultado de uma “tríplice” especificidade da Constituição: sua permanente incompletude e a elasticidade de suas normas; a peculiaridade do Estado ser objeto de regulamentação jurídica; e a ausência de uma instância garantidora da sua existência (DAU-LIN, 1998, p.163-164; SÁNCHEZ URRUTIA, 2000, p.133). Dito de outra forma, não há nenhum mecanismo jurídico que seja capaz de controlar as instâncias mais altas do Estado e de vinculá-las ao estrito cumprimento da Constituição. Por isso mesmo, a mutação é norma constitucional nova (DAU-LIN, 1998, p.166).

### ***3.2.5 A mutação constitucional na teoria ontológica de Karl Loewenstein como forma de preservação do sentimento constitucional***

Karl Loewenstein é importante autor para se pensar o momento de transição entre o período de Weimar e os debates do pós 2ª Guerra Mundial (GALLEGO ANABITARTE, 1979, p.12-13).<sup>154</sup> Aqui, há um ponto de destaque que deve ser

---

<sup>154</sup> Em razão da tomada de controle das universidades pelos partidários do nacional socialismo alemão, o quadro de professores passará por uma “decapitação intelectual” (STOLLEIS, 2004,



ressaltado: Loewenstein – assim como Schmitt – procurará desenvolver uma teoria da Constituição ao invés de uma Teoria Geral do Estado, marcando uma descontinuidade e a pretensão de modificação de seu olhar.<sup>155</sup>

Seu ponto de partida é a compreensão de que os três motores sociais são o amor, a fé e o poder, que se entrelaçam, ganhando a última figura atenção e estudo no campo sociopolítico (LOEWENSTEIN, 1976, p.23). Por política, o autor designa a “luta por poder”, que constitui objeto de estudo tanto da ciência política como da filosofia política. Todavia, ele aponta uma falha: a grande maioria dos estudos empreendidos fica apenas no campo histórico. Loewenstein (1976) até aponta a existência de estudos que já interligam o poder a partir de sua relação com o processo político governamental, mas estes se situam no terreno meramente “funcional” – o que representa um exercício de qualificação do tipo de governo a um determinado aparato institucional (LOEWENSTEIN, 1976, p.24). Com isso, a figura do poder irá migrar ainda mais para a infraestrutura dinâmica das instituições sócio-políticas (LOEWENSTEIN, 1976, p.24).

O poder aqui referido é eticamente neutro – não há valorações sobre se é bom ou mal; ele apenas existe e pode ser observado no interior da sociedade. Aliás, a sociedade é, para Loewenstein (1976, p.26), um “sistema de relações de poder cujo caráter pode ser político, social, econômico, religioso, moral, cultural ou de outro tipo”. Nesse quadro, o poder político será titularizado pelo “soberano”, que será aquele autorizado juridicamente ao seu exercício. Esse soberano exerce, portanto, um controle social efetivo sobre os destinatários de seu poder (LOEWENSTEIN, 1976, p.27), o que significa que suas ordens adquirem caráter de obrigatoriedade.

O Estado moderno que se quer democrático tem um importante papel de equilibrar as distintas expressões desse poder dentro da sociedade, garantindo o livre desenvolvimento da personalidade humana (LOEWENSTEIN, 1976, p.27). Isso o distancia de um Estado autoritário, que centraliza e monopoliza esse poder, fixando uma ideologia a partir do grupo dominante. Portanto, a necessidade de

---

p.257), que culminará com a saída do país de diversas mentes, dentre elas, em 1933, Loewenstein (STOLLEIS, 2004, p.299-300).

<sup>155</sup> “Essa postura de ruptura, de superação do enfoque e dilemas da chamada Teoria do Estado, caracterizará o desenvolvimento da Teoria da Constituição enquanto disciplina autônoma, mesmo em autores que, a partir do segundo pós-guerra e antes disso, tais como Karl Loewenstein, irão divergir das concepções teórico-políticas schmittiana” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p.28).

limitação do exercício do poder é imperiosa para a manutenção da democracia (LOEWENSTEIN, 1976, p.29). Essa limitação dá-se sob a forma do que, historicamente, será chamado de constitucionalismo – um acordo da comunidade acerca do estabelecimento de regras fixas que vinculam tanto os detentores como os destinatários do poder. E essas regras aparecem, formalmente, em um documento político-jurídico, que ganha o nome de Constituição (LOEWENSTEIN, 1976, p.29).

A Constituição é, então, algo extremamente complexo, que se envolve aos costumes e à consciência nacional de uma sociedade, e funciona como um “dispositivo fundamental do controle do processo do poder” (LOEWENSTEIN, 1976, p.149), de modo que cabe à ela o desenvolvimento de mecanismos capazes de limitar e controlar o poder do Estado (LOEWENSTEIN, 1952, p.9). O autor compartilhará da leitura de Schmitt (2006), para o qual o cerne de toda constituição, está na existência de uma “decisão político fundamental”, que consiste na escolha de uma, dentre as múltiplas possibilidades políticas, estabelecendo, assim, o sistema político e a forma de governo (LOEWENSTEIN, 1976, p.63). Mas essa decisão política deve ser “executada” de modo a ganhar maior densidade, o que faz importante a atuação das funções estatais Legislativa, Executiva e Judiciária. As três podem e são a expressão, em maior ou menor medida, dessa decisão política fundamental (LOEWENSTEIN, 1976, p.66-67).

Loewenstein fala, então, de uma constituição ontológica – referente ao ser – da sociedade, que se constitui a partir de princípios e normas fundamentais, marcando historicamente a luta por controle e por limitação do poder, e incorporando o constitucionalismo a partir das convicções do povo (LOEWENSTEIN, 1976, p.150-151). O autor distinguirá, ainda, a constituição formal – aquela que tem suas normas formalizadas em um documento da constituição material – que se refere a um conjunto de normas que, mesmo presentes em diferentes documentos jurídicos, incorporam o espírito da Constituição (LOEWENSTEIN, 1976, p.151). É claro que a instituição de um documento sistematizado, preocupado com a inexistência de lacunas, sob a forma de uma constituição formal, é muito importante e desejável para uma dinâmica democrática, mas trata-se de uma conquista anterior ao início do movimento do constitucionalismo moderno (LOEWENSTEIN, 1976, p.152). Dessa forma, Loewenstein (1976, p.152) identifica, então, na noção de *politeia* grega, a constituição no seu sentido material.

Uma constituição – em seu sentido material – deve trazer um conjunto de determinações básicas: (a) a diferenciação das tarefas (funções) estatais para evitar a concentração de um órgão ou uma função sobre outro; (b) um sistema de separação de poderes que institua a forma de cooperação entre eles, bem ao modelo de freios e contrapesos; (c) a previsão de um mecanismo capaz de impedir bloqueios entre os diferentes detentores do poder e solucionar impasses; (d) um sistema de adaptação pacífico da ordem jurídico-constitucional às mudanças da realidade, ou seja, um mecanismo de reforma da constituição; e, por fim, (e) o reconhecimento de esferas de autodeterminação individual, na forma de direitos individuais e liberdade fundamentais – com um *telos* especificamente liberal – que permitam a instituição de uma “barreira de fogo”, protegendo o indivíduo de interferências indevidas do Estado (LOEWENSTEIN, 1976, p.153).

Como conquista evolutiva da modernidade, a Constituição escrita (formal) representará o ápice das conquistas dos movimentos revolucionários norte-americano e francês, e com isso, a democratização do processo do poder político (LOEWENSTEIN, 1976, p.159-160; 1952, p.11-12). Essa forma de constituição é elaborada a partir de um procedimento no interior de uma assembleia nacional ou constituinte, eleita pelo povo como um todo, para esse fim. Essa vinculação entre o processo de criação da constituição escrita e a aprovação popular é, para Loewenstein (1976, p.161), condição para sua maior solenidade.

Para o autor, as constituições formais devem apresentar um sistema interno de equilíbrio temporal das forças sociais que a criaram, refletindo novamente o pensamento de Lassalle (LOEWENSTEIN, 1976, p.163-164). Segundo ele, uma constituição ideal – que, é claro, não existiu, nem existirá jamais – deveria ser capaz de antever e conformar todo o processo político com seus desenvolvimentos, inclusive futuros, nas ordens social, econômica e cultura (LOEWENSTEIN, 1976, p.164). Mas é fato que uma constituição não pode prever o futuro, pode apenas levar em conta possibilidades previsíveis de mudança e tentar abarcá-las já em texto original. Outra saída, seria adotar uma elasticidade na sua redação – sem, com isso, prejudicar a segurança jurídica –, adotando conceitos que pudessem adequar-se a um futuro desconhecido.

Fato é que Loewenstein (1976, p.164) concebe a constituição como um “organismo vivo”, sempre dinâmico e em constante movimento, submetido a uma realidade que é captada a partir de forças políticas, e, por isso mesmo, não pode ser

reduzida a um sistema de fórmulas rígidas. A reforma e a mutação constitucional são, então, formas de manutenção do processo de acomodação do direito constitucional em uma realidade constitucional.

Loewenstein (1976, p.165) designa dois sentidos para reforma constitucional: um *formal*, o modo pelo qual o texto constitucional deve ser modificado; e um *material*, entendido como o resultado (objeto) do procedimento de emenda constitucional. Já por mutação constitucional, entende-se como uma transformação no plano da realidade, da configuração do poder político, da estrutura social ou do equilíbrio de interesses, sem que tal mudança seja atualizada no texto (documento) constitucional. Para o autor, a mutação constitucional é algo natural em qualquer Estado que adote uma constituição escrita, e mais comum que a utilização do procedimento de reforma da constituição; e alerta para um perigo: devido à sua crescente intensificação, há risco de o texto constitucional ser dominado e encoberto pelas mutações, o que alejaria o seu vigor (LOEWENSTEIN, 1976, p.165).

Em um Estado como a Inglaterra, onde não se adotou a figura de uma constituição escrita, mas optou por desenvolver seu direito constitucional a partir de convenções constitucionais, a mutação e a reforma constitucionais fundem-se em uma só figura (LOEWENSTEIN, 1976, p.166), fazendo com que tais convenções sejam dotadas de uma elasticidade sempre capaz de adaptar-se às modificações da realidade.

Já a respeito da Constituição norte-americana, Loewenstein (1976, p.167) elogia a forma com que as disposições constitucionais foram redigidas no documento formal, pois a sua felicidade está na distribuição de competências entre a União e os Estado-membros, que através de um sofisticado processo de interpretação judicial, o qual permite adaptar suas normas às relações sociais.

Na história alemã, no período de Weimar, Loewenstein (1976, p.170) identifica a mutação constitucional que acometeu o art. 48 da Constituição, que, ao invés de restringir a disciplina do poder de polícia, acabou por dar amplo espaço para a instauração de uma ditadura constitucional.

Segundo Loewenstein (1976, p.200), o cerne de toda justificativa para as alterações da constituição – seja pela via da reforma, seja pela via da mutação – se encontraria na busca pela manutenção do *sentimento constitucional*, isto é, um fenômeno psicológico-social ligado ao existencialismo político, que o autor descreve como sendo a consciência da comunidade que, ao transcender a todos os

antagonismos e tensões que se fazem presentes pela via político-partidária, econômico-social, religiosa ou de qualquer outra forma, integra os detentores e os destinatários ao poder político dentro de uma mesma ordem comunitária obrigatória, que passa a ser a constituição. Sob esse aspecto, a constituição transforma-se em um mecanismo de vinculação do processo político aos interesses da comunidade (LOEWENSTEIN, 1976, p.200). O autor explica que não se trata de um fenômeno racional, ainda que possa ser fomentado por várias vias, como, por exemplo, pela educação dos jovens ou pelo uso do simbolismo nacional. Sua formação, então, está ligada a fatores irracionais, como a vivência histórica de um dado povo. Mas também é diferente de uma ideia de *consciência nacional*.

É, à luz desse referencial, que Loewenstein (1976, p.216; 1952, p.20-23) irá desenvolver sua classificação *ontológica* de constituições.<sup>156</sup> Primeiro, ele fala em uma constituição normativa, na qual há uma consonância entre as normas constitucionais e a realidade do processo de poder. Loewenstein (1976, p.217; 1952, p.20) entende que a Constituição deve ser vivida em sua efetividade pelos destinatários de suas normas, de modo que uma simbiose entre Constituição e comunidade é estabelecida: suas normas dominam o processo político ou este se adequa à normatividade constitucional. Outra classificação é a Constituição nominal. Aqui, pode-se identificar uma carência de realidade existencial (LOEWENSTEIN, 1976, p.218; 1952, p.20), na qual a situação fática impede a completa integração das normas constitucionais com a dinâmica da vida social. Uma das causas, pontua Loewenstein (1976, p.218), seria uma prematura promulgação. Mas a esperança de retomada da normatividade e função pedagógica de seu texto poderão reconduzir a Constituição para outras trilhas e, assim, permitir que suas normas possam subjugar a dinâmica política, ao invés do que permanece (LOEWENSTEIN, 1976, p.218). Utilizando-se de uma metáfora, o autor afirma que se trata de um traje que, sendo maior, é preciso esperar certo tempo para que se possa vesti-lo adequadamente.

Sua última classificação é a constituição semântica. Enquanto o fim básico da Constituição era representar limites à concentração de poder, possibilitando um jogo livre das forças sociais no interior da comunidade, o que vê, aqui, é a restrição das

---

<sup>156</sup> A apresentação da classificação ontológica das constituições aparece resumida em sua *Teoria da Constituição* (1976), tendo sido elaborada com maior riqueza de detalhes anteriormente (1952), além de conter considerações acerca da classificação de diversas constituições.

liberdades pelos detentores do poder. Ou seja, a Constituição é convertida em um instrumento para eternizar a condição privilegiada dos detentores do poder político na sociedade (LOEWENSTEIN, 1976, p.219; 1952; p.21). Aqui, a metáfora aponta para o fato de que o traje é, na verdade, um disfarce. Loewenstein (1976, p.219) busca esclarecer que não é o texto que indicará como a Constituição deve ser vivida em uma determinada comunidade. Mesmo assim, o texto pode ser um indicativo de como essa dinâmica será estabelecida. Por exemplo, quando o Presidente pode permanecer no cargo indefinidamente ou quando pode negar sanção injustificadamente e absolutamente a projetos de lei aprovados pelo Legislativo, têm-se fortes indícios de uma constituição semântica.

Loewenstein (1976, p.227) termina sua reflexão acerca da Constituição explicando que a consciência constitucional vem cada vez mais se distanciando dos leigos, sofrendo uma “erosão”. Tal situação é negativa para o desenvolvimento do “sentimento constitucional” que ele defende como situação ideal. A consequência é a desnaturação da comunidade, que tem seus vínculos enfraquecidos, o que conduz a uma perda da democracia real (LOEWENSTEIN, 1976, p.230-231).

Verdú (2006, p.06) acaba por se mostrar um herdeiro do pensamento de Loewenstein e de Smend ao defender a tese do sentimento constitucional como elemento integrador da sociedade e do Estado. Supostamente, tal “sentimento” teria o condão de reduzir o déficit entre a norma constitucional e sua realidade, legitimando a Constituição a partir do compartilhamento de valores por uma mesma comunidade. Nesse cenário teórico, as mudanças constitucionais, quer pela via da reforma quer pela via da mutação, são válidas se estiverem em conformidade com o substrato axiológico compartilhado pela comunidade (VERDÚ, 2006, p.138-139).

Uma leitura crítica de ambas as perspectivas pode ser feita no sentido de identificar um problema que tal conceito comum de mutação deixa para trás: esse caldo de cultura, que forma a comunidade, serve de veículo legitimador apenas para aqueles indivíduos que compartilham dessa mesma concepção ético-cultural; assim, ignora-se o fato de que na Modernidade as sociedades se constituem de maneira plural. Logo, a legitimidade da normatividade da constituição não pode se apoiar em bases tradicionais, sob pena justamente de produzir exclusões injustificadas. Mas essa saída axiológica desesperada parece se popularizar na tradição do constitucionalismo alemão. Na sequência, após a Segunda Guerra Mundial, Hesse revisitará o conceito de mutação constitucional para buscar nela uma forma de

implementação ou concretização de uma ordem de valores supostamente incrustados no texto da constituição.

### **3.3 A teoria da mutação constitucional no discurso de Konrad Hesse: um mecanismo para a preservação da “força normativa da constituição” a partir da “ordem concreta de valores”**

Com a derrota das tropas alemãs encerrando a Segunda Guerra Mundial, o Terceiro *Reich* é varrido e, com ele, toda a organização política que imperava. Com a declaração de Berlim, de 05 de junho de 1945, a administração do território alemão é dividida entre França, Grã-Bretanha, Estados Unidos e União Soviética. Em cada zona, havia um Conselho de Controle, que, reunidos em um só colégio, formavam o Conselho de Controle Aliado de Berlim, que funcionou até 1948 (BISCARETTI DI RUFFÌA, 1996, p.281). Apenas gradualmente é que houve a transferência de poder para as autoridades alemãs.

Em 1948, as três potências ocidentais concordaram com a formação de um governo central, que só em 1949 adquiriu concretude sob a forma da República Federal da Alemanha (BISCARETTI DI RUFFÌA, 1996, p.282), com capital em Bonn, que respondia a um estatuto de ocupação. Apenas em 1955, tal estatuto foi revogado e a Alemanha recuperou sua independência. Do lado soviético, a zona ocupada permaneceu apartada do território ocidental, dando origem à República Democrática Alemã, com capital em Pankow (subúrbio de Berlim).

A Assembleia Constituinte se reuniu, em 1948, na cidade de Bonn, formada por representantes dos parlamentos dos diversos *Länder*, para elaborar o que ficou conhecida como a “Lei Fundamental de Bonn” para a Alemanha Ocidental. O projeto foi elaborado sem que houvesse a interferência das forças de ocupação, e depois foi enviado para o Conselho Parlamentar, composto pelos representantes dos *Länder*, como lembra Vieira (1999, p.107). O art. 144 exigia que os Legislativos estaduais ratificassem a Lei Fundamental, mas não havia determinação para que o projeto fosse encaminhado para aprovação popular (VIEIRA, 1999, p.107). Rigorosamente, o documento formulado não recebeu o título de Constituição, e deixava claro que um

novo texto deveria ser formulado, quando fosse possível uma participação ativa do povo alemão (BISCARETTI DI RUFFÌA, 1996, p.282).

A Lei Fundamental de Bonn era dividida em 13 capítulos, sendo o primeiro um amplo catálogo de direitos fundamentais reconhecidos como invioláveis e inalienáveis. O art. 20 define o Estado como sendo uma Federação democrática e social. Em termos de organização, apresentava um parlamento bicameral, composto por um *Bundestag*, um Presidente da República, que era eleito por um mandato de 5 anos pela Assembleia Federal especial – composta por deputados, um número igual de representantes designados por votação proporcional pelos parlamentos dos *Länder* e por um governo federal, formado por um Chanceler e seus ministros (BISCARETTI DI RUFFÌA, 1996, p.283).

O Judiciário era independente, sendo organizado diversamente em cada *Länder*, incluindo Tribunais de Primeira Instância, Tribunais Provinciais e um Tribunal Superior Provincial, todos com a tarefa de aplicar as leis locais e federais. Protegendo a constituição, cada *Länder* tem seu Tribunal Constitucional, além de um Tribunal Constitucional Federal. Separou-se a atividade jurisdicional entre ordinária, administrativa, financeira, do trabalho e social (BISCARETTI DI RUFFÌA, 1996, p.283).

Como afirmado, o documento foi produzido por um grupo seletivo de juristas alemães, sem a efetiva participação popular (OLIVEIRA, 2011, p.26),<sup>157</sup> com uma clara preocupação com a proteção dos direitos fundamentais, e, com isso, houve a incorporação de normas com elevado teor axiológico, além de um flagrante agigantamento da jurisdição constitucional – evidentemente como forma de proteção não apenas dos direitos fundamentais, mas também do texto constitucional (OLIVEIRA, 2011, p.27). A aposta, então, nesse conteúdo axiológico trará para a ordem constitucional alemã a presença de dispositivos supraconstitucionais – notadamente, a referência à dignidade humana no art. 1 da Lei fundamental.<sup>158</sup>

---

<sup>157</sup> “Isto ocorreu, notadamente, por conta do trauma da má utilização por Hitler dos mecanismos diretos de Participação, notadamente o plebiscito” (OLIVEIRA, 2011, p.26-27).

<sup>158</sup> Artigo 1 [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais]: “(1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário”.



A Lei Fundamental de Bonn, como observa Vieira (1999, p.106), é uma clara reação ao nazismo, bem como ao decisionismo que marcou a corrosão do período de Weimar. Por isso mesmo, diversos grupos, sob perspectivas teóricas das mais variadas, buscarão lançar uma interpretação que justificasse os direitos fundamentais sob os mais distintos pontos de vistas: democratas-cristãos invocarão uma ordem divina ou natural, o que será rejeitado pelos sociais-democratas (VIEIRA, 1999, p.107-108). Mas a noção de dignidade humana trazida pelo art. 1 foi recebida consensualmente como sendo a base fundadora de uma nova ordem (VIEIRA, 1999, p.108; MAUS, 2010, p.35).

Com isso, vê-se uma importante inversão na lógica jurídico-política alemã: em momentos anteriores, sob inspiração hegeliana, o Estado era concebido como uma entidade espiritual superior, e passou, a partir de então, a ser visto como um instrumento de realização de direito inalienáveis (VIEIRA, 1999, p.108). O próprio conceito de direito passou por uma reformulação. O art. 20 (3) da Lei Fundamental<sup>159</sup> determinou que o direito não podia ser tomado como restrito ao conjunto de textos legislativos. Ao contrário, ele consagrava a existência de princípios jurídicos que também são dotados de normatividade. É importante lembrar que os princípios na tradição alemã, todavia, ainda estavam presos a uma leitura ética (HIRSCH, 2001, p.166), como será explicado adiante.

Hesse representa um importante nome do Direito Constitucional alemão desse momento, tendo influenciado a toda uma geração de juristas, como Müller (2000) e Häberle (1997), na Alemanha, e, mesmo Canotilho (1997), em Portugal. Além de professor universitário, ocupou, no período de 1975 a 1987, o cargo de magistrado no Tribunal Constitucional Federal alemão.

Segundo o autor, a Constituição representa uma peça fundamental na arquitetônica do direito moderno. Para compreender sua lógica, Hesse (2009, p.02) parte inicialmente da própria compreensão esposada por Jellinek, no sentido de que a Constituição é um conjunto de regras jurídicas que caracterizam os órgãos

---

<sup>159</sup> Artigo 20 [Princípios constitucionais – Direito de resistência]: “(1) A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social. (2) Todo o poder estatal emana do povo. É exercido pelo povo por meio de eleições e votações e através de órgãos especiais dos poderes legislativo, executivo e judiciário. (3) O poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito. (4) Contra qualquer um, que tente subverter esta ordem, todos os alemães têm o direito de resistência, quando não houver outra alternativa”

estatais, estabelecendo a sua forma de criação, suas formas de relações e de influência e, também, a posição fundamental do indivíduo diante do poder estatal. Sob tal quadro, a Constituição assumiria algumas tarefas fundamentais, quais sejam:

(a) Uma vez que a unidade política não é mais um pressuposto da descrição feita por Jellinek a partir do conceito de Estado, a existência de uma sociedade moderna reclama pela observância do pluralismo – entendido aqui como a existência de diferentes grupos com distintas opiniões, interesses e aspirações no interior da sociedade. Sendo assim, a Constituição assume a função de regulamentar e solucionar os conflitos que podem advir desse tipo de sociedade complexa, fazendo uso dos direitos fundamentais.<sup>160</sup> Por tal dinâmica, a Constituição continua a assumir – tal qual entendia Smend – a função de mediação do processo de integração da sociedade pela via do Estado (HESSE, 2009, p.04-05 e p.78). Esse processo de formação da unidade política, é claro, não visa – já que impossível – atingir um estado de coincidência geral e eliminar todas as diferenças de cunho social, político ou institucional, gerando uma situação de nivelamento total e radical (HESSE, 2009, p.79). A unidade é, na verdade, fruto do próprio processo de conflitos. Mas afirmar isso significa dizer que o Estado deve assumir que tais conflitos existem e são saudáveis para a própria dinâmica política – já que deles se inibe a rigidez e se identifica a força motriz da mudança histórica –, e que, para solucioná-los, é preciso estabelecer um sistema de resolução de controvérsias (HESSE, 2009, p79).

(b) A Constituição veicula, também, a definição da arquitetura que o Estado assumirá. Sendo assim, cabe a ela a tarefa de estabelecer o “design” desse Estado, constituindo seus órgãos, fixando suas coordenadas elementares e os procedimentos necessários para a produção das decisões institucionais. A Constituição deve, ainda, representar o marco limitador do poder do Estado, buscando impedir abusos de competência, e visando a harmonização dos órgãos estatais (HESSE, 2009, p.05).

---

<sup>160</sup> “Esta redução à unidade da multiplicidade jamais se conclui, de tal modo que se possa, sem mais, pressupô-la existente, antes se constituindo num processo contínuo e, por isso mesmo, posto sempre como objetivo. É um objetivo que vem imposto no sentido de que a convivência humana só é possível no Estado e através do Estado” (HESSE, 2009, p.78).

(c) Hesse (2009, p.06) reconhece que a Constituição é responsável por estabelecer o padrão de legitimidade do ordenamento jurídico. Para tanto, a Constituição faz uso de um padrão de *moralidade reta*, que não tem fundamentação no direito natural, mas em uma história interna ao próprio direito. Nesse sentido, as experiências históricas definem o que é o Direito e o Justo socialmente, e a Constituição incorpora essas experiências sob a forma dos *princípios jurídicos* e dos *direitos humanos*.<sup>161</sup>

Esses princípios adotados pela Constituição passam a ganhar força normativa e vinculante para todo o ordenamento jurídico, garantindo a manutenção desse padrão de moralidade para os demais níveis do escalonamento que formam o ordenamento jurídico (HESSE, 2009, p.06-07). Em outra passagem de sua obra, Hesse esclarece o que seja a Constituição:

A Constituição é a ordem jurídica fundamental da Comunidade. Elas fixam os princípios diretores com relação aos quais deve-se produzir a unidade política e assumir as tarefas do Estado. Contém os procedimentos para resolver os conflitos no seio da Comunidade. Regula a organização e o procedimento de produção da unidade política e de atuação estatal. Cria as bases e determina os princípios da ordem jurídica em seu conjunto. Nisso tudo, a Constituição é o “plano estrutural básico, orientado por determinados princípios, que dão sentido à conformação jurídica de uma Comunidade” (HESSE, 2009, p.86).

Uma vez que a Constituição se configura como o conjunto normativo fundamental, ela passa a estabelecer uma relação de primazia e superioridade sobre todo o restante do direito interno, vinculando e submetendo todos os poderes públicos, que passam a respeitá-la (HESSE, 2009, p.08-09). Como elemento de garantia de tal vinculação, a própria Constituição construiu uma forma especial de jurisdição, a jurisdição constitucional, para policiar pela correta obediência às suas normas. Todavia, as normas constitucionais se mostram muito abertas, o que pode gerar interpretações divergentes sobre o próprio documento, conduzindo a problemas, como uma insegurança jurídica, ou mesmo, uma anarquia constitucional. O Tribunal Constitucional, aqui, possui um importante papel de estabilização dos conflitos, fixando um procedimento que conduzirá a uma decisão pacificadora.

---

<sup>161</sup> Destaca-se, aqui, que a ideia de *dignidade da pessoa humana*, para Hesse (2009, p.07), representa o princípio supremo de todo o ordenamento constitucional.

Entretanto, observa Hesse (2009, p.13), toda “Constituição é Constituição no tempo”; de modo que a realidade social imprime pressões ao conteúdo da Constituição. Se a Constituição for “cega” para tal mudança histórica, poder-se-ia ter uma “petrificação” de seu conteúdo constitucional e, a longo prazo, uma perda de suas funções. Hesse (2009, p.13-14), igualmente a Jellinek, compreende que a Constituição é produto da força dos fatos, e atribui a essa força um poder maior que o do próprio direito: “o tempo deixa defasada a Constituição, e, [...] a degrada até reduzi-la a mero reflexo das relações de poder existentes em cada momento”. Por isso,

a constituição só pode cumprir suas tarefas onde consiga, sob mudadas circunstâncias, preservar sua força normativa, isto é, onde consiga garantir sua continuidade sem prejuízo das transformações históricas, o que pressupõe a conservação de sua identidade. Partindo disso, nem a constituição como um todo nem suas normas concretas podem ser concebidas como letra morta, como algo estático e rígido; precisamente sua continuidade pode chegar a depender da forma em que se encare a mudança (HESSE, 2009, p.14).

Essa mudança constitucional poderia se dar de duas formas: pela via da mutação e pela via da reforma constitucional (HESSE, 2009, p.14-15). O jurista alemão considera como mutação constitucional a modificação do conteúdo normativo, sem a alteração do texto literal da Constituição (HESSE, 2009, p.94; 2009, p.151-152). Isso aconteceria nas normas que a Constituição deixa com conteúdos abertos, como, em regra, é o caso dos direitos fundamentais. Essas normas apresentam figura textual genérica dependendo das situações concretas de aplicação para adquirir concretude.

Aqui, portanto, tem-se, na figura do Tribunal Constitucional, o principal agente produtor da mudança.<sup>162</sup> Segundo Hesse (2009, p.75), o Tribunal Constitucional Federal caracteriza-se por lançar mão de uma compreensão não formal da Constituição, preocupado-se com sua unidade material. Isso que dizer, que

seus conteúdos são qualificados frequentemente como valores fundamentais, anteriores ao ordenamento jurídico positivo, valores que, pela recepção das tradições da democracia parlamentar liberal representativa do Estado de Direito liberal, do Estado Federal e pela incorporação de novos princípios, como, especialmente, o do Estado social, resultaram unidos por

---

<sup>162</sup> *BVerfGE* 2, 380 (401); *BVerfGE* 3, 407 (422); *BVerfGE* 7, 342 (351).

obra das decisões do constituinte em uma “ordem de valores”, constituindo um ente estatal que, embora ideologicamente neutro, não é neutro diante desses valores (HESSE, 2009, p75-76).

Com isso, Hesse insere-se na tradição da chamada Jurisprudência de Valores, para a qual a Constituição nada mais é do que uma ordem concreta de valores. Além disso, o próprio Hesse (2009, p.76) destaca a proximidade de sua compreensão com a esposada por Smend no período de Weimar, já que a afinidade máxima dessa ordem de valores é a promoção da “integração estatal”. A manutenção dessa ordem axiológica implica na necessidade de atualização constante da própria Constituição (HESSE, 2009, p.77). O jurista alemão compreende que, tanto a mutação quanto a reforma, são, portanto, ferramentas válidas e necessárias para a “realização” da Constituição. A isso, Hesse (2009, p.96) atribui a “força normativa da Constituição”, ou seja, é a sua capacidade de “operar na realidade da vida histórica de forma determinante e reguladora”.

Mas a mutação constitucional tem limites – diferentemente do que vai afirmar Jellinek ou Laband (HESSE, 2009, p.154) – que estão contidos no próprio texto constitucional: “resulta inadmissível uma interpretação diferente dos enunciados constitucionais em franca contradição com o seu texto” (HESSE, 2009, p.15). Com isso, Hesse (2009, p.99) entende que não é legítima a alteração da norma – ou, como quer, do “programa normativo” – *contra constitutionem*. E disso decorre uma importante conclusão:

Ao qualificar a realidade inconstitucional como realidade constitucional, outorga-se força normatizadora a essa realidade, com o que, enquanto força normatizadora da “realidade”, de antemão ela se sobrepõe à forma normatizadora do “Direito”. A qualificação da realidade inconstitucional como realidade constitucional contém, portanto, uma opção – não raro, desde logo, inconsciente – contra a Constituição, privando-a de uma contemplação jurídico constitucional (HESSE, 2009, p.99-100).

Quando se exige mais que esse limite, impõe-se a modificação do próprio texto da Constituição, o que somente pode se dar pela via da reforma constitucional (HESSE, 2009, p.15). Mas a reforma constitucional também tem limites. Não é autorizada a modificação radical do texto constitucional. Devem-se manter intactos os textos representativos das normas que marcam a identidade da Constituição (HESSE, 2009, p.15), a saber: os art. 1 e 20 da Lei Fundamental, bem como os art. sobre a articulação territorial em *Länder* (art. 79.3 GG).

É interessante, então, observar que a leitura feita por Hesse do fenômeno das mutações constitucionais ganha contornos radicalmente distintos dos traçados por Jellinek. Em Jellinek, reconhece-se a “força normativa do fato” sobre a força normativa da Constituição; e, por isso mesmo, a mutação é produzida para manter a correspondência da realidade, ainda que contra o texto da Constituição. Agora, em Hesse (2009, p.161-162), compreende-se que a Constituição deve estar inserida em uma dimensão histórica maior, o leva a um desapego do texto e à defesa da Constituição a partir de uma concepção axiológica, reduzindo normas a valores inseridos no texto. Supostamente, essa carga de valores – como elementos metajurídicos e pré-jurídicos – funcionariam como condição de legitimação da própria Constituição e de sua normatividade. Logo, a vontade da Constituição de que vale é muito mais a vontade de uma comunidade que partilha desse mesmo substrato axiológico do que uma *ratio* inscrita a partir de um processo constituinte (HESSE, 2009, p.136-137).

Assim, é para concretizar esses valores – e manter a força normativa da Constituição – que Hesse (2009) defende o uso das mutações constitucionais. Isto é, por meio da mutação constitucional, a própria elasticidade do texto e a abstração e indeterminação típica do conceito de princípios jurídicos – tomados com a carga axiológica – autoriza ao aplicador do direito – notadamente ao Tribunal Constitucional alemão – a redefinição das normas referentes aos direitos fundamentais (HESSE, 2009, p.163 e p.166).<sup>163</sup>

Ao que tudo indica, Hesse (1991) pretenderia – a partir da tese da força normativa da Constituição – opor-se ao pensamento de Lassalle e devolver à Constituição sua “dignidade” jurídico-política (OLIVEIRA, 2011, p.27; VIEIRA, 1998, p.72), mas seu projeto acaba por fracassar diante de sua própria compreensão da Constituição como uma ordem concreta de valores.<sup>164</sup>

---

<sup>163</sup> “Os princípios jurídicos pressupõem, assim, a via de penetração diária da realidade social positivamente valorada na normatividade estatal. Estabilidade e capacidade de adaptação da normatividade em face da normalidade tornam-se possíveis e toda a constituição estatal é compreendida como ‘forma impressa vivente e em evolução’” (HESSE, 2009, p.163).

<sup>164</sup> “Hesse se propôs a investigar a existência, o alcance de uma força determinante do Direito Constitucional, a força normativa da Constituição, no intuito de demonstrar que a Constituição jurídica não estaria desvinculada da realidade histórica, concreta de seu tempo, mas que também não estaria simplesmente condicionada, subordinada a esta realidade” (OLIVEIRA, 2011, p.27).

### **3.4 Considerações preliminares acerca da história do conceito de mutação constitucional no Direito Público alemão**

Após desenvolvermos as considerações acima, o estudo histórico do conceito de mutação constitucional e o modo como foi assumido por seus defensores, fica clara a carência de uma compreensão afinada com aquisições teóricas trazidas por uma teoria hermenêutica contemporânea. Isso porque o desenvolvimento da hermenêutica – revelando a sua natureza ontológica em oposição a uma leitura meramente instrumentalizante – pode explicar a ligação que se estabelece entre a necessidade de se recorrer à mutação constitucional e o positivismo jurídico em crise.

Além do mais, é somente a partir de uma compreensão hermenêutica que os princípios jurídicos – ignorados pelos autores das fases iniciais da história do conceito de mutação constitucional ou reduzidos a uma ordem de valores pelo pensamento jurídico da última fase – podem justificar de modo adequado a compreensão e a aplicação do direito na contemporaneidade.

Para tanto, o capítulo a seguir esforça-se para, primeiro, explicar a transformação pela qual a hermenêutica passou – da instrumentalidade à ontologia –, principalmente pelo pensamento de Gadamer, mas reconhece, também, limites e críticas às suas afirmações; e, em um segundo momento, verificar como Gadamer acaba por tecer críticas ao projeto de teoria da história desenvolvido por Koselleck.

É por isso mesmo que a proposta trazida por Dworkin de um direito como integridade consegue aliar as conquistas da teoria hermenêutica – sem olvidar sua vertente crítica – à compreensão acerca da prática jurídica para melhor explicar o direito na contemporaneidade. Esse autor é, ainda, responsável por uma reformulação do conceito de princípio jurídico, revolucionando a sua compreensão e explicitando uma nova lógica de justificação para o mesmo. À luz de uma gênese dupla – tanto moral quanto histórica – Dworkin explica como os princípios podem permitir o desenvolvimento do direito a partir da preservação das exigências de legitimidade democrática. Isso permite não apenas o descarte do conceito de mutação constitucional, como também a apresentação de uma nova via teórica para o direito.

#### 4. AS CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA HERMENÊUTICA, DE GADAMER, E DA TESE DO DIREITO COMO INTEGRIDADE, DE DWORKIN, PARA UMA CRÍTICA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

##### 4.1 O giro hermenêutico de Gadamer: contribuições e limites

Ao se analisar o desenvolvimento histórico da hermenêutica, é inegável a contribuição e a revolução que a obra e o pensamento de Gadamer produziram. Isso porque cabe a Heidegger e a Gadamer a tarefa de repensar a hermenêutica sem um perfil instrumental, o qual havia sido estabelecido por uma tradição que vai desde os pensadores bíblicos, passando por Schleiermacher e por Dilthey. Ao fim desse movimento, a hermenêutica aparece como um conteúdo *ontológico*, que constitui a própria prática cotidiana do sujeito que busca conhecer algo no/sobre o mundo, não se reduzindo apenas a um instrumental capaz de afastar uma obscuridade de um texto (STRECK, 2011b, p. 275; TRINDADE, 2006, p. 225).

Assim, o ponto de partida histórico da hermenêutica – ainda tida como figura instrumental – se dará no campo da compreensão das Escrituras pelo movimento protestante (GADAMER, 2005, p.242; GRONDIN, 1999, p.81). Uma vez que um dos pontos-chave da doutrina lançada por Lutero era a quebra do monopólio interpretativo da Bíblia pelo clero, abrindo para a defesa de que todos são seus intérpretes – inclusive e por isso mesmo, defendendo a tradução do texto para o alemão, haja vista que, nesse período, as missas eram celebradas em latim, que era a principal língua dos textos sagrados –, surge o problema de como ler e interpretar o seu texto.<sup>165</sup>

Dada a própria peculiaridade dos textos, aqui se encontrava fechada a via de perguntar para autor ou buscar sua intencionalidade, de modo que os intérpretes tinham apenas em mãos o próprio texto, funcionando como limite e condição de possibilidade. Assim, a tradição clássica do Catolicismo, vinda desde Santo

---

<sup>165</sup> “[...] contra o *dogma* católico obtido através do acesso restrito à mensagem salvífica, contrapunham os protestantes o acesso livre à interpretação da Bíblia, bem como a investida em estudos *hermenêuticos*, que tentavam, justamente, arquitetar o caminho seguro para a apreensão da *palavra divina* [...]” (PEREIRA, 2001, p.11, grifos do autor).



Agostinho, afirmava que as obscuridades presentes na leitura dos textos sagrados somente poderiam ser solucionadas utilizando-se de outras passagens das próprias Escrituras (GRONDIN, 1999, p.84). Lutero, por sua vez, não divergia de tal posição e endossava a ideia de que todo o entendimento deveria advir do próprio texto, através de um processo de concretização realizado pelo leitor/intérprete. A palavra, então, deveria ser o ponto de partida, já que a autoridade dos Santos Padres não mais sustentava a base da interpretação. Nesse sentido, afirma Coreth (2002, p.7),

a Reforma apregoa a existência de uma volta à pura palavra da Escritura. Conforme Lutero, a Bíblia não deve ser exposta segundo o ensino tradicional da Igreja, mas apenas compreendida por si mesma; ela é "sui ipsius interpres" [isto é, intérprete de si mesma]. O princípio da "Scriptura sola" representa um novo princípio hermenêutico, contra o qual a Igreja católica declara expressamente no Concílio de Trento que cabe à Igreja [e a mais ninguém] a interpretação da Escritura (CORETH, 2002, p.7).

Grondin (1999, p.87) esclarece que Flacius, seguindo Lutero, afirma que toda a questão de uma correta compreensão, então, estaria solucionada se o leitor fosse capaz de superar as dificuldades linguístico-gramaticais. Meier, por sua vez, no entender de Grondin (1999, p.7), intensificará tal ideia, ressaltando a importância de uma boa compreensão dos sinais linguísticos do texto, ou seja, uma boa análise da sintaxe e do sentido das expressões e termos empregados nas Escrituras permitiriam ao seu intérprete vencer qualquer barreira cognitiva.

Apenas no início do século XIX, com o movimento romântico europeu, é que a hermenêutica volta a ganhar destaque no cenário do pensamento filosófico. Com Schleiermacher (2005), surge a proposta de buscar as condições de possibilidade de uma teoria hermenêutica que renuncie ao particularismo da exegese bíblica e se eleve para a forma de uma disciplina mais geral, ligada à compreensão humana (GADAMER, 2005, p.246-248). Para tanto, Schleiermacher (2005) busca o desenvolvimento de *métodos* de interpretação capazes de conduzir para uma *compreensão objetiva*, não só dos textos religiosos, jurídicos ou literários, mas de qualquer pensamento que possa ser reduzido para a forma escrita. Isso acabou lhe dando o título de o "pai" da hermenêutica moderna. Para Palmer (1986, p.96), a proposta de Schleiermacher "não é atribuir motivos ou causas aos sentimentos do autor (psicanálise), mas sim reconstruir o próprio pensamento de outra pessoa através da interpretação das suas expressões lingüísticas".

A teoria de Schleiermacher é eminentemente uma teoria sobre o “mal entendido”, pois, apenas no momento que o leitor depara-se com uma situação inesperada, um sentido distinto do que a princípio visava, e distinto do que sua compreensão da obra até o momento poderia revelar, é que as técnicas pertencentes à hermenêutica ganham aplicabilidade para reestabelecer um acordo entre o leitor e a interpretação (GADAMER, 2005, p.249).<sup>166</sup> O próprio autor, então, define a hermenêutica como sendo a “arte de evitar o mal-entendido”, como lembra Gadamer (2005, p.255). Sobre tal pensamento, afirma Grondin:

Para entender realmente um discurso, isto é, para banir o risco sempre ameaçador do equívoco, devo poder reconstruí-lo a partir da base e em todas as suas partes. Na compreensão não se trata do sentido que eu insiro no objeto, porém do sentido, a ser reconstruído, do modo como ele se mostra a partir do ponto de vista do autor (GRONDIN, 1999, p.128).

Logo, faz-se necessária uma abordagem mais sofisticada que a mera análise sintática (gramatical) do texto a fim de que se possa encontrar o “espírito” do criador por trás da sua criação. Schleiermacher propõe, então, uma divisão de trabalho a partir de métodos: (a) de um lado, o *método comparativo* – formado por uma técnica de interpretação gramatical do texto e também por uma técnica de interpretação psicológica; e, (b) de outro, o *método divinatório* (SCHLEIERMACHER, 2008, p.61; 2005, p.123-129; SALGADO, 2006, p.29).<sup>167</sup>

Através da interpretação gramatical, o leitor poderia utilizar o conjunto sintático-semântico da própria linguagem empregada pelo autor do texto, observando, para tanto: (1) o domínio linguístico desse autor e do seu público original, já que reconhecendo o caráter dinâmico da linguagem – sujeito a modificações de sentido com o tempo –, esta não estaria totalmente disponível e acessível ao intérprete (DILTHEY, 1999, p.193-194). Com isso, Schleiermacher já

---

<sup>166</sup> “O que ele [Schleiermacher] tem em vista não é mais a situação pedagógica da interpretação que procura ajudar a compreensão do outro, do aluno. Ao contrário, nele a interpretação e a compreensão se interpretam tão intimamente como a palavra exterior e interior, e todos os problemas da interpretação são, na realidade, problemas de compreensão” (GADAMER, 2005, p.254).

<sup>167</sup> “Na verdade, o pressuposto de Schleiermacher é de que cada individualidade é uma manifestação da vida universal e assim ‘cada qual traz em si um mínimo de cada um dos demais, o que estimula a adivinhação por comparação consigo mesmo’. Assim, ele pode dizer que se deve conceber imediatamente a individualidade do autor, ‘transformando-se de certo modo no outro’” (GADAMER, 2005, p.260).

assume uma noção de distanciamento histórico que se forma entre o leitor e o autor do texto a ser compreendido. E (2) o ato de compreensão do sentido de uma palavra ou de uma expressão em determinada passagem, deve-se dar a partir de uma visão maior que adequadamente insira a passagem em um contexto maior, o todo (DILTHEY, 1999, p.199-200). Logo, é erro do leitor atribuir a uma determinada passagem uma primazia (SCHLEIERMACHER, 2008, p.17-18), já que o sentido somente emerge do seu conjunto, não podendo representar a soma de sentidos isolados.

Já através da interpretação psicológica, Schleiermacher busca recuperar o subjetivismo do criador do texto. Isso poderia ser feito, primeiro, partindo de uma busca de sua linguagem própria ou de seu estilo particular; o que denota que essa técnica não está interessada em elementos extralinguísticos. Novamente, a ideia de circularidade se faz presente (GADAMER, 2007, p.158-159):<sup>168</sup> a obra deve ser inserida no momento da vida do autor, em conjunto com as demais obras e, ainda, levar em conta toda a vida desse autor (SCHLEIERMACHER, 2006, p.221).<sup>169</sup>

Completando a sua metodologia hermenêutica, o método divinatório aparece como possibilidade de compreensão *direta* do individual (SCHLEIERMACHER, 2006, p.201). Para Palmer (1986, p.96), tal método é, na realidade, mera adivinhação, na qual o intérprete coloca-se no lugar do autor para captar, de um modo direto, sua individualidade e, assim, ter um acesso maior ao sentido do texto. Gadamer (2005, p.63) critica a posição de Schleiermacher, pois acredita que o importante é compreender um autor melhor que ele mesmo se autocompreendeu.

Na sequência histórica, Dilthey tecerá um novo capítulo para a hermenêutica filosófica (GADAMER, 2005, p.296-297). Primeiro, deve-se esclarecer que ele assumirá muitas das teses já apresentadas por Schleiermacher, mas irá além. Seu propósito é o de reabilitar a “dignidade” das ciências do espírito em face das ciências naturais e da tradição do Positivismo Filosófico, que defendia com vigor a utilização de métodos científicos apoiados na demonstrabilidade e na repetição dos seus

---

<sup>168</sup> Palmer (1986, p.93) destaca que o pensamento de Schleiermacher já traz em si a ideia de uma *circularidade hermenêutica*, uma vez que estabelece uma dinâmica que leva em conta o que já se conhece, comparando tal informação com a de outros, organizando-a a partir de círculos parciais. Logo, a parte sempre se possui relação com o todo e vice-versa (GADAMER, 2005, p.261).

<sup>169</sup> Claro que, com isso, Schleiermacher não deduz nenhuma pretensão de exatidão, mas uma mera busca e expectativa de uma aproximação do sentido do texto.

experimentos, além de uma fundamentação lógico-descritiva da realidade (DILTHEY, 2000, p.33; GADAMER, 2007, p.146-147). As ciências naturais, então, seriam aptas a produzir um conhecimento verdadeiro, já que testado e validado por um método descritivo, neutro e imparcial. Ao passo que as ciências do espírito não poderiam se apoiar em uma cisão radical entre o sujeito que conhece – o pesquisador – e o seu objeto; ao contrário, o sujeito que conhece é, ao mesmo tempo, investigador e objeto de investigação (D'AGOSTINI, 2003, p.404-405). Dilthey afirma, portanto, que as ciências naturais visam explicar as causas de um determinado fenômeno, enquanto as ciências do espírito assumem a compreensão do mundo, sendo que, para isso, demandam uma dimensão histórica da experiência (REIS, 2003, p.218; SALGADO, 2006, p.31). Essa dimensão histórica seria o que Dilthey (2000, p.115-116) denomina de *vivência*, que poderia ser reconstruída a partir de um conjunto de regras técnicas que dariam ao pesquisador acesso à dimensão histórica do texto ou do evento a ser estudado.<sup>170</sup>

Nessa construção teórica, a ideia de “circularidade da compreensão” é novamente utilizada, mas, agora, no sentido de limite do conhecimento humano que apenas pode conhecer o que ele já conhece. Trata-se, na verdade, de um verdadeiro paradoxo que precisa ser dissolvido:<sup>171</sup> o conhecimento da hermenêutica proporcionaria ao sujeito a tomada de consciência de que possui pré-conceitos que antecipam toda e qualquer experiência, permitindo ao intérprete um movimento circular expansivo, no qual, a todo tempo, revê o pré-conceito e o conceito.<sup>172</sup> Dessa

---

<sup>170</sup> Gadamer (2003, p.28) assim define o objetivo de Dilthey: “ele pretende descobrir, nos confins da experiência histórica e da herança idealista da escola histórica, um fundamento novo e epistemologicamente consistente; é isso que explica a sua idéia de completar a crítica da razão pura de Kant com uma ‘crítica da razão histórica’”.

<sup>171</sup> “Se for verdade que um texto nada diz a quem não entende já alguma coisa daquilo de que ele trata; se também for verdade que ele só responde a quem o interroga corretamente, então parece lícito considerar que uma pergunta bem feita já representa mais de meio caminho para se chegar à resposta procurada. Refazer a *pergunta* sobre os *problemas sociais* que ensejam determinada *resposta normativa* é, portanto, um recurso hermenêutico a mais, que não deve ser desprezado, sobretudo quando precisamos descobrir o sentido de textos que reputamos enigmáticos” (MENDES, COELHO *et al.*, 2007, p.62).

<sup>172</sup> “Daí o caráter circular de toda compreensão: ela sempre se realiza a partir de uma pré-compreensão, que é procedente de nosso próprio mundo de experiência e de compreensão, mas essa pré-compreensão pode enriquecer-se por meio da captação de conteúdos novos. Precisamente o enraizamento da compreensão no campo do objeto é a expressão desse círculo inevitável em que se dá qualquer compreensão. Por essa razão, a reflexão hermenêutica é essencialmente uma reflexão sobre a influência da história, ou seja, uma reflexão que tem como tarefa tematizar a realidade da ‘história agindo’ em qualquer compreensão. Numa palavra, a

forma, toda compreensão humana acontece a partir e dentro de uma dimensão histórica que deve ser assumida e identificada pelo intérprete.<sup>173</sup>

Ainda que pesem as contribuições e inovações trazidas por tais autores, a hermenêutica ainda era tratada como uma disciplina instrumental ancorada no universo epistemológico. Por isso, a grande contribuição de Heidegger e de Gadamer será o chamado “giro hermenêutico”.<sup>174</sup> Essa expressão é pela primeira vez utilizada por Don Ihde, na sua obra *Hermeneutic Phenomenology*, de 1971, e, segundo Rohden (2002, p.65), “retrata e fundamenta a impossibilidade de reduzir a linguagem à perspectiva científico-moderna”. O foco aqui é justamente a passagem do 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 ato de conhecer” (ROHDEN, 2002, p.65).

Heidegger, então, irá receptionar a obra de Dilthey pelas lentes da fenomenologia – e não da psicologia – conferindo a ela uma importância filosófica, ao invés de científica, marcando a questão da temporalidade e da historicidade. Para tanto, partirá dos estudos de Husserl, fundador do movimento fenomenológico, que tem mérito por romper com o conceito de experiência enquanto conceito restrito ao mundo da ciência, elevando a experiência ao “mundo da vida”<sup>175</sup> como tema

hermenêutica desvela a mediação histórica tanto do objeto da compreensão como da própria situacionalidade do que compreende” (OLIVEIRA, 2001, p.230).

<sup>173</sup> “[C]umpre insistir na advertência de Hans-Georg Gadamer, a nos dizer que o intérprete, para compreender o significado de um texto, embora deva olhar para o passado e atentar para a tradição, não pode ignorar-se a si mesmo, nem desprezar a concreta situação histórica em que ele se encontra – o aqui e o agora – pois o ato de *concretização* de qualquer norma jurídica ocorre no presente e não ao tempo em que ela entrou em vigor” (MENDES, COELHO *et al.*, 2007, p.62-63).

<sup>174</sup> Como lembra Rohden (2002), o “giro linguístico” é constituído por dois momentos complementares: de um lado o “giro pragmático”, operado pelo segundo Wittgenstein e sua tese dos *jogos de linguagem*; e, de outro, o “giro hermenêutico”, efetuado por Heidegger e por Gadamer. Dessa forma, a Hermenêutica Filosófica entende que “a compreensão humana se orienta a partir de uma pré-compreensão que emerge da eventual situação existencial e que demarca o enquadramento temático e o limite de validade de cada tentativa de interpretação” (GRONDIN, 1999, p.159). Explica Oliveira (2001, p.13): “A reviravolta linguística do pensamento filosófico do século XX se centraliza, então, na tese fundamental de que é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber humano, de tal modo que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre sua infra-estrutura linguística”. Uma reconstrução feita mais recentemente e elaborada pelo próprio Habermas sobre o *giro linguístico* pode ser encontrada no cap.1 (“Filosofia hermenêutica e filosofia analítica: duas versões complementares da virada linguística”), da obra HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

<sup>175</sup> “Como vemos, o conceito de *mundo da vida* se opõe a todo objetivismo. Trata-se de um conceito essencialmente histórico, que não tem em mente um universo do ser, um ‘mundo que é’. Nem

universal do pensamento e da discussão filosófica (ROHDEN, 2002, p.66). O problema, todavia, residia no fato de que ele ainda se encontrava atado à pretensão de buscar um fundamento último para o conhecimento – típico da tradição metafísica ocidental. Heidegger, então, procurará situar o saber do sujeito cognoscente na forma de uma *hermenêutica da facticidade*<sup>176</sup> a partir da temporalidade.<sup>177</sup>

O ponto de partida é o *Dasein* (SALGADO, 2006, p.58), ou o ser-aí, que representa o ser finito em seu lugar no mundo; mas ele não é só isso, ele é um “projeto que se lança para além de si mesmo” (ROHDEN, 2002, p.69). Assim, tal ideia irá de encontro à proposta de um sujeito kantiano ou cartesiano para limitar esse sujeito à historicidade da “pre-sença”.<sup>178</sup> Com isso, a compreensão se dá a partir de um mundo circundante articulado em uma forma linguística (ROHDEN, 2002, p.72). A linguagem, então, é compreendida não apenas como um mecanismo

---

mesmo a idéia infinita de um mundo verdadeiro, a partir da progressão infinita dos mundos humanos e históricos, pode ser formulada com sentido na experiência histórica. [...] Mas *mundo da vida* quer dizer outra coisa, significa o todo em que estamos vivendo enquanto seres históricos. E aqui já não se pode mais evitar a conclusão de que, diante da historicidade da experiência implicada nela, a idéia de um universo de possíveis mundos históricos da vida é fundamentalmente irrealizável” (GADAMER, 2005, p.332).

<sup>176</sup> “Facticidade é mesmo manifestamente o inabarcável que resiste a toda tentativa de alcançar a transparência da compreensão” (GADAMER, 2007, p.18). Acrescente-se que, “sob a expressão ‘hermenêutica da facticidade’, Heidegger opõe uma exigência paradoxal à fenomenologia eidética de Husserl e à distinção entre fato e essência, sobre o que ela repousa. A facticidade da pre-sença, a existência, que não pode ser fundamentada nem deduzida, deveria representar a base ontológica do questionamento fenomenológico, e não o puro ‘cogito’, como estruturação essencial de uma generalidade típica: uma idéia tanto audaz como difícil de ser cumprida” (GADAMER, 2005, p.341).

<sup>177</sup> “A filosofia, para Heidegger, consistia, nessa forma de pensamento que dependia, em sua radicalidade, da distinção entre o propriamente hermenêutico, da analítica existencial, e aquele âmbito que investiga as questões lógicas e da enunciação (REVER). Assim, o filósofo introduzira um conceito de transcendental ligado ao problema do compreender que era, ao mesmo tempo, um existencial do *ser-aí* como modo de ser no mundo, e remetia para a compreensão do ser. Esta tinha como função primeira deslocar a questão do ser do contexto da tradição metafísica para o campo da fenomenologia e da analítica existencial. Podemos, assim, ver que a intenção de Heidegger era introduzir, além do nível do ente e do outro nível, ligado ao ser, um terceiro nível que, através do *ser-aí*, conduzia à ideia da compreensão do ser. Desse modo, a fenomenologia tem, como hermenêutica da facticidade e da existência, a tarefa de preparar uma nova compreensão do ser, a partir de um conceito de tempo repensado a partir da temporalidade e da historicidade (STEIN, 2011, p. 13-14, grifos no original).

<sup>178</sup> “O elemento transcendental de que Heidegger fala, entretanto, não é mais o elemento do ‘eu penso’ kantiano, que acompanha todas as nossas afirmações. É um elemento que substitui, justamente, a consciência que está presente na percepção kantiana, pondo, em lugar dessa consciência, o próprio *Dasein* enquanto *ser-aí*, como o *aí* onde está o velamento e o desvelamento, a partir de onde se coloca a questão da verdade. É, nesse sentido, o conceito de ‘mundo’, que se aproxima do conceito do *aí*, o qual passa a ser caracterizado, desde o começo da obra de Heidegger, um pouco no sentido prático: mundo é aquilo onde nós nos movemos, onde nós nos arranjamos, onde nós lidamos com as coisas. Justamente, esse tipo de conceito de mundo prático é o que está direta e fundamentalmente ligado ao conceito de verdade” (STEIN, 1993, p.21).

para transmissão de informações, mas antes, como condição de acesso ao mundo. Como construção linguística, a história é essa estrutura ontológica que é vista sob o prisma das vivências de um sujeito (GADAMER, 2005, p.346; OLIVEIRA, 2001, p.216; PEREIRA, 2004, p.16). E por histórico não se designa apenas os acontecimentos passados, mas ainda o “acontecer próprio da existência que surge do porvir da pre-sença” (HEIDEGGER, 2004, p.194).

A proposta de Gadamer, então, parte das descobertas feitas por seu antecessor e vai além (TRINDADE, 2006, p.240). O primeiro passo, para tanto, depende de elevar a ideia de experiência à categoria de princípio fundamental da hermenêutica filosófica (ROHDEN, 2002, p.75). Assim como cada ser é único, cada experiência igualmente o é. Gadamer utiliza o exemplo da experiência estética para demonstrar como ela pode ser compreendida como uma experiência de verdade e como pode ultrapassar o âmbito do que estaria adstrito ao controle de um método científico (ROHDEN, 2002, p.98). Sendo assim, verdade e método não são, na realidade, interligados; isto é, o método não encerra o caminho para se chegar à verdade.<sup>179</sup> Logo, a hermenêutica não pode ser instrumentalizada, como entendiam os estudiosos iniciais (TRINDADE, 2006, p.246; STRECK, 2011b, p.248).

A própria ontologia inerente à hermenêutica faz com que sua experiência se dê a todo momento, como lembra Gadamer (2003, p.19):

A interpretação, tal como hoje a entendemos, se aplica não apenas aos textos e à tradição oral, mas a tudo que nos é transmitido pela história: desse modo falamos, por exemplo, da interpretação de um evento histórico ou ainda da interpretação de expressões espirituais e gestuais, da interpretação de um comportamento, etc. Em todos esses casos, o que queremos dizer é que o sentido daquilo que se oferece à nossa interpretação não se revela sem mediação, e que é necessário olhar para além do sentido imediato a fim de descobrir o “verdadeiro” significado que se encontra escondido. Essa generalização da noção de interpretação remonta a Nietzsche. Segundo ele, todos os enunciados provenientes da razão são suscetíveis de interpretação, posto que o seu sentido verdadeiro ou real nos chega sempre mascarado ou deformado por ideologias (GADAMER, 2003, p.19).

---

<sup>179</sup> “O que motiva a primazia da autoconsciência em relação à consciência da coisa no pensamento moderno é o primado da certeza ante a verdade, um primado que se fundamentou por meio da ideia de método da ciência moderna. Diferentemente do conceito clássico de método, o método é compreendido desde Descartes como caminho de autocertificação e, nesse sentido, apesar de toda a pluralidade de métodos, o método é um” (GADAMER, 2007, p.14).

Voltando à Heidegger, Gadamer destaca a importância do *Dasein* e o fato de que, com isso, todo sujeito se vê imerso em um contexto histórico-linguístico (GADAMER, 2007, p.22-23; HERNÁNDEZ-LARGO, 1992, p.44), o que Gadamer denominará de *tradição*.<sup>180</sup> É importante, então, destacar que o autor conduz sua leitura para um caminho distinto daquele assumido pelo movimento do Iluminismo, já que a ideia defendida é justamente a de que os homens, através do uso da razão, devem ser capazes de se desvencilhar do domínio da tradição e de sua autoridade, a fim de que seja possível construir um conhecimento cientificamente verdadeiro (GADAMER, 2005, p.368-369; PEREIRA, 2004, p.18). Reabilitando o conceito, Gadamer critica tal leitura e afirma que, na realidade, a tradição é condição de possibilidade existencial de qualquer ser, como ser histórico e finito.

Além do mais, a autoridade da tradição não se estabelece de modo coercitivo, mas, ao contrário, pela via de um *reconhecimento*: o sujeito toma consciência de que a tradição constitui-se como um *outro* em constante e permanente diálogo<sup>181</sup>, e que esta assume uma perspectiva mais acertada (GADAMER, 2005, p.371). É por isso que Gadamer afirma que a compreensão correta da autoridade não tem nenhum sentido de obediência cega a um comando, não havendo arbitrariedade. O conceito de *clássico* na hermenêutica gadameriana tenta desvelar um pouco mais essa ideia (GADAMER, 2005, p.380-381):

O clássico é aquilo que se subtraiu às flutuações do tempo e a suas variações de gosto; é acessível de modo imediato, mas não ao modo desse contato, digamos elétrico, que de vez em quando caracteriza uma produção contemporânea fazendo com que experimentemos momentaneamente a satisfação de uma intuição de sentido que supera toda a atenção consciente. O que nos leva a chamar algo de “clássico” é, antes, uma consciência do ser permanente, uma consciência do significado imorredouro, que é independente de toda circunstância temporal, uma espécie de presente intemporal contemporâneo de todo e qualquer presente (GADAMER, 2005, p.381).

<sup>180</sup> “[...] no seio dessa tradição é que foram formulados os conceitos capazes de fazer jus à pretensão cognitiva própria das ciências do espírito. Segundo Gadamer, essa tradição ainda era muito viva na época anterior a Kant, antes que ela fosse reprimida pela dominação heterônoma do conceito de método” (GRONDIN, 1999, p.183).

<sup>181</sup> Segundo Rohden (2002, p.181), o “diálogo mostra melhor a dimensão do processo relacional do saber, enquanto o jogo e o círculo hermenêutico ressaltam a subjetividade afetada daquele que joga ou compreende compreendendo-se circularmente”.



O conceito de clássico traz um sentido normativo, mas que é conhecido e reconhecido pelo sujeito por meio do diálogo, no qual, o sujeito toma consciência de que todo o seu saber e sua visão de mundo formam-se circundados a partir de um *horizonte* de sentido – elemento, simultaneamente, limitador e condição de possibilidade da sua visão –, de sua distância temporal. Assim, o autor esclarece:

Horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de um determinado ponto. [...] A linguagem filosófica empregou essa palavra, sobretudo desde Nietzsche e Husserl, para caracterizar a vinculação do pensamento à sua determinidade finita e para caracterizar, com isso, a lei do progresso de ampliação do âmbito visual. 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 além disso. Aquele que tem horizontes sabe valorizar corretamente o significado de todas as coisas que caem dentro 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, 2005, p.399-400).

A partir da ideia de horizonte,<sup>182</sup> então, é que se tem acesso ao mundo, ou seja, é que a compreensão acontece, sempre no interior de uma dada tradição, mas preservando-se a circularidade já observada por outros autores da hermenêutica. Seguindo essa linha de raciocínio, tem-se que o horizonte fornece ao intérprete a consciência de seus próprios pré-conceitos – antecipações de sentido (KUSCH, 2001, p.269). Por isso mesmo, em Gadamer (2005, p.257), a compreensão sempre se dá na imersão de uma determinada tradição e de uma maneira circular,<sup>183</sup> de modo a sempre se buscar a revisão das pré-compreensões do sujeito:

Daí o caráter circular de toda compreensão: ela sempre se realiza a partir de uma pré-compreensão, que é procedente de nosso próprio mundo de experiência e de compreensão, mas essa pré-compreensão pode

<sup>182</sup> “*Toda interpretación lograda se ve acompañada de la expectativa que el autor y sus destinatarios, si pudieran superar la distancia en el tiempo mediante un proceso de formación complementario de nuestro proceso de interpretación, podrían compartir la comprensión que tenemos de su texto. En tal proceso de comprensión, contrafacticamente superador del tiempo, el autor tendría que liberarse de su propio horizonte contemporáneo, del mismo modo que nosotros ampliamos nuestro propio horizonte cuando como intérpretes nos introducimos en su época. Gadamer utiliza para ello la imagen de horizontes que se funden unos con otros*” (HABERMAS, 1987, p.1:185).

<sup>183</sup> Dito de outra forma, tem-se que a compreensão está condicionada a uma pré-compreensão, que funciona como antecipação da abertura para o mundo, uma antecipação do sentido, que gera condições de acesso à coisa que vem ao encontro (GADAMER, 2005, p.261).

enriquecer-se por meio da captação de conteúdos novos. Precisamente o enraizamento da compreensão no campo do objeto é a expressão desse círculo inevitável em que se dá qualquer compreensão. Por essa razão, a reflexão hermenêutica é essencialmente uma reflexão sobre a influência da história, ou seja, uma reflexão que tem como tarefa tematizar a realidade da “história agindo” em qualquer compreensão. Numa palavra, a hermenêutica desvela a mediação histórica tanto do objeto da compreensão como da própria situacionalidade do que compreende (OLIVEIRA, 2001, p.230).

Essa circularidade a que Gadamer se refere, entretanto, é aberta, não retornando a compreensão nunca para o mesmo local de onde partira, expandindo-se continuamente (GRONDIN, 2002, p.47). Na verdade, inclusive, não se pode identificar a existência de apenas um círculo, mas de uma constelação de círculos concêntricos (KUSCH, 2001, p.167):

Com o modelo estrutural do círculo hermenêutico é possível superar a clássica dicotomia entre explicar e compreender ou interpretar e compreender, uma vez que ele mostra que há uma compreensão originária, anterior ao momento temático, que denominamos de ontológico – que o círculo hermenêutico permite explicitar, e que mostra a impossibilidade do retorno ao ponto inicial, à Ítaca, ileso das marcas do tempo e do espaço. A esquizofrenia filosófica sujeito-objeto não é resolvida pela eliminação ou supremacia de um dos pólos, mas pelo reconhecimento da existência e constituição de ambos tensional e circularmente – o que corporifica no termo enquanto (ROHDEN, 2002, p.170).

Nessa dinâmica é que se dá a chamada “fusão de horizontes”, momento no qual obra e intérprete dividem o mesmo horizonte comum:

Na medida em que cada intérprete se situa num novo horizonte, o evento que se traduz linguisticamente na experiência hermenêutica é algo 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 (PALMER, 1986, p.211).

É por meio desse diálogo que a compreensão se desenvolve (GRONDIN, 2002, p.41); e mais, pode-se dizer que compreender é trazer para a situação presente do intérprete,<sup>184</sup> ou seja, é também *aplicação*.<sup>185</sup> A noção de tradução pode

<sup>184</sup> “[...] na compreensão, sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido, à situação atual do intérprete. Nesse sentido nos vemos obrigados a dar um passo mais além da hermenêutica romântica, considerando como um processo unitário não somente a compreensão e interpretação, mas também a aplicação” (GADAMER, 2005, p.460).

<sup>185</sup> “A estreita pertença que unia na sua origem a hermenêutica *filológica* com a *jurídica* repousa sobre o reconhecimento da aplicação como momento integrante de toda compreensão. Tanto para a

ser bastante ilustrativa dessa perspectiva (GRONDIN, 1999, p.194), como explica Rohden (2009, p.191-192):

Traduzir um texto é mais do que fazer ressurgir o processo anímico original de quem escreveu. Trata-se, antes, de reconstruí-lo, guiado pela compreensão do que se diz nele. A tradução é, pois, sempre uma interpretação, e, como tal, esta implica uma reiluminação, e o tradutor tem de assumir a responsabilidade por essa reiluminação. Possuindo consciência da distância que o separa necessariamente do original, “seu modo de lidar com o texto tem também algo dos esforços do pôr-se de acordo num diálogo”; no caso da tradução, o acordo parece ser mais difícil, porque reconhecemos que, no final, “a distância entre a opinião contrária e a própria não é eliminada. Tal como no diálogo, onde se coloca essa classe de diferenças insuperáveis, pode-se alcançar talvez, no vaivém do desenrolar de um diálogo, algum tipo de acordo, também o tradutor encontrará no vaivém do ponderar e sopesar a melhor solução, que será sempre um meio termo”. Traduzir e dialogar exigem uma certa responsabilidade, enquanto disposição para responder à pergunta que moveu o escritor a escrever e move o tradutor a compreender (ROHDEN, 2002, p.191-192).

Além do mais, o diálogo se move a partir de um jogo de perguntas e respostas,<sup>186</sup> logo, no ato de perguntar, coloca-se e conquista-se o horizonte hermenêutico (GRONDIN, 1999, p.194; PEREIRA, 2004, p.22; SALGADO, 2006, p.101-103).

Aliado a isso, Gadamer observa que a tradição com quem se dialoga não se encontra morta, mas, ao contrário, é viva e dinâmica. Portanto, ele afirma a existência de uma história efetual ou uma “história dos efeitos” (HERNÁNDEZ-LARGO, 1992, p.57),<sup>187</sup> que, inconscientemente, está subjacente a toda a compreensão:

---

hermenêutica jurídica como para a teológica, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto – da lei ou da revelação – por um lado, e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na prédica, por outro. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica. Da mesma maneira, o texto de uma mensagem religiosa não deseja ser compreendido como um mero documento histórico, mas ele deve ser entendido de forma a poder exercer seu efeito redentor. Em ambos os casos isso implica que o texto, lei ou mensagem de salvação, se se quiser compreendê-lo adequadamente, isto é, de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, tem de ser compreendido em cada instante, isto é, em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar” (GADAMER, 2005, p.461).

<sup>186</sup> Para perguntar, é preciso querer saber, isto é, saber que não se sabe. E, no intercâmbio de perguntas e respostas, de saber e não saber, descrito por Platão ao modo de comédia, acaba-se reconhecendo que, para todo conhecimento e discurso em que se queira conhecer o conteúdo das coisas, a pergunta toma a dianteira. Uma conversa que queira chegar a explicar alguma coisa precisa romper essa coisa através de uma pergunta (GADAMER, 2005, p.474).

<sup>187</sup> “O círculo hermenêutico mostra que a consciência histórica efetual e os pré-juízos nela contidos atuam como condição de possibilidade do conhecimento que se pretende objetivo, de modo que a

Gadamer propõe, entretanto, que o intérprete da tradição desenvolva um nível de consciência desses efeitos, embora esclareça que uma consciência total é impossível. Atentar a este entrelaçamento histórico-efetual em que se encontra a consciência histórica é importante, não somente por possibilitar o afastamento dos preconceitos nocivos à compreensão, mas também, e principalmente, por trazer à luz aquelas “pressuposições sustentadoras” que guiam o compreender rumo às melhores e mais corretas questões (PEREIRA, 2004, p.22).

Sobre a mesma ideia, esclarece Grondin (1999, p.190-191):

a história efetual expressa, em seu primeiro nível, a exigência formal de tornar consciente a própria situação hermenêutica, para “controlá-la”. Esta é a interpretação própria pré-compreensão, solicitada por Heidegger. Gadamer reconhece, no entanto, de um modo mais marcante do que Heidegger, que essa tarefa não pode ser plenamente resolvida ou concluída. A história efetual não está em nosso poder ou à nossa disposição. Nós estamos mais submissos a ela, do que disso podemos ter consciência. Em toda a parte onde nós compreendemos, a história efetual está em ação como horizonte que não pode ser questionado retroativamente, até a clareza definitiva daquilo que pode parecer-nos significado e questionável. Dessa forma, a história efetual obtém a função de uma instância basilar para cada compreensão, a partir da qual toda a compreensão continua determinada, evidentemente também ali onde ela não quer admiti-lo (GRONDIN, 1999, p.190-191).

Todavia, tal afirmação acabou atraindo para Gadamer severas críticas que questionavam a submissão do sujeito à tradição, como feitas por Habermas e, conseqüentemente, houve a assunção de um viés acrítico contido no interior da hermenêutica (MCCARTHY, 1992, p.139).

Grondin (1999, p.192), posicionando-se na defesa de Gadamer, entende que não se pode falar de uma submissão, mas antes, de um reconhecimento pelo próprio sujeito de sua finitude, o que não quer dizer uma atrofia da reflexão; ao contrário, há um ganho, em razão da própria finitude, já que, antes, a concepção ainda era baseada em uma tradição metafísica condicionada, uma ilusória forma de compreensão que apostava em uma racionalidade iluminista, certamente inflacionada. Concordando com tal posição, Rohden (2002, p.240-241) argumenta que o grande ganho da hermenêutica de Gadamer é trazer ao sujeito a consciência de que possui uma carga de pré-conceitos que não pode ser erradicada totalmente. O próprio Gadamer (2004) acusará Habermas de ter entendido mal os propósitos de

---

tarefa da hermenêutica é a de mostrar as possibilidades do conhecimento, inclusive os pressupostos pelos quais se funda a ciência” (MARRAFON, 2011, p.78).

sua teoria hermenêutica e afirmará que sua teoria não estava preocupada com questões de epistemologia ou o desenvolvimento de uma moldura metodológica (BERNSTEIN 2002, p.271).

Habermas (1975, p.354; 1988, p.251) apresenta objeções à hermenêutica de Gadamer, partindo da ideia de que tal teoria não assume a possibilidade de uma razão reflexiva que estabelece um “não compromisso” com a tradição, exercendo, assim, uma atividade crítica desta.<sup>188</sup> Habermas (2009, p.238; BERNSTEIN, 2002, p.268) não está aqui ignorando as origens históricas da compreensão, mas entende que a postura de Gadamer acaba por cair em uma relativização do seu poder de cognição. Sendo assim, posiciona-se no sentido de que a “força da reflexão” é, sim, capaz de destituir de autoridade a tradição (HABERMAS, 1988, p.243; 2009, p.259) através de questionamentos.<sup>189</sup> Gadamer se mostra cético quanto à ideia de um conhecimento fundado em um interesse exclusivamente emancipatório (BERNSTEIN, 2002, p.271) e alega que Habermas haveria caído numa utopia iluminista.

É por isso que Habermas (1987, p.186-187, v.1; 2009, p.235) acusa Gadamer de desenvolver um *giro apenas unilateral*,<sup>190</sup> ou seja, o exemplo da  *fusão de horizontes*, na realidade, representaria uma via de mão única, na qual apenas o intérprete deve se deslocar em direção ao horizonte assumido pela obra e pelo

---

<sup>188</sup> “A hermenêutica define suas tarefas em contraposição às descrições linguísticas das diversas gramáticas. Mas ela não preserva a unidade da razão no pluralismo das linguagens, como é exigido pelo programa de uma linguística geral, pela via de uma metateoria das gramáticas ligadas a linguagens ordinárias; ela não confia em uma mediatização das linguagens ordinárias e não sai da dimensão dessas linguagens, ao contrário, ela se serve da tendência estabelecida na práxis linguística para a autotranscendência” (HABERMAS, 2009, p.226).

<sup>189</sup> “*El intérprete puede tácitamente dar por sentado que comparte con el autor y con los contemporáneos de éste estas relaciones formales con el mundo. Trata de entender por qué el autor, en la creencia de que existen determinados estados de cosas, de que rigen determinadas normas y valores, de que pueden atribuirse determinadas vivencias a determinados sujetos, hizo en su texto determinadas afirmaciones, observó o violó determinadas convenciones y expresó determinadas intenciones, disposiciones, sentimientos, etc. Sólo en la medida en que el intérprete penetre en las razones que hacen aparecer las emisiones o manifestaciones del autor como racionales, entiende qué es lo que éste pudo querer decir. Sobre este trasfondo puede identificarse también tal o cual idiosincrasia, es decir, aquellos pasajes que ni siquiera resultan comprensibles desde los supuestos del mundo de la vida que el autor compartió con sus contemporáneos*” (HABERMAS, 1987, p.184, v.1).

<sup>190</sup> “*Gadamer, empero, da a su modelo de comprensión basado en la interpretación de textos clásicos un curioso giro unilateral. Si en la actitud realizativa de participantes virtuales en un diálogo hemos de partir de que la manifestación de un autor tiene a su favor la presunción de racionalidad, no solamente tenemos que admitir la posibilidad de que el intérprete pueda resultarnos ejemplar, de que podamos aprender algo de él, sino que también hemos de contar con la posibilidad de que el autor pudiera aprender algo de nosotros*” (HABERMAS, 1987, p.187, v.1, grifos no original).

autor. Mas, por se tratar, de verdadeiro diálogo, como quer o próprio Gadamer (2004), Habermas (1987) indaga sobre o fato de o próprio intérprete não poder, no jogo de perguntas e respostas que constitui tal diálogo em Gadamer, formular, contra as respostas dadas pelo autor, objeções que afetam a própria pretensão de validade do argumento do primeiro.<sup>191</sup>

Ora, se a racionalidade e a autoridade se encerram em uma relação de reconhecimento, este constitui, para Habermas, uma modalidade de racionalidade comunicativa, que se dá a partir do acatamento do melhor argumento apresentado no interior da dinâmica discursiva – o que levanta um pressuposto importante relativo à igualdade de condições, participação e consideração entre todos os participantes.<sup>192</sup> Mas, eis que a leitura desenvolvida por Gadamer acaba por colocar um desnível nesse quadro: o saber encerrado pelo texto – e pela tradição a qual ele pertence – é visto como superior (HABERMAS, 1987, p.187).

Como proposta, então, o autor se apoia em uma “compreensão metodicamente assegurada”,<sup>193</sup> que supostamente, seria capaz de transcender o

---

<sup>191</sup> Esclarece McCarthy (1992, p.140): *“El interés que abriga la hermenéutica no es el interés por poner un determinado dominio de objetos bajo control teórico o de someterlo a la crítica de la ideología; es un interés por llegar a una comprensión por medio del diálogo – con los otros en mi propia cultura, con culturas extrañas, con el pasado – sobre las preocupaciones comunes de la vida humana”*.

<sup>192</sup> *“En la orientación conforme a pretensiones de validez se actualizan relaciones del actor con el mundo. Al relacionarse con sus manifestaciones con algo en un mundo, los sujetos presuponen estar en común posesión de elementos formales que son determinantes para el entendimiento”* (HABERMAS, 1987, p.190, v.1). E prossegue mais á frente: *“Para cumplir tal exigencia de objetividad habría que demostrar que la estructura racional interna de los procesos de entendimiento, que propedéuticamente he caracterizado mediante a) las relaciones de los actores con el mundo y los correspondientes conceptos de mundo objetivo, mundo subjetivo y mundo social, b) las pretensiones de validez que son la verdad proposicional, la rectitud normativa y la veracidad o autenticidad, c) el concepto de un acuerdo racionalmente motivado, es decir, de un acuerdo basado en el reconocimiento intersubjetivo de pretensiones de validez susceptibles de crítica, y d) el proceso de entendimiento como negociación cooperativa de definiciones compartidas de la situación, posee en un determinado sentido una validez universal. Esto es una exigencia muy fuerte para alguien que, como es mi caso, opera sin ningún respaldo metafísico y que tampoco cree ya en la posibilidad de desarrollar un programa de pragmática trascendental en sentido estricto, es decir, que se presente con pretensiones de fundamentación última”* (HABERMAS, 1987, p. 191-192, v.1, grifos no original).

<sup>193</sup> *“Aquí la tarea de interpretación experimenta una ampliación y se convierte en la tarea, ya propiamente teórica, de seguir los pasos de la descentración de la comprensión del mundo, de entender cómo a lo largo de ese camino se entrelazan procesos de aprendizaje, de desaprendizaje y de aprendizaje en falso. Sólo una historia sistemática de la racionalidad, historia de la que estamos bien lejos, podría impedirnos o bien caer en un puro relativismo, o dar ingenuamente por absolutos nuestros propios estándares de racionalidad”* (HABERMAS, 1987, p.188, v.1).

diálogo comum, revelando dois pontos de opressão:<sup>194</sup> um seria a psicanálise (HABERMAS, 2009, p.306-307),<sup>195</sup> enquanto o outro seria a teoria crítica das ideologias. Sobre tal propósito, esclarece Pereira (2004, p.30):

É preciso entender que o objetivo de Habermas é defender uma sociologia que possa “conhecer” objetivamente o mundo. Os textos da tradição não possuem uma “verdade” que pode ser de alguma maneira “aplicada”, como em Gadamer. São antes índices de relações sociais de dominação e o conhecimento adquirido com sua leitura tem por escopo a crítica dessas relações. O desenvolvimento das idéias do autor enseja indiretamente uma perspectiva de conhecimento dos textos do passado, na qual o interesse primordial são as relações de domínio social realizadas no âmbito comunicativo. A “fusão” entre passado e presente não está em jogo, ao menos da maneira expressa por Gadamer (PEREIRA, 2004, p.30).

Além disso, a própria ideia de *paradigma* trazido para as ciências sociais também representa um importante recurso para a construção da proposta hermenêutica crítica de Habermas.<sup>196</sup>

<sup>194</sup> “*La contribución metodológica de la hermenéutica filosófica podemos resumirla en los siguientes puntos: — el intérprete no puede esclarecer el significado de una manifestación simbólica sino como participante virtual en el proceso de entendimiento de los directamente implicados; — esta actitud realizativa le vincula a la precomprensión que caracteriza a la situación hermenéutica de la que parte; — pero la validez de su interpretación no tiene por qué verse menguada por esa vinculación, — ya que puede servir de la estructura racional interna de la acción orientada al entendimiento y hacer un uso reflexivo de la competencia de juicio que caracteriza a un participante en la comunicación que sea capaz de responder de sus actos, para — poner sistemáticamente en relación el mundo de la vida del autor y de sus contemporáneos con su propio mundo de la vida — y reconstruir el significado del interpretándum como contenido objetivo de una emisión o manifestación susceptible de crítica, que es sometida a un enjuiciamiento por lo menos implícito*” (HABERMAS, 1987, p.188, v.1).

<sup>195</sup> Explica Habermas (2009, p.310): “Esta consciência hermenêutica mostra-se, porém, como insuficiente no caso de uma comunicação sistematicamente desfigurada: a incompreensibilidade resulta aqui de uma organização falha do próprio discurso. A hermenêutica pode desconsiderar perturbações linguísticas abertamente patológicas que entram em cena, por exemplo, em psicóticos, sem prejuízo de sua autocompreensão. Se é que só os casos patológicos escapam à sua abordagem, o campo de aplicação da hermenêutica coincide com os limites da comunicação normal realizada por meio da linguagem ordinária. A autocompreensão da hermenêutica só pode ser abalada se se mostrar que padrões de uma comunicação sistematicamente desfigurada também retornam na comunicação normal, digamos, no discurso patologicamente discreto”. Em outra obra, o mesmo autor acrescenta: “*Las perturbaciones de la comunicación podrán hacerse derivar entonces de la violación de las condiciones de normalidad señaladas en términos de pragmática formal. Hipótesis de este tipo podrían comprobarse recurriendo a material relativo a patrones de comunicación sistemáticamente distorsionada, recogido hasta ahora desde juntos de vista clínicos, sobretudo en familias patógenas, y evaluado y aprovechado en la perspectiva de la teoría de la socialización*” (HABERMAS, 1987, p. 193, v.1).

<sup>196</sup> “los paradigmas guardan en las ciencias sociales una conexión *interna* con el contexto social del que surgen y en el que operan. En ellos se refleja la comprensión que del mundo y de sí tienen los colectivos: sirven de manera mediata a la interpretación de intereses sociales, a la interpretación de horizontes de aspiración y de expectativa. De ahí que para toda teoría de la sociedad *la conexión con la historia de la teoría* represente también una especie de test. Cuanto mayor sea la naturalidad con que pueda recoger, explicar, criticar y proseguir ideas de tradiciones teóricas anteriores, tanto

Igual conclusão é levantada por Dworkin (1999), que assume positivamente as influências da hermenêutica gadameriana, mas que não olvida a importância de manter o viés crítico assinalado por Habermas. Por isso mesmo, a presente pesquisa reconhece méritos na proposta desenvolvida por Gadamer, mas, igualmente, não pode se fazer de cega para as críticas habermasianas.

Contudo, faz-se necessário, antes, voltar à revisão da metodologia apresentada por esta pesquisa. O debate travado entre Koselleck e Gadamer pode trazer melhores luzes acerca dos limites da própria aplicação da metodologia da história dos conceitos, e reforçar a ideia de que a leitura desenvolvida por Dworkin é ainda a melhor forma de compreensão da dimensão hermenêutica do Direito na modernidade.

Com base nisso, é que se motiva a escolha do marco teórico jurídico na teoria da integridade de Dworkin, sendo apresentados os seus principais pontos, haja vista que tal marco pode ser compreendido como a melhor proposta de leitura para a prática jurídica, pela razões que mais a frente serão explicitadas.

#### **4.2 As críticas de Gadamer à proposta de Koselleck**

Outro grande famoso debate em que Gadamer participou foi com Koselleck, no período das comemorações do aniversário de 85 anos de Gadamer. Em sua fala, Koselleck (1997, p.68) destaca a importância da hermenêutica para um pensar histórico, principalmente, para um pensar acerca das condições históricas. É justamente aí que reside o principal esforço de Koselleck: pensar por meio de sua História (*Historik*) as condições de possibilidade da história. Assim, seu propósito é refletir sobre o diálogo que se pode estabelecer entre História e Hermenêutica sobre o tempo da compreensão.

Na perspectiva de Koselleck, se a narrativa histórica (*Geschichte*) faz parte do “cosmos hermenêutico gadameriano”, as condições de possibilidade da história, por outro lado, já reclamam um *status* epistemológico pré-linguístico, indo ao encontro

---

más inmunizada se verá contra el peligro de que en la propia perspectiva teórica sólo se hagan valer subrepticamente intereses particulares” (HABERMAS, 197, p.195, v.1).



com a tese de Gadamer (KOSELLECK, 1997, p.69; PEREIRA, 2004, p.55; CATTONI DE OLIVEIRA, 2011), pois, como esclarece Pereira (2004, p.56),

a “histórica” pretende ser um desafio à hermenêutica filosófica de Gadamer e à ontologia heideggeriana. Na leitura de Koselleck, a hermenêutica gadameriana pretende abarcar todos os ramos do saber como subcasos de um “compreender existencial”. Toda a experiência de mundo e todo o saber seriam realizados no movimento da “história dos efeitos” que se cumpre na linguagem e não se pode conhecer e criticar inteiramente. Para Koselleck, isso implica a remissão de toda experiência à interpretação e à anulação da possibilidade de conhecimento objetivo e do acesso a dados extralingüísticos da realidade (PEREIRA, 2004, p.56).

Isso porque, para Koselleck (1997, p.93), o historiador não se preocupa apenas com o que um “texto” propriamente diz, mas busca o que está “além dos textos”.<sup>197</sup> E ,para fundamentar seu raciocínio, Koselleck (1997, p.70) faz uso de dois passos: (1) demonstrar uma Histórica a partir de categorias pré-lingüísticas, fazendo uso de uma leitura de Heidegger em *Ser e Tempo*; e (2) defender uma leitura de que tais conclusões anteriores já estariam presentes no próprio *Verdade e Método*, de Gadamer (CATTONI DE OLIVEIRA, 2011, p.65-66).<sup>198</sup>

(1) Seguindo tal lógica de raciocínio, Koselleck (1997, p.70-71) procura demonstrar que a Histórica é disciplina distinta da história empírica (*Historie*), formada por rastros, registros, narrativas. Koselleck (1997, p.70)<sup>199</sup> tributa a

<sup>197</sup> “¿Qué caracterizaba el proyecto categorial con el cual la Histórica, tal como se ha descrito, delinea las condiciones transcendentales de posibles historias? Se trataba siempre de determinaciones que apuntaban a estructuras prelingüísticas y extralingüísticas. Pues tanto en el caso de las determinaciones formales universales de «dentro» y «fuera», «arriba» y «abajo», «antes» o «después», como en el de las determinaciones formales más concretas de «amigo» y «enemigo», de «generatividad», de «amo» y «esclavo» y de «publicidad» y «secreto», se trataba siempre de determinaciones categoriales que apuntan a modos de ser (*Seinsweisen*) que, aun debiendo ser mediados lingüísticamente, no se diluyen objetivamente en la mediación lingüística, sino que poseen también su propio valor autónomo. Son, por consiguiente, categorías tendentes a un modo de ser de historias posibles que provocan sólo algo parecido a entender y comprender. La hermenéutica estaría entonces, por así decirlo, condenada a reaccionar ante un acontecimiento predeterminado teóricamente por la Histórica. Luego la Histórica remite — formulado en términos sencillos— a nexos de acciones, a formaciones de finitud en un ámbito también extralingüístico; la hermenéutica remite a su comprensión. Esta respuesta tiene indudablemente un cierto valor intrínseco, pero resulta demasiado simple para ser sólo verdadera” (KOSELLECK, 1997, p.87).

<sup>198</sup> “En primer lugar, presentaré el esbozo de una Histórica que dirige la atención hacia sus características prelingüísticas. Intentaré hacerlo mediante una lectura de *Ser y tiempo*, puesto que, sin esta obra, la hermenéutica existencial de Gadamer ni siquiera sería concebible. En segundo lugar, confrontaré los resultados esbozados previamente de una Histórica que apunta a lo prelingüístico con posiciones defendidas por Gadamer en su gran libro *Verdad y método*” (KOSELLECK, 1997, p.70).

<sup>199</sup> “Heidegger ofreció en *Ser y tiempo* un escorzo de ontología fundamental, que aspiraba entre otras cosas a derivar, diría que casi necesariamente, la condición de posibilidad de una *Historie* así como

Heidegger o esboço de tal iniciativa, pois a percepção de que o homem se encontra como ser finito no interior de uma dimensão de temporalidade vem da própria ideia do *Dasein*.<sup>200</sup> Além disso, Koselleck faz uma leitura antropológica de Heidegger, afirmando que o próprio, já no *Ser e Tempo*, teria apontado a existência de categorias que, ainda que de modo incompleto, podem permitir um desenvolvimento da Histórica (CATTONI DE OLIVEIRA, 2011, p.68).<sup>201</sup> Como solução, Koselleck (1997, p.73-74) apresenta, na sequência, um novo conjunto de categorias que complementam aquelas fornecidas por Heidegger, e que, segundo ele, podem ser suficientes para fundar a sua teoria da Histórica. Essas categorias se organizam a partir de pares antitéticos, e são capazes de problematizar a possibilidade da estrutura fundamental da Histórica.<sup>202</sup>

---

*la condición de posibilidad de una Geschichte<sup>2</sup> a partir del análisis existencial (Existentialanalyse) del Dasein<sup>3</sup> finito. Tensada entre nacimiento y muerte, la estructura fundamental del Dasein humano es su maduración: brota de la experiencia insuperable de aquella finitud que puede ser experimentada sólo en el precursar la muerte (im Vorlauf zum Tode). Como dijo Inocencio III: «Morimos mientras vivimos y sólo cuando dejamos de morir, dejamos de vivir» (KOSELLECK, 1997, p.70-71).*

<sup>200</sup> “El hombre como *Dasein* no es todavía libre para su prójimo —una temática de Löwith— ni abierto en su conflictividad con sus semejantes. Los tiempos de la historia no son idénticos y ni siquiera derivables enteramente de las modalidades existenciales desarrolladas en el hombre como *Dasein*. Desde el comienzo, los tiempos de la historia están constituidos por interrelaciones humanas. Se trata siempre de la contemporaneidad de lo que no es contemporáneo (*Gleichzeitigkeiten des Ungleichzeitigen*), de determinaciones de diferencias que contienen su propia finitud irreductible a una «existencia» (*Existenz*)” (KOSELLECK, 1997, p.72-73).

<sup>201</sup> “Me parece oportuno completar especialmente las determinaciones de finitud de la analítica del *Dasein* de Heidegger para dirigir la atención a la posibilidad de historias factuales (*tatsächlicher*). El par antitético (*Oppositions paar*) central de Heidegger —el «estar arrojado» [*Geworfenheit*] (considerado empíricamente, el nacimiento) y el «precursar» la muerte [*Vorlaufen zum Tode*] (empíricamente, el tener que morir) [*Sterbenmüssen*]— se puede completar con otras determinaciones antitéticas, que definen el horizonte temporal de nuestras experiencias de finitud con mayor rigor y, en cualquier caso, también de un modo diverso. Y nada debe turbarnos el hecho de que se trate de categorías que aconsejan una ampliación en la antropología histórica, pues fueron justamente las categorías del propio Heidegger las que, por su legibilidad e interpretabilidad antropológicas, provocaron una Histórica, aunque tan sólo permitían una fundamentación insuficiente” (KOSELLECK, 1997, p.73).

<sup>202</sup> “Como pares antitéticos, son idóneas para ilustrar las estructuras de la finitud que, por excluirse mutuamente, evocan tensiones temporales necesarias entre las unidades de acción y dentro de éstas. Las historias acontecen sólo porque las posibilidades inscritas en ellas superan con creces las que después se pueden cumplir (*eingelöst werden können*). Este excedente de posibilidades debe ser consumido para poder realizar (*verwirklichen*) algo «en el tiempo». Por tanto, son necesarias determinaciones antitéticas que expresen aquella finitud temporal en cuyo horizonte surgen tensiones, conflictos, fracturas, inconsistencias que, en su calidad de situaciones, siempre son insolubles, pero en cuya solución diacrónica deben participar y activarse todas las unidades de acción, sea para continuar viviendo, sea para irse a pique. Amigo y enemigo, padres e hijos, alternancia de generaciones, antes o después, las tensiones entre arriba y abajo así como las tensiones entre interno y externo o bien entre secreto y público siguen siendo constitutivas de la formación, del desarrollo y de la eficacia de las historias” (KOSELLECK, 1997, p.85).

(2) Dando sequência a seu raciocínio, Koselleck (1997, p.87) explica que as categorias que ele identificou são mediadas linguisticamente, o que se aproxima da tese de Gadamer, de uma teoria hermenêutica.<sup>203</sup> Duas ideias originárias de Gadamer seriam, então, importantes: (a) as experiências do mundo, ainda que mediadas pela linguagem, não são apenas um processo linguístico, nem se esgotam nele;<sup>204</sup> e (b) a ciência histórica apresenta um nível que supera todo o proceder hermenêutico, distintamente das demais ciências do espírito.<sup>205</sup>

Com isso, juristas, teólogos e filólogos trabalham sob uma lógica distinta daquela assumida por Koselleck (1997, p.90; CATTONI DE OLIVEIRA, 2011, p.79-80; PEREIRA, 2004, p.57-58). Os textos são utilizados para obter testemunhos de uma realidade que vai além deles; logo, o estado de coisas buscado se forma no extratextual, permitindo que o historiador crie uma relação de menor dependência em relação aos outros estudiosos (KOSELLECK, 1997, p.92).

Por fim, o que Koselleck faz é propor uma perspectiva metodológica que permita distinguir a compreensão feita a partir dos textos, bem como ser capaz de filtrar nas entrelinhas o que não é intencionalidade, mas que representa a verdadeira história (KOSELLECK, 1997, p.93).<sup>206</sup>

---

<sup>203</sup> *“La hermenéutica, como doctrina de la comprensión, posee un rango histórico-ontológico, y la lingüística constituye el modo de ejecución ínsito en ella que no se deja objetivar metódicamente. Sin este tipo de posibilidad dada previamente de experiencia del mundo, el Dasein humano, más allá de todas las ciencias, ni siquiera es pensable. De esta manera la determinación de la relación entre hermenéutica e Histórica se muestra sin duda bajo una nueva luz”* (KOSELLECK, 1997, p.87).

<sup>204</sup> *“En primer lugar, Gadamer afirma que, aunque nuestra experiencia del mundo es posibilitada y mediada lingüísticamente, nunca es sólo un proceso lingüístico ni se agota en el lenguaje. Al contrario, en todo procesamiento lingüístico (Versprachlichung) importa el objeto que es expresado lingüísticamente. Por tanto, también el objeto de la Histórica permanece en el ámbito de la hermenéutica universal. Pero Gadamer, en su discusión con Habermas y Apel, llega hasta el extremo de subrayar la inasequibilidad (Uneinholbarkeit), la inalcanzable pretensión de sentido (unerreichbare Sinnvorgabe) que la historia impone a todo intento de comprender y que la hace superior a todo esfuerzo hermenéutico. «Esto no es sino la elucidación de la verdadera temática hermenéutica. Ella encuentra su propia y completa legitimación en la experiencia de la historia.»\* La superioridad de lo que se debe comprender no es nunca enteramente asequible (einholbar) mediante una interpretación. Pues entonces la temática de la Histórica sería, por decirlo así, un caso muy particular en el cual todo lenguaje se afana en vano”* (KOSELLECK, 1997, p.89).

<sup>205</sup> *“En segundo lugar, Gadamer destaca que, incluso en el marco metódicamente más reducido de las ciencias ligadas a textos y de sus interpretaciones, la actitud histórica frente a las fuentes difiere considerablemente de las ciencias del espíritu afines que trabajan asimismo vinculadas al texto. Entre las ciencias interpretativas de textos, la ciencia histórica posee un rango que representa casi la superación de todo proceder hermenéutico. Expliquémoslo brevemente”* (KOSELLECK, 1997, p.89).

<sup>206</sup> *“Luego, desde el punto de vista de su teoría y de su método, la Histórica es algo más que una ciencia ligada filológicamente al texto. En cierta medida, la Histórica es fácilmente discernible de una hermenéutica ligada al texto. Pero, ¿es posible delimitarla también respecto a una hermenéutica en*

Em resposta a Koselleck, Gadamer (1997) começa afirmando que é louvável o esforço de seu aluno em recorrer ao pensamento de Heidegger para descrever a perspectiva do historiador. Mas Gadamer (1997) preferiu seguir por outro caminho: o de conceber que a hermenêutica preocupa-se com o fato de que o homem é um ser de linguagem (GADAMER, 1997, p.99-100; CATTONI DE OLIVEIRA, 2011, p.82-83; PEREIRA, 2004, p.58). Assim, Gadamer

procura entender a linguagem em termos aristotélicos como aquilo que distingue fundamentalmente os homens dos animais. Com a linguagem, o homem descreve estados de coisas, e ao mesmo tempo produz incertezas, propõe e projeta um futuro. Em todo conhecimento histórico há também um compreender, um processo hermenêutico. Somente esse reconhecimento pode explicar o interesse no mundo objetivo e a formação de questões relevantes que podem ser levantadas no trabalho histórico, o que não pode ser explicado pelas meta-categorias de Koselleck [sic]. Ao contrário, as meta-categorias só podem ser operacionalizadas e produzir histórias reais no âmbito das questões e interesses desenvolvidos no campo lingüístico do vínculo com as tradições. Para Gadamer, o bom pesquisador não é simplesmente aquele que domina uma metodologia, pois a sua tarefa decisiva é a fantasia (PEREIRA, 2004:59).

Por isso, para a hermenêutica, a linguagem é um fenômeno dialógico, que não se ocupa apenas em descrever o que existe ou comunicar fatos, mas em estabelecer o entendimento. Dessa forma,

não há sentido em fundamentar o conhecimento histórico somente em categorias de conhecimento objetivo. O fundamento deve ser procurado na capacidade de estabelecer ou restabelecer o vínculo e a coesão entre os homens. A ciência histórica destina-se a conhecer o mundo, mas não pode pretender apenas descrevê-lo. Seus métodos e objetivos são primordialmente parte do esforço humano pela aquisição do entendimento mútuo e pela sua orientação no mundo (PEREIRA, 2004, p. 59).

Isso não significa uma redução de tudo à linguagem, mas deve-se lembrar que a hermenêutica de Gadamer (1997, p.104) não entende por linguagem apenas os textos – não se trata aqui de uma filologia (CATTONI DE OLIVEIRA, 2011, p.85-

---

*la que se inserta toda Histórica como obra lingüística (als eine sprachliche Leistung)? Seguramente, en el sentido de que su tema dado, la historia, precede a toda comprensión. ¿Qué decía Fichte? «... y toda esta realidad como tal... no es en absoluto nada más que la tumba del concepto que quería probarse exponiéndose a la luz». \* También el concepto de la historia podría ser un concepto que se consume en la realidad. Por eso agradezco que el señor Gadamer diga la última palabra» (KOSELLECK, 1997, p.93-94).*

86).<sup>207</sup> Assim, na leitura de Gadamer, Koselleck entende sua Histórica como titular de um estatuto transcendental. Mas assim ele parece se esquecer de que o princípio da história efetual “afirma que o sentido de se estudar um texto ou um fenômeno histórico vem antes de tudo pelo efeito que tiveram no mundo e na história” (PEREIRA, 204, p.60). Logo,

Gadamer não parece negar a possibilidade de categorias objetivas de conhecimento com as de Koselleck, mas chama a atenção para que o interesse no mundo e na história não é um interesse primeiramente objetivo. A questão de Gadamer sobre a história dos efeitos ultrapassa o âmbito textual ou intelectual. Não se trata apenas de leituras e seus efeitos em obras posteriores, numa cadeia de influências, como Koselleck parece entender. Trata-se do efeito que os textos legados pelo passado tiveram no mundo, o que é o ponto de partida para o seu conhecimento (PEREIRA, 2004, p.60).

Por isso mesmo, o mundo não está disponível como se fosse um objeto, daí a importância da ideia de *horizonte* – “um espaço sem limites onde se estabelece a modesta orientação” (GADAMER, 1997, p.118). A compreensão da história, portanto, está ligada ao entendimento.

A pergunta,, então, sobre o porquê das histórias interessarem tanto aos homens leva a uma digressão ética, que, para ser respondida, levanta a existência de reflexões sobre o bem socrático, sobre a linguagem aristotélica e sobre o reconhecimento hegeliano (CATTONI DE OLIVEIRA, 2011, p.88). Tais questões são constitutivas do processo do compreender humano.

A resposta de Gadamer a Koselleck, então, aponta que a hermenêutica não pode ser reduzida à atividade de compreensão de textos;<sup>208</sup> além disso, a pretensão

---

<sup>207</sup> “Hay ciertamente una diferencia entre historias que se narran como narrador y que son verdaderas sin ser verdaderas, y las historias transmitidas por medio de una representación historiográfica (*historiographische Darstellung*) y reconstruidas con ayuda de la investigación crítica, a partir de las cuales «la historia» siempre se recompone y reescribe de nuevo. El texto de la historia no está nunca concluido por completo, ni está nunca fijado definitivamente por escrito. Hablar hoy de escrito definitivo suena a una protesta impotente del espíritu lingüístico contra el flujo siempre cambiante del narrar. Entiendo perfectamente por qué en la época de la ciencia moderna la historia (*Historie*) se considera a sí misma más filosófica que la poesía —en Aristóteles no quiere decir sino que contiene más conocimiento, que es más científica—. Ella [*Historie*] se expone enteramente al enigma de la contingencia y se desvanece en él. La facticidad del *factum* constatado por el historiador nunca podría competir en importancia con la facticidad que cada uno de nosotros —en el momento en que realiza la constatación o toma nota de tal *factum*— conoce como la suya y que todos nosotros juntos conocemos como la nuestra” (GADAMER, 1997, p.104-105).

<sup>208</sup> “No porque todo sea lenguaje. El lenguaje no habla de sí, sino de lo que es o presumiblemente es (*vermeintlich ist*). Pero puesto que el lenguaje se orienta hacia lo abierto, hacia el todo y la amplitud del tiempo y del futuro, de la libre elección y del problema abierto, se delinea el vasto horizonte del

transcendental de fundar a Histórica em categorias pré-linguísticas é insuficiente, pois as histórias que elas se prestam a contar são dependentes de nossa própria condição de compreensão (CATTONI DE OLIVEIRA, 2011, p.88-89).<sup>209</sup>

Como já destacado, resta, então, à presente pesquisa, problematizar as contribuições que a teoria de Dworkin pode trazer ao estudo da tese da mutação constitucional. Desde já, adianta-se que a ligação do jurista com a hermenêutica, como observa Streck (2011c, p.117-118), constitui ponto de importância fundamental para justificar este estudo. Dworkin assume, explicitamente, uma teoria hermenêutica crítica e apresenta uma proposta teórica bastante atrativa para a compreensão do direito no paradigma do Estado Democrático de Direito, superando – como se verá – propostas tanto relativas à leitura convencionalista como à compreensão pragmatista do direito. Logo, através do fio da integridade será possível repensar o problema da mutação constitucional, desconstruindo-o criticamente, sem perder de vista a dimensão histórica e a dimensão hermenêutica da prática jurídica democrática.

---

*«ahí» de mundos humanos. Por eso escuchamos a quien narra historias. Aunque no escuchamos simplemente historias, sino que preguntamos por su verdad histórica, resta el interés por el reconocimiento de lo que es humanamente posible y de lo que efectivamente ha acaecido» (GADAMER, 1997, p.108).*

<sup>209</sup> Cattoni de Oliveira (2011, p.89) identifica que a seguinte passagem de Gadamer traz algo de similar com o pensamento de Dworkin: *“También nosotros, con nuestras historias —como con cada una de nuestras decisiones de la vida práctica— colaboramos en la construcción de una comunidad basada en lo que tiene sentido para nosotros, en aquello que nos parece lo bueno, lo mejor, lo justo. Con estas grandes y bellas palabras me siento casi heredero de su legado, apenas hoy conservado, y, sin embargo, entiendo que todos deberíamos, plenamente conscientes del progresivo agravamiento de las tensiones, del desorden creciente, del obrar mal y del obrar erróneo, dirigir nuestra mirada comprensiva (verstehenden) hacia lo que todos tenemos en común y reconocemos en el otro mejor que en nosotros mismos. Nunca deberíamos renunciar a insertar las duras realidades de la historia, siempre y de nuevo, en nuestras posibilidades humanas” (GADAMER, 1997, p.108).*

### 4.3 . A tese do direito como integridade de Dworkin e a proposta de uma nova compreensão da mutação constitucional

#### 4.3.1 A proposta de uma interpretação construtiva do direito como condição de desenvolvimento da tese da integridade do direito

Dworkin é, reconhecidamente, um dos mais importantes e mais lidos autores contemporâneos nos campos do conhecimento jurídico, político e filosófico (SANTOS PÉREZ, 2003; RODRIGUES, 2005; MEYER, 2008; GUEST, 2010). Sua produção é abundante, consistindo em livros, artigos, ensaios, palestras, orientações etc.<sup>210</sup> Seu traço fundamental é a defesa da *integridade*<sup>211</sup> como ideal para nortear as práticas jurídico-políticas de uma sociedade, preocupada com o compromisso em dar às práticas do Legislativo e do Judiciário a melhor orientação e leitura possíveis.<sup>212</sup>

<sup>210</sup> Concorde-se com Meyer (2008, p.278) quando afirma que o fato de Dworkin ser muito lido, não significa que é bem compreendido. Oliveira (2008) alerta que várias são as leituras que parecem confundir as conclusões a que o norte-americano chega, principalmente por compará-lo equivocadamente à linha de pensamento que é assumida por Robert Alexy e sua técnica de ponderação de princípios – equiparados a valores. Deve-se alertar para o fato de que as traduções para a língua espanhola, inicialmente, utilizam o termo *normas* como sinônimo de *regras* jurídicas, como faz Calsamiglia (1992, p.168-169), o que acaba por induzir à ideia errônea de que princípios não são normas jurídicas, mas são ligados ao chamado Direito Natural. Aqui, cabe outra ressalva importante: dentro da tradição norte-americana, *ponderar* acaba por significar refletir, de modo que a solução dos conflitos entre princípios em Dworkin envolve muito mais um exercício de reflexão que vai culminar com uma construção teórica acerca do princípio adequado, do que um tratamento axiológico como dado por Alexy. Dirá Aleinikoff (1987, p.1001): “*In sum, balancing is not inevitable. To balance the interests is not simply to be candid about how our minds – and legal analysis – must work. It is to adopt a particular theory of interpretation that requires justification*”. Logo, há uma diferença importante no emprego do termo por um autor, como Dworkin – que dele faz uso no sentido de realizar uma reflexão – e, por outro, como Alexy – que o utiliza no primeiro sentido. Sendo assim, a leitura de Dworkin realizada por Schlink (2003, p.615) é também eivada de erro. Igualmente problemático é o voto do Min. Carlos Aires de Britto, na STA n. 175, o qual confunde, grosseiramente, os posicionamentos de Alexy e de Dworkin, e, como lembra Streck (2010, p.29-30), o julgamento pelo TJ-MG da Apelação n. 1.0596.03.0135872/001.

<sup>211</sup> A “integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e [equanimidade] corretos” (DWORKIN, 1999, p.202).

<sup>212</sup> “Temos dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido” (DWORKIN, 1999, p.213).

Por isso mesmo, o argumento central de Dworkin é de “que a natureza da argumentação jurídica encontra-se na melhor interpretação moral das práticas sociais existentes” (GUEST, 2010, p.07). Dworkin promove um ataque às tradições, tanto do positivismo jurídico (convencionalismo) quanto do realismo jurídico (pragmatismo), para demonstrar como tais tradições compreendem mal o direito.<sup>213</sup>

Aliás, o problema de compreensão do que é o direito assenta-se como o fio condutor de toda a discussão travada na obra *O Império do Direito* (1999), considerada por muitos a sua obra prima. Ali, o autor expõe uma tese fundamental: o raciocínio jurídico é uma forma de exercício de um tipo de interpretação denominada *construtiva* (DWORKIN, 1999, p.xi), o que significa afirmar que o direito deve constituir-se na melhor justificativa possível das práticas jurídicas.<sup>214</sup>

O debate jurídico, portanto, traz referências à discussão acerca das *proposições jurídicas* (DWORKIN, 1999, p.06) que levantam questões atinentes aos fundamentos do direito, abarcando dois níveis de divergências (DWORKIN, 1999, p.07-08): as *empíricas sobre o direito* (qual a lei que deve ser aplicada ao caso?); e as *teóricas sobre o direito* (concordam com a aplicação de uma determinada lei, mas, ainda sim, divergem quanto ao fato desta esgotar ou não os fundamentos do direito).<sup>215</sup> Dito de outro modo:

---

<sup>213</sup> Há juristas que discordem da utilização de Dworkin como marco teórico para pesquisas nacionais. Argumentam que a diferença de tradição que se estabelece entre os países do *Common Law* (de origem anglo-saxã) e os países do eixo Romano-Germânico (como o caso da França, Alemanha, Portugal, Espanha, além de outros, incluindo o Brasil) é abissal. Todavia, fato é que os traços fundamentais entre ambas as tradições, como destaca Ramires (2010, p.62-63), parecem linhas cada vez mais tênues. Em “ecletismo”, parece misturar as características principais e obscurecer distinções. Aliado a isso, deve-se lembrar que Dworkin não elabora em suas obras uma teoria exclusivamente voltada para o *Common Law*, mas antes, uma teoria geral do direito, aplicável a qualquer perspectiva ocidental. Ele se preocupa em apresentar uma proposta reconstrutiva da prática jurídica ancorada nas conquistas da hermenêutica filosófica, de um lado, e na preocupação com a legitimidade das decisões jurídicas, de outro. Tal tema é universal; logo, faz com que suas ideias ganhem espaço de reflexão e aplicação para os juristas brasileiros, e não apenas norte-americanos.

<sup>214</sup> Essa última informação é importante porque expressa uma ideia vital em Dworkin: a de que o direito não é algo restrito a um espaço estatal, como um Tribunal ou um órgão legislativo, ao contrário, ele se faz presente constantemente na vida em sociedade, do nascimento até depois da morte das pessoas, estabelecendo o sentido do que seja ser cidadão, empregado, proprietário, cônjuge etc.

<sup>215</sup> A divergência empírica poderia ser exemplificada da seguinte forma: juristas concordariam que a velocidade máxima no Estado da Califórnia é de 90 km/h, uma vez que há, na lei de trânsito, uma afirmação expressa nesse sentido. Todavia, tais juristas poderiam discordar desse limite se não houvesse a mesma afirmativa. Diferentemente, a divergência teórica denota que eles concordam sobre o que diz a legislação e as decisões judiciais, mas discordam quanto àquilo que a lei de trânsito realmente é, uma vez que parece haver uma discussão no sentido de saber se o *corpus* do Direito escrito ou o conjunto de decisões judiciais esgotam ou não os fundamentos pertinentes ao



A divergência empírica sobre o direito quase nada tem de misteriosa. As pessoas podem divergir a propósito de quais palavras estão nos códigos da mesma maneira que divergem sobre quaisquer outras questões de fato. Mas a divergência teórica no direito, a divergência quanto aos fundamentos do direito, é mais problemática (DWORKIN, 1999, p.08).

Dworkin, então, pontua que as teorias que buscam reduzir o debate acerca das proposições jurídicas a uma controvérsia quanto aos fatos, na realidade, centram-se em discussões “empíricas ligadas aos eventos concretos e históricos que sustentam a lide” (SOUZA CRUZ, 2003, p.26-27).<sup>216</sup> Assim, uma compreensão das questões jurídicas como meros fatos acaba por reduzir o Direito, afirmando que ele nada mais é do que aquilo que as instituições jurídicas (casas legislativas ou tribunais), decidiram no passado (DWORKIN, 1999, p.10). Destarte, tudo poderia ser resolvido por meio de uma visita aos arquivos que guardam essas decisões, e, com isso, não haveria qualquer sentido na divergência teórica sobre o Direito. Toda divergência seria exclusivamente aparente, pois seria uma discussão política travestida de discussão jurídica. Desse modo, seus defensores devem enfrentar duas questões: os juízes limitam-se a aplicar o Direito existente, deixando para os legisladores o trabalho de aperfeiçoamento; e, no curso de um processo, quando há ausência de decisão institucional passada, atribuem a possibilidade de criação de uma norma e sua aplicação retroativa.

---

Direito. Desse modo, a divergência teórica é bem mais complexa do que uma mera discussão sobre quais palavras estão presentes nos códigos, sendo bem mais problemática.

<sup>216</sup> Segundo obra mais recente, Dworkin (2010, p.16) afirma que a controvérsia semântica se sustenta no fato de que as pessoas analisam a questão reduzindo-a a um critério menos abstrato, que se apoia em uma estrutura física ou biológica. A dúvida que se poderia ter diante de um tigre ou de outro felino, por exemplo, dirá Dworkin (2010, p.16), poderia ser solucionada por meio da coleta e análise do DNA do espécime. Se, de fato, o exame identificasse que o DNA desse animal corresponde ao DNA já conhecido cientificamente de um tigre, o sujeito poderia, seguramente, afirmar que se trata de tal animal. Todavia, a grande maioria das pessoas desconhece tal critério, até mesmo por ser muito técnico e somente estar disponível a um número bem restrito de cientistas. Desse modo, essas pessoas poderiam utilizar outro critério (mais geral) para definir um tigre: poderiam dizer que um tigre “é uma fera muito grande, perigosa e listrada que pode ser encontrada tanto em zoológicos quanto na selva” (DWORKIN, 2010, p.16-17). Mesmo ao lado dos cientistas que conhecem o critério biológico do DNA, essas pessoas seriam capazes de afirmar quantos tigres haveria em uma jaula. O critério científico apenas parece afirmar que se “descobriu uma verdadeira essência” de algo (DWORKIN, 2010, p.17). Todavia, essa via empírica é absolutamente sem sentido e inaplicável aos conceitos oriundos das Ciências Humanas e Ciências Sociais aplicadas. No campo da literatura, por exemplo, o critério biológico é inútil para a interpretação do poema *The Tyger*, de William Blake.

Sofisticando um pouco mais a percepção do direito como uma questão de fato, Dworkin identificará um conjunto de teorias sob o título de *teorias semânticas* do direito (DWORKIN, 1999, p.38; SOUZA CRUZ, 2003, p.27; MARTINHO RODRIGUES, 2005, p.25; MEYER, 2008, p.322). Segundo tais teorias, existem critérios para estabelecer o sentido de uma determinada palavra, o que é determinante para o estabelecimento da correção da proposição jurídica.<sup>217</sup> Logo, todo o debate do direito pode ser reduzido ao “uso” dos conceitos jurídicos, e, com isso, ignora-se todas as conquistas e avanços trazidos pelo giro linguístico operado pela filosofia da linguagem e pela hermenêutica. Seria o caso típico das teorias de matriz positivistas, como Austin<sup>218</sup> e Hart.<sup>219</sup>

Essas teorias estariam, portanto, presas a um *aguiilhão semântico* (Dworkin, 1999, p.55), que é insustentável em si mesmo:

Ou advogados, apesar das aparências, realmente aceitam, em linhas gerais, os mesmos critérios para decidir quando uma afirmação sobre o direito é verdadeira, ou não pode existir absolutamente nenhum verdadeiro acordo ou desacordo sobre o que é o direito, mas apenas a estupidez de pessoas pensando que divergem porque atribuem significados diferentes ao mesmo som (DWORKIN, 1999, p.56).

Por isso mesmo, Dworkin concluirá que a verdadeira divergência sobre o direito é de cunho teórico, e que, para compreendê-la, os participantes da prática jurídica, devem antes, ser capazes de assumir uma *atitude interpretativa* (DWORKIN, 1999, p.56-57; MARTINHO RODRIGUES, 2005, p.26).<sup>220</sup> Em tal

<sup>217</sup> O Direito fará uso do que Dworkin (2010, p.17) chama de conceitos interpretativos, que estão ligados a uma determinada prática social que lhe dá sentido. Por exemplo, em uma peça de um jogo de xadrez, o conceito natural (estrutural) apenas explicitaria a sua forma, resistência, material etc.; mas nada disso é capaz de explicar *o que* é tal peça para o jogo e como ela se movimenta. Apenas o conceito compartilhado por todos aqueles que jogam o xadrez pode definir se estamos diante de um bispo ou de uma torre. (DWORKIN, 2010, p.19).

<sup>218</sup> Para Austin (século XIX), uma proposição jurídica, para ser verdadeira, deve transmitir corretamente o comando do *soberano*, isto é, alguma pessoa ou grupo de pessoas “cujas ordens costumam ser obedecidas e que não tenha o costume de obedecer a ninguém” (DWORKIN, 1999, p.41).

<sup>219</sup> Em Hart, as proposições jurídicas não são verdadeiras apenas em razão da autoridade das pessoas que costumam ser obedecidas; mas, principalmente, por representarem uma convenção social aceita pela sociedade (regra de reconhecimento), que atribui a um sistema de regras que foram outorgadas por indivíduos ou grupos o poder de criar leis válidas (DWORKIN, 1999, p.42).

<sup>220</sup> Guest (2010, p.18) lembra que muitos irão criticar Dworkin justamente pela falta de um maior detalhamento acerca de sua abordagem, alegando que o autor carece de uma metodologia. Todavia, é esse mesmo o propósito do jurista norte-americano. Em momento algum, ele se prestará a cair na tentação de desenvolver algo do tipo, pois é ciente da crítica de Gadamer ao método. Ao

situação, os participantes do debate são levados a pensar sobre as melhores interpretações<sup>221</sup> de uma prática ou de uma tradição, voltando-se para uma compreensão que é, em si, dinâmica e histórica. No campo do direito, cabe, desde já, uma ressalva: Guest (2010, p.17) identifica, na ideia de melhor interpretação do direito, uma dimensão de *moralidade*,<sup>222</sup> o que, em Dworkin, significa exatamente o dever de tratar a todos com igual consideração e respeito. Além disso, a estratégia de Dworkin é levar em conta que a atividade interpretativa exige a assunção de uma perspectiva *interna* – o olhar do participante – das práticas jurídicas, afastando a ideia positivista de um observador neutro.

Aclarando melhor a ideia, Dworkin (1999, p.30) informará que a interpretação das práticas sociais mostra-se como algo complexo, que pode ser constituído de três posturas distintas. Na *interpretação conversacional*, os falantes buscam se entender uns com os outros e, para tanto, interpretam os sons ou sinais que eles produzem. Aqui, tem-se uma forma de interpretação intencional, voltada para a compreensão dos motivos e intenções do orador. Já na *interpretação científica*, tem-se a figura de um cientista que coleta dados e que, só em um segundo momento, os interpreta, sempre visando respostas para suas pesquisas. Trata-se de uma forma causal. Por último, na *interpretação artística*, tem-se a figura de críticos que interpretam obras de

---

invés disso, apostará em uma abordagem intuitiva e prática, mais concernente a uma mudança de postura que deve ser operada do que a um conjunto de regras que devem ser seguidas.

<sup>221</sup> “Tudo está contido na ideia de ‘melhor’, e isso pode parecer a algumas pessoas como um convite à dúvida. Mas isso seria errado. Trata-se simplesmente do fato de que nós entendemos o que são interpretações ruins (*‘Hamlet é uma peça sobre maneiras cortesãs’*, por exemplo, ou *‘A Quinta Sinfonia de Beethoven consiste de algumas notas boas e desprezíveis, mas não muito mais do que isso’*), e que boas interpretações devem ser preferidas a interpretações desse tipo. Uma objeção comum é aquela segundo a qual algumas vezes nós devemos tentar colocar as coisas não sob sua melhor luz, mas sob uma luz pior, ou até mesmo sob a pior das luzes. Algumas vezes nós podemos pensar que a forma sensível de retratar algo é pintar o seu pior retrato possível. Mas não há nada na ideia da melhor interpretação da ascensão de Adolf Hitler, por exemplo, que nos obrigue a mostrá-lo como moralmente bom. Pintar o melhor retrato possível dele é compatível com mostrá-lo como o pior monstro possível. No sentido exigido de ‘melhor’, a melhor interpretação de Hitler não seria atingida pela supressão de fatos, ou por só enxergar os eventos a partir de seu ponto de vista, ou por restringir a interpretação apenas aos materiais históricos dos arquivos de seus funcionários” (GUEST, 2010, p.32, grifo no original).

<sup>222</sup> “Para Dworkin, a prática judicial está associada a uma dimensão moral. Entretanto, direito e moral são diferentes e se sustentam em bases distintas. A presença de conteúdos morais no direito não significa uma moralização do direito. Significa, sim, que o direito não pode ser neutro tanto em relação à moral quanto em relação à política e, conforme afirma Habermas, não basta que seu procedimento de normatização seja legal para que ele se torne legítimo. O direito só pode ser considerado válido enquanto for moralmente justificado, ou seja, se baseie em princípios, sendo o principal o da igualdade – segundo o qual todos devem ser tratados com igual respeito e consideração” (CHUEIRI; SAMPAIO, 2009, p.48-49).

arte para, com isso, procurar justificar um determinado ponto de vista sobre o sentido, tema ou propósito dessa certa obra de arte. Trata-se, aqui, de uma interpretação construtiva, já que se liga mais a uma preocupação com o propósito do que com a causa de algo, demandando uma interação entre esse propósito e o objeto (LAGES, 2001, p.39; MEYER, 2008, p.323).

Esse esforço não é destinado à elaboração de um quadro rígido de separação, mas, na realidade, destaca o papel do intérprete em cada caso. Por isso, é que Dworkin afirma que a interpretação das práticas sociais é muito mais próxima da interpretação artística do que as demais;<sup>223</sup> isso porque ambas interpretam algo criado pelas pessoas, assumindo que essa criação e o seu criador não se confundem, sendo, logo, figuras distintas. Há no interior dessa dinâmica, então, uma forma de interpretação criativa, que difere das propostas de autores da hermenêutica como Schleiermacher ou Dilthey, já que o intérprete não está em uma conversa com o autor da obra acerca de suas intenções (DWORKIN, 2007, p.19-20). Diferentemente, na interpretação criativa, o foco está no propósito e não na causa. Por isso, lembra Meyer (2008, p.324), o propósito é do intérprete, não do autor, mas nada pode levar a considerar a interpretação criativa como algo que se move sem rumos, à deriva, ou de maneira irracional. A coerência *narrativa*, em um caso, ou *normativa*, em outro, marca a existência de parâmetros mínimos no processo interpretativo (DWORKIN, 1999, p.75; MEYER, 2008, p.324).

Lages (2001, p.40) detalha melhor o modo como a interpretação construtiva desenvolve-se:

Dworkin estabelece três etapas de interpretação, com a finalidade de tornar a interpretação construtiva instrumento apropriado ao estudo do direito enquanto prática social. Observe-se apenas que a perspectiva aqui é analítica, não havendo diferenciação em graus. Primeiro, de acordo com Dworkin, deve haver uma etapa pré-interpretativa, na qual são identificados as regras e os padrões que se considerem fornecer o conteúdo experimental da prática. Mesmo na etapa pré-interpretativa é necessário algum tipo de interpretação. Em segundo lugar, deve haver uma etapa interpretativa em que o intérprete se concentra numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na pré-interpretativa. Isso vai consistir numa argumentação sobre a conveniência ou não de buscar uma

---

<sup>223</sup> Há, na interpretação artística, a exigência de tratar o objeto (ou a prática) como o melhor possível; o que, todavia, não decorre da afirmação de que o intérprete pode fazer ou compreender o que bem quer, pois, lembrando o princípio gadameriano da história efetual, tem-se que “a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis destes últimos” (DWORKIN, 1999, p.64).

prática com essa forma geral, raciocinar no sentido de buscar formar um pensamento sistemático sobre determinada matéria. A etapa pós-interpretativa ou reformuladora, a terceira e última etapa, consiste na etapa na qual o intérprete ajusta sua idéia daquilo que a prática “realmente” requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa (LAGES, 2001, p.40).<sup>224</sup>

Para melhor ilustrar essa dinâmica, Guest (2010, p.34) utiliza o exemplo – que guarda semelhança com outro apresentado por Dworkin – de uma regra de cortesia. Ele partirá de uma sociedade fictícia que tem como prática social a exigência de que os homens se curvem diante das mulheres. Aqui, não se apresenta qualquer valor ou mesmo sentido a tal prática, de modo que os seus membros a aceitam sem questionar. Mas isso não significa que essa prática seja um hábito, existindo, sim, uma regra de convivência. A etapa pré-interpretativa permite identificar a existência da regra apenas, sem tecer qualquer consideração acerca do seu sentido (GUEST, 2010, p.34). A etapa interpretativa acontece quando, após algum tempo, as pessoas se questionam sobre essa prática e porque procedem daquela maneira. É de se imaginar, portanto, que, a partir disso, muitos irão divergir quanto ao entendimento dessa prática, e poderão começar a discutir se devem ou não respeitá-la.<sup>225</sup> Logo, na etapa interpretativa, busca-se, primeiro, o sentido da prática e, em um momento posterior, as situações de aplicação da regra a situações particulares (GUEST, 2010, p.34).<sup>226</sup> Nota-se que o intérprete interpretará a prática e não inventará uma nova. Finalmente, passa-se a uma fase pós-interpretativa, na qual o interprete pode reformular a prática social a partir da ideia daquilo que tal prática realmente exige das pessoas (MARTINHO RODRIGUES, 2005, p.31).

---

<sup>224</sup> Souza Cruz esclarece que, através da interpretação construtiva, Dworkin supera o aguilhão semântico inerente ao positivismo: “uma vez que percebe haver elemento de mutação temporal no conceito interpretativo do Direito, próprio do ciclo paradigmático. Em outras palavras, a comunidade jurídica não possui um conjunto uniforme de compreensões sobre as proposições jurídicas, mas, ao contrário, tais compreensões se modificam à medida que a sociedade se modifica também” (SOUZA CRUZ, 2003, p.30-31).

<sup>225</sup> No campo do direito, Guest (2010, p.34) lembra que a passagem da fase pré-interpretativa para a interpretativa marca a preocupação da comunidade com a busca do sentido das suas normas, não mais tomando-as como um dado pronto, ou mesmo um tabu.

<sup>226</sup> “O segundo estágio interpretativo ocorre quando pessoas estendem suas compreensões do significado da regra a casos não evidentes. Aqueles que acham que a regra incorpora respeito pelo sexo ‘frágil’ podem não achar que o curvar-se dos homens seja necessário quando uma mulher estiver realizando um trabalho ‘masculino’, ou quando a mulher é lésbica, por exemplo. Alguém que ache que se curvar é uma marca de respeito, por pessoas que têm a capacidade de gerar filhos pode não achar que a regra deva se estender [sic] a uma solteirona de meia-idade ou à mulher de um casal sem filhos” (GUEST, 2010, p.36-37).

Com isso, Dworkin (1999, p.85-86) destaca que, cada etapa da prática social interpretada, acaba por revelar uma *concepção* distinta da própria prática que representa o *conceito*.

Deve-se, então, registrar aqui que, em momento algum, pode-se corroborar com a leitura que afirme que tal atitude interpretativa conduzirá à interpretação das práticas sociais e do direito a um campo de subjetivismo, dentro do qual qualquer proferimento é válido. Ao contrário, Dworkin afirma a possibilidade e a importância de uma *resposta correta*. Sendo assim, ele combate tanto o *ceticismo interior* quanto o *ceticismo exterior* (DWORKIN, 2011, p.30-31).<sup>227</sup>

O cético interior apresenta-se como uma posição dentro da atividade interpretativa, mas autônoma em relação à melhor interpretação de algo. Seu interesse é a própria substância das afirmações que contesta. Ele acredita que é possível interpretar; o problema é que ele objeta contra todas as demais interpretações que possam ser oferecidas sobre um objeto. Ninguém pode estar *realmente* certo sobre uma questão de direito, uma vez que não existem padrões objetivos de imparcialidade e justiça. Os vários ramos do direito são tão cheios de contradições intratáveis que não é possível dizer que, num caso correto, aquela seja a resposta correta. Há tantos e diferentes princípios num ordenamento jurídico que não podemos esperar coerência alguma deles, nem almejar uma única resposta correta (MEYER, 2008, p.325, grifos no original).

Por sua vez, chama-se de *ceticismo exterior* aquele voltado para a atividade interpretativa, buscando aniquilá-la. Dworkin considera que as afirmações não podem ser comprovadas, e, com isso, ele nega que uma interpretação possa ter fundamentos (DWORKIN, 1999, p.98) e validade objetivos. Dworkin (2011, p.31) chama também de *arquimedianismo*<sup>228</sup> essa expressão do ceticismo, de modo que o

<sup>227</sup> “*Internal skepticism about morality is a first-order, substantive moral judgment. It appeals to more abstract judgments about morality in order to deny that certain more concrete or applied judgments are true. External skepticism, on the contrary, purports to rely entirely on second-order, external statements about morality*” (DWORKIN, 2011, p.31). Tradução livre: “O ceticismo interno sobre a moralidade é um julgamento moral substantivo e de primeira ordem. Ele apela para julgamentos mais abstratos sobre moralidade no sentido de negar que certos julgamentos mais concretos ou aplicados sobre modalidade são verdadeiros. O ceticismo externo, ao contrário, pretende confiar em afirmações de segunda ordem, externas sobre moralidade”.

<sup>228</sup> Dworkin (2010, p.208; 2004, p.02) chama de arquimedianismo (*archimedeanism*) as leituras que buscam separar de maneira rígida o Direito da política e da moral. O argumento central e geral parte da afirmação da possibilidade de se vislumbrar uma metateoria capaz de explicar a prática específica que os arquimedianos estudam. Assim, em um nível, ter-se-iam as discussões sobre se algo ou uma ideia pode ser certo/errado, legal/ilegal, verdadeiro/falso, belo/feio; e, em outro nível mais elevado, o debate conduziria à definição desses conceitos e categorias, isto é, as discussões versariam sobre o que seria a beleza, a verdade, o justo etc. Como já visto com Gadamer (2001), a atividade de valoração comporia as pré-compreensões, não podendo ser afastada.

arquimediano coloca-se como um observador externo à prática (Direito, Moral, Política etc.), e a analisa sob tal condição, esquecendo-se – ou pretendendo ignorar, mais possivelmente – que tais práticas sociais éticas somente podem ser realmente apreendidas – ensina a hermenêutica de Gadamer – através de um olhar do participante. Como consequência, os céticos externos afirmam a possibilidade de desenvolverem uma leitura das práticas sociais livre de valores pessoais ou culturais do observador (DWORKIN, 2011, p.32; 1999, p.98). Diante da suposta falta de parâmetros, esses céticos afirmam que não poderá nunca haver uma resposta correta, mas apenas a resposta que aquele responsável pela decisão quiser.<sup>229</sup>

Na sequência, Dworkin foca no desenvolvimento de três concepções acerca do direito: o convencionalismo, o pragmatismo e o direito como integridade.

A primeira perspectiva centra-se em uma visão defensora da tese de que a justificativa para os direitos e para a coerção estatal assenta-se em um conjunto de decisões políticas tomadas no passado (DWORKIN, 1999, p.141; GUEST, 2010, p.192). Aqui, o que importa é identificar que decisão é essa, sem se ater a questões morais ou políticas, fornecendo ao ordenamento jurídico uma segurança – no sentido de previsibilidade. Todavia, essa própria visão reconhece que não é possível encontrar todas as respostas nos repertórios de decisões institucionais do passado – quer legislativos quer judiciais. Nesse caso, no momento de aplicação, o magistrado deverá ter um espaço criativo – discricionário – para solucionar problemas novos.<sup>230</sup> Assim, cria-se, por meio da decisão judicial, um direito novo, aplicando-o retroativamente (OLIVEIRA, 2008, p.176).<sup>231</sup> Outro problema está na própria ligação

---

<sup>229</sup> Ao que tudo indica, então, a posição assumida pelo voto do Min. Eros Graus na Rcl. 4335/AC é, claramente, uma posição cética externa. O argumento trazido pelo voto não se apoia em nenhuma pretensão de correção normativa – aliás, ao inverso –, já que considera que a doutrina constitucional brasileira discordará de suas razões e, portanto, faz uso do discurso de autoridade, “decido porque quero, ou porque posso” a partir da própria consciência, virando as costas totalmente para seu dever constitucional de fundamentação da decisão judicial (CATTONI DE OLIVEIRA; QUINAUD PEDRON, 2010).

<sup>230</sup> “Dessa maneira, o convencionalismo procura encontrar o equilíbrio entre previsibilidade e flexibilidade. Quando a convenção for clara e explícita, o juiz deverá aplicá-la totalmente, privilegiando a previsibilidade. Já quando a convenção for omissa ou implícita, o juiz privilegiará a flexibilidade, decidindo como achar melhor” (CHUEIRI; SAMPAIO, 2009, p.54).

<sup>231</sup> Aqui, encontra-se um problema grave no interior do convencionalismo: “Um juiz consciente de seu convencionalismo estrito perderia o interesse pela legislação e pelo precedente exatamente quando ficasse claro que a extensão explícita dessas supostas convenções tivesse chegado ao fim. Ele então entenderia que não existe direito, e deixaria de preocupar-se com a coerência com o passado; passaria a elaborar um novo direito, indagando qual lei estabeleceria a legislatura em

que o jurista convencionalista busca estabelecer com o passado: ele assume uma estratégia de coerência – que, aqui, significa repetição da decisão institucional do passado – sem se preocupar com as condições e a fundamentação dessa decisão; a decisão por si só é legitimada, dando autorização para sua aplicação presente (DWORKIN, 1999, p.169).

Diferentemente, a proposta de Dworkin investe em outra forma de coerência – que seria a integridade – na forma de uma *coerência de princípios*; isto é: “Um juiz que visa à coerência de princípio se preocuparia, de fato, com os juízes de nossos exemplos, com os princípios que seria preciso compreender para justificar leis e precedentes do passado” (DWORKIN, 1999, p.163-164). E complementa:

o direito como integridade supõe que as pessoas têm direitos – direitos que decorrem de decisões anteriores de instituições políticas, e que, portanto, autorizam a coerção – que extrapolam a extensão explícita das práticas políticas concebidas como convenções. O direito como [integridade] supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado. Isso é negado pelo convencionalismo: um juiz convencionalista não tem razões para reconhecer a coerência de princípio como uma virtude judicial, ou para examinar minuciosamente leis ambíguas ou precedentes inexatos para tentar alcançá-la (DWORKIN, 1999, p.164).

É, por isso, que a pretensão dos convencionalistas acaba por fracassar: a discricionariedade judicial<sup>232</sup> que eles mesmos endossam, significa o marco destrutivo de toda a segurança jurídica – previsibilidade – que tais autores tanto valorizavam.

Por sua vez, o pragmatismo, como concepção concorrente, advoga a tese *cética* de que as pessoas não têm direito a uma decisão coerente do judiciário. Diferente dos convencionalistas, cujo olhar é voltado para o passado, aqui, o olhar se dirige para o futuro, cabendo ao Judiciário desenvolver uma ficção – eles devem

---

vigor, qual é a vontade popular ou o que seria melhor para os interesses da comunidade no futuro” (DWORKIN, 1999, p.159).

<sup>232</sup> “Dworkin fala em três sentidos para o termo *discricionariedade*: um sentido fraco, um sentido forte e um sentido limitado. O sentido limitado oferece poucos problemas para sua definição. Significa que o poder de escolha daquela autoridade à qual se atribui poder discricionário é determinado a partir de escolha ‘entre’ duas ou mais alternativas. [...] A esse sentido, Dworkin acrescenta a distinção entre discricionariedade em *sentido fraco* e discricionariedade em *sentido forte*, cuja determinação é bem mais complexa do que a discricionariedade em sentido limitado. A principal diferença entre os sentidos forte e fraco da discricionariedade implica a incontrollabilidade da decisão segundo um padrão antecipadamente estabelecido” (STRECK, 2011c, p.42, grifos no original).



agir “como se” as pessoas tivessem esse direito –,<sup>233</sup> mas sua decisão deve assumir, na verdade, uma preocupação distinta: procurar concretizar decisões que revelem melhorias para a sociedade (DWORKIN, 2010, p.32).<sup>234</sup> Mas o pragmatismo não apresenta nenhuma teorização acerca do que se deva entender como “melhoria” para a sociedade. Assim, os direitos são reduzidos a estratégias de custo-benefício que serão avaliadas pelo magistrado na hora de decidir (DWORKIN, 1999, p.186; GUEST, 2010, p.199-200). Além disso, o pragmatismo nega qualquer preocupação ou vinculação do magistrado com uma coerência de princípios, o que acaba por apagar a distinção entre legislação e jurisdição.

Em substituição às propostas anteriores, Dworkin (1999, p.200) investe na sua tese do *direito como integridade*.<sup>235</sup> A ideia de integridade é tão básica como a máxima de que casos semelhantes devem receber o mesmo tratamento. Dworkin assume os seguintes pressupostos: (1) *equanimidade (fairness)*, que levanta exigências por encontrar os procedimentos políticos que distribuam o poder político de maneira adequada; (2) *justiça (justice)*, ligada às decisões que as instituições políticas devem tomar;<sup>236</sup> e (3) *devido processo legal adjetivo (procedure due*

---

<sup>233</sup> “Apesar de parecer mais imprevisível que o convencionalismo, o pragmatismo, nos casos difíceis, pode oferecer mais segurança, pois estes não serão decididos discricionariamente pelo juiz. Isso ocorre porque, pelo pragmatismo, o juiz deverá sempre buscar a solução que mais se ajustaria ao interesse da comunidade. Assim, esta fixação de uma linha de pensamento a ser seguida pelo juiz torna as decisões pragmáticas nos casos controversos mais fáceis de serem previstas do que as convencionais” (CHUEIRI; SAMPAIO, 2009, p.55).

<sup>234</sup> “[O] pragmatismo é uma concepção cética do direito porque rejeita a existência de pretensões juridicamente tuteladas genuínas, não estratégicas. Não rejeita a moral, nem mesmo as pretensões morais e políticas. Afirma que, para decidir os casos, os juízes devem seguir qualquer método que produza aquilo que acreditam ser a melhor comunidade futura, e ainda que alguns juristas pragmáticos pudessem pensar que isso significa uma comunidade mais rica, mais feliz ou mais poderosa, outros escolheriam uma comunidade com menos injustiças, com uma melhor tradição cultural e com aquilo que chamamos de alta qualidade de vida. O pragmatismo não exclui nenhuma teoria sobre o que torna uma comunidade melhor. Mas também não leva a sério as pretensões juridicamente tuteladas. Rejeita aquilo que outras concepções do direito aceitam: que as pessoas podem claramente ter direitos, que prevalecem sobre aquilo que, de outra forma, asseguraria o melhor futuro da sociedade. Segundo o pragmatismo, aquilo que chamamos de direitos atribuídos a uma pessoa são apenas os auxiliares do melhor futuro: são instrumentos que construímos pra esse fim, e não possuem força ou fundamento independentes” (DWORKIN, 1999, p.195).

<sup>235</sup> “[A] integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e [equanimidade] corretos” (DWORKIN, 1999, p.202).

<sup>236</sup> “Se aceitarmos a justiça como uma virtude política, queremos que nossos legisladores e outras autoridades distribuam recursos materiais e protejam as liberdades civis de modo a garantir um resultado moralmente justificável” (DWORKIN, 1999, p.200).

*process*), que diz respeito a procedimentos corretos para julgar se algum cidadão infringiu as leis estabelecidas pelos procedimentos políticos.<sup>237</sup>

A integridade se apresenta, então, sob a forma de um princípio dúplice, de modo que é possível falar em um princípio de integridade na legislação (*legislative principle*), que irá pedir aos que criam o Direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios (DWORKIN, 1999, p.203);<sup>238</sup> e um princípio de integridade na aplicação judicial do Direito (*adjudicative principle*), que irá pedir aos magistrados que vejam o Direito e façam-no cumprir como sendo coerente nesse sentido (DWORKIN, 1999, p.203).<sup>239</sup>

A sociedade que aceita a integridade como virtude político-jurídica, então, converte-se em um tipo especial de organização, que Dworkin (1999, p.254-255) designará como sendo uma *comunidade de princípios*.<sup>240</sup>

Se as pessoas aceitam que são governadas não por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios

<sup>237</sup> “[...] se o aceitarmos [o devido processo legal adjetivo] como virtude, queremos que os tribunais e as instituições análogas usem procedimentos de prova, de descoberta e de revisão que proporcionem um justo grau de exatidão, e que, por outro lado, tratem as pessoas acusadas de violação como devem ser tratadas as pessoas em tal situação”(DWORKIN, 1999, p.200-201).

<sup>238</sup> “Os pragmáticos contestam a integridade política, pois, para eles, a comunidade não seria uma entidade distinta, com uma vontade própria. Mas afirma o autor que a integridade não pressupõe uma entidade distinta de seus cidadãos, ao contrário, pressupõe uma interligação entre os cidadãos e a comunidade” (CHUEIRI; SAMPAIO, 2009, p.55).

<sup>239</sup> “O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram [...] em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que ‘lei é lei’, bem como o cinismo do novo ‘relativismo’. Considera esses dois pontos de vista como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei. Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer” (DWORKIN, 1999, p.274).

<sup>240</sup> “A comunidade de princípios é uma comunidade moralmente plural, ou seja, ela procura uma integridade entre os diversos valores morais, respeitando igualmente a moral de todos os cidadãos. Ela adota um compromisso com os seus princípios e os manifesta na elaboração das políticas por meio da legislação e na sua aplicação pelo judiciário nas decisões judiciais” (CHUEIRI; SAMPAIO, 2009, p.56).

exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito (DWORKIN, 1999, p.229).

A ideia, então, de uma integridade na legislação traz uma importante transformação sobre o que significa a atividade legiferante, já que se converte em uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, bem como sobre que concepções de equanimidade, justiça e devido processo legal adjetivo devem pressupor. Por isso mesmo, é correto dizer que os direitos e os deveres dos membros dessa comunidade não irão se restringir às decisões particulares tomadas pelas instituições, sendo, logo, dependentes do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam.

Sob o aspecto da atividade judicante, a ideia de uma integridade na jurisdição deve se comprometer com a adoção de uma interpretação criativa, isto é, assumir que o juiz de um caso concreto desempenha sua função com responsabilidade política, e que assume determinada teoria política que melhor justifique as práticas de sua comunidade. Tal raciocínio é exposto em dois momentos: em primeiro lugar, a partir da figura do juiz Hércules e, em seguida, com o recurso ao argumento do romance em cadeia.<sup>241</sup>

O ponto de partida é o *esquema de raciocínio* desenvolvido pelo jurista norte-americano, mas até hoje muito criticado: o juiz Hércules (DWORKIN, 2002, p.165; 1999, p.378). Hércules é um magistrado ideal – o que, obviamente, significa que ele não existe na realidade e ninguém terá condições de imitá-lo completamente. Sua existência justifica-se apenas para que Dworkin exponha o que venha a ser a *postura hermenêutica* que se espera de um juiz real (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p.89; OLIVEIRA, 2008, p.208; STRECK, 2011b, p.400).<sup>242</sup> O desafio posto para

---

<sup>241</sup> “Analisando a integridade do ponto de vista jurisdicional, da aplicação das decisões políticas, os juízes deveriam interpretar o direito como sendo criado por um único ator, a comunidade personificada. Este autor construiria o direito com base em uma noção própria e coerente de justiça e equidade. Dessa forma, não bastaria analisar o direito como um processo histórico, ou apenas contemporâneo. É necessário interpretá-lo de maneira que a história jurídica seja coerente com o presente e com o futuro” (CHUEIRI; SAMPAIO, 2009, p.56).

<sup>242</sup> “A dificuldade que as pessoas têm com Hércules é que ele é um identificador muito mais complexo daquilo que vale como direito do que o claramente concebido e franco critério da regra de reconhecimento [de Hart]. Por meio de Hércules, Dworkin pode apenas fornecer um *esquema* de argumento que alguém usaria em um tribunal. Ele não é capaz de fornecer um conjunto de premissas das quais conclusões podem ser extraídas por meio de dedução, pela razão de que ele não pensa que o direito seja assim. Sua teoria é crítica desse tipo de compreensão positivista e formalista que seria, a seu ver, muito simples” (GUEST, 2010, p.51, grifo no original).

Hércules é reconhecer o direito como algo criado por meio de leis, mas, igualmente, seguir as decisões que o próprio Judiciário tomou no passado. Isso o levará a construir um sistema baseado em princípios jurídicos capaz de fornecer a melhor justificativa para os precedentes judiciais, e também para as leis e para a Constituição.<sup>243</sup> Para tanto, deverá observar duas formas de coerência na organização de seu raciocínio:

Defende o autor que a decisão deverá ser coerente verticalmente, isto é, por princípios que fornecem a justificção das estâncias mais elevadas, e horizontalmente, por princípios que forneçam a justificção a decisões do mesmo nível. A ordenação vertical nos Estados Unidos seria: primeiro, a constituição; segundo, a Suprema Corte; terceiro, as leis promulgadas pelos órgãos legislativos; e quarto, as decisões dos demais tribunais. Essa ordenação vertical delimitará a atuação das esferas inferiores, mas Hércules pode discordar da opinião sobre determinada norma e acreditar em outra justificção para uma questão. Essa opinião de Hércules terá um impacto na estrutura de justificativas dos demais tribunais (CHUEIRI e SAMPAIO, 2009, p. 58).

É claro que Hércules não deve reproduzir todas as decisões, mas sim, filtrar, no curso da *história institucional*,<sup>244</sup> os erros e acertos, desenvolvendo, assim, uma teoria dos erros institucionais (DWORKIN, 2002, p.186) – o que, mais uma vez, destaca sua opção por uma teoria hermenêutica crítica.<sup>245</sup>

Dworkin (1999, p.275-279; 2005, p.235-238) continua a explicitar seu raciocínio, agora, fazendo uso de outra da metáfora: o *romance em cadeia*.

---

<sup>243</sup> “Exatamente por superar o esquema sujeito-objeto é que *Dworkin não transforma o seu ‘juiz Hércules’ em um juiz solipsista* e tampouco em alguém preocupado apenas em elaborar discursos prévios, despreocupados com a aplicação (decisão). Hércules é uma metáfora, demonstrando as possibilidades de se controlar o sujeito da relação de objeto, isto é, com Hércules se quer dizer que não é necessário, para superar o sujeito solipsista da modernidade, substituí-lo por um sistema ou por uma estrutura” (STRECK, 2011a, p.168, grifos no original).

<sup>244</sup> “A história institucional da sociedade, nesta perspectiva, não age como um limite, ou um constrangimento à atividade jurisdicional. Ao contrário, ela atua como um ingrediente desta atividade [...]. Os direitos dos indivíduos são, ao mesmo tempo, frutos da história e da moralidade de uma determinada comunidade. Estes direitos dependem das práticas sociais e da justiça das suas instituições” (KOZICK, 2000, p.184-185).

<sup>245</sup> “O direito como integridade de Dworkin não exige uma estrita observação aos precedentes. Dworkin analisa qual a força gravitacional de um precedente. Ele chega à conclusão que esta força gravitacional – de fazer com que os outros casos semelhantes ao precedente sejam resolvidos da mesma maneira – só existirá se o argumento do precedente for um argumento de princípio, e não quando for um argumento de política. Assim, se Hércules concluir que existe a força gravitacional do precedente, ele não deverá decidir de maneira diversa” (CHUEIRI; SAMPAIO, 2009, p.58).

Resumidamente, cada juiz, igual a um romancista de um grupo,<sup>246</sup> é responsável pela redação de um capítulo de uma obra já iniciada.<sup>247</sup> Nessa lógica, ele deve preocupar-se com a ligação do seu capítulo com o que já fora escrito e, concomitantemente, garantir uma abertura para que o escritor seguinte possa dar continuidade ao empreendimento. Essa ideia deixa claro o compromisso com a integridade e sua dimensão de *adequação (fit)*.<sup>248</sup> E mais, a assunção por Dworkin de uma postura interpretativa construtiva (crítica), já explicita o fato de que a decisão de um caso produz um “acréscimo” em uma determinada tradição, não sendo apenas uma repetição da mesma.<sup>249</sup> Logo, cada magistrado, assim como cada romancista, tem, ao mesmo tempo, a função de intérprete e de criador (OLIVEIRA, 2008, p.205; RODRIGUES, 2005, p.55). Além disso, Dworkin levanta uma *hipótese estética*, segundo a qual a interpretação não visa a busca por uma descrição livre de valores, nem a descoberta da intenção do autor, mas tornar o que se interpreta o melhor possível (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p.94).

---

<sup>246</sup> “Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade” (DWORKIN, 1999, p.276).

<sup>247</sup> Dworkin (1999, p.276) reconhece que esse empreendimento pode ser considerado fantástico, mas não impossível. Todavia, Dworkin (1999, p.276) faz uma advertência: “Em nosso exemplo, contudo, espera-se que os romancistas levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade; devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível”.

<sup>248</sup> Stanley Fish criticará duramente Dworkin, como lembra Guest (2010, p.53), mas de maneira imprópria. Ele deixou de lado a informação de que antes de tudo, trata-se de um argumento que explicita uma mudança de postura jurídica e, por isso, acusou o jurista norte-americano de proceder a interpretação do “romance” como se fosse algo já predeterminado ou já “dado”. No entanto, o crítico é que se esqueceu da distinção já anteriormente elaborada por Dworkin entre etapas “pré-interpretativas” e “interpretativas”, de modo que já havia atividade de interpretação no próprio isolamento dos materiais e informações na fase “pré-interpretativa”.

<sup>249</sup> A questão pode ser examinada pelo prisma de duas dimensões: “a dimensão ‘formal’, que indaga até que ponto a interpretação se ajusta e se integra ao texto até então concluído, e a dimensão ‘substantiva’, que considera a firmeza da visão sobre o que faz com que um romance seja bom e da qual se vale a interpretação” (DWORKIN, 2005, p.236). Mas ainda assim é possível uma discordância razoável, sem que, contudo, se caia no ceticismo de afirmar que tudo é uma questão *meramente subjetiva*. “Nenhum romancista, em nenhum ponto, será capaz de simplesmente ler a interpretação correta do texto que recebe de maneira mecânica, mas não decorre desse fato que uma interpretação não seja superior às outras de modo geral. De qualquer modo, não obstante, será verdade, para todos os romancistas, além do primeiro, que a atribuição de encontrar (o que acreditam ser) a interpretação correta do texto até então é diferente da atribuição de começar um novo romance deles próprios” (DWORKIN, 2005, p.236-237).

No caso do direito, o magistrado não pode, portanto, descuidar-se do caso pendente de julgamento; deve tratar todos os casos que lhe são apresentados como um *hard cases*<sup>250</sup> e comprometer-se em uma empreitada para solucioná-lo à luz da integridade do Direito.<sup>251</sup> Isso impõe a ele a exigência de não levar em consideração apenas a sua própria perspectiva, mas sim, fundamentar suas decisões naquilo que designará por *moralidade política*<sup>252</sup> (DWORKIN, 2002, p.201; 1985, p.182; GUEST, 2010, p.17), que levanta as exigências de que todos sejam tratados com igual respeito e consideração.

A atividade jurisdicional, então, é sempre uma atividade que se processa a partir da compreensão, identificação e aplicação de *princípios jurídicos*. Estes, por sua vez, não nascem do nada, nem são criados pelo Judiciário; eles estão assentados nas práticas já fixadas pela comunidade e incorporados pela própria Constituição (KOZICK, 2000, p.182).

Dworkin (2002, p.36) promove, então, uma importante distinção entre os diversos *standards* normativos. Diferentemente da tradição do positivismo jurídico, o autor norte-americano negará a afirmação de que o direito é constituído por um conjunto exclusivo de regras;<sup>253</sup> ao invés disso, identificará a existência de *princípios*

---

<sup>250</sup> “Dworkin trabalha com a noção de ‘casos difíceis’ a partir da crítica que elabora ao positivismo discricionário de Hart” (STRECK, 2011c, p.298).

<sup>251</sup> “Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registro de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturadas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção” (DWORKIN, 2005, p.238).

<sup>252</sup> Meyer (2008, p.296) faz uma advertência importante: o termo *moralidade política* traz à mente a ideia equivocada de que Dworkin estaria afirmando uma moralização do direito ou mesmo uma subordinação do Direito à moral. Isso está errado! Na realidade, o termo deve-se ao uso tradicional que a expressão assume no direito norte-americano, podendo muito bem ser substituído por “correção política” para a tradição brasileira.

<sup>253</sup> “Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso nada contribui para a decisão” (DWORKIN, 2002, p.39). Outra característica das regras é que, pelo menos em tese, “todas as exceções podem ser arroladas e o quanto mais o forem, mais

e de *diretrizes políticas*. Infelizmente, os leitores de Dworkin no Brasil acabaram se preocupando com a separação entre regras e princípios,<sup>254</sup> e perderam de vista – quase ignorando – a segunda distinção. Esses leitores, ainda, acabaram por ler mal a teoria e buscaram desenvolver critérios morfológicos de separação, ao passo que Dworkin deixa bem claro que a distinção é lógico-argumentativa (OLIVEIRA, 2008, p.177).<sup>255</sup>

Retomando, então, a relação entre princípios e diretrizes políticas, pode-se afirmar que um princípio prescreve um *direito* e, por isso, contém uma exigência de justiça, equanimidade, devido ao processo legal, ou a qualquer outra dimensão de moralidade; ao passo que uma *diretriz política* estabelece um objetivo ou uma meta a serem alcançados (GUEST, 2010, p.64), que, geralmente, consistem na melhoria de algum aspecto econômico, político ou social da comunidade, buscando promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável (DWORKIN, 2002, p.36; 2002, p.141-142). Dworkin (2002, p.298) atribui o *status* de trunfos aos princípios, que, em uma discussão, devem sobrepor-se a argumentos pautados em diretrizes políticas, excluindo a possibilidade de os juízes tomarem decisões embasadas em diretrizes políticas. Esse raciocínio marca a posição antiutilitarista assumida por Dworkin (GUEST, 2010, p.67), de modo a rejeitar qualquer forma de males feitos aos indivíduos em favor de uma melhoria para o bem-estar geral.

---

completo será o enunciado da regra” (DWORKIN, 2002, p.40). Já os princípios jurídicos não apresentam as consequências jurídicas decorrentes de sua aplicação ou de seu descumprimento; eles não pretendem estabelecer as condições da aplicação necessária, pois enunciam uma razão que conduz a um argumento e a uma determinada direção. Quando os princípios estão em conflito, o juiz deve, levando em conta a força relativa de cada um deles, aplicar aquele que for mais adequado ao caso concreto, como se fosse uma razão que se inclinasse para um posicionamento e não para outro (DWORKIN, 2002, p.43).

<sup>254</sup> “O meu ponto não é que ‘o direito’ contenha um número fixo de padrões, alguns dos quais são regras e outros, princípios. Na verdade, quero opor-me à ideia de que ‘o direito’ é um conjunto fixo de padrões de algum tipo. Ao contrário, o que enfatizei foi que uma síntese acurada dos elementos que os juristas devem levar em consideração, ao decidirem um determinado problema sobre deveres e direitos jurídicos, incluirá proposições com a forma e a força de princípios e que, quando justificam suas conclusões, os próprios juristas e juízes, com frequência, usam proposições que devem ser entendidas dessa maneira” (DWORKIN, 2002, p.119-120).

<sup>255</sup> Outro equívoco muito comum é buscar equiparar a teorização feita por Dworkin com o pensamento de Alexy (2003; 1998; 1997), pois distintamente deste, Dworkin afirmará que: (1) não se reduz a questão de distinção entre princípios e regras a uma questão morfológica; (2) nem se atribui a aplicação das regras a um raciocínio de subsunção e a aplicação de princípios a um método de ponderação; e (3) muito menos se procede a uma equiparação funcional entre princípios e valores. Tanto princípios como regras continuam a gozar de uma natureza deontológica, cuja aplicação procede mediante um juízo de adequabilidade.

Essa atividade jurisdicional, então, tem que abraçar a afirmação de que é possível uma resposta correta para o julgamento de um dado caso particular, o que significa aplicar o princípio adequado ao caso concreto. Ora, uma vez que Dworkin reconhece a existência de princípios que podem prover soluções para os litígios, ele nega uma das teses básicas do positivismo jurídico, que a existência de lacunas normativas que autorizam o magistrado a agir discricionariamente ao criar uma norma, e aplicá-la retroativamente. Logo, a “função criativa” do judiciário para os casos difíceis, defendida por Hart (1994, p.335), é rechaçada por Dworkin, que compreende que apenas o legislador é autorizado a criar direito (BILLIER; MARYIOLI, 2005, p.426). O debate sobre a fixação de uma diretriz política tem que ser exercido de forma mais abrangente para incluir um número maior de participantes, levando em conta os diferentes interesses antagônicos. Já a decisão baseada por princípios, faz uso da história institucional daquela comunidade e coloca, ao mesmo tempo, limite e condição de possibilidade de construção de uma decisão democrática.<sup>256</sup>

#### ***4.3.2 A negativa da tese dos “direitos não-enumerados” pela teoria do direito como integridade e os reflexos dessa discussão para a teoria da mutação constitucional***

Um desdobramento muito importante da tese da integridade na tradição norte-americana diz respeito à negativa da afirmação corriqueira de que a Constituição traria “direitos não-enumerados” (DWORKIN, 2006, p.115). Na realidade, tal discussão é pertinente, pois pode servir não apenas para uma melhor compreensão do papel da Constituição, mas também para lançar novas luzes sobre o conceito de mutação constitucional.

O ponto de partida está em como se deve compreender e interpretar a Declaração de Direitos – representada pelas emendas constitucionais feitas após a

---

<sup>256</sup> “Um argumento de princípio pode oferecer uma justificação para uma decisão particular, segundo a doutrina da responsabilidade, somente se for possível mostrar que o princípio citado é compatível com decisões anteriores que não foram refeitas, e com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas” (DWORKIN, 2002, p.138).



Guerra Civil norte-americana. Após uma leitura do documento, pode-se perceber que algumas partes trazem normas bem concretas, como o caso da *Terceira Emenda*, que proíbe o aquartelamento de tropas em tempo de paz. Todavia, outros pontos transmitiram uma ideia de média abstração, como o caso da *Primeira Emenda*, que garante a liberdade de expressão, de imprensa e de religião. E, por fim, podem-se encontrar outros momentos nos quais o grau de abstração será máximo, como na *Décima Quarta Emenda*, que estabelece o direito de “igualdade” de proteção das leis, assegurando que nem a vida, nem a liberdade, nem a propriedade de alguém serão tomadas sem o “devido processo legal”.

Para Dworkin (2006, p.116), da leitura do documento constitucional, então, pode-se estabelecer um corpo de princípios que irão definir o ideal político: assegurar que o Estado tenha a obrigação de tratar a todos com a mesma consideração e respeito. Sob esse prisma, o conjunto de princípios pode ser considerado abrangente, já que, sem qualquer sobreposição, ordena tanto a igualdade de consideração quanto as liberdades básicas dos cidadãos (DWORKIN, 2006, p.117).<sup>257</sup>

Tal situação, entretanto, aos olhos de muitos membros da comunidade jurídica norte-americana, pode representar um incremento de poderes para o Judiciário norte-americano, uma vez que este acaba tendo “a última palavra acerca da interpretação da Constituição” (DWORKIN, 2006, p.117-118). Caberá, então, aos juízes a função de detalhar e declarar em concreto o que se poderá entender por igualdade de consideração, ou o que são efetivamente as liberdades básicas. Muitos irão se revoltar contra tal quadro, principalmente por medo de que juízes passem a impor suas próprias convicções – de modo que um magistrado mais liberal ou mais conservador produzirão decisões díspares (DWORKIN, 2006, p.118).

Em oposição a tal quadro é que se levanta a *estratégia revisionista*, que simplesmente negará a estrutura abrangente e principiológica da Declaração de Direitos. Ao invés de verem nela uma “concepção geral de justiça”, preferem

---

<sup>257</sup> “Em nossa cultura, são essas as duas principais fontes de todas as afirmações de direitos individuais. Por isso, é estranho que uma pessoa que acredita que cidadãos livres e iguais deveriam ter a garantia de um determinado direito individual não pensa também que a própria Constituição já contém esse direito, a menos que a história constitucional o tenha rejeitado de forma decisiva” (DWORKIN, 2006, p.117). Mais à frente o autor prossegue: “Com efeito, é muito possível que, mesmo que a Primeira Emenda não existisse, os tribunais norte-americanos já tivessem há muito tempo deduzido as liberdades de expressão, imprensa e religião das garantias de liberdades básicas da Quinta e da Décima Quarta Emendas” (DWORKIN, 2006, p.117).

compreendê-la como uma “lista obsoleta das exigências particulares que um pequeno número de pessoas, há muito tempo, por acaso considerava importante” (DWORKIN, 2006, p.119). Essa corrente, de fato, consegue ganhar adeptos e prestígio no interior da tradição jurídica norte-americana, acusando de “ativistas” aqueles que estão dispostos a sair das “quatro paredes” da Constituição (DWORKIN, 2006, p.119).<sup>258</sup> Como consequência, todas as proposições jurídicas desenvolvidas por tais correntes levam a cabo a tentativa de ancorar a interpretação a um determinado fato semântico tido como crucial – ou seja, se apegam a uma determinada propriedade da linguagem para identificar o “sentido” do texto a partir da intenção dos seus autores (DWORKIN, 2006, p.121).<sup>259</sup> O juiz Robert Bork (1971) é um importante nome dessa corrente – batizada por Dworkin como “historicismo fraco” (DWORKIN, 2006, p.121-122; GUEST, 2010, p.174-177) –, que defende a inexistência de direitos não explicitamente previstos pelo texto constitucional.

Por outro lado, outros juristas irão afirmar que tais “direitos não-enumerados” existem. Por tal designação, entendem um “conjunto determinado de direitos constitucionais reconhecidos ou controversos, como por exemplo, o direito de locomoção, o direito de associação, e o direito à privacidade, do qual decorre o direito ao aborto, se é que este direito existe” (DWORKIN, 2006, p.122). E daí esse grupo discute quais os limites para o Judiciário se posicionar sobre a sua aplicação.

Mas, para a tese do direito como integridade, na verdade, ambas as posições estão desprovidas de razão (DWORKIN, 2006, p.123). Para explicar sua posição, Dworkin fará uso do seguinte exemplo: imagine que as normas e regulamentos de um aeroporto proíba que seus passageiros portem armas de fogo, facas e explosivos em suas bagagens de mão; pelo uso da interpretação, os funcionários desse aeroporto entendem que latas de gás lacrimogêneo também devem ser proibidas, pois acreditam que tais objetos podem, igualmente às armas de fogo, facas e explosivos, serem usadas para atos criminosos, como sequestro ou

---

<sup>258</sup> “Sob esse importante aspecto político, o gigantesco esforço de revisar e diminuir a amplitude da Declaração de Direito deu certo. Mas sob o aspecto substantivo, deu totalmente errado – não porque elaborou interpretações alternativas coerentes que não foram aceitas, mas porque não consegui elaborar absolutamente nenhuma interpretação alternativa coerente” (DWORKIN, 2006, p.119).

<sup>259</sup> “Afirmam que os grandes artigos constitucionais não devem ser entendidos como declarações de exigências morais abstratas, como acontece quando são lidos de modo não-contextual, mas devem ser compreendidos num sentido diferente e muito menos amplo, determinado pela suposta ‘intenção’ de um grupo presumido de ‘autores’” (DWORKIN, 2006, p.121).

terrorismo. A questão fica agora em saber se, uma vez que o gás lacrimogêneo não estava na lista original, teriam os funcionários do aeroporto autoridade (legitimidade) para acrescentar uma “arma não-enumerada” à lista dada? Sob o ponto de vista meramente semântico, é certo que o gás lacrimogêneo não poder ser encaixado nas categorias arma de fogo, facas ou explosivos.

Ora, no campo jurídico, deve-se atentar para uma peculiaridade: a Declaração de Direitos e também a Constituição são compostas por princípios amplos e abstratos, mas que representam as dimensões de moralidade política que justificam um direito constitucional (DWORKIN, 2006, p.124). Logo, o que está em foco aqui não é apenas uma questão de “referência”, mas de interpretação. Sob esses aspectos, pode-se refletir se a cláusula de igual proteção abrange mulheres contra discriminações sexuais injustificadas, ou se a Primeira Emenda garante um direito de protesto que autoriza a queima da bandeira norte-americana; ou ainda, se a igual proteção às liberdades básicas oferece às mulheres um direito de optar por fazer ou não um aborto. Na tradição norte-americana, os dois primeiros casos fazem referência ao que se considera ser “direitos enumerados”, pois seriam casos particulares de um direito mais geral, mas declarado pela Constituição, ainda que de forma abstrata. Já o terceiro, é um caso típico do que se chama de “direitos não-enumerados” (DWORKIN, 2006, p.125), pois, no máximo, ele estaria implícito na Constituição.

Dworkin, então, pretende demonstrar que, na realidade, os três exemplos são idênticos, pois todos se apoiam em argumentos interpretativos que não se prendem ao problema semântico:

Ninguém pensa que do simples sentido das palavras “*freedom of speech*” se pode concluir diretamente que as pessoas têm ou não têm a liberdade de queimar a bandeira. Ninguém pensa que do simples sentido das palavras “igualdade de proteção” se pode concluir que as leis que excluem as mulheres de certas profissões são constitucionais ou inconstitucionais. Tenho que num caso como no outro, a conclusão não decorre do sentido das palavras, do contrário do que ocorre no exemplo dado antes: do sentido de “armas de fogo” se pode concluir diretamente que essas palavras se referem aos revólveres, mas não ao gás lacrimogêneo. Além disso, os três argumentos não diferem entre si quanto ao modo de interpretação. Nenhuma das três conclusões (supondo-se que sejam lógicas) decorre da esperança, crença ou intenção histórica de um “autor”, mas sim do fato de o princípio político que corrobora a conclusão ser o que melhor se enquadra na estrutura geral e na história do direito constitucional (DWORKIN, 2006, p.125-126, grifos do autor).

A tentativa de explicação dada por Richard Posner (1992) ao problema vai pela via da “distância” que a interpretação pode nos levar do texto; ou seja, os dois primeiros casos estariam mais “próximos” do texto, enquanto o terceiro “se afasta” mais do texto da Constituição. Ora, não há como discordar de Dworkin (2006, p.126) quando diz que tal recurso argumentativo é falacioso:

É inconcebível que Posner queria dizer, por exemplo, que o direito ao aborto está mais distante da linguagem constitucional do que o direito de não sofrer discriminação sexual, no mesmo sentido em que “gás lacrimogêneo” está mais distante do que “revólver” do sentido de “arma de fogo”. “Revólver” está mais próximo porque o revólver é arma de fogo: “arma de fogo” se refere a revólver mas não se refere a gás lacrimogêneo. Porém, como nem o direito ao aborto nem o direito de não sofrer discriminação sexual decorrem do sentido textual das palavras, nenhum deles pode estar mais próximo ou mais distante do texto sob esse aspecto (DWORKIN, 2006, p.126-127, grifo do autor).

Logo, a distinção entre direitos “enumerados” e “não-enumerados” na realidade cai por terra, justamente porque não é possível compreender a importante distinção entre referência e interpretação (DWORKIN, 2006, p.128; 2006:133). É por isso, que a adoção de uma interpretação construtiva, como demonstrado no tópico anterior, mostra-se importante para a superação de tal dicotomia. A integridade exigirá que o magistrado identifique o princípio que melhor justifique sua decisão, além de fundamentar sua decisão coerentemente nos precedentes e no arranjo constitucional.<sup>260</sup> O papel dos princípios, portanto, será o de afastar essa distinção entre direitos “enumerados” e “não-enumerados”, pois não reduzirá o seu sentido a questões puramente semânticas, pois se ligam a uma questão de interpretação. Isso permite separar uma questão de referência de um texto normativo de questões de interpretação (DWORKIN, 2006, p.133-134). Dworkin (2006, p.134) elucida que a controvérsia jurídica é natural e desejável para aqueles que abraçam a integridade do direito.

Em um debate, agora com Bork (1971, 2003) – um originalista –, Dworkin demonstrará um exemplo de como procede um raciocínio a partir da integridade e

---

<sup>260</sup> “Anota-se, por relevante, que para Dworkin, essa polêmica sobre os direitos enumerados e os direitos não enumerados passa longe do âmago do problema. Mais do que isto, Dworkin chega a afirmar que esse tipo de preocupação acadêmica representa um grave risco de encobrimento dos sentidos projetados pela história constitucional norte-americana. Para os jusfilósofos estadunidenses, as questões que aparecem na esteira desses direitos devem ser resolvidas, não pela via de uma classificação semântico-formal, mas sim no contexto da integridade e da coerência, sempre na teia da reconstrução da história institucional do Direito” (STRECK, 2010, p.52).

da interpretação construtiva. Alerta-se que muitos dos juristas defensores da tese da mutação constitucional em sua versão a partir de Weimar poderiam enxergar aqui um caso de mutação constitucional. Todavia, afirmar isso é cair em erro, para a teoria dworkiana.

O argumento de Dworkin destina-se a demonstrar a fragilidade da concepção originalista levada a cabo por Bork. Para tanto, a argumentação percorrerá dois caminhos, sendo que o primeiro conduz para a explicitação do modo com que Bork fundamenta sua tese, e o outro, para a desconstrução à luz da tese da integridade nesse mesmo argumento (DWORKIN, 2006, p.427).

A respeito do famoso caso *Brown vs. Board of Education*,<sup>261</sup> que, utilizando o dispositivo de igual proteção, declarou a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas públicas dos Estados Unidos, Dworkin afirma:

O caso Brown tem tudo para embaraçar qualquer teoria que sublinhe a importância das intenções dos autores, pois não temos prova alguma de que um número significativo dos congressistas que propuseram a Décima Quarta emenda pensasse ou quisesse que ela tornasse ilegal a segregação racial nas escolas. Na verdade, temos provas fortíssimas do contrário disso. O redator do projeto de lei que precedeu a emenda disse ao Congresso que “os direitos civis não significavam que todas as crianças tenham de freqüentar a mesma escola”, e o mesmo Congresso deu continuidade à segregação racial nas escolas do Distrito de Colúmbia, que, na época, era administrado pelo congresso Nacional (DWORKIN, 2006, p.427).

Mesmo assim, a suprema Corte compreendeu que a Décima Quarta emenda proibia a prática da segregação. A decisão não foi poupada de críticas, mas, de certo modo, adquiriu uma aceitação que acabou por indicar que nenhuma das críticas feitas era contundente o suficiente para apresentar ameaça à decisão. Bork (1986), inclusive, está dentro do rol de juristas que confirma a correção da decisão; para tanto, se apoia no argumento que a ideia de *intenção original* não significa uma consulta da um conjunto de opiniões dos autores, mas volta-se para a compreensão do próprio princípio geral que conduziu à decisão (DWORKIN, 2006, p.428):

Uma vez que os juízes identifiquem o princípio proclamado pelos autores, devem impô-lo na qualidade de princípio e segundo o seu próprio juízo acerca das exigências desse princípio nos casos particulares, mesmo que para isso tenham de aplicá-lo não somente em circunstâncias que os

---

<sup>261</sup> 347 U.S. 483 (1954).

autores desconheciam, como também de uma maneira que eles não teriam aprovado caso a tivessem conhecido (DWORKIN, 2006, p.428).

Já que os autores da Décima Quarta Emenda não estavam expressamente afirmando a inconstitucionalidade da segregação racial em escolas públicas, Bork (2003) é obrigado a afirmar que se deve tomar por intenção original essa interpretação mais ampla, como se fosse uma decisão “fiel” à intenção deles.<sup>262</sup> Até aqui, Dworkin (2006, p.429) concordará – ainda que temporariamente – com o raciocínio, principalmente porque, se pretendemos reduzir a Constituição àquilo que seus autores supostamente queriam, só nos resta assumir que as intenções devem ser identificadas como as mais amplas e abstratas convicções sobre princípios, e afastar opiniões rasas ou particulares. Acontece que, assumindo tal compreensão, Bork aumenta ainda mais a responsabilidade dos magistrados ao decidir um caso, pois não é apenas pelo uso da história que se conseguirá justificar o argumento da intenção original, falta ainda outro tipo de argumento (DWORKIN, 2006, p.429). Isso porque as pessoas não expressam o que pensam estruturando em apenas duas categorias o que defendem; na realidade, fazem uso de uma camada de argumentos em diferentes níveis de generalidade. Voltando ao caso *Brown*, identificou-se que ele versa sobre um princípio em particular: o de igualdade. De um modo menos geral, esse princípio enuncia que “o Estado não pode fazer discriminação entre as raças” (DWORKIN, 2006, p.430).

Entretanto, aos autores da Décima Quarta Emenda, poderia ser atribuído um princípio de generalidade e abstração ainda maior: “o princípio de que o Estado não deve exercer discriminação contra nenhuma minoria quando essa discriminação é um simples reflexo do preconceito” (DWORKIN, 2006, p.430), já que o dispositivo da Décima Quarta Emenda não faz qualquer referência à raça, limitando-se a dizer que

---

<sup>262</sup> “Num processo recentemente julgado pelo Tribunal Itinerante de Apelações do Distrito de Colúmbia, por exemplo, [Bork] acompanhou a maioria ao declarar que a Primeira emenda protegia certos colunistas de jornal contra uma acusação de calúnia e difamação lançada por um cientista político marxista, de quem se dissera que não era respeitado pelos colegas de profissão. Antonin Scalia, que era colega de Bork naquele tribunal e agora foi promovido por Regan à Suprema Corte, discordou e condenou Bork, bem como os outros juízes que compunham a maioria, por não serem fiéis à intenção dos autores da Primeira Emenda, que evidentemente não supunham estar modificando a lei da calúnia da maneira que a maioria supunha. Bork, em sua resposta, insistiu em que o juiz não tem responsabilidade para com as opiniões particulares e concretas que os autores poderiam ter acerca do âmbito do princípio que criaram quando aprovaram a Primeira emenda, mas sim para com o princípio considerado em si mesmo, o qual, a seu ver, determinava que a imprensa fosse objeto de uma proteção maior, contra as ações de calúnia, do que os autores poderiam ter previsto” (DWORKIN, 2006, p.428-429).

“o Estado não pode negar a ninguém a ‘mesma proteção’ das leis” (DWORKIN, 2006, p.430). Se tomarmos o contexto de criação da Décima Quarta Emenda, logo após a Guerra Civil – que eclodiu a partir do problema escravocrata –, poderíamos ter uma conclusão, mas Dworkin (2006, p.430) lembra que o próprio Lincoln afirmou que a guerra tinha como mote a ideia de que todos os *homens* foram criados iguais – “e é claro que ele incluía nessa designação também as mulheres” (DWORKIN, 2006, p.430). Basicamente, pareceria absurdo supor que a única preocupação deles estava com o preconceito quanto à raça.

Logo, fica a questão: “por que os juízes não devem tentar definir e fazer valer esse princípio mais geral?” (DWORKIN, 2006, p.431). Ora, parece, então, claro que a Décima Quarta Emenda, na verdade, guarda um raciocínio mais amplo, que coloca como inconstitucional toda e qualquer forma de discriminação baseada no preconceito. E prossegue Dworkin (2006, p.431, grifos nossos):

Aparentemente, os autores não pensavam que seu princípio chegasse até aí; não criam que as distinções entre os sexos fossem reflexo de um estereótipo ou preconceito. (afinal de contas, foi necessária uma outra emenda constitucional para que as mulheres pudessem votar.) Porém, uma vez definido de maneira mais abstrata o princípio que imputamos aos fundadores, temos de considerar que, na medida mesma em que tinha aquela opinião sobre as mulheres, *eles próprios não chegaram a captar toda a amplitude do princípio que formularam; foi o tempo que nos deu condições de corrigir esse erro, assim como corrigimos as opiniões deles acerca da segregação racial nas escolas.* Foi isso, com efeito, que a Suprema Corte fez (DWORKIN, 2006, p.431, grifos nossos).

E como fica a questão da proteção aos homossexuais? Para Bork, qualquer tentativa de estender a eles a mesma proteção significaria uma tentativa de alteração ilegítima e, por isso mesmo, de desrespeito à ordem constitucional. Mas se já foi possível até o momento identificar que há na Décima Quarta Emenda um princípio mais geral de proteção a qualquer minoria que esteja sendo discriminada por preconceito social, a exigência de integridade determina que o mesmo se faça com os homossexuais. Novamente, dirá Dworkin (2006, p.432), o tempo funciona aqui para nos fornecer um entendimento diferenciado sobre a situação e afastar qualquer tipo de superstições sobre o homossexualismo, de modo que legislações que antes criminalizavam os atos homossexuais podem ser vistas como expressão de puro preconceito.

Logo, pode-se tirar uma importante conclusão: o apelo a uma teoria da intenção original não serve para justificar uma decisão, de modo que se deve fazer outra escolha como postura teórica que conduza à integridade.

#### **4.3.3 O julgamento da ADPF n. 132 pelo STF como um caso modelo do uso de uma interpretação construtiva do direito**

A ADPF n. 132 / RJ foi julgada em maio de 2011, tendo como ministro relator Carlos Ayres de Britto. A petição inicial foi proposta pelo Governador do Rio de Janeiro, sujeito processual legítimo, conforme o art. 103, V, da Constituição de 1988, bem como o art. 2º, da Lei n. 9.882/99. A pretensão, então, buscava uma definição sobre se haveria (ou não) proteção constitucional para as uniões homoafetivas, sob a premissa que as decisões judiciais lhes negam direitos constitucionais, como igualdade, liberdade e dignidade humana.<sup>263</sup> Dessa forma, pleiteava-se uma interpretação ao art. 1.723, do Código Civil,<sup>264</sup> que incluísse a união homoafetiva dentro do conceito de *entidade familiar* união estável. Pedia-se, ainda, que, em sede de medida liminar, fosse declarada a validade das decisões administrativas que equiparam as uniões homoafetivas às uniões estáveis, bem como a suspensão dos processos e decisões judiciais em sentido oposto, até o julgamento final da ação. Fez-se, ainda, um pedido subsidiário para que, caso não recebida a ADPF, esta seja convertida em ADI, a ser processada com pedido de proferimento de interpretação, conforme a Constituição aos artigos 19<sup>265</sup> e 33,<sup>266</sup> do Decreto-Lei n. 220/75, do Estado do Rio de Janeiro, e ao art. 1.723, do Código Civil.

---

<sup>263</sup> Em razão dessa problemática, por exemplo, pairava a dúvida sobre a aplicabilidade dos art. 19, incisos II e V, que versa sobre os casos de concessão de licença, e do art. 33, incisos de I a X, sobre benefícios previdenciários e assistenciais, do Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro (Decreto-Lei n. 220/1975).

<sup>264</sup> “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

<sup>265</sup> “Art. 19 Conceder-se-á licença: [...] II - por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo; [...] V - sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular”.



Dando continuidade ao processo, foram solicitadas informações ao Governador do Rio de Janeiro, bem como a Assembleia Legislativa daquele Estado e aos Tribunais de Justiça dos Estados. Os últimos manifestaram-se, majoritariamente, a favor da equiparação.<sup>267</sup> A Assembleia Legislativa fluminense informou que está em vigor no Estado a Lei n. 5.034/2007, que permite a averbação de companheiros do mesmo sexo como dependentes de servidores públicos estaduais. Em parecer da Advocacia-Geral da União, o órgão também se posicionou pelo cabimento das uniões homoafetivas dentro do conceito de família, o que também foi consonante com o parecer da Procuradoria-Geral da República.

O ministro relator identificou, ainda, coincidência de objeto com a ADI n. 4.277, proposta pela Procuradoria-Geral da República, também em curso, razão pela qual passou a processá-las conjuntamente.

Iniciando a votação, o Min. Carlos Ayres de Britto abriu sua decisão esclarecendo que conheceria da ADPF n. 132, convertendo-a em ADI e julgando-a em par à ADI n. 4.277. Dessa forma, a questão central estaria na fixação de uma interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723, do Código Civil brasileiro, sem restringir a discussão às normas referentes ao Estatuto do Servidor Público civil fluminense (que seria questão prejudicada em virtude da Lei Estadual n. 5.034/2007 (AYRES DE BRITTO, voto na ADPF n. 132, p.20).

O ministro lembra, então, que o art. 3º, IV, da Constituição de 1988,<sup>268</sup> define que a promoção do bem-estar de todos, sem discriminação, inclusive, de natureza sexual, é um dos objetivos da República brasileira; e que por sexo não se estaria apenas sinalizando para a diferença (fisiológica) entre o gênero masculino e o gênero feminino, mas mais que isso: a Constituição, ao consagrar a proteção ao

---

<sup>266</sup> “Art. 33 - O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo: I - salário-família; II - auxílio-doença; III - assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar; IV - financiamento imobiliário; V - auxílio-moradia; VI - auxílio para a educação dos dependentes; VII - tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico; VIII - auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento; IX - pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional; X - plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões. Parágrafo único - A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas”.

<sup>267</sup> Foram discordantes os Tribunais de Justiça do Distrito Federal, de Santa Catarina e da Bahia.

<sup>268</sup> “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

pluralismo sócio-político-cultural, afirma um direito fundamental de igualdade “civil-moral” (AYRES DE BRITTO, voto na ADPF n. 132, p.25) e, por tal elemento normativo, determina a necessidade de efetivação de políticas públicas afirmativas para a plena e respeitosa convivência entre os cidadãos.

Além disso, invoca aqui uma fala que atribui – sem indicar sua fonte precisa – a Kelsen (1999, p.273-274), quando diz que “tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido” (AYRES DE BRITTO, voto na ADPF n. 132, p.27), o que corresponderia à norma presente no art. 5º, II, da Constituição de 1988.<sup>269</sup> Logo, se não há nenhuma norma constitucional tornando ilícita a homossexualidade, o ministro entende que a conclusão deve assentar-se na sua permissão pela Carta Magna.

Em uma segunda parte de seu raciocínio, o Min. Ayres de Britto (voto na ADPF n. 132, p.31) afirma que o direito de respeito à preferência sexual é fundamentado também no princípio da dignidade humana, entendido aqui como o direito à auto-realização e à felicidade. Sendo assim, qualquer interpretação em sentido contrário ao reconhecimento de direito às uniões homoafetivas se fundaria em um preconceito, o que a própria Constituição busca reprimir.

Como se está diante de direitos fundamentais, o ministro conclui pela *auto-aplicabilidade*, sendo de plano entendido dentro do conceito de família as uniões homoafetivas; o que dispensa a necessidade do Legislativo de regulamentar o caso por meio de edição de leis (AYRES DE BRITTO, voto na ADPF n. 132, p.32). É importante destacar que o min. Relator fecha seu voto identificando o conceito de família como um conceito cultural, de modo que a linguagem jurídica não pode tecer nenhuma espécie de controle, nem pode ser reduzido para fomentar leituras preconceituosas e homofóbicas (AYRES DE BRITTO, voto na ADPF n. 132, p.42).

O segundo a votar foi o Min. Luiz Fux, que acompanhou o min. Relator ao receber a ADPF n. 132 como ADI e reconhecer a identidade de objeto com a ADI n. 4.227. Preparando a discussão de seu voto, ele estabelece algumas premissas: (1) a homossexualidade é fato social no Brasil, já senso constatada no Censo de 2010 pelo IBGE (FUX, voto na ADPF n. 132, p.60); (2) não há qualquer normas jurídica –

---

<sup>269</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

constitucional ou infraconstitucional – que defina expressamente tal união como ilícita, inexistindo vedações para suas constituições. Além disso, o Min. Fux, no mesmo sentido que o julgador anterior, entenderá que o Estado não pode ser promotor – mas sim, opositor – de preconceitos, em qualquer das suas formas (FUX, voto na ADPF n. 132, p.62). Sob esse aspecto, ele argumenta que não há nenhuma distinção ontológica entre a união homoafetiva, o casamento e a união estável como espécies do conceito *família* (FUX, voto na ADPF n. 132, p.64).

Citando Dworkin (2006), o Min. Fux lembra que a Constituição exige de seu intérprete a assunção de uma leitura que consagre a todos iguais direitos de respeito e de consideração (FUX, voto na ADPF n. 132, p.65). E, explicando melhor, o ministro defende a igualdade de oportunidades, trazida também por Dworkin (2005b, p.xvii). Além disso, o desrespeito comprometeria, ainda, a proteção da dignidade humana dos homossexuais.

Logo, uma política de reconhecimento – o que envolve um programa de políticas públicas – deve ser estabelecida para materializar tal igualdade. O Min. Fux cita, então, como exemplo, a Portaria MPS n. 513, do Ministério da Previdência Social, de 09 de dezembro de 2010, que prevê que o conceito de dependentes para fins previdenciários deve abranger a união de pessoas do mesmo sexo.

Voltando-se para o pensamento de Hesse (1991), o Min. Fux (voto na ADPF n. 132, p.73) afirma que as mudanças sociais – como fatos concretos – não podem ser ignoradas pelo mundo jurídico, mas, o que a princípio poderia embasar um argumento favorável à afirmação de uma mutação constitucional, logo é abandonado, pois, na finalização de seu voto, o Min. Fux deixa claro que a questão aqui é de reconhecimento do que já estava na própria lógica da Constituição, sem mencionar qualquer necessidade de alteração normativa. Ou seja, o art. 226 da Constituição, ao proteger a família, já autoriza a declaração do direito à união homoafetiva.

A Min. Cármen Lúcia segue na votação do processo. Seu argumento toma como ponto central a noção de que a Constituição é um conjunto sistêmico de normas, que devem ser interpretadas de modo a produzir uma harmonia dos seus comandos. Assim, a largueza que a ministra atribui como própria das normas constitucionais, permite a ela (voto na ADPF n. 132, p.93) afirmar que os termos homem e mulher, presentes no art. 226, § 3º, da Constituição de 1988, não podem

ser tomados em sua literalidade, sob pena de aniquilar a liberdade sexual dos homossexuais.

O Min. Ricardo Lewandowski abre seu voto apresentando um registro do tratamento constitucionalmente dado pelas Constituições anteriores à *família*. Nas Cartas de 1937, 1946 e 1967, pode-se perceber que o conceito de família se compunha como desdobramento da relação de casamento; o que é distinto da disciplina dada pela Constituição de 1988, que busca desgarrar os dois conceitos, explicitando a existência de outros modelos de família que não se constituem apenas pelo casamento (daí decorrendo a união estável e a família monoparental).

Dentro da própria história institucional inaugurada pela Constituição vigente, outro debate foi importante para alargar a compreensão da proteção constitucional à entidade familiar: se a possibilidade de conversão da união estável em casamento constituiria – ou não – condição *sine qua non* para o reconhecimento de tal como entidade familiar (LEWANDOWSKI, voto na ADPF n. 132, p.103).<sup>270</sup> Voltando ao debate constituinte, o ministro busca justificar que o sentido do texto constitucional da norma do art. 226, §3º, seria exclusivamente para definição de uma união entre homem e mulher, no sentido próprio. Ou seja, argumenta que o Constituinte intencionalmente haveria vedado o reconhecimento de união estável às uniões homoafetivas.

Assim, logo de plano o ministro descarta falar na aplicação de uma mutação constitucional ou na utilização de uma interpretação extensiva do dispositivo (LEWANDOWSKI, voto na ADPF n. 132, p.105) para modificar o sentido do conceito de união estável, e propõe como solução a declaração de uma nova espécie – um quarto gênero – de entidade familiar, a se designar por “relação homoafetiva”. A proteção constitucional a essa espécie derivaria de uma leitura sistêmica do texto constitucional – e não apenas do art. 226 – alinhando os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual (LEWANDOWSKI, voto na ADPF n. 132, p.106). Ele alega, portanto, fazer uso de uma metodologia de integração normativa, justamente por haver um *vácuo normativo* que deve incorporar a realidade.<sup>271</sup> Desse modo, ele

---

<sup>270</sup> Ver julgamento pelo STF do RE 397.762 / BA, Rel. Min. Marco Aurélio.

<sup>271</sup> “Quer dizer, desvela-se, por esse método, outra espécie de entidade familiar, que se coloca ao lado daquelas formadas pelo casamento, pela união estável entre um homem e uma mulher e por

sustenta que não está indo de encontro com a intenção original do Constituinte de 1988, mas construindo entendimento a partir da lacuna que se forma pela realidade social.

Dando continuidade ao julgamento, o Min. Joaquim Barbosa afirma que a discussão toca exatamente em um descompasso entre o mundo dos fatos e o mundo jurídico. Igual a outros ministros, irá reconhecer que há um “silêncio constitucional” sobre a matéria, mas entende que, de modo algum, tal silêncio pode ser interpretado como negação (BARBOSA, voto na ADPF n. 132, p.117). Então, para a superação do problema, lança mão da ideia de que uma ordem democrática tem de assegurar a todos respeito e consideração iguais – citando, inclusive, Dworkin –, e compreendendo que há, sob o pano de fundo da questão, todo um processo histórico que não pode ser negligenciado. Logo, ele também vota favoravelmente ao reconhecimento das uniões homoafetivas.

O próximo voto é de autoria do Min. Gilmar Mendes. Sua primeira observação é a de que a utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição seria equivocada, pois não haveria múltiplos sentidos na norma, dos quais o STF necessita assentar um e excluir os demais da validade jurídica (MENDES, voto na ADPF n. 132, p.147). O §3º do art. 2226, em sua visão, prestaria exclusivamente à disciplina da figura da união estável, e influenciaria para permitir ou para proibir as uniões homoafetivas, pois seria conceito distinto. Logo, ele explicita que a manutenção da linha de raciocínio que defende a aplicação da técnica de interpretação, conforme querem os Ministros Ayres de Britto,<sup>272</sup> Cármen Lúcia e Fux, acabaria por produzir uma alteração da normatividade constitucional, o que ele

---

qualquer dos pais e seus descendentes, explicitadas no texto constitucional” (LEWANDOWSKI, voto na ADPF n. 132, p.112).

<sup>272</sup> O Min. Ayres de Britto (voto na ADPF n. 132, p.126) interrompendo a leitura do voto no Min. Gilmar Mendes, irá explicitar que era exatamente a sua intenção dar ao texto do art. 226, § 3º da Constituição um sentido ampliado, para além da sua literalidade, e, com isso, incluir dentro do conceito de união estável a união homoafetiva. Sob tal linha de raciocínio parece ficar evidenciado – sem que, contudo, o mesmo ministro tenha explicitado – a tentativa de criação de uma mutação constitucional, já que os mesmos buscaram alterar a norma jurídica para incluir a união homoafetiva no conceito de união estável, mas preservando o texto original da Constituição. Mas esta não seria uma interpretação correta da situação, pois na sequência de seu voto o próprio Min. Ayres de Britto acaba reconhecendo que a decisão tem que levar em consideração uma interpretação construtiva do Direito, citando inclusive, o pensamento de Dworkin.

entende não ser necessário – e nem legítimo<sup>273</sup> –, já que tal proteção não precisaria ser criada, mas poderia ser declarada a partir das mesmas normas que formam a Constituição vigente, isto é, a partir dos princípios da liberdade e da igualdade (MENDES, voto na ADPF n. 132, p.125). Mas, em uma nova assentada, o Min. Mendes registra que na prática a leitura que se faz da norma generaliza o entendimento da proibição das uniões homoafetivas, o que é equivocado, e que sobre tal quadro é que se caberia falar em interpretação conforme (MENDES, voto na ADPF n. 132, p.160).

Logo, para o Min. Mendes, a questão deve ser recolocada sob o prisma de proteção dos direitos fundamentais de uma minoria em cumprimento àquilo que estaria na própria essência da jurisdição constitucional (voto na ADPF n. 132, p.172). O Min. Gilmar Mendes destaca também que as tentativas de proteção dessa minoria pelo Estado tem sido insuficientes, pois não basta apenas uma ação no sentido de coibir o preconceito, mas um conjunto de políticas públicas voltadas para a promoção da dignidade desse grupo.<sup>274</sup> Assim, ele entende que a decisão que o STF deve tomar não pode representar uma solução definitiva, mas servir para estimular o debate e permitir que a atuação legislativa cuide de definir melhor a questão (MENDES, voto na ADPF n. 132, p.182).

O voto conduzido pelo Min. Marco Aurélio, por sua vez, toma o rumo de uma reconstrução das transformações pelas quais o conceito de família sofreu ao longo da história da humanidade, com incursões pelo direito brasileiro no século passado. Sob a leitura da dignidade humana, o ministro passa a defender que a finalidade do Estado é permitir a cada cidadão a definição dos seus projetos pessoais de vida, o que inclui o desenvolvimento de sua personalidade de forma livre. Logo, decorre uma obrigação constitucional de não discriminação e de respeito às diferenças na

---

<sup>273</sup> Importante, então, registrar essa preocupação com o limite da interpretação e da decisão sobre a Constituição assumida pelo Min. Mendes, bem diferente do voto proferido na Rcl. 4.335 / AC, anteriormente analisado (MENDES, voto na ADPF n. 132, p.154).

<sup>274</sup> “Nesse sentido, diferentemente do que expôs o Ministro Relator Ayres Britto – ao assentar que não haveria lacuna e que se trataria apenas de um tipo de interpretação que supera a literalidade do disposto no art. 226, § 3º, da Constituição e conclui pela paridade de situações jurídicas –, evidenciei o problema da constatação de uma lacuna valorativa ou axiológica quanto a um sistema de proteção da união homoafetiva, que, de certa forma, demanda uma solução provisória desta Corte, a partir da aplicação, por exemplo, do dispositivo que trata da união estável entre homem e mulher, naquilo que for cabível, ou seja, em conformidade com a ideia da aplicação do pensamento do possível” (MENDES, voto na ADPF n. 132, p.194-195).

forma de um tratamento equânime, razão segundo a qual ele julga procedente o pedido, aplicando o regime da união estável às uniões homoafetivas.

Na abertura de seu voto, o Min. Celso de Mello registra a pluralização que o debate constitucional ganhou em razão justamente da participação da sociedade na forma do *amicus curiae*. Em um segundo momento, ele tece observações sobre o tratamento discriminatório que a história brasileira registra contra os homossexuais, e conclui no sentido de que tais práticas apoiadas exclusivamente em preconceitos injustificados tem de acabar. No seu entender, a decisão a ser tomada pelo STF, então, tem a função de

tornar efetivo o princípio da igualdade, que assegura respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, que confere primazia à dignidade da pessoa humana e que, rompendo paradigmas históricos e culturais, remove obstáculos que, até agora, inviabilizavam a busca da felicidade por parte de homossexuais vítimas de tratamento discriminatório (Min. Celso de Mello, no voto da ADPF n. 132, p.228).

Sendo assim, sua posição é a defesa da aplicação da figura da união estável também para as uniões homoafetivas, na esteira do voto do ministro relator, pois, somente assim, poder-se-á efetivar o direito à busca pela felicidade desses indivíduos. Um traço importante em seu voto é a constatação de que não se trata de ativismo judicial ou de criação por parte da jurisprudência do STF, mas da efetivação de um direito que já se encontrava na ordem constitucional vigente, e que era negligenciado pelos poderes públicos (Min. Celso de Mello, voto na ADPF n. 132, p.261).

O último a votar é o Min. Cezar Peluso. Seu argumento é no sentido de compreender que a norma do art. 226, § 3º, da Constituição, não pode ser lida como *numerus clausus*, razão pela qual as uniões homoafetivas devem ser equiparadas às uniões estáveis. Mas entende que o Legislativo deve se mobilizar para regulamentar melhor tal equiparação.

Sob as luzes de tal julgamento, portanto, a justificativa de uma tese da mutação constitucional parece ter passado distante. Nenhum dos ministros procurou justificar seu argumento afirmando que os homossexuais devem ser constitucionalmente protegidos a partir de um novo arranjo da realidade social. Pelo contrário, a preocupação foi inteira em demonstrar que não se tratava de uma

inovação, mas que a ordem constitucional brasileira, em sua estrutura mais básica, já se mostrava contrária ao tratamento discriminatório.

Isso pode indicar um importante caminho: o STF pode ter desenvolvido um processo de aprendizado histórico que conduziu à percepção de que a alternativa teórica da mutação constitucional simboliza uma prática que se adéqua bem a uma teoria dos erros institucionais, devendo ser abandonada. Ao voltar-se para a história institucional, como feito no Capítulo 1 da presente pesquisa, pode-se perceber que, na tradição brasileira, o recurso do STF a uma mutação constitucional não passou de um modismo, no qual o conceito simplesmente foi transportado com um uso meramente retórico.

Por isso mesmo, a assunção de uma postura comprometida com a legitimidade decisória democrática passa pela via da incorporação da tese do direito como integridade e da defesa de uma interpretação construtiva. Ora, no caso em discussão, deve ser entendido que o art. 5º, *caput*, da Constituição de 1988, já traz, explicitamente, um princípio mais geral e abrangente de igual proteção, quando determina que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Trata-se de norma constitucional veiculada por texto com redação original.<sup>275</sup>

Assim, não é que forças lassalleanas provocaram um primado do fato sobre a norma, mas sim, que a própria comunidade brasileira, assumindo-se sob a forma de

---

<sup>275</sup> A crítica que Streck (2011c, p.265) faz à decisão da ADPF n. 132 parece desarrazoada. Para o jurista, tal decisão cria uma “Constituição paralela”, forjada pela subjetividade dos ministros do STF. Em seu entender, a solução do caso passaria pela improcedência do pedido, cabendo, exclusivamente, ao Congresso Nacional solucionar a atividade legiferante à questão. O argumento da permissibilidade pela ausência de proibição explícita deveria ser afastado, no entender de Streck, pois, segundo o mesmo, se “[f]osse assim inúmeras não proibições poderiam ser transformadas em permissões (STRECK, 2011c, p.265, grifos no original). Ele afirma que a Constituição de 1988 também seria omissa quanto à possibilidade de propositura de ADI sobre lei municipal perante o STF – o que poderia gerar um suposto argumento de algum município no sentido de que o princípio da isonomia haveria sido violado. Entretanto, isso deve ser analisado com mais cuidado: (1) o exemplo e a analogia trazida por Streck parece olvidar do fato de que a ADPF cuida de matéria concernente à proteção de direitos fundamentais, ao passo que a situação de cabimento da ADI para lei municipal é uma discussão acerca da competência, e objeto do controle concentrado de constitucionalidade; (2) ao defender uma interpretação literal da Constituição, Streck parece justamente esquecer a importância da interpretação construtiva do direito e os ganhos da teoria hermenêutica, que tanto defende. Ora, ele ignora que há um processo de aprendizado social subjacente, além do fato de que a defesa da união homoafetiva é uma interpretação jurídica que melhor coaduna com um esquema de direitos fundamentais, voltados a garantir a todos iguais respeito e consideração; (3) sua análise centra-se apenas no texto do art. 226, § 3º, da Constituição, nem ao menos se esforçando para lançar uma interpretação sistêmica das normas constitucionais. Por isso, seu argumento acaba caindo na redução da norma ao seu texto, que tanto critica, deixando de lado a dimensão (histórica) subjacente a uma compreensão principiológica do direito.



uma comunidade de princípio, dentro de um processo histórico de aprendizado, é capaz de reconhecer o dever de respeito e de igual tratamento aos homossexuais. As exigências aqui são morais no sentido dworkiano de igual respeito e consideração para com todos os membros da comunidade, e decorrem da compreensão hermenêutica de que o julgado trazido pela ADPF n. 132 busca ler à sua melhor luz.

A conclusão a que chegou o STF não pode ser compreendida como um ato de criação ou de inovação dentro da ordem jurídica. A tese da interpretação construtiva, explica Dworkin (2007, p.24), afirma que, muitas vezes, o dever de colocar à sua melhor luz um direito deve envolver um ato de aperfeiçoamento deste,<sup>276</sup> apenas deixando explicitar uma compreensão que poderia se justificar em uma melhor leitura de um princípio que já estaria assentado na ordem jurídica. Por isso, deve-se voltar ao esquema trazido pelo romance em cadeia de Dworkin. A nova decisão não é – nem pode ser – uma repetição da decisão anterior, mas antes um novo capítulo para a história daquele direito.

Com isso, o conceito de uma mutação constitucional deve ser afastado, por não representar a melhor leitura que o próprio direito pode fazer de si. Aliás, é na proposta de adoção de uma interpretação construtiva, fazendo uso dos princípios jurídicos, que o direito pode cumprir suas próprias ambições. Aqui, ao invés de tratar os fatos como elementos externos e estranhos ao universo jurídico, Dworkin ensina que os fatos também são objeto de interpretação, e mais, as mudanças interpretativas na aplicação do direito aos moldes de um romance em cadeia, na verdade, nada tem de novo.

Como ficou claro no caso da discussão da inconstitucionalidade de discriminação aos homossexuais, a nova interpretação apenas marca o desenvolvimento histórico de um princípio mais geral e mais abstrato que já estava, desde a origem, previsto na própria Constituição.

---

<sup>276</sup> “Uma vez que uma interpretação é melhor se possibilita uma melhor justificação em moralidade política, então uma mudança guiada por uma melhor interpretação será apenas, por aquela razão, um aperfeiçoamento” (DWORKIN, 2007, p.24).

## CONCLUSÃO

Por toda a discussão levantada ao longo da presente tese, pode-se afirmar que o debate jurídico trazido pelo julgamento da Rcl. n. 4.335-AC não versa apenas sobre o caso em si – isto é, a inconstitucionalidade da progressão de regime para os condenados por crimes considerados hediondos –, mas sobre as conclusões trazidas pelos votos até o momento proferidos, que marcam uma situação de profunda transformação da estrutura do sistema de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, podendo representar, até mesmo, a perda da linha divisória entre o sistema difuso e o sistema concentrado no Brasil.

Para os ministros do STF, Eros Graus e Gilmar Mendes, cujos votos foram analisados no Capítulo 1, o modelo do controle difuso é ultrapassado e ineficaz quando comparado à sistemática do sistema concentrado, principalmente em razão da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante das decisões do tribunal, o que possibilita a solução processual de um número bem maior de casos e, supostamente, provoca a diminuição de processos pendentes de julgamento no Judiciário brasileiro. Portanto, tais magistrados afirmaram que a Constituição de 1988 *deve passar* por uma mutação constitucional que alterará a norma presente no art. 52, X, da CR/88.

Mas, qual a legitimidade dessa alteração provocada pelo STF? A mutação constitucional é um meio juridicamente democrático de alteração das normas constitucionais?

Segundo ambos os juízes, o Tribunal estaria legitimado a intervir *criando* uma norma para diminuir o hiato entre esta e a realidade. Eles alegam que o controle difuso já não teria o sentido que originariamente se pretendeu dar, devendo ser substituído pela modalidade concentrada. Segundo essa linha de raciocínio, tratar-se-ia de uma evolução – um aperfeiçoamento – da nossa tradição.

Contudo, a tese que foi sustentava responde negativamente à última pergunta. Para negar tal argumento, esta pesquisa traçou um quadro histórico do controle de constitucionalidade brasileiro, desde a formação da República. Registrou que o controle difuso desenvolveu-se como a principal modalidade, de modo que o controle concentrado foi, paulatinamente, ganhando mais relevância no cenário jurídico-constitucional pátrio exatamente em momentos de déficit democrático. Logo,

uma afirmação no sentido de que o controle concentrado é hoje a regra geral é falsa e, certamente, ou despreza, ou subverte a história institucional brasileira. O que se vê, na realidade, são medidas constitucionais duvidosas, que tentam diminuir o acesso da sociedade aos canais institucionais de discussão da constitucionalidade das leis e dos atos normativos estatais, em razão de um fechamento desses canais pela lógica do sistema concentrado. Todavia, uma ótica e uma ideologia que elevam a todo custo uma leitura de economia e de celeridade, acaba por advogar a ampliação de mecanismos para a utilização de decisões cunhadas a partir da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante.

Ao que parece, então, escapa aos ministros Mendes e Grau o fato de que a Constituição de 1988 representa uma opção paradigmática ao Estado Democrático de Direito, que, por sua vez, traz exigências normativas de participação democrática da sociedade nos processos de decisão institucionais, inclusive naqueles que versam sobre (in)constitucionalidade de normas produzidas por um Legislativo nacional.

Com Maués identificou-se, ainda, a existência de uma reação sistêmica ao controle de constitucionalidade concentrado no Brasil; argumento este que irá enfraquecer, ainda mais, a tese da preponderância deste sobre o controle difuso.

Desse modo, a figura do efeito *erga omnes*, possibilitada através da participação do Senado Federal ao editar a Resolução Legislativa retirando a eficácia da norma declarada pelo STF, é atual e necessária. A doutrina constitucional brasileira divide-se entre os entendimentos de que se a atuação do Senado seria discricionária ou se seria vinculada à decisão do STF. Entretanto, a presente pesquisa demonstrou que a atuação do Senado Federal tem natureza política – o que os votos dos Min. Mendes e Grau tentam obscurecer. Mesmo assim, Brossard já havia identificado isso e levantado uma importante questão: a natureza política da deliberação do Senado Federal cumpre um importante papel no que toca à possibilidade de abertura de um canal comunicativo para a sociedade. Ou seja, o Senado Federal, aqui, não atua apenas como um órgão de uniformização da jurisprudência, pois há outra função subjacente de igual importância.

Ora, tal situação explicita que o Senado Federal mostra-se poroso para participações advindas de vários setores da sociedade – demais tribunais, membros da doutrina constitucional, intelectuais etc. – pluralizando as razões para uma tomada de decisão. Há, então, aqui, um nítido ganho para uma democracia

procedimental, o que não pode ser apagado, como quer uma parcela do STF. Essa abertura para que novas razões – externas àquelas trazidas pelo STF em sua decisão – provocarão um ganho qualitativo de legitimidade para a deliberação do Senado Federal.

Esta pesquisa identificou, ainda, uma dissonância interna ao STF acerca do conceito de mutação constitucional. Em vários julgados, o Tribunal confunde o que é a mutação, transformando-a em uma figura *meramente retórica*. Por isso, o olhar histórico do conceito foi necessário, sendo imprescindível reconstruir, no Capítulo 2, a metodologia que permitiu essa análise. Koselleck, ao desenvolver a lógica da história dos conceitos, demonstrou como conceitos políticos podem ser desenvolvidos, mantendo-se continuidades e descontinuidades.

Aplicando a proposta de Koselleck, identifica-se, no Capítulo 3, que a mutação constitucional tem sua gênese teórica no pensamento de Laband e de Jellinek, nos fins do século XIX, início do século XX. Aqui, o que está em jogo é a utilização da mutação como recurso de justificação de atos violadores da Constituição.

A construção de uma metodologia míope a qualquer conteúdo não jurídico em Laband serve intencionalmente para afastar a dogmática jurídica da realidade, e assim, da constatação e da crítica ao desrespeito que a Constituição alemã imperial sofreu sob o manto do conceito de mutação constitucional. A falta de um mecanismo de controle de constitucionalidade no curso do período do Império alemão permitiu que as normas constitucionais perdessem a sua supranormatividade, acabando por serem alteradas por normas legislativas.

Já no pensamento de Jellinek, a recepção da força normativa do fato de Lassalle acaba justificando e servindo para permitir o desenvolvimento de um conceito de mutação constitucional que apenas encobre a dificuldade de compreensão do direito para além de um conjunto de regras e de sua relação com a política. É importante registrar que, nesse período, tem-se ainda a noção de que a Constituição é uma concessão do monarca, tendo ele o papel de protagonista na ordem política e jurídica, legitimado pelo princípio monárquico, agora pela via de uma teoria dos poderes reservados.

Com posterior reformulação e tentativa de sistematização por Heller, Smend, Dau-Lin e Loewenstein, no curso da República de Weimar, o conceito de mutação constitucional é utilizado para propor soluções aos problemas que ainda se davam

dentro e/ou nos limites de uma concepção positivista já em crise e descompromissada com uma função jurisdicional democrática.

A discussão trazida, então, pelo voto do Min. Pertence é importante e ligada a essa fase histórica: ao se lançar mão de um recurso como a mutação constitucional, se está aceitando o “triunfo do fato sobre a norma” e, com isso, correndo o risco de se perder de vista a “força normativa da Constituição”. A utilização da mutação constitucional poderia trazer danos para a supremacia da Constituição e para o próprio Estado de Direito. Logo, o Min. Pertence não coaduna com a solução encontra pelos Ministros Mendes e Grau, pois tal situação acaba em uma inversão de valores.

A partir do Capítulo 3, é possível já concluir que a mutação é o resultado da própria leitura semântica da Constituição. Isto é, a alegação de que é preciso adequar a norma a partir do texto normativo constitucional a uma realidade ainda é uma forma de supervalorização do texto em detrimento da norma e também da própria realidade. Por meio da afirmação de que um tribunal irá proceder a uma mutação constitucional, tenta-se encobrir sua dificuldade em lidar com outro standard normativo, qual seja, a figura dos princípios jurídicos.

Tal situação fica muito clara quando se volta aos momentos históricos nos quais a teoria da mutação constitucional foi pensada: a crise do positivismo na Alemanha. Nesse contexto, a solução realista – autorização de que o Judiciário crie uma norma substitutiva à Constituição – é, na verdade, outra fase do positivismo jurídico, e ainda um apego paradigmaticamente injustificado ao texto normativo constitucional.

Após a reconstrução histórica do conceito de mutação constitucional, procedeu-se à sua desconstrução. A assunção da perspectiva hermenêutica crítica desenvolvida por Dworkin, no Capítulo 4, permitirá a negação da tese da mutação constitucional, e mais, a apresentação de uma solução em substituição. A ideia de interpretação construtiva, possibilitada pela teoria do direito como integridade, é uma via hermenêutica fundamental para a efetivação da integridade do Direito. Além disso, Dworkin apresenta uma concepção de direito que não é redutora da normatividade a um mero conjunto de regras, mas antes, compreende essa normatividade com base, principalmente, na identificação de que os princípios jurídicos existem.

No Capítulo 4, analisa-se o julgamento da ADPF n. 132 como caso paradigmático, no qual o STF fez uso dessa interpretação construtiva. Aqui, o reconhecimento do *status* de família às uniões homoafetivas – bem como toda a proteção constitucional às mesmas – não é resultado de uma mutação constitucional, nem de uma postura ativista do STF. Ao invés disso, os próprios ministros do STF reconhecem unanimemente que a leitura lançada pelo julgado apenas busca colocar à sua melhor luz uma interpretação que já se encontrava originariamente na própria Constituição de 1988, de modo que tal direito é apenas uma derivação de uma leitura conjugada dos princípios da igualdade e da liberdade. O Estado reconhece, assim, o dever de igual tratamento e respeito, bem como a inconstitucionalidade de qualquer interpretação do direito que se apoie em um preconceito. Tal decisão somente se mostrou possível pela superação da compreensão que reduz o direito a um conjunto de regras. Ao invés disso, o entendimento do que significa a dimensão principiológica do direito permitiu ao STF escrever evolutivamente um importante capítulo de nossa história institucional.

Com isso, o conceito de uma mutação constitucional deve ser afastado por não representar a melhor leitura que o próprio direito pode fazer de si. Aliás, é na proposta de adoção de uma interpretação construtiva, fazendo uso dos princípios jurídicos, que o Direito pode cumprir suas próprias ambições. Aqui, ao invés de tratar os fatos como elementos externos e estranhos ao universo jurídico, Dworkin ensina que os fatos também são objeto de interpretação, e que as mudanças interpretativas da aplicação do direito aos moldes de um romance em cadeia, na verdade, não apresenta nada de novo. Como ficou claro no caso da discussão da inconstitucionalidade de discriminação aos homossexuais, a nova interpretação nada tem de original, ela apenas marca o desenvolvimento histórico de um princípio mais geral e mais abstrato que já estava, desde a origem, previsto na própria Constituição.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *We the People. Transformations*. Cambridge: Harvard University, v. 2, 1998.

ALEINIKOFF, T. Alexander. Constitutional law in the age of balancing. *Yale Law Journal*. v. 96, n. 5, abr., 1987. p. 943-1005.

ALEMANHA. LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. Tradução de Assis Mendonça. *Embaixada e Consulados Gerais da Alemanha no Brasil*. Brasília, 2011. Disponível em: <[http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz\\_pt.pdf](http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf)>. Acesso em: 24 jun. 2011.

ALEMANHA. WEIMAR CONSTITUTION. Tradução de A. Ganse. *Zentrale für Unterrichtsmedien*. 2001. Disponível em: <[http://www.zum.de/psm/weimar/weimar\\_vve.php](http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php)>. Acesso em: 24 jun. 2011.

ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. 2. ed. México: Fontamara, 1998.

ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. *Ratio Juris*. v. 16. n. 2. jun., 2003.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997.

ANDOLINA, Ítalo. VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano – corso di lezioni*. Torino: Giappichelli, 1990.

ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. *Modernidade, Tempo e Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão; BIGLIAZZI, Renato. *História Constitucional Inglesa e Norte-Americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: UnB, 2008.

AUSTIN, John L. *Como hacer cosas con palabras: palabras y acciones*. Tradução de Genaro R. Carrió e Eduardo A. Rabossi. Barcelona: Paidós, 1971. (Paidós Studio, n. 22).

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ*. Curitiba: Juruá, 2009.

BALDERSTON, Theo. *Economics and Politics in the Weimar Republic*. Cambridge: Cambridge University, 2002. [New Studies in Economic and Social History].

BAPTISTA, N. Doreste. *Da argüição de relevância no recurso extraordinário: comentários à Emenda Regimental n. 3, de 12-6-1975, do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

BARASH, Jeffrey Andrew. Fascisme et crise du droit dans la perspective de Hermann Heller. In: KERVÉGAN, Jean-François. *Crise et pensée de la crise em droit: Weimar, as republique e et ses juristes*. Lyon: ENS, 2002. [Theoria]. p.113-148.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 4. t. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BENTOVOLIO, Julio. A história conceitual de Reinhart Koselleck. *Dimensões: Revista de História da UFES*, Vitória, v. 24, 2010. p.114-134.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de Exceção Permanente: a atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

BERNSTEIN, Richard J. The Constellation of Hermeneutics, Critical Theory and Deconstruction. DOSTAL, Robert. J. (Coord.). *The Cambridge Companion to Gadamer*. Cambridge: Cambridge University, 2002. p.267-282.

BETTI, Emilio. *Teoria Generale della interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1995.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.

BISCARETTI DI RUFFÌA, Paolo. *Introducción al derecho constitucional comparado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.



BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. Lei n. 5.869. *Diário Oficial da União*. Brasília, 11 de janeiro de 1973.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. *Diário Oficial da União*. Brasília, 5 de outubro de 1988.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 20 de outubro de 1967.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1946.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 16 de junho de 1934.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 1891.

BRASIL. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 3. *Diário Oficial da União*. Brasília, 17 de março de 1993.

BRASIL. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45. *Diário Oficial da União*. Brasília, 8 de dezembro de 2004.

BRASIL. Lei n. 11.418. *Diário Oficial da União*. Brasília, 20 de dezembro de 2006.

BRASIL. Lei n. 11.464. *Diário Oficial da União*. Brasília, 29 de março de 2007.

BRASIL. Lei n. 8.072. *Diário Oficial da União*. Brasília, 26 de julho de 1990.

BRASIL. Lei n. 9.868. *Diário Oficial da União*. Brasília, 11 de novembro de 1999.

BRASIL. Lei n. 9.882. *Diário Oficial da União*. Brasília, 06 de dezembro de 1999.

BRASIL. Regimento Interno do Senado Federal: Resolução n. 93/70. *Diário Oficial da União*. Brasília, 01 de fevereiro de 2007.

BRASIL. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial da União*. Brasília, 27 de outubro de 1980. [Atualizado até dezembro de 2010].

BORK, Robert. The judge`s role in Law and Culture. *Ave Maria Law Review*. n. 19. 2003. p.19-29.

BORK, Robert. Neutral Principles and some First Amendment Problems. *Indiana Law Journal*, v. 47. 1971. p.1-35.

BORK, Robert. The Constitution, Original Intent, and Economic Rights. *San Diego Law Review*. n. 823. 1986.p.823-832.

BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, v. 13. n. 50, abr./jun., 1976. p.55-64.

BRUNNER, Otto. *Land and lordship: structures of governance in Medieval Austria*. Philadelphia: University of Pennsylvania, 1992.

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

CAENAGEM, R. C. van. *Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental*. Tradução de Alexandre Vaz Pereira. Lisboa: Caloutre Gulbenkian, 1996.

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

CALSAMIGLIA, Albert. El Concepto de Integridad en Dworkin. *Doxa*. n.12. a. 1992. p.155-176.

CAMARGO, Margarida Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. [Biblioteca de Teses].

CAMARGO, Margarida Lacombe. O Pragmatismo no Supremo Tribunal Federal. In: SOUZA NETO, Cláudio P.; SARMENTO, Daniel; BINENBOJN, Gustavo (Coords.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.363-385.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed., Coimbra: Almedina, 1997.

CARVALHO, Renan Flumian. *Qual é o conceito de mutação constitucional para os ministros do STF?* 2009. Monografia. Escola de Formação, Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia. *Revista brasileira de estudos políticos*. Belo Horizonte. n. 88. dez.,2003. p.81-108.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos Pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte: Mandamentos. v.3. mai.,1999. p.473-486.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Constitucionalismo e História do Direito*. Belo Horizonte: Pergamum, 2011.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Ronald Dworkin: De que maneira o direito se assemelha à literatura? *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 10, n. 19, 1. sem. 2007. p.91-117.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; QUINAUD PEDRON, Flávio. O que é uma decisão judicial fundamentada? Reflexões para uma perspectiva democrática do exercício da jurisdição no contexto da reforma do processo civil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. (Org.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p.119-152.

CHIGNOLA, Sandro. Temporalizar la historia. Sobre la *Historik* de Reinhart Koselleck. Isegoría. *Revista de Filosofía Moral y Política*, Madrid, n. 37, jul./dic. 2007. p.11-33.

CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n. 91. *REVISTA DIREITO GV, SÃO PAULO*, n.5, v. 1., p. 045-066, jan/jun de 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CLÉVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica*. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU/Edusp, 1973.

COSTA, Pietro. Em busca de textos jurídicos: Quais textos para qual historiador?. Tradução de Walter Guandalini Jr. In: COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: ensaios de História do Pensamento Jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010. [Biblioteca de História do Direito]. p.43-62.

COSTA, Pietro. História do Direito: imagens comparativas. Tradução de Alexander Rodrigues de Castro. In: COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: ensaios de História do Pensamento Jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010. [Biblioteca de História do Direito]. p.17-42.

COSTA, Pietro. Pra que serve a História do Direito? Um humilde elogio da inutilidade. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. In: COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: ensaios de História do Pensamento Jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010. [Biblioteca de História do Direito]. p.63-78.

D'AGOSTINI, Franca. *Analíticos e Continentais: guia à filosofia dos últimos trinta anos*. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 2003. (Idéias, n. 4).

DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Tradução de Pablo Lucas Verdú e Cristian Förster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the constitution*. 6. ed. London: Macmillan, 1915.

DILTHEY, Wilhelm. *Dos escritos sobre hermenêutica: el surgimiento de la hermenêutica y los esbozos para una crítica de la razón histórica*. Tradução de Antonio Gómez Ramos. Madrid: Istmo, 2000.

DILTHEY, Wilhelm. *Hermeneutics and the Study of History*. Tradução de Rudolf Makkreel e Frithoj Rodi. Princeton: Princeton University Press, 1996. v. 4.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Processo Civil Empresarial*. São Paulo: Malheiros, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Tradução de Jefferon Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. [Direito e Justiça].

DWORKIN, Ronald. Hart's Postscript and the character of Political Philosophy. *Oxford Journal of Legal Studies*. Oxford: Oxford University. v. 24. n. 1. 2004. p.1-37.

DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: teoria e prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005b.

DWORKIN, Ronald. A Conferência McCorckle de 1984: As Ambições do Direito para si próprio. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 4, n. 8, p. 9-31, jul./dez. de 2007.

DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Harvard: Harvard University, 2011.

DWORKIN, Ronald. Law's Ambitions for Itself. *Virginia Law Review*. v. 71. n. 2. mar.,1985. p.173-187.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. [Direito e Justiça].

DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. [Direito e Justiça]

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. [Direito e Justiça].

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 2. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. [Direito e Justiça].

DYZENHAUS, David. Hermann Heller: Introduction. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (Org.). *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Tradução de Belinda Cooper. Berkeley/London: University of California, 2002. p.249-256.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The United States Constitution. *US Constitution On-Line*. Disponível em: <<http://www.usconstitution.net/const.html>>. Acesso em: 04 jul. 2011.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8. ed. Padova: CEDAM, 1996.

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

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Saraiva: 2001.

GADAMER, Hans-Georg. A hermenêutica e a escola de Dilthey. In: GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva – v. II: a virada hermenêutica*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007. p.155-184.

GADAMER, Hans-Georg. Histórica y Lenguaje: una respuesta. In: KOSELLECK, Reinhart. GADAMER, Hans-Georg. *Historia y hermenéutica*. Tradução de Faustino Oncina. Barcelona: Paidós, 1997. p.[Pensamiento Contemporáneo – 43].

GADAMER, Hans-Georg; FRUCHON, Pierre (Org.). *O problema da consciência histórica*. 2. ed. Tradução de Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. Sobre a mudança nas ciências do espírito (ciências humanas). In: GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva – v. II: a virada hermenêutica*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007. p.145-153.

GADAMER, Hans-Georg. Subjetividade e intersubjetividade, sujeito e pessoa. In: GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva – v. II: a virada hermenêutica*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007. p.9-27.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Fundamentos de uma hermenêutica filosófica*. 7 ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, Vozes, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Fundamentos de uma hermenêutica filosófica*. 3 ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, Vozes, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II: complementos e índice*. 2 ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, Vozes, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. La diversidad de las lenguas y la comprensión del mundo. In: KOSELLECK, Reinhart. GADAMER, Hans-Georg. *Historia y hermenéutica*. Tradução de Faustino Oncina. Barcelona: Paidós, 1997. p.107-125. [Pensamiento Contemporáneo – 43].

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. Karl Loewenstein “In Memoriam”. In: LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1979. p.1-15.

GARCÍA ROCA, F. Javier. Sobre la Teoría Constitucional de Rudolf Smend. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. n. 59. Madrid. Ene./Mar, 1988. p. 269-276.

GÓMEZ RAMOS, Antonio. Koselleck y la *Begriffsgeschichte*: cuando el lenguaje se corta con la historia. In: KOSELLECK, Reinhart. *historia/História*. Tradução de Antonio Gómez Ramos. Madrid: Minima Trotta, 2004. p.9-23.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

GRAU, Eros Roberto. Apresentação. In: SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.ix-xiv. [Del Rey Internacional, n. 2].

GRONDIN, Jean. Gadamer's Basic Understanding of Understanding. DOSTAL, Robert. J. (Coord.). *The Cambridge Companion to Gadamer*. Cambridge: Cambridge University, 2002. p. 36-51.

GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999. [Coleção Focus].

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. [Teoria e Filosofia do Direito].

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para uma interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *A Lógica das Ciências Sociais*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2009. [Coleção Textos Filosóficos].

HABERMAS, Jürgen. Hans Georg Gadamer: urbanización de la provincia heideggeriana. In: Habermas, Jürgen. *Perfiles filosófico-políticos*. Tradução de Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1975. p.346-354.

HABERMAS, Jürgen. *La Lógica de las Ciencias Sociales*. Tradução de Jiménez Redondo. Madrid: Tecnos, 1988.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987. 2 v. (Tomo I: Racionalidad de la acción y racionalización social; Tomo II: Crítica de la razón funcionalista).

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. 2. ed. Tradução de A. Ribeiro Mandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2006.

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

HELLER, Hermann. The Essence and Structure of the State. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (Org.). *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Tradução de Belinda Cooper. Berkeley/London: University of California, 2002. p.265-279.



HELLER, Hermann. Political Democracy and Social Homogeneity. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (Org.). *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Tradução de Belinda Cooper. Berkeley/London: University of California, 2002. p.256-265.

HERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *Hermenéutica Jurídica: en torno a la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1992.

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

HESSE, Konrad. Constituição e Direito Constitucional. In: HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.1-22.

HESSE, Konrad. Constituição e Peculiaridade da Constituição. In: HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.73-100.

HESSE, Konrad. Limites da Mutação Constitucional. In: HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.147-171.

HIRSCH, Burkhard. Os direitos fundamentais da Constituição alemã. In: CARNEIRO, José Mário Brasiliense; FERREIRA, Ivette Senise. *50 Anos da Lei fundamental*. Edusp, 2001. p.21-31.

HOBSBAWN, Eric. Introdução: A invenção das Tradições. In: HOBSBAWN, Eric; RANGER, Terence (Org.). *A invenção das tradições*. Tradução de Celina Cardim Cavalcante. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. p.9-23.

JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard. Constitutional Crisis: The German and the American Experience. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (Org.). *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Tradução de Belinda Cooper. Berkeley/London: University of California, 2002. p.1-39.

JASMIN, Marcelo. História dos Conceitos e Teoria Política e Social. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 20, n. 57, fev./2005. p. 27-38.

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

JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Tradução de Fernando de los Ríos. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. [Política y Derecho].

JOUANJAN, Olivier. Présentation. In: JOUANJAN, Olivier (Org.). *Figures de l'État de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*. Strasbourg: Press Universitaires de Strasbourg, 2001.

JOUANJAN, Olivier. Um positivista dans la crise: Richard Thoma. In: KERVÉGAN, Jean-François (Org.). *Crise et pensée de la crise en droit. Weimar, sa république et ses juristes*. Lyon: ENS, 2002.

JOUANJAN, Olivier. *Une Histoire de la Pensée Juridique em Allemagne (1800-1918): Idéaçlisme et Conceptualismo chez les Juristes Allemands du XIX<sup>e</sup> Siècle*. Paris: PUF, 2005.

KANT, Immanuel. *Sobre la Paz Perpetua*. 6. ed. Tradução de Joaquín Abellan. Madrid: Tecnos, 1998.

KELLY, Duncan. *The State of the Political: conceptions of politics and the State in the thought of Max Weber, Carl Schmitt and Franz Neumann*. Oxford: Oxford University, 2003.

KELSEN, Hans. *O Estado como Integração: um confronto de princípios*. Tradução de Plínio Fernandes Toledo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. [Direito e Justiça].

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. [Direito e Justiça].

KIRSCHNER, T. B. A reflexão conceitual na prática historiográfica. *Textos de História*, v.15, n.1/2, 2007.

KORIOTH, Stefan. Rudolf Smend: Introduction. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (Org.). *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Tradução de Belinda Cooper. Berkeley/London: University of California, 2002. p.207-213.

KOSELLECK, Reinhart. *Aceleración, prognosis y secularización*. Tradução de Faustino Oncina Coves. Valencia: Pre-Textos, 2003.

KOSELLECK, Reinhart. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. Tradução de Manoel Luis Salgado Guimarães. *Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, 1992. p.1-12.

KOSELLECK, Reinhart. «Espacio de experiencia» y «Horizonte de expectativa», dos categorías históricas. In: KOSELLECK, Reinhart. *Futuro Pasado: para una semántica de los tiempos históricos*. Tradução de Norberto Smilg. Barcelona: Paidós, 1993. p.333-357.

KOSELLECK, Reinhart. *história/História*. Tradução de Antonio Gómez Ramos. Madrid: Minima Trotta, 2004.

KOSELLECK, Reinhart. Histórica y Hermenéutica. In: KOSELLECK, Reinhart. GADAMER, Hans-Georg. *Historia y hermenéutica*. Tradução de Faustino Oncina. Barcelona: Paidós, 1997. p.65-94. [Pensamiento Contemporáneo – 43].

KOSELLECK, Reinhart. *Los estratos del tiempo: estudios sobre la historia*. Tradução de Daniel Innerarity. Barcelona: Paidós, 2001.

KOSELLECK, Reinhart. Linguistic Change and the History of Events. *The Journal of Modern History*, Chicago, v. 61, n. 4, Dec., 1989. p. 649-666.

KOSELLECK, Reinhart. *The Practice of Conceptual History: timing history, spacing concepts*. Tradução de Todd Samuel (Org.). Stanford: Stanford University, 2002. [Cultural Memory in the Present].

KOZICK, Kátia. *Conflito e estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do Direito com a democracia nas sociedades contemporâneas*. 2000. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

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

KUSH, Martin. *Linguagem como cálculo versus linguagem como meio universal: um estudo sobre Husserl, Heidegger e Gadamer*. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: UNISINOS, 2001. (Coleção Idéias).

LABAND, Paul. *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, v. II. Tradução de G. Gandilhon. Paris: Giard & Brière, 1901.

LABAND, Paul. *Il diritto del bilancio*. Tradução de Clemente Forte. Milano: Giuffrè, 2007.

LAGES, Cíntia Garabini. A proposta de Ronald Dworkin em “O Império do Direito”. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte: PUC Minas. v. 4. n. 7 e 8, jan./jun. 2001. p.36-49.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Tradução de Aurélio Wander Bastos. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LIPKIN, Robert Justin. *Constitutional Revolutions: the Pragmatism and the Role of Judicial Review in American Constitutionalism*. Durham: Duke University, 2000.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.

LOEWENSTEIN, Karl. Réflexions sur la valeur des Constitutions dans une époque révolutionnaire: Esquisse d'une ontologie des Constitutions. *Revue Française de Science Politique*. Paris, v. II, n. 2, jan./mar. 1952. p. 5-23.

LÓPES CADENA, Carlos Alberto. *Mutación de los Derechos Fundamentales por la Interpretación de la Corte Constitucional Colombiana: Concepto, Justificación y Límites*. 2007. Tese (Doutorado em Direitos Humanos) - Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III, Madrid.

MADEIRA, Daniela Pereira. A força da jurisprudência. In: FUX, Luiz (Coord.) *O Novo Processo Civil Brasileiro: direito em expectativa – reflexões acerca do Projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense: 2011. p.526-578.

MAIA, Paulo Sávio Peixoto. A “Luta pelo Método” na República de Weimar. *Revista CEJ*, Brasília, a. XIV, n. 49. abr./jun. 2010. p. 51-58.

MARRAFON, Marco Aurélio. A questão da consciência histórica na obra “Verdade e Método” e suas implicações na (teoria da) decisão judicial. In: STEIN, Ernildo ; STRECK, Lenio (Org.). *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 73-89.

MARRAMAO, Giacomo. *Poder e Secularização: as categorias do tempo*. Tradução de Guilherme Alberto Gomes de Andrade. São Paulo: UNESP, 1995.

MATTOS, Ana Letícia Queiroga. *Amicus Curiae*. Belo Horizonte: Arraes, 2010.

MAUÉS, Antonio Moreira. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil como um sistema plural. *Pensar*. Fortaleza, v. 15, n. 2, jul./dez., 2010. p.356-384.

MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade: a jurisdição na “sociedade órfã de pai”. In: MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.15-40.

MCCARTHY, Thomas. *Ideales e Ilusiones: reconstrucción y deconstrucción en la Teoría Crítica contemporánea*. Tradução de Ángel Rivero Rodríguez. Madrid: Tecnos, 1992.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. A reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal. In: TAVARES, André Ramos (Coord.). *Justiça Constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.267-300

MENDES, Gilmar Ferreira. A eficácia das decisões de inconstitucionalidade – 15 anos de experiência. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Quinze Anos de Constituição: História e vicissitudes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004a. p.203-208.

MENDES, Gilmar Ferreira. Legitimidade e Perspectiva do Controle Concentrado de Constitucionalidade no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e Desafios da Constituição: Perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004b. p.257-268.

MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008. [Professor Gilmar Mendes, n. 9].

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 2. ed. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. [Paideia].

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 2. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NERY JR., Nelson. Anotações sobre mutação constitucional – alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e *Verfassungsstaat*. In: LEITE, Georg Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2009. p.79-109.

NUNES, Dierle José Coelho. *O recurso como possibilidade jurídico-discursiva das garantias do contraditório e da ampla defesa*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Larissa Pinha de. *Parâmetros hermenêuticos da mutação constitucional*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001. 427p.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Hermenêutica e Ciência Jurídica: gênese conceitual e distanciamento temporal. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (Org.). *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 41-57.

ONCINA COVES, Faustino. La modernidad velociferina e el conjuro de la secularización. In: KOSELLECK, Reinhart. *Aceleración, prognosis y secularización*. Tradução de Faustino Oncina Coves. Valencia: Pre-Textos, 2003. p.11-33.

PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1986.

PALONEN, Kari. Tempos da política e temporalização conceitual: um novo programa para a história conceitual. In: FERES JR, João. JASMIN, Marcelo (Org.). *História dos Conceitos: diálogos transatlânticos*. Rio de Janeiro: Loyola, 2007. p.31-43.

PALTI, Elías José. Introducción. In: KOSELLECK, Reinhart. *Los estratos del tiempo: estudios sobre la historia*. Tradução de Daniel Innerarity. Barcelona: Paidós, 2001. p.9-32.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Teoria da Mutação Constitucional: limites e possibilidade das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização*. 2009. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

PEREIRA, Luísa Rauter. *A História e o "Diálogo que somos": A Historiografia de Reinhart Koselleck e a Hermenêutica de Hans-Georg Gadamer*. 2004. Dissertação (Mestrado em História Social da Cultura) – Departamento de História, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

POCOCK, J. G. A. *Linguagens do ideário político*. Tradução de Fábio Fernandez. São Paulo: USP, 2003.

POCOCK, J. G. A. *Politics, Language and Time: essays on Political Thought and History*. Chicago: University of Chicago Press, 1989.

POSNER, Richard. Legal Reasoning From the Top Down and From the Bottom Up: The Question of Unenumerated Constitutional Rights. *The University of Chicago Law Review*, v. 59, n. 1, The Bill of Rights in the Welfare State: A Bicentennial Symposium. 1992. p. 433-450.

QUINAUD PEDRON, Flávio Barbosa. *Uma proposta de compreensão procedimental do requisito de transcendência/ repercussão geral no juízo de admissibilidade dos recursos destinados aos tribunais superiores a partir da tese do Direito como integridade de Dworkin e da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia de Habermas*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

REIS, José Carlos. *Wilhelm Dilthey e a autonomia das ciências histórico-sociais*. Londrina: Eduel, 2003. (Biblioteca Universitária).

RIO DE JANEIRO. Decreto-Lei n. 220 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Direito de Janeiro). *Diário Oficial do Estado*. Rio de Janeiro, 21 de setembro de 1975.

RÍOS, Fernando de los. Prólogo del Traductor. In: JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Tradução de Fernando de los Ríos. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p.13-52. [Política y Derecho].

RODRIGUES, Sandra Martinho. *A Interpretação Jurídica no Pensamento de Ronald Dworkin: uma abordagem*. Coimbra: Almedina, 2005.

ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica Filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. São Leopoldo: Unisinos, 2002. [Coleção Idéias].

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica Filosófica e Aplicação do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.



SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias e o mito do legislador negativo. In: Souza Cruz, Álvaro Ricardo de; SAMPAIO, José Adércio Leite (Orgs.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p.159-194.

SANCHEZ URRUTIA, Ana Victoria. La Fuerza de La Constitución y La Constitución de La Fuerza. *Revista Española de Derecho Constitucional*. a. 13, n. 37, ene./abr., 1993. p.313-325.

SANCHEZ URRUTIA, Ana Victoria. Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de La Constitución: una aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*. a. 20, n. 85, ene./abr., 2000. p.105-135.

SANTOS PÉREZ, Maria Lourdes. Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 26, 2003. p.5-93.

SARTÓRIO, Elvio Ferreira; JORGE, Flávio Cheim. O recurso extraordinário e a demonstração da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR., Luiz Manoel. FISCHER, Octavio Campos. FERREIRA, Willian Santos (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.181-189.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodologia Jurídica*. Tradução de Hebe Marenco. Campinas: Edicamp, 2001.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica e Crítica*. Tradução de Aloísio Ruedell. Ijuí: UNIJUI, v. 1., 2005. (Filosofia, n. 7).

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. 6. ed. Tradução de Celso Reni Braidá. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008. (Coleção Pensamento Humano).

SCHLINK, Bernhard. Hercules in Germany? I.CON, v. 1. n. 4, 2003. p.610-620.

SCHMITT, Carl. El Concepto de lo "Político". In: ORESTES AGUILAR, Héctor (Org.). *Carl Schmitt, Teólogo de la Política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p. 167-223. [Colec. Política y Derecho].

SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. [Del Rey Internacional, n. 2].

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SMEND, Rudolf. Constitution and Constitutional Law. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (Org.). *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Tradução de Belinda Cooper. Berkeley/London: University of California, 2002. p.213-248.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. Privilégio de foro e improbidade administrativa. In: SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de (Coord.). *O Supremo Tribunal Federal Revisitado: o ano judiciário de 2002*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p.17-65.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de; SOUZA, Débora Cardoso de. Os riscos para a democracia de uma compreensão indevida das inovações no controle de constitucionalidade. In: SOUZA NETO, Cláudio P.; SARMENTO, Daniel; Binenbojn, Gustavo (Coords.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.3-86.

STEIN, Ernildo, *Seminário sobre a verdade: lições preliminares sobre o artigo 44 de Sein und Zeit*. Petrópolis: Vozes, 1993.

STEIN, Ernildo. Gadamer e a consumação da hermenêutica. In: STEIN, Ernildo ; STRECK, Lenio (org.). *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 9-23.

STOLLEIS, Michael. *A History of Public Law in German: 1800-1914*. Oxford: Berghen Books, 2001.

STOLLEIS, Michael. *A History of Public Law in German: 1914-1945*. Oxford: Oxford University, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio 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. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10253>>. Acesso em: 21 fev. 2011. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. [Coleção O que é Isto? – v.I].

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e Decisão Jurídica: questões epistemológicas. In: STEIN, Ernildo ; STRECK, Lenio (org.). *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a. p. 153-171.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011c.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGR RE n. 450.504-5 / MG. Rel. Min. Carlos Britto, Brasília, 21 de novembro de 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 82.959-7 / SP. Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, 1º de setembro de 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 94.695-0 / RS. Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, 23 de setembro de 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS n. 16.512 / DF. Rel. Min. Oswaldo Trigueiro. Brasília, 31 de agosto de 1966.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS n. 26.602 / DF. Rel. Min. Eros Grau, Brasília, 4 de outubro de 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS n. 26.603 / DF. Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, 4 de outubro de 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS n. 26.604 / DF. Rel. Min. Cármen Lúcia, Brasília, 4 de outubro de 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. QO HC n. 86.009-5 / DF. Rel. Min. Carlos Britto, Brasília, 29 de agosto de 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rcl. n. 4.335 / AC. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 de agosto de 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rcl. n. 7.336 / SP. Rel. Min. Carlos Britto, Brasília, 12 de dezembro de 2008.

TAVARES, André Ramos. Recurso Extraordinário: modificações, perspectivas e propostas. In: RIBEIRO COSTA, Hélio Rubens Batista. REZENDE RIBEIRO, José Horácio Halfeld. DINAMARCO, Pedro da Silva (Coords.). *Linhas mestras do Processo Civil*: comemoração dos 30 anos de vigência do CPC. São Paulo: Atlas, 2004. p.38-63.

TRIEPEL, Heinrich. Law on the State and Politics. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (Org.). *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Tradução de Belinda Cooper. Berkeley/London: California Press, 2002. p.176-188.

TRINDADE, André Karam. 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 em Direito Público) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo.

VECCHI, Cristiano Brandão. *A mutação constitucional: uma abordagem alemã*. 2005. Dissertação (Mestrado em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. O STF e a união estável homoafetiva. Resposta aos críticos, primeiras impressões, agradecimentos e a consagração da homoafetividade no Direito das Famílias. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2870, 11 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19086>>. Acesso em: 3 jul. 2011.

VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de Derecho Político*. Madrid: Tecnos, 1984. v. VI.

VERDÚ, Pablo Lucas. Estudios Preliminar. In: JELLINECK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Tradução de Christian Förter. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p.xi-lxxix.

VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento Constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como um modo de integração política*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A essência da Constituição no pensamento de Lassalle e de Konrad Hesse. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 35, n. 139, jul./set. 1998. p.71-81.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIEIRA, Renato Stanzola. *Jurisdição Constitucional Brasileira e os Limites de sua Legitimidade Democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

WEITZ, Eric D. *Weimar Germany: promise and Tragedy*. Princeton: Princeton University, 2007.