

FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL

ADRIANA INOMATA

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A DEFESA DA FORÇA NORMATIVA DA  
CONSTITUIÇÃO: UM ESTUDO NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO  
MODERNO E DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO.

CURITIBA

2012

ADRIANA INOMATA

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A DEFESA DA FORÇA NORMATIVA DA  
CONSTITUIÇÃO: UM ESTUDO NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO  
MODERNO E DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO.

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* (Mestrado) em Direitos Fundamentais e Democracia, Faculdades Integradas do Brasil, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier.

CURITIBA  
2012

## TERMO DE APROVAÇÃO

ADRIANA INOMATA

### MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A DEFESA DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO: UM ESTUDO NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO E DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO.

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre no curso de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado) da Faculdades Integradas do Brasil (UniBrasil), pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier  
Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil

Membros: Prof. Dr. Gerardo Pisarello  
Universidade de Buenos Aires - UBA

Prof. Dr. Philip Gil França  
Pontifícia Universidade do Rio Grande do Sul - PUCRS

Profa. Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barbosa  
Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil

Curitiba, 02 de agosto de 2012.

Aqueles que fizeram com que todo esforço, sofrimento e tempo dedicados a este trabalho fossem amenizados com palavras e gestos de amor, compreensão e cumplicidade: Rafael e Yasmin.

## AGRADECIMENTOS

Início meus agradecimentos com, na verdade, um desabafo. Conforme as sábias palavras de minha querida colega e professora Claudia Regina Moreira: “a gente não termina a dissertação, a gente desiste”. Eu desisti. Desisti com a certeza de que sempre haverá muito a se fazer, e que o trabalho nunca restará acabado.

Porém, reconheço que muitos não desistiram de mim. Estes merecem muito mais do que minhas sinceras palavras, merecem meu carinho e minha gratidão eterna.

Primeiramente, agradeço às pessoas mais importantes de minha vida, aquelas que fazem tudo valer a pena: meu companheiro Rafael e minha amada filha Yasmin. Agradeço a paciência e a compreensão pelos finais de semana de afastamento, pelas noites mal dormidas e o conseqüente mau humor, enfim, por estarem ao meu lado sempre e com muita ternura e muita maturidade.

Agradeço aos meus poucos, mas valiosos amigos, que sempre me incentivaram e acreditaram em mim muito mais do que eu mesma. À Safira Orçatto Merelles do Prado, minha irmã de alma que durante esses últimos dez anos sempre esteve ao meu lado, muitas vezes me carregando, nos momentos em que mais precisei. À Joelma Cavalheiro, pelo incentivo, pela paciência em me ouvir e me ajudar e, como não poderia esquecer, pelas ótimas risadas compartilhadas. À Gisele Echterhoff pela amizade sincera e acolhedora. À Daniela Musskopf pela amizade e companheirismo acadêmico de anos. À Carolina de Freitas Paladino, pela amizade, pelo incentivo, pela orientação acadêmica e pela preciosa ajuda no empréstimo de livros na PUC/RS. Enfim, a todos aqueles que me ajudaram com suas palavras de conforto e ânimo.

Agradeço às queridas secretárias do Mestrado da UniBrasil, Jacira Silva e Rafaela Abreu por todos os “galhos quebrados”.

Agradeço também à profa. Carol Proner, pelo trato sempre humano e amável.

Enfim, agradeço aos professores do Mestrado em Direito da UniBrasil, pelo ótimo, produtivo e engrandecedor convívio, por todos, à profa. Estefânia Barbosa, pelas belas contribuições em suas aulas, por todas as orientações no corredor e pelas palavras de conforto; à Profa. Eneida Desiree Salgado, por todas as orientações e, por último, um especial agradecimento ao meu querido orientador prof. Paulo Ricardo Schier, a quem cabe a culpa por hoje eu ser uma professora apaixonada pelo Direito Constitucional. Humano, inteligente, dedicado e acessível.

## RESUMO

As constituições tem pretensão de permanência, mas ao mesmo tempo não podem pretender ser eternas, uma vez que, como um organismo vivo, estão em constante transformação, devido a interação com a realidade. Classicamente, as constituições escritas podem ser atualizadas de duas formas: via um procedimento formal e solene ou via um processo informal, conceituado como mutação constitucional por representar as mudanças no conteúdo da Constituição sem alterar o texto. As mutações constitucionais já foram identificadas, pela doutrina alemã, desde a vigência da Constituição do Império alemão de 1871. Inicialmente, as mutações foram justificadas pela força incontrastável dos fatos, não havendo, portanto, limites a essas mudanças. O presente trabalho tem como objetivo principal a análise das teorias alemãs que se formaram no final do século XIX e desenvolveram-se no decorrer do século XX, dando atenção à questão referente à força normativa da Constituição. A existência de limites às mutações constitucionais importa na defesa da supremacia da Constituição, do compromisso com sua realização. Deste modo, o estudo sobre as mutações ganha relevo no atual contexto do constitucionalismo, caracterizado por constituições com amplo rol de princípios e de direitos fundamentais; pela abertura do Direito para a moral; pela forte atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais; e pela constitucionalização do direito.

Palavras-chave: Mutações constitucionais. Constitucionalismo. Força normativa da Constituição.

## RESUMEN

Las constituciones tienen intención de quedarse, pero al mismo tiempo, no pueden pretender ser eterno, ya que, como un organismo vivo está en constante cambio debido a la interacción con la realidad. Clásicamente, las constituciones escritas se pueden actualizar de dos formas: a través de un proceso formal y solemne o informal, conceptualizado como una mutación constitucional para representar los cambios en el contenido de la Constitución, sin alterar el texto. Las mutaciones constitucionales han sido identificadas por la doctrina alemana, ya que la vigencia de la Constitución del Imperio Alemán en 1871. Inicialmente, los cambios se justifican por la fuerza de los hechos irrefutables, sin embargo, límites a estos cambios. El presente trabajo tiene como principal objetivo el análisis de las teorías alemanas que se formaron en el siglo XIX y desarrolladas durante el siglo XX, prestando especial atención a la cuestión de la fuerza normativa de la Constitución. La existencia de límites a las mutaciones de los asuntos constitucionales en la defensa de la supremacía de la Constitución el compromiso de su realización. Así, el estudio de las mutaciones se vuelve relevante en el contexto actual del constitucionalismo, que se caracteriza por las constituciones con extensa lista de principios y derechos fundamentales, mediante la apertura a la ley moral, por el fuerte desempeño de la judicatura en la aplicación de los derechos fundamentales, y constitucionalización del derecho.

Palabras clave: Mutación constitucional. El constitucionalismo. La fuerza normativa de la Constitución.

## **LISTA DE SIGLAS**

CF/88 – Constituição Federal de 1988

STF – Supremo Tribunal Federal

UERJ – Universidade Estadual do Rio de Janeiro

USP – Universidade de São Paulo

## LISTA DE ABREVIATURAS

Art. - artigo  
Ed. – edição  
Cf.– conforme  
Ibid. – ibidem  
Id. – idem  
Rev. – revista  
Atual. - atualizada  
Séc. – século  
V. – ver  
Vol. – volume  
p. – página

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>2. ANTECEDENTES AO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: CONSTITUCIONALISMO MODERNO, ESTADO DE DIREITO E POSITIVISMO JURÍDICO</b> .....	<b>14</b>
2.1 Constitucionalismo Moderno .....	15
2.2 Paradigma do Estado de Direito.....	31
2.3 Positivismo Jurídico Normativista .....	39
<b>3. CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO</b> .....	<b>56</b>
3.1 PONTO DE PARTIDA: UMA NOÇÃO INICIAL DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO .....	57
3.2 MARCOS HISTÓRICOS PARA A FORMAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO .....	59
3.3 CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO ENQUANTO PARADIGMA DE ESTADO E DE DIREITO .....	62
3.3.1 Constitucionalismo enquanto proposta de um novo paradigma de Estado: o Estado constitucional .....	63
3.3.2 Constitucionalismo contemporâneo enquanto proposta de um novo paradigma de Direito: características .....	69
<b>4. PROCESSO INFORMAL DE MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO: A DOUTRINA TRADICIONAL SOBRE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL</b> .....	<b>75</b>
4.1 PODER CONSTITUINTE: CONCEITO, FORMAS DE MANIFESTAÇÃO, REFORMA CONSTITUCIONAL E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL .....	75
4.2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: A “VELHA” DOUTRINA ALEMÃ .....	92
<b>5. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A DEFESA DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO</b> .....	<b>119</b>
5.1 CONDICIONAMENTO RECÍPROCO ENTRE CONSTITUIÇÃO E REALIDADE: HELLER E HESSE.....	120
5.2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: SISTEMATIZAÇÃO PELA DOUTRINA BRASILEIRA .....	166
<b>6. CONCLUSÃO</b> .....	<b>192</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>196</b>

## 1. INTRODUÇÃO

As mutações constitucionais, consideradas como as alterações no conteúdo da Constituição que não observam um procedimento previamente regulado, ou seja, que não alteram o texto, representam a possibilidade de, nas constituições escritas e rígidas, como é o caso da atual Constituição brasileira, uma atualização constante do Direito Constitucional.

O fenômeno das mutações reflete, assim, o diálogo do Direito com a realidade, através do qual se mantém uma relação de tensão e de complementariedade.

No atual panorama do constitucionalismo, o qual tem como marcos as constituições do pós-guerra, a problemática das mutações constitucionais ganha relevo. Isso porque esse contexto possui características que potencializam as mudanças informais na Constituição. Tais características podem ser resumidas da seguinte forma: a defesa da supremacia da Constituição, tanto em sentido formal como material; o caráter aberto das normas constitucionais; a abertura do Direito para a moral; a presença de um amplo catálogo de direitos fundamentais; a forte atuação do Poder Judiciário na concretização da Constituição; e a consequente constitucionalização do Direito.

Diante desse (novo) momento do Direito constitucional, surge a preocupação com relação à definição, e, conseqüentemente, à determinação dos limites dessas mudanças, tendo em vista a preservação da força normativa da Constituição e o perigo constante de corrosão da Constituição através das mudanças não reguladas pelo próprio texto constitucional.

A doutrina das mutações constitucionais, como se verificará no desenvolvimento do presente trabalho, formou-se no contexto da Alemanha, já nos fins do século XIX, especificamente sob a vigência da Constituição do Império Alemão de 1871. Portanto, a doutrina tradicional das mutações foi elaborada no contexto anterior à formação do constitucionalismo contemporâneo, ou seja, foi elaborada no contexto do constitucionalismo moderno, o que influenciará de forma determinante no próprio conceito de mutação e na identificação de seus limites.

O presente trabalho busca tratar da problemática da mutação constitucional tendo em vista a garantia da força normativa da Constituição. Ou seja, no contexto

de um condicionamento recíproco entre realidade e texto constitucional, a opção por um determinado conceito de mutação pode determinar a própria “quebra” da Constituição, ou seja, a perda de sua força normativa.

Para tanto, o segundo e o terceiro capítulo buscarão contextualizar e caracterizar o constitucionalismo moderno e o constitucionalismo contemporâneo, a fim de se visualizar qual o papel da Constituição nesses contextos, e, por conseguinte, localizar o tema das mutações nesses diferentes panoramas. Esse delineamento contextual faz-se necessário na medida esse estudo fornecerá subsídios para um debate sobre a força normativa da Constituição diante da força dos fatos o condicionamento recíproco entre Direito e realidade.

A partir de então, será analisado, no quarto capítulo, como o fenômeno de mutação está inserido nas teorias do poder constituinte.

Com isso, passar-se-á, ainda no quarto capítulo, à análise das teorias tradicionais das mutações constitucionais que foram elaboradas na Alemanha do século XIX, com o intuito de se verificar se e como a problemática da preservação da força normativa da Constituição estava (ou não) presente.

No quinto capítulo, será feito um estudo das teorias alemãs elaboradas no século XX, levando-se em consideração, principalmente, as transformações no constitucionalismo europeu do pós-guerra, a fim de se constatar se tais transformações influenciaram na elaboração de conceito de mutação que prestigiasse a força normativa da Constituição.

Ao fim, ainda no quarto capítulo, será feita uma breve análise do atual estado do constitucionalismo brasileiro e suas teorias sobre as mutações constitucionais, com vistas a identificar como a problemática da preservação da força normativa da Constituição se faz presente.

Pelo que se pode perceber, pela breve apresentação dos próximos capítulos, o presente trabalho limitar-se-á, basicamente, ao estudo das doutrinas alemãs sobre o tema. Essa opção justifica-se pela aproximação do constitucionalismo brasileiro com o constitucionalismo europeu ocidental, que se dá, principalmente, pela presença de uma Constituição escrita e rígida, um sistema de direito tradicionalmente positivista e a aproximação do modelo de Estado constitucional europeu do pós-guerra com o modelo de Estado constitucional brasileiro implantado a partir da Constituição Federal de 1988.

Não se pode ignorar, por outro lado, que o fenômeno das mutações também se faz presente no sistema da *common law*, conforme se verificará a partir das constatações feitas por Georg JELLINEK e de Karl LOEWENSTEIN (v. item 4.2 e item 5.1) sobre as mutações constitucionais no Direito Constitucional inglês.

No sistema norte-americano, especialmente, as mutações constitucionais são, como afirma Luís Roberto BARROSO, potencializadas e diluídas<sup>1</sup> em razão de duas circunstâncias: 1) o caráter sintético da Constituição, na qual estão presentes normas de textura aberta, como federalismo, devido processo legal, igualdade sob a lei, direitos não enumerados, poderes reservados; e 2) o papel mais discricionário e criativo desempenhado pelos tribunais em países nos quais vigora o sistema do *common law*. Nesse contexto, podem ser citados como exemplos de mutação: a jurisprudência formada a partir do *New Deal*, a qual rompeu com o entendimento jurisprudencial da era *Lochner* ao admitir como constitucionalmente válida a legislação trabalhista e social proposta por Roosevelt; e a decisão proferida no caso *Bronw v. Board of Education*, julgado em 1954, que impôs a integração racial nas escolas públicas, modificando o entendimento que legitimava a doutrina dos “iguais, mas separados” no tratamento entre brancos e negros. Conforme análise de BARROSO, “nessas duas hipóteses, a Constituição material mudou substancialmente, sem que houvesse alteração de seu texto.”<sup>2</sup>

De qualquer forma, saliente-se, o presente estudo opta pelo estudo do debate entre as doutrinas alemãs sobre o fenômeno das mutações constitucionais e sua relação com a força normativa da Constituição, por, como afirmado, aproximarem-se mais do constitucionalismo brasileiro contemporâneo. Em razão disso, após traçado e analisado o panorama das principais teorias alemãs sobre as mutações e seus limites, ao final, e de forma mais breve, será feita uma análise das doutrinas clássicas brasileiras que tratam dessa problemática, com enfoque no debate sobre o compromisso com a força normativa da Constituição.

---

<sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto. Mutações constitucionais. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (coordenadores). **20 anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 210-211.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 211-212.

## **2. ANTECEDENTES AO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: CONSTITUCIONALISMO MODERNO, ESTADO DE DIREITO E POSITIVISMO JURÍDICO**

As mutações constitucionais podem ser conceituadas, inicialmente, como mudanças informais no conteúdo da Constituição e que, pela sua natureza, decorrem do diálogo entre Direito e realidade. No contexto de uma Constituição escrita e rígida, as mutações significam a alteração no conteúdo da Constituição sem a necessidade de reforma no texto constitucional.

O fenômeno das mutações e a formação de uma doutrina sobre o mesmo, como será detalhado posteriormente, datam do fim do século XIX, especificamente no contexto da Constituição alemã de 1871. O tema passou a ser objeto de estudo por autores ligados à escola alemã de Direito Público, inicialmente por Paul LABAND e Georg JELLINEK (v. item 4.2), os quais identificaram as mudanças informais que ocorriam no Direito Constitucional da época e elaboraram uma teoria para explicar tais fenômenos.

O presente trabalho buscará traçar um paralelo entre um conceito de mutação num contexto de um forte e de um fraco compromisso ético-normativo com a Constituição. Noutras palavras, objetiva visualizar e diferenciar os traços de uma teoria da mutação ora inserido num constitucionalismo fraco, ora inserido num contexto de constitucionalismo forte (no sentido da defesa da supremacia formal e material e da força normativa da Constituição).

Portanto, será necessário, antes de adentrar no tema especificamente das mutações constitucionais, contextualizar o atual estado do constitucionalismo (constitucionalismo do pós-guerra ou neoconstitucionalismo), bem como os seus precedentes. Com isso, espera-se, também, compreender de que maneira o fenômeno das mutações emerge no século XX atrelado a uma doutrina dos seus limites, refletindo essas transformações ocorridas no constitucionalismo contemporâneo.

O constitucionalismo contemporâneo, enquanto um paradigma de Direito e de Estado que emergiu no século XX, na Europa Ocidental, possui como ponto de partida a negação das teses positivistas.

Assim, neste capítulo, buscar-se-á esclarecer e analisar os paradigmas de Direito, de Estado e de Constituição que são criticados pelos movimentos do constitucionalismo do pós-guerra, quais sejam: positivismo jurídico, Estado legalista e constitucionalismo liberal. Objetiva-se, com isso, demonstrar que, nesses paradigmas, as mutações constitucionais representavam um fenômeno que, por vezes, chegava a negar a força normativa da Constituição, tendo em vista a dificuldade da teoria positivista em explicar condicionamento recíproco entre texto normativo e realidade, bem como a falta de prestígio normativo da Constituição.<sup>3</sup>

Essas premissas teóricas são, frise-se, essenciais para uma compreensão integral do constitucionalismo contemporâneo e para o debate sobre a força normativa da Constituição e o compromisso com sua realização.

Feito isso, serão delineadas, no capítulo seguinte, as características essenciais serão delineadas as características essenciais do constitucionalismo do pós-guerra<sup>4</sup>, contexto em que se insere a teoria da mutação atual.

## 2.1 CONSTITUCIONALISMO MODERNO

O termo constitucionalismo refere-se aos movimentos<sup>5</sup> sociais, correntes de pensamentos filosófico, político e ideológico que se iniciaram nos séculos XVIII e

---

<sup>3</sup> Sem a pretensão de uma visão linear da relação entre constitucionalismo e (neo)constitucionalismo, Estado de Direito legal e Estado constitucional, positivismo e pós-positivismo, o que se pretende, neste e no próximo capítulo, é analisar esses contextos de teoria da Constituição e teoria do Estado em que se situa o tema das mutações, e como tais contextos influenciam na delimitação do conceito de tais fenômenos.

<sup>4</sup> Também denominado, neste trabalho, de constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo.

<sup>5</sup> Quanto à definição de constitucionalismo como conjunto de movimentos, utiliza-se, neste trabalho, o posicionamento de José Joaquim Gomes CANOTILHO, segundo o qual “em termos rigorosos, *não há um constitucionalismo mas vários constitucionalismos* (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês). Será preferível dizer que existem diversos *movimentos constitucionais* com corações nacionais mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural. E dizermos ser mais rigoroso falar de vários *movimentos constitucionais* do que de vários constitucionalismos porque isso permite recortar desde já uma noção básica de *constitucionalismo*.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51.)

XIX no sentido de limitar o poder político e garantir determinados direitos fundamentais.<sup>6</sup>

Para CANOTILHO, constitucionalismo pode ser definido como uma teoria:

[...] (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Nesse sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação de poder com fins garantísticos*. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma *teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.<sup>7</sup>

No entendimento de Maurizio FIORAVANTI, o constitucionalismo é concebido como um conjunto de doutrinas que, a partir da segunda metade do século XVII, dedicaram-se a “**recuperar en el horizonte de la constitución de los modernos el aspecto del limite y de la garantía.**”<sup>8</sup> (sem grifo no original)

Kildare Gonçalves CARVALHO define constitucionalismo pelo movimento jurídico de criação de um sistema normativo, uma Constituição, que se encontra acima do Poder; e pelo movimento social que deu sustentação às novas técnicas de limitação de Poder.<sup>9</sup>

André Ramos TAVARES ensina que o constitucionalismo, em uma primeira acepção, era identificada com o movimento político-social que pretendia limitar o poder arbitrário; já em uma segunda acepção, com a imposição de que houvessem cartas constitucionais escritas. Uma terceira acepção de constitucionalismo referia-

<sup>6</sup> Paolo COMANDUCCI conceitua este constitucionalismo como “constitucionalismo em sentido restrito”: “El constitucionalismo en sentido amplio es la ideología que requiere la creación de una – cualquiera – Constitución, a fin de limitar el poder y prevenir el despotismo. El constitucionalismo en sentido restringido es la ideología que requiere la creación de un específico tipo de Constitución a fin de limitar el poder y prevenir el despotismo.”

O constitucionalismo em sentido restrito também é classificado por COMANDUCCI como “constitucionalismo em sentido forte”: “El constitucionalismo débil es la ideología que requiere una Constitución solamente para limitar el poder existente, sin prever una específica defensa de los derechos fundamentales. El constitucionalismo fuerte (o liberal) es la ideología que requiere una Constitución para garantizar los derechos y las libertades fundamentales frente al poder estatal.” (COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p.77.)

<sup>7</sup> CANOTILHO, 2003, p. 51.

<sup>8</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 85.

<sup>9</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 15 ed. Belo Horizonte: del rey, 2009, p. 243.

se aos propósitos e função das constituições nas diversas sociedades. O autor aborda ainda uma quarta acepção de constitucionalismo, dentro de um constitucionalismo mais restrito, a qual se refere à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado.<sup>10</sup>

Considerando um conceito histórico de Constituição, como um conjunto de normas conformadoras de uma dada ordem jurídico-política<sup>11</sup>, é possível diferenciar e contextualizar o constitucionalismo moderno dos constitucionalismos antigo e medieval.

Nessa perspectiva histórica, CANOTILHO diferencia o constitucionalismo moderno do constitucionalismo antigo. O constitucionalismo antigo caracteriza-se como “o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder”. Tais princípios ter-se-iam sedimentado nos fins da Idade Média até o século XVIII<sup>12</sup>. Já o constitucionalismo moderno é identificado com o conjunto de movimentos que, a partir do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico, os esquemas tradicionais de poder, sugerindo uma nova ordenação e fundamentação do poder político.<sup>13</sup> Para CANOTILHO, o que caracteriza o constitucionalismo moderno é a emergência de um modelo de Constituição que se propõe a: i) ordenar, fundar e limitar o poder político; e ii) reconhecer e garantir direitos e liberdades individuais. Sendo assim, as ideias centrais do constitucionalismo “são, pois, a *fundação e legitimação* do poder político e a *constitucionalização das liberdades*”<sup>14</sup>.

Maurizio FIORAVANTI, considerando um conceito amplo de Constituição – como “*ordenamento general de las relaciones sociales y políticas*”<sup>15</sup> - evidencia a necessidade de se contextualizar historicamente tais conceitos. Nesse sentido, o autor diferencia o constitucionalismo moderno do constitucionalismo antigo e do

---

<sup>10</sup> TAVARES, André Ramos, **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1.

<sup>11</sup> CANOTILHO, 2003, p. 53.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>13</sup> *Idem*.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>15</sup> FIORAVANTI, 2007, p. 11.

constitucionalismo medieval, referindo-se ao constitucionalismo como um conjunto de doutrinas que se desenvolveram numa singularidade de relações sociais e políticas de seu tempo.<sup>16</sup>

FIORAVANTI contrapõe o constitucionalismo moderno ao constitucionalismo antigo, afirmando que a Constituição dos antigos não tem relação alguma com a Constituição dos modernos. Para o autor, a ideia de soberania não se fazia presente no mundo antigo, uma vez que não existia poder a limitar. Além disso, não se pensava em Constituição como norma, a qual, para os antigos era vista como um ideal ético e político a perseguir. Segundo o autor, a Constituição dos antigos começou a se delinear inicialmente no mundo grego, depois no romano, em termos de um grande projeto de conciliação social e política, das aspirações de todas as forças ativas, que recorrem continuamente à imagem e à prática da virtude<sup>17</sup>.

Rechaçando a ideia amplamente difundida de que no período medieval é a idade do “*eclipse de la constitución*”, em que não se fazia presente a consciência coletiva da necessidade de uma lei fundamental, FIORAVANTI defende a existência de uma verdadeira e autêntica Constituição medieval<sup>18</sup>. Tal Constituição deve ser compreendida no contexto particular e complexo que caracteriza o período medieval – que vai desde a queda do império romano no século V até a formação do Estado soberano a partir do século XV – que, em síntese, pode ser visto como um contexto político de pluralidade de centros de poder<sup>19</sup>. Todos os poderes que convivem no medievo (imperial, eclesiástico, feudal...) têm em comum o fato de não serem poderes soberanos, “de no tener ninguna pretensión totalizadora y omnicomprensiva en relación con los sujetos, los bienes, las fuerzas y los órdenes que existen en

---

<sup>16</sup> FIORAVANTI alerta que o estudo do constitucionalismo numa perspectiva história não se trata de um estudo da história do constitucionalismo, ou das raízes históricas do constitucionalismo moderno, uma vez que cada contexto possui a sua singularidade. (FIORAVANTI, 2007, p. 12-13)

<sup>17</sup> Ibidem, p. 29-31.

<sup>18</sup> Alerta o autor que se deve a Constituição medieval não se trata de uma mera continuação ou renascimento da Constituição dos antigos, nem mera antecipação ou preparação da Constituição dos modernos. (Ibidem, p, 34)

<sup>19</sup> Segundo FIORAVANTI, no período medieval não existe uma única forma típica de exercício de poder. Coexistem poderes orientados em sentido universalista, como por exemplo o Imperial, mas com frequência escassamente dotados de efetividade na vida concreta dos cidadãos, com os poderes locais, como do senhor feudal, legitimados pela posse da terra. E no final do século XI, passa a existir o fenômeno da Constituição dos ordenamentos das cidades. (Ibidem, p. 34-35)

concreto dentro de sus respectivas jurisdicciones.”<sup>20-21</sup>. Outro traço característico na organização política medieval é o fato de que a parte mais relevante da vida do cidadão, sobretudo a de relevância econômica e patrimonial, desenvolve-se fora das previsões normativas, seguindo a força normativa autônoma e primária dos costumes.

O constitucionalismo medieval é, portanto, caracterizado por uma Constituição mista, uma vez que essa Constituição sustenta a ideia de um poder limitado pelos outros componentes da Constituição e por instituições dentro das quais estão representadas as distintas partes da comunidade política. A primeira característica da Constituição medieval é a “*intrínseca limitación de los poderes públicos*.”<sup>22</sup> Tal limitação não se trata de uma limitação estabelecida por normas positivas gerais e abstratas, mas de uma limitação de fato, advinda das diversas ordens sociais que se formaram pelos costumes. Daí advém a segunda característica fundamental da Constituição medieval:

Se trata de la concepción de aquel conjunto de relaciones substancialmente indisponibles por parte de los poderes públicos en el término de *un orden jurídico dado*, estructurado por mil vínculos y convenciones, tan concretado en los hechos que provoca la más extrema fragmentación, en más amplio particularismo.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> FIORAVANTI, 2007, p. 35.

<sup>21</sup> Ao descrever a forma de organização política da Europa ocidental a partir do século XIII, FIORAVANTI identifica ali já a existência de uma forma de Estado, mas adverte que: “En efecto, en el Estado que estamos tomando en consideración falta cualquier pretensión de monopolio en relación con el ejercicio del poder y en relación con la ciudadanía. Los señores territoriales – [...] ejercitan ciertamente importantes poderes de *imperium*, ocupando de manera creciente el centro del poder sobre el territorio, pero no por eso piensan en cortar de raíz la vasta gama de poderes jurisdiccionales, impositivos en materia de tributos y también militares que continúan haciéndole dentro del mismo territorio. [...] Tenemos un Estado porque tenemos la conciencia de un territorio que gobernar y defender en su conjunto según reglas fijadas y compartidas, pero permanece también – dentro de ese Estado y de ese territorio – una pluralidad de potestades dotadas de *imperium* y una pluralidad de vínculos y de obligaciones. En una palabra: hay Estado porque hay gobierno y territorio, aunque falte la *soberanía*.” (FIORAVANTI, Maurizio. Estado y Constitución. In FIORAVANTI, Maurizio (org.). **El estado moderno em Europa: instituciones y derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 15-16.

Desta forma, FIORAVANTI identifica na primeira forma de Estado moderno uma tensão e ao mesmo tempo um equilíbrio entre dois polos de poder: a centralização e institucionalização dos poderes de *imperium* exercidos por um senhor que representa o território e a pluralidade de distintas forças e realidades presentes no mesmo território, que operam na tutela de seus privilégios, mas também participam do governo desse território, trabalhando com colaboração com o senhor. Esta primeira forma de Estado Moderno, assim considerado pelo autor, prescinde do princípio da soberania. Trata-se da primeira forma de Estado moderno que predomina no período medieval até a revolução francesa: Estado jurisdicional. (Ibidem, p. 16-18)

<sup>22</sup> FIORAVANTI, *Op. Cit.*, p.35.

<sup>23</sup> Ibidem, p. 36-37.

Ou seja, a Constituição medieval era caracterizada pela exigência de várias ordens jurídicas vinculantes, a qual fixava limites efetivos à capacidade de normatização dos poderes públicos.

Segundo FIORAVANTE, pode-se identificar como uma das distinções entre Constituição medieval e Constituição da antiguidade o fato de que aquela se caracteriza como uma ordem jurídica dada, a ser preservada frente aqueles que pretendiam introduzir alterações arbitrárias ao equilíbrio de poder existente. Já Constituição dos antigos caracteriza-se como uma ordem política ideal. Assim, o discurso medieval sobre a Constituição, sobre o limite além do qual o príncipe converte-se em tirano, sobre o direito de resistência, sobre as leis fundamentais, está dirigido a defesa e tutela da ordem jurídica dada. O inimigo da Constituição no tempo medieval é o arbítrio, ou seja, toda possibilidade e desmedida pretensão de domínio sobre a complexidade da realidade juridicamente ordenada. Enfim, o período medieval caracteriza-se por ser o momento em que a Constituição deixa de pertencer de maneira exclusiva ao campo político começa a entrar no mundo do Direito, que nasce da prática social. “Por eso, hablar de la constitución medieval significa hablar de reglas, de limites, de pactos y contratos, de equilibrio.”<sup>24</sup>

Assim, a Constituição mista, no contexto medieval serve para “defender el carácter de hecho plural y compositivo de la sociedade y de los poderes que ella expresa, y lo que se teme es el nacimiento de un poder público que rompa este equilibrio...”. Portanto, FIORAVANTI, distinguindo o contexto antigo do medieval, resume em poucas palavras: “la constitución mixta de los antiguos se dirige a legitimar fuertes poderes públicos comúnmente reconocidos, la constitución mixta medieval se dirige a *limitar* esses mismos poderes.”<sup>25</sup> Ou seja, a Constituição medieval funciona, ao mesmo tempo, como limite à centralização dos poderes públicos.

Como já afirmado anteriormente, FIORAVANTI concebe o constitucionalismo como um conjunto de doutrinas que, a partir da segunda metade do século XVII afirmam limitação do poder soberano e a conseqüente garantia de determinados

---

<sup>24</sup> FIORAVANTI, 2007, p. 38.

<sup>25</sup> Ibidem, p. 56.

direitos. Nesse sentido, os séculos XVI e XVII marcam o início do declínio do constitucionalismo medieval, com o enfrentamento entre o absolutismo político e a constituição (medieval) mista – o que correu em especial no cenário francês, com as guerras religiosas, e no cenário inglês com a tensão entre monarquia e parlamento.<sup>26</sup> Desse cenário político e doutrinário surge o substrato essencial para a formação do constitucionalismo moderno: a soberania estatal. A partir do séc. XVIII, emergem doutrinas que passam a reforçar a limitação do poder soberano, como em John Locke e em Montesquieu.<sup>27</sup>

Os marcos históricos que efetivamente definem a ruptura com o modelo anterior (Estado jurisdicional, para FIORAVANTI) e a implantação de uma efetiva nova forma de Estado e de Constituição são as revoluções burguesas do século XVIII, em especial a revolução Francesa. A partir de então, institucionaliza-se a soberania como princípio essencial do Estado<sup>28</sup>.

Vale ressaltar ainda que, quando se trata do constitucionalismo moderno, deve-se diferenciar os três movimentos diferentes que deram origem ao mesmo, vale dizer: movimento inglês, movimento americano e movimento francês. Tais

---

<sup>26</sup> Importante salientar que, para FIORAVANTI, o absolutismo político é tido enquanto forma de governo de algumas monarquias europeias no século XVII. O absolutismo político demonstra a tendência das monarquias operarem de modo monocrático, eliminando cada vez mais as distintas formas de repartição de poder que se estratificaram no tempo, como ocorrera com o governo de Luis XIV na França, o qual reduziu ao máximo o papel do Conselho e dos parlamentos. Assim, o Estado absoluto denota uma forma de governo, que coincide com a monarquia absoluta. Já o Estado jurisdicional representa uma autêntica forma de Estado. Somente no caso de se sustentar que o Estado absoluto representou também a pretensão de domínio político existente na monarquia em relação à realidade social e territorial e, portanto, soberania, é possível afirmar que constitui uma nova e autêntica forma de Estado que substitui o Estado jurisdicional. Porém, segundo o autor, as monarquias europeias do séculos XVII e XVIII não conseguiram efetivamente exterminar a pluralidade de ordenamentos existentes. A exemplo, tem-se o ocorrido com as Ordenações editadas por Luis XIV na França. (FIORAVANTI, 2004, p. 19-20)

<sup>27</sup> FIORAVANTI realiza um profundo estudo das doutrinas formuladas por Jean BODIN, Thomas HOBBS, Jean Jacques-ROUSSEAU, John LOCKE, BOLING-BROKE, MONTESQUIEU e William BLACKSTONE identificando na particularidade de cada um desses pensadores as origens do constitucionalismo moderno. (FIORAVANTI, 2007, p. 75-100)

<sup>28</sup> Nesse sentido, estabelece o artigo 3º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789: “Artigo 3º- O princípio de toda a soberania reside essencialmente em a Nação. Nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que aquela não emane expressamente.” (FRANÇA, Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789. Disponível em: < [http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)>. Acesso em: 01/11/2011.)

contextos devem ser vistos sob a ótica dos modelos historicista, individualista e o modelo estatalista<sup>29</sup>.

Em resumo, é possível traçar as características essenciais desses movimentos constitucionais. Assim, pode-se afirmar que a formação do constitucionalismo inglês está diretamente relacionada à lenta construção de um parlamento forte, e, conseqüentemente, à limitação da coroa inglesa. Segundo FIORAVANTI<sup>30</sup> e CANOTILHO<sup>31</sup>, o constitucionalismo inglês reflete um modelo, uma visão, historicista<sup>32</sup>, o que se reflete em outra característica do modelo inglês, a Constituição histórica, ou seja, a existência de normas constitucionais de formação lenta e paulatina e que não estão reunidas em um único documento jurídico. CANOTILHO<sup>33</sup> sintetiza as cristalizações desse modelo que passaram a fazer parte do patrimônio da “constituição ocidental”: 1) a liberdade radicou-se como liberdade de todos os ingleses e como segurança da pessoa e dos bens de que se é proprietário; 2) criação de um processo justo regulado pela lei (devido processo legal), pelo qual se estabelecem as regras disciplinadoras da privação da liberdade e da propriedade; 3) as leis do país (“*laws of the land*”) reguladoras da tutela da liberdade são interpretadas e reveladas pelos juízes, e não pelos legisladores, e assim, vão formando a “*common law*” (direito comum de todos os ingleses); 4) a partir da Revolução Gloriosa (1688-1689) é elevada a categoria constitucional a

---

<sup>29</sup> FIORAVANTI propõe três modelos de tutela da liberdade que emergiram nas revoluções do século XVIII, quais sejam: o modelo historicista, o modelo individualista e o modelo estatalista, os quais não devem ser vistos de forma isolada. Sendo assim, FIORAVANTI define que há uma doutrina individualista e estatalista das liberdades, de caráter antihistoricista, construída na Revolução Francesa; uma doutrina individualista e historicista, de caráter anti-estatalista, construída na revolução norte-americana; e uma doutrina historicista e estatalista de caráter anti-individualista, construída dentre os juristas do Estado de Direito do século XIX. Ver: FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 25-53.

<sup>30</sup> Ibidem, p. 61.

<sup>31</sup> CANOTILHO, 2003, p. 55-56.

<sup>32</sup> Segundo CANOTILHO, define as dimensões histórico-constitucionais caracterizadoras do modelo (ou visão) historicista: “(1) garantia de *direitos adquiridos* fundamentalmente traduzida na garantia do ‘binómio subjetivo’ *liberty and property*; (2) estruturação corporativa dos direitos, pois eles pertenciam (ou pelo menos numa primeira fase) aos indivíduos enquanto membros de um estamento[assim o direito inglês não rompera totalmente com os esquemas medievais dos direitos dos estamentos]; (3) regulação destes direitos e desta estruturação através de *contratos de domínio* (*Herrschaftsverträge*) do tipo da *Magna Charta*.” (ibidem, p. 55)

<sup>33</sup> Ibidem, p. 55-56.

ideia de representação e soberania parlamentar, indispensável a estruturação do governo moderado.

Já o constitucionalismo americano, que tem como marco a Constituição norte-americana de 1787, caracteriza-se pela afirmação de uma Constituição escrita como norma suprema, a qual traz, de forma sintética, a organização do Estado com o modelo federal, a limitação do poder e a forma de governo republicana presidencialista. A Constituição norte-americana preocupa-se apenas em estabelecer as “regras do jogo”, no sentido de definir as questões fundamentais referentes ao Estado, ao poder e ao governo.

Segundo CANOTILHO<sup>34</sup>, o que marcou o constitucionalismo americano foi: “um povo (não mais uma ‘nação’) que reclamou, como na França, o direito de escrever uma lei básica e na qual ele fez diferentes usos da história.” As particularidades do constitucionalismo americano foram: 1) através da Revolução, os americanos pretenderam reafirmar os direitos na tradição germânica medieval e da Revolução Gloriosa; 2) por outro lado, para evitar a falta de representação de um parlamento soberano, evitando a onipotência do legislador, a Constituição devia garantir ao povo instrumentos efetivos de representação. Assim, o constitucionalismo americano afasta-se também do constitucionalismo francês, uma vez que a Constituição americana, ao invés de terminar em estado legicêntrico, serviu para constituir uma ordem política informada pelo princípio do governo limitado<sup>35</sup>. Além disso, no constitucionalismo norte-americano alia-se um poder judiciário como verdadeiro defensor e guardião da Constituição, e conseqüentemente dos direitos e liberdades dos cidadãos.

Segundo FIORAVANTI<sup>36</sup>, a revolução americana combina o individualismo com o historicismo, afastando-se, com isso, do modelo de constitucionalismo puramente francês e do modelo puramente inglês.

---

<sup>34</sup> CANOTILHO, 2003, p. 58.

<sup>35</sup> “Por outras palavras, o modelo americano de constituição assenta na ideia da *limitação normativa* do domínio político através de uma lei escrita. Esta ‘limitação normativa’ postulava, pois, a edição de uma ‘bíblia política do estado’ condensadora de princípios fundamentais da comunidade política e dos direitos dos particulares. Neste sentido, a constituição não é um contrato entre governantes e governados, mas sim um acordo celebrado pelo povo e no seio do povo a fim de se criar e constituir um ‘governo vinculado à lei fundamental.’ (Ibidem, p. 59)

<sup>36</sup> FIORAVANTI, 1998, p. 76-77.

O constitucionalismo americano – e, portanto, a cultura de direitos e liberdades desse país – afasta-se do constitucionalismo francês, na medida em que exclui as filosofias estatualistas sobre soberania política que põem no centro da garantia dos direitos a imagem do legislador virtuoso, debilitando a garantia dos direitos. O que caracteriza o modelo de constitucionalismo francês da Revolução Francesa é justamente o caráter de ruptura com o passado (antigo regime) de privilégios e direitos estamentais de grupos determinados (nobres e clero). Sendo assim, o constitucionalismo francês afasta-se de um modelo historicista (de direitos e liberdades fundados na história de um povo). A revolução americana não foi marcada por essa necessidade porque não havia nenhum “antigo regime” a derrubar<sup>37</sup>, ela pretende a fundação de algo novo, mas não exclui a herança histórica-cultural de direitos e liberdades desse povo. Tal fato promove uma modificação profunda no significado dos direitos e liberdades no âmbito de ambas as revoluções.

O que essencialmente diferencia as revoluções francesas e americanas, portanto, é o fato de que, ao contrário dos revolucionários franceses, os americanos não tinham um antigo regime a destruir um sistema contra que lutar, isso não significa que a revolução americana não tenha produzido um movimento de emancipação social. Os colonos americanos lutavam contra a ação tirânica do monarca inglês (que se estendeu pelos anos de 1765-1776). Tais reivindicações, de início, tinham um caráter econômico-financeiro (pesados tributos), mas após transformou-se em protestos de caráter constitucional, pois passaram a questionar a legitimidade da imposição tributária pela pátria mãe sem o consentimento dos colonos e de suas assembleias legislativas<sup>38</sup>. Com isso, os colonos americanos passaram a fundamentar tais protestos com base no antigo patrimônio de direitos e liberdades, fundado historicamente, e que a própria pátria mãe inglesa havia criado (denotando aí o caráter historicista da revolução americana). Os colonos americanos chegaram a propor de início uma forma de organização política (confederação) em

---

<sup>37</sup> FIORAVANTI, ao distinguir a revolução francesa da revolução norte-americana, define: “Todo esto no sirve para la revolución americana, que no tenía que destruir ningún orden estamental; no tenía que afirmar el dominio de la ley general e abstracta sobre las viejas fuentes del derecho; no tenía que codificar – aspecto nada irrelevante – un moderno derecho privado fundado sobre el sujeto único de derecho contra el viejo derecho común, como sucedía en Europa; no tenía, en fin, que destruir una práctica precedente de representación de tipo corporativo.” (FIORAVANTI, 1998, p. 79)

<sup>38</sup> Ibidem, p. 80.

que o monarca inglês continuasse governando as colônias, mas a estas fossem dado a prerrogativa de formar assembleias representativas, no modelo do parlamento inglês, buscando a instauração de um governo efetivamente legítimo, equilibrado e moderado. Tal proposta não foi aceita pela metrópole inglesa<sup>39</sup>. Diante disso, a Declaração de Independência de 1776 é “la constatación de la imposibilidad de continuar viviendo como súbditos del monarca inglés y bajo la protección de las leyes de la madre patria.”<sup>40</sup>

Assim, FIORAVANTI conclui que a revolução americana e o constitucionalismo americano são marcados pela oposição a um legislador (parlamento inglês) que atua de forma ilegítima.<sup>41</sup> Neste ponto reside a raiz da diferença entre a revolução americana e a revolução francesa. A revolução francesa empenhou-se na sistemática destruição do sistema do antigo regime, contra os antigos privilégios, afirmando-se a autoridade do legislador soberano (forte caráter estatista) e da lei geral e abstrata. Já a revolução americana afirma-se justamente contra a versão estatista dos direitos e liberdades, afirmando o patrimônio histórico dos direitos e liberdades, os quais, consideravam os americanos, estavam ameaçados pelo governo parlamentar britânico. Como consequência o constitucionalismo americano é caracterizado pela defesa da sobreposição da lei superior (constituição) sobre o legislativo.<sup>42</sup> Ao mesmo tempo, aproximam-se o constitucionalismo americano e francês, na medida que defendem a prioridade dos direitos, portanto, dos limites aos poderes públicos com a finalidade de garantia.<sup>43</sup>

---

<sup>39</sup> “Como es conocido, esta solución no fue posible; y no podía ser de otra manera. En efecto, desde su punto de vista, la madre patria no podía admitir que las assembleas de los colonos, de origen confuso generalmente, bastante dudosas y precarias institucionalmente, fuesen equiparadas al antiguo y noble parlamento inglés. Además, en el modelo constitucional británico era absolutamente necesaria la presencia de una Cámara Alta fuertemente diferenciada de la Cámara de directa extracción popular.” (FIORAVANTI, 1998, p. 81)

<sup>40</sup> Ibidem, p. 81.

<sup>41</sup> “[...] el grande hilo conductor de la cultura político-constitucional americana será siempre la *desconfianza* frente a los legisladores, en particular frente a su pretensión de encarnar la voluntad general a la manera de la revolución francesa.” (Ibidem. p. 82-83)

<sup>42</sup> Em pocas palavras, se puede afirmar que la revolución francesa confia los derechos y liberdades a la obra de *un legislador virtuoso*, que es tal porque es altamente representativo del pueblo o nación, mas allá de las facciones o de los intereses particulares; mientras que la revolución americana *desconfía de las virtudes de todo legislador* – también del elegido democráticamente [...] – y, así confia los derechos e liberdades *a la constitución*, es decir, la posibilidad de limitar al legislador con una norma de orden superior.” (FIORAVANTI, 1999, p. 83)

<sup>43</sup> Idem.

Para FIORAVANTI, o constitucionalismo moderno, enquanto técnica de limitação do poder com fins garantísticos não nasce da declaração de direitos francesa, mas sim da Constituição federal americana de 1787.

O constitucionalismo francês, portanto, que se formou no contexto da Revolução Francesa, tem como marcas principais: a institucionalização da soberania, o racionalismo enquanto legitimador do poder e do Direito, uma ordem jurídica apoiada na razão humana, a separação dos poderes, garantia de direitos individuais, a existência de uma Constituição escrita e a formação de uma teoria do Poder Constituinte e do conceito de nação<sup>44</sup>.

Como tratado anteriormente, o surgimento constitucionalismo moderno francês representa uma efetiva ruptura com a ordem jurídica anterior, propondo um novo modelo de Estado (Estado de Direito) e de Direito<sup>45</sup>. Repita-se, com o fim de acabar com um sistema de privilégios que eram garantidos por um direito que se manifestava através de ordens sociais (direito comum, costumeiros), a revolução francesa defendeu a ideia de um parlamento forte e virtuoso que expressasse a vontade geral da nação através de uma lei geral e abstrata, de igual aplicação a todos os indivíduos. Portanto, o Estado pós-revolução busca substituir a antiga sociedade de privilégios e de direitos estamentais por uma sociedade de direitos individuais, fundada no princípio da igualdade (formal – perante a lei).

Segundo FIORAVANTI<sup>46</sup>, a revolução francesa marca também a passagem de um modelo de Estado jurisdicional para um modelo de Estado legal e administrativo. Ou seja, a partir da revolução francesa e do modelo de estado proposto e instaurado, há um efetivo declínio da função jurisdicional, a qual vem a ser neutralizada e reduzida ao papel de mera aplicação, mecânica e uniforme, da vontade soberana contida na lei. A função legislativa passa a ser protagonista (a lei como expressão da vontade geral). Ao lado do protagonismo da lei, surge também

---

<sup>44</sup> V. SIEYES, Emmanuel Joseph; BASTOS, Aurelio Wander. **A constituinte burguesa**: qu'est-ce que le Tiers état?. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

<sup>45</sup> Segundo FIORAVANTI: “La revolución recoge el resultado de la entonces plurisecular existencia del Estado moderno europeo en la línea de la concentración de las funciones de *imperium* y del gobierno del territorio desde el centro, en sentido unitario. Pero también culmina aquel salto que sólo era posible al desplegar completamente la fuerza del principio-guía de la soberanía política, y produce así una ruptura, una nueva constitución y una nueva forma de Estado.” (FIORAVANTI, 2004, p. 23)

<sup>46</sup> Ibidem, p. 24-26.

um novo sujeito: a administração pública, dando ensejo ao chamado Estado legislativo e administrativo (séc. XIX).

Segundo CANOTILHO, o constitucionalismo francês reflete um modelo, uma visão, individualista pois<sup>47</sup>: 1) a revolução francesa procurou edificar uma nova ordem sobre os direitos naturais dos indivíduos (primeiro momento individualista), os direitos eram individuais e não estamentais; 2) a revolução francesa procura legitimar/fundar um novo poder político<sup>48</sup>; 3) o construtivismo político-constitucional fundou-se na ideia de uma constituição escrita que garantiu direitos e conformou o poder político, o que, desse modo, tornou indispensável uma constituição feita por um poder constituinte da nação.

Segundo FIORAVANTI a Revolução Francesa combinou aspectos da cultura das liberdades individualista e contratualista, de um lado, e da cultura estatalista, de outro, excluindo a visão historicista.<sup>49</sup> Assim, há uma aliança entre as razões do individualismo e as razões do estatalismo, o que se pode perceber pela Declaração de Direitos de 1789, a qual afirma os direitos naturais individuais, mas também a soberania nacional. A união entre individualismo e estatalismo expressa ao mesmo tempo a libertação do indivíduo dos antigos laços com o senhor-juiz e o senhor-recolhedor de impostos e a libertação do poder público exercido em nome da nação das nefastas influências dos poderes feudais e senhoriais.<sup>50</sup>

A ideia de soberania do legislador, o qual representa a vontade geral, aparece como a máxima garantia de que nada poderá exercer um poder ou coação sobre os indivíduos, a não ser em nome da lei geral e abstrata.

Assim, a combinação de uma razão individualista a uma razão estatalista foi possível (ou necessária) no contexto da Revolução Francesa, uma vez que se

---

<sup>47</sup> CANOTILHO, 2003, p. 57-58.

<sup>48</sup> Neste ponto reside uma grande diferença entre o constitucionalismo francês e o inglês, enquanto o constitucionalismo francês tem o caráter de ruptura, no constitucionalismo inglês: “O governo limitado e moderado da Inglaterra - a sua *constituição mista* – acabou por deixar na sombra [...] uma questão fundamental da modernidade política: como podem os homens livres e iguais *dar a si próprios* uma lei fundamental? A ordem dos homens é uma *ordem artificial* (como demonstrara Hobbes), ‘constitui-se’, ‘inventa-se’ ou ‘reinventa-se’ por acordo entre os homens. Numa palavra: a ordem política é *querida e conformada* através de um *contrato social* assente nas vontades individuais (tal como o defendiam as doutrinas contratualistas).” (Ibidem, p. 57-58)

<sup>49</sup> FIORAVANTI, 1998, p. 47, 57 e seguintes.

<sup>50</sup> Ibidem, p. 58.

estava a combater o antigo regime, o regime de privilégios, a estrutura estamental da sociedade, e ao mesmo tempo defendia a afirmação dos direitos individuais e de um poder público unitário.

Por este motivo en la Declaración de derechos la palabra “ley” – presente nueve veces y en lugares decisivos – contiene inseparablemente junto al significa de *limite* al ejercicio de las libertades, de sumisión, el de *garantía* de que los individuos ya no podrán ser ligados por ninguna forma de autoridade que no se ala del legislador intérprete legítimo de la voluntad general. La misma ley, y por ello la autoridad pública, al mismo tiempo que limita el ejercicio de la libertad de cada uno, hace posible las libertades de todos como *individuos* frente a las antiguas discriminaciones de estamento.<sup>51</sup>

Contra o antigo regime, estatualismo e individualismo se aliam. Combinam-se a ideologias dos direitos naturais individuais com a ideia de soberania da nação e do legislativo. Em razão disso, a cultura da liberdade defendida na revolução francesa é oposta ao modelo historicista, uma vez que pretende justamente romper com as práticas historicamente formadas naquele contexto<sup>52</sup>. Além disso, a revolução francesa pretendia uma organização de poderes diferente do ideal britânico. Ou seja, enquanto o modelo britânico visava a formação de um modelo de governo equilibrado e moderado (horizontal), a revolução francesa pretendia a formação de um modelo vertical, de uma Assembleia Constituinte e de um Poder Constituinte.

Pode-se identificar, em resumo e de forma genérica, como características essenciais do constitucionalismo moderno o movimento político, social e jurídico que defende: (i) a existência de um conjunto de normas superiores aos detentores do poder, como legitimação, fundação e técnica de limitação do poder<sup>53</sup>; (ii) a garantia

<sup>51</sup> FIORAVANTI, 1998, p. 58-59.

<sup>52</sup> “Para los constituyentes franceses, en aquellos momentos históricos, confiar las libertades e los derechos a la historia habría significado consentir que las prácticas sociales e institucionales del antiguo régimen continuasen ejerciendo su influencia tras la revolución; y, por ello, todo el proyecto revolucionario se construye a través de la contraposición radical al pasado del antiguo régimen, en la lucha contra la doble dimensión del privilegio y del *particularismo* y, por lo tanto, a favor de los nuevos valores constitucionales: fundamentalmente, los derechos fundamentales individuales y la soberanía de la nación.” (Ibidem, p.59)

<sup>53</sup> Karl LOEWENSTEIN ao tratar do constitucionalismo como forma de classificação dos Estados, segundo a distribuição e concentração do exercício do poder, afirma que “El Estado constitucional se base en principio de la distribución del poder existe cuando varios e independientes detentadores del poder o órganos estatales participan en la formación de la voluntad estatal. [...] El constitucionalismo caracteriza a una sociedad basada en la libertad e igualdad que funciona como Estado de derecho.” (LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1986, p. 50-51).

de determinados direitos fundamentais (de início direitos de carácter individual, como liberdade, propriedade e segurança); (iii) a divisão de poderes (funções), como verdadeira técnica de limitação do poder e garantia da liberdade; (iv) Estado de Direito.<sup>54</sup>

Como já afirmado, tais características devem ser lidas à luz dos contextos diferentes em que se consolidaram (americano, inglês e francês), os quais serviram de paradigma para os demais Estados.

Esse constitucionalismo que emergiu no contexto pós-revoluções burguesas perde espaço, no século XIX, no contexto da Europa continental, para o legalismo, para o movimento da Codificação. A Constituição passa a representar apenas uma Carta política de organização do Estado, sendo a garantia de direitos fundamentais reservada à lei infraconstitucional. Paolo COMANDUCCI explica a perda da centralidade da Constituição:

El constitucionalismo (...) es fundamentalmente una ideología, dirigida a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales, o de derechos fundamentales. Tal ideología, por un lado, tiene como transfondo habitual, aunque no necesario, el iusnaturalismo, que sostiene la tesis de la conexión identificativa entre Derecho y moral, y, por otro lado, tiene como adversario directo el positivismo ideológico. El constitucionalismo no es, sin embargo, relevante como teoría del Derecho: la teoría dominante en siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX es sin duda la positivista, y no me parece que el constitucionalismo haya nunca intentado destronar tal hegemonia con una diferente propuesta teórica.<sup>55</sup>

No contexto do pós-guerra da Europa ocidental, a grosso modo, emerge um novo momento do constitucionalismo com a promulgação das Constituições do pós-

---

Mais adiante, LOEWENSTEIN afirma que “La historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentores del poder, así como el esfuerzo de establecer una justificación espiritual, moral, ética de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a la facilidad de la autoridad existente.” (ibidem, p. 150)

<sup>54</sup> CANOTILHO, ao tratar do conceito de constituição normativa, afirma que tal conceito é atrelado ao constitucionalismo. Sendo assim, “para se tratar de uma verdadeira constituição não basta um documento. É necessário que o conteúdo desse documento obedeça aos princípios fundamentais progressivamente revelados pelo constitucionalismo.” Assim o autor define um conteúdo específico para a constituição normativa (típica do constitucionalismo moderno): “(1) deve formar um corpo de regras jurídicas vinculativas do “corpo político” e estabelecedoras de limites jurídicos ao poder, mesmo ao poder soberano (antidespotismo, antiabsolutismo). (2) esse *corpo de regras* vinculativas do *corpo político* deve ser informado por princípios materiais fundamentais, como o princípio da separação de poderes, a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, a garantia de direitos e liberdades, a exigência de um governo representativo, o controlo político e/ou judicial do poder.” (CANOTILHO, 2003, p. 1114)

<sup>55</sup> COMANDUCCI, 2003, p. 82-83.

guerra, momento este em que surgiu concomitantemente um novo paradigma de Estado e de Direito, marcados pela ideia de Supremacia material das Constituições, por Constituições analíticas e principiológicas e pela busca da reconciliação entre Estado e justiça, como se analisará no próximo capítulo.

A partir do exposto, pode-se concluir, até o presente momento, que o surgimento da ideia de Constituição, como conjunto de normas que fundam o Estado e limitam o poder, deve ser analisada de forma a atender para os diferentes contextos e suas características peculiares. Por outro lado, mesmo levando-se em consideração as peculiaridades dos contextos francês, americano e inglês, pode-se traçar algumas características comuns capazes de formar um conceito de constitucionalismo como o conjunto de movimentos que, a partir do século XVIII, surgem com o intuito de limitar o poder e garantir determinados direitos.

A partir do momento em que se forma a ideia da Constituição como sinônimo de lei (ou conjunto de normas) suprema e que funda o Estado e limita o poder, é que surge a problemática da reforma e atualização da Constituição, em especial nos países de Constituição rígida e escrita, onde se exige um procedimento mais rigoroso e solene para a reforma do texto constitucional, com vistas a garantir a supremacia da Constituição frente aos poderes constituídos. Nesse sentido, aparece também a problemática das alterações no conteúdo da Constituição e que não observam o procedimento previsto no texto constitucional, ou seja, das mutações constitucionais.

A doutrina tradicional das mutações constitucionais forma-se no contexto alemão do final do século XIX (cf. item 4.2) e está inserida em um ambiente de um constitucionalismo estatalista, em que a Constituição (escrita) de 1871 assumiu o papel de fundar o Império alemão. Nesse sentido, as primeiras teorias que constataram tais mudanças no conteúdo do Direito Constitucional, buscando explicá-las, até por influência do pensamento jurídico predominante na época (juspositivismo), basearam-se na ideia do fato consumado, ou seja, de que, situações de fato pudessem alterar o conteúdo das normas constitucionais, mesmo que contrárias ao texto constitucional (V. item 4.2).

Para uma análise mais completa do contexto em que se formou a doutrina clássica das mutações, no próximo item será analisado o paradigma de Estado em que se inserem tais doutrinas.

### 2.1.2 PARADIGMA DO ESTADO DE DIREITO

Viu-se que a doutrina clássica das mutações foi construída nas circunstâncias do constitucionalismo moderno do século XIX, especificamente do constitucionalismo estatalista alemão. Isso significa que a doutrina das mutações foi elaborada em um momento em que a Constituição tinha como condão fundar o Estado, no caso o novo Império Alemão. A Constituição era tida, portanto, muito mais como uma Carta Política de procedimentos voltados à ação estatal.

O constitucionalismo moderno, conforme caracterizado e contextualizado acima surge, inicialmente, como instrumento de limitação, legitimação e controle do Poder e garantia de direitos individuais e depois, ao longo do século XIX, no contexto da Europa continental, perde espaço para o movimento da Codificação.

Concomitantemente ao surgimento do constitucionalismo moderno é formado o paradigma de Estado de Direito Liberal.<sup>56</sup>

O paradigma de Estado de Direito liberal é formado nos fins do século XVIII, a partir das revoluções burguesas, em especial a Revolução Francesa, e se consolida no século XIX na Europa ocidental e nos Estados Unidos, conformando um Estado de Direito material, “já que a limitação jurídica do Poder se justifica em função da garantia de um núcleo de valores considerado indisponível pelo próprio Estado.”<sup>57</sup>

Assim, segundo a concepção de Jorge Reis NOVAIS, o que distingue o Estado de Direito do tipo histórico antecedente, ou seja, Estado absoluto, não é

<sup>56</sup> Nesse sentido, assinala Karl LOEWENSTEIN: “En un sentido ontológico, se deberá considerar como el *telos* de toda constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político. En este sentido, cada constitución presenta una doble significación ideológica: liberar a los destinatários del poder del control social absoluto de sus dominadores, y asignarles una legítima participación en processo del poder. Para alcanzar este propósito se tuvo que someter el ejercicio del poder político a determinadas reglas y procedimientos que debían ser respetados por los detentadores del poder. **Desde un punto de vista histórico, por tanto, el constitucionalismo, y en general el constitucionalismo moderno, es un produto de la ideologia liberal.** En la moderna sociedade de masas, el único médio practicable para hacer participar a los destinatários del poder en el processo político es la técnica de representación, que em um principio fue meramente simbólica y más tarde real.” (LOEWENSTEIN, 1986, p. 151, sem grifo no original)

ZAGREBELSKY assinala ainda que: “No cabe duda que el Estado de derecho há representado historicamente uno de los elementos básicos de las concepciones constitucionales liberales, aunque no es en absoluto evidente que sea incompatible com otras orientaciones político-constitucionales.” (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil.** Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 22.)

<sup>57</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito.** do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e democrático de Direito. Coimbra: Almedina, 2006, p. 103.

tanto uma diferente estrutura e organização dos poderes, mas a assunção da defesa e garantia de direitos naturais do homem como o fim primordial do Estado.<sup>58-59</sup>

ZAGREBELSKY, neste mesmo sentido, assevera que o século XIX é o século do Estado de Direito, o qual

[...] indica un valor y alude sólo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, pero no encierra en sí consecuencias precisas. El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre poder y derecho que constituía la quintaesencia del *Machtstaat* e del *Polizeistaat*: no más *rex facit legem*, sino *lex facit regem*.<sup>60</sup>

Segundo o modelo de Estado de Direito liberal, a validade formal dos atos estatais decorre da sua conformidade com a lei (legalidade), e a sua legitimidade, o que “verdadeiramente permita a sua qualificação como actos de um Estado de Direito”, é condicionada à conformidade material de seu conteúdo com a tábua de valores que lhe é superior.<sup>61</sup>

Essa concepção de Estado de Direito liberal (concepção de Estado de Direito material) surge como oposição da classe burguesa ao Estado absoluto, sustentada numa ideia de justiça material. A burguesia rompeu com o *ancien régime* em nome de valores que faziam do projeto liberal do Estado de Direito uma construção acentuadamente material.<sup>62</sup>

Em outras palavras, a luta pela implantação de um novo modelo de Estado (Estado de Direito) e a criação do Direito Constitucional moderno que se dão no contexto das revoluções burguesas, em especial a Revolução Francesa, objetivaram a proteção da liberdade e dos direitos fundamentais do cidadão (de início os direitos

---

<sup>58</sup> NOVAIS, 2006, p. 103.

<sup>59</sup> “O Estado, então, afirma-se como Estado de direito, não no sentido de que o direito seja a origem do Estado, mas de que o Estado encontra no direito sua justificação e seu limite racional.” (SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito constitucional**. Anotações nucleares. 1ª ed. (ano 2001), 8ª triagem. Curitiba: Juruá, 2008, p. 35.)

<sup>60</sup> ZAGREBELSKY, 1995, p. 21.

<sup>61</sup> NOVAIS, Op. cit. , p. 103.

<sup>62</sup> Ibidem, p. 104.

de cunho individual), tornando-se, tais objetivos, premissas *sine qua non* para todo e qualquer Estado.<sup>63</sup>

#### Sintetiza ZAGREBELSKY:

El sentido general del Estado *liberal* de derecho consiste en el condicionamiento de la autoridad del Estado a la libertad de la sociedad, en el marco del equilibrio recíproco establecido por la ley. Este es el núcleo central de una importante concepción del derecho preñada de consecuencias.

Assim, sucintamente, o Estado de Direito Liberal pode ser conceituado como um modelo de Estado organizado sob o primado da lei frente a Administração, a jurisdição e os cidadãos<sup>64</sup>, elaborado a partir dos ideais burgueses, cujo poder político é limitado e voltado à garantia de direitos individuais.

De forma mais apurada, ZAGREBELSKY<sup>65</sup> analisa o princípio da legalidade no paradigma de Estado de Direito Liberal europeu, e identifica duas concepções: (i) o princípio da legalidade designa que a Administração deva estar sujeita, portanto, *predeterminada* pela lei; (ii) o princípio da legalidade define que a Administração deva simplesmente estar *delimitada* por ele. O primeiro caso trata do monismo parlamentar francês, o qual significava que somente a Assembléia representava a nação e todos os demais órgãos eram simples autoridades derivadas. A ausência de leis que atribuíssem poderes à Administração pública significava para esta a impossibilidade de atuar. Já na segunda acepção, desenvolvida na Alemanha, a lei prévia, como garantia contra a arbitrariedade, era considerada somente uma

<sup>63</sup> Assim, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa de 1789, estabelece, em seu art. 16, a seguinte premissa: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”

<sup>64</sup> “El Estado liberal de derecho era un *Estado legislativo* que se afirmaba a sí mismo a través del *principio de legalidad*. El principio de legalidade, en general, expresa la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento: ni el poder de excepción del rey y de su administración, en nombre de una superior <<razón de Estado>>, ni la inaplicación por parte de los jueces o la resistencia de los particulares, en nombre de un derecho más alto (el derecho natural o el derecho tradicional) o de derechos especiales (los privilegios locales o sociales).

La primacía de la ley señala así la derrota de las tradiciones jurídicas del absolutismo e del *Ancién Régime*. El Estado de derecho y el principio de legalida suponían la reducción de derecho a la ley y la exclusión, o por lo menos la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes del derecho.” (ZAGREBELSKY, 1995, p. 24)

ZAGREBELSKY desenvolve, ainda, o princípio da legalidade na concepção do direito europeu continental e no *rule of law* inglês. (V. Ibidem, p. 24-26)

<sup>65</sup> Ibidem, p. 27.

recomendação válida “na medida em que fosse possível”, não um princípio inderrogável. Sendo assim, a ausência de leis que delimitassem os poderes das Administração comportava, em princípio, a possibilidade de perseguir livremente seus próprios fins.

De qualquer forma, seja na acepção da legalidade que define que a Administração deva estar *predeterminada* pela lei ou na acepção da legalidade que determina que Administração deva simplesmente estar delimitada por tal princípio, pode-se identifica ao menos um ponto em comum:

Aun cuando se sostuviese la existência de potestades autónomas del ejecutivo para la protección de los intereses unitários del Estado, **eso sólo podía valer en la medida en que no se produjeran contradicciones con las exigências de protección de los derechos de los particulares, la libertad y la propiedad.** Según una regla básica del Estado de derecho, **las regulaciones referentes a este delicado aspecto de las relaciones entre Estado y sociedad eran objeto de una <<reserva de ley>> que excluía la acción independiente de la Administración.** La tarea típica de la ley consistía, por consiguiente, en disciplinar los putos de colisión entre intereses públicos e intereses particulares mediante la valoración respectiva del poder público y de los derechos particulares, de la autoridad y de la libertad. (sem grifo no original)<sup>66</sup>

É, portanto, característico do Estado de Direito liberal a separação entre Estado e cidadãos e, assim, segundo esse modelo, a posição da Administração frente a lei se diferenciava essencialmente da posição dos particulares. O princípio da legalidade, aplicado à Administração, ao Estado, definia que a lei, visando justamente a proteção dos direitos dos particulares, não estabelecia que a Administração (Estado) não podia fazer, e sim, pelo contrário, o que podia. “De este modo, los poderes de la Administración, en caso de colisión con los derechos de los particulares, no se concebían como expresión de autonomía, sin que se configuraban como ejecución de autorizaciones legislativas.”<sup>67</sup>

Com relação aos particulares, o princípio da legalidade gerava uma concepção oposta: o princípio da autonomia, enquanto não transpassava o limite da lei. Ou seja, a lei não era uma norma que devia ser executada, mas sim respeitada

<sup>66</sup> ZAGREBELSKY, 1995, p. 27-28.

<sup>67</sup> Ibidem, p. 28.

como limite externo da autonomia contratual; regulação e limitação da autonomia individual, em defesa do interesse individual.<sup>68</sup>

Essa distinta posição frente a lei era a consequência de assumir, junto ao princípio da legalidade, o princípio da liberdade como pilar do Estado de Direito do séc. XIX. A proteção da liberdade exigia que as intervenções estatais fossem admitidas somente como exceção, quando viessem previstas em lei. A ausência de leis representava um impedimento para a ação dos órgãos do Estado que afetava os direitos dos cidadãos.<sup>69</sup>

Ainda com respeito ao princípio da legalidade no Estado de Direito liberal, o atributo da generalidade da lei, garantia de imparcialidade do Estado com respeito aos componentes sociais, e, por conseguinte, a igualdade jurídica. Em todas as Cartas constitucionais liberais do séc. XIX está reconhecido o princípio da igualdade da lei como defesa frente aos “privilégios” típicos da sociedade pré-liberal do Antigo Regime. Do ponto de vista do Estado de Direito, só podia chamar-se lei a norma intrinsecamente igual para todos, ou seja, a norma geral.<sup>70</sup>

Nesse contexto de organização jurídica do Estado, modelo liberal, “el principio da legalidade traducía em términos constitucionales la hegemonia de la burguesia, que se expresaba ne la Cámara representativa.”<sup>71</sup> Por outro lado, e conseqüentemente, expressava também o retrocesso de fato do Executivo e do Judiciário, que, de poderes autônomos, passaram a estar subordinados à lei. A jurisdição passa a significar mero aparato de aplicação da lei feita pelo Poder Legislativo, sem admitir-se a possibilidade de atividade criativa por parte dos juízes.

Por outro lado, na medida em que a burguesia alcançou o efetivo exercício do Poder, a caracterização do Estado de Direito material tornou-se tendencialmente incômoda, pois “proclamando o primado do homem e dos seus direitos como fulcro da organização do Estado, induzia a assunção das reivindicações de liberdade pelo *quarto-Estado*, em oposição a uma burguesia já politicamente estabelecida.”<sup>72</sup>

---

<sup>68</sup> ZAGREBELSKY, 1995, p. 28

<sup>69</sup> Idem.

<sup>70</sup> Ibidem, p. 29.

<sup>71</sup> Ibidem, p. 30

<sup>72</sup> NOVAIS, 2006, p. 105.

Deste modo, ganha espaço a concepção de Estado de Direito formal, identificado com os seus elementos formais-instrumentais, ou seja, o princípio da legalidade da Administração e da justiça administrativa, e o ideal de submissão do Estado ao Direito progressivamente reduzido à integral subordinação da Administração à lei.<sup>73</sup>

A partir de então, passa-se a valorizar os aspectos formais do Estado, afastando-se de seus elementos jusnaturalistas.

Deve-se ressaltar que, como defende Jorge Reis NOVAIS, esses dois sentidos do Estado de Direito (material e formal) não se tratam de formas alternativas de conceber a relação entre governantes e governados, mas sim de diferentes perspectivas teóricas na abordagem da mesma realidade. Os pressupostos teóricos que fundam o Estado liberal estão presentes nas duas noções, “pode-se dizer que a diferença reside *apenas* na autonomização ou acentuação de dimensões parcelares do mesmo fenómeno.” Ou seja, o que muda é que o Estado de Direito formal não prescinde dos direitos individuais proclamados pelo modelo material, mas não os entende como direitos naturais e sim como “espaços deixados à livre actuação dos indivíduos em virtude de um processo de autolimitação do poder político, de uma concessão que o próprio Estado fazia através da lei positiva.”<sup>74</sup>

Ora, o afastamento dos fundamentos jusnaturalistas do Estado deu-se, como afirmado, em função da nova posição que a burguesia assumiu perante o Estado (pós-revoluções, a classe burguesa ascende ao Poder). Com isso, o Direito Natural passou a ser visualizado como foco de instabilidade e, assim, “a burguesia transferia para o direito positivo as suas aspirações de segurança e estabilidade [...]”<sup>75</sup>.

O Estado de Direito passa, então, a ser visto como Estado legal. Desvinculada de conteúdos substantivos, a conceituação do Estado de Direito

---

<sup>73</sup> NOVAIS, 2006, p. 105.

<sup>74</sup> Ibidem, p. 108-110.

<sup>75</sup> Ibidem, p. 110.

(Estado legal) está ligada à validade formal dos atos estatais, sendo completamente indiferente aos conteúdos materiais e fins de ação do Estado.<sup>76</sup>

Com o esvaziamento da materialidade do Estado de Direito, passou-se a justificar toda e qualquer ação estatal, desde que embasada na lei. Trata-se do Estado de legalidade, o qual legitima as experiências antiliberais do séc. XX (facistas, nacistas e comunistas).<sup>77</sup>

---

<sup>76</sup> ZAGREBELSKY, 1995, p. 22.

<sup>77</sup> Neste sentido, explica Jorge Reis NOVAES: “A formalização do Estado de Direito careceria, então, da relevância que habitualmente lhe é atribuída, na medida em que os mecanismos técnico-formais não deixavam de actuar, no plano da realidade do Estado, os mesmo valores e conteúdos políticos que dava sentido à caracterização material do Estado de Direito. Porém, quando novas necessidades de manutenção do domínio pressionam a burguesia a abandonar o modelo liberal, é o próprio conceito de Estado de Direito que se encontra confrontando com o problema da sua operacionalidade num tipo de Estado que, velada ou expressamente, desvalorizava, descaracterizava ou até eliminava o pólo que considerámos como cerne essencial do conceito – a garantia de direitos fundamentais. A perspectiva forma do Estado de Direito seria então utilizada para fornecer o *álibi jurídico* ao autoritarismo. Nessa altura, quando se quebram os vínculos entre lei e garantia da liberdade, a lei positiva limita-se a constituir o <<pressuposto técnico duma atividade administrativa. A concepção do Estado de Direito abandona todos os elementos materiais para se reduzir a um esquema formal. Já não interessa indagar o que o Estado pode querer – basta verificar se que na via do direito>>. <<Casca vazia da legalidade>> (SCHEUNER) ou <<velho Estado de polícia com gola de veludo>> (GUMPLOWICZ) são, então, designações que se ajustam a um *Estado de legalidade* que perde progressivamente todas as referências explícitas ou implícitas ao objetivo último de garantia das liberdades explícitas ou implícitas ao objetivo último de garantia das liberdades e proteção dos direitos individuais. No termo desta evolução [...] encontraremos, finalmente, a ambígua convivência do conceito com regimes totalitários que sobrevêm na Europa do século XX. Porém, os gérmens deste processo – que a partir da caracterização formal do Estado de Direito evoluiria para a pretensa neutralidade do pura *Estado de legalidade* e conseqüente abertura à manipulação autoritário do conceito – podem desde logo ser localizados no século XIX.” (NOVAES, 2006, p. 112-113)

Na descrição de Paulo Ricardo SCHIER: “A conseqüência [*sic*] deste processo todo foi uma absoluta instrumentalização e esvaziamento da materialidade do Estado de Direito que, desvinculado de conteúdo axiologicamente material, passou a justificar toda e qualquer ação do Estado, desde que embasada na lei. O Estado de Direito passa a ser o Estado legal/formal,, que nega o axiológico ou os valores do Direito. O Estado torna-se o **Estado de Legalidade**, que só é Estado de Direito na medida em que atua na via do Direito, legitimando as experiências antiliberais do século XX. Essas experiências antiliberais – fascistas, nazistas ou comunistas, fundadas naquele Estado de Direito meramente formal, forma nada mais do que modos de tentar encontrar respostas às novas demandas sociais advindas com a primeira Grande Guerra e os resquícios do próprio capitalismo – questão social e todas as demais conseqüências [*sic*] do processo de industrialização” (SCHIER, 2008, p. 38, sem grifo no original)

Assim também, ZAGREBELSKY: “Dada la posibilidad de reducir el Estado de derecho a una fórmula carente de significado substantivo desde el punto de vista estrictamente político-constitucional, no es de extrañar que en la época de los totalitarismos de entre-guerras se pudiese originar una importante y reveladora discusión sobre la posibilidad de definir tales regímenes como <<Estados de derecho>>. Un sector de la ciência constitucional de aquel tiempo tenía interés en presentarse bajo um aspecto <<legal>>, enlazando así con la tradición decimonónica. Para los regímenes totalitários se trataba de cualificarse no como una fractura, sino como la culminación en la legalidade de las premissas del Estado decimonónico. Para los juristas de la continuidad no existían dificultades. Incluso llegaron a sostener que los regímenes totalitários eran la <<restauración>> - tras la perdida de autoridade de los regímenes liberales que siguió a su democratización - del Estado de derecho como Estado que, según su exclusiva voluntad expressada en la ley positiva, actuaba para imponer eficacia el derecho en las relaciones sociales, frente a las tendencias a la ilegalidade alimentadas por la fragmentación y la anarquía social. (ZAGREBELSKY, 1995, p. 22)

Com um conceito tal de Estado de Direito, carente de conteúdos, produzia-se, assim, um esvaziamento que as funções e fins do Estado. O qualificativo do Estado de direito podia ser aplicado a qualquer situação em que se excluísse a eventual arbitrariedade pública e privada e garantisse o respeito a lei, qualquer que esta fosse. Ao final, todos os Estados, enquanto situações dotadas de uma ordem jurídica, deviam ser chamados genericamente de “direito”. Inverteu-se o uso da noção de Estado de Direito, apartando-a de sua origem liberal e ao ponto de vinculá-la a dogmática do Estado totalitário.<sup>78</sup>

Deste modo, pode-se traçar como características do Estado Legalista do século XIX: (i) a desvinculação do direito com a moral; (ii) as fontes do direito resumem-se à lei; (iii) a supremacia formal das constituições, o que significa que as constituições funcionam como *norma normarum*, cartas procedimentais que determinam a elaboração das demais leis do ordenamento jurídico; (iii) perspectiva formal do direito, a licitude é verificada na lei formalmente válida.

Constrói-se um conceito mais jurídico, científico (KELSEN<sup>79</sup>), de Estado, desvinculado de conteúdos materiais, do que ideológico. A Constituição passou a espelhar toda e qualquer organização política, não só aquela do liberalismo.

Portanto, viu-se que o paradigma de Estado que emergiu concomitantemente ao constitucionalismo moderno foi do Estado de Direito liberal, marcado fortemente pela ideologia burguesa, cujo fundamento teórico se dava no justanaturalismo. A Constituição assumiu, nesse contexto, o papel de limitar o exercício do poder estatal e garantir, conseqüentemente, determinados direitos individuais. De início, esse modelo de Estado de Direito surge como um Estado de Direito material, uma vez que visava a garantia de determinados direitos naturais. Ao longo do século XIX, esse modelo de Estado, sob a influência das correntes juspositivistas, passou a ter uma nova fundamentação que não era a do Direito Natural, mas do Direito Positivo, formando-se o Estado de Direito formal. Esse paradigma de Estado caminhou para um esvaziamento do conteúdo material, culminando no paradigma de Estado legal, no qual a Constituição assume o papel

---

<sup>78</sup> ZAGREBELSKY, 1995, p. 22-23.

<sup>79</sup> Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

de Carta política que regula procedimentos estatais e perde espaço para a lei, para os Códigos.

Assim, a partir desse panorama, vê-se que a teoria clássica das mutações constitucionais, que foi construída na Alemanha, no final século XIX, deve ser analisada dentro de um paradigma de Estado em que a Constituição assume papel de regular procedimentos ao Poder Público, mas que não assume, como papel primordial, a garantia de direitos fundamentais, uma vez que tais direitos eram definidos em lei. Como se verá adiante, as mutações constatadas por LABAND e JELLINEK referiam-se a questões de Estado e eram justificadas pela força dos fatos, ou pelas necessidades políticas, mesmo que tais fatos contrariassem o texto constitucional.

### 2.1.3 POSITIVISMO JURÍDICO NORMATIVISTA<sup>80</sup>

O ambiente teórico e filosófico que deu bases à consolidação do tipo de Estado de Direito Legal é o positivismo.<sup>81-82</sup>

---

<sup>80</sup> A fim de se abordar o positivismo jurídico enquanto teoria e epistemologia do direito predominantes no momento anterior ao constitucionalismo do pós-guerra, será utilizado como marco teórico principal a teoria elaborada e sistematizada por Hans Kelsen na Teoria Pura do Direito, portanto o positivismo normativista clássico. O corte metodológico é necessário, uma vez que, mesmo dentre os denominados “positivistas” existem muitas divergências, veja-se, por exemplo, o positivismo contemporâneo de Hebert L. A. HART e pós HART. Sobre as formas de positivismo contemporâneo e o debate com o neoconstitucionalismo, ver: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susana. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: As facas da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006.

Ainda se deve atentar para uma questão histórica essencial, a teoria clássica das mutações formou-se no final do século XIX, portanto, antes mesmo da elaboração da Teoria Pura do Direito. Por outro lado, optou-se por utilizar como marco teórico o positivismo normativista kelseniano pelos seguintes motivos: 1) pela sistematização feita pela própria teoria pura do direito sobre as questões sobre o Direito e o Estado, numa visão do direito positivo; 2) pelo fato de que o juspositivismo normativista kelseniano ter sido a teoria positivista que mais se difundiu no século XX; 3) para contrapor alguns aspectos da teoria pura a algumas características do constitucionalismo do pós-guerra, principalmente no que concerne as normas constitucionais principiológicas, as quais dão azo às mutações constitucionais.

<sup>81</sup> “La concepción del derecho propia del Estado de derecho, del principio de legalidade y del concepto de ley del que hemos hablado era el <<positivismo jurídico>> como *ciencia de la legislación positiva*.” (ZAGREBELSKY, 1995, p. 33)

<sup>82</sup> A emergência do positivismo jurídico é identificado com a consolidação do Estado Liberal burguês. Historicamente, pode-se identificar como fatores principais que caracterizaram a emergência do positivismo jurídico: monismo (a lei como única fonte do direito) e processo de codificação (para tanto

Segundo Norberto BOBBIO (1909), o positivismo jurídico pode ser abordado sob três aspectos: a) como um “certo modo de abordar o estudo do direito”, ou seja como um método, uma epistemologia do direito; b) como “uma certa teoria do direito”, ou seja, o positivismo enquanto teoria geral do direito, teoria das normas jurídicas e do sistema normativo e c) como “uma certa ideologia do direito”.<sup>83-84</sup>

Enquanto método, epistemologia, ou “modo de abordar, de encarar o direito”<sup>85</sup>, a corrente juspositivista, compreende o direito enquanto conjunto de normas postas pelo Estado<sup>86</sup>. Ao jurista cabe simplesmente aplicar a lei ao caso concreto, num movimento quase automático, de subsunção do fato à norma jurídica.

Hans KELSEN (1881) procura formular uma teoria geral do Direito Positivo e definir o Direito enquanto ciência jurídica. Assim, KELSEN define que a Teoria Pura do Direito<sup>87</sup> propõe-se a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito,

---

ver: BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de filosofia do direito. Tradução e notas de Márcio Publiesi. São Paulo: Ícone, 2006).

“Vale dizer, ainda, que no momento histórico de consolidação do Estado Liberal, essa racionalidade lógico-dedutiva era perfeitamente compatível com os ideais da burguesia emergente que necessitava de segurança nas decisões judiciais a fim de preservar a nova ordem política que, de resto, já se legitimava através do ideário do positivismo jurídico formalista. A metodologia lógico-dedutiva se tornou, então, uma verdadeira coordenada do jusnormativismo e passou a operar no interior de uma ordem jurídica positiva fechada e abstrata, composta de regras de direito escrito, a fim de satisfazer as exigências de uniformidade, hierarquia e coerência (requisito da igualdade formal) necessárias à *pax burguesa*. Nesse contexto, a idéia [*sic*] de sistema no direito se torna um instrumento útil na defesa do monismo jurídico estatal e na contemplação dos dogmas da onipotência do legislador, da completude do direito e da certeza na decisão judicial, tudo isso atrelado ao racionalismo jurídico própria da filosofia da consciência. Nota-se, inclusive, que as grandes codificações francesas e alemãs do século XIX surgem como resultado dessa nova perspectiva. Contudo, é no século XX que esse tema ganha predominância no debate jurídico, período no qual Hans Kelsen, Norberto Bobbio e Herbert Hart se destacam como teóricos da noção de sistema de direito como uma teoria do ordenamento...” (MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional**. A decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido. Florianópolis: Habitus Editora, 2008, p. 62)

<sup>83</sup> BOBBIO, 2006, p. 133-134.

<sup>84</sup> Interessa para este estudo a abordagem do positivismo jurídico enquanto epistemologia do direito e enquanto teoria geral do direito.

<sup>85</sup> BOBBIO, Op. Cit., p. 131.

<sup>86</sup> Segundo BOBBIO, “o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo.” O direito positivo trata do “direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, isto é, como ‘lei’. Logo o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva – ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente – do direito, e seu resultado último é apresentado pela codificação.” (ibidem, p. 119)

<sup>87</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Primeira edição publicada em 1934, sob o título *Reine Rechtslehre*. A segunda edição da Teoria Pura, reformulada, apareceu em 1960. A teoria pura também é tratada na obra “**Teoria geral do direito e do estado**”

excluindo do seu conhecimento tudo o que não diz respeito a seu objeto. “Isto quer dizer que ela [Teoria Pura] pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o princípio metodológico fundamental.”<sup>88-89</sup> A preocupação do autor justifica-se na medida em que até então o Direito tinha sido tratado como uma ciência autônoma (século XIX e XX), com objeto próprio, estando sempre atrelado à psicologia, à ética e à filosofia política.<sup>90</sup>

Assim, a partir da constatação do sincretismo metodológico que obscure a ciência jurídica, KELSEN busca explicar o direito como uma ciência, e com isso, identificar seu objeto próprio<sup>91</sup>, a fim de se responder a seguinte questão: Afinal, o que é o direito?<sup>92-93</sup>

Primeiramente, KELSEN preocupa-se em definir o Direito como fenômeno social, excluindo o Direito das ciências naturais. Deste modo, o Direito cuida de atos, condutas humanas, atribuindo a elas uma significação jurídica, o que origina o

---

(KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000) publicada inicialmente no ano de 1945, com o título “*General Theory of Law and State*”.

<sup>88</sup> KELSEN, 1999, p. 1.

<sup>89</sup> Em outra obra, KELSEN novamente observa que: “Quanto esta doutrina [teoria geral do direito positivo] é chamada de ‘teoria pura do Direito’, pretende-se dizer com isso que ela está sendo conservada livre de elementos estranhos ao seu método específico de uma ciência cujo único propósito é a cognição do Direito, e não sua formação.” (KELSEN, 2000, p. XXVIII.)

<sup>90</sup> KELSEN, 1999, p. 1.

<sup>91</sup> “Uma teoria do Direito deve, antes de tudo, determinar conceitualmente o seu objeto.” (Ibidem, p. 21)

<sup>92</sup> “Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.” (Ibidem, p. 1) Em outra obra, reafirma o autor: “Uma ciência que precisa descrever o seu objeto tal como ele efetivamente é, e não prescrever como ele deveria ser do ponto de vista de alguns julgamentos de valor específicos. Este último é um problema da política, e, como tal, diz respeito à arte do governo, uma atividade voltada para valores, não um objeto da ciência, voltada para a realidade.” (KELSEN, 2000, p. XXVIII)

<sup>93</sup> KELSEN utiliza então de um corte metodológico. Segundo interpretação de André Parmo FOLLONI, a “teoria pura do direito admite como pressuposto que o corte metodológico pode ser utilizado também no estudo do direito”. Nesse sentido, “assumindo a complexidade do direito enquanto objeto real, tenta eliminá-la no plano de seu conhecimento. O direito enquanto objeto é impuro; a teoria do direito pode, contudo, ser pura. Nesse sentido o direito é ontologicamente complexo e formado por vários aspectos. Epistemologicamente, contudo, pode ser estudado apenas o aspecto normativo.” (FOLLONI, André Parmo. A teoria pura do direito de Hans Kelsen. *in*: OPUSZKA, Paulo Ricardo; CARBONERA, Silvana Maria (organizadores). **Direito moderno e contemporâneo**. Perspectivas críticas. Pelotas: Delfos, 2008, p. 147)

denominado “fato jurídico”. Assim, enquanto ciência social, e não natural, o Direito rege condutas humanas, atribuindo a elas uma significação jurídica (significado objetivo do ato, pois é dado pelo ordenamento jurídico e não pelo próprio sujeito). Isso significa que o Direito constitui-se em ciência do dever ser (como ciência prescritiva e imputativa, portanto), que se difere das ciências da natureza, pois estas preocupam-se em descrever um fenômeno tal qual ele se manifesta (ciências descritivas), numa relação de causalidade.<sup>94</sup>

A Teoria Pura do Direito ao definir o que é o Direito, depura<sup>95</sup>, filtra, purifica o Direito das ciências em que costumeiramente vinha atrelado, ou seja, da filosofia da justiça (e da política) e da sociologia<sup>96</sup>. O Direito se distingue da filosofia jurídica, da política e da moral porque deseja conhecer o Direito como ele é (assim como faz a toda ciência com seu objeto) e não como deve ou deveria ser (numa perspectiva valorativa, na qual se encaixam a filosofia, a ciência política e a moral). Da sociologia e da psicologia, o direito distingue-se pelas características de causalidade e imputação, ser e dever-ser.

---

<sup>94</sup> “[...] a realidade para a qual está voltada a ciência do Direito não é a realidade da natureza, que constitui o objeto de uma ciência natural. Se é necessário separar a ciência do Direito da política, não é menos necessário separá-la da ciência natural. Uma das tarefas mais importantes de uma teoria geral do Direito é determinar a realidade específica do seu objeto e demonstrar a diferença que existe entre a realidade jurídica e a realidade natural. A realidade específica do Direito não se manifesta na conduta efetiva dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica. Esta conduta pode ou não estar em conformidade com a ordem cuja existência é a realidade em questão. A ordem jurídica determina o que a conduta dos homens deve ser. É um sistema de normas, uma ordem normativa. A conduta dos indivíduos, tal como ela é efetivamente, é determinada por leis da natureza de acordo com o princípio da causalidade. Isto é a realidade natural. E na medida em que a sociologia lida com a sua realidade tal como determinada por leis causais, a sociologia é um ramo da ciência natural. A realidade jurídica, a existência específica do Direito, manifesta-se num fenômeno designado geralmente como positividade do Direito. O objeto específico de uma ciência jurídica é o Direito positivo ou real, em contraposição a um direito ideal, objeto da política.” (KELSEN, 2000, p. XXVIII-XXIX)

<sup>95</sup> Sobre as depurações elaboradas pela teoria pura, ver esclarecedora e didática exposição de Antonio Luis MACHADO NETO. (MACHADO NETO, Antonio Luis. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 43-44)

<sup>96</sup> “Boa parte da jurisprudência tradicional é caracterizada por uma tendência para confundir a teoria do Direito positivo com as ideologias políticas disfarçadas ou de especulação metafísica sobre a justiça ou de doutrina jusnaturalista. Ela confunde a questão da essência do Direito – isto é, a questão do que o Direito realmente é – com a questão do que ele deveria ser. Ela tende mais ou menos a identificar Direito e Justiça. Por outro lado, algumas teorias de jurisprudência mostram uma tendência a fronteira que separa a teoria das normas jurídicas que regulam a conduta humana de uma ciência que explica em termos causais a conduta humana efetiva, uma tendência que resulta do fato de se confundir a questão de como os homens devem se conduzir juridicamente com a questão de como os homens se conduzem de fato e de como provavelmente se conduzirão no futuro. [...] Apenas separando a teoria do direito de uma filosofia da justiça, assim como da sociologia, é possível estabelecer uma ciência específica do Direito.” (KELSEN, Op. Cit., p.XXX)

A sociologia e a psicologia constituem-se em ciências do ser, pois definem o efetivo comportamento dos homens, atentando para os porquê causais condicionadores dessa conduta. A sociologia e a psicologia são, portanto, ciências explicativas. Já a ciência do Direito, é colocada no plano do dever-ser, que busca conhecer as normas que dão sentido à conduta humana. O Direito é, pois, uma ciência normativa, que se preocupa com o estudo de como são as normas efetivamente postas pelo Estado.

Já a ciência política, a filosofia jurídica e a moral preocupam-se com ideias de governo e de justiça. Tais perspectivas preocupam-se como deveriam ser o Direito, confundindo o Direito com ideologias políticas<sup>97-98</sup>. Nesse sentido, a ciência do direito deve ser livre de quaisquer julgamentos valorativos, morais ou políticos, se pretende-se ser neutra e universal<sup>99</sup>. A ciência do direito, o conhecimento jurídico

---

<sup>97</sup> Nessa perspectiva também, KELSEN distingue o Direito positivo do Direito natural: “O objeto específico de uma ciência jurídica é o Direito positivo ou real, em contraposição a um Direito ideal, objeto da política.” Mais adiante continua o autor: “Boa parte da jurisprudência tradicional é caracterizada por uma tendência para confundir a teoria do Direito positivo com ideologias políticas disfarçadas ou de especulação metafísica sobre a justiça ou de doutrina jusnaturalista. Ela confunde a questão da essência do Direito – isto é, a questão do que o Direito realmente é – com a questão do que ele deveria ser. [...] Apenas separando a teoria do Direito de uma filosofia da justiça, assim como da sociologia, é possível estabelecer uma ciência específica do Direito. [...] É precisamente por seu caráter antideológico que a teoria pura do Direito prova ser uma verdadeira ciência do Direito. A ciência por cognição tem sempre a tendência imanente de revelar o seu objeto. Mas a ideologia política encobre a realidade, seja transfigurando-a a fim de conservá-la ou defendê-la, seja desfigurando-a a fim de atacá-la, destruí-la ou substituí-la por outra realidade. Toda ideologia política tem a sua razão na volição, não na cognição, no elemento emocional da nossa consciência, não no racional; ela se origina de certos interesses, ou, antes, de outros interesses que não o da verdade.” Em contrapartida, alerta o próprio autor que a ciência do direito, neutra das influências ideológicas, tem melhor chance de reconhecimento num período de equilíbrio social. Por isso, ele mesmo considera sua teoria extemporânea (tendo em vista o contexto político e social em que foi escrita), mas que se propôs a escrever essa Teoria Geral do Direito e do Estado na crença de que no mundo anglo-americano as ideias tem mais apreço que o poder; assim também porque na esperança de que “mesmo no continente europeu, após a sua libertação da tirania política, a geração mais jovem será conquistada pelo ideal de uma ciência do Direito independente...” (KELSEN, 1998, p. XXX-XXXIII) Sobre a justiça como subjetivo de valor ver KELSEN, 1998, p. 9-21.

<sup>98</sup> Nesse sentido também, mas em outra perspectiva, ao tratar do positivismo jurídico como um modo de abordar o Direito, BOBBIO identifica que “o positivismo jurídico responde a este problema considerando o *direito como um fato e não como um valor*. O direito é considerado um conjunto de fatos, de fenômenos ou dados sociais em tudo análogos àqueles do mundo natural; o jurista, portanto, deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, sito é, privado de qualquer conotação valorativa ou ressonância emotiva: o direito é tal que prescinde do fato de ser bom ou mau, de ser valor ou desvalor. Desse comportamento deriva uma particular *teoria da validade do direito*, dita teoria do formalismo jurídico, na qual a validade do direito se funda em critérios que concernem unicamente à sua estrutura formal [...] prescindindo do seu conteúdo; segundo o positivismo jurídico, a afirmação da validade de uma norma jurídica não implica também na afirmação de seu valor.” (BOBBIO, 2006, p. 131)

<sup>99</sup> KELSEN, 2000, p. 8.

puro, se volta apenas para as normas jurídicas positivas, reguladoras de condutas humanas. KELSEN promove aí não somente um corte epistemológico, mas também um corte axiológico, que afirma a neutralidade valorativa do direito.

O conhecimento jurídico dirige-se às normas jurídicas, as quais conferem a determinados fatos o caráter de atos jurídicos (ou antijurídicos). Assim, define KELSEN, que “o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, **um sistema de normas que regulam o comportamento humano**” (sem grifo no original)<sup>100</sup>. O Direito é visto como um conjunto, um sistema de regras<sup>101</sup>. O “direito *posto* equivale à conduta descrita na norma, ao conteúdo da norma.” A norma jurídica corresponde a um *dever-ser*, o qual enuncia uma atribuição uma ordem, uma permissão, uma atribuição de um poder ou competência. Por sua vez, o *ser* corresponde à conduta fática efetiva. E assim, é o significado jurídico atribuído pelo Direito que transforma determinado fato em um ato jurídico lícito ou ilícito e não a sua facticidade, seu ser natural.

Para KELSEN<sup>102</sup>,

O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, é recebido pelo fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, de forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa.

A norma jurídica<sup>103</sup> empresta ao ato o significado de um ato jurídico, por meio da interpretação jurídica. Noutras palavras, um fato só se torna jurídico a partir

---

<sup>100</sup> KELSEN, 2000, p. 8.

<sup>101</sup> Ibidem p. 5.

<sup>102</sup> KELSEN, 1999, p. 3-4.

<sup>103</sup> “Com o termo ‘norma’ se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira.” (KELSEN, 1999, p. 4)  
 “‘Norma’ é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém. Neste ponto é importante salientar que a norma, como o sentido específico de um ato intencional dirigido à conduta de outrem, é qualquer coisa de diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui. Na verdade, a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser. Por isso, a situação fática perante a qual nos encontramos na hipótese de tal ato tem de ser descrita pelo enunciado seguinte: um indivíduo quer que o outro se conduza de determinada maneira. A primeira parte refere-se a um ser, o ser fático do ato de vontade; a segunda parte refere-se a um dever-ser, a uma norma como sentido do ato.” (Ibidem, p. 5)

do momento que, através da interpretação, ele se encaixa no esquema normativo. “Isso significa dizer, em suma, que o conteúdo de um acontecer fático coincide com o conteúdo de uma norma que consideramos válida.”<sup>104</sup>

Neste ponto, vale ressaltar que a “**teoria pura do direito estuda a estrutura formal das normas e dos ordenamentos em geral**, e não o conteúdo material de uma norma específica ou de um ordenamento determinado.”<sup>105</sup>

Enquanto teoria geral do direito, a Teoria Pura do Direito trata-se de uma teoria do Direito positivo em geral, do Direito posto pela Estado. Essa teoria, como afirmado, volta-se ao estudo das normas e dos sistemas que as contêm. Com a teoria pura, KELSEN pretende formular uma teoria geral do Direito positivo aplicável em qualquer ordenamento em particular.

KELSEN propõe o estudo das normas e do sistema jurídico sobre duas perspectivas: estático e dinâmico. Sob o ponto de vista estático, essa teoria volta-se à norma e ao sistema como está num dado momento. Sob o ponto de vista dinâmico, a teoria pura busca verificar como se produz o direito no tempo.<sup>106</sup>

Sob a perspectiva da teoria estática do direito, a teoria pura preocupa-se com a norma e o sistema que a contém. Nesse sentido, KELSEN desenvolve a concepção de norma jurídica como uma sanção atrelada a um pressuposto, que o ilícito.

---

<sup>104</sup> KELSEN, 1999, p. 4.

<sup>105</sup> FOLLONI, *in*: OPUSZKA, 2008, p. 150.

<sup>106</sup> “Conforme o acento é posto sobre um ou sobre o outro elemento desta alternativa: as normas reguladoras da conduta humana ou a conduta humana regulada pelas normas, conforme o conhecimento é dirigido às normas jurídicas produzidas, a aplicar ou a observar por atos de conduta humana ou aos atos de produção, aplicação ou observância determinados por normas jurídicas, podemos distinguir uma teoria estática e uma teoria dinâmica do Direito. A primeira tem por objeto o Direito como um sistema de normas em vigor, o Direito no seu momento estático; a outra tem por objeto o processo jurídico em que o Direito é produzido e aplicado, o Direito no seu movimento. Deve, no entanto, observar-se, a propósito, que este mesmo processo e, por sua vez, regulado pelo Direito. E, com efeito, uma característica muito significativa do Direito o ele regular a sua própria produção e aplicação. A produção das normas jurídicas gerais, isto é, o processo legislativo, é regulado pela Constituição, e as leis formais ou processuais, por seu turno, tomam à sua conta regular a aplicação das leis materiais pelos tribunais e autoridades administrativas. Por isso, os atos de produção e de aplicação (que, como veremos, também é ela própria produção)<sup>4</sup> do Direito, que representam o processo jurídico, somente interessam ao conhecimento jurídico enquanto formam o conteúdo de normas jurídicas, enquanto são determinados por normas jurídicas. Desta forma, também a teoria dinâmica do Direito é dirigida a normas jurídicas, a saber, àquelas normas que regulam a produção e a aplicação do Direito. (KELSEN, 2000, p. 50-51)

Ao descrever o Direito enquanto ordem social, KELSEN diferencia-o de outras ordens sociais pelo fato de que o Direito prescreve determinada conduta e imediatamente vincula à conduta oposta uma sanção. Em resumo, o Direito prescreve determinada conduta, um dever ser, e conseqüentemente liga uma sanção à conduta oposta.<sup>107</sup> A sanção tem o caráter de um ato de coerção, na medida em que pode ser aplicada mesmo em caso de resistência, através do recurso da força.<sup>108</sup>

Assim, o Direito apresenta-se como ordem da conduta humana, o que significa que as normas de uma ordem jurídica tem como objeto regular a conduta humana. Por outro lado, o que diferencia a Ciência jurídica das demais ciências sociais, a ordem jurídica das demais ordens sociais, como a moral, é que o Direito é uma ordem coativa, no sentido de que reage contra situações consideradas indesejáveis.<sup>109</sup>

As ordens normativas, portanto, exigem uma determinada conduta humana na medida que ligam à conduta oposta um ato de coerção dirigido à pessoa que assim se conduz. Essa conduta, que é pressuposto para a aplicação da sanção é, para a teoria pura, um ilícito, proibida, portanto, para o ordenamento jurídico<sup>110</sup>. Com

---

<sup>107</sup> “Com isto já se afirma que a conduta condicionante da sanção é proibida e a conduta oposta é prescrita. O ser-devida da sanção inclui em si o ser-proibida da conduta que é o seu pressuposto específico e o ser prescrita da conduta oposta.” (KELSEN, 1999, p. 17)

Noutra parte, esclarece ainda o conceito de sanção: “Finalmente, o conceito de sanção pode ser estendido a todos os atos de coerção estatuídos pela ordem jurídica, desde que com ele outra coisa não se queria exprimir se não que a ordem jurídica, através desses atos, reage contra uma situação de fato socialmente indesejável e, através desta reação, define a indesejabilidade dessa situação de fato.” (Ibidem, p. 28)

<sup>108</sup> “Uma outra característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas - particularmente contra condutas humanas indesejáveis - com um ato de coação, isto é, com um mal - como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros -, um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário empregando até a força física - coativamente, portanto. Dizer-se que, com o ato coativo que funciona como sanção, se aplica um mal ao destinatário, significa que este ato é normalmente recebido pelo destinatário como um mal. [...]Dizer que o Direito é uma ordem coativa significa que as suas normas estatuem atos de coação atribuíveis à comunidade jurídica.” (KELSEN, 1999, p. 23)

<sup>109</sup> Ibidem, p. 23.

<sup>110</sup> “ Se uma ordem normativa prescreve uma determinada conduta apenas pelo fato de ligar uma sanção à conduta oposta, o essencial da situação de fato é perfeitamente descrito através de um juízo hipotético que afirme que, se existe uma determinada conduta, deve ser efetivado um determinado ato de coação. Nesta proposição, o ilícito aparece como um pressuposto (condição) e não como uma negação do Direito; e, então, mostra-se que o ilícito não é um fato que esteja fora do Direito e contra o Direito, mas é um fato que está dentro do Direito e é por este determinado, que o Direito, pela sua própria natureza, se refere precisa e particularmente a ele. Como tudo o mais,

isso, as normas jurídicas autorizam, pela sua não observação, determinado indivíduo a aplicar a outro um ato coativo como sanção.<sup>111</sup>

O caráter da coerção do dever-ser, seu sentido objetivo, exprime que a conduta a que o ato intencionalmente se dirige é considerada como obrigatória (devida). “Então, e só então, o dever-ser, como dever ser ‘objetivo’, é uma ‘norma válida’ (vigente), vinculando os destinatários.[...]”. Ressalte-se, somente quando há um sentido objetivo (obrigatoriedade mesmo sem vontade de agir conforme a norma e mesmo com desconhecimento da existência da norma) é que a norma vincula, impõe ou atribuiu uma conduta.<sup>112</sup>

A Constituição é que empresta ao ato legislativo o sentido objetivo, ou seja, a obrigatoriedade de cumprimento da norma jurídica, do ato legislativo, deriva da Constituição. “Portanto, [...] é ainda e apenas de uma norma de dever-se que deflui a validade da norma segunda a qual esse outrem se deve conduzir em harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade.”<sup>113</sup>

Quanto à relação entre norma jurídica e valor, KELSEN<sup>114</sup> estabelece que “apenas um fato da ordem do ser pode, quando comparado com uma norma, ser julgado valioso ou desvalioso, ter um valor positivo ou negativo.” Ora, “as normas que constituem fundamento dos juízos de valor são estabelecidas por atos de uma vontade humana, e não de uma vontade supra-humana, os valores através delas

---

também o ilícito (não-Direito) juridicamente apenas pode ser concebido como Direito. Quando se fala de conduta “contrária”-ao-Direito, o elemento condicionante é o ato de coação; quando se fala de conduta “conforme”-ao-Direito, significa-se a conduta oposta, a conduta que evita o ato de coação.” (KELSEN, 1999, p. 79-80)

<sup>111</sup> “Na medida em que o ato de coação estatuído pela ordem jurídica surge como reação contra a conduta de um indivíduo pela mesma ordem jurídica especificada, esse ato coativo tem o caráter de uma sanção e a conduta humana contra a qual ele é dirigido tem o caráter de uma conduta proibida, antijurídica, de um ato ilícito ou delito... Dizer que o Direito é uma ordem coativa não significa que pertença à essência do Direito ‘forçar’ (obter à força) a conduta conforme o Direito, prescrita pela ordem jurídica. Esta conduta não é conseguida à força através da efetivação do ato coativo, pois o ato de coação deve precisamente ser efetivado quando se verificar, não a conduta prescrita, mas a conduta proibida, a conduta que é contrária ao Direito. Precisamente para este caso é que é estatuído o ato coativo, que funciona como sanção.” (Ibidem, p. 24)

<sup>112</sup> Ibidem, p. 5-6.

<sup>113</sup> Ibidem, p. 6.

<sup>114</sup> Ibidem, p. 12-13.

constituídos são arbitrários.” E assim, a conduta que corresponde à norma tem um valor positivo, a conduta que contraria a norma tem um valor negativo.<sup>115</sup>

Para KELSEN<sup>116</sup>, “as normas legisladas pelos homens - e não uma entidade supra-humana – apenas constituem valores relativos.” E assim uma norma jurídica não é verdadeira ou falsa (como as normas morais, religiosas) mas apenas válidas ou inválidas. É esse o juízo de valor que se emite ao analisar uma norma jurídica.

Deste modo, o juízo de valor admissível em relação a uma norma jurídica seria o juízo de valor objetivo<sup>117</sup>, em que se faz a relação de uma conduta humana com uma norma objetivamente válida.

Vistos esses caracteres essenciais da teoria estática do direito<sup>118</sup>, passa-se a analisar algumas questões fundamentais da teoria dinâmica, que servirão de pressupostos para a compreensão da teoria do direito predominante anterior ao neoconstitucionalismo.

Como afirmado, a perspectiva dinâmica do estudo do direito analisa a produção e aplicação das normas jurídicas. Nessa perspectiva, KELSEN analisa a questão da validade da norma jurídica, da norma fundamental pressuposta, do sistema dinâmico escalonado, o conflito de normas e a relação entre validade e eficácia da norma jurídica, a relação entre criação e aplicação do direito, e a hermenêutica.

Para a teoria pura do Direito, validade significa a vinculação da norma, ao fato de ser de observância obrigatória<sup>119</sup>. Mas só será válida uma norma que for elaborada de acordo com uma norma que lhe é superior e lhe serve de fundamento. Trata-se de uma validade formal, no sentido de ser considerada válida apenas uma

---

<sup>115</sup> Segundo KELSEN, “o juízo segundo o qual uma conduta real é tal como deve ser, de acordo com uma norma objetivamente válida, é um juízo de valor, e, neste caso, um juízo de valor positivo. Significa que a conduta real é “boa”. O juízo, segundo o qual uma conduta real não é tal como, de acordo com uma norma válida, deveria ser, porque é o contrário de uma conduta que corresponde à norma, é um juízo de valor negativo.” (KELSEN, 1999, p. 12)

<sup>116</sup> Ibid, p. 13.

<sup>117</sup> Os juízos de valor que expressam um valor subjetivo traduzem no fato de que uma ou várias pessoas desejam ou querem essa conduta ou o seu oposto, especialmente no fato de que aprovam ou desaprovam determinada conduta humana.

<sup>118</sup> Na perspectiva estática, a teoria pura analisa o conceito de direito subjetivo, relação jurídica, normas não autônomas, temas que não interessam para o presente trabalho.

<sup>119</sup> “Dizer que uma norma que se refere à conduta de um indivíduo “vale” (é “vigente”), significa que ela é vinculativa, que o indivíduo se deve conduzir do modo prescrito pela norma.” (Ibidem, p. 135)

norma elaborada conforme o procedimento previsto em uma que lhe é superior.<sup>120</sup> Para a teoria pura, toda norma criada de acordo com o prescrito na norma superior é norma válida. Nesse sentido, diante da não observância do prescrito na norma superior, a norma inferior nem existe juridicamente. A validade e a existência são equivalentes, portanto, para a teoria pura.<sup>121</sup>

Em razão disso, o sistema normativo na teoria pura é um sistema escalonado de normas, as quais se relacionam pelo princípio da supra e infra ordenação. Assim, por exemplo, uma sentença que determina a execução de uma obrigação fundamenta-se num contrato entre as partes, esse por sua vez, num dispositivo legal, a lei se fundando na constituição que ela aplica, constituição que, por sua vez, pode ter sido reformada de acordo com dispositivos de uma anterior constituição e daí remontado até a primeira constituição positiva. Neste ponto, em que já não se encontraria norma alguma positiva para fundamentar a primeira constituição positiva, KELSEN formula o conceito de norma fundamental pressuposta, ou também denominada de norma hipotética fundamental.<sup>122</sup>

O sistema jurídico, para KELSEN, é um sistema dinâmico e não estático. Isso porque, o sistema estático seria aquele baseado em normas que derivam de outras em razão de seu conteúdo e, assim, a conduta prescrita é evidente e inquestionável<sup>123</sup>, como por exemplo acontece com uma norma religiosa.<sup>124</sup> Já o que

---

<sup>120</sup> “O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior.” (KELSEN, 1999, p. 135)

<sup>121</sup>

<sup>122</sup> “Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (Grundnorm).” (Ibidem, p. 136)

<sup>123</sup> “Só que a norma de cujo conteúdo outras normas são deduzidas, como o particular do geral, tanto quanto ao seu fundamento de validade como quanto ao seu teor de validade, apenas pode ser considerada como norma fundamental quando o seu conteúdo seja havido como imediatamente evidente.” (Ibidem, p. 137)

<sup>124</sup> KELSEN rejeita a possibilidade de haver uma norma de conteúdo evidente e inquestionável, uma vez que isso só seria possível se essa norma fosse obtida por meio da razão. Isso é insustentável, uma vez que, para o autor, a função da razão é conhecer e não querer e o estabelecimento de

caracteriza o sistema dinâmico é o fato de que o último fundamento de validade (norma pressuposta) não determina o conteúdo das demais normas, mas apenas a obrigatoriedade em cumpri-las, limitando-se a delegar a autoridade legisladora. Neste caso, a norma que constitui o ponto de partida da questão não vale por força do seu conteúdo, ela não pode ser deduzida da norma pressuposta através de uma operação lógica. Ela deve ser posta um ato da autoridade competente.<sup>125</sup> “Uma norma pertence a um ordenamento que se apóia numa tal norma fundamental porque é criada pela forma determinada através dessa norma fundamental - e não porque tem um determinado conteúdo.”<sup>126</sup>

Em razão disso, para a teoria pura, o sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico, pois uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada - em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta.<sup>127</sup>

Se a teoria pura admite que qualquer conteúdo pode ser direito, isso não significa que se um determinado conteúdo foi estabelecido em norma superior, qualquer outro possa ser estabelecido em norma inferior. KELSEN, ao tratar da unidade lógica do sistema, define que a norma fundamental, ao fornecer unidade à pluralidade de normas existentes, “esta unidade também se exprime na circunstância de uma ordem jurídica poder ser descrita em proposições jurídicas que

---

normas é um ato de vontade. Nesse sentido, define o autor: “Dizer que uma norma é imediatamente evidente significa que ela é dada na razão, com a razão. O conceito de uma norma imediatamente evidente pressupõe o conceito de uma razão prática, quer dizer, de uma razão legisladora; e este conceito é - como se mostrará - insustentável, pois a função da razão é conhecer e não querer, e o estabelecimento de normas é um ato de vontade. Por isso, não pode haver qualquer norma imediatamente evidente.” (KELSEN, 1999, p. 137)

<sup>125</sup> “O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou - o que significa o mesmo - uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental.” (idem)

<sup>126</sup> Ibid., p. 138. KELSEN ainda esclarece que: “A norma fundamental apenas fornece o fundamento de validade e já não também o conteúdo das normas que formam este sistema. Esse conteúdo apenas pode ser determinado através de atos pelos quais a autoridade a quem a norma fundamental confere competência e as outras autoridades que, por sua vez, recebem daquela a sua competência, estabelecem as normas positivas deste sistema.” (idem)

<sup>127</sup> Ibidem, p. 139.

se não contradizem.”<sup>128</sup> Havendo conflito interno<sup>129</sup>, apenas uma norma será considerada válida. Se tais normas encontram-se no mesmo escalão, resolve-se pelo princípio da “*lex posterior derogat priori*”. No caso de normas que foram postas ao mesmo tempo, por exemplo, normas dentro de uma mesma lei que entram em contradição, haveria as seguintes possibilidades de resolver o conflito: ou se entende as duas disposições no sentido de que é deixada ao órgão competente para a aplicação da lei, a um tribunal, por exemplo, a escolha entre as duas normas; ou quando - como no segundo exemplo - as duas normas só parcialmente se contradizem, que uma norma limita a validade da outra. Por outro lado, quando nem uma nem outra interpretação sejam possíveis e o legislador prescreve algo sem sentido, tem-se um ato legislativo sem sentido e, portanto, algo que não é sequer um ato cujo sentido subjetivo possa ser interpretado como seu sentido objetivo. E neste último caso, não existe qualquer norma jurídica objetivamente válida, embora o ato tenha sido posto em harmonia com a norma fundamental<sup>130, 131</sup>.

Verifica-se então que o que define a validade de uma norma jurídica é o aspecto forma de concordância dessa norma a norma correspondente hierarquicamente superior, mas também, em casos restritos, o conteúdo. Nesse

---

<sup>128</sup> KELSEN, 1999, p. 143.

<sup>129</sup> “Um tal conflito de normas surge quando uma norma determina uma certa conduta como devida e outra norma determina também como devida uma outra conduta, inconciliável com aquela.” (idem)

<sup>130</sup> “Com efeito, a norma fundamental não empresta a todo e qualquer ato o sentido objetivo de uma norma válida, mas apenas ao ato que tem um sentido, a saber, o sentido subjetivo de que os indivíduos se devem conduzir de determinada maneira. O ato tem de - neste sentido normativo - ser um ato com sentido. Quando ele tem um outro sentido, por exemplo, o sentido de um enunciado (v. g. de uma teoria consagrada na lei) ou não tem qualquer sentido - quando a lei contém palavras sem sentido ou disposições inconciliáveis umas com as outras -, não há qualquer sentido subjetivo a ter em conta que possa ser pensado como sentido objetivo, não existe qualquer ato cujo sentido subjetivo seja capaz de uma legitimação pela norma fundamental.” (Ibidem, p.145)

<sup>131</sup> Neste ponto, é interessante observar a discussão que BOBBIO faz em relação ao conceito de sistema dinâmico proposto por KELSEN. BOBBIO discorda, neste ponto, da teoria pura na medida em que, para o filósofo italiano, ordenamento jurídico não comporta contradição. Para o autor, o sistema jurídico, tal como proposto na teoria pura, como um sistema dinâmico, admite a possibilidade de uma mesma autoridade editar normas contraditórias, uma vez que o único critério de validade é o formal (da autoridade competente). Segundo o autor, para julgar a oposição de duas normas é necessário examinar seu conteúdo. O sistema jurídico é caracterizado pelo autor pela existência de coerência lógica. Portanto, o ordenamento jurídico apresenta-se como um sistema jurídico que não admite normas incompatíveis entre si, não apenas em relação à forma, mas também ao conteúdo, sendo a compatibilidade o critério de validade e a coerência um dever de justiça. Assim, as antinomias tratam-se de defeitos que o intérprete tem de eliminar. (V. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos; revisão técnica de Cláudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª ed., 1995, p. 70-114)

último caso, KELSEN analisa sob a perspectiva da unidade lógica [interna] do sistema.

Quanto ao processo de interpretação, para a teoria pura, interpretar é fixar o sentido das normas<sup>132</sup>. A norma jurídica funciona como esquema de interpretação.<sup>133</sup> Em relação à interpretação da Constituição, esta se dá em relação ao processo legislativo<sup>134</sup>, o que torna evidente a questão da vinculação formal da Constituição, em um sistema normativo fechado.

KELSEN reconhece que, no processo de interpretação, poderão ser depreendidos vários sentidos da norma, mas apenas os órgãos competentes podem (devem, na verdade) eleger uma das possibilidades ao aplicar a norma. Essa opção não é um ato de conhecimento, mas sim um ato de vontade<sup>135</sup>.

É neste ponto de sua teoria que KELSEN faz a distinção entre interpretação autêntica e não autêntica. Na interpretação autêntica, os órgãos aplicadores criam o direito ao optarem por uma das possibilidades no ato de aplicação do direito<sup>136</sup>. Na

---

<sup>132</sup> O resultado da interpretação, na teoria positivista é “a teoria da interpretação mecanicista que pretende que os operadores do direito fossem iguais a computadores (ou seja, sem uma concepção de mundo, sem valores de sua cultura, sem uma origem racial, sem diferentes leituras da sociedade e das pessoas), e que interpretassem o direito apenas a partir de constatações da norma aplicável ao caso concreto, cabendo ao intérprete apenas ‘reproduzir o direito, isto é, explicitar [...] com meios puramente lógico-rationais o conteúdo de normas jurídicas já dadas.’” (MARRAFON, 2008, p. 49)

<sup>133</sup> “Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. Na hipótese em que geralmente se pensa quando se fala de interpretação, na hipótese da interpretação da lei, deve responder-se à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto.” (KELSEN, 1999, p. 245)

<sup>134</sup> “Mas há também uma interpretação da Constituição, na medida em que de igual modo se trate de aplicar esta - no processo legislativo, ao editar decretos ou outros atos constitucionalmente imediatos - a um escalão inferior...” (idem)

<sup>135</sup> Para o autor, a escolha dentre as várias possibilidades de interpretação da mais “correta” não é uma questão do Direito positivo, mas um problema de política do direito. Para KELSEN não é possível extrair da Constituição, através de interpretação, as únicas leis corretas, tampouco pode-se, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas. (ibidem, p. 249)

<sup>136</sup> A possibilidade de criação do direito pelo juiz, na teoria pura, é admitida no sentido de que o mesmo pode eleger uma norma a ser aplicada ao caso concreto. “... a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito do que este. Mas também este último é um criador de Direito e também ele é, nesta função, relativamente livre. Justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária.” Adiante, KELSEN afirma que: “Se queremos caracterizar não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo inteiramente geral, a interpretação

interpretação não autêntica a doutrina e os órgãos aplicadores interpretam ao fixarem o sentido das várias possibilidades dentro da moldura da norma, em atos de cognição<sup>137</sup>. Importante notar que, para o autor,

pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.<sup>138</sup>

Deste modo, KELSEN admite a possibilidade de criação do direito tanto pelo órgão legislativo, na interpretação de caráter geral, mas também pelo órgão judiciário, quando é produzida uma norma jurídica individual, “desde que o ato deste órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado”<sup>139</sup>.

Todas as demais interpretações, que não são feitas pelos órgãos jurídicos, são denominadas não autênticas, e não podem criar direito. Nesse sentido, um indivíduo, por exemplo, que diante de várias possibilidades de interpretação de uma norma que regule sua conduta, deve realizar também uma escolha, porém esta escolha não é autêntica. “Ela não é vinculante para o órgão que aplica essa norma jurídica e, por isso, corre sempre o risco de ser considerada como errônea por este

---

jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. [...] Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda. Através deste ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica. A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito.” (KELSEN, 1999, p. 249). Segundo KELSEN há criação do direito, na interpretação autêntica, quando na elaboração de normas gerais e Tratados internacionais, mas também na criação de normas individuais pelos órgãos aplicadores do direito. (Ibidem, p. 250)

<sup>137</sup> Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade. (ibidem, p. 249) )

<sup>138</sup> Ibidem, p. 250.

<sup>139</sup> Idem.

órgão, por forma a ser julgada como delito a conduta do indivíduo que nela se baseou.”<sup>140</sup>

A interpretação feita pela ciência jurídica também é considerada não autêntica, trata-se de “pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas”<sup>141</sup>. Não tem a propriedade de criar o direito, nem, portanto, de preencher as lacunas jurídicas.<sup>142</sup>

A partir da distinção entre interpretação autêntica e não autêntica, KELSEN se distancia do formalismo jurídico que não admite que o direito possa ser composto por normas advindas atuação do poder judiciário<sup>143</sup>.

Diante do exposto, pode-se afirmar, em resumo, que o Direito, concebido como ciência jurídica, expressa uma ordem social, um conjunto de normas voltadas à regulação da conduta humana. A peculiaridade da ordem jurídica é que suas normas são dotadas de sanção, portanto coerção. O objeto da ciência jurídica resume-se a ordem jurídica estatal. Segundo sua proposta kelseniana, a ciência jurídica deve reduzir-se a uma função meramente descritiva, por meio da qual se pode constatar apenas se uma norma é ou não, formalmente, Direito positivo, sem que se lhe possa adentrar o conteúdo e, dado o seu teor de justiça, aferir se a mesma é ou não Direito. Portanto, a atividade do jurista atém-se à análise da validade das normas jurídicas. Sendo válidas, ao jurista cabe verificar se a conduta real encaixa-se no esquema da norma, pois, como afirma KELSEN, a norma jurídica funciona como esquema de interpretação. Nesse sentido, o direito positivo, conseqüentemente, é um direito de regras, uma vez que a norma jurídica regula uma dada conduta humana. Por isso, todo conteúdo pode ser direito. O que define a validade de uma norma é, predominantemente, o aspecto formal e, em casos

---

<sup>140</sup> KELSEN, 1999, p.250.

<sup>141</sup> Idem.

<sup>142</sup> “A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica.” (Idem.)

Intessante trazer ainda a posição do autor quanto ao estabelecimento de uma interpretação correta pela doutrina: “A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação “correta”. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente.” (Ibidem, p. 251)

<sup>143</sup> Ver: NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. Revisão da tradução por Denise Matos Marino. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 41-42.

específicos, o aspecto material, tendo em vista apenas a unidade lógica interna do sistema.

Em que pese o caráter normativista da teoria construída por KELSEN, esta não torna inadmissível a possibilidade de ocorrerem processos informais de alteração da Constituição, ou seja, a mudança no conteúdo da Constituição sem a observância do procedimento legislativo previsto.<sup>144</sup> A mutação pode ocorrer, pois, via interpretação pelos órgãos estatais (interpretação autêntica), uma vez que a estes (inclusive ao poder judiciário, no caso de várias interpretações de uma norma) é possibilitada a criação do direito.

---

<sup>144</sup> Como se demonstrará no próximo capítulo, KELSEN admitiu expressamente a possibilidade de mutações, em sua obra "*Allgemeine Staatslehre*", de 1925. (Ver: KELSEN, Hans. **Teoría general del estado**. Traducción directa del alemán por Luis Legaz Lacambra. Mexico: Editorial Nacional, 1972, p. 332)

### 3. CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Como se viu, embora fossem possíveis mutações num contexto de constitucionalismo moderno e positivismo, as experiências eram bastante limitadas e vinculadas a momentos de crise, dado que as mutações representavam, por vezes, uma quebra da Constituição, no sentido de que, na existência de conflito e tensão entre realidade e texto constitucional, prevalecia a realidade. A discussão sobre a possibilidade de alteração do conteúdo da Constituição pela realidade, que tinha um sentido limitado, assume uma dimensão importante e mais impactante no contexto do constitucionalismo contemporâneo, de matriz pós-positivista, como observa Konrad HESSE, para o qual a problemática das mutações e de seus limites adquire transcendência prática na evolução constitucional da República Federal, quando se concebe uma ordem constitucional aberta e flexível, susceptível de adaptar-se a circunstâncias diversas e cambiantes.<sup>145</sup>

Assim, antes de aprofundar-se no estudo do fenômeno da mutação decorrente do diálogo entre Constituição (texto) e realidade e os possíveis limites nesse condicionamento recíproco, buscar-se-á contextualizar e caracterizar o pensamento constitucional contemporâneo, identificando as principais características referentes ao paradigma de Estado e de Direito que se consolidaram no pós-guerra e que influenciaram o constitucionalismo brasileiro a partir da Constituição de 1988<sup>146</sup>. Essa leitura faz-se necessária na medida em que esse trabalho visa a análise das teorias germânicas sobre as mutações e a questão da força normativa nos diferentes contextos do constitucionalismo (especificamente do constitucionalismo europeu continental), ou seja, no contexto de um forte e de um fraco compromisso ético-normativo com o texto constitucional. Objetiva-se com isso, analisar e visualizar a vinculação do conceito de mutação ao constitucionalismo em que se inserem.

Nesse sentido, este capítulo abordará o constitucionalismo do pós-guerra como contexto teórico que permeia e no qual se propaga o fenômeno das mutações

---

<sup>145</sup> HESSE, Konrad. Limites da mutação constitucional. In: **Temas fundamentais do direito constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 149-150.

<sup>146</sup> Características essas que, como se demonstrará, potencializam as mutações.

constitucionais, gerando indagações específicas sobre os processos informais de mudança da Constituição. Nessa perspectiva, o presente trabalho partirá de um conceito inicial de constitucionalismo contemporâneo como ponto de partida para, assim, analisar o processo histórico de formação desse novo momento constitucionalismo, o modelo de Estado que emerge nesse contexto e as características que passam a definir todo o direito (seja no plano dos textos constitucionais, da prática jurídica ou da teoria do direito<sup>147</sup>). Como afirmado, a caracterização desse panorama se faz necessária para que se compreenda a relevância e a problemática das mutações no contexto atual, uma vez que as discussões sobre o tema envolvem questionamentos novos, como a força normativa da Constituição e a natureza axiológica de determinadas normas constitucionais.

### 3.1 PONTO DE PARTIDA: UMA NOÇÃO INICIAL DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Inicialmente é preciso alertar que a palavra neoconstitucionalismo é relativamente nova no cenário jurídico. Tal expressão foi cunhada nos debates ocorridos na Espanha e na Itália e chegou ao Brasil através da coletânea de artigos organizada pelo jurista mexicano Miguel CARBONELL<sup>148</sup> intitulada “Neoconstitucionalismo(s)” e publicada na Espanha em 2003. No entanto, o fenômeno denominado “neoconstitucionalismo” formou-se no contexto do pós-segunda-guerra mundial, como será detalhado posteriormente. Nesse sentido, o neoconstitucionalismo é visto como novo momento ou contexto do Direito Constitucional<sup>149</sup>, ou uma nova cultura jurídica<sup>150</sup>, e não apenas como uma nova

---

<sup>147</sup> Segundo Miguel CARBONELL, o neoconstitucionalismo pode ser visto a partir de três níveis de análise: 1) o dos textos constitucionais que emergiram no pós segunda guerra; 2) das práticas jurisprudenciais que passaram a recorrer a princípios constitucionais; 3) e dos desenvolvimentos teóricos de autores que buscaram compreender o novo fenômeno e passaram a participar da sua criação. (CARBONELL, Miguel. In. MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI Marcio (coordenadores). **20 anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 197-208.

<sup>148</sup> CARBONEL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Trotta: Madrid, 2003.

<sup>149</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 145-165, abr/jun 2005. p. 147-148.

<sup>150</sup> SANCHÍS, Luis Pietro. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Trotta: Madrid, 2003, p. 101.

teoria do Direito, dado a complexidade desse fenômeno e o pluralismo de teorias que ele envolve.

Sendo assim, tendo em vista o cenário antecedente (prevalência do paradigma de Direito positivista e de Estado legal, bem como do constitucionalismo liberal), é possível visualizar o neoconstitucionalismo como “um novo momento da dogmática e pensamento constitucionais que, conquanto não uniforme, compila determinados ‘avanços’ da teoria constitucional.”<sup>151</sup>

Como ponto de partida, em que pese a complexidade e divergência nas teorias que envolvem, pode-se definir que esse fenômeno possui alguns traços marcantes<sup>152</sup> que caracterizam o constitucionalismo contemporâneo e que reverberam seus efeitos para a configuração do Estado e do Direito contemporâneos, quais sejam:

- a) Supremacia formal e material da Constituição;
- b) Reconhecimento da força normativa dos princípios;
- c) Constitucionalização do direito e filtragem constitucional;
- d) Abertura do direito para a moral;
- e) Centralidade dos direitos fundamentais;
- f) Forte atuação do Poder Judiciário na efetivação da Constituição.

---

<sup>151</sup> SCHIER, 2005, p. 147.

<sup>152</sup> Neste sentido é a interessante compilação de Daniel SARMENTO: “Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dorkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista. Tanto dentre os referidos autores, como entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalistas, constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não-positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do Direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas. Neste quadro, não é tarefa singela definir o neoconstitucionalismo, talvez porque, como já revela o bem escolhido título da obra organizada por Carbonell, não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa.” (SARMENTO, Daniel. **Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** Disponível em [http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/imprime\\_conteudo.asp?FIDT\\_CONTEUDO=56993](http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/imprime_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993) Acesso em: 31 de julho de 2011.)

### 3.2 MARCOS HISTÓRICOS PARA A FORMAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

O processo histórico em que ensejou o advento do chamado neoconstitucionalismo tem como marco a Segunda Guerra-Mundial, inicialmente no âmbito na Europa Ocidental.

O momento anterior ao pós-guerra caracterizava-se, como detalhado anteriormente, por uma cultura jurídica legalista que se pautava na prevalência da concepção de Direito como um conjunto de regras elaboradas pelo Estado a partir de um processo legislativo previsto na Constituição, numa visão normativista do Direito em que seu conceito se desvincula da moral, e por uma Constituição de caráter eminentemente procedimental, que representava lei fundamental na medida em que determinava o procedimento de elaboração das leis infranconstitucionais e os limites de atuação dos poderes constituídos. As constituições, no que diziam respeito à garantia de direitos fundamentais, eram tidas como promessas, cartas de intenções voltadas aos poderes constituídos. Cabia a esses, em especial ao legislador, o detalhamento e a consecução das promessas constitucionais.

Após a Segunda Guerra Mundial, primeiramente no contexto da Alemanha<sup>153</sup> e da Itália<sup>154</sup>, e após, com a reconstitucionalização e o fim das ditaduras de direita, da Espanha<sup>155</sup> e de Portugal<sup>156</sup>, houve a emergência de constituições que foram decisivas para alterar o cenário jurídico prevaiente até então. Tais constituições são caracterizadas pela emancipação de direitos fundamentais e o fortalecimento da

<sup>153</sup> Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, denominada “Lei fundamental de Bonn”, de 23 de maio de 1949. (ALEMANHA, Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949. 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 04 de novembro de 2011).

<sup>154</sup> Constituição da República Italiana, publicada em 27 de dezembro de 1947, com entrada em vigor em 1 de janeiro de 1948. (ITÁLIA, La Costituzione della Repubblica Italiana, del 22 dicembre 1947. Disponível em <<http://www.governo.it/Governo/Costituzione/CostituzioneRepubblicaitaliana.pdf>>. Acesso em 04 de novembro de 2011.)

<sup>155</sup> Constituição espanhola de 27 de dezembro de 1978. (ESPANHA, Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. Disponível em <<http://www.boe.es/boe/dias/1978/12/29/pdfs/A29313-29424.pdf>>. Acesso em 04 de novembro de 2011.)

<sup>156</sup> Constituição portuguesa de 25 de abril de 1976. (PORTUGAL, Constituição da República Portuguesa, de 25 de Abril de 1976. Disponível em <[http://debates.parlamento.pt/r3/dac/menu6\\_dac.aspx](http://debates.parlamento.pt/r3/dac/menu6_dac.aspx)> Acesso em 04 de novembro de 2011.)

jurisdição constitucional, como resposta às barbáries advindas de governos totalitários, na maioria das vezes apoiados pelas maiorias políticas<sup>157</sup>.

As constituições do pós-guerra não se tratam, portanto, apenas de cartas procedimentais, que deixam as escolhas políticas nas mãos das maiorias legislativas. Ao revés, tratam-se de Constituições analíticas, repletas de normas de alto valor axiológico que expressavam decisões políticas fundamentais que antes eram reservadas ao âmbito das escolhas do legislador.

No Brasil, esse fenômeno se instaurou apenas com o advento da Constituição Federal de 1988<sup>158</sup>, a qual marca efetivamente o processo de redemocratização no Brasil e a instauração de um Estado Democrático de Direito voltado à consecução de direitos fundamentais. Até então as constituições brasileiras podem ser consideradas semânticas, pois funcionavam muitas vezes como fachadas, disfarces para regimes autoritários<sup>159</sup>. À essa época, a lei elaborada

---

<sup>157</sup> Exemplo típico foi o governo nazista.

<sup>158</sup> Sobre o processo histórico de formação do constitucionalismo brasileiro, ver a contextualização ampla e detalhada feita por Daniel SAMENTO, In.: **Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em [http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/imprime\\_conteudo.asp?FIDT\\_CONTEUDO=56993](http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/imprime_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993) Acesso em: 31 de julho de 2011.

<sup>159</sup> Veja-se alguns exemplos:

1) a primeira Constituição brasileira, de 25 de março de 1824, demonstrando a racionalidade estatal que caracterizava o texto constitucional, deixou os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos brasileiros para o último título (“TITULO 8º - Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros.”) e estabeleceu o chamado Poder Moderador exercido pelo Imperador, como chefe supremo da nação, “para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos”, e caracterizado por ser “a chave de toda a organização Política (art. 98). A Constituição brasileira do Império ainda estabelecia o Imperador como pessoa “inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma” (art. 99). (V. BRASIL, Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm)>. Acesso em 04 de novembro de 2011.)

2) a Constituição de 1937, que serviu como fachada para instauração do golpe de Estado de Getúlio Vargas, fundamentou a instauração do estado novo nas supostas “legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente a gravação dos dissídios partidários...” e conflitos ideológicos que colocavam “a Nação sob a funesta iminência da guerra civil”. Essa constituição referiu-se a princípios como república e representação popular (art. 1º), porém, de fato, instaurou um governo de caráter ditatorial; consagra ainda princípios federativo (art. 3º), porém a federação foi abalada pela nomeação de interventores; disciplinava também o processo legislativo (arts. 64-66), mas o governo fechou o Congresso e passou a legislar por decretos-leis; previa um catálogo de direitos e garantias individuais (art. 122), como liberdade de manifestação de pensamento, porém, na prática, os direitos fundamentais foram enfraquecidos pelo forte controle do governo sobre os meios de comunicação e sobre a liberdade de expressão dos cidadãos brasileiros, através da Polícia Especial e do DIP (Departamento de Imprensa e Propaganda). (V. BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em <

pelo Poder Legislativo e os decretos e portarias expedidos pelo Poder Executivo (nos regimes ditatoriais estes equivaliam às leis, inclusive) valiam muito mais que a Constituição.

A Constituição Federal de 1988 inovou em muitos pontos, como por exemplo na importância dada aos direitos fundamentais. Em seu artigo inaugural a Constituição já afirma como princípio fundamental da República Federativa do Brasil o princípio da dignidade humana. Dentre os objetivos fundamentais do Estado brasileiro está a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. A atual Constituição inverte ainda a topografia, e, conseqüentemente, a lógica dos direitos fundamentais, passando a tratá-los já em seus primeiros dispositivos (Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais) com um extenso rol de direitos fundamentais. A Constituição estabelece ainda a inviolabilidade<sup>160</sup>, a aplicabilidade direta<sup>161</sup> e a abertura dos direitos fundamentais<sup>162</sup>. E, de forma a consagrar a relevância dos direitos fundamentais no texto constitucional, a Constituição os erige à categoria de cláusulas pétreas<sup>163</sup>.

As teorias que informam o neoconstitucionalismo no debate europeu influenciaram não só o pensamento doutrinário e a produção acadêmica

---

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm)>. Acesso em 04 de novembro de 2011)

3) a Constituição de 1967, fruto do golpe militar de 1964, permitiu a centralização do poder no Poder Executivo e a instauração de um regime ditatorial que governava por meio dos Atos Institucionais. mesmo tratando de matérias como processo legislativo (arts. 49-62) e a inviolabilidade de direitos e garantias individuais (Capítulo IV da Constituição). Em 1969, essa constituição foi profundamente reformada (Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969). Tal reforma institucionalizou e constitucionalizou o governo ditatorial das juntas militares, mantendo o recesso no Congresso Nacional, autorizando o Executivo a legislar sobre todas as matérias e mantendo em vigor o Ato Institucional n. 5, de 1968, e os demais atos posteriormente baixados (art. 182). (V. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em 04 de novembro de 2011. Ver também: BRASIL, Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em 04 de novembro de 2011. E BRASIL, Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em < <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=194620>>. Acesso em 04 de novembro de 2011.)

<sup>160</sup> Cf. rt. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988.

<sup>161</sup> Cf. art. 5º, parágrafo primeiro, da Constituição Federal de 1988.

<sup>162</sup> Cf. art. 5º, parágrafo segundo, da Constituição Federal de 1988.

<sup>163</sup> Cf. art. 60, §4º, IV, da Constituição Federal de 1988.

brasileira<sup>164</sup>, mas também a postura do guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, o qual tem se tornado mais ativo na garantia dos direitos fundamentais.<sup>165</sup>

### 3.3 CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO ENQUANTO PARADIGMA DE ESTADO E DE DIREITO

---

<sup>164</sup> Daniel SARMENTO identifica dois momentos na evolução da doutrina brasileira em que foram recepcionadas as ideias do constitucionalismo europeu do pós-guerra: “constitucionalismo brasileiro da efetividade” e pós-positivismo constitucional. Na primeira fase (constitucionalismo da efetividade), encontram-se autores como Luis Roberto BARROSO e Clémerson Merlin CLÈVE, os quais afirmam a normatividade das normas constitucionais. Segundo SARMENTO, trata-se, na realidade, de um positivismo de combate, pois, de início, “a doutrina constitucional da efetividade não se caracterizava pela abertura do debate jurídico à argumentação moral”. Segundo o autor, essa doutrina ainda não corresponde ao neoconstitucionalismo, porém resultou na conquista da afirmação da Constituição como norma, o que, para a dogmática constitucional brasileira, foi um pressuposto para o surgimento do pós-positivismo constitucional brasileiro. O segundo momento, identificado por SARMENTO, é a chegada no Brasil das teorias pós-positivistas através de Paulo BONAVIDES e Eros GRAU, os quais divulgaram em suas obras as teorias sobre os princípios de Ronald DWORKIN e Robert ALEXY. Essa segunda fase identifica-se por “ênfasis no caráter normativo e a importância dos princípios constitucionais, e a estudar as peculiaridades da sua aplicação.” Neste segundo momento, a doutrina se preocupa em estudar a temática dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais. Neste segundo momento, SARMENTO identifica ainda “uma significativa mudança no enfoque dos estudos sobre jurisdição constitucional no Brasil” dando enfoque a questões como legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, ativismo judicial, procedimentalismo e substancialismo. (SARMENTO, Daniel. **Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em [http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/imprime\\_conteudo.asp?FIDT\\_CONTEUDO=56993](http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/imprime_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993) Acesso em: 31 de julho de 2011.)

<sup>165</sup> Segundo Daniel SARMENTO, as ideias do constitucionalismo europeu do pós-guerra “reverberam fortemente na jurisprudência nacional, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, que, nos últimos tempos, tem cada vez mais invocado princípios abertos nos seus julgamentos, recorrido à ponderação de interesses e ao princípio da proporcionalidade com frequência e até se valido de referências filosóficas na fundamentação de decisões.” O autor identifica ainda algumas mudanças na jurisprudência do Supremo, por conta desse novo momento do direito constitucional brasileiro: “Como ressaltado, esta mudança de paradigma se reflete vivamente na jurisprudência do STF. São exemplos eloqüentes a alteração da posição da Corte em relação aos direitos sociais, antes tratados como “normas programáticas”, e hoje submetidos a uma intensa proteção judicial, o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a mutação do entendimento do Tribunal em relação às potencialidades do mandado de injunção, e a progressiva superação da visão clássica kelseniana da jurisdição constitucional, que a equiparava ao “legislador negativo”, com a admissão de técnicas decisórias mais heterodoxas, como as declarações de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e as sentenças aditivas. E para completar o quadro, deve-se acrescentar as mudanças acarretadas por algumas inovações processuais recentes na nossa jurisdição constitucional, que permitiram a participação dos amici curiae, bem como a realização de audiências públicas no âmbito do processo constitucional, ampliando a possibilidade de atuação da sociedade civil organizada no STF.” (SARMENTO, Daniel. **Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em [http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/imprime\\_conteudo.asp?FIDT\\_CONTEUDO=56993](http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/imprime_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993) Acesso em: 31 de julho de 2011.)

Segundo a leitura de Luis Pietro SANCHÍS<sup>166</sup>, quatro são as acepções principais sobre o termo neoconstitucionalismo:

- 1) O constitucionalismo pode encarnar um certo tipo de Estado de direito, designando, portanto, o modelo institucional de uma determinada forma de organização política.
- 2) O constitucionalismo também é uma teoria do Direito apta para descrever ou explicar as características desse determinado modelo.
- 3) O termo pode também se referir a uma ideologia ou filosofia política que justifica ou defende a fórmula assim designada.
- 4) A expressão constitucionalismo projeta-se para a filosofia jurídica e afeta questões conceituais e metodológicas sobre a definição do direito, o *status* de seu conhecimento ou a função do jurista, isto é, a conexão do direito com a moral, a obrigação de obediência, a neutralidade do jurista ou a perspectiva adequada para empreender uma ciência jurídica.

Neste trabalho, serão abordadas as dimensões do neoconstitucionalismo enquanto proposta de um novo paradigma de Estado e de Direito<sup>167</sup>.

### 3.3.1 Constitucionalismo enquanto proposta de um novo paradigma de Estado: o Estado constitucional.

Inicialmente é prudente alertar que este trabalho, ao abordar o neoconstitucionalismo enquanto proposta de um novo modelo de Direito, não estará abordando-o como um modelo ideal construído apenas em sede teórica. Assim, o neoconstitucionalismo representa também uma forma de organização política (plural) implementada na Europa desde meados do século XX, portanto, um modelo histórico que, como tal, não reúne em todas as suas manifestações elementos de absoluta uniformidade, mas sim alguns traços gerais compartilhados que permitem

---

<sup>166</sup> SANCHÍS, 2004, p. 101-102.

<sup>167</sup> Sobre o neoconstitucionalismo como paradigma de Estado e de Direito ver: SANCHÍS, Luis Pietro. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Trotta: Madrid, 2003, p. 101-135. POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Trotta: Madrid, 2003, p. 49-73.

falar de algo diferente, não radicalmente novo, mas diferente do estado de direito do séc. XIX.<sup>168</sup>

Segundo Gustavo ZABREBELSKY, qualquer um que se proponha a examinar o Direito contemporâneo seguramente não conseguirá visualizar os postulados do Estado de Direito Legal. “La importancia de la transformación debe inducir a pensar en un auténtico cambio genético, más que en una desviación momentánea en espera y con la esperanza de una restauración.”<sup>169</sup>

Nesse sentido, em meados do século XX, no contexto da Europa ocidental, emerge um novo modelo de Estado: Estado Constitucional. Trata-se, como afirmado, de um novo modelo no sentido de que o Estado Constitucional busca a superação do modelo de Estado de Direito legalista.

Vale lembrar que o modelo de Estado de Direito legalista, conforme descrito anteriormente, consolidou-se no século XIX e tinha como características fundamentais: uma cultura legicêntrica, ou seja, a preponderância da lei no cenário das fontes do direito, sendo a lei representativa da vontade do legislador; a análise formal da validade das normas jurídicas e dos demais atos estatais, pois eram consideradas válidas as normas elaboradas segundo os critérios formais estabelecidos em lei superior (quanto ao órgão competente e procedimento de elaboração); separação entre Estado e sociedade, Direito e moral; supremacia formal das constituições, as constituições funcionam como *norma normarum*, cartas procedimentais que determinam a elaboração das demais leis do ordenamento jurídico.

Conforme descreve Susanna POZZOLO<sup>170</sup>:

El Derecho de los ordenamientos jurídicos occidentales posteriores a la segunda Guerra Mundial sería un ejemplo concreto de Derecho constitucionalizado, para cuyo estudio el iuspositivismo sería inadecuado. Estos ordenamientos tienen Constituciones que han recogido, justamente, un gran número de ‘principios de justicia’, de derechos fundamentales (además de los derechos de libertad, también los sociales), que han impuesto al Estado tareas de intervención en la sociedad y en la economía transformándolo, en sustancia, de árbitro en jugador, de modo que el

<sup>168</sup> Nesse mesmo sentido, ver SANCHÍS, 2004, p. 107.

<sup>169</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 33.

<sup>170</sup> POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, 2003, p. 190.

Estado no podría limitar-se al respeto de las liberdade negativas, sino que debería asumir tareas activas para volver efectivos los llamados derechos positivos. Todas estas previsiones normativas, que en Estado legalista, si es que estaban presentes, representaban meras enunciaciones políticas desprovistas de una efectiva tutela jurisdiccional, en el Estado constitucional son justiciables, son efectivamente jurídicas.

Logo, a mudança do Estado de Direito legal para o Estado constitucional está fundada na emergência de constituições marcadas por princípios de justiça, pela garantia constitucional de um amplo catálogo de direitos fundamentais, o que implicou no reenlace do direito com a moral, cortado pelo positivismo jurídico.

As constituições assumem papel fundamental nesse modelo de Estado, pois passam a representar efetivamente a Lei suprema do ordenamento, a qual funciona como limite e norte de atuação do Poder Público, visando a garantia de direitos fundamentais e a realização da justiça social.

Com isso, o princípio da legalidade aplicado à Administração Pública recebe novos contornos. Segundo Gustavo ZAGREBELSKY, o princípio da legalidade, no sentido de uma predeterminação legislativa da atuação administrativa, sofreu profundas transformações, acarretando um esvaziamento da função liberal da lei, como regra geral e abstrata que pre-determina a ação estatal em nome da liberdade individual. Isso porque:

Incluso la realización de tareas administrativas orientadas a la protección de derechos – piénsese de nuevo en el sector de la sanidade y la enseñanza – puede comportar a menudo restricciones que no están predeterminadas jurídicamente. Ello supone un vaicamiento de la función 'liberal' de la ley, como regla que disciplina la colisión entre autoridade y libertad. Se afirma así un principio de autonomía funcional de la Administración que, en el ámbito de leyes que simplemente indicam tareas, restablece situaciones de supremacia necesairas para el desempeño de las mismas, atribuyendo implícitamente, en cada caso, las potestades que se precisan para su realización. En estos supuestos no podría hablarse, salvo a costa de un malentendido, de mera ejecución de la ley.<sup>171</sup>

Assim, na presença de objetivos de amplo alcance previstos nas normas constitucionais, indicados por meio de formulações genéricas e cuja realização supõe uma quantidade variedade de valorações operativas que não podem ser previstas, a lei tem a função de identificar a autoridade pública competente e a facultá-la para atuar em prol de um fim de interesse público. Para todo o resto, a

---

<sup>171</sup> ZAGREBELSKY, 1995, p. 35.

Administração Pública atua fazendo uso de uma específica autonomia instrumental, cujos limites, com o respeito as posições subjetivas de terceiros, são imprecisos, cabendo à própria Administração estabelecer a linha que separa sua autoridade e a liberdade de sujeitos. Isso acontece por exemplo na função de planificação, em especial no âmbito econômico.<sup>172</sup>

Para Gustavo ZAGREBELSKY<sup>173</sup>, a concepção de legalidade aplicada aos particulares sofre, também, profunda alteração com a perda da posição originária dos particulares frente a lei em numerosos setores do Direito que já não se inspiravam na premissa liberal da autonomia como regra e do limite legislativo como exceção. Não se tratava apenas de uma intervenção legislativa no sentido de orientar a liberdade individual a fins coletivos, autorizando a Administração adotar medidas conformadoras da autonomia privada, travava-se de que

... en determinados sectores particularmente relevantes por la connotación 'social' del Estado contemporáneo, se niega el principio de la libertad general salvo disposición legislativa en contrario. En su lugar se establecen prohibiciones generales como presupuesto de normas o medidas particulares que eventualmente las remuevan en situaciones específicas y a menudo tras el pago de sumas en conceptos de títulos diversos.<sup>174</sup>

Nesse sentido, no constitucionalismo contemporâneo, já não é mais possível pensar em legalidade estritamente nos termos do Estado de Direito do século XIX, ou seja, apenas como limite a atuação do poder público, quando aplicada na relação entre Poder Público e cidadão, e situação de liberdade “natural” pressuposta em favor dos particulares.

À confusão na relação autoridade pública e liberdade privada somam-se a deterioração das características de generalidade e abstração da lei como norma jurídica e a heterogeneidade dos valores e interesses expressados na lei. O Direito contemporâneo é marcado pela “pulverização” do direito legislativo, no sentido de multiplicação de leis de caráter setorial e temporal, ou seja, “de reduzida

---

<sup>172</sup> Idem.

<sup>173</sup> Ibidem, p. 35-36.

<sup>174</sup> A exemplo dessas situações, ZAGREBELSKY traz a regulação da aplicação da tecnologia à vida. “Todo lo relacionado con las intervenciones artificiales sobre la vida humana (genética, reproducción, extracción y transplante de órganos, interrupción voluntaria del embarazo, suicidio y eutanasia) está regulado, y aún lo estará más, mediante prohibiciones generales, salvo las excepciones establecidas positivamente.” (Ibidem, p. 36)

generalidade ou de baixo grau de abstração”. As razões desse fenômeno encontram-se na diversificação de grupos e estratos sociais que participam no “mercado das leis”, pois tais grupos, dão lugar a uma acentuada diferenciação de tratamentos normativos (como exemplo, consumidores, idosos, crianças, mulheres, imigrantes, dentre outros). Aliado à pulverização da lei, tem-se a heterogeneidade dos valores e interesses expressados na lei, devido ao pluralismo de forças políticas e sociais que participam da elaboração do direito legislado<sup>175</sup>. As consequências desse câmbio, no princípio da legalidade, geram o caráter cada vez mais compromissório do produto legislativo, tanto maior na medida em que a negociação se estenda (contratualização da lei) a forças numerosas e com interesses heterogêneos.<sup>176</sup>

Diante da acentuada heterogeneidade das leis, que comportam muitas vezes interesses antagônicos, a unidade do ordenamento jurídico é reconduzida à Constituição. Assim, as Constituições contemporâneas buscam, afirmando a supremacia constitucional voltada inclusive para o legislador, condicionar e conter os desenvolvimentos contraditórios da produção legislativa. Isso é possível através de um conjunto de princípios e valores constitucionais superiores sobre os quais, apesar de tudo, existe um consenso social suficientemente amplo.

Nesse sentido, afirma ZAGREBELSKY<sup>177</sup>:

El pluralismo no degenera en anarquía normativa siempre que, pese a la diferencia de estrategias particulares de los grupos sociales, haya una convergencia general sobre algunos aspectos estructurales de la convivencia política y social que puedan, así, quedar fuera de toda discusión y ser consagrados en un texto indisponible para los ocasionales señores de la ley y de las fuentes concurrentes con ella.

<sup>175</sup> “La ley – en este punto de su historia – ya no es la expresión ‘pacífica’ de una sociedad política internamente coherente, sino que es manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social; no es el final, sino la continuación de un conflicto; no es un acto impersonal, general y abstracto, expresión de intereses objetivos, coherentes, racionalmente justificables y generalizables, es decir, se se quiere, ‘constitucionales’, del ordenamento. Es, por el contrario, un acto personalizado (en el sentido de que proviene de grupos identificables de personas y está dirigido a otros grupos igualmente identificables) que se persigue intereses particulares. La ley, en suma, ya no es garantía absoluta y última de estabilidad, sino que ella misma se convierte en instrumento y causa de inestabilidad. Las consecuencias de la ocasionalidad de las coaliciones de intereses que ella expresa se multiplican, a su vez, en razón del número progressivamente creciente de intervenciones legislativas requeridas por las nuevas situaciones constitucionales materiales.” (ZAGREBELSKY, 1995, p. 38)

<sup>176</sup> Ibidem, p. 36-39.

<sup>177</sup> ZAGREBELSKY, 1995, p. 40.

A cultura legiferante é substituída pela constitucional. A lei cede espaço à Constituição como fonte primária do Direito. Nas palavras do jurista italiano, a lei é “destronada en favor de una instancia más alta”<sup>178</sup>, a qual assume a função de manter a unidade e a paz social em sociedades plurais e antagônicas.

Sob outra perspectiva, SANCHÍS<sup>179</sup> encara o neoconstitucionalismo como uma forma de organização política que resulta da convergência entre duas tradições constitucionais que com frequência tem caminhado separadas: tradição norte-americana e tradição constitucionalista da revolução francesa. A primeira tradição concebe a Constituição como regra do jogo da competência social e política, como pacto de mínimos que permite assegurar a autonomia dos indivíduos (agentes privados ou públicos). Neste caso, a Constituição pretende determinar fundamentalmente quem manda, como manda e até onde pode mandar. A grande contribuição da tradição norte-americana originária está na ideia de supremacia constitucional e sua conseqüente garantia jurisdicional, uma vez que, dado o seu caráter de norma superior, a sua garantia é atribuída ao mais neutro dos poderes (o que pode-se manter o mais distante possível dos debates políticos): o poder judiciário. Já a segunda tradição, concebe a Constituição como encarnação de um projeto político bem articulado, como o programa diretivo de uma empresa de transformação social e política. Nesse sentido, a Constituição não se limita a fixar as regras do jogo, mas pretende participar diretamente do mesmo, condicionando as futuras decisões coletivas mediante o reconhecimento de um amplo catálogo de direitos, condicionando a agenda política estatal nos mais variados aspectos (educação, saúde, relações de trabalho).<sup>180</sup> Nesta segunda tradição, a Constituição não pretende apenas definir competências (quem manda, como e até que ponto pode mandar), mas também o que deve mandar-se, ou seja, qual será a orientação da ação política em numerosas matérias. Portanto, o neoconstitucionalismo reúne

---

<sup>178</sup> Ibidem, p. 40.

<sup>179</sup> SANCHÍS, 2003, p. 107-110.

<sup>180</sup> SANCHÍS alerta que o princípio representativo que define que a vontade geral do povo é representada pela lei elaborada pelo Poder Legislativo (a vontade geral rousseauiana) acarreta a dissolução da soberania do povo na soberania do Estado. Tanto na França como no resto da Europa do século XIX, e parte do século XX, a constituição não se fez suprema frente a força do legislador. Deste modo, o constitucionalismo se resolve em legalismo. (V. SANCHÍS, 2003, p. 109)

elementos dessas duas tradições. Da tradição constitucional norte-americana, o neoconstitucionalismo herda a ideia de garantia jurisdicional e uma correlata desconfiança perante o legislador, produzindo verdadeiros limites frente às decisões da maioria. Da segunda tradição, o neoconstitucionalismo herda um ambicioso programa normativo que vai além da mera organização do poder mediante o estabelecimento das regras do jogo, mas impõe uma Constituição transformadora que pretende condicionar as decisões da maioria.

### 3.3.2 Constitucionalismo contemporâneo enquanto proposta de um novo paradigma de Direito: características.

Segundo ZABREBELSKY, a formação do modelo de Estado Constitucional no século XX não se trata apenas de uma continuação do Estado de Direito do século XIX, mas “de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho.”<sup>181</sup>

Para SANCHÍS, o Estado Constitucional de Direito reclama uma nova teoria do direito, uma nova explicação que se distancia dos esquemas do positivismo teórico.<sup>182</sup>

Ao contrapor constitucionalismo com neoconstitucionalismo, Paolo COMANDUCCI define que o constitucionalismo que emergiu no século XVIII, de fundo jusnaturalista, não tinha relevância enquanto teoria do direito no século XIX, uma vez que encontra como adversário a teoria positivista, predominante no século XIX<sup>183</sup>. Por outro lado, o neoconstitucionalismo apresenta-se como proposta teórica alternativa ao positivismo formalista.<sup>184</sup>

---

<sup>181</sup> ZAGREBELSKY, 1995, p. 34.

<sup>182</sup> SANCHÍS, Op. Cit., p. 117.

<sup>183</sup> Segundo COMANDUCCI, o constitucionalismo não se propôs a “destronar tal hegemonia [do positivismo] con una diferente propuesta teórica.” (COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, 2003, p. 83)

<sup>184</sup> “El neoconstitucionalismo por su parte, no se presenta solamente como una ideología, y una correlativa metodología, sino también y explícitamente, como una teoría concurrente con la positivista.” (Idem)

Nesse sentido, o neoconstitucionalismo propõe também um certo modelo teórico para a explicação do Direito, partindo da negação das teses juspositivistas<sup>185</sup> da separação do direito e da moral, da negação da força normativa dos princípios, do purismo metodológico, da cultura legicêntrica e do sistema normativo fechado.

COMANDUCCI afirma que os termos constitucionalismo e neoconstitucionalismo podem expressar tanto uma teoria, ideologia ou método de análise do direito; como alguns elementos estruturais de um sistema político e jurídico<sup>186</sup>.

Analogicamente à proposta de BOBBIO, COMANDUCCI propõe classificar as formas de neoconstitucionalismo em: teórico, metodológico e ideológico.<sup>187</sup> Enquanto modelo teórico o neoconstitucionalismo propõe-se a descrever as realizações do fenômeno da constitucionalização, ou seja, descrever “ese proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos respecto a los existentes antes del despliegue integral del proceso mismo.”<sup>188</sup> O modelo jurídico proposto pelo neoconstitucionalismo caracteriza-se por: uma Constituição invasora, pela positivação de um catálogo de direitos fundamentais, pela onipresença de princípios e regras na Constituição, e por algumas especificidades na interpretação e aplicação das normas constitucionais em relação às leis comuns.<sup>189</sup>

Assim, enquanto nova proposta de um modelo teórico, o neoconstitucionalismo se afirma sobre a oposição e alternativa ao modelo positivista,

---

<sup>185</sup> Sobre o neoconstitucionalismo como cultura jurídica antipositivista, ver: POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, 2003, p. 188 e seguintes.

<sup>186</sup> “En esta segunda acepción “constitucionalismo” y “neoconstitucionalismo” designan un modelo constitucional, o sea el conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados en un sistema jurídico-político historicamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales.” (COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, 2003, p. 75.)

<sup>187</sup> Ibidem, p. 75-98.

<sup>188</sup> Ibidem, p. 83.

<sup>189</sup> COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, 2003, p. 83.

pois as transformações na Constituição do pós-guerra fazem das teorias positivistas insuficientes para explicar a Constituição e o próprio direito.<sup>190</sup>

Importante ainda trazer, na delimitação do neoconstitucionalismo enquanto um novo momento do Direito Constitucional (portanto, diferenciado do constitucionalismo), a noção de neoconstitucionalismo ideológico e metodológico, construídos por COMANDUCCI.

Enquanto ideologia, o neoconstitucionalismo distingue-se do constitucionalismo na medida em que põe em segundo plano o objetivo da limitação do poder estatal (questão central do constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX) e em primeiro plano a garantia dos direitos fundamentais.<sup>191</sup> Nesse sentido, há uma conexão necessária entre Direito e Moral e uma obrigação moral de cumprir a Constituição.<sup>192</sup>

O denominado neoconstitucionalismo metodológico contrapõe-se ao positivismo metodológico e conceitual na medida em que visualiza a conexão necessária entre Direito e Moral, ao menos no que tange ao direito constitucionalizado quando os princípios constitucionais e os direitos fundamentais fazem a ponte entre o Direito e a Moral.<sup>193</sup>

SANCHÍS<sup>194</sup> entende que o neoconstitucionalismo projeta-se sobre a teoria positivista do Direito em relação aos seguintes temas: I) teoria das fontes, uma vez que não se pode falar legalismo; II) teoria da norma, uma vez que com o

---

<sup>190</sup> Nesse sentido, afirma COMANDUCCI: Como teoría, el neoconstitucionalismo representa por tanto una alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional: las transformaciones sufridas por el objeto de investigación hacen que ésta no refleje mas la situación real de los sistemas jurídicos contemporáneos. En particular, el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo, tres de las características destacadas del iuspositivismo teórico de matriz decimonónica, hoy no parecen sostenibles.” (Idem)

<sup>191</sup> Segundo COMANDUCCI: “Este cambio de acento es fácilmente explicable por el hecho de que el poder estatal, en los ordenamientos democráticos contemporáneos, no es más visto con temor y sospecha por la ideología neoconstitucionalista, que más bien se caracteriza justamente por su apoyo a ese modelo de Estado constitucional y democrático de Derecho, que se ha afirmado progresivamente en Occidente y que va expandiendo su influencia en vastas zonas del mundo.” (Ibidem, p. 85)

<sup>192</sup> Ibidem, p. 86.

<sup>193</sup> COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, 2003, p. 86 .

<sup>194</sup> SANCHÍS, 2003, p. 118.

neoconstitucionalismo surgem novas tipologias antes não contempladas ou insuficientemente atendidas; III) teoria do sistema; IV) e teoria da interpretação.<sup>195</sup>

No que concerne ao sistema de fontes, a lei deixa de ser a fonte suprema de produção jurídica e o Parlamento o único sujeito competente para pronunciar a última palavra sobre todos os casos. A Constituição enquanto norma suprema já existia na teoria positivista, veja-se por exemplo a teoria pura do direito de Kelsen. Porém, a Constituição era tida apenas sob o aspecto formal – regulação de competências e procedimentos – como fonte limitadora do poder. No constitucionalismo moderno tornou-se possível a soberania do parlamento, já que era a lei que definia o real conteúdo do Direito. A Constituição apenas estabelecia a autoridade competente e os procedimentos adotados, regulando o agir do Estado. Em razão disso, adverte SANCHÍS, o que é decisivo para o neoconstitucionalismo não é a mera existência de uma Constituição, mas sim:

...sus cualidades materiales o sustanciales, es decir, la tipología de sus normas, que hace de ella un texto casi omnipresente en toda operación de creación y aplicación del Derecho, pues, como ya se ha dicho, al ofrecer un denso contenido material compuesto de valores, principios, derechos fundamentales, directrices a los poderes públicos, etc., es difícil concebir un problema jurídico que no encuentre alguna orientación próxima o remota en el texto constitucional y, lo que es más preocupante, en ocasiones distintas orientaciones: libertad, igualdad – formal, pero también sustancial – seguridad jurídica, propiedad privada, cláusula del Estado social, y así una infinidad de criterios normativos que siempre tendrán alguna relevancia. [...] Es lo que se ha llamado a veces el efecto ‘impregnación’ o ‘irradiación’ del texto constitucional...<sup>196</sup>

Quanto à questão positivista da validade da norma jurídica e a separação do direito da moral, o juspositivismo, como viu-se anteriormente, entende a validade sob o aspecto exclusivamente formal e afasta os critérios relativos à justiça e aos valores morais da análise da validade das normas jurídicas. O constitucionalismo do pós-guerra, por outro lado, defende que a análise da validade deve anteder também a aspectos materiais, ou seja de conteúdo. Nesse sentido, as normas jurídicas deveriam ser válidas por satisfazer os requisitos formais de elaboração (quanto ao

<sup>195</sup> Por uma questão didática, optou-se, nesse trabalho, seguir o esquema proposto por SANCHÍS ao discorrer sobre o neoconstitucionalismo como teoria do direito, em contraposição ao positivismo jurídico. O que não implica numa total aceitação de todos os pontos propostos pelo autor, como se verá adiante.

<sup>196</sup> SANCHÍS, 2003, p. 118-119.

procedimento e à autoridade competente), previstos em norma superior, mas também pela concordância em relação ao conteúdo previsto na Constituição. A Constituição passa a vincular na forma e no conteúdo.

Nesse sentido, descreve POZZOLO<sup>197</sup>:

Este cambio del Estado de Derecho habría determinado el reenlazamiento del vínculo entre Derecho y moral, cortado por el positivismo jurídico, que estructuralmente se pondría en evidencia en la posición subordinada de la ley en el sistema de las fuentes. En el Estado constitucional es la Constitución la norma jerárquicamente más elevada, no sólo formalmente, sino también desde un punto de vista sustancial. La Constitución, de hecho, no impondría al legislador solamente el respeto lógico-formal sobre sus propias decisiones, sino también el desarrollo de tales normas constitucionales y sobre todo su aplicación.

Tais constituições que emergiram no pós-guerra, ricas em princípios de justiça<sup>198</sup>, impõem a necessidade de novas formas de interpretação e aplicação dessas normas constitucionais. Ora, como discorrido anteriormente, o positivismo jurídico concebia o Direito com um sistema normativo formado por regras. Os princípios para serem aplicados, necessitavam de regulamentação pelo legislador, ou seja, de disposição por meio de regras. As regras jurídicas, acreditava-se, garantiam a segurança jurídica, uma vez que estabeleciam de forma clara e precisa a conduta regulada pelo direito e a respectiva consequência jurídica. Acreditava-se que o Direito poderia estabelecer uma única verdade, uma única resposta possível. Como os princípios são normas demasiadamente abstratas, não garantiam essa aplicação precisa, não traziam segurança jurídica e, portanto, não eram considerados normas jurídicas. A técnica de interpretação por excelência era a subsunção.<sup>199</sup>

As Constituições do século XX, na Europa ocidental, refletem o momento pós-guerra, na medida em que os Estados e o Direito reconstroem-se na busca da reaproximação do Direito com ideais de justiça. Nesse sentido, uma das características marcantes dessas constituições é o extenso rol de direitos

<sup>197</sup> POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, 2003, p. 192.

<sup>198</sup> Como as já citadas Constituição alemã de 1949 e Constituição italiana, de 1948.

<sup>199</sup> Sobre as transformações acerca da força normativa dos princípios e sua função no ordenamento jurídico (no jusnaturalismo, no positivismo e no pós-positivismo), ver: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 228 e seguintes.

fundamentais e de normas principiológicas, representantes dos valores fundantes daquelas sociedades. Aliado a isso, para que tais constituições não passassem de meras “folhas de papel”<sup>200</sup>, passou-se a afirmar a normatividade de todas as normas constitucionais, inclusive aquelas principiológicas.

A Constituição, no paradigma do constitucionalismo contemporâneo, é dotada de uma força invasiva, o que gerou, por consequência, o fenômeno da constitucionalização do Direito. A constitucionalização<sup>201</sup> impõe que todo o Direito positivo seja reformulado segundo os cânones materiais da Constituição.

A partir do delineamento feito, é possível constatar que os traços que caracterizam o constitucionalismo contemporâneo potencializam o fenômeno das mutações constitucionais, uma vez que as constituições são marcadas por esse extenso rol de normas de caráter aberto (que em grande parte são garantidoras de direitos fundamentais). Tais normas constitucionais necessitam, para serem interpretadas, de um diálogo com a realidade, o que permite a atualização constante da Constituição e, por consequência, a ocorrência das mutações constitucionais. Nesse contexto de defesa da força normativa da Constituição, o debate sobre as mutações constitucionais torna-se relevante na medida em que surge a problemática dos limites das mutações, ou seja, até que ponto a realidade pode alterar o conteúdo das normas constitucionais sem que ocorra a quebra da Constituição e, assim, preserve-se a sua força normativa.

O próximo capítulo buscará analisar as primeiras doutrinas que procuraram explicar as mutações constitucionais, doutrinas essas que se situam num contexto pré-constitucionalismo contemporâneo.

---

<sup>200</sup> Expressão utilizada por Ferdinand LASSALLE ao se referir às Constituições jurídicas quando não expressam os fatores reais de poder. (V. LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1998.)

<sup>201</sup> Segundo GUASTINI, são condições para constitucionalização: 1) uma constituição rígida; 2) garantia jurisdicional da constituição através de formas de controle de constitucionalidade; 3) força vinculante da constituição; 4) “sobreinterpretação” da Constituição, ou seja, uma interpretação extensiva da Constituição; 5) aplicação direta das normas constitucionais sem necessidade de lei regulamentadora; 6) interpretação conforme à Constituição, a qual define que, entre duas interpretações possíveis de uma norma jurídica, deve-se optar pela interpretação que a adequa à Constituição; 7) influência da Constituição sobre as relações jurídicas, a qual depende de vários elementos: o conteúdo da Constituição, a postura dos juízes, a postura dos órgãos constitucionais e dos atores políticos. (v. GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico – el caso italiano. In: CARBONEL, Miguel. 2003, p. 43-73.)

#### **4. PROCESSO INFORMAL DE MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO: A DOUTRINA TRADICIONAL SOBRE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.**

Como visto (cap. 2) Mesmo no período do constitucionalismo clássico-liberal, já haviam autores que identificaram e trataram do fenômeno da mutação constitucional, embora sendo vista num contexto de uma “fraca” defesa normativa da Constituição.

O presente capítulo tem como objetivo analisar, de forma mais apurada, a doutrina tradicional da mutação constitucional que se formou na Alemanha no século XIX, a qual, como se verá, vislumbrou o fenômeno da mutação como a alteração e atualização da Constituição pela força dos fatos. Antes, porém, faz-se necessário compreender a mutação dentro da teoria clássica do poder constituinte, ou seja, a mutação como fenômeno decorrente de um poder constituinte não previsto e não regulado pelo texto constitucional.

A partir disso, poderá estabelecer-se um comparativo entre as teorias presentes no contexto do constitucionalismo moderno com as teorias sobre a mutação que emergem no momento do (neo)constitucionalismo.

##### **4.1 PODER CONSTITUINTE: CONCEITO, FORMAS DE MANIFESTAÇÃO, REFORMA CONSTITUCIONAL E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL**

A mutação constitucional enquanto processo (informal) de alteração do conteúdo da Constituição sem a alteração do texto é classicamente analisada como uma manifestação de um poder constituinte difuso e permanente. Assim, ao lado da Reforma Constitucional, como competência regulada pela Constituição e atribuída ao (constituído) Poder Legislativo, tem-se a mutação como via capaz de atualizar o conteúdo da Lei Fundamental. Para a compreensão dessa perspectiva, faz-se necessário, portanto, inserir o tema (mutação) na temática geral do poder constituinte. Para tanto, este capítulo iniciará com uma breve análise da teoria do poder constituinte, os debates sobre a tipologia e as formas de atualização do texto constitucional.

Inicialmente, cabe alertar que tratar de uma teoria do poder constituinte não é o mesmo que discorrer sobre o poder constituinte enquanto uma prática.<sup>202</sup> Nesse sentido, o poder constituinte, considerado como poder de estabelecer as normas fundamentais que irão reger a vida política de uma dada sociedade, sempre existiu em todos os tempos. Por outro lado, uma teorização sobre o poder constituinte só foi construída no século XVIII, especificamente à época da Revolução Francesa, pelo abade Emmanuel Joseph SIEYÈS (1748-1836)<sup>203</sup>, em sua obra clássica “Qu’est-ce que le Tiers État?” (traduzida no Brasil com o título: “A constituinte burguesa”<sup>204</sup>).<sup>205-206</sup>

<sup>202</sup> Segundo BONAVIDES: “Cumprе todavia não confundir o poder constituinte com a sua teoria.” (2002, p. 120)

<sup>203</sup> Segundo CANOTILHO, a formação da teoria do poder constituinte e, conseqüentemente, a distinção clara entre poder constituinte, como poder que faz as leis fundamentais, e poder legislativo, como poder que faz as leis não fundamentais, se faz já a partir das teorias de John Locke sobre o “supreme power”. “Embora a expressão “poder constituinte” não surja de forma clara na obra de John Locke, considera-se que este sugeriu a distinção entre *poder constituinte* do povo, reconduzível ao poder de o povo alcançar uma nova “forma de governo”, e o *poder ordinário* do governo e do legislativo encarregados de prover à feitura e à aplicação das leis.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 72-73) De forma diversa, BULOS afirma que: “Indiscutivelmente, deve-se a Sieyès a noção primeira do poder constituinte...” (BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 12).

<sup>204</sup> SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. Qu’est-ce que le Tiers État? 4ª ed. Rio de Janeiro, 2001.

<sup>205</sup> Nesse sentido, discorre BARROSO que assim como se pode falar numa constituição histórica, pode-se falar num poder constituinte que existiu de fato, antes da formulação teórica. “Onde quer que exista um grupo social e poder político efetivo, haverá uma força ou energia inicial que funda esse poder, dando-lhe forma e substância, normas e instituições. A teoria do poder constituinte, envolvendo especulações acerca da sua natureza, titularidade e limites, é que só recebeu elaboração em época mais recente. Seu desenvolvimento remonta ao advento do constitucionalismo moderno, em um ambiente dominado pelas aspirações de racionalidade do iluminismo, do jusnaturalismo e do contratualismo.” (**Curso de direito constitucional contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ªed. e 2ª triagem. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 95-96) Assim também ensina Paulo BONAVIDES: “Poder constituinte sempre houve em toda sociedade política. Uma teorização desse poder para legitimá-lo, numa de suas formas ou variantes, só veio a existir desde o século XVIII, por obra da sua reflexão iluminista, da filosofia do contrato social, do pensamento mecanicista anti-historicista e anti-autoritário do racionalismo francês, com sua concepção de sociedade. (...) Poder constituinte sempre houve, porque jamais deixou de haver o ato de uma sociedade estabelecendo os fundamentos de sua própria organização. O que nem sempre houve, porém, foi uma teoria desse poder, cuja aparição configura um traço de todo original, ou seja, uma peculiaridade digna talvez de justificar o pasmo e a vaidade do orador constituinte, ao formulá-la em fins do século XVIII.” (BONAVIDES, 2002, p. 120-121) Assim também, André Ramos TAVARES “...sabemos que a realidade do poder constituinte precedeu historicamente essa sua elaboração técnica, já que é um correlato da existência de qualquer Estado.” (TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53.)

<sup>206</sup> Noutra perspectiva, ainda histórica, CANOTILHO, atenta que a gênese do poder constituinte não pode ser atentada somente ao paradigma da Revolução Francesa. “Hoje, deve reconhecer-se que

Segundo a teoria desenvolvida por SIEYÈS, no curso do processo revolucionário francês, é possível verificar a existência de um poder constituinte a partir da distinção entre este e os denominados poderes constituídos, ou seja, o legislativo, o executivo e o judiciário. Com essa distinção, SIEYÈS define que o poder constituinte seria o poder da nação, através de seus representantes (Assembléia Nacional) de fundar um novo Estado, através de uma nova Constituição.

A teoria do poder constituinte, formulada por SIEYÈS, nasceu no contexto de luta contra o antigo regime, contra a monarquia absoluta francesa. Nesse sentido, é atrelada à ideologia burguesa, ou seja, ao liberalismo burguês e ao constitucionalismo liberal.<sup>207</sup>

Portanto, é no panorama da formação dos Estados liberais burgueses, que se deu no século XVIII, que se formou e se difundiu a ideia de que todos os Estados deveriam ser constituídos, organizados, por uma Constituição.<sup>208</sup> A Constituição torna-se a Lei Fundamental, a qual tem a função de constituir os Estados<sup>209</sup>,

---

este ponto de partida era redutor porque esquecia dois outros momentos de gestação das normas básicas: o constitucionalismo inglês e o constitucionalismo americano. (...) Três palavras resumirão os traços caracterizadores de três experiências histórico-constituintes: os ingleses compreendem o poder constituinte como um processo histórico de *revelação* da “constituição de Inglaterra”; os americanos *dizem* num texto escrito, produzido por umj constituinte “the fundamental and Paramount law of the nation”; os franceses *criam* nova ordem jurídico-política através da “destruição” do antigo e da “construção do novo”, traçando a arquitectura da nova “cidade política” num texto escrito – a constituição. *Revelar, dizer e criar* uma constituição são os *modi operandi* das três experiências constituintes.” (CANOTILHO, 2003, p. 68-69)

<sup>207</sup> Nesse sentido, BONAVIDES: “A teoria do poder constituinte, do ponto de vista ideológico, se prende à concepção do Estado liberal; este, por sua vez, guarda íntima e estreita conexão com a doutrina da soberania nacional. Graças a essa doutrina, a burguesia fez legítimas as instituições representativas de sufrágio limitado e mandato representativo, nascidas durante a fase revolucionária de fins do século XVIII. Institucionalizou-se então pelo instrumento das Constituições rígidas a presença dos governados na formação da vontade oficial, presença não de todos mas de uma parcela já considerável, que assim introduzia o princípio democrático no sistema representativo do Estado liberal.” (BONAVIDES, 2002, p. 132)

<sup>208</sup> Nesse sentido, a Declaração francesa de direitos do homem e do cidadão estabeleceu os pilares do constitucionalismo liberal: “Artigo 16º- Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”

<sup>209</sup> Sobre a Constituição enquanto particular maneira de ser do Estado: MALBERG, Raymond Carré de. **Teoria General del Estado**. Mexico: Fondo de cultura económica, 1998, p. 59 (“De todo lo que precede resalta finalmente que el Estado debe su existencia, ante todo, al hecho de que posee una Constitución. Si la organización de la comunidad nacional es en efecto el hecho primordial en virtud del cual se encuentra erigida en Estado, hay que deducir de ello que el nacimiento del Estado coincide con el establecimiento de su primera Constitución, sea o no escrita, es decir, con la aparición del estatuto que por primera vez ha provisto a la colectividad de órganos que aseguran su voluntad y que hacen de ella una persona estatal.”).

definindo quem pertence a este Estado (pelas regras da nacionalidade), como se organiza o seu território e como se exerce o Poder Soberano, ou seja, seus limites. Com isso, a Constituição (liberal) assume a função de limitação do poder e garantia dos direitos fundamentais.

As constituições passaram a assumir esse papel (de organização do Estado, limite do poder e garantia de direitos), e, com isso, os Estados passaram a promulgar ou outorgar uma Constituição para constituir a sua existência. Isso ocorreu com o Brasil, por exemplo, quando este declarou sua independência de Portugal, com a convocação de uma Assembléia Constituinte (que posteriormente foi dissolvida) para a elaboração da primeira Constituição Brasileira.

Nesse panorama, SIEYÈS formulou sua teoria sobre o poder constituinte, defendendo que cabia à nação (terceiro estado) à elaboração da Constituição, pois era ela (a nação) que possuía o direito de fundar o novo Estado francês.

SIEYÈS chega a essa conclusão através de três questionamentos que estruturam sua obra: 1) O que é o Terceiro Estado? 2) O que o Terceiro Estado tem sido até agora? 3) e o que pode ser o Terceiro Estado? À primeira pergunta SIEYÈS responde: a nação e, sendo assim, o Terceiro Estado é tudo, pois é o grupo social que sustenta todo o governo e os privilégios da nobreza. O Terceiro Estado, segundo o filósofo francês, tem todos os elementos para ser uma nação completa.<sup>210</sup> Ao segundo questionamento, SIEYÈS responde que o Terceiro Estado tem sido nada até aquele momento, pois não teve verdadeiros representantes nos Estados Gerais, não tendo voz e força política para lutar a favor de seus direitos e contra os privilégios da nobreza<sup>211</sup>. À segunda questão, SIEYÈS responde que o Terceiro Estado pede ser alguma coisa. O caminho para ser algo é ter igual representação nos Estados Gerais em relação aos privilegiados e que os votos não sejam por ordens e sim por cabeças<sup>212</sup>. No capítulo V, SIEYÈS discorre sobre o que deveria ter sido o Terceiro Estado e neste ponto é que o autor faz a relação entre Constituição política de uma sociedade e as relações com a nação (o Terceiro Estado, a burguesia). Neste ponto, o autor afirma que, como a nação é a origem de tudo, a

---

<sup>210</sup> SIEYÈS, 2001, p. 1-5.

<sup>211</sup> Ibidem, p. 7-12.

<sup>212</sup> Ibidem., p. 13-27.

criação da Constituição, como lei que organiza o governo, é prerrogativa da nação, estando sujeita apenas ao direito natural. A função legislativa é obra do corpo legislativo, os quais estão sujeitos à lei fundamental, à Constituição<sup>213</sup>.

Assim, nasce a teoria do poder constituinte, como um poder pertencente à nação, a qual tem a prerrogativa de estabelecer, de forma soberana, as leis fundamentais que irão reger a constituição política de um Estado.

É importante frisar que a teoria desenvolvida por SIEYÈS foi elaborada no contexto filosófico do jusnaturalismo<sup>214</sup>. O poder constituinte da nação qualifica-se pela superioridade e anterioridade em relação ao poder constituído, ou seja, ao sistema jurídico positivo, às instituições de poder existentes, não se subordinando ao Direito preexistente. Por outro lado, a legitimidade e limite de atuação do Poder Constituinte estava no direito natural, no qual se colheu justificção para a superação do Velho Regime e a afirmação das liberdades e direitos burgueses. Nessa perspectiva, o poder constituinte é um poder de direito, fundado não no ordenamento vigente, mas no direito natural, que existe antes da nação.<sup>215</sup>

Posteriormente desenvolveu-se a perspectiva do poder constituinte segundo a perspectiva do positivismo jurídico, o qual não reconhece a possibilidade de um Direito preexistente ao Estado. O poder constituinte é visto como um poder que cria – ou refunda – o Estado, sendo, portanto, anterior a ele. Nesse sentido, o poder constituinte é considerado um poder de fato, uma força política, situada fora do Direito.

Nesse particular, tanto o normativismo kelseniano, como a tese da norma fundamental pressuposta, como o decisionismo de Carl Schmitt, pelo qual a

---

<sup>213</sup> “Entretanto, de acordo com que critérios, com que interesses se teria dado uma Constituição à própria nação. A nação existe antes de tudo, ela é origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o direito natural. Se quisermos ter uma idéia exata da série das leis positivas que só podem emanar de sua vontade, vemos, em primeira linha, as leis constitucionais que se dividem em duas partes: umas regulam a organização e as funções do corpo legislativo; outras determinam a organização e as funções dos diferentes corpos ativos. Essas leis são chamadas de fundamentais, não no sentido de que possam tornar-se independentes da vontade nacional, mas porque os corpos que existem e agem por elas não podem tocá-las. Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação.” (SIEYÈS, Op. cit., p. 48-49)

<sup>214</sup> A Declaração francesa de direitos do homem e do cidadão de 1789 afirma: “O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.”

<sup>215</sup> BARROSO, 2011, p. 110.

Constituição é uma vontade política com força de se impor, conduzem ao mesmo resultado: o de que o poder constituinte é um fato pré-jurídico, externo ao Direito.<sup>216</sup>

Portanto, as teorias desenvolvidas posteriormente a SIEYÈS, de caráter positivista, afirmam que o Poder Constituinte é um poder de fato, soberano, ilimitado e incondicionado, que possui a prerrogativa de fundar ou refundar um Estado através de uma nova Constituição, restando evidente nesta acepção a radicalidade que reside no conceito de poder constituinte.<sup>217</sup>

Note-se que até o presente momento, o conceito de poder constituinte está atrelado ao que atualmente a doutrina tradicionalmente define como poder constituinte originário.

Segundo Uadi Lammêgo BULOS, a concepção atual e majoritária do poder constituinte define que o mesmo se manifesta em duas etapas distintas, quais sejam: a primeira de elaboração constitucional, como poder de fato, ilimitado e incondicionado pelo direito anterior; a segunda de reforma formal no Texto da Constituição, neste caso trata-se de um poder de direito, condicionado e limitado pelas regras constitucionais definidas pelo poder constituinte originário.<sup>218</sup>

Nelson de Souza SAMPAIO, em obra clássica, relaciona poder constituinte originário, poder constituinte reformador e poder legislativo através da teoria dos círculos concêntricos de competência.<sup>219</sup> Segundo o autor, o círculo de maior raio representa o poder constituinte originário, o qual possui a função de organizar o

---

<sup>216</sup> BARROSO, 2011, p. 110.

<sup>217</sup> Deve-se atentar que atualmente a doutrina atual rejeita a ideia puramente positivista do poder constituinte, a qual o enxerga como um poder de fato, soberano e ilimitado. Por todos, José Joaquim Gomes CANOTILHO, ensina que: “Desde logo, se o poder constituinte se destina a criar uma constituição concebida como organização e limitação do poder, não se vê como esta ‘vontade de constituição’ pode deixar de condicionar a vontade do criador. Por outro lado, esse criador, este sujeito constituinte, este povo ou nação, é estruturado e obedece a padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade e, nesta medida, considerados como ‘vontade do povo’. Além disto, as experiências humanas vão revelando a indispensabilidade de observância de certos **princípios de justiça** que, independentemente da sua configuração (como princípios *suprapositivos* ou como princípios *supralegais* mas *intra-jurídicos*) são compreendidos como limites da liberdade e onipotência do poder constituinte. Acresce que um sistema jurídico interno (nacional, estadual) não pode, hoje, estar *out* da comunidade internacional. Encontra-se vinculado a **princípios de direito internacional...**” (CANOTILHO, 2003, p. 81).

<sup>218</sup> BULOS, 1997, p. 19-21.

<sup>219</sup> SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder de reforma constitucional**. Salvador: Progresso, 1954, p. 40-46.

Estado, de forma ilimitada e soberana. O círculo intermediário representa o poder constituinte reformador, o qual representa a competência intermediária entre o poder constituinte originário e o poder legislativo, este representado pelo círculo menor. O reformador ocupa a posição do círculo intermediário, pois não alcança o patamar do poder constituinte originário, já que possui os caracteres de instituído, de segundo grau e constituído.

Atualmente, os autores brasileiros em Direito Constitucional utilizam a usual tipologia do poder constituinte – encontrada corriqueiramente nos manuais de direito constitucional<sup>220</sup>, classificando o Poder Constituinte em: a) Poder Constituinte Originário, como aquele capaz de elaborar uma nova Constituição; b) Poder Constituinte Derivado Reformador, como aquele capaz de atualizar as Constituições existentes, por meio de reformas no Texto constitucional; c) Poder Constituinte Derivado Decorrente, como poder também secundário capaz de elaborar e reformas as Constituições estaduais; d) e, mais recentemente, o Poder Constituinte Difuso e o Poder Constituinte Transnacional (este de natureza mais contraditória ainda).

Essa diferenciação entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado merece especial atenção, pois transborda a questão de uma mera distinção

---

<sup>220</sup> A título de exemplo, dentre os autores brasileiros atuais:

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em sua obra clássica (“O Poder Constituinte”), diferencia poder constituinte (originário) dos poderes instituídos, dentre eles: poder legislativo, poder executivo, poder judiciário e o poder instituído. Este último é encarregado de reformar a Constituição (por via de emendas ou revisão), bem como de elaborar e alterar as constituições dos estados-membros (poder constituinte decorrente). (FERREIRA, FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 5ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 107-110).

BULOS defende que constituem as formas de manifestação do poder constituinte: originário, derivado, difuso e transnacional (BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 388). Em outra obra, BULOS defende que, atualmente, “os estudiosos concluíram que o poder constituinte divide-se em duas etapas bem definidas: uma de elaboração constitucional (...); outra, de mudança formal, para alterar a Carta Suprema, mediante certas limitações. (...) Assim, os poderes originário e derivado não seriam distintos *substancialmente*, senão um mesmo poder que aparece e se manifesta em dois períodos distintos da vida institucional: o nascimento e a reforma.”(BULOS, 1997, p. 19-20)

Alexandre de MORAES, no mesmo sentido, defende que são espécies de poder constituinte: o originário, ou de primeiro grau, e o derivado ou de segundo grau, o qual se divide em reformador e decorrente (MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 27-29)

Na mesma linha de pensamento, Paulo Gustavo Gonet BRANCO identifica a distinção entre o poder constituinte originário e o poder constituinte de reforma. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 117-139)

Paulo Ricardo SCHIER ao tratar da tipologia do Poder Constituinte, baseado em Pinto FERREIRA, também identifica as seguintes espécies: 1) Poder Constituinte Originário, ou de primeiro grau; poder constituinte derivado, ou de segundo grau, ou Poder Reformador; e poder constituinte decorrente. No entanto, observa, o autor, que os dois últimos tipos de poder constituinte (derivado reformador e decorrente) referem-se ao exercício de competências. (SCHIER, 2008, p. 88-89).

terminológica e reflete, na realidade, a concepção e a própria natureza do poder constituinte.<sup>221</sup>

Nesse sentido, alerta Luís Roberto BARROSO que

Coube a Sieyès (...) a identificação conceitual do poder constituinte, em oposição à ideia de poder constituído. Mais à frente, a própria doutrina francesa desenvolveu a distinção entre poder constituinte originário e derivado. Poder constituinte originário é o poder constituinte propriamente dito... Nele se encontra a energia inicial pela qual se cria ou se reconstrói um Estado, com a instituição de uma nova ordem jurídica, superadora da ideia de Direito preexistente. O poder constituinte derivado, por sua vez, expressa o poder, normalmente atribuído ao Parlamento, de reformar o texto constitucional. Trata-se de uma competência regulada pela Constituição.

A referência a poder constituinte, nessa segunda hipótese, justifica-se pela possibilidade efetiva de se alterar a Constituição pelo exercício de tal competência. **Mas, no fundo, a terminologia empregada pode ser enganosa. É que, na verdade, o denominado poder constituinte derivado situa-se no âmbito do poder constituído ou poder instituído, estando juridicamente subordinado a diversas prescrições impostas no texto constitucional pelo poder constituinte originário.** Embora seja consagrada pela doutrina e pela prática, tal designação é tecnicamente problemática. Por essa razão, diversos autores se opõem ao uso da locução “poder constituinte derivado”, ou instituído, quando se tratar de reforma da Constituição.<sup>222</sup> (sem grifo no original)

Assim, o denominado “Poder Constituinte Derivado” ou simplesmente “Poder Constituinte Reformador”, expressa apenas o exercício de uma competência regulada pela própria Constituição, ou seja, possui limites e condicionantes impostos pelo Poder Constituinte (originário) e é exercido por um poder constituído. Poder constituinte propriamente dito apenas refere-se ao Poder Constituinte (originário).<sup>223-224</sup>

<sup>221</sup> Sobre o problema terminológico em torno do poder constituinte e suas manifestações, ver também: TAVARES, 2010, p. 51-52.

<sup>222</sup> BARROSO, 2011, p. 145.

<sup>223</sup> Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO observa que a qualificação do poder constituinte em originário (como poder que dá origem à organização jurídica fundamental) serve para distinguir esse Poder constituinte “que é o único que a realmente fazer jus ao nome, de Poderes Constituintes instituídos ou derivados. Estes impropriamente são chamados de constituintes . Eles são constituídos pelo Poder Constituinte originário e dele tiram a força que têm. A designação Poder Constituinte só lhes vem ao fato de que, nos termos da obra de Poder originário, podem modificá-la, completa-la (poder de revisão) ou institucionalizar os Estados federados que dela provenham (Poder Constituinte dos Estados-Membros).” (FERREIRA FILHO, 2009, p. 22).

Por outro lado, o mesmo autor, em mesma obra utiliza a clássica tipologia ao distinguir o poder constituído originário, do instituído, derivado do originário. Nesse sentido, identifica como espécies do Poder Constituinte derivado: Poder de Revisão e Poder Constituinte decorrente, ambos derivados do Poder Constituinte Originário. (ibidem, p. 28)

Por outro lado, deve-se observar a explicação de BULOS para a utilização das expressões “poder constituinte originário” e “poder constituinte derivado”. Tanto o poder originário quanto o derivado tratam-se do mesmo poder que se manifesta em momentos distintos. Citando Jorge Reinaldo Vanossi<sup>225</sup>, BULOS define que o poder constituinte originário atua na fase inicial, fundacional do Estado, “como uma *potência*, uma força, uma energia”, enquanto o poder derivado reformador atua na fase da reforma, sendo, portanto, “uma competência, uma manifestação da aplicação da própria normatividade prevista por aquele poder constituinte inicial.”<sup>226</sup>

Nessa linha de raciocínio, é preferível a expressão Poder de Reforma, ao se referir à possibilidade de alterar, reformar, o Texto constitucional, já que, frise-se, trata-se de uma competência regulada pelo próprio Texto constitucional e exercida pelo Poder Legislativo (poder constituído).

O Poder de Reformar o Texto constitucional, enquanto uma competência regulada pela própria Constituição, via de regra expressa o caráter da rigidez constitucional, na medida em que a Constituição estabelece um procedimento mais solene, dificultoso de alteração, se comparado ao procedimento legislativo das leis infraconstitucionais. Assim, a primeira Constituição francesa escrita (Constituição de

---

Assim também BONAVIDES: “Com efeito, tomada ao pé da letra, a distinção clássica e usual que separou o poder constituinte em duas modalidades, a saber, poder constituinte originário e poder constituinte derivado, carece, por inteiro, de fundamento, se, mediante a mesma pretendemos estabelecer limites teóricos ao seu exercício. Equivaleria o reconhecimento de tais limites a negar-lhe caráter ou teor soberano, o que sem dúvida contraria a essência do poder constituinte.” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 130) André Ramos TAVARES também considera, apesar a usual terminologia “poder constituinte derivado”, este como o exercício de parcela de competência atribuída geralmente ao próprio órgão legislativo encarregado de elaborar as leis em geral, ou seja, o poder de reforma da Constituição. (TAVARES, 2010, P. 52)

<sup>224</sup> Por outro lado, merece atenção o posicionamento de Celso Ribeiro BASTOS, para o qual o poder constituinte é essencialmente a função de elaborar as regras de uma Constituição e, como tal, a reforma da Constituição também seria manifestação do poder constituinte. (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1, p. 143). Nesse sentido, ver também: TAVARES, André Ramos, **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 55.

<sup>225</sup> VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Teoría constitucional**. Buenos Aires: Depalma, 1975, t. 1, p. 129 e s. apud BULOS, 1997, p. 20.

<sup>226</sup> “A distinção entre *potência* e *competência*, leciona Vanossi, serve para precisar a natureza do poder constituinte. Isto porque, ao demonstrar que o poder fundacional é uma força e o poder derivado é uma manifestação da própria normatividade prevista no Texto Magno, fica claro que o primeiro é ilimitado juridicamente, embora possa ter limites metajurídicos (crenças, ideologias, valores), e o segundo – por indicar normas que regulam o âmbito de seu exercício (competência) – possui limites.” (BULOS, 1997, p. 20).

1791) já trazia em seu texto um dispositivo que determinava que somente "a nação tem o direito de mudar a Constituição" e que essa mudança somente poderia ser feita "segundo os meios previstos na própria Constituição"<sup>227</sup>. A Constituição norte-americana (1787), disciplinou também a alteração do seu texto em seu artigo V, determinando um procedimento solene de alteração<sup>228</sup>.

BONAVIDES atenta ao fato de que a possibilidade de reformar a Constituição não era aceita de início, no século XVIII, pelos teóricos iluministas.

A pretensão à imutabilidade foi um sonho de alguns iluministas do século XVIII. Cegos de confiança no poder da razão, queriam eles a lei como um produto lógico e absoluto, válido para todas as idades, atualizado para todas as gerações. Dessa fanática esperança comungou um membro da Convenção, conforme nos lembra notável publicista francês, pedindo durante os debates do Ano III a pena de morte para todo aquele que ousasse propor a reforma da Constituição.<sup>229</sup>

Por outro lado, BONAVIDES identifica que, no ainda influxo da Revolução francesa, Rousseau abre espaço para a legitimação do conceito jurídico de reforma constitucional, o que veio a ser consagrado na Constituição francesa de 1791.<sup>230</sup>

A possibilidade de reformar o texto da Constituição justifica-se porque a Constituição não pode perder a sintonia com seu tempo, se isso ocorrer será apenas

<sup>227</sup>TITRE VII - De la révision des décrets constitutionnels. "Article 1. - L'Assemblée nationale constituante déclare que la Nation a le droit imprescriptible de changer sa Constitution ; et néanmoins, considérant qu'il est plus conforme à l'intérêt national d'user seulement, par les moyens pris dans la Constitution même, du droit d'en réformer les articles dont l'expérience aurait fait sentir les inconvénients, décrète qu'il y sera procédé par une Assemblée de révision en la forme suivante :"  
(FRANÇA, **La Constitution du 3 septembre 1791**. Disponível em <http://www.elysee.fr/president/la-presidence/les-textes-fondateurs/les-constitutions-depuis-1791/les-textes-constitutionnels-antérieurs/la-constitution-du-3-septembre-1791.8872.html> Acesso em 02/12/2011.)

<sup>228</sup> "Article V. The Congress, whenever two thirds of both Houses shall deem it necessary, shall propose Amendments to this Constitution, or, on the Application of the Legislatures of two thirds of the several States, shall call a Convention for proposing Amendments, which, in either Case, shall be valid to all Intents and Purposes, as Part of this Constitution, when ratified by the Legislatures of three fourths of the several States, or by Conventions in three fourths thereof, as the one or the other Mode of Ratification may be proposed by the Congress; Provided that no Amendment which may be made prior to the Year One thousand eight hundred and eight shall in any Manner affect the first and fourth Clauses in the Ninth Section of the first Article; and that no State, without its Consent, shall be deprived of its equal Suffrage in the Senate." (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constitution of the United States**. Disponível em [http://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm)> Acesso em 02/12/2011.)

<sup>229</sup> BONAVIDES, 2002, p. 173-175.

<sup>230</sup> Idem.

uma Constituição nominal, quando não semântica, na tradicional classificação de Karl LOEWENSTEIN<sup>231</sup>.

Konrad HESSE (1919-2005) alertou para a necessidade da Constituição ser vista no tempo, e portanto dialogar com o contexto histórico em que está inserida, caso contrário não poderá cumprir suas funções<sup>232</sup>. A necessidade da Constituição refletir a singularidade de seu tempo é para HESSE condição para que a Constituição tenha força normativa<sup>233</sup>. Partindo desse pressuposto, HESSE forma que as normas constitucionais não podem ser concebidas como letra morta, algo

<sup>231</sup> Tendo em vista a influencia da realidade sobre a Constituição escrita, LOEWENSTEIN classifica as Constituições em normativas, nominais e semânticas. **A Constituição normativa** parte da tese de que a Constituição deve ser vista não como um documento escrito, visto de forma isolada, mas sim é formada pelo que os detentores e destinatários do poder fazem com ela (Constituição) na prática. Trata-se da Constituição efetivamente vivida pelos destinatários e detentores do poder, ou seja, real e efetiva. "...la constitución es como um traje que sienta bien y que se lleva realmente." (LOEWENSTEIN, 1986, p. 217)

Já a **Constituição nominal** é aquela juridicamente válida, mas que a dinâmica do processo político não se adapta a suas normas, carecendo de realidade existencial. Neste caso, os pressupostos sociais e economicos existentes operam contra a concordância absoluta entra as normas constitucionais e as exigências do processo do poder. "La situación, de hecho, impede, o no permite por ahora, la completa integración de las normas constitucionales em la dinámica de la vida política. (...) Lá función primaria de la constitución nominal es educativa; su objetivo es, em um futuro más o menos lejano, convertirse em una constitución normativa y determinar realmente la dinámica del proceso del poder em lugar de estar sometida a ella. ... el traje cuelga durante cierto tiempo em el armário y será puesto cuando el cuerpo nacional haja crecido." (Ibidem, p. 218)

A **Constituição semântica**, por sua vez, é plenamente aplicada, mas como formalização da real situação do poder político, em benefício exclusivo dos detentores fáticos do poder. En lugar de servir a la limitación del poder, la constitución es aqui el instrumento para estabilizar y eternizar la intervención de los dominadores fácticos de la localización del poder político. (...) el traje no es absoluto un traje, sino un disfraz." (Ibidem, p. 218-129).

<sup>232</sup> "Toda Constituição é Constituição no tempo; a realidade social, a que são referidas suas normas, está submetida à mudança histórica e esta, em nenhum caso, deixa incólume o conteúdo da Constituição. Quando se desatende dita mudança, o conteúdo constitucional "fica petrificado" e a curto ou a longo prazo não poderá cumprir suas funções." (HESSE, Konrad. Constituição e direito constitucional. In.: Constituição e direito constitucional. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 13)

<sup>233</sup> Ao discorrer sobre os pressupostos que permitem à Constituição desenvolver sua força normativa, HESSE enumera primeiramente a necessidade de o "conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente". Quanto mais o conteúdo constitucional corresponder à singularidade do contexto em que está inserido, "tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa." Nesse sentido, afirma o autor: "Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral. (...) Finalmente, a Constituição não deve assentar-se numa estrutura *unilateral*, se quiser preservar a sua força normativa num mundo em processo permanente de mudança político-social." (HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. (*Die Normative Kraft Der Verfassung*). Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 20-21)

estático e rígido; “precisamente sua continuidade pode chegar a depender da forma em que se encare a mudança. Esta pode ser levada a efeito por duas vias [mutação ou reforma constitucional].”<sup>234</sup>

Assim, desse imperativo, de diálogo entre a Constituição e a realidade, decorre a possibilidade do texto constitucional sofrer reformas.<sup>235</sup>

Por outro lado, o texto constitucional não pode estar volúvel a qualquer interesse momentâneo. Ou seja, ao mesmo tempo em que a Constituição deve acompanhar as mudanças de seu tempo, deve fazê-lo sem perder a sua capacidade de impor-se perante a realidade, ou seja, deve ter força normativa o suficiente para que sua pretensão de eficácia se realize. Assim, os textos constitucionais “não podem estar ao sabor das circunstâncias, fragilizados diante de qualquer reação à sua pretensão normativa e disponíveis para ser apropriados pelas maiorias ocasionais.”<sup>236</sup> Nesse sentido, HESSE observa que a Constituição deve refletir a singularidade de seu tempo, mas não pode se adaptar sem reservas às circunstâncias de cada momento. Caso contrário, a constituição se tornaria mera folha de papel diante dos fatores reais de poder<sup>237</sup> .<sup>238</sup>

Konrad HESSE alerta ainda para a corrosão que sucessivas emendas podem causar à força normativa da Constituição. Para o autor, a frequente revisão constitucional expressa a ideia de que “atribui-se mais valor às exigências de índole

---

<sup>234</sup> Constituição e direito constitucional. In: HESSE, 2009, p.14.

<sup>235</sup> LOEWENSTEIN também, nessa linha de raciocínio, visualiza a reforma da constituição como imperativo para que esta seja consoante ao seu tempo. Assim, ao tratar do problema da necessidade e motivação das reformas nas Constituições escritas, Karl LOEWENSTEIN define que “... las modificaciones que experimentan las relaciones sociales, económicas o políticas son las responsables de que una norma constitucional, que parecia razonable y suficiente em el momento de crear la constitución, haya perdido su capacidade funcional y tenga que ser, por lo tanto, completada, elimitada o acoplada de alguna otra manera a las nuevas exigencias en interés de un desarrollo sin fricciones del proceso político.” (LOEWENSTEIN, 1986, p. 170)

<sup>236</sup> BARROSO, 2011, p. 141.

<sup>237</sup> Sobre a Constituição jurídica como mera folha de papel e os fatores reais de poder como Constituição real, ver: LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1998.

<sup>238</sup> Segundo Konrad HESSE: “Da mesma forma, a Constituição pode descumprir suas tarefas quando se adapta, sem reservas, às circunstâncias de cada momento; em tal caso, suas normas já não são pauta das circunstâncias, mas são estas que atuam como parâmetros de suas normas. (...) Em ambos os casos, no entanto, a força dos fatos revela-se superior ao poder do Direito; no primeiro caso, o tempo deixa defasada a Constituição, e, no segundo, a degrada até reduzi-la a mero reflexo das relações de poder existentes a cada momento” (Constituição e direito constitucional. In: HESSE, 2009, p. 13-14)

fática do que à de ordem normativa vigente.” Deste modo, conclui que “a frequência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa [uma vez que a estabilidade é condição fundamental da eficácia da Constituição].”<sup>239</sup>

LOEWENSTEIN<sup>240</sup>, partindo da tese de que a Constituição representa um “compromisso entre las fuerzas sociales y grupos pluralistas que participan de sua conformación”, a reforma da Constituição é necessária quando se altera a situação de equilíbrio. Assim, “las reformas constitucionales son absolutamente imprescindibles como adaptaciones de la dinámica constitucional a las condiciones sociales en constante cambio...” Por outro lado, alerta o autor que “pero cada una de ellas [reformas constitucionais] es una intervención, una operación, en un organismo viviente, y debe ser solamente efectuada con gran cuidado y extremada reserva.” Defende LOEWENSTEIN<sup>241</sup> que toda Constituição deve

...tener para su pueblo una validez superior a la del producto diario de sus ruedas legislativas. Vista desde esta atalaya toda reforma constitucional, aunque sea de naturaliza puramente técnica y no afecte em absoluto a los intereses del pueblo, propriamente dichos, significa una depreciación de lo que se podría designar como el sentimiento constitucional de un pueblo. Reformas constitucionales emprendidas por razones oportunistas para facilitar la gestión política desvalorizan el sentimiento constitucional<sup>242</sup>.

LOEWENSTEIN<sup>243</sup> parte da constatação empírica (observando as reformas constitucionais na Suíça e na França, especialmente na III e na IV República) de uma indiferença do povo perante as reformas constitucionais a seu tempo. Isso reflete a falta de sentimento constitucional. A Constituição passa a representar nada mais que “un aparato con el cual se efectúa la lucha por el poder entre partidos y fuerzas pluralistas, siendo ellos tan sólo los espectadores pasivos.” As reformas no texto, conseqüentemente, carecem, nesses casos, de uma legitimidade democrática.

<sup>239</sup> HESSE, 1991, p. 22.

<sup>240</sup> LOEWENSTEIN, 1986, p. 199.

<sup>241</sup> Ibidem, p. 199-200.

<sup>242</sup> Por sentimento constitucional, entende Karl LOEWENSTEIN: “... aquella conciencia de la comunidad que, (...) integra a detentadores y destinatarios del poder en el marco de un orden comunitario obligatorio, justamente la constitución, sometiendo el proceso político a los intereses de la comunidad.” (Ibidem, p. 200)

<sup>243</sup> Ibidem, p. 202-203

Ao questionar qual é a participação do povo nos processos constituintes (tanto originário como reformador), LOEWENSTEIN constata que a participação popular se limita cada vez mais à aceitação de uma nova Constituição, como selo que outorga um maior grau de legitimidade.<sup>244</sup> O povo é visto com desconfiança e até inimizade, sendo-lhe vedado qualquer participação nos processos formais de alteração do texto constitucional. Neste ponto, o autor questiona: em quem se deverá depositar mais confiança? No povo “que actúa como electorado y que está movilizado, informado y también adoctrinado por los partidos”<sup>245</sup>, ou no parlamento, “cuyos miembros están sometidos a las directrices y dictados de las oligarquías de los partidos”? Diante desse questionamento, LOEWENSTEIN conclui que o grande perigo para o Estado de Direito não está no povo, “sino en el carácter híbrido de las mayorías parlamentarias y en los maquinadores de los partidos cuando su decisión es definitiva.”<sup>246</sup>

As reformas constitucionais, portanto, devem ser feitas quando absolutamente necessárias para o desenvolvimento do processo político, devendo buscar e encontrar o máximo de consenso, o qual, para o autor, se esgota na maioria parlamentar exigida constitucionalmente. No entanto, cada participação popular no processo de reforma constitucional, seja qual for a modalidade técnica, “es una contribución viva a la educación política y un elemento de la integración política.”<sup>247</sup>

Nesse sentido, é preferível, para LOEWENSTEIN, as mutações às modificações formais no texto, pois assim garante-se maior estabilidade ao texto constitucional, como exemplo cita a Constituição norte-americana.<sup>248</sup>

Para assegurar que, ao mesmo tempo em que os Textos constitucionais possam ser atualizados pelo Poder Reformador, o mesmo não ceda a qualquer

---

<sup>244</sup> “En la actualidad se ha abandonado casi completamente la intercalación del pueblo organizado como electorado, en procedimiento de reforma constitucional propiamente dicha, técnica ésta que gozó en la ola archidemocrática tras primera guerra mundial de certa popularidad. La Ley Fundamental de Bonn, que ya ha producido un cierto efecto internacional en la conformación constitucional de otros países, sigue aquí la tendencia general: se ha separado de tal manera de la participación directa del pueblo que realmente se puede hablar de una desconfianza, cuando no de una verdadera enemistad frente al pueblo .” (LOEWENSTEIN, 1986, p. 203-204)

<sup>245</sup> Atente-se que o autor fala a partir da realidade alemã do século XX.

<sup>246</sup> Ibidem, p. 205.

<sup>247</sup> Idem.

<sup>248</sup> Ibidem, p. 199.

circunstância momentânea<sup>249</sup>, as Constituições escritas tradicionalmente trazem em seu texto um procedimento mais solene de alteração, de modo a dificultar a reforma do texto constitucional. A partir daí surge a noção de rigidez constitucional como proteger o Texto constitucionais contra maiorias futuras.<sup>250</sup>

A rigidez constitucional fundamenta-se na ideia supremacia constitucional, ou seja, de a Constituição é lei hierarquicamente superior no ordenamento jurídico e reflete a expressão de uma vontade que não se confunde com as deliberações ordinárias do Parlamento. A partir da noção de rigidez que se pode estabelecer uma separação clara entre política constitucional e política legislativa.<sup>251</sup>

Nesse sentido, a Constituição brasileira de 1988, consagrando o princípio da rigidez constitucional, estabelece um conjunto de limitações expressas e implícitas ao poder de reforma<sup>252</sup>.

As limitações expressas estão previstas basicamente no art. 60 da Constituição e podem ser agrupadas em: a) limitações procedimentais, as quais dizem respeito ao procedimento de elaboração das emendas constitucionais, estabelecendo um procedimento rígido de reforma, ao limitar os legitimados para propositura da emenda constitucional, ao estabelecer um quórum qualificado de deliberação, ao determinar a discussão e votação em dois turnos e em casas

---

<sup>249</sup> “O estudo do poder de reforma da Constituição é pautado pela tensão permanente que se estabelece, em um Estado democrático de direito, entre permanência e mudança no direito constitucional.” (BARROSO, 2011, p. 141.)

<sup>250</sup> “O equilíbrio entre essas demandas do constitucionalismo moderno – estabilidade e adaptabilidade – tem disso buscado desde a primeira Constituição escrita. A fórmula adotada no texto norte-americano, que terminou por prevalecer mundo afora, envolve a combinação de dois elementos. O primeiro deles é a previsão expressa da possibilidade de emenda ao texto constitucional; o segundo é o estabelecimento de um procedimento específico para a emenda, mais complexo que o exigido para a aprovação da legislação ordinária. **Esse arranjo institucional é responsável pelo atributo que assinala quase a totalidade das Constituições contemporâneas: a rigidez.**” (Idem, p. 142, sem grifo no original)

<sup>251</sup> V. BARROSO, Luís Roberto, idem.

<sup>252</sup> Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO alerta que o entendimento sobre a existência de limites implícitos ao poder constituinte nem sempre foi pacífico na doutrina: “Há na doutrina uma corrente que sustenta não existirem limites implícitos ao Poder Constituinte instituído. Salvo os limites expressos, o Poder Constituinte instituído pode tudo. Esta é a doutrina que foi difundida nos Estados Unidos da América do Norte, por um dos ilustres constitucionalistas, que foi Willoughby; e a doutrina repetida por outros, por exemplo o mexicano Ramirez. Mas a maioria da doutrina, inclusive Souza Sampaio, sustenta que existem limites implícitos ao Poder Constituinte instituído.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 5ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 116-117)

separadas<sup>253</sup>; b) limitações materiais, as quais se referem a um conjunto de matérias constitucionais que não podem ser abolidas ou sofrerem alterações tendentes a aboli-las, dentre as quais estão a forma federativa, a separação de poderes, o voto direito, secreto, universal e periódico, e os direitos fundamentais<sup>254</sup>; e limitações circunstanciais<sup>255</sup>, que se referem a determinadas situações em que o texto constitucional não pode ser emendado, quais sejam: intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio.

As limitações implícitas, por seu turno, decorrem da interpretação do texto constitucional e são classicamente identificadas pela doutrina<sup>256</sup>: a) impossibilidade de alteração do titular do poder constituinte e b) impossibilidade da chamada dupla revisão<sup>257</sup>. Tais limitações visam, como já afirmado, dificultar a alteração do Texto

<sup>253</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.

(...)

§ 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.” (BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em 10 de dezembro de 2011.)

<sup>254</sup> Ver art. 60, §4, da Constituição Federal de 1988. (BRASIL, idem)

<sup>255</sup> Ver. Art. 60, §1º, da Constituição Federal de 1988. (BRASIL, idem)

<sup>256</sup> Por todos, BARROSO sintetiza, com base na doutrina elaborada por Nelson de Souza Sampaio (SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder de reforma constitucional**. Salvador: Progresso, 1954, p. 95): “Aliás, na medida em que os limites materiais expressem a identidade da Constituição e as salvaguardas democráticas, sua natureza é declaratória, e não constitutiva. Por essa razão, a presença de cláusulas pétreas no texto não exclui a possibilidade de se reconhecer a existência de limites implícitos. De fora parte as decisões políticas fundamentais tomadas pelo constituinte originário, há quatro categorias de normas que a doutrina, classicamente, situa fora do alcance do poder revisor, independentemente de previsão expressa. São elas as relativas.

1º) aos direitos fundamentais, que no caso brasileiro já se encontram, ao menos em parte, protegidos por disposição expressa (CF, art. 60, §4º);

2º) ao titular do poder constituinte originário, haja a vista que a soberania popular é pressuposto do regime constitucional democrático e, como tal, inderrogável;

3º) ao titular do poder reformador, que não pode renunciar à sua competência nem, menos ainda, delega-la, embora nesse particular existam precedentes históricos, alguns deles bastante problemáticos;

4º) ao procedimento que disciplina o poder de reforma, pois este, como um poder delegado pelo constituinte originário, não pode alterar as condições da própria delegação.” (BARROSO, 2011, p. 166-167)

<sup>257</sup> “...sob a Constituição portuguesa colocou-se, concretamente, um importante e complexo debate envolvendo as cláusulas pétreas: a possibilidade ou não de sua modificação ou supressão por via de

constitucional pelo Poder Legislativo (enquanto poder constituído) e garantir certa estabilidade à Constituição.

A expressão poder constituinte difuso surgiu na doutrina com Georges BURDEAU (1905-1988), para significar o poder que não vem formalizado nas Constituições. Segundo o publicista francês:

Se o poder constituinte é uma força que faz ou transforma as constituições, é necessário admitir que sua ação não é limitada às modalidades juridicamente organizadas de seu exercício. Na verdade, ele não cessa jamais de agir. Percebe-se geralmente esta ação permanente quando se qualifica o costume constitucional... Há um exercício cotidiano do poder constituinte que, por não ser registrado pelos mecanismos constitucionais, não é menos real... ...Fiéis aos métodos tradicionais, analisaremos o exercício do poder constituinte segundo as formas codificadas, mas sem esquecer que, por serem as mais visíveis, elas não são, talvez, as mais perfeitas nem as mais eficazes”.<sup>258</sup>

As mutações constitucionais seriam fruto, portanto, de um poder constituinte que se opera fora das modalidades organizadas de exercício de poder constituinte instituído ou derivado, ou seja, são manifestações de uma “espécie inorganizada do Poder Constituinte”, o poder constituinte difuso.<sup>259</sup>

Neste caso, o poder constituinte é denominado difuso porque “não vem insculpido nos textos constitucionais, mas, mesmo assim, está presente na vida dos diversos ordenamentos jurídicos.” Assim, o poder constituinte difuso se apresenta de forma latente, invisível, aparecendo apenas quando necessário.<sup>260</sup>

Segundo Anna Cândida da CUNHA FERRAZ, a função constituinte difusa destina-se a “completar a Constituição, a preencher vazios constitucionais, a *continuar* a obra do constituinte”. O poder consittunte difuso decorre diretamente da

---

reforma constitucional. Sob a crítica de parte importante da doutrina, desenvolveu-se lá a figura da dupla revisão, por via da qual se admitiu a alteração ou eliminação dos limites materiais, com a subsequente aprovação da reforma em matérias anteriormente protegidas. (...) Assim, se passou em Portugal, em um ambiente no qual, por trás do debate doutrinário, encontrava-se o debate ideológico acerca da preservação ou não, no texto constitucional, do modelo socialista.” (BARROSO, 2011, p. 164)

Sobre a discussão em torno da possibilidade ou não da dupla revisão, ver: BULOS, 1997, p. 42-47.

<sup>258</sup> BOURDEAU, Georges. **Traité de science politique**. 2ª ed. Paris: L.G.D.J , 1969, V.4, p. 246-247  
*Apud*: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 10.

<sup>259</sup> FERRAZ, 1986, p. 10.

<sup>260</sup> BULOS, 1997, p. 171-172.

própria Constituição, ainda que indiretamente, pois “na medida em que esta é uma obra que nasce para ser efetivamente aplicada, sobretudo naquilo que tem de essencial, e o essencial, por vezes, é incompleto, exigindo atuação ulterior”.<sup>261</sup>

Assim, as Constituições, embora rígidas, “transformam-se espontânea e continuamente, ainda que de modo lento e imperceptível”<sup>262</sup>, ainda que não se faça qualquer atualização de seu texto. A essa capacidade de capacidade de atualização e transformação, dá-se o nome de mutação, fruto de um poder constituinte difuso.

#### 4.2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: A “VELHA” DOUTRINA ALEMÃ

Como visto no capítulo anterior, a Constituição sofre alterações não apenas pelo processo formal, que, nas Constituições escritas, está previsto no próprio Texto, mas também sofre modificações em seu conteúdo, por exigência das mudanças sociais e do dinamismo da sociedade, através de um poder constituinte difuso, não regulamentado expressamente pelo texto constitucional, mas decorrente da própria lógica da Constituição.

A Constituição, como afirmou Konrad HESSE<sup>263</sup>, é a Constituição no tempo, ou nas palavras de Karl LOEWENSTEIN<sup>264</sup> e Uadi Lammêgo BULOS<sup>265</sup>, é um

---

<sup>261</sup> FERRAZ, 1986, p. 10.

<sup>262</sup> Ibidem, p. 11.

<sup>263</sup> Constituição e direito constitucional. In.: HESSE, Konrad.2009, p. 14.

<sup>264</sup> “Cada constitución es un organismo vivo, siempre en movimiento como la vida misma, y está sometido a la dinámica de la realidad que jamás puede ser captada a través de fórmulas fijas. Una constitución no es jamás idéntica consigo misma, y está sometida constantemente al *panta rhei* heraclítico de todo lo viviente.” LOEWENSTEIN, 1986, p. 164.

<sup>265</sup> Segundo BULOS: “Sociologicamente, as constituições são *organismos vivos*, em íntimo vínculo dialético com o meio circundante, com as forças presentes na sociedade, como, entre outros, as crenças, as convicções, as aspirações os anseios populares, a economia, a burocracia.” (BULOS, 1997, p. 3)

Adiante explica o auto: “ Num exame da realidade constitucional dos nossos dias, é inegável que a Lei Basilar acha-se estreitamente vinculada às transformações da realidade cambiante, com vistas a acompanhar o desenvolvimento das relações políticas, econômicas, tecnológicas e assim por diante. (...) À luz disso, é possível compreender uma Constituição como um *organismo vivo*, porque no seu preparo, no ato mesmo da sua criação, é incumbência do legislador prever possíveis modificações futuras, o que exige conferir às normas elasticidade, abrindo prespectivas de recepção de fatos novos, surgidos após o advento do Documento Supremo.” (Ibidem, p. 5-6)

organismo vivo. Isso significa que a Constituição não se resume à letra, ou seja, aos dispositivos contidos no texto constitucional, mas é formada a partir da interação do texto com a realidade. Segundo HESSE<sup>266</sup>, se a Constituição não é vivida, ela não passa de letra morta. É pressuposto para que a constituição se realize que a conduta humana incorpore as mensagens contidas no texto constitucional. Ou seja, a Constituição se realiza a partir de sua interação com o mundo, “Constituição e realidade não podem isolar-se uma da outra”<sup>267</sup>.

Segundo LOEWENSTEIN<sup>268</sup> esse tipo de mudança – operada no conteúdo das normas constitucionais sem afetar o texto – se dá em todos os Estados que possuem uma Constituição escrita e, na realidade, são muito mais frequentes que as reformas constitucionais.

A doutrina alemã foi que primeiro tratou do tema, ao identificar as modificações que a Constituição de 1871 sofria, mesmo sem reformas formais em seu texto.

Paul LABAND<sup>269</sup> é citado como o primeiro autor alemão a analisar o fenômeno das mutações nas modificações ocorridas a Constituição alemã de 1871 para acompanhar as transformações do Reich e que não passaram pelo processo formal de reforma constitucional. A partir dessa constatação, LABAND fez a distinção entre *verfassungänderung* (reforma constitucional) e *verfassungswandlung* (mutação constitucional).<sup>270</sup>

Segundo LABAND, as mutações constitucionais refletiam as mudanças no âmbito da Administração, da Fazenda e da Justiça federais que levaram ao aparecimento de uma situação constitucional incompatível com a Constituição de 1871, mas que se impuseram de fato<sup>271</sup>.

---

<sup>266</sup> HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da Constituição. In.: HESSE, 2009, p. 95.

<sup>267</sup> Ibidem, p. 97.

<sup>268</sup> LOEWENSTEIN, 1986, p. 165.

<sup>269</sup> LABAND, Paul. **Wandlungen der deutschen Reichsverfassung**. Dresden, 1985, p. 2 apud BULOS, 1997, p. 55.

<sup>270</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. 1997, p. 54-55.

<sup>271</sup> Em especial, a criação de um sistema de autoridades administrativas federais, a mudança no *status* jurídico do chanceler do Reich com base na lei de suplência de 1878 e a prática que se desenvolveu a partir dela, o direito de iniciativa do imperador e a instauração de uma justiça federal. (HESSE, Konrad. Limites da mutação constitucional. In: HESSE, 2009, p. 155)

Georg JELLINEK também está dentre os pioneiros a tratar do tema das mutações constitucionais. Para compreender o conceito de mutação, para o autor, deve-se partir de alguns pressupostos: a separação metodológica e a união científica entre Direito constitucional e a política, do conceito de Constituição e da visão dualista do Estado (teoria jurídica do Estado e teoria sociológica do Estado). Pressupostos estes esclarecidos já nos primeiros capítulos de sua obra clássica “*Allgemeine Staatslehre*” (traduzida em espanhol por Fernando de los Ríos com o título “*Teoría General del Estado*”<sup>272</sup>).

JELLINEK incorpora à doutrina jurídica do Estado a teoria social do mesmo, como duas faces de um mesmo fenômeno. A obra de JELLINEK é marcada pela pesquisa e fundamentação histórica, sociológica e dogmática de seu tempo, demonstrando uma preocupação com a realidade histórica concebida como fato social indissolúvelmente unido à evolução do Estado e da Constituição.<sup>273</sup>

JELLINEK demonstra também a preocupação com o estabelecimento de uma metodologia própria para o conhecimento do Direito e do Estado, enquanto fenômenos sociais<sup>274</sup>.

Parte, então, o autor, da distinção entre ciências naturais e ciências sociais. Os fatos naturais estão submetidos a leis gerais, sendo cada caso particular a representação de um gênero. Já os fatos de natureza histórica ou social não podem ser apresentados como mera representação de uma lei genérica, uma vez que estão inseridos na particularidade de uma situação histórica, sendo expressão psicológica dos indivíduos envolvidos<sup>275</sup>.<sup>276</sup>

<sup>272</sup> JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Prólogo y traducción de Fernando de los Ríos. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, Libro primero, p. 55 e seguintes.

<sup>273</sup> Ver: VERDU, Pablo Lucas. Estudio Preliminar. In.: **Reforma y mutacion de la constitucion**. Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdu. Traducción de Christian Förster. Revisada por Pablo Lucas Verdu. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. XV-XVIII.

<sup>274</sup> JELLINEK, 2000, p. 73 e seguintes.

<sup>275</sup> Sobre o direito como fenômeno psicológico, interno dos indivíduos: JELLINEK, 2000, p. 319.

<sup>276</sup> Nesse sentido, as ciências naturais diferenciam das sociais pois aquelas são regidas por leis genéricas. As ciências sociais, os fatos sociais, são regidos pelas particularidades de cada indivíduo. “...los hechos sociales nunca tienen el carácter de meros efectos de fuerzas sociales, sino que, ante todo, son direcciones de determinados individuos. Los seres humanos se diferencian de las fuerzas naturales principalmente en que, frente a la uniformidad de éstas, presentan una multiformidad. (...) Los individuos humanos son, por el contrario, siempre distintos;” (Ibidem, p. 74-75)

Neste sentido, para compreensão científica do Estado e do Direito Público, é preciso compreender seu desenvolvimento histórico<sup>277</sup>.

Por outro lado, JELLINEK delimita o método (especificamente) jurídico na doutrina do Estado, afirmando que o mesmo tem por objeto: “fijar los principios de la doctrina jurídica del Estado y la evolución del contenido de estos principios de derecho.”<sup>278</sup> Deve-se excluir métodos de investigação estranhos ao campo jurídico da doutrina do Estado. As normas jurídicas só podem ser explicadas “mediante el arte del jurista, arte que consiste en abstraer de los fenómenos jurídicos normas, y en deducir las consecuencias que éstas implican.”<sup>279-280</sup> Porém, alerta que “el uso exclusivo de la misma es insuficiente para abarcar los aspectos múltiples de la vida del Estado, de aquí que el investigador necesite acudir a las otras disciplinas”<sup>281</sup>. Sendo assim, JELLINEK reconhece um método específico para o conhecimento jurídico, mas alerta que o mesmo é insuficiente para abarcar a multiplicidade do fenômeno estatal, sendo necessário conhecer os aspectos históricos, políticos, sociológicos, entre outros.

---

Partindo desse pressuposto, JELLINEK oferece um método para estudar as ciências sociais: “La explicación de la ciencia natural puede, pues, ignorar en gran parte la existencia de elementos individuales; (...) mas la ciencia social, en cambio, sólo en muy escasos límites ofrece identidades, y lo que alcanza en lo que alcanza en ella un interés más alto son las analogías.” (Ibidem, p. 76)

Especificamente no que tange à ciência jurídica: “Todo ensayo de generalización en el derecho tropieza plena en el escollo de los elementos individuales.” (Ibidem, p. 77)

Com relação ao Estado: “Algo muy análogo de lo que ocurre con las relaciones jurídicas acontece con las del Estado, tanto cuando se considera a éste en sus fenómenos históricos, cuanto al fijarse en sus órganos particulares y funciones.” (Idem)

Alerta ainda, JELLINEK: “Pero un Estado particular no es en ninguna de sus direcciones un fenómeno aislado, sino que, de manera más o menos consciente, han influido en él las relaciones actuales y pretéritas de los demás Estados...” (Ibidem, p. 78)

<sup>277</sup> “Es ya hoy casi un lugar común el afirmar que para comprender científicamente una institución es un supuesto necesario el tener conocimiento de su historia.” (JELLINEK, 2000, p. 85) Na teoria proposta por JELLINEK, conhecer a história de um fato social, de uma instituição, significa, não apenas ver a história como uma série de fenômenos, mas sim de formas vivas, ou seja, visualizar as instituições como formas vivas, que surgem, mudam constantemente e desaparecem. (Ibidem, p. 85-86) As instituições jurídicas, portanto, mudam frequentemente. Há uma mera mudança quando uma instituição muda seus fins ao longo da história. Há uma evolução, de determinada instituição jurídica, quando esta permanece com seus fins originais, mas incorpora fins novos.

<sup>278</sup> Ibidem, p. 92.

<sup>279</sup> Idem.

<sup>280</sup> Sobre os caracteres essenciais das normas jurídicas, os quais as distingue das regras morais e religiosas Ver: JELLINEK, 2000, p. 319 e seguintes.

<sup>281</sup> Idem.

A teoria jurídica do Estado preocupa-se, então, com a análise das normas de dever ser que regem determinada instituição estatal. Já a teoria social, preocupa-se, por sua vez, com o exame dos fatos históricos, sociológicos e políticos. Nesse sentido, afirmou-se acima, JELLINEK estabelece uma separação metodológica entre Direito (e Estado) e Política (história, sociologia...), mas ao mesmo tempo uma união científica entre esses campos (ser e dever ser). Ser e dever são duas facetas de um mesmo fenômeno a ser analisados.

No que concerne ao conceito de Constituição na obra de JELLINEK, a Constituição aparece como sinônimo de ordenação frente a anarquia. Segundo o princípio de ordenação, constitui-se e desenvolve-se a vontade de uma associação permanente. Todos os Estados possuem, assim, uma Constituição, seja ele despótico ou democrático, pois, para o autor, “es suficiente la existencia de un poder de hecho que mantenga la unidad del Estado para tenere el mínimo de Constitución...”.<sup>282</sup>

A Constituição dos Estados abrange “los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción y, por último, la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado.”<sup>283</sup>

Para JELLINEK o Direito representa “un compromiso permanente entre los grupos particulares que luchan por la dominación...”. Consequentemente, a Constituição representa “las relaciones de potencialidade entre los distintos factores sociales.” JELLINEK distingue, assim, a Constituição escrita e a Constituição viva de um Estado, sendo na Constituição viva que encontra “expresión la realidad del Estado” e que “consiste en la división efectiva del poder, división que és independiente en todos los Estados de las fórmulas de derecho escritas existentes e en él.”<sup>284</sup>

Nesse sentido, JELLINEK atenta que:

En los más de los casos, la formación de los nuevos poderes del Estado descansa en hechos que excluyen toda posibilidad de una cualificación

---

<sup>282</sup> JELLINEK, 2000, p. 457.

<sup>283</sup> Idem.

<sup>284</sup> Ibidem, p. 326.

jurídica previa. La fuerza en la multiplicidad de sus formas há sido razón que ha determinado más frecuentemente la formación e desaparición de los Estado... Las modificaciones más profundas en la estructura de los Estados llévase a cabo no poco frecuentemente por actos de fuerza, como revoluciones y golpes de Estado. **La modificación de las fuerzas reales de las relaciones entre los órganos superiores del Estado se infiltra en las instituciones mismas, aun cuando no se haya modificado una letra de la Constitución.**<sup>285</sup> (sem grifo no original)

Com isso, reconhece, o autor, a força normativa dos fatos, de onde é possível o fenômeno das mutações constitucionais.

Ao distinguir as Constituições rígidas das Constituições flexíveis, JELLINEK apontou que o grau de rigidez aumenta proporcionalmente à dificuldade em que se coloca para a reforma de seu texto.<sup>286</sup> As Constituições rígidas preveem mecanismos para protegê-las contra modificações precipitadas.

Por outro lado, JELLINEK reconhece que:

Una cosa es indudable: que las constituciones escritas rígidas no pueden evitar que se desarrolle junto a ellas y contra ellas un derecho constitucional no escrito: de suerte que aun en estos Estados, junto a los principios constitucionales puramente formales, nacen otros de índole material.<sup>287</sup>

A partir dessa afirmação, o jurista alemão reconhece casos na Alemanha<sup>288</sup> e nos Estados Unidos<sup>289</sup> de surgimento de novos princípios jurídicos materiais que não estavam previstos no texto das Constituições.

---

<sup>285</sup> JELLINEK, 2000, p. 327.

<sup>286</sup> Ibidem, p. 481.

<sup>287</sup> Ibidem, p. 482.

<sup>288</sup> JELLINEK traz como exemplo o caso que ocorreu no Império Alemão em que o Imperador, impedido constitucionalmente enquanto tal, pode, através do Chanceler Imperial, apresentar proposições perante o *Bundesrat*. (Ibidem, p. 482-483)

<sup>289</sup> Nos Estados Unidos a mudança se deu em relação ao princípio da separação dos poderes. Segundo JELLINEK, a tripartição, como prevista na Constituição americana, previa uma separação de poderes de sorte que nenhum secretário de Estado pudesse assistir as sessões do Congresso. “Así, pues, toda relación oficial entre el congreso y el gobierno resulta imposible.” A mudança na realidade ocorreu na medida em que do surgimento de uma prática dos comitês parlamentares permanentes, a cada um dos quais correspondia um departamento do governo. Mediante os presidentes desses comitês, relacionavam-se os secretários de Estado com o Congresso norte-americano, inclusive apresentando propostas de leis. “... y la proibición establecida em la Constitución de las relaciones entre el congreso y el gobierno queda modificada de este modo, lo que implica, sin duda alguna, un cambio constitucional.” (Ibidem, p. 483)

JELLINEK fez a distinção entre reforma constitucional e mutação. Assim entende o autor que:

Por reforma de la Constitución entendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación”.<sup>290</sup>

Portanto, segundo JELLINEK, as mutações caracterizam-se por representarem modificações no conteúdo da Constituição advindas de fatos não intencionados e que não alteram formalmente o texto da Constituição.<sup>291</sup>

Segundo JELLINEK, as mutações podem ocorrer por interpretação do poder legislativo, das autoridades administrativas ou do judiciário, na medida em que estes órgãos alteram o conteúdo, o significado, das normas constitucionais pela interpretação. Afirma o autor que, frequentemente, os preceitos constitucionais são obscuros e extensos e o legislador lhes dá sentido preciso, mediante atos normativos que interpretam e dão concreção a tais dispositivos. Da mesma forma faz também o juiz ao tomar consciência clara do conteúdo das leis que irá aplicar.<sup>292</sup> Desta forma, pela interpretação, as normas constitucionais podem adquirir pouco a pouco um significado diferente, totalmente distinto ao que tinha o sistema originário. JELLINEK afirma, inclusive, que se uma Câmara aprova de forma definitiva uma

---

<sup>290</sup> JELLINEK, Georg. **Reforma y mutacion de la constitucion**. Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdu. Traducción de Christian Förster. Revisada por Pablo Lucas Verdu. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991 , p. 7.

<sup>291</sup> Konrad HESSE debate o conceito proposto por JELLINEK, pois considera que a não intencionalidade não é essencial para a caracterização de uma mutação constitucional. Para HESSE, a mutação independe de que “esta se produza de forma patente ou de forma ‘implícita’ ou ‘tácita’ (*stille*) ou ainda que tenha de se produzir dessa última forma.” Segundo HESSE, é irrelevante falar de uma mutação como um fenômeno imperceptível, pois “dificilmente se pode falar de uma mutação que ninguém perceba”. Assim, os fatos que originam a mutação constitucional não tem que vir acompanhados do propósito, consciência ou intenção dessa modificação. (HESSE, Konrad. *Limites da mutação constitucional*. In: HESSE, 2009, p. 153)

<sup>292</sup> “Así como por lo general la aplicación jurisprudencial de los textos legales vigentes está sujeta las necesidades y opiniones variables de los hombres (...), lo mismo ocurre con el legislador, cuando interpreta mediante leyes ordinárias la Constitución. Lo que parece en un tiempo inconstitucional emerge más tarde conforme a la Constitución y así la Constitución sufre, mediante el cambio de su interpretación, una mutación. No sólo el legislador puede provocar semejantes mutaciones, también pueden producirse de modo efectivo mediante la práctica parlamentaria, la administrativa o gubernamental y la de los tribunales.” (JELLINEK, 1991 , p. 16)

resolução que é contrária à Constituição e isso se dá de forma constante, pode surgir daí uma mutação da Constituição.<sup>293</sup>

Nesse ponto, aponta Konrad HESSE, a doutrina da mutação formulada por JELLINEK admite que

Uma mutação constitucional pode resultar de uma interpretação incorreta de uma norma constitucional na prática dos parlamentos, dos governos e dos tribunais de justiça, podendo essa atuação inconstitucional originar – quando reiteradamente efetuada quando reiteradamente efetuada e se impõe na prática – uma modificação da Constituição mesma.

Para JELLINEK, a necessidade política, advinda de acontecimentos históricos que se movem fora do Direito, tem força suficiente para transformar a Constituição, como poder criador do Direito.<sup>294</sup> Inclusive, a “*necessitas*” pode, no curso da vida normal (e não somente em momentos cruciais da história dos Estados), “... surgir de maneira sorprendente y transmutar la organización estatal contra la letra de la Constitución.”<sup>295</sup>

JELLINEK reconhece a possibilidade de mutação também por meio de práticas sociais, o que denomina de “prática constitucional”.<sup>296</sup> JELLINEK esclarece a questão ao analisar do direito convencional inglês (a Constituição “convencional”), formado por práticas constitucionais que expressavam o “Derecho en cuanto contienen normas reconocidas y garantizadas para el ejercicio del poder estatal”<sup>297</sup>. Por outro lado, tais normas convencionais não tinham caráter vinculante e sim flexível, uma vez que se adaptavam sempre às relações políticas. “Por eso, una desviación de tales reglas no supone violación jurídica.”<sup>298</sup> Esse direito que se forma

---

<sup>293</sup> JELLINEK, 1991, p. 15-22.

<sup>294</sup> Nas palavras de JELLINEK: “Las usurpaciones y las revoluciones provocan en todas as partes situaciones en las que el Derecho y el hecho, aunque tienen que distinguirse estrictamente, se transforman el uno en el otro. El *fait accompli* – el hecho consumado – es uno fenómeno histórico con fuerza constituyente, frente al cual toda oposición de las teorías legitimistas es, en principio, impotente.” (Ibidem, p. 29)

<sup>295</sup> Idem.

<sup>296</sup> Ibidem, p. 37 e seguintes.

<sup>297</sup> Ibidem, p. 39.

<sup>298</sup> Idem.

por práticas sociais pode, então, mudar continuamente sem que seja necessário a mudança expressa de uma regra jurídica.

Segundo JELLINEK, a Constituição se transforma tanto pelo modo como se exerce o poder estatal, quanto pelo não exercício de uma competência constitucionalmente prevista para o mesmo. Assim, outra situação em que pode ocorrer a mutação encontra-se quando há o desuso das competências estatais. Neste caso o autor questiona em que medida um poder nunca exercido de fato tem relevância jurídica ou não. Havendo o desuso de determinadas competências estatais, a própria Constituição irá se transformar conforme as práticas constitucionais, tornando-se, o texto, letra morta.<sup>299</sup>

As lacunas constitucionais estão, também, intimamente ligadas à questão das mutações. Segundo JELLINEK, todas as Constituições contêm lacunas, entendidas como fatos não contemplados pela Constituição, uma vez que não é possível prever todos os fatos e todos os conflitos que serão ordenados pelo direito constitucional. Tais lacunas aparecem com o tempo e não podem acomodar-se mediante meios convencionais de interpretação ou de analogia. O descobrimento da existência de uma lacuna na Constituição pode produzir uma mutação “si la situación fáctica induce a un reconocimiento del Derecho consuetudinario y se le atribuye un significado normal.” Mas, adverte o autor que a regra geral é de que “la comprobación de lagunas Constitucionales corresponde al legislador, porque la reforma de la Constitución es el camino más seguro para colmar completamente tales lagunas.”<sup>300</sup>

Por outro lado, JELLINEK conclui que o desuso de uma competência constitucional não faz com que tal direito desapareça. Isso significa que o direito constitucional é imprescritível. O autor levanta a questão da relevância jurídica de um preceito nunca exercido.<sup>301</sup> Para aclarar essa questão, JELLINEK traz o caso da responsabilidade política dos ministros prevista em várias constituições como

---

<sup>299</sup> JELLINEK, 1991, p. 45 e seguintes.

<sup>300</sup> Ibidem, p. 56.

<sup>301</sup> “...de ninguna manera puede concluirse que por el desuso de una competencia del poder estatal, las correspondientes prescripciones constitucionales e legales resulten obsoletas. En este sentido se puede decir que el Derecho supremo del Estado según su esencia es imprescriptible. Por eso, una de las investigaciones más difíciles consiste en determinar, en el caso particular, en qué medida un poder nunca ejercido de hecho tiene relevancia jurídica o no.” (ibidem, p. 51)

princípio, mas não regulamentada por lei, como no caso da Constituição alemã de 1871. Em Estados com diferentes estruturas políticas (governo parlamentar, monarquias ou repúblicas), em que carecem de uma disciplina clara sobre a responsabilidade ministerial, a responsabilidade ministerial é tratada como exigência puramente doutrinária. A exemplo, JELLINEK traz a situação da própria Alemanha, em seu tempo, em que não haviam leis que concretizassem tal instituto. Nestes casos, portanto, estes Estados acabam se contentando apenas com o princípio da responsabilidade política, cujo desenvolvimento concreto se ajusta a particularidade de cada um deles. Por outro lado, observa o autor, a literatura constitucional alemã tanto afirmava como negava a existência de uma responsabilidade ministerial, o que fazia da Constituição letra morta.<sup>302</sup>

Assim, diante de uma omissão por parte do legislador constitucional, faz-se normalmente uma reforma no texto da Constituição, ou seja, uma modificação consciente e intencional, com vistas a regular esse fato não previsto. Porém, se não é realizada essa reforma intencional no texto, havendo uma relação constitucional consuetudinária, sem a alteração do texto, afigura-se aí uma mutação constitucional.

Vale ainda ressaltar que, no que tange à questão dos limites, JELLINEK afirma que os mesmos são fixados pelos tribunais, dada a indeterminação dos preceitos constitucionais. Nesse aspecto, no sistema constitucional americano o juiz ocupa efetivamente o lugar de legislador constitucional, qualificando-se como terceira câmara legislativa. Tanto o é que a Constituição americana conta com poucas emendas em seu texto, o que se tornou possível graças a doutrina dos poderes implícitos (*"implied powers"*)<sup>303 304</sup>.

Conforme observa Konrad HESSE<sup>305</sup>, aparece como o núcleo da teoria de JELLINEK a conhecida frase de que

... las proposiciones jurídicas son incapaces de dominar, efetivamente, la distribución del poder estatal. Las fuerzas políticas reales operan según sus propias leyes que actúan independentemente de cualquier forma jurídica.<sup>306</sup>

---

<sup>302</sup> JELLINEK, 1991, p. 51-53.

<sup>303</sup> "En el texto de la Constitución duermen hasta ahora poderes desconocidos que descubre la legislación y luego, definitivamente, les da vida el juez." (Ibidem, p. 26-27)

<sup>304</sup> Idem.

<sup>305</sup> HESSE, Konrad. Limites da mutação constitucional. In: HESSE, 2009, p. 157.

Essa passagem denota a essência dessa teoria: a de que a força normativa dos fatos pode alterar não só o conteúdo de uma norma constitucional, mantendo o texto intacto, mas também alterar a própria situação constitucional, inclusive desconsiderando o texto constitucional.

Nesse sentido, a doutrina da mutação construída por JELLINEK tem seu mérito em situar o problema na tensão entre realidade e Constituição, por outro lado, ao afirmar a força irresistível dos fatos, acaba por negar a própria normatividade da Constituição, crítica esta que será desenvolvida por Konrad HESSE<sup>307</sup>, como será visto no próximo capítulo.

Ao partir da separação metodológica entre Direito Constitucional e política, a teoria formulada de JELLINEK é caracterizada como formalista, pois isola o direito da realidade (ser e dever ser), qualificando a mutação a partir da ruptura entre o dever ser constitucional (extraído do texto) e a situação constitucional. Daí a ausência de diferenciação entre mutação e quebra constitucional.<sup>308</sup>

É na vigência da primeira Constituição da República alemã, Constituição de Weimar, promulgada em 11 de agosto de 1919, que emerge o debate, na doutrina alemã, sobre as relações entre Constituição (Direito) e Política e os métodos do Direito público. Esse debate se dá basicamente em torno de duas concepções sobre Estado e Constituição: a primeira concepção defende a ideia de que a Constituição é a lei da vida política de um Estado ; a segunda, de que a Constituição é apenas uma regra de direito que regula o comportamento estatal, limitada ao texto constitucional (normativismo positivista).<sup>309</sup>

---

<sup>306</sup> JELLINEK, 1991, p. 84.

<sup>307</sup> In: HESSE, Konrad. Limites da mutação constitucional. In: **Temas fundamentais do direito constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>308</sup> DIAS KNOERR, Cibele Fernandes. **Decisões intermediárias da justiça constitucional como mutação da constituição**. 360 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <[http://www.sapientia.pucsp.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=13740](http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=13740)>. Acesso em: 20/01/2012. P.77.

<sup>309</sup> BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova** [online]. 2004, n.61, pp. 5-24. ISSN 0102-6445. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em 20/12/2011. P. 5-6.

Nesse cenário, Hans Kelsen, como já analisado, propõe a análise do Direito e do Estado a partir do método juspositivista.

Apesar do normativismo jurídico, Kelsen, em sua obra *“Allgemeine Staatslehre”*, publicada em 1925, também admite que as Constituições podem ser alteradas paulatina e insensivelmente através da mudança do sentido de suas palavras, formando-se até uma prática constitucional em contradição notória com o próprio texto.<sup>310</sup>

Mesmo que uma Constituição declare-se eterna e alguns de seus preceitos considerem-se irreformáveis, não há dúvida de que é juridicamente impossível a reforma do preceito constitucional declarado irreformável, mas “la posibilidad real de su reforma está fuera de toda duda.” Ainda observa o autor que esta declaração de inalterabilidade de determinadas Constituições é inoportuna “puesto que, de hecho, no podrá imponer-se una constitución que no está de acuerdo con las necesidades de la época, que exigen imperiosamente su reforma”.<sup>311</sup>

Ainda no contexto desse debate sobre Constituição e política, presente na doutrina alemã, sob a vigência da Constituição de Weimar, encontram-se, como dois expoentes, as teorias formuladas por Rudolf Smend, publicadas em 1928 na obra *“Verfassung und Verfassungsrecht”*<sup>312</sup>, e seu discípulo Hsü Dau-Lin.<sup>313</sup>

A doutrina formulada por Smend parte da crítica ao formalismo de Laband e Jellinek e caracteriza-se pela tese da integração, a qual define que o Direito e a realidade são integrados e não isolados.

Smend parte da ideia de que a mutação é inerente à específica natureza do Estado como objeto de regulação jurídica por parte da sua Constituição.

---

<sup>310</sup> “No es, pues, un fenómeno específico de las normas constitucionales, sino propio de todos los dominios del Derecho, el hecho del ‘cambio de constitución’, consistente en que el manejo de las normas constitucionales va variando paulatina e insensiblemente, ya atribuyendo a las palabras invariables del texto constitucional un sentido que nos es el primitivo, ya formándose una práctica constitucional en contradicción notoria con el texto y con todo sentido posible de la constitución.” (Kelsen, 1972, p. 332.)

<sup>311</sup> Idem.

<sup>312</sup> Smend, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

<sup>313</sup> Dau-Lin, Hsü. **Mutación de la constitución**. Bilbao: Instituto vasco de Administración pública, 1998.

O Estado representa uma unidade de sentido da realidade espiritual, uma forma espiritual coletiva.<sup>314</sup> O Estado não se constitui em uma unidade imóvel, cuja única expressão seja a expedição de leis, acordos diplomáticos, sentenças ou atos normativos. O Estado existe graças a diversas manifestações e de uma trama espiritual. “El Estado existe y se desarrolla exclusivamente en este proceso de continua renovación y permanente reviviscencia”, ou seja, no processo de integração.<sup>315</sup>

SMEND, referindo-se a teoria formulada por JELLINEK, observa que, tradicionalmente, a doutrina, de cunho positivista-formalista, considera a Constituição como sinônimo das normas jurídicas que regulam os órgãos supremos de um Estado, sua formação, competência e relações mútuas, assim como o status básico em que se encontra o indivíduo frente ao Estado. “La Constitución dota al Estado de órganos que le facultan para querer y para actuar, dándole a través de ellos una personalidad jurídica.”<sup>316</sup>

O conceito de Constituição formulado por SMEND não se reduz a questão da normatividade, mas põe em relevo a sua realidade integradora, permanente e contínua.<sup>317</sup> À concepção puramente formalista, SMEND propõe o conceito de Constituição segundo como “la ‘lei’ (no necesariamente jurídica) que regula y ordena la vida política de un Estado.”<sup>318</sup>

Sobre a questão de um conceito de Constituição que abarque a vida política de um Estado e, pois, de um Direito Constitucional vivo que abarque as forças sociais significativas como criadoras e modificadoras do mesmo, SMEND traça um paralelo com a teoria elaborada por JELLINEK sobre a força normativa dos fatos.

---

<sup>314</sup> “El objeto de la teoría del Estado e del derecho constitucional es el Estado en cuanto parte de la realidad espiritual. Al se partes de la realidad, las formas espirituales colectivas no constituyen sustancias estáticas, sino una unidad de sentido de realidad espiritual, esto es, actos espirituales.” (SMEND, 1985, p. 62)

<sup>315</sup> *ibidem*, p. 62-63.

<sup>316</sup> *Ibidem*, p. 129.

<sup>317</sup> BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova** [online]. 2004, n.61, pp. 5-24. ISSN 0102-6445. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em 20/12/2011. P. 8-9.

<sup>318</sup> SMEND, 1985, p. 129-130.

De acordo com a famosa proposição de JELLINEK, segundo a qual “las proposiciones jurídicas son incapaces de dominar, efectivamente, la distribución del poder estatal, una vez que las fuerzas políticas reales operan según sus propias leyes que actúan independientemente de cualquier forma jurídica.”<sup>319</sup> Tais forças (capazes de modificar o Direito) são representadas pelo que JELLINEK denomina de força normativa dos fatos e são incluídas na teoria das fontes extraordinárias do Direito constitucional, dado que não se incluem dentre as fontes tradicionais do direito.

A teoria de JELLINEK sobre a força normativa dos fatos funda-se na ideia da contraposição entre Constituição escrita e forças sociais reais. Segundo análise crítica de SMEND, não se trata de uma aplicação concreta do problema da tensão entre ser e dever ser, tampouco da questão relativa à teoria das fontes. “El problema que se plantea es, antes bien, el de la específica naturaleza del Estado en cuanto objeto de una ordenación jurídica a través de su Constitución.”<sup>320</sup>

Assim, defende o autor:

No se trata, por tanto, en un principio de la típica contraposición entre la realidad viva y su formalización inteligible, problema básico de todas las ciencias del espíritu. No se puede, sin embargo, olvidar que toda realidad espiritual contiene, por una parte, un elemento orgánico y vital, un estado psicológico concreto, y, por otra, una estructura inteligible e ideal, un principio de formalización inmanente y atemporal. Cualquier ciencia del espíritu que atienda únicamente al elemento vitalista o organicista siguiendo la metodología monista propia de las ciencias de la Naturaleza o que, por el contrario, se ocupe exclusivamente del contenido atemporal o ideal, como hace la lógica de normas de la Escuela de Viena, no llega a captar la verdadera naturaleza de su objeto; es necesario considerarlo al objeto, por el contrario, en toda su ambivalencia, como estructura orgánica e ideal, desde la perspectiva de un pensamiento que abarque ambas dimensiones.<sup>321</sup>

A relação entre o aspecto normativo (direito escrito) e a realidade político-social fazem parte do próprio conceito de Constituição, o qual, pois, não se esgota no aspecto puramente textual.

---

<sup>319</sup> JELLINEK, 1991, p. 84.

<sup>320</sup> SMEND, 1985, p. 130-131.

<sup>321</sup> Ibidem, p. 131.

A Constituição assume o papel de ordenação jurídica do Estado, da dinâmica vital em que se desenvolve a vida do Estado, de seu processo de integração.<sup>322</sup> SMEND atenta a que o Estado não limita sua vida a apenas aqueles momentos da realidade regulados pela Constituição.

Assim, alerta SMEND, que o Estado não se esgota na Constituição, pois esta, enquanto ordenação, não tem a capacidade de abarcar todas as funções vitais do Estado. Os artigos da Constituição inspiram a dinâmica política, ou seja, possuem uma finalidade integradora, o que depende de uma ação conjunta de todos os impulsos e motivações políticas de uma comunidade. Dada a sua natureza, portanto, a Constituição não objetiva regular casos concretos, mas sim abarcar a totalidade do Estado e a totalidade do processo integrador.<sup>323</sup>

Diante dessa natureza da Constituição, exige-se do intérprete da Constituição uma interpretação flexível e extensiva.<sup>324</sup>

Ao regular o processo de integração, a Constituição gera elementos para a criação espontânea de formas políticas diversas, tendo como marca principal sua elasticidade e intensa capacidade autotransformadora e supletiva de suas próprias lacunas.<sup>325</sup>

Não se trata de um erro, ou deficiência, o fato de que as “Constituciones unicamente puedan abarcar su objeto de un modo esquemático y en puntos muy concretos.”<sup>326</sup> SMEND diferencia, portanto, o Direito constitucional do Direito “de las asociaciones inferiores, que ha de regular de forma abstrata muchos casos particulares.” As constituições, segundo SMEND, “dejan libre el camino a la propia

---

<sup>322</sup> SMEND, 1985, p. 132.

<sup>323</sup> Ibidem, p. 132-133.

<sup>324</sup> Ibidem, p. 133.

<sup>325</sup> Nesse sentido, assevera SMEND: “Hay que tener en cuenta que, por una parte, los istemas normados de integración tienden por sí mismos, a causa de la formación de una voluntad nacional como resultado de la propia dinámica valorativa del espíritu, a completar el proceso de integración por medio de la creación espontánea de muy diversas formas políticas (partidos, convenciones, etc). Por otra parte, también las instituciones legales desarrollan consciente o inconscientemente, una dinámica propia, por la que modifican y completan, según su función integradora propia, la normativa legal, sin que ello plantee mayores problemas jurídicos. Lo propio y característico de las fórmulas constitucionales es justamente su elasticidad y su enorme capacidad autotransformadora y supletoria de sus propias lagunas. (Ibidem, p. 134.)

<sup>326</sup> Ibidem, p. 134-135.

dinâmica constitucional y su específica tendência hacia la integración a través de disposiciones normativas concretas tiene lugar solamene en contadas ocasiones.”<sup>327</sup>

A Constituição é norma, para o direito positivo, mas também é realidade integradora permanente e contínua, integração que se realiza historicamente. Nesse sentido adverte SMEND: “esta eficacia integradora no es fruto de la Constitución, entendida como un ‘momento estático y permanente en la vida del Estado’, sino más bien de la continua creación e renovación de la dinámica constitucional.”<sup>328</sup>

Ainda distinguindo a Constituição de outros estatutos constituintes, SMEND afirma que:

Esta característica de la Constitución del Estado como un orden integrador, fruto de la eficacia integradora de sus valores materiales propios es lo que la distingue primaria e basicamente de los estatutos constituyentes de otras asociaciones. ... la actividade del Estado no es consecuencia de una decisión ajena a ella misma o de un motor que la mantiene en funcionamiento, es decir, no se deriva de una causa exógena; se trata más bien de un processo de integración por médio del cual determinados valores materiales se incluyen en un sistema de integración. (...) Pero es que además este sistema de integración reproduce constantemente como consecuencia necesaria y primaria de la actividad del espíritu una “decisión” política soberana, que estructura al Estado como “unidad de decisión sobre un território universal” .<sup>329</sup>

Assim, segundo síntese formulada por Cibele Fernandes DIAS KNOERR, a ideia central da teoria da integração está ancorada em três pilares: 1) no caráter inacabado das normas constitucionais, devido a incapacidade natural da Constituição em conformar toda a realidade política; 2) na finalidade da Constituição de regulação da vida do Estado, de ordenação, impulso e limitação da realização vital do Estado, sendo que a realidade vital do Estado também condiciona a própria transformação da Constituição; 3) no fato de que a Constituição reclama a mutação, pois, através de suas normas ambíguas e indeterminadas, permite que o Estado atue e produza uma renovação do conteúdo dessas disposições. Neste último caso, a mutação se transforma em mecanismo de preservação da Constituição, na medida em que é através das mutações que as normas constitucionais podem regular as transformações da realidade política. “Tem-se o embrião de uma perspectiva favor

---

<sup>327</sup> SMEND, 1985, p. 135.

<sup>328</sup> Ibidem, p. 136.

<sup>329</sup> Idem.

Constituição – da mutação para preservação da Constituição como ordenamento jurídico da integração.”<sup>330</sup>

HSÜ Dau-Lin elaborou ampla monografia sobre o tema, adotando como ponto de partida a teoria da Constituição de Rudolph SMEND. Portanto, a teoria da mutação construída por HSÜ parte da tríplice especificidade do Direito Constitucional, face aos demais ordenamentos: o caráter inacabado e a elasticidade das normas constitucionais frente às necessidades vitais do Estado, o caráter de fim e si mesmo, que tem o Estado como objeto de regulação da Constituição; e a limitação da eficácia da Constituição no que diz respeito às forças e garantias nela contidas. “A Constituição não poderia ficar atrás em relação a um Estado em contínuo avanço, sendo a mutação constitucional o resultado dessa especial posição.”<sup>331</sup>

Assim, a partir da análise da relação entre a Constituição escrita e a realidade, HSÜ conclui que a mutação decorre de uma incongruência entre estes dois fatores.<sup>332</sup>

Para o autor, o fenômeno das mutações estaria restrito às Constituições rígidas, uma vez que no caso das Constituições não escritas, como na Inglaterra, a vida estatal real é sua Constituição mesma. Por conseguinte, o problema da mutação está centrado na relação entre Constituição escrita e a situação constitucional real (normas e realidade).<sup>333</sup> Diferentemente de JELLINEK, o qual dá exemplos de mutação constitucional no direito convencional inglês, HSÜ defende

---

<sup>330</sup> DIAS KNOERR, Cibele Fernandes. **Decisões intermediárias da justiça constitucional como mutação da constituição**. 360 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <[http://www.sapientia.pucsp.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=13740](http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=13740)>. Acesso em: 20/01/2012. P.81.

<sup>331</sup> HESSE, Konrad. Limites da mutação constitucional. In: HESSE, 2009, p. 159-160.

<sup>332</sup> “El significado de esse problema resulta de la naturaleza e intención de la Constitución escrita. Porque en el caso de una mutación de la Constitución, ésta como tal se cuestiona en significado fundamental: Aquí normas que deben abarcar la vida estatal en su totalidad y exigen que su validez sea superior a la de las leyes ordinarias se reducen a letra muerta. En efecto, la realidad para la cual se emanaron estas normas, ya no coincide con ellas. Reina una tensión entre la Constitución escrita y la situación real constitucional.” (HSÜ, 1998, p. 30.)

<sup>333</sup> Ibidem, p. 30

que onde há constituição não escrita, toda a discussão sobre reforma e mutação constitucional é ociosa.<sup>334</sup>

A Constituição, portanto, deve acompanhar o Estado, uma vez que este se encontra em contínuo avanço. Diante das necessidades vitais do Estado, as prescrições jurídicas ganham relevância secundária, pois o sentido da Constituição é a compreensão do Estado como totalidade vital, não a fixação de alguns preceitos heterônomos ansiosos de vigência. O fundamento, portanto, da mutação está nas necessidades vitais do Estado, nas exigências e manifestações da vitalidade de um Estado em realização e evolução.<sup>335</sup>

Da relação entre norma constitucional e realidade HSÜ identificou duas situações em que há congruência três situações em que há incongruência entre norma constitucional e realidade. Nesse sentido, o jurista chinês afirma que haverá congruência entre norma e realidade quando o direito constitucional se afigura válido e eficaz, o que se verifica quando: 1) “la realidad sigue la norma: validez normal del derecho constitucional”; 2) “la norma sigue a la realidad: reforma de la Constitución”. Haverá uma relação de incongruência entre norma constitucional e realidade quando: 1) “realidad sin norma: práctica que formalmente no viola a la Constitución”; 2) “norma sin realidad: imposibilidad de ejercer derechos estatuidos por las normas”; 3) “norma con realidad: realción incorrecta entre ambas”, a qual pode se dar quando “la realidad contradice a la norma: práctica anticonstitucional”, ou quando “la realidad tergiversa a la norma, la reinterpreta: la mutación interpretadora”.<sup>336</sup>

HSÜ identifica, assim, quatro tipos de mutação constitucional: a prática estatal formal que não viola formalmente a Constituição; a mutação mediante a impossibilidade de exercício de determinadas atribuições previstas na Constituição; mutação pela prática constitucional contrária à Constituição e mutação pela interpretação Constitucional.<sup>337</sup>

---

<sup>334</sup> HSÜ, 1998, p. 46.

<sup>335</sup> Ibidem, p. 30.

<sup>336</sup> Ibidem, p. 31

<sup>337</sup> Idem.

No primeiro caso, o da mutação através de prática estatal que não viola a Constituição, trata-se de situações jurídicas que não encontram regulação constitucional e não de verdadeiras lacunas. Assim, neste caso, não se deixa de observar uma norma constitucional, mas, na verdade, refere-se a situações em que surgem relações jurídicas não previstas no texto constitucional.

Nesse aspecto, HSÜ estabelece uma crítica à teoria formalista de JELLINEK quando este identifica a possibilidade (subsidiária<sup>338</sup>) de mutação constitucional no caso de lacunas na Constituição. Segundo HSÜ a teoria das lacunas insere-se num contexto estritamente formalista, em que a Constituição resume-se ao conjunto de preceitos constitucionais particulares previstos no texto.<sup>339</sup>

HSÜ parte, então, do conceito de Constituição formulado por SMEND, ou seja, da Constituição como unidade espiritual de sentido e, nesta visão, discorrer sobre as lacunas torna-se sem sentido. Nesse sentido, a Constituição é vista como regulação da dinâmica vital na qual se desenvolve a realidade estatal e não como um conceito centrado em elementos formais e estáticos, como uma mera ordenação jurídica. A lei fundamental não é somente norma, mas realidade integradora, cuja estabilidade e mutabilidade permitem acompanhar a dinâmica vital do Estado. Esse carácter integrador da Constituição permite que ela acompanhe as transformações da totalidade vital do Estado através de uma atualização e renovação constantes.

Nesse sentido, discorre HSÜ:

...Constitución es la regulación legal del Estado en cuanto totalidad, que abarca la vida cultural y jurídica estatal entera: su intención apunta a la normación del orden social, no a la regulación de relaciones jurídicas particulares. (...) Este sentido de la Constitución nos explica la índole peculiar de las leyes constitucionales, su estado incompleto que a menudo se intenta encontrar, sus "lagunas conscientes". Puesto que esa naturaleza peculiar apunta a la totalidad del Estado, entonces no puede ser su tarea adecuada regular exhaustivamente las relaciones jurídicas particulares de la realidad vital del Estado. Fija, solamente directrices fundamentales

<sup>338</sup> Lembre-se de que para JELLINEK a mutação constitucional em caso de lacuna (omissão do legislador constitucional) é possível quando, não feita a reforma do texto para suprir tal omissão, há a formação de um direito consuetudinário para regular o fato não previsto no texto. JELLINEK, 1991, p. 56

<sup>339</sup> En el fondo toda la desesperación formalista de la teoría de las lagunas constitucionales, es resultado natural del desconocimiento del sentido cultural de la Constitución: si se ignora el sentido sistemático de la Constitución, los artículos constitucionales se reducen necesariamente a prescripciones particulares; el ajustarse a la letra implica naturalmente la insuficiencia (existencia de lagunas) de los preceptos jurídicos frente a la plenitud vital de la realidad estatal." (HSÜ, 1998, p. 64)

(principios), según los cuales el ordenamento concreto tiene que formarse y el orden social desarrollarse. Por consiguiente, no es sólo técnicamente imposible incluir bajo estas directrices fundamentales también prescripciones sobre todas las relaciones jurídicas particulares, además, la inclusión de semejantes prescripciones no es necesaria según el concepto de la Constitución. Del mismo modo sería ideológicamente falsa la pretensión de insertar semejantes prescripciones; porque el objeto de la Constitución, como regulación jurídica, es la totalidad estatal; los distintos detalles, si no afectan en una medida importante al ordenamiento jurídico o al orden social, son totalmente indiferentes según el derecho constitucional.<sup>340</sup>

Portanto, faz parte da própria natureza da Constituição a incapacidade de prever todas as situações que se submeterão às suas normas. Assim, não se faz sentido uma teoria para explicar a existência das lacunas, dentro de uma visão integradora da Constituição.

O primeiro mecanismo de mutação identificado por HSÜ refere-se a hipótese em que a mutação surge pela existência de uma nova situação jurídica, que não corresponde ao sentido originário da Constituição. Neste caso, a mutação não modifica um determinado dispositivo no texto constitucional, mas um princípio da Constituição resultante do sistema geral de normas Constitucionais.<sup>341</sup>

O segundo tipo de mutação constitucional identificado por HSÜ corresponde à situação em que as competências atribuídas aos poderes estatais decaem em virtude da impossibilidade de seu exercício e o dispositivo constitucional correspondente deixa de responder à realidade jurídica.

Neste ponto, HSÜ também estabelece uma crítica à teoria formulada por JELLINEK quanto à ocorrência de mutações pelo desuso de determinada competência constitucional<sup>342</sup>. Segundo HSÜ a Constituição não se transforma pelo simples desuso, mas pela impossibilidade de cumprir-se. O desuso seria apenas uma das causas dessa impossibilidade. E, neste caso, ainda que se quisesse exercer certos direitos, a prática política e as exigências da realidade o impediriam.<sup>343</sup>

---

<sup>340</sup> HSÜ, 1998, p. 57-58.

<sup>341</sup> Ibidem, p. 33.

<sup>342</sup> Como já analisado anteriormente, ainda neste capítulo, JELLINEK considera que a Constituição se transforma segundo o modo como se exerce o poder estatal, isso também ocorre quando não se exerce uma competência constitucional prevista para um dos órgãos estatais. (JELLINEK, 1991, p. 45)

<sup>343</sup> HSÜ, Op. Cit., p. 36 e seguintes.

HSÜ questiona se a ausência de aplicação da norma determina sua perda de vigência. A resposta é afirmativa porque a perda da vigência social deflagraria a perda da vigência material da norma.<sup>344</sup> DAU-LIN critica a visão normativista do problema da vigência de uma norma jurídica, concepção esta que restringe a problemática a questões meramente formais. A visão formalista, de juridicidade exclusiva, afasta-se o exame da eficácia jurídica-social e analisa o problema da vigência de uma norma apenas no plano abstrato.

Nesse sentido, HSÜ defende que:

El concepto de la validez social sigue siendo imprescindible para la jurisprudencia positiva, aunque la filosofía jurídica no le conceda importancia específica. (...) Si consideramos, desde un punto de vista de la realidad jurídica, una norma jurídica carente por completo de validez social, que no tiene existencia material, con la pérdida de su validez social, desaparece, también, su contenido de valor y sentido. Su significado para la contemplación de las normas jurídicas positivas, se limita sólo a su existencia formal, a su realidad escrita.

Este fenómeno a saber: como una proposición jurídica pierde su entero significado real mediante la pérdida de la validez social es una inversión del proceso consuetudinario de la formación del derecho. Aquí ha surgido, paulatinamente, una proposición jurídica material – sin registro formal – allí una proposición jurídica que poco a poco se hace “obsoleta”, a pesar de que sigue existiendo formalmente, pierde su validez, se hunde materialmente. Si en general se sostiene la tesis que una proposición jurídica consuetudinaria es jurídica y real, entonces hay que admitir, consecuentemente, que una proposición jurídica que deviene obsoleta en realidad ya no es una proposición jurídica.<sup>345</sup>

Assim, um determinado preceito constitucional pode ser válido juridicamente, mas perder a sua eficácia. Nestes casos, o exercício ou aplicação desse dispositivo

---

<sup>344</sup> Para compreender essa problemática apresentada por HSÜ, é preciso partir da distinção, feita pelo autor, da validade em sentido jurídico-técnico e da validade em sentido filosófico-jurídico: “La validez en el sentido técnico-jurídico, significa la positividad de una proposición jurídica, la obligatoriedad para las personas a las que se aplican las normas, que están sometidas a ellas. Una ley que se ha producido y publicado regularmente exige su cumplimiento y aplicación. Esta ley es válida. Es válida en un ámbito determinado, a partir de cierto momento, a menudo, también, con cierta duración. Es ‘válida’ en el sentido técnico-jurídico.

En cambio, la validez en el sentido filosófico-jurídico es el efecto, la eficacia de una proposición jurídica en la vida de la realidad social. En este sentido, una proposición jurídica es válida solamente si se aplica de hecho: si no ‘está solamente en el papel’. Esta validez se expresa, por un lado, en su cumplimiento por los sometidos a las normas, y, por otro lado, en su aplicación – en el caso de incumplimiento – mediante las normas que hay que aplicar.”(HSÜ, 1998, p. 68)

<sup>345</sup> Ibidem, p. 69-70.

se faz impossível.<sup>346</sup> As mutações, então, estariam relacionadas não a validade técnica-jurídica, mas a validade social, ou seja, à eficácia.<sup>347</sup>

Como crítico do formalismo jurídico, frise-se, HSÜ afirma uma teoria da mutação contrária a uma visão formalista do direito, em que visualiza a validade da norma apenas sob o aspecto formal. Ora, para o jurista chinês, o distanciamento entre o direito positivado e a realidade social faz com que uma norma possa perder sua validade jurídica em função da perda da eficácia.

A terceira forma de mutação identificada por HSÜ diz respeito a uma prática estatal contrária à Constituição, através da revisão material da Constituição por leis ordinárias ou regramentos de órgãos estatais superiores.

A reforma material configura-se quando o legislador aprova uma lei contrária à Constituição, no intuito de regulamentá-la, modificando o sentido da norma constitucional, sem tocar no texto. São dois requisitos para a caracterização da reforma material: a observância da forma agravada para a modificação, ou seja, o alcance da maioria qualificada; e que a inalterabilidade do texto constitucional.<sup>348</sup>

HSÜ identifica três tipos de reforma material: a reforma material expressa, a reforma material tácita e a reforma eventual ou inconsciente da Constituição.<sup>349</sup>

A reforma material expressa<sup>350</sup> caracteriza-se pela aprovação da lei pelo quórum da maioria qualificada, dispondo expressamente sobre isso na publicação.

A reforma material tácita, por seu turno, (reforma “silenciosa”) é aquela em que se observa, conscientemente, o procedimento previsto para a revisão constitucional (quórum qualificado), mas isso não é declarado de forma expressa na publicação da lei. Ou seja, neste caso não há expressa indicação da mudança.<sup>351</sup>

A reforma eventual ou inconsciente da Constituição é aquela em que o conteúdo da lei está em contradição com a Constituição, mas essa contradição não é constatada no curso do processo legislativo, por isso é denominada “inconsciente”.

---

<sup>346</sup> HSÜ, 1998, p. 38.

<sup>347</sup> Ibidem, p. 171.

<sup>348</sup> Ibidem, p. 77.

<sup>349</sup> Ibidem, p. 78-85.

<sup>350</sup> Ibidem, p. 78-80.

<sup>351</sup> Ibidem, p. 80-84.

A lei é aprovada com o quórum necessário para a reforma da Constituição, mas a contradição material entre a lei e a Constituição não é percebida.<sup>352</sup>

Segundo HSÜ a doutrina majoritária entendia que a lei, advinda dessa reforma material inconsciente, era inválida, pois seria necessária uma vontade dirigida particularmente para a modificação do conteúdo da norma constitucional.<sup>353</sup>

Por fim, no quarto mecanismo de mutação identificado por DAU-LIN, ou seja, na mutação constitucional por meio de interpretação, o dispositivo constitucional sobre alteração de seu conteúdo por meio de interpretação constitucional.<sup>354</sup>

Segundo HSÜ, esse mecanismo é frequente nos Estados Unidos da América, onde as mutações constitucionais (*transformations*) se produzem na maioria dos casos seguindo o caminho da interpretação da Constituição, devido ao sistema de controle de constitucionalidade e a dificuldade de realizar a reforma formal no texto constitucional.<sup>355</sup>

HSÜ alerta que o direito consuetudinário e a interpretação constitucional não são as únicas possibilidades de mutação constitucional. A interpretação capaz de promover a mutação constitucional é possível mediante uma instância habilitada, sua posição na vida estatal, sua função real e a doutrina evoluída e formada paulatinamente.<sup>356</sup>

HSÜ estabelece ainda algumas críticas a determinadas concepções de mutação, ou seja: da mutação como forma de costume, da mutação como convenção constitucional e da mutação como problema.

Segundo o autor, recorrer ao direito consuetudinário para explicar o fenômeno das mutações, é o mesmo que importar conceitos do direito privado para o âmbito do direito público.

---

<sup>352</sup> HSÜ, 1998, p. 84-85.

<sup>353</sup> Idem.

<sup>354</sup> Ibidem, p. 87-102.

<sup>355</sup> Ibidem, p. 40.

<sup>356</sup> Ibidem, p. 102.

A mutação não poderia ser identificada com o costume uma vez que em muitos casos não ocorreria o fenômeno da observância prolongada no tempo (elemento indispensável para caracterizar o costume).<sup>357</sup>

HSÜ critica também os autores que tentam explicar as mutações como regras convencionais, as quais são típicas do direito inglês, pois estas seriam apenas aplicáveis ao contexto do sistema britânico e não ao sistema jurídico da Europa continental. O mesmo raciocínio valeria para os “*usages of the Constitution*” do direito norte-americano.<sup>358</sup>

Quanto à tese francesa da mutação como lesão, violação ou falseamento da Constituição despojado de validade jurídica (HAURIOU), HSÜ também tem um posicionamento crítico.

A tese que considera as mutações como apenas uma violação à Constituição é consequência de uma concepção positivista do Direito e, portanto, apoia-se na autoridade exclusiva da proposição jurídica escrita em toda vida jurídica e estatal.<sup>359</sup>

Conforme observa HSÜ, essa tese (da mutação enquanto violação da Constituição) foi formada na doutrina francesa, na qual não havia uma reflexão sobre o problema das mutações a não ser pela preocupação demonstrada por Maurice Hauriou (1856-1929), o qual entendia a mutação como falseamento da Constituição.

Hauriou admitia apenas as mudanças formais no texto da Constituição como reformas possíveis. As mutações, enquanto mudanças feitas por vias não regulares significavam, portanto, um falseamento da Constituição. Tanto as leis infraconstitucionais como os costumes não poderiam pretender-se modificar as normas constitucionais, pois a superlegalidade das normas que compõem o direito constitucional rígido deveria ser preservada.<sup>360</sup>

---

<sup>357</sup> <sup>357</sup> HSÜ, 1998, p. 119.

<sup>358</sup> Ibidem, p. 127 e seguintes.

<sup>359</sup> Ibidem, p. 147.

<sup>360</sup> Para Hauriou o direito francês era composto de três elementos: a superlegalidade constitucional, para os princípios fundamentais das liberdades públicas e para as relações essenciais dos poderes públicos; as leis orgânicas, para a organização da maior parte dos poderes públicos; e as práticas e costumes da Constituição.

A relação dessas três classes de regras que compunham o direito constitucional francês podem gerar “*derivarse falseamientos de la Constitución*”, llamados así porque no entrañan cambios regulares del

No contexto francês do século XIX predominava a concepção positivista, que considerava a lei como única fonte de direito. A variedade de direitos consuetudinários locais e a desconfiança em relação às decisões judiciais, contribuíram para esse apego a lei como fonte de segurança jurídica. As exigências práticas de um império da lei foram reforçadas pela separação de poderes.<sup>361</sup>

Em razão dessas considerações sobre o contexto francês, HSÜ como conclui, é que a questão da mutação tenha sido desprezada pela maior parte da doutrina francesa, pois o fenômeno foi considerado como puramente fático, sem relevância jurídica.<sup>362</sup>

Conforme conclui HESSE, segundo a doutrina da mutação elaborada por HSÜ a mutação constitucional significaria a quebra da Constituição ou a simples regra convencional, mas algo admitido no Direito, apesar de não coincidir com o texto da norma. O fundamento jurídico para tal afirmação se encontraria no valor único do Direito Constitucional, ou seja, na chamada necessidade política, nas exigências e manifestações de vitalidade de um Estado em realização e evolução.<sup>363</sup>

O sentido global da Constituição incorpora a realidade na medida em que seu sentido é dar resposta a necessidade política (realidade) e, assim, o conteúdo da Constituição muda e não cede perante a uma pura facticidade mas em face desse sentido global da constituição. Porém, dado que o conteúdo pode mudar diante das necessidades vitais do Estado o resultado, quanto aos limites, é: não há nenhum limite preciso para essa mudança.

---

derecho de la Constitución.” Assim, HAURIUO explica que uma disposição estabelecida em uma Constituição escrita e rígida não pode ser modificada por uma lei orgânica posterior, havendo, neste caso, um conflito entre legalidade e superlegalidade ordinária. Quanto ao conflito entre as práticas e costumes “en que se desenvuelve el juego de los mecanismos gubernamentales, y las disposiciones de las leyes orgánicas o aún las mismas leyes constitucionales rígidas”, estas também podem provocar um falseamento da Constituição. Segundo HAURIUO “el principio de que los falseamientos de la Constitución sólo crean estados de hecho y no estados de derecho; que no modifican el Derecho y que, por lo tanto, es lícito – desde que sea posible – la vuelta a las prescripciones y prerrogativas de la Constitución. En el Derecho francés, no cabe admitir ni que las disposiciones constitucionales puedan derogarse por disposiciones legales ordinarias, ni que se deroguen por el no uso o por el uso contrario.” (HAURIUO, Maurice. **Principios de derecho público y constitucional**. Madrid: Reus, 1927, p. 331-333.)

<sup>361</sup> HSÜ, 1998, p. 151-152.

<sup>362</sup> Ibidem, p. 149 e seguintes.

<sup>363</sup> HESSE, Konrad. Limites da mutação constitucional. In: HESSE, 2009, p. 160.

A razão disso, segundo análise de Konrad HESSE, são dois fatores: (1) conexão demasiado indistinta do Direito Constitucional com a realidade; de outro lado, em uma (2) grave simplificação da problemática no que se refere à Teoria do Estado e da Constituição. Segundo HESSE, quando se recorre às necessidades vitais do Estado, essa teoria o faz de forma abstrata e não considera que o Estado só existe em um contexto individual e concreto. É nessa realidade concreta de determinado Estado que as necessidades vitais passam a integrar o conteúdo da Constituição, não só como exigências políticas de certo tipo, mas também como função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder que assume a Constituição. Assim, em uma comunidade com uma Constituição escrita, esta função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder “depende em grande medida de que o texto da Constituição seja apoiado sem reservas.”<sup>364</sup> HESSE alerta que definir o limite da mutação no que venha a ser “politicamente necessário” não traz elementos firmes para a delimitação da mutação constitucional. Ao revés,

Declarar vinculante a prática política e, com isso, de fato, a concepção dos que dispõe de força para impor-se recusando a submeter-se ao texto da Constituição, não significa senão sacrificar uma necessidade vital indiscutível do Estado constitucional – a função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder que a Constituição assume – em proveito de outra necessidade vital normalmente discutível.<sup>365</sup>

Nesse sentido, HESSE defende que a função da Constituição em uma comunidade plural é ser uma ordem para todos e não apenas para aqueles que detém o poder, inclusive para os que estão em oposição aos grupos dominantes. “Entre o cumprimento dessa tarefa e o caráter vinculante do texto existe um nexo indissolúvel que fica destruído quando se reduz a Constituição à função de instrumento de dominação.”<sup>366</sup>

Conclui-se, portanto, que a teoria da mutação construída por HSÜ, no contexto da República de Weimar, a partir das considerações de SMEND, contribuiu para o desenvolvimento de uma fundamentação jurídico-constitucional da mutação constitucional, uma vez que a mutação não é vista apenas como a força dos fatos,

---

<sup>364</sup> HESSE, 2009, p. 161-162.

<sup>365</sup> Ibidem, p. 162.

<sup>366</sup> HESSE, 2009, p. 162.

da realidade, que atua fora do direito sobre a Constituição, mas, pelo contrário, a “realidade’ é, por assim dizer, incorporada à Constituição sob a forma da ‘necessidade política’, cujo sentido global é o de responder a essa necessidade.” O conteúdo das distintas normas constitucionais pode mudar, inclusive quando a modificação do conteúdo é incompatível com o texto constitucional. “O conteúdo que até agora possuía não cede ante a pura facticidade, mas em face desse ‘sentido’ de nível superior.” Por outro lado, observa HESSE, “dado que este sentido superior pode mudar segundo as ‘necessidades vitais do Estado’” não se faz presente, também nesta teoria, limites precisos para essa mudança. Tanto na teoria positivista quanto na teoria da integração, “o parâmetro é em termos definitivos, sua imposição de fato.”<sup>367</sup>

Assim, pode-se perceber, ao longo deste capítulo, que a teoria das mutações constitucionais surgiu, de início, para justificar a força dos fatos na provocação de mudanças no direito constitucional alemão, com LABAND e JELLINEK. Essas primeiras concepções, embora admitindo desde já a influência decisiva da realidade na construção do Direito, desprestigiavam a força normativa da Constituição, uma vez que, havendo conflito entre texto e fato, prevalecia o fato social, alterando o conteúdo do Direito Constitucional. É possível compreender esse posicionamento na medida em que, como analisado no capítulo anterior, a Constituição, no constitucionalismo europeu continental do século XIX, aparece apenas como uma carta política de procedimentos, ou seja, sem força normativa capaz de prevalecer diante da força dos fatos sociais.

No desenvolvimento da doutrina alemã, já na vigência da Constituição de Weimar, com SMEND e HSÜ, pode-se verificar a preocupação em superar a visão formalista de Constituição, apartada da realidade. Por outro lado, tais teorias não superaram o problema da falta de normatividade do texto constitucional frente à força dos fatos.

Essa questão, sobre a normatividade do texto constitucional e conseqüentemente sobre os limites da mutação, começa a ganhar relevo a partir da doutrina formulada por HELLER, de forma ainda inicial, mas de forma definitiva, na vigência da Lei Fundamental de Bonn, com os ensinamentos de Konrad HESSE, como será demonstrado no próximo capítulo.

---

<sup>367</sup> HESSE, 2009, p. 161.

## 5. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A DEFESA DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO.

O capítulo anterior preocupou-se em situar o tema das mutações dentro da teoria do poder constituinte, bem como analisar as primeiras doutrinas (alemãs) que trataram do tema. Pode-se concluir que, neste primeiro momento, tais teorias não defendiam a existência de limites às mutações, uma vez que, diante da força dos fatos e das necessidades políticas, a Constituição cederia.

Neste capítulo, serão analisadas as teorias sobre as mutações que defendem um condicionamento recíproco entre realidade e Constituição, possibilitando, assim, a visualização de limites às mutações. Primeiramente, serão analisadas as alemãs que alertaram para a existência desse condicionamento recíproco entre Constituição e realidade e, com isso, para a problemática dos limites e da defesa da força normativa da Constituição. Após serão vistas alguns representantes da doutrina brasileira, os quais defendem a existência das mutações, mas dentro de um contexto de força normativa da Constituição.

### 5.1 CONDICIONAMENTO RECÍPROCO ENTRE CONSTITUIÇÃO E REALIDADE: HELLER E HESSE.

Hermann HELLER, em sua clássica obra “Staatslehre”<sup>368</sup>, cuja primeira edição data de 1934, portanto, ainda na vigência da Constituição de Weimar, também considera o caráter dinâmico do objeto do Direito e da Constituição. Por outro lado, HELLER observa que “só cabe falar de uma Constituição se fôr afirmada, não obstante a dinâmica dos processos de integração constantemente mutáveis e, nêles, com um caráter relativamente estático.”<sup>369</sup> Assim, nas palavras do autor:

A Constituição do Estado não é, por isso, em primeiro lugar, processo mas produto, não atividade mas forma de atividade; é uma forma aberta através da qual passa a vida, vida em forma e forma nascida da vida. Assim como em uma melodia “transportada” mudaram os “elementos” e, não obstante, a melodia se considera idêntica (...), assim também na sucessão e na

<sup>368</sup> HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Prof. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

<sup>369</sup> *Ibidem*, p. 296.

coexistência dos cooperadores que mudam vê-se como a Constituição persiste como unidade diferenciável.<sup>370</sup>

A Constituição tem a capacidade de permanecer diante das mudanças do tempo e isso é possível graças a probabilidade de repetir no futuro a conduta humana que com ela concorda. A conduta humana pode dar permanência a uma Constituição, fato esse que se justifica “em uma mera normalidade de fato, conforme à Constituição, da conduta dos membros, mas, além disso, em uma normalidade normada dos mesmos e no mesmo sentido.”<sup>371</sup>

Nesta perspectiva, de uma relação entre Constituição e realidade, ser e dever ser, HELLER afirma que

Assim, como não se podem considerar completamente separados o dinâmico e o estático, tampouco podem sê-lo a normalidade e a normatividade, o ser e o dever ser no conceito da Constituição. Uma Constituição política só se pode conceber como um ser a que dão forma as normas. Como situação política existencial, como forma e ordenação concretas, a Constituição só é possível porque os partícipes consideram essa ordenação e essa forma já realizadas ou por realizar-se no futuro, como algo que deve ser e o atualizam; seja que a forma de atividade ajustada à Constituição se tenha convertido para êles, por meio do hábito, em uma segunda natureza, em conformação habitual do seu próprio ser apenas considerada como exigência normativa consciente; seja que os membros motivem a sua conduta de modo mais ou menos consciente, por normas autônomas ou heterônomas.<sup>372</sup>

Assim, para HELLER, a Constituição deve ser conceituada levando-se em consideração essas duas faces: ser e dever ser. A Constituição, ao mesmo tempo em que dá forma às situações concretas, também só consegue concretizar-se na medida em que os partícipes dessa organização consideram essa ordenação como um dever ser, ou seja, ajustam suas condutas ao dever ser constitucional.<sup>373</sup>

---

<sup>370</sup> HELLER, 1968, p. 296.

<sup>371</sup> Ibidem, p. 296.

<sup>372</sup> Idem.

<sup>373</sup> Hermann HELLER identifica que, naquele contexto, a Constituição era vista, tradicionalmente pela doutrina e pela “acepção vulgar”, apenas no sentido de Constituição do Estado, da Constituição jurídica, ou seja, no sentido do conteúdo normativo jurídico destacado da realidade e não como uma estrutura social formada por normas. Assim, observa o autor: “A doutrina dominante, sob a direção de Georg Jellinek, contenta-se em colocar a Constituição como ser ao lado da Constituição jurídica, como dever ser, sem conexão científica de nenhuma classe entre si. Os propósitos de superar este insustentável dualismo não têm levado, até hoje, mais que à absolutização de uma ou outra de ambas as posições. Kelsen faz constituir o Estado e a Constituição em um dever ser, exclusivamente; C. Schmitt pretende eliminar da Constituição toda normatividade. A Teoria do Estado só poderá evitar

O mesmo ocorre quanto ao Estado, o qual não pode ser visto apenas como sinônimo de sua lei de formação (ponto de vista estático). Isso significa que o Estado não pode ser visto como “mero produto da técnica organizadora”. Se por um lado, a existência do Estado depende da regulação dada pela Constituição, por outro, sua organização não pode ser apartada, independente, da vida de seus membros.<sup>374</sup> Assim, “o Estado é uma forma organizada de vida cuja Constituição se caracteriza não só pela conduta normada e juridicamente organizada dos seus membros, mas ainda pela conduta não normada, embora normalizada, dos mesmos.”<sup>375</sup>

A Constituição não normada (ou seja, a conduta normalizada) representa apenas um conteúdo parcial da Constituição total. “A normalidade tem que ser sempre reforçada e completada pela normatividade; a par da regra empírica de previsão aparecerá a norma valorativa de juízo.”<sup>376</sup> Portanto,

A idéia de normatividade, isto é, da exemplaridade ou obrigatoriedade de um agir concorde com determinados critérios positivos de valor, apresenta para a Constituição do Estado a imensa importância de que não só eleva consideravelmente a probabilidade de uma atuação conforme à constituição por parte dos membros atuais ou futuros, mas que é ela só quem, em muitos casos, a torna possível.<sup>377</sup>

A transformação da normalidade em normatividade é tratada em certos casos com excessivo unilateralismo. Ao lado da transformação da normalidade em normatividade, questão essa que é tratada por JELLINEK como força normativa do

---

estas unilateralidades se conseguir descobrir a conexão real partindo da qual possam ser explicas e compreendidas tanto a Constituição enquanto ser como a Constituição jurídica normativa e o método dogmático-jurídico a ela correspondente (...).” (HELLER, 1968, p. 306-307)

<sup>374</sup> Nesse sentido explica Hermann HELLER: “... a organização estatal penetra profundamente na vida pessoal do homem formando assim o seu ser, ao mesmo tempo em que, por seu lado, os membros influem decisivamente sobre ela.” (Ibidem, p. 297)

<sup>375</sup> Por normalidade de uma conduta, HELLER entende que esta “consiste na sua concordância com uma regra de previsão baseada sobre a observação do que acontece por termo médio em determinados períodos de tempo.” Ou seja, trata-se de uma conduta que já se espera devido ao fato de tal homem ou grupo, em tais circunstâncias, de maneira constante com regularidade, terem se comportado da mesma maneira. A conduta normalizada constitui uma “normalidade puramente empírica da conduta que constitui a infra-estrutura não normada da Constituição do Estado.” (Ibidem, p. 297-298)

<sup>376</sup> Idem.

<sup>377</sup> Idem.

normal fático, “tem também **uma grande importância a força normalizadora do normativo.**”<sup>378</sup> (sem grifo no original)

Com essa observação, HELLER constrói sua crítica à JELLINEK, no que tange à teoria da força normativa dos fatos. Segundo HELLER, a afirmação de JELLINEK segundo a qual “todo direito não é ‘originariamente mais que um uso de caráter factício’ (...) responde à idéia romântica do espírito do povo, totalmente afastada da realidade.”<sup>379</sup> Assim, conclui:

Realmente, sôbre a infra-estrutura da Constituição não normada, e influída essencialmente por esta infra-estrutura, ergue-se a Constituição formada por normas na qual, ao lado da tradição e do uso, desempenham o seu papel peculiar a função diretora e a preceptiva, que têm caráter autônomo e que, com freqüência, decidem contra o tradicional.<sup>380</sup>

Nesse sentido, o posicionamento de HELLER quanto à relação entre Constituição e realidade, ser e dever ser, se distancia de JELLINEK, no sentido de que a Constituição não pode ser vista apenas do ponto de vista fático, mas também normativo. A Constituição é formada por normas jurídicas ou extrajurídicas, pois a Constituição normada é a formada pela “normalidade da conduta normada juridicamente, ou extrajuridicamente pelo costume, a moral, a religião, a urbanidade, a moda etc.”<sup>381</sup>

Segundo HELLER, a normalidade só se transforma em normatividade se “aquela normalidade a respeito da qual se crê que é uma regra empírica da existencia real, uma condição da existência ora da humanidade em geral, ora de um grupo humano.” Caso contrário, como exemplifica o autor, o roubo e o assassinato com regularidade seriam considerados normalidade que se transformariam em normatividade.<sup>382</sup>

Todas as normas constitucionais possuem uma normalidade normativa, ou seja, correspondem a uma realidade conforme à norma, por outro lado, HELLER

---

<sup>378</sup>HELLER, 1968,, p. 298.

<sup>379</sup> Ibidem, p. 298.

<sup>380</sup> Idem.

<sup>381</sup> Idem.

<sup>382</sup> Idem.

admite existir uma normalidade sem normatividade. Não existe Constituição política, como *status real*, que não seja um ser formado por normas.<sup>383</sup>

As normas constitucionais formuladas expressamente pelos órgãos do Estado e promulgadas e aplicadas autoritariamente, impositivamente, com pretensão de obrigatoriedade geral, com frequência apresentam-se como um querer e um dever opostos ao ser social.

O Estado moderno, afirma HELLER, tem sua essência nesse intento de provocar uma normalização geral para o território por meio de uma normação central. Torna-se, com isso, problema central da sociologia do Direito e do Estado a relação entre normalidade e normatividade, o que, do ponto de vista histórico, trata-se de uma questão das causas do aumento da normalização por formação autoritária; e do ponto de vista sistemático, trata-se da indagação, por uma parte, de que maneira complementam-se normatividade e normalidade e, por outro, de que maneira são contraditórias.<sup>384</sup>

Quanto à questão histórica, ou seja, quanto ao aumento da normalização por normação autoritária e ao nascimento do Estado Moderno, esta se justifica pela “necessidade de produzir, conforme um plano e mediante uma criação consciente de normas, uma normalidade e previsibilidade cada vez mais amplas nas relações sociais.” Ora a crescente divisão do trabalho e o aumento da dependência recíproca dos grupos sociais espacialmente separados com conseqüente aumento das relações entre tais grupos reclamam uma maior segurança no tráfico dessas relações, o que é denominado por segurança jurídica.<sup>385</sup>

A segurança jurídica, necessária para uma maior segurança no tráfico de relações entre os grupos sociais, por sua vez, reclama um alto grau de sujeição a um plano e uma previsibilidade das relações sociais. Segundo HELLER, “só se pode chegar a esta intensa e ampla racionalização (...) fazendo com que as relações sociais, (...) vejam-se submetidas em medida crescente (...) a uma ordenação unitária”, ou seja, que “sejam normadas de modo planejado desde o centro, e por isso mesmo, normalizadas.” Esse processo formal de racionalização social teve

---

<sup>383</sup> HELLER, 1968, p. 299.

<sup>384</sup> *Ibidem*, 300.

<sup>385</sup> *Idem*.

como resultado final o Estado do início do século XX, ou seja, o Estado que “organizou de maneira unitária a administração de justiça e a execução coativa graças a seu corpo de funcionários, e que centralizou a legislação especialmente por meio das Constituições escritas assim como pelas grandes codificações dos séculos XVII ao XIX.”<sup>386</sup>

Do ponto de vista sistemático, ou sejam, da relação de complementação e contradição entre normatividade e normalidade, a Constituição estatal nasce, no Estado moderno, como um “todo em que aparecem complementando-se reciprocamente a normalidade e a normatividade, assim como a normatividade jurídica e extrajurídica.”<sup>387</sup>

A permanência e a generalização temporal e pessoal da Constituição apoiam-se na força normalizadora das normas sociais e esta é alcançada pela força obrigatória que exerce a norma sobre todos os membros<sup>388</sup>, súditos e dirigentes.<sup>389</sup> A própria continuidade da Constituição está atrelada a exigência de que a norma apareça ante seus destinatários como objetivada e despersonalizada.<sup>390</sup> Assim, a continuidade e permanência de uma Constituição torna-se impossível se a norma for fruto da arbitrariedade, ou seja, de uma decisão puramente pessoal.<sup>391</sup>

Apenas mediante o elemento normativo (objetivado) se normaliza uma situação de dominação atual e plenamente imprevisível convertendo-se em uma situação de dominação contínua e previsível e, assim, em uma Constituição permanente que dura além do presente.<sup>392</sup>

---

<sup>386</sup> HELLER, 1968, p. 300.

<sup>387</sup> Ibidem, p. 300-301.

<sup>388</sup> “Tôda norma social aspira a ter validez geral. Pretende valer, ao menos dentro de determinados grupos sociais, para todos os casos semelhantes, ainda que ocorram separados especial e temporalmente; a desigualdade contradiria o seu sentido enquanto norma, seria arbitrariedade (...).” Ibidem, p. 301.)

<sup>389</sup> Idem.

<sup>390</sup> “Só se podem criar uma continuidade constitucional e um *status* político se o criador da norma se considerer também ligado por certas decisões, normativamente objetivadas, dos seus predecessores.” (Ibidem, p. 301)

<sup>391</sup> Idem.

<sup>392</sup> Idem.

Sem a permanência das normas sociais não existe Constituição. O problema surge na relação entre permanência das normas e a mudança constante da realidade social. Segundo HELLER, é evidente que a normatividade exige como suposto permanente uma certa normalidade e que não existe norma que se pudesse aplicar a um caos. A validade de uma norma pressupõe a situação geral para que é prevista, sendo impossível valorar normativamente uma situação que foi imprevista. O que corresponderia ao caos social seria um “direito de situação” que corresponderia a situações constitucionais em constante mutação, mas nunca a um *status* constitucional ou a uma Constituição estatal.<sup>393</sup>

Sobre o conteúdo da Constituição normada juridicamente, SMEND resume sua concepção na seguinte passagem:

A Constituição normada juridicamente não consiste nunca de modo exclusivo em preceitos jurídicos autorizados pelo Estado mas que, para sua validade, precisa sempre ser complementada pelos elementos constitucionais não normados e por aqueles outros normados porém não jurídicos. O conteúdo e o modo de validade de uma norma não se determinam nunca somente por sua letra, nem mesmo pelos propósitos e qualidades de quem a dita, mas sobretudo pelas qualidades daqueles a quem a norma se dirige e a que a observam.<sup>394</sup>

O ambiente cultural, natural, as normalidades antropológicas, geográficas, etnográficas, econômicas e sociais, e as normatividades não jurídicas constitui aquela parte do mundo circundante com a qual ou frente a qual a Constituição normada juridicamente deve formar um todo e é o que, em primeiro lugar, determina seu conteúdo e sua individualidade. “Por essa razão, **o preceito jurídico particular só pode ser fundamentalmente concebido, de modo pleno, partindo da totalidade da Constituição política.**” (sem grifo no original) Ou seja, só se pode conceber a Constituição como fenômeno que engloba tanto as normas juridicamente formadas pelos órgãos estatais, como também pelo ambiente em que essas normas são produzidas e inseridas.<sup>395</sup>

Ao lado das regras do ser (do ambiente em que se insere a Constituição normada juridicamente), as quais determinam o conteúdo normativo da Constituição,

---

<sup>393</sup> HELLER, 1968, p. 301-302.

<sup>394</sup> Ibidem, p. 302.

<sup>395</sup> Idem.

encontram-se as normatividades extrajurídicas “que têm decisiva importância, enquanto princípios do Direito, para a validade e o conteúdo das normas constitucionais (...).”<sup>396</sup> As normatividades extrajurídicas são consideradas por HELLER enquanto princípios éticos do Direito que são legitimados pela sociedade e não autorizados pelo Estado (ou até proibidos expressamente por ele). Tais princípios caracterizam-se por lhes faltar uma concreção suficiente, ou seja, não podem encontrar aplicação imediata para a decisão judicial. Por outro lado, esses princípios são imprescindíveis na Constituição jurídica do Estado como normas sociais de ordenação, assim como também enquanto regras interpretativas para a decisão judicial.<sup>397</sup>

HELLER observa que o caráter necessário desses princípios éticos para a Constituição é reconhecido pelo legislador de um modo material, quando formula o conteúdo do princípio jurídico, ou de um modo formal.

O catálogo de direitos fundamentais previstos nas constituições escritas referem-se, com caráter material, a princípios éticos do Direito. HELLER utiliza como exemplo o princípio da monogamia e da educação familiar dos filhos, previstos como direito fundamental na Constituição de Weimar. Tais princípios não estabelecem um preceito jurídico positivo que possa servir ao juiz como norma de decisão. Por outro lado, essa formulação “contém (...) algo que é distinto e superior a uma simples abstração dos preceitos jurídicos vigentes, e estabelece também algo mais do que uma mera diretriz para o legislador futuro.”<sup>398</sup> Assim, no que tange à função e importância dos princípios éticos do direito, HELLER entende que:

Em realidade, os princípios jurídicos que ali se formulam são as únicas normas que conhece a maioria dos membros da comunidade jurídica e as únicas realmente vivas no seu espírito, enquanto que as numerosas normas para a decisão judicial compreendidas no Direito da família do Código Civil sobre o matrimônio e a família lhe são desconhecidas e inclusive, enquanto não tem que comparecer perante o juiz, podem ser ineficazes. Na prática, pois, não são estes preceitos jurídicos positivos, mas aqueles princípios gerais do Direito que ajudam a assegurar a ordenação da realidade social.<sup>399</sup>

---

<sup>396</sup> HELLER, 1968, p. 302.

<sup>397</sup> Ibidem, p. 302-303.

<sup>398</sup> Ibidem, p. 303.

<sup>399</sup> Idem.

Assim, de acordo com a leitura feita por Konrad HESSE, os princípios jurídicos pressupõem a via de penetração diária da realidade social positivamente valorada na normatividade estatal. Através dos princípios jurídicos que esse relação entre normatividade e normalidade ocorre. Com isso a estabilidade e a capacidade de adaptação da normatividade em face da normalidade tornam-se possíveis.<sup>400</sup>

O legislador reconhece também o caráter necessário desses princípios quando realiza apenas uma remissão formal, sem definir o conteúdo material deles, ou seja, quando “se refere simplesmente aos bons costumes, à boa fé, aos usos do comércio ou à eqüidade.”<sup>401</sup> Hermann HELLER esclarece que:

Neste caso, o legislador autoriza o juiz, mediante carta branca, a concentrar em normas de decisão os princípios jurídicos inicialmente só legitimados pela sociedade. Com isso, reconhece duas coisas: primeira, a necessidade em que se acha a normatividade jurídica de ser complementada por uma normalidade social a que se dá valor de maneira positiva; e segunda, a incapacidade em que se encontra para estabelecer, de uma vez para sempre, o conteúdo, historicamente mutável na maioria dos casos, das normas sociais que complementam às jurídicas.<sup>402</sup>

Assim, quando não há definição do conteúdo desses princípios jurídicos e o legislador apenas faz uma remissão formal a eles, concede-se ao juiz carta branca para aplicá-los de acordo com a normalidade social, historicamente mutável. Com isso, a normalidade social, graças a indeterminação material dos princípios jurídicos se incorpora à normatividade estatal.

A indeterminação do conteúdo desses princípios jurídicos possibilita a acomodação e a continuidade do Direito, ou seja, os princípios jurídicos possibilitam que a permanência da norma seja harmonizada com a mudança ininterrupta da realidade social. A normalidade social que se expressa nos princípios jurídicos vai se transformando na corrente imperceptível da vida diária.<sup>403</sup>

---

<sup>400</sup> HESSE, 2009, p. 163.

<sup>401</sup> HELLER, 1968, p. 303.

<sup>402</sup> Ibidem, p. 303-304.

<sup>403</sup> Nesse sentido, defende HELLER: “É justamente essa falta de determinação do conteúdo que capacita êsses princípios jurídicos a desempenharem uma função perpétua na Constituição. Um preceito jurídico positivo dirá, segundo o que hoje se reclama da segurança jurídica, o seguinte: em tais circunstâncias o homem deve comportar-se de tal modo. Com isso, o preceito jurídico válido garante uma previsibilidade maior da conduta social que o princípios jurídico que é menos preciso.

Diante dessa constatação, HELLER admite a possibilidade de mudança no sentido de um determinado preceito jurídico, mantendo o texto imutável.<sup>404</sup> Essa possibilidade de mudança do conteúdo sem alteração do texto é justificada pelo autor da seguinte forma:

Tal mudança de significação do preceito jurídico realiza-se graças aos preceitos jurídicos mutáveis, que vêm a ser a porta por onde a realidade social valorada positivamente penetra todos os dias na normatividade estatal. Visto que tradição e revolução supõem só oposições relativas, torna-se possível a permanência e capacidade de acomodação da normatividade a respeito da normalidade e pode assim conceber-se a constituição total do Estado como “forma comprimida que vivendo se desenvolve”.<sup>405</sup>

Portanto, é através dos princípios jurídicos que a normalidade social se incorpora à normatividade social, podendo dar lugar a uma mudança constitucional.

Segundo HELLER pode ocorrer também uma situação de oposição entre a Constituição estatal normada juridicamente e as normas não jurídicas ou as normalidades.<sup>406</sup>

A criação de normas pelo Estado cria um direito que “deseja para o futuro”. Ou seja, o Direito criado pelo Estado tem apenas uma pretensão de se realizar no futuro<sup>407</sup>, o que só é possível na medida em que “as normas ‘saem da sua existência no papel para confirmar-se na vida humana como poder’”. Assim, a vigência de uma dada norma jurídica está atrelada a sua efetividade.<sup>408</sup>

---

Mas justamente esta precisão do preceito jurídico opõe-se à necessária capacidade de acomodação e à continuidade dos preceitos jurídicos. Que a permanência da norma possa ser harmonizada com a mudança ininterrupta da realidade social, deve-se, em grande parte, a que a normalidade social que se expressa nos princípios jurídicos vai-se transformando na corrente imperceptível da vida diária.” (HELLER, 1968, p. 304-305)

<sup>404</sup> Nas palavras do autor: “Mediante a evolução gradual dos princípios jurídicos pode acontecer que, não obstante permanecer imutável o texto do preceito jurídico, o seu sentido experimente uma completa revolução, embora fique salvaguardada a continuidade do Direito perante os membros da comunidade jurídica.” (Ibidem, p. 305)

<sup>405</sup> Idem.

<sup>406</sup> Idem.

<sup>407</sup> Segundo HELLER: “Tôda criação de normas é, por isso e antes de tudo, um propósito de produzir mediante uma normatividade criada conscientemente, uma normalidade da conduta que concorde com ela.” (Idem)

<sup>408</sup> Idem.

Esta confirmação da norma na vida humana, ou seja, a sua efetividade, pode faltar porque a vida não precise de tais normais ou porque as repila e, “em tais casos, a normatividade perde sua força normalizadora”.<sup>409</sup>

HELLER constata, nesse sentido, que, “com bastante freqüência, o uso social, a realidade social não normada ou normada extrajudicialmente, revela-se mais forte que a normação estatal.” E assim, “em última instância, sempre veremos confirmar-se a tese de que a Constituição real consiste nas relações reais de poder.” E assim, “em todos os casos em que o poder próprio do depositário supremo do poder se oponha com êxito às normas constitucionais, dá-se a possibilidade (...) de uma criação jurídica por violação do Direito.”<sup>410</sup> E concluir assim que não há nenhuma fórmula constitucional capaz de deter revoluções e restaurações. Portanto, neste ponto, verifica-se a aproximação da teoria mudança da constituição em HELLER da teoria da mutação e da força normativa dos fatos de JELLINEK.

O conteúdo da norma constitucional pode modificar-se, portanto, pela mudança de conteúdo dos princípios (elementos normados não jurídicos) ou pela superação dos elementos normados pela realidade, ou seja, pela imposição do fato.

Segundo entendimento de Konrad HESSE, apesar da questão dos limites não ter sido tratada de modo explícito na teoria de HELLER, pode-se extrair, da mesma teoria, um limite para uma mudança de significado das normas constitucionais. Nesse sentido, HESSE identifica na relação de coordenação entre ser e dever ser, normatividade e normalidade a fundamentação de um limite à mutação. Se a normatividade e a normalidade devem ser vistas numa relação de coordenação, e não apenas de forma unilateral, a normalidade social não pode ignorar a normatividade jurídica e vice-versa. Assim, a mutação constitucional encontra seu limite na própria normatividade da Constituição. Por outro lado, observa HESSE, “este limite, no entanto, continua sendo genérico e difícil de precisar-se; tampouco se trazem pontos de apoio que permitam uma concretização.”<sup>411</sup>

Konrad HESSE elabora sua doutrina sobre a Constituição, a interpretação das normas constitucionais e as mutações imerso no contexto de um Estado

---

<sup>409</sup> HELLER, 1968, p. 305

<sup>410</sup> Ibidem, p. 306.

<sup>411</sup> HESSE, 2009, p. 164.

Constitucional efetivamente implantado na Alemanha, a partir da Lei Fundamental de Bonn<sup>412</sup>, o que determinará as características de sua construção teórica sobre tais temas.

Ao tratar do fenômeno das mutações constitucionais, HESSE estabelece uma crítica às teorias alemãs construídas até aquele momento e propõe uma nova doutrina, a qual tem por característica o estabelecimento de limites a tal fenômeno.<sup>413</sup>

Para melhor compreensão do conceito de mutação e seus limites, propostos por HESSE, faz-se necessário analisar o conceito de Constituição e a teoria da força normativa construídos pelo jurista alemão.

HESSE parte de uma perspectiva histórica para a análise e conceituação da Constituição, o que significa visualizar uma dada Constituição dentro de uma comunidade política concreta e conhecer seu conteúdo e seus problemas tendo em vista a singularidade de suas normas e de seu contexto histórico.<sup>414\_415</sup>

HESSE parte do conceito de Constituição formulado por JELLINEK segundo o qual a Constituição seria o conjunto de normas jurídicas que caracterizam os órgãos supremos do Estado, estabelecem a forma de criá-los, suas relações recíprocas e

---

<sup>412</sup> ALEMANHA, Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949. 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 04 de novembro de 2011.

<sup>413</sup> Dentre os escritos sobre mutação estão os textos reunidos na obra “Temas de direitos fundamentais”: Constituição e Direito Constitucional; Conceito e peculiaridade da Constituição; Limites da mutação constitucional. (HESSE, 2009.)

<sup>414</sup> Ibidem, p. 2.

<sup>415</sup> Ao questionar o que é a Constituição, HESSE alerta que a direção para onde deva apontar tal questionamento pode ser diferente para a Teoria da Constituição e para a Teoria do Direito Constitucional. Assim, o autor defende que: “Procurar um conceito abstrato de Constituição que abarque o que é comum a todas ou, pelo menos, a um número considerável de Constituições históricas, deixando de lado as peculiaridades de tempo e lugar, pode ter sentido para a teoria da Constituição. Para a teoria do Direito Constitucional, um conceito dessa natureza resultaria vazio de conteúdo e, também, incapaz de fundamentar uma compreensão suscetível de embasar a solução de problemas suscitados aqui e agora. A partir do momento em que a normatividade da Constituição vigente não é senão de uma ordem histórica concreta e a vida a regular senão a vida histórico-concreta, a única questão que tem sentido colocar-se no contexto da tarefa de se exporem os traços básicos do Direito Constitucional vigente é a relativa à *Constituição atual, individual e concreta*.” (HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da Constituição. In: **Temas fundamentais do direito constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 74). Adiante, ainda no mesmo texto, HESSE esclarece que a resposta sobre o que venha a ser uma Constituição “é algo que só pode ser concebido a partir da tarefa e da função da Constituição na realidade da vida histórico-concreta.” (Ibidem, p. 78)

suas áreas de influência, além da posição fundamental do indivíduo com respeito ao poder estatal. Por outro lado, alerta que “ainda assim, só com isso não se pode inferir o sentido e significado de uma Constituição vigente num concreto momento histórico”, o que só se revela “a partir da consciência de outras funções – primárias – da Constituição, que incumbem a ela na realidade vital de uma comunidade política moderna, além da função organizativa: sua função integradora e sua função de diretriz jurídica.”<sup>416</sup>

A Constituição possui, segundo o HESSE, duas tarefas fundamentais que estão intimamente ligadas, quais sejam: a formação e manutenção unidade política – ou seja, a integração – e a criação e manutenção do ordenamento jurídico (a ordem jurídica).<sup>417-418</sup>

O Estado e o poder estatal não são dados pressupostos, como algo preexistente. Pelo contrário, eles ganham realidade apenas e na medida em que conseguem unir a pluralidade de interesses, aspirações e modo de comportar-se existentes na realidade da vida humana, para atuação e atividade uniformes, formando, assim, unidade política. A formação dessa unidade é um processo histórico concreto e contínuo<sup>419</sup> e, em razão disso, posto sempre como objetivo essencial do Estado. “É um objetivo que vem imposto no sentido de que a convivência humana só é possível no Estado e através do Estado.”<sup>420</sup>

A unidade política de ação denominada Estado é necessária e tem, portanto, de cultivar-se e assegurar-se no processo político da moderna sociedade pluralista. Ora, no contexto de uma sociedade plural, “na justaposição e na contenda de numerosos grupos”, “a compensação entre as diferentes opiniões, interesses e aspirações, como a resolução e regulação de conflitos, converteram-se, por igual, em tarefa arquetípica e condição de existência do Estado.”<sup>421-422</sup> Com isso, o

---

<sup>416</sup> HESSE, 2009, p. 2-3.

<sup>417</sup> Ibidem, p. 3-4.

<sup>418</sup> Ibidem, p. 78.

<sup>419</sup> Não se trata, portanto, da unidade estática e abstrata de uma imaginária pessoa jurídica denominada “Estado”. (Idem)

<sup>420</sup> Idem.

<sup>421</sup> Isso significa que: “Onde, partindo da pluralidade de vontades, já não é mais possível formar uma vontade conjunta vinculante, e onde já não se consiga estabelecer e realizar, via do entendimento ou

nascimento e o êxito do Estado, enquanto unidade política de ação, estão “condicionados ao êxito do processo de integração estatal”, o que depende, por sua vez, do grau de adesão que encontre o Estado, de que “os cidadãos se façam responsáveis por ele e, se for o caso, o defendam”.<sup>423</sup>

Nesse aspecto, HESSE esclarece que:

...a unidade política que deve ser constantemente perseguida e alcançada no sentido aqui adotado é uma *unidade de atuação* possibilitada e realizada mediante o acordo ou o compromisso, pelo assentimento tácito ou a simples aceitação e respeito, se for o caso, até mesmo por coerção com resultado positivo; numa palavra, uma unidade de tipo *funcional*, que á a condição para que, dentro de determinado território, se possam adotar e fazer cumprir decisões vinculantes, para que, afinal, exista “Estado”, e não anarquia ou a guerra civil.<sup>424</sup>

Assim, a formação dessa unidade política (e, conseqüentemente do próprio Estado) só é possível através da ação humana de forma organizada, cooperada, a partir da qual se deve cumprir as tarefas do Estado.

A formação dessa unidade de atuação não significa a eliminação da pluralidade, das diferenças sociais, políticas e institucionais. Aliás, conforme afirma HESSE, essa unidade política só é possível num ambiente de conflitos, uma vez que são os conflitos que dão mobilidade à sociedade e evitam com isso o estancamento de formas superadas.<sup>425</sup>

---

das decisões majoritárias, os objetivos políticos, sucumbe o Estado como unidade política de ação.” (HESSE, 2009, p. 4)

<sup>422</sup> Segundo análise de HESSE, as transformações pelas quais o Estado passou no século XX, como o desenvolvimento científico, o aumento da população, a especialização e a divisão do trabalho, provocaram o incremento e modificação das tarefas do Estado. Tais mudanças impuseram ao Estado maiores tarefas na vida econômica e social – e nos conflitos dessa natureza – na medida em que também se aumentava a dependência do indivíduo com respeito a essa atuação estatal. Assim, “o Estado democrático contemporâneo, que já não se vê como senhor exclusivo do domínio político, torna-se uma parte (não, pois, a totalidade) da moderna sociedade industrial, cujos conflitos se incorporam ao processo de formação da unidade política e da vontade do Estado, devendo aqui ser dirimidos e pacificados. Já não é possível prescindir desse aspecto da sua realidade.” (Ibidem, p. 80-81).

<sup>423</sup> “...só na medida em que isso seja assim, pode-se dizer que se trata de um Estado consolidado, de um Estado robusto.” (Ibidem, p. 4)

<sup>424</sup> Ibidem, p. 78-79.

<sup>425</sup> “A ausência ou a repressão dos conflitos pode conduzir ao imobilismo, que supõe a estabilização do existente assim como a incapacidade para se adaptar a novas circunstâncias e a produzir formas novas: chega, então, um dia em que a ruptura com o que existe se torna inevitável, e o choque ainda

As condições de integração dependem de numerosos fatores extrajurídicos, como a tradição, o nível de consciência política ou os líderes e também de fatores jurídicos, pois qualquer processo necessita do ordenamento jurídico.

No que se refere aos fatores jurídicos, a formação de uma unidade política necessita de organização<sup>426</sup>, de um processo ordenado e da conciliação de vontades através da adesão das pessoas ao conteúdo do ordenamento jurídico como tal. Essa tarefa de integração incumbe à Constituição, mediante os direitos fundamentais. “Nessa medida, a Constituição pode considerar-se como o ordenamento jurídico do processo de integração estatal.”<sup>427</sup>

O ordenamento jurídico apresenta-se necessário não apenas para a formação e conservação da unidade política, “mas também para a ação e incidência dos órgãos estatais constituídos com esses fundamentos.” Com essa afirmação, HESSE afirma a necessidade de se fixar competências de forma ordenada pela Constituição. Assim, “a Constituição funda competências, criando, dessa maneira, poder estatal conforme o Direito com o alcance do respectivo mandato.” É a Constituição que “regula (...) os procedimentos que, dentro do possível, devem permitir a adoção de decisões adequadas.”<sup>428</sup>

A Constituição assume a tarefa essencial de organizar os poderes do Estado, fixando competências, pois o Estado possui duas dimensões: a de unidade política, que deve ser constantemente buscada, preservada e consolidada, e da atividade e atuação dos “poderes” constituídos sobre essa base, sendo ambas as dimensões mutuamente dependentes.<sup>429</sup>

---

mais profundo. Assim, não é importante apenas que hajam conflitos mas também que estes surjam regulados e resolvidos.” (HESSE, 2009, p. 79)

<sup>426</sup> Segundo HESSE, a ação humana que dá unidade política ao Estado e o constitui deve planejada e consciente. Nas palavras o autor: “Só através de uma cooperação planejada e consciente e, portanto, organizada, pode surgir a unidade política. Pois bem, dado que este surgir da unidade política é um processo permanente, ele mesmo necessitará de uma ordenação, se não quiser ficar deixado ao acaso de lutas de poder carentes de regras...” (Ibidem, p. 84)

<sup>427</sup> HESSE, Konrad. Constituição e Direito Constitucional. In: **Temas fundamentais do direito constitucional.**, 2009, p. 4-5.

<sup>428</sup> Ibidem, p. 5.

<sup>429</sup> HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da Constituição. In: **Temas fundamentais do direito constitucional**, 2009, p. 81-82.

Integração e organização são interligadas, complementares e interdependentes. Isso porque o conteúdo e o êxito da ação dos poderes estatais dependem de uma unidade política. Por sua vez, a unidade política depende desse conteúdo e desse êxito da ação estatal “que, essencialmente, determinam que o Estado encontre adesão e apoio, por cujo motivo a orientação e os meios de ação estatal têm que dirigir-se claramente a uma adesão e a um apoio existentes ou previsíveis.”<sup>430</sup>

O ordenamento jurídico é necessário não apenas para o Estado, mas para toda a convivência em comunidade dentro do território do Estado. Neste sentido, a convivência humana não seria possível sem a existência de uma ordem e de uma coordenação objetiva ampla das condições e âmbitos de vida econômico e social.<sup>431</sup> A Constituição assume, portanto, o papel de ordem jurídica fundamental da comunidade.<sup>432</sup>

A Constituição como ordem jurídica fundamental da comunidade, assim como o Estado, não é determinada por um Direito despreendido da realidade histórica concreta, mas é criada pela atividade humana num dado contexto.

A “ordem jurídica não se mostra como uma ordem qualquer a ser alcançada, mas apenas enquanto ordem com *determinado conteúdo ‘reto’* e, *por isso, legítimo*.”<sup>433</sup> O ordenamento jurídico não constitui um fim e si mesmo. Segundo HESSE, “não se trata de ordenar por ordenar; o importante é o conteúdo dessa ordenação: deve ser o *moralmente reto* e, portanto, o legítimo.”<sup>434</sup>

O cânone do que seja moralmente reto não se retira do Direito natural existente à margem do pensamento e ação humanos, nem pode ser explicado por

---

<sup>430</sup> HESSE, Konrad. Constituição e Direito Constitucional. In: **Temas fundamentais do direito constitucional.**, 2009, p. 5-6.

Em outro texto, essa conexão também é reforçada: tanto o conteúdo quanto o êxito da atividade dos poderes estatais dependem do êxito da formação da vontade política. Esta, por sua vez, depende do conteúdo e do êxito que, em grande parte, são condicionantes da adesão e do apoio de que o Estado possa encontrar, razão por que o rumo e os instrumentos da atividade estatal devem orientar-se, em boa medida, para a adesão ou o apoio existentes, ou para aqueles que é cabível esperar.” Há, portanto, uma conexão unitária entre unidade política e a atuação dos poderes estatais. (HESSE, 2009, p. 82)

<sup>431</sup> Ibidem, p. 84-85.

<sup>432</sup> Ibidem, p. 7.

<sup>433</sup> Ibidem, p. 85.

<sup>434</sup> Ibidem, p. 6.

um positivismo cético, para o qual não há conteúdo nenhum, sendo o Direito qualquer regulação que tenha sido definida com tal pelas instâncias competentes.<sup>435</sup>

Segundo HESSE, o cânone do que seja moralmente reto pode retirar-se dos princípios jurídicos “nascidos da luta e da experiência de muitas gerações e que se confirmaram por elas, principalmente dos direitos humanos e civis, bem como de outros princípios, como os de independência judicial ou o direito de ser ouvido.” Para HESSE, cânones são “os modelos para configurar o presente e o futuro da geração atual.”<sup>436</sup> Os cânones são, portanto, critérios de retidão a tradição acreditada, mas também o seu contrário, ou seja, experiências históricas que demonstraram o que não é “exato” e “reto” e, por isso, não deve ser considerado Direito. Além desses critérios relacionados a experiências históricas, e conexos a eles, podem ser considerados como critérios de retidão os “princípios jurídicos que se formaram e se confirmaram através da experiência histórica das gerações passadas, bem como os modelos [os ideais] da geração atual em face do presente e do futuro.”<sup>437</sup>

Para que esse “direito histórico” possa condicionar a conduta humana, deve haver a aceitação pela sociedade, ou seja, “um acordo básico sobre o cumprimento dos conteúdos da ordem jurídica”, expressando o reconhecimento do caráter vinculante das normas jurídicas. Esse acordo não garante “retidão”, mas sim a manutenção duradoura da ordem jurídica.<sup>438</sup>

É a Constituição que tem a função diretriz, de “assumir esses cânones [do que seja moralmente reto] e – sobretudo, nos direitos fundamentais – dotá-los de força vinculante para todo o ordenamento jurídico.” A Constituição, contribui, portanto, “para garantir a existência de um ordenamento jurídico *moralmente reto*.”<sup>439</sup>

Portanto, como assinalado, HESSE considera que a Constituição possui como uma de suas tarefas fundamentais a formação da unidade e da ordem jurídica e, no que diz respeito à convivência em comunidade, assume também o papel de

---

<sup>435</sup> HESSE, 2009, p. 6.

<sup>436</sup> Ibidem, p. 6.

<sup>437</sup> Ibidem, p. 85.

<sup>438</sup> Ibidem, p. 85-86.

<sup>439</sup> Ibidem, p. 6-7.

direção jurídica, ao estabelecer cânones do que seja moralmente reto e dotá-los de força vinculante para todo o ordenamento jurídico.

Ao cumprir essas tarefas essenciais (de formação de unidade política e de ordem jurídica), a Constituição converte-se em ordem jurídica fundamental do Estado e, também, em ordem jurídica fundamental da comunidade.<sup>440\_441</sup> “Esta Constituição determina primeiro as decisões que levam à unidade política, segundo as quais esta se deve executar e se devem levar a cabo as tarefas estatais.” HESSE indentifica como decisões, na Lei Fundamental alemã, que levam à unidade política: a inviolabilidade da dignidade humana como supremo do ordenamento constitucional, a república, a democracia, o postulado do Estado social de Direito, e a organização do território na forma de um Estado Federal.<sup>442</sup> São nas concreções posteriores de tais decisões que a Constituição ordena a organização e o procedimento de formação da unidade política e da ação estatal. Noutras palavras, dando concretude a tais decisões, a Constituição positiva normas que irão constituir órgãos do Estado, assim também irão definir competências desses órgãos e o procedimento que elas deverão observar, bem como, o procedimento pelo qual se resolverão os conflitos dentro da comunidade.<sup>443</sup>

Além disso, a Constituição também é vista como “plano estrutural básico, orientado por determinados princípios que dão sentido à forma jurídica de uma comunidade.” Isso significa que a Constituição estabelece princípios fundamentais do ordenamento jurídico que não apenas referem-se a vida estatal em sentido estrito, mas também ordena a vida não estatal, ou seja, as esferas da vida essenciais à convivência, porque tais “esferas são consubstanciais à vida do

---

<sup>440</sup> HESSE, 2009,, p. 7.

<sup>441</sup> “A Constituição é ordem *juridica fundamental da Comunidade*. Ela fixa 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 juridical em seu conjunto. Nisso tudo, a Constituição é o ‘plano estrutural básico, orientado por determinados princípios, que dão sentido à conformação juridical de uma Comunidade.’” (Ibidem, p. 86).

<sup>442</sup> Ibidem, p. 7.

<sup>443</sup> Idem.

conjunto e se encontram indissolúvelmente conectadas com a ordem política.” A Constituição, portanto, é vista como ordem jurídica fundamental da comunidade.<sup>444</sup>

Desta forma, HESSE deixa evidente um conceito de Constituição que foge ao estrito estatalismo, ou seja, que não restringe a Constituição à função de organizar os órgãos estatais e o exercício de suas competências. A Constituição assume a função de integração – de sustentação do Estado enquanto unidade política em meio à pluralidade –, de organização dos órgãos estatais e de suas competências – limitando o poder e impedindo o abuso de competências –, e de direção jurídica da comunidade, estabelecendo cânones para delimitar um conteúdo moralmente reto para o Direito, sobretudo através dos direitos fundamentais, de forma vinculante para todo o ordenamento jurídico. A Constituição assume o papel de ordem jurídica fundamental do Estado (ao cumprir com as tarefas essenciais de unidade política e ordem jurídica estatal), mas também de uma ordem jurídica fundamental da comunidade, ao ordenar as esferas de vida essenciais à convivência.

HESSE traça também as características do Direito Constitucional que o torna singular com relação aos demais ramos do Direito, quais sejam: a primazia, o caráter aberto e vinculante de suas normas, bem como as condições de sua validade e sua capacidade de impor-se na realidade social. Segundo o jurista alemão, “a tomada de consciência dessas diferenças do Direito Constitucional com relação aos demais ramos jurídicos é uma condição *sine qua non* para compreender os problemas constitucionais e sua adequada solução.”<sup>445</sup>

No que tange à primeira singularidade da Constituição apontada por HESSE, ou seja, à primazia do Direito Constitucional ao restante do Direito interno, essa característica é “pressuposto da função constitucional como ordem jurídica fundamental da comunidade.” Dessa característica decorre outra: a de que o Direito Constitucional não possa ser derogado ou reformado por leis ordinárias, “todos os poderes públicos, inclusive o Legislativo, acham-se vinculados pela Constituição”.<sup>446</sup>

---

<sup>444</sup> “Nesse sentido também são ordenados na Constituição os fundamentos das esferas bitais que nada têm a ver, de forma direta, com a formação da unidade política e ação estatal, como é o caso dos fundamentos do ordenamento jurídico civil: matrimônio, família, propriedade, herança, fundamentos do Direito Penal, princípios do ensino, da liberdade religiosa ou das relações laborais ou sociais.” (HESSE, 2009, p. 7-8)

<sup>445</sup> Ibidem, p. 8.

<sup>446</sup> Ibidem, p. 9.

Quanto à especificidade do Direito Constitucional relacionada à natureza de suas normas, HESSE identifica o caráter aberto e vinculante das normas de Direito Constitucional.<sup>447</sup>

Ao definir que “as normas constitucionais não são completas nem perfeitas”, HESSE define a Constituição como um sistema aberto de normas<sup>448</sup>, incompleto por natureza.<sup>449</sup> A Constituição “não é um sistema fechado e onicompreensivo”, pois contém apenas “um conjunto de princípios concretos e elementos básicos do ordenamento jurídico da comunidade”. Em razão desse caráter aberto, as normas constitucionais são de maior ou menor amplitude e indeterminação.<sup>450</sup> Para HESSE, a Constituição só pode ser corretamente interpretada e compreendida quando é vista enquanto unidade de seus elementos, os quais se encontram em constante interação, tensão, conflitos e dependência.

Assim, a amplitude e indeterminação de tais normas não representam um problema ao Direito Constitucional, tendo em vista que a Constituição é um ordenamento aberto. Nesse sentido, vale ressaltar as palavras do autor:

A Constituição não é um sistema fechado e onicompreensivo; não contém codificação, apenas um conjunto de princípios concretos e elementos básicos do ordenamento jurídico da comunidade, para o que oferece uma norma marco. Nesse sentido é um ordenamento *aberto*.<sup>451</sup>

HESSE apresenta algumas razões para que a Constituição tenha esse caráter aberto e inacabado: I) a dispensabilidade de que determinada matéria seja tratada pela Constituição; II) a insuscetibilidade de alguns segmentos (como política exterior e atuação dos partidos políticos) de uma regulação jurídica detalhada,

---

<sup>447</sup> HESSE, 2009, p. 9.

<sup>448</sup> “Nesse sentido é um ordenamento aberto.” (Ibidem, p. 9)

<sup>449</sup> HESSE explica que a Constituição, por mais que regule de forma detalhada inúmeras questões referentes à ordem estatal, mesmo assim, outros setores, incluindo-se aí também o estatal em sentido estrito, são regulados por disposições de conteúdo amplo, quando não são sequer objeto de regulação. (Ibidem, p. 87)

<sup>450</sup> Ibidem, p.9.

<sup>451</sup> Idem.

respeitando a liberdade de configuração; III) o caráter histórico da vida – submetida, portanto, a mudanças históricas – que a Constituição pretende regular.<sup>452</sup>

Essa abertura, embora seja sempre limitada, concede sentido e conteúdo essenciais ao ordenamento democrático e oferece uma margem de atuação necessária a um processo político livre, tratando de garanti-lo. Em razão dessa abertura, a Constituição possibilita concepções e objetivos políticos plurais e permite levar em consideração mudanças técnicas, econômicas e sociais, adaptando-se à evolução histórica (que acaba por assegurar a sua própria existência e eficácia).<sup>453</sup>

O caráter aberto de determinadas normas constitucionais também gera, por consequência, a dificuldade de se resolver determinados casos que seriam facilmente resolvidos se houvesse uma regulação jurídica detalhada. Na prática, a compreensão da Constituição e dos direitos fundamentais podem, diante desse caráter aberto e indeterminado das normas constitucionais, dar lugar a respostas diferentes.<sup>454</sup>

Com isso, a abertura e a amplitude do Direito Constitucional ofereceriam “o perigo de conduzir a uma dissolução em anarquia e insegurança se não fosse aparelhadas de uma fixação determinada e vinculante”. Noutras palavras, o caráter amplo e aberto das normas constitucionais poderiam levar a uma situação de insegurança e anarquia se não fosse também o caráter vinculante destas normas. Abertura e vinculação são pressupostos do cumprimento das tarefas da Constituição.<sup>455</sup>

Assim, a amplitude e a indeterminação da Constituição não levam à incapacidade da Constituição em regular a vida da comunidade, dado o caráter vinculante das normas constitucionais. Isso significa que a Constituição estabelece, de forma vinculante, aquilo que não deve ficar em aberto, e, com isso, cria um núcleo estável do que não deve ser discutido nos fundamentos da ordem da

---

<sup>452</sup> HESSE, 2009, p. 88-89.

<sup>453</sup> Ibidem, p.9.

<sup>454</sup> Ibidem, p. 9-10.

<sup>455</sup> Ibidem, p. 10.

comunidade (os princípios que orientam a formação da unidade política e a fixação das tarefas estatais).<sup>456</sup>

A Constituição, portanto, determina os fundamentos do ordenamento da comunidade, a estrutura estatal e o procedimento pelo qual se resolverão as questões deixadas em aberto como conteúdos que devem ser subtraídos ao debate e a um constante questionamento.<sup>457</sup>

Neste caso, a Constituição atua como fator estabilizador, pois, simultaneamente, ela atua como libertadora das tensões – na medida em que só se apresenta como problema aquilo que não foi previamente decidido (caráter vinculante) – e permite, com isso, a indispensável abertura.<sup>458</sup> Segundo HESSE, o que, sobretudo, é estabelecido como vinculante “é a arquitetura do Estado e os procedimentos no seu interior.” As normas de procedimento podem contribuir para a adoção da decisão correta sobre questões de litígio, quando adequadas à sua função. As normas de procedimento, também, estabelecem uma determinada fórmula para a tomada de decisões, excluindo, assim, lutas desordenadas pelo poder. “Quanto mais renuncie a própria Constituição a adotar decisões, mais importante será que estabeleça para elas um procedimento regrado. Só dessa forma a abertura da Constituição poderá cumprir a função que lhe é recomendada.”<sup>459</sup>

Dessas características da Constituição (abertura e amplitude de algumas de suas normas, bem como o caráter vinculante de outras), surge a questão acerca do debate entre rigidez e mobilidade da Constituição. Tais elementos (abertura e rigidez) são, segundo HESSE, complementares e necessários para que a Constituição possa cumprir com suas tarefas de integração e ordenação.

A abertura e amplitude das normas constitucionais permitem que a Constituição responda à mudança histórica e à pluralidade das situações existenciais da comunidade. O caráter vinculante, por seu turno, gera estabilidade e possibilita a permanência da Constituição e, por consequência, estabilidade da

---

<sup>456</sup> HESSE, 2009, p. 89.

<sup>457</sup> Idem.

<sup>458</sup> Ibidem, p.10.

<sup>459</sup> Ibidem, p. 10-11.

própria Comunidade, a qual, por isso, não fica sujeita a mudança contínua, incontida e incontrolável.<sup>460</sup> Conforme defende HESSE:

A coordenação de ambos os elementos é necessária para que os dois possam cumprir sua missão. O persistente não pode converter-se em obstáculo onde o movimento e o progresso se impõem, pois, do contrário, a mudança se produz à margem da norma jurídica. O mutante, por sua vez, não deve eliminar a virtude estabilizadora das disposições vinculantes, sob pena de não se cumprir o desiderato da Constituição, como ordem jurídica fundamental da Comunidade.<sup>461</sup>

A rigidez e a mutabilidade são características essenciais da Constituição e que podem, em um segundo plano, tornarem-se um problema, no que se refere à revisão constitucional na medida em que a amplitude e a abertura das normas constitucionais não são capazes de dar resposta aos problemas suscitados por uma situação determinada. Esse problema aparece proporcionalmente quanto mais detalhadas e estritas as normas de uma Constituição.<sup>462</sup>

Por outro lado, HESSE reconhece que “a problemática da revisão constitucional começa onde terminam as possibilidades da mutação constitucional”, esta entendida como alteração do conteúdo, sem alteração do texto.<sup>463</sup>

A solução proposta por HESSE, para que a Constituição cumpra com suas tarefas de integração e ordenação e ainda permaneça estável, é uma Constituição que deixe espaço para a mutação constitucional nos limites traçados no texto, ao mesmo tempo em que cria obstáculos para a reforma constitucional. Tal solução acaba por conferir estabilidade e elasticidade, necessárias ao cumprimento das normas Constitucionais.<sup>464</sup>

A terceira característica que difere o Direito Constitucional dos demais ramos do Direito, refere-se às condições de validade da norma constitucional e à capacidade de impor-se na realidade social. Nesse sentido, não existe instância que possa impor sua observância, sendo necessário o Direito Constitucional impor-se

---

<sup>460</sup> HESSE, 2009, p. 93-94.

<sup>461</sup> Ibidem, p, 94.

<sup>462</sup> Ibidem, p. 94-95.

<sup>463</sup> Ibidem, p. 95.

<sup>464</sup> Idem.

por si mesmo, o que o autor denomina de garantia imanente. Isso pressupõe uma existência prévia de uma configuração que esteja apta a assegurar essa garantia imanente.<sup>465</sup>

A observância do direito ordinário depende da coerção estatal, ou seja, é garantida a partir de fora. Em relação às normas constitucionais, ocorre o inverso. “a Constituição não depende senão de sua própria força e das suas próprias garantias.” E, assim, o Direito Constitucional “tem de criar um sistema que grave sobre si mesmo e comporte os pressupostos necessários para prevalecer.” Por outro lado, esse equilíbrio imanente sempre permanece precário. Onde existe um Tribunal com competência para decidir sobre a observância da Constituição, tal decisão não pode impor-se coativamente, pois “depende de que cada órgão estatal se submeta voluntariamente à Constituição”. HESSE critica a ideia de “guardião da Constituição” de Schmitt, uma vez que ela situa-se acima ou à margem desse equilíbrio imanente e pode induzir a erro.<sup>466</sup>

HESSE identifica determinados pressupostos para que a Constituição alcance efetividade. Primeiramente, encontram-se os fatores externos que são necessários para que a Constituição alcance sua efetividade, quais sejam: as circunstâncias da realidade histórica e o nível de desenvolvimento espiritual, social, político, e econômico dos tempos. Quanto mais o Direito Constitucional estiver conectado com tais circunstâncias de seu tempo, melhor poderá exhibir seus efeitos. Quando o Direito Constitucional “tenta apegar-se a formas historicamente superadas ou quando, pelo contrário, se proponha a uma utopia, fracassará inevitavelmente ante a realidade.”<sup>467</sup>

Soma-se a esse pressuposto, a conduta das pessoas que participam na vida constitucional, “a disponibilidade dos dirigentes políticos e dos governados para aceitar como moralmente imperativo o conteúdo da Constituição.” Nesse sentido, defende HESSE que:

Não é a vontade dos diferentes legisladores que consegue que as normas da Constituição sejam acatadas, que se afirme o Estado como unidade

---

<sup>465</sup> HESSE, 2009, p. 11.

<sup>466</sup> Ibidem, p. 11-12.

<sup>467</sup> Ibidem, p. 12.

política de ação estabelecida por ela, e seja assumido responsabilmente, mas, sim, que, ademais, o acordo dos progenitores da Constituição tem que se perpetuar, por princípio, entre aqueles que posteriormente hão de viver sob ela. Isso depende de que a ordem positivada nela, e por ela se considere *moralmente reta*, ordem legítima, e exiba à sua volta efeitos integradores.<sup>468</sup>

A realização da Constituição depende, portanto, do quanto a Constituição motiva e determina a conduta humana, “na medida, portanto, em que as suas normas se achem ‘em vigor’ não só hipoteticamente mas também de fato.” Por outro lado, alerta HESSE que “essa vigência real da Constituição não se alcança pelo só fato de ela existir”, mas através de atos de vontade.<sup>469</sup>

HESSE alerta também para fato de que se costuma confundir o que é e no que faz o processo constituinte de elaboração de uma Constituição. Essa confusão ocorre quando o poder constituinto é considerado como um único ato de vontade (ou seja, apenas como poder originário do qual deriva todo o poder constituído). Para HESSE,

... também o “poder constituinte” se origina e se conforma mediante atuação humana histórica, usualmente a de uma assembléia constituinte, e aquilo que faz não é nada mais – embora é claro, também nada menos – do que a formulação no texto da Constituição daquilo sobre o que se está de acordo ou daquilo sobre o que, segundo a Constituição, se deve estar de acordo. A vontade do constituinte histórico não pode fundamentar a vigência real da Constituição e, desde logo, também não pode mantê-la.<sup>470</sup>

A vigência da Constituição e o alcance de sua efetividade é mais uma questão de força normativa, ou seja, de sua capacidade de realizar o pretendido em suas normas, operando na realidade da vida histórica de forma vinculante e ordenadora.<sup>471</sup>

Sobre a problemática da força normativa da Constituição, HESSE proferiu uma palestra, em 1959, na Universidade de Freiburg-FRA, a qual resultou na

---

<sup>468</sup> HESSE, 2009, p. 12-13.

<sup>469</sup> Ibidem, p. 96.

<sup>470</sup> Idem.

<sup>471</sup> Idem.

publicação de uma das mais conhecidas de suas obras “*Die normative Kraft der Verfassung*” (“A força normativa da Constituição”<sup>472</sup>).

Para explicar o seu posicionamento sobre a questão da força normativa da Constituição, HESSE parte do conceito de Constituição formulado por Ferdinand LASSALLE, o qual define que a verdadeira Constituição está expressa nas relações de poder dominantes no país (Constituição real).<sup>473</sup>

Konrad HESSE considera que a concepção de Constituição sustentada por LASSALLE, parece, a primeira vista, fascinante, levando em consideração “sua aparente simplicidade e evidência, a sua base calcada na realidade – o que torna imperioso o abandono de qualquer ilusão – bem como sua aparente confirmação pela experiência histórica”<sup>474</sup>.

Por outro lado, a ideia de que a Constituição jurídica sucumbe coditadamente em face da Constituição real e que esta é que exclusivamente gera efeitos enquanto força vinculante das leis de um país é uma negação da própria Constituição, negação do Direito Constitucional enquanto ciência jurídica. Ora, o Direito Constitucional é uma ciência normativa. Com isso se quer afirmar que o Direito constitucional, diferente das ciências da realidade, como a sociologia e a ciência política, impõe mandamentos e não apenas se dispõe a descrever uma situação de fato. Nesse sentido, HESSE sustenta que:

---

<sup>472</sup> HESSE, 1991.

<sup>473</sup> Ferdinand LASSALLE, em uma palestra proferida em 1862, numa associação liberal-progressista, expôs seu conceito de Constituição, o que deu origem a obra “*Über das Verfassungswesen*” (traduzida no Brasil com o título “A essência da Constituição”). LASSALLE parte do seguinte questionamento: o que é a Constituição? Qual a essência de toda Constituição? A primeira vista, a resposta a esse questionamento é a tradicionalmente encontrada no seguinte sentido: A Constituição é a lei que determina como todas as outras são feitas, ou seja, Constituição é uma lei fundamental, é o verdadeiro fundamento de todas as outras leis, é uma força ativa que faz com que todas as outras leis e instituições jurídicas sejam o que realmente são. A partir desse conceito, presente no senso comum, LASSALLE questiona: Afinal, que força ativa é essa que anima, que determina a elaboração de todas as leis do país? A resposta encontrada pelo autor é: Essa força ativa que determina como as leis são feitas são os fatores reais de poder, dentre os quais a burguesia, os industriais, os banqueiros, etc. LASSALLE chega a essa conclusão após propor como exercício de pensamento a suposição de que todas as leis da época fosse queimadas, sendo necessária a elaboração de novas leis. Nesta hipótese, o autor chega a conclusão que o conteúdo das leis seria determinado pelos fatores reais de poder e não pela Constituição escrita. Portanto, LASSALLE faz a distinção entre Constituição jurídica e a Constituição real e defende que a Constituição jurídica só terá eficácia se estiver em consonância com a Constituição real (os fatores reais de poder), caso haja conflito, aquela necessariamente cederá (será então “mera folha de papel”) para esta. Segundo o autor, os problemas constitucionais são problemas de poder e não de direito. (LASSALLE, 1998.)

<sup>474</sup> HESSE, 1991, p. 10.

Se as normas constitucionais nada mais expressam do que as relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica na ausência de direito, não lhe restando outra função senão a de constatar e comentar os fatos criados pela *Realpolitik*. Assim, o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem constitucional justa, cumprindo-lhe a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes.<sup>475</sup>

Na medida em que o Direito Constitucional presta-se a reconhecer apenas as relações de domínio presentes numa dada realidade, ele perde sua caracterização enquanto uma ciência normativa tornando-se uma ciência descritiva, uma ciência do ser, não podendo diferenciá-lo da Sociologia ou da Ciência política.

HESSE não nega que haja efetivamente essa relação de tensão entre Constituição jurídica e realidade. Em razão disso, parte da constatação do condicionamento recíproco entre Constituição jurídica e realidade político-social para formular um conceito de Constituição jurídica e do próprio Direito Constitucional.<sup>476</sup>

HESSE constata que o pensamento constitucional alemão do século XIX do e início do século XX, precisamente o positivismo jurídico da Escola de Paul LABAND e Georg JELLINEK, estava marcado pelo isolamento entre norma e realidade. Segundo análise de HESSE, na teoria apresentada por esses autores sobre o Direito (a Constituição) e a realidade, há uma radical separação entre realidade e norma, ser e dever ser. Tal afirmação pode levar, em última análise, à atribuição exclusiva de força determinante aos fatos sociais. Assim, a unilateralidade dessas posições pode levar quase inevitavelmente a “uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo.”<sup>477</sup>

Ao criticar a visão alternativa, separatista e unilateral da normatividade e da realidade, HESSE afirma a existência de um condicionamento recíproco entre Constituição e realidade. Para o autor, “a norma constitucional não tem existência

---

<sup>475</sup> HESSE, 1991, p. 11.

<sup>476</sup> “O significa da ordenação juridical na realidade em em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável context, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve m conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão. (Ibidem , p. 13)

<sup>477</sup> Ibidem, p. 14.

autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua *vigência*, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade.”<sup>478</sup>

A norma constitucional possui pretensão de eficácia (“*Geltungsanspruch*”) e não pode ser separada das condições históricas de sua realização. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta as condições históricas, naturais, técnicas, econômicas e sociais, como também “o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas”.<sup>479</sup>

Por outro lado, a Constituição não expressa apenas uma situação, uma realidade, mas também um dever ser “ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas.” Através da pretensão de eficácia a Constituição busca “imprimir ordem e conformação à realidade política e social.” Portanto, a relação de reciprocidade entre norma constitucional e realidade expressa-se pelo fato de que “determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas.”<sup>480</sup>

Há, portanto, uma relação de coordenação entre “Constituição real” e “Constituição jurídica” e não uma separação entre ambas as esferas. A pretensão de eficácia das normas constitucionais tem existência autônoma em relação as forças que atuam na sociedade. Isso significa dizer que as normas jurídicas tem pretensão de se realizar, mesmo diante de uma realidade conflitante.

Conforme sustenta HESSE, “a Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia”. Tal constatação leva o autor a tratar das possibilidades e limites para a realização da pretensão de eficácia, ou seja, da força normativa da Constituição.<sup>481</sup>

---

<sup>478</sup> HESSE, 1991, p. 14.

<sup>479</sup> Ibidem, p. 15.

<sup>480</sup> Idem.

<sup>481</sup> Ibidem, p. 16.

A compreensão dos limites e das possibilidades de realização da força normativa da Constituição só pode ser alcançada levando-se em consideração essa relação de coordenação recíproca entre Constituição e realidade. Nesse sentido, “somente a Constituição que se vincule a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, pode, efetivamente, desenvolver-se.”<sup>482</sup>

Uma Constituição que pretenda estabelecer um Estado de forma abstrata e teórica, sem vinculação com a natureza singular do presente, está fadada a tornar-se efetivamente “folha de papel”. É, portanto, pressuposto e limite, para que a Constituição realize sua força normativa, que ela esteja em conexão com a singularidade de seu contexto.<sup>483</sup>

Por outro lado, a Constituição jurídica não realiza sua pretensão de eficácia apenas na “adaptação inteligente a uma dada realidade”, ao revés, “a Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente”. Mas para que a Constituição possa impor tarefas e tornar-se, assim, em força ativa, é necessário “disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida (...) se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.”<sup>484</sup> Essa vontade é o que HESSE denomina de “vontade de Constituição”<sup>485</sup>, a qual se apóia sobre o consenso básico que assegura à ordem jurídica uma estabilidade firme. São os atos de vontade que fazem com que a ordem constitucional adquira e mantenha sua vigência. É através da vontade de constituição que o acordo do constituinte histórico se mantém entre aqueles cuja atuação e cooperação esse constituinte tratou de dirigir e coordenar através das normas constitucionais. “Quanto mais intensa for a ‘vontade de Constituição’ (...)

---

<sup>482</sup> HESSE, 1991.

<sup>483</sup> Ibidem, p. 16.

<sup>484</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>485</sup> Segundo Konrad HESSE, essa vontade de concretizar a Constituição origina-se em três vertentes: “Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constant processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrario do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana.” (Ibidem, p. 19-20)

tanto mais recuados estarão os limites das possibilidades de realizar-se a Constituição, sem que essa vontade (...) possa eliminar por completo tais limites.”<sup>486</sup>

Em síntese, os pressupostos específicos para que uma Constituição desenvolva sua força normativa são: a) o conteúdo da Constituição deve lograr, o máximo possível, corresponder à singularidade presente; b) o desenvolvimento da força normativa depende não só do conteúdo, mas da práxis, ou seja, de vontade de Constituição.<sup>487</sup>

Quanto ao primeiro pressuposto, ou seja, de que a Constituição deva corresponder à especificidade de uma dada realidade política, social, econômica e espiritual de seu tempo, isso assegurará que a ela encontre apoio e defesa da consciência geral. Isso também significa que a Constituição deve ter capacidade de adaptar-se a eventuais mudanças dessas condicionantes.<sup>488</sup>

Nesse sentido, HESSE sustenta que:

...[a Constituição] deve limitar-se, se possível, ao estabelecimento de alguns poucos princípios fundamentais, cujo conteúdo específico, ainda que apresente características novas em virtude das céleres mudanças na realidade sócio-política, mostre-se em condições de ser desenvolvido. A “constitucionalização” de interesses momentâneos ou particulares exige, em contrapartida, uma constante revisão constitucional, com inevitável desvalorização da força normativa da Constituição.<sup>489</sup>

Para que a Constituição, nesse contexto de diálogo constante com a realidade, tenha capacidade de se adaptar as mudanças das singularidades daquela dada realidade, é necessário, portanto, que ela se limite a dispor de alguns poucos princípios fundamentais, excluindo as normas de caráter técnico-organizatório. Isso porque é através daqueles princípios que o conteúdo da Constituição irá atualizar-se de acordo com as especificidades do presente.<sup>490-491</sup>

---

<sup>486</sup> HESSE, 2009, p. 97.

<sup>487</sup> HESSE, 1991, p. 19-20.

<sup>488 488</sup> HESSE, 1991, p. 21.

<sup>489</sup> Idem.

<sup>490</sup> Idem.

<sup>491</sup> Dessa ideia decorre, como será demonstrado adiante, o próprio conceito de mutação defendido pelo autor, uma vez que ele entende que mutação é a alteração do conteúdo de normas principiológicas, sem alterar o texto.

HESSE atenta ainda que a Constituição, se quiser preservar a força normativa de seus princípios fundamentais, não pode ser estruturada de forma unilateral. Exemplos sobre esse aspecto são trazidos pelo autor: direitos e deveres, tripartição de poder e possibilidade de concentração, forma federativa de Estado e uma certa dose de unitarismo.<sup>492</sup>

Com relação ao segundo pressuposto que permite à Constituição desenvolver sua força normativa, ou seja, à necessidade de uma *práxis*, de uma vontade de Constituição, HESSE defende o respeito à Constituição inclusive nas situações em que sua observância revela-se incômoda. A vontade de Constituição, assim, deve ser preservada mesmo que isso implique a renúncia a alguns benefícios particulares. “Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado...”<sup>493</sup>

A estabilidade também constitui condição essencial para a eficácia da Constituição, pois a tendência frequente de reforma do texto constitucional representa uma ameaça para a força normativa da Constituição, já que cada reforma constitucional traz a ideia de que se atribui mais valor às exigências fáticas do que à ordem normativa vigente. Nesse sentido, conclui o autor: “A freqüência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa.”<sup>494</sup>

Lenvando-se em consideração ainda o pressuposto e limite da força normativa da Constituição – segundo o qual a Constituição deva estar fundada na natureza singular do presente – a interpretação constitucional não pode prescindir de tal fator. A interpretação constitucional deve visar a máxima concretização da norma, o que significa que a interpretação deve contemplar as condicionantes fáticas (sociais, políticas, econômicas) da norma constitucional. “A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn)

---

<sup>492</sup> HESSE, 1991, p. 21.

<sup>493</sup> Ibidem, p. 22.

<sup>494</sup> Idem.

da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.”<sup>495</sup>

Portanto, HESSE atribui à interpretação constitucional, submetida ao princípio da ótima concretização, o papel fundamental para a eficácia da força normativa. A interpretação constitucional é, ao mesmo tempo, concretização.

Ao tratar das formas de atualização da Constituição, Konrad HESSE parte da diferença entre revisão constitucional, enquanto exclusivamente uma alteração do texto da Constituição, e mutação constitucional, “que não afeta o texto enquanto tal - que permanece inalterado –, e sim a concretização do conteúdo das normas constitucionais”. HESSE atenta que a revisão do texto constitucional não pode ser confundida com a ruptura do mesmo, a qual significa a não observância do texto numa hipótese determinada (sem modificação formal do mesmo), o que se admitia na República de Weimar, desde que se alcançasse as maiorias exigidas para a reforma da Constituição.<sup>496</sup>

A partir da análise da produção doutrinária sobre o fenômeno das mutações constitucionais, HESSE observa que a teoria da Constituição, elaborada com base na Lei Fundamental alemã, tinha dado, até aquele momento, pouca atenção ao fenômeno da mutação constitucional, e que foi, primeiramente, sob a vigência da Constituição alemã de 1871 que autores como LABAND e G. JELLINEK trataram do fenômeno da mutação constitucional e identificaram processos de mutação analisando-os extensivamente.<sup>497</sup>

HESSE traça um paralelo entre o entendimento da doutrina e do Tribunal Federal contemporâneos à sua época (que entendem as mutações como a modificação do conteúdo das normas constitucionais de modo que a norma, conservando o mesmo texto, recebe uma significação diferente), com a velha doutrina, liderada por LABAND E G. JELLINEK, os quais apontavam um sentido

---

<sup>495</sup> HESSE, 1991, p. 22-23.

<sup>496</sup> HESSE, 2009, p. 94.

<sup>497</sup> “Na evolução constitucional da República Federal não se encontra até agora nada equivalente aos profundos processos de mudança que Laband [*Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, 1895] e G. Jellinek [*Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*] qualificaram como modificações na Constituição de 1871. Onde uma prática política no mínimo constitucionalmente discutível teria podido dar suporte para se admitir uma mutação constitucional, como é o caso das subsubvenções federais (*Fondwirtschaft*), com razão não se sustentou a presença de uma mutação constitucional.” (Ibidem, p. 149)

mais amplo para mutação, pois consideravam que o fenômeno das mutações englobava aquelas situações em que havia contradição entre o texto (lei constitucional) e a realidade (situação constitucional). Segundo HESSE, o conceito proposto por JELLINEK de que uma mutação constitucional pode mudar tanto o conteúdo da norma quanto a “situação constitucional”, tem “como resultado, nesta última hipótese, que a efetiva vigência da norma constitucional (não modificada em seu conteúdo) é relegada.”<sup>498</sup> Assim, segundo interpretação de HESSE, o conceito elaborado pela “velha doutrina” sobre mutações constitucionais (LABAND e JELLINEK) era um sentido amplo, na medida em que englobava aquelas mudanças na situação constitucional que eram contrárias ao texto da Constituição.

Para Konrad HESSE, a mutação constitucional deve ser entendida de acordo com a perspectiva da visão mais restritiva sobre a mutação constitucional, segundo a qual a mutação refere-se ao fenômeno em que se altera o conteúdo da norma constitucional, mas mantém-se o texto intacto. Nesse sentido, argumenta o autor:

A resposta deve inclinar-se em favor da primeira alternativa [sentido mais restritivo]. Ver uma mutação constitucional na “contradição entre a situação constitucional e a lei constitucional” ou, na terminologia atual, entre Constituição e realidade constitucional, simplesmente não é admissível pelo fato de que se está argumentando em diferentes níveis; o que muda não é o conteúdo da norma constitucional, para cuja determinação colabora o seu texto, mas outra coisa. Portanto, o conceito deveria ficar limitado a modificações do conteúdo de normas constitucionais cujo texto não é modificado.<sup>499</sup>

Segundo HESSE, a mutação constitucional consiste, então, na modificação do conteúdo das normas constitucionais mantendo intacto o texto literal. A mutação ocorre nas cláusulas constitucionais que contêm normas abertas (“e em concreto no referente aos direitos fundamentais”), “isto é, regras que, por sua formulação generalista e linguisticamente esquemática, só mediante progressivas concreções podem ser levadas à prática”. Ou seja, para HESSE a mutação se dá em normas constitucionais abertas, cuja interpretação (concretista) se dá a partir da relação da norma com o setor da realidade concreta a qual a norma queria projetar-se. Assim, este “setor co-determina o conteúdo da norma, que não pode ignorar as condições de sua realização nem manter-se inalterável; transforma-se a realidade social,

---

<sup>498</sup> HESSE, 2009, p. 152.

<sup>499</sup> Ibidem, p. 153-154.

transforma-se, com ela, o conteúdo da norma.”<sup>500\_501</sup> Nesse sentido, a possibilidade de mutação dá-se a partir da interação do texto com a realidade.

Sobre a problemática da questão dos limites da mutação HESSE constata que até aquele momento a doutrina alemã sobre as mutações não se preocupara em estabelecer uma resposta quanto à questão, e conclui que o “balanço é, não obstante, inequívoco: não há limites para a mutação constitucional e é impossível traçá-los.” Conforme as palavras do autor:

O único critério que conta é o da sua imposição de fato, como resultado de que sobre a juridicidade ou antijuridicidade de uma determinada modificação o que decide é seu êxito ou fracasso. O “*fait accompli*”, o fato consumado – disse G. Jellinek – é um fenômeno histórico de potencialidade constituinte em face do qual qualquer oposição por parte das teorias da legitimidade é um intento vão.<sup>502</sup>

Diante da falta de uma doutrina sobre os limites da mutação, que desenvolva parâmetros precisos e demonstráveis e que exclua a tentação de “quebrar” a Constituição ao invocar a presença de uma mutação (força incontrastável dos fatos), faz-se necessário uma doutrina que reconheça o diálogo entre Constituição e realidade, e afirme a força normativa da Constituição.

HESSE, em harmonia com sua teoria sobre a força normativa da Constituição e sobre o concionamento recíproco entre Constituição e realidade, propõe, assim, como limite à mutação as possibilidades do texto constitucional.

Na defesa de uma interpretação constitucional que contemple as condicionantes fáticas, HESSE resume sua concepção de uma mutação constitucional, e, conseqüentemente, dos limites para a mesma, na seguinte passagem:

... uma mudança nas relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (*Telos*) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas

---

<sup>500</sup> HESSE, 2009, p. 14-15.

<sup>501</sup> “Com efeito, dada a amplitude e a abertura das normas constitucionais, estas podem levar a resultados distintos em face de supostos mutáveis (...), operando, neste sentido, uma ‘mutação’.” (Ibidem, p. 94.)

<sup>502</sup> Ibidem, p. 154-155.

em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode ser mais realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito. Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, torna-se inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente.<sup>503</sup>

A partir de um esquema de interpretação, HESSE elabora uma teoria para os limites da mutação constitucional, a qual preserva a força normativa da Constituição ao afirmar o texto normativo como limite. Uma mutação que vá de encontro ao texto, deve ceder lugar à revisão constitucional.

O pano de fundo da teoria dos limites da mutação é a interpretação concretista desenvolvida por HESSE.

Quanto à interpretação constitucional, a análise da teoria da interpretação concretista e, conseqüentemente, da teoria dos limites da mutação constitucional, deve partir concepção de que, para HESSE, a interpretação constitucional se dá naqueles casos em que não há uma resposta clara e conclusiva. “Onde não se suscitam dúvidas, não se interpreta.” Ou seja, para o autor, não é necessário interpretação diante de normas constitucionais terminantes. Na execução de atos em consonância com a Constituição, há apenas uma atualização da mesma e não interpretação.<sup>504</sup>

Para o Direito constitucional a interpretação ganha relevância, portanto, em razão do caráter amplo e aberto da Constituição, importância que aumenta dada a existência de uma jurisdição constitucional. Isso porque, a possibilidade dada ao Tribunal Constitucional de interpretar com eficácia vinculante as normas constitucionais, não apenas para o cidadão, mas também para os órgãos estatais, “só poderá tornar-se realidade se as sentenças do Tribunal expressarem o conteúdo da *Constituição*, ainda que na visão do Tribunal.” Isso significa que o Tribunal Constitucional também está vinculado ao conteúdo da Constituição.<sup>505</sup>

Para HESSE, o objetivo da interpretação constitucional é

---

<sup>503</sup> HESSE, 1991, p. 23.

<sup>504</sup> HESSE, 2009, p. 102.

<sup>505</sup> *Ibidem*, p. 103.

... chegar ao resultado constitucionalmente “correto” através de um procedimento racional e controlável, fundamentando esse resultado de modo igualmente racional e controlável, e criando, dessa forma, certeza e previsibilidade jurídicas, ao invés de acaso, de simples decisão por decisão.<sup>506</sup>

HESSE constata que até aquele momento, tanto o positivismo como o recurso acríptico aos valores não obtiveram êxito quanto a esse objetivo da interpretação, gerando crescente insegurança. À disseminação das ciências do espírito, os positivistas atribuíam tal insegurança, propondo, com isso, um retorno às regras tradicionais de interpretação<sup>507</sup>. Por outro lado, HESSE atenta ao fato de que essa crítica acabava por ignorar o caráter complexo do problema suscitado pela interpretação constitucional.<sup>508</sup>

A teoria tradicional da interpretação, ao buscar revelar, descobrir, a vontade (objetiva ou subjetiva) preexistente nas normas constitucionais, fundamenta-se no dogma da vontade elaborado pela doutrina do século XIX. O problema em relação às normas constitucionais é que “nem ela nem o constituinte decidiram nada, limitando-se a proporcionar uma série mais ou menos numerosa, porém incompleta, de pontos de apoio para sua compreensão.” Isso significa que, para a teoria clássica, não há vontade pressuposta para ser (des)coberta, não há conteúdo inequívoco a ser revelado, não há como descobrir a vontade autêntica, “conseguindo-se, no máximo, revelar uma vontade suposta ou fictícia, de nada servindo, para nos tirar desse aperto, quaisquer recursos semânticos”.<sup>509</sup> Nesse sentido, HESSE define que:

Identificar como “objetivo” da interpretação constitucional a descoberta da prévia vontade objetiva da Constituição ou do constituinte é o mesmo que pretender cumprir algo que em realidade não preexiste e, portanto,

---

<sup>506</sup> HESSE, 2009, p. 103.

<sup>507</sup> Segundo HESSE, a teoria tradicional da interpretação caracteriza-se por objetivar revelar a vontade (objetiva) da norma ou a vontade (subjetiva) do legislador através da análise do texto, do seu processo de criação, das suas conexões sistemáticas e dos seus antecedentes, de sentido (“ratio”) e da finalidade (“telos”) da norma. Tratam-se das modalidades: interpretação gramatical, sistemática, teleológica e histórica. A partir daí o fato é subsumido ao conteúdo da norma, numa operação silogística (subsunção do fato à norma). (2009, p. 104)

<sup>508</sup> Idem.

<sup>509</sup> Ibidem, p. 105.

equivocar-se desde o ponto de partida da problemática da interpretação constitucional. Em razão do seu objeto, só com reservas cabe admitir-se que a interpretação seja execução, mas, desde logo, nunca subsunção. Pelo contrário, deverá partir-se do fato de que o seu “objetivo”, realmente, ainda não existe.<sup>510</sup>

HESSE reforça, com isso, a ideia de que interpretação das normas constitucionais apenas se dá em relação às normas abertas e não àquelas detalhadas e que demandam simples execução. Por esse motivo, na interpretação constitucional, os métodos tradicionais não logram sucesso, pois, com relação a estas normas abertas, não há conteúdo prévio a ser revelado, não há vontade pressuposta a ser descoberta pelas regras de interpretação.<sup>511</sup>

Resta evidente a casa do autor compreender a mutação constitucional como a mudança no conteúdo dessas normas de caráter aberto, já que tais normas constitucionais não possuem um conteúdo pré-definido, o qual será construído de acordo com a singularidade presente.

A proposta de HESSE para a falta de um método de interpretação que supere a insegurança quanto a interpretação das normas constitucionais e a unilateralidade dos esquemas tradicionais do positivismo jurídico, bem como parte do condicionamento recíproco entre Constituição e realidade, é da “interpretação como concretização”<sup>512, 513</sup>. Para o autor, a interpretação constitucional é ao mesmo tempo

---

<sup>510</sup> HESSE, 2009, p. 105-106.

<sup>511</sup> HESSE afasta a possibilidade dos métodos clássicos de interpretação serem utilizados separadamente como orientação suficiente das normas constitucionais de caráter aberto. Com relação ao método *grammatical*, HESSE conclui que o texto constitucional, nos casos das normas de caráter aberto, não expressa nada de inequívoco sobre o significado de suas palavras. No caso da interpretação sistemática, esta pode ser aplicada, diferentemente, conforme a conexão material ou formal de uma norma em um determinado lugar da lei. A interpretação teleológica, do mesmo modo, não oferece um método seguro para interpretação das normas constitucionais na medida em que “é praticamente uma carta em branco”, pois ao questionar qual o sentido de uma norma nada define sobre como esse sentido deve se averiguado.

Do mesmo modo, HESSE critica a utilização conjunta de tais critérios, pois, quando individualmente eles conduzem a resultados diferentes, não há nada que define qual tem prevalência ou qual deva ser aplicado. (Ibidem, p. 106)

<sup>512</sup> Ibidem, p. 108.

<sup>513</sup> Marco Túlio Reis MAGALHÃES, em uma entrevista feita a Friedrich MÜLLER, na 14 de fevereiro de 2005 na cidade de Heidelberg, Alemanha, teve a oportunidade de questioná-lo sobre a convergência de entendimento dele e de Konrad HESSE sobre o tema da “concretização de normas constitucionais”. Nesta oportunidade, MÜLLER esclareceu que sua obra sobre sua teoria e metódica estruturante influenciou as teorias de HESSE sobre a interpretação como concretização e a estrutura da norma constitucional quando MÜLLER lecionava como professor assistente de HESSE, na Universidade de Freiburg, época em que HESSE conheceu as formulações de MÜLLER ainda em seu manuscrito.

concretização da norma constitucional. Com isso ele quer afirmar que “aquilo que não aparece, de forma clara, como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a incorporação da ‘realidade’ de cuja ordenação se trata”.<sup>514</sup>

E assim esclarece:

Nesse entido, a interpretação constitucional tem caráter criativo: o conteúdo da norma interpretada só se completa com sua interpretação; mas, veja-se bem, só em tese possui caráter criativo, pois a atividade interpretativa fica vinculada à norma.<sup>515</sup>

HESSE define, então, que a interpretação constitucional caracteriza-se por ser ao mesmo tempo uma concretização, na medida em que é no processo de interpretação destas normas de conteúdo aberto, que o sentido será “criado”, nos limites do próprio texto e de acordo com determinadas condicionantes. A concretização, por sua vez, depende da compreensão do conteúdo da norma a

---

Marco T. MAGALHÃES demonstra com alguns argumentos a influência de MÜLLER sobre HESSE, quais sejam: 1) A influência da teoria e metódica estruturante de MÜLLER são perceptíveis nos livros “A força normativa da Constituição” e “Elementos de Direito Constitucional da República Federal Alemã”, especialmente nas questões sobre a estrutura da norma constitucional e interpretação constitucional como concretização. 2) Para confirmar isso, deve-se atentar que a primeira obra publicada por MÜLLER, em 1966, (“*Normstruktur und Normativität*”), fora publicada antes da primeira obra de HESSE, em 1967, (“*Grundzüge des Verfassungsrechts*”). 3) Além disso, HESSE cita, no prefácio à primeira edição de seu livro a contribuição, dentre outros professores, de Friedrich MÜLLER. (MAGALHÃES, Marco Túlio Reis . *Hermenêutica constitucional: comparação das teorias de Konrad Hesse e Friedrich Müller*. **Revista jurídica**. Brasília, v. 7, n. 75, p.01-25, out/nov, 2005. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_75/artigos/artigos.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_75/artigos/artigos.htm) >. Acesso em 23/03/2012.)

Em outra entrevista concedida a Cecilia Caballero Lois e Rodrigo Mioto dos Santos, MÜLLER, ao responder sobre os mestres inspiradores de sua teoria, expressamente afirma que a sua teoria sobre o conceito da norma começou a ser elaborada em 1962/1963 e foi publicado, sob o título “*Normstruktur und Normativität*” em 1966, antes ainda do livro de HESSE. Segundo as próprias palavras do entrevistado: “Konrad Hesse foi o primeiro cientista conhecido e renomado que havia reproduzido minhas posições (que ele conhecia, alias, pelos meus manuscritos, pois fui seu assistente, como já afirmei) e seguido o caminho do novo paradigma do direito – das questões fundamentais da estrutura da norma e da metódica.” (MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito – Fontes. Posição na história da ciência. Núcleo teórico e prático. Interdisciplinariedade. Importância para a democracia e justice no Brasil. O novo paradigma do direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 271-272. Entrevista concedida à Cecilia Caballero Lois e Rodrigo Mioto dos Santos.)

Sobre a a teoria da norma e a metódica estruturante, ver: MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Traduzido por Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000. Ver também, do mesmo autor: \_\_\_\_\_. **O novo paradigma do direito**. Introdução à teoria e metódica estruturantes. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>514</sup> HESSE, 2009, p. 108.

<sup>515</sup> Ibidem, p. 108-109.

concretizar e se faz sob duas condições: a) o intérprete não pode desvincular-se da “pré-compreensão”; b) nem do problema concreto a se resolver.<sup>516</sup>

Quanto a esfera da pré-compreensão do intérprete, HESSE reconhece que o intérprete não pode compreender o conteúdo da norma como se estivesse situado fora da experiência histórica em concreto, mas apenas a partir da consciência de que está inserido em tal contexto, “cuja plasmação conformou seus hábitos mentais, condicionando seus conhecimentos e seus pré-juízos.”<sup>517\_518</sup>

Por outro lado, o intérprete não pode definir o conteúdo da norma apenas com base em “pré-juízos”, antes deve, tendo consciência dessas condicionantes, evitar a arbitrariedade do instantâneo, fundamentando a pré-compreensão. A fundamentação da pré-compreensão é tarefa da teoria constitucional, cuja formulação se dará de forma constante, confirmada e corrigida pela prática num intercâmbio contínuo.<sup>519</sup>

A segunda condição de interpretação constitucional é a de que compreender e concretizar uma norma só é possível diante de um problema concreto. Toda interpretação constitucional deve estar vinculada a problemas concretos. No processo de interpretação/concretização, o intérprete, ao buscar estabelecer o conteúdo de uma dada norma em um dado contexto, deverá relacionar o problema concreto à norma que pretende compreender. Trata-se de um processo único (a “aplicação da norma ao caso concreto”) e não de uma aplicação subsequente. Não se trata, portanto, primeiro de definir o conteúdo (previamente existente) da norma e depois aplicá-la, como ocorre na subsunção, mas sim de concretizar a norma como pressuposto para se definir o conteúdo da mesma.<sup>520</sup>

A própria delimitação do problema concreto “pressupõe um ‘compreender’”, o que significa que, quando o intérprete define qual problema está em questão, ele

---

<sup>516</sup> HESSE, 2009, p. 109.

<sup>517</sup> Idem.

<sup>518</sup> Esclarece, o autor, que: “O intérprete compreende o conteúdo da norma a partir de uma *pré-compreensão*, que lhe enseja contemplar a norma sob certas perspectivas, fazer uma idéia do conjunto e esboçar um primeiro projeto ainda carente de comprovação, correção e revisão, por meio de uma análise mais profunda, até que, como resultado da progressiva aproximação da ‘coisa’ nos projetos sucessivamente revistos, a unidade de sentido se fixe claramente.” (HESSE, 2009, p. 109)

<sup>519</sup> Ibidem, p. 110.

<sup>520</sup> Idem.

delimitará o mesmo com base na sua pré-compreensão e, portanto, igualmente é necessária a fundamentação da pré-compreensão do intérprete para evitar-se as arbitrariedades. A fundamentação da pré-compreensão se faz, assim, tanto da norma quanto do problema.<sup>521</sup>

Partindo da ideia de que a Constituição não é um sistema fechado e de que a interpretação de suas normas não se resume a uma simples execução de algo preexistente, HESSE constrói um processo de interpretação que estabelece o diálogo entre texto e realidade.

Assim, através de uma atuação voltada ao problema (tópica) e orientada e limitada pela norma, deverão ser analisados os diferentes pontos de vista que tenham relação com o problema e fundamentem a decisão da maneira mais esclarecedora e convincente. Tais pontos de vista poderão levar à solução do problema se tiverem premissas adequadas e férteis. Assim, se esses pontos de vista contêm premissas materialmente apropriadas e fecundas elas possibilitam deduções que conduzem para a resolução do problema. Se por um lado, o intérprete só pode utilizar pontos de vista que tenham ligação com o problema, de outro lado, o intérprete deverá incluir no programa normativo e no âmbito normativo elementos de concretização vindos da própria norma e a diretrizes contidas na Constituição.<sup>522</sup>

Para HESSE, a norma constitucional não se confunde com o texto, uma vez que, na realidade, o seu processo de interpretação e concretização ocorre a partir da interação do texto com a realidade, num condicionamento recíproco. A norma constitucional é obtida através de um exercício de interpretação-concretização. Ou seja, a norma é fruto da interpretação, sendo essa obtida por um processo que também inclui a concretização da norma.

Nesse sentido, o processo de concretização (e interpretação) da norma se estrutura de maneira complexa, num contexto de relação entre programa normativo e âmbito normativo. O texto da norma a se concretizar é interpretado através dos métodos clássicos, a fim de se extrair o significado vinculante para a solução do problema. Esse significado vinculante é o que o autor denomina de “programa normativo”, ou seja, a interpretação do texto normativo. A mera interpretação do texto

---

<sup>521</sup> HESSE, 2009, p. 110.

<sup>522</sup> Ibidem, p. 110-111.

não enseja por si só a concretização de forma suficiente e exata. Em razão disso, deve, o programa normativo, interagir com o “âmbito normativo”, ou seja, com a realidade (problema em questão que é delimitado, demarcado no programa normativo). O âmbito normativo refere-se ao setor da realidade social em que deve ser aplicado o programa normativo. O próprio programa normativo delimita essa parcela da realidade em que incidirá, portanto, conforme conclui MÜLLER, a existência do âmbito normativo como parte integrante da norma não faz ressurgir a teoria da força normativa de JELLINEK, pois o âmbito normativo representa a parcela da realidade que foi delimitada pelo programa normativo<sup>523</sup>. O programa normativo aplicado ao âmbito normativo dá origem à norma. A norma só existe enquanto concretização.<sup>524</sup>

HESSE reconhece que, no processo de interpretação do texto e da realidade (respectivamente, programa e âmbito normativo), não se pode excluir a subjetividade do intérprete, sua esfera da pré-compreensão. Por outro lado, o mesmo deve evitar a arbitrariedade e, para isso, como já afirmado, deverá fundamentar os pré-juízos que o influenciam na compreensão do conteúdo da norma.

Em defesa desse processo de interpretação, HESSE discorre que:

Esse modo de atuar não só proporciona elementos adicionais de concretização e uma fundamentação racional e controlável como, ademais, assegura (dentro dos limites da interpretação constitucional...) em boa medida a adequada solução do problema; supõe, portanto, o contrário desse “normativismo” unilateral e cego...<sup>525</sup>

---

<sup>523</sup> Nas palavras do autor: “Em virtude da conformação jurídica do âmbito da norma, e em virtude da sua seleção pela perspectiva do programa da norma, o âmbito da norma transcende a mera facticidade de um recorte da realidade extrajurídica. Ele não é interpretável no sentido de uma ‘força normativa do fáctico’. Com isso a norma jurídica prova ser um modelo de ordem materialmente caracterizado (...) esboço vinculante de um ordenamento parcial da comunidade jurídica que representa o enunciado jurídico em language e na qual os fatores ordenante e ordenado necessariamente formam uma unidade e se complementam e se reforçam reciprocamente de forma incondicional na práxis da realização do direito.” (MÜLLER, 2000, p. 58-59.)

<sup>524</sup> HESSE, 2009, p. 111-112.

<sup>525</sup> Ibidem, p. 112.

Assim, o procedimento de interpretação e concretização defendido por HESSE, a partir da teoria elaborada por MULLER<sup>526</sup>, visa construir um método que garanta racionalidade<sup>527</sup>, objetividade (sem desconsiderar a subjetividade do intérprete) e controle das decisões, num contexto em que a norma jurídica abarca dados da realidade em seu conteúdo.

Nesse processo de interpretação e concretização da norma, os princípios constitucionais interpretativos assumem a função de “orientar e dirigir o processo de relacionamento, coordenação e valoração dos pontos de vista ou considerações necessários à solução do problema.”<sup>528-529</sup>

Quanto a importante questão dos limites da interpretação constitucional, e por consequência das mutações constitucionais, HESSE defende que os limites situam-se “onde terminam as possibilidades de uma compreensão lógica do texto da norma ou uma determinada solução está em clara contradição com esse texto.”<sup>530</sup>

Se o Direito constitucional não escrito – e, por consequência, a mutação constitucional – encontrar-se em contradição com a Constituição escrita, esta se converte em limite inultrapassável da interpretação constitucional. “A existência desse limite é pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder da própria Constituição.” A função do limite “admite a possibilidade de uma mudança constitucional (...), mas exclui o enfraquecimento constitucional (...) desvio do texto num caso concreto – e a reforma da Constituição por interpretação.”<sup>531</sup>

Nesse sentido, a problemática dos limites da mutação constitucional está diretamente relacionada à problemática dos limites da interpretação constitucional.

---

<sup>526</sup> Sobre a interpretação concretista desenvolvida por MÜLLER, ver: **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Traduzido por Peter Naumman. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

<sup>527</sup> Segundo alerta de HESSE uma racionalidade possível. Segundo o autor, esse procedimento, denominado por ele de “tópico vinculado”, terá o máximo de possibilidades de chegar a resultados sólidos, racionalmente explicáveis e controláveis. Por outro lado, admite que a decisão jurídica, e particularmente ainda mais no Direito Constitucional, nunca pode ser racionalizada como um todo, e, em razão disso, trata-se de uma racionalidade possível, pois não pode prescindir de uma metodologia consciente. (HESSE, 2009, p. 116)

<sup>528</sup> Ibidem, p. 113.

<sup>529</sup> Os princípios constitucionais de interpretação enumerados por HESSE são: princípio da unidade da Constituição, o princípio da concordância prática, o critério da correção funcional, o critério da eficácia integradora, e o princípio da força normativa. (Ibidem, p. 113-116)

<sup>530</sup> Ibidem, p. 116.

<sup>531</sup> Ibidem, p. 117.

Como já afirmado, HESSE constata que a teoria sobre mutação constitucional até aquele momento não tinha logrado sucesso em estabelecer limites precisos à mutação, delimitando a força normativa da Constituição em nome da força dos fatos. Isso decorreu do fato de que tais teorias, como de LABAND, JELLINEK e até, em última análise de SMEND e DAU-LIN, partiam da estrita separação entre Direito e realidade.<sup>532</sup>

Para superar esse vazio deixado pela doutrina do Direito público e do Direito constitucional alemão, HESSE propõe uma teoria da mutação constitucional e de seus limites que resgate e afirme a força normativa da Constituição, a partir da ideia de condicionamento recíproco entre realidade e norma. A incorporação da “realidade” à “norma” e, com isso também, os limites da mutação, nesse contexto de condicionamento recíproco, só são possíveis de explicar a partir da teoria da estrutura das normas de Friedrich MÜLLER<sup>533 534</sup>.

HESSE sustenta, portanto, que a mutação constitucional e seus limites são compreendidos com clareza “quando a modificação do conteúdo da norma é compreendida como alteração ‘no interior’ da norma constitucional”, e não, como entendia a velha doutrina, “como consequência de desenvolvimentos produzidos fora da normatividade da Constituição”.<sup>535</sup>

Partindo, daquela estrutura complexa da norma constitucional (aberta) em que a interpretação é ao mesmo tempo concretização, a norma constitucional não se resume à madatos abstratos alheios à realidade, ao revés, o conteúdo da norma constitucional é formado tanto pelos depreendidos do texto (programa normativo) como pela interpretação da realidade (âmbito normativo). O âmbito normativo (ou seja, a realidade em suas circunstâncias) é afetado pelo “programa normativo”, mas ao mesmo tempo é parte integrante e constitutiva da norma mesma. “A norma aparece, desse modo, como “modelo de ordenação conhado pelo seu objeto”.<sup>536\_537</sup>

---

<sup>532</sup> HESSE, 2009, p. 164-166.

<sup>533</sup> Ver: MÜLLER, 2000, p. 51 e seguintes.

<sup>534</sup> HESSE, 2009, p. 166.

<sup>535</sup> Idem.

<sup>536</sup> Ibidem, p. 166-167.

<sup>537</sup> MÜLLER, Op. Cit, p. 58-59.

Portanto, considerando que a norma abarca os dados da realidade afetados pelo programa normativo, como parte material integrante da própria norma, as modificações do âmbito normativo levam a uma alteração no conteúdo da própria norma. A problemática aparece ao definir até que ponto os dados da realidade podem provocar uma mudança no conteúdo normativo, sem que a Constituição perca seu caráter de ordenação da realidade. A solução proposta por HESSE está expressa na seguinte passagem:

Nem todo fato novo pertence ao setor da realidade regulado pela norma; o âmbito objetivo é capaz de provocar tal modificação. A instância que decide se a alteração fática pode ser relevante para a norma, quer dizer, se o fato modificado pertence ao âmbito normativo, é o programa normativo que se contém substancialmente no texto da norma constitucional (e que deve ser interpretado com os instrumentos tradicionais). Só enquanto este fato novo ou modificado resulte pertencente ao âmbito normativo pode-se aceitar também uma mudança da norma.<sup>538</sup>

Portanto, o limite das mudanças ocorridas no âmbito normativo são aqueles comportados pelo próprio programa normativo. Com isso, HESSE pretende definir que as modificações da realidade social só poderão ser aceitas para o conteúdo da norma como parte do âmbito normativo, na medida em que o programa normativo assim admitir. Quanto à delimitação do programa normativo, HESSE esclarece que “resulta fundamental o texto da norma, então o conteúdo da norma constitucional só poderá modificar-se no interior do marco traçado no texto.” A fixação desse marco traçado no texto se dá através da interpretação, para a qual vale a seguinte afirmação

...onde termina a possibilidade de uma compreensão lógica do texto da norma ou de onde uma determinada mutação constitucional apareceria em clara contradição com o texto da norma; assim, encerram-se as possibilidades de interpretação da norma e, com isso, também as possibilidades de uma mutação constitucional.<sup>539</sup>

Tudo que se situe fora dos limites das possibilidades de interpretação do texto constitucional, numa mudança do conteúdo da Constituição sem alteração do texto,

---

<sup>538</sup> HESSE, 2009, p. 167.

<sup>539</sup> Ibidem, p. 168.

já não será mais uma mutação, mas sim uma quebra ou anulação da própria Constituição.<sup>540</sup>

Hesse reconhece que essa concepção de mutação necessita, em alguns aspectos, ainda ser desenvolvida em busca de parâmetros concretos, comprováveis e manejáveis na prática. Porém, nada disso afasta o fato de que, com esse método, consegue-se, no mínimo, reduzir a discricionariedade na invocação da presença de uma mutação constitucional. A comprovação da modificação do âmbito normativo requer muito mais do que a invocação da força normativa da Constituição, ou das necessidades vitais do Estado. Nesse aspecto, esse método proposto é apenas uma ponta de partida, mas, se correto, permitirá uma reaposta válida para a questão dos limites da mutação. Ainda, em favor do método proposto, HESSE argumenta que, até aquele momento, representava a única solução que permitia a manutenção das funções vitais da Constituição (estabilização, racionalização e limitação do poder), o que, num sistema de Constituição escrita, estão vinculadas ao texto da Constituição.

541

Karl LOEWENSTEIN<sup>542</sup> também parte da distinção entre reforma e mutação para explicar este último fenômeno. A mutação constitucional é tida (ao lado da reforma constitucional) como forma de atualização do Texto constitucional, de adaptação do direito constitucional à realidade. Segundo o autor:

En la mutación constitucional, por otra lado, se produce una transformación en la realidad de la configuración del poder político, de la estructura social o del equilibrio de intereses, sin que quede actualizada dicha transformación en el documento constitucional: el texto de la constitución permanece intacto.

Para LOEWENSTEIN, essas mudanças informais na Constituição ocorrem em todos os Estados dotados de uma Constituição escrita e são muito mais frequentes que as reformas constitucionais formais.<sup>543</sup> Nesse sentido, o autor analisa o fenômeno em três contextos: inglês, francês e norte-americano.

---

<sup>540</sup> HESSE, 2009, p. 170-171.

<sup>541</sup> Ibidem, p. 168-169.

<sup>542</sup> LOEWENSTEIN, 1986, p. 164-165.

<sup>543</sup> Idem.

No contexto inglês, LOEWENSTEIN verifica que o Direito constitucional não escrito reflete-se a partir da conduta de fato dos órgãos estatais, ou seja, as convenções constitucionais inglesas<sup>544</sup>. Isto dá lugar a que “coincidan la reforma y la mutación constitucional al adaptarse elásticamente dichas convenciones a la realidad constitucional modificada.”<sup>545</sup> Apesar de tais convenções terem o mesmo grau de realidade constitucional como se estivessem fixadas formalmente em um documento escrito, “no cabe hablar de reforma constitucional propiamente dicha, ya que no hay nada concreto que fuese susceptible de ser reformado...”<sup>546</sup>

No panorama norte-americano, LOWENSTEIN observa que a redação da Constituição norte americana foi feliz no sentido de que permitiu que, por meio de interpretação judicial, tais normas pudessem ser adaptadas ao cambio constante da realidade. As mudanças no Direito constitucional norte-americano, por meio de usos constitucionais não escritos, foram, para o autor, tão profundas que os “padres de la Constitución de 1787 tendrían realmente que hacer un gran esfuerzo para reconocer su creación.” O autor cita, a título de exemplo, quatro regras convencionais (de mudanças que não se fizeram no texto, portanto, mutações constitucionais) no direito constitucional norte-americano: 1º) o primeiro exemplo de regra convencional no direito constitucional dos Estados Unidos refere-se à construção do controle judicial convertido em pilar da democracia americana. Observa o autor que o Texto da Constituição norte-americana não faz nenhuma menção expressa à possibilidade dos Tribunais federais declararem a inaplicabilidade, a inconstitucionalidade, de uma lei aprovada pelo Congresso Nacional. A competência para o controle judicial enraizou-se como norma constitucional não escrita a partir do caso *Marbury v. Madison*, no início do século XIX, e que atualmente só poderia ser eliminada por determinação expressa no Texto constitucional. 2º) O segundo exemplo de regra convencional no direito

---

<sup>544</sup> “... aquellas formas de conducta de los órganos estatales superiores que, basadas en un ejercicio de hecho – precedentes –, son consideradas en general como obligatorias. Es cierto que no pueden ser aplicadas coactivamente por los tribunales y que en cualquier momento cabe desviarse de ellas, pero siempre y cuando siga vigente su ejercicio constante son obligatorias, tanto para los detentores, como para los destinatários del poder. Gran parte de determinados fenómenos fundamentales para la conformación del poder político, que em otros lugares están revestidos por proposiciones jurídicas constitucionales en una constitución escrita, tienen lugar en Inglaterra en el marco de dichas reglas convencionales...” (LOEWENSTEIN, 1986, p. 166)

<sup>545</sup> Idem.

<sup>546</sup> Ibidem, p. 167.

constitucional norte-americano refere-se a proibição de uma terceira eleição presidencial sucessiva, que foi incluída pela emenda XXII. 3º) o terceiro exemplo de sobreposição da prática constitucional ao texto é o uso do direito de veto presidencial frente às leis aprovadas pelo Congresso. Segundo o sentido originário, que perdurou por mais de um século, o veto só poderia ser utilizado em caso de lei tecnicamente defeituosa ou materialmente inaplicável. Esse sentido modificou-se no sentido de admitir a possibilidade de veto presidencial diante de uma “ley que le pareciese poco deseable por razones políticas.”<sup>547</sup>. 4º) o quarto exemplo de regra convencional refere-se à erosão do federalismo norte-americano “por médio de las subvenciones federales a los Estados, que de esta manera se han convertido frecuentemente em verdadeiros pensionistas de la Federación.”<sup>548</sup>.<sup>549</sup>

No constitucionalismo francês, LOEWENSTEIN observa um curioso fenômeno do uso constitucional que se pratica, não apenas sem uma proposição jurídica válida, mas até neutralizando e pondo fora de vigor uma destas normas jurídicas. A exemplo, LOEWENSTEIN traz a atrofia do direito de dissolução do presidente frente ao Parlamento, pois este foi usado na III República com traços de golpe de Estado. Outro exemplo francês de que o uso constituconal pode anular uma proposição constitucional expressa é o caso dos *décrets-lois*. Nas última décadas da III República francesa, o dispositivo constitucional que permitia a delegação da função legislativa ao Poder Executivo, produziu, na prática, uma erosão tão grande na função legislativa do Parlamento que a Constituição da IV República proibiu expressamente tal delegação. Apesar dessa proibição expressa, e por forma das circunstancias, as leis de autorização emergiram novamente sendo aprovadas pelo Conselho de Estado como práticas não inconstitucionais.<sup>550</sup>

Dentre os autores trabalhados, mesmo em contextos diferentes, é possível identificar um conceito de mutação claro e comum em todos eles. Ou seja, a mutação como a constatação da modificação no conteúdo da Constituição, sem alteração do texto, portanto, sem a observância do procedimento formal para tanto.

---

<sup>547</sup> LOEWENSTEIN, 1986, p. 168.

<sup>548</sup> Ibidem, p. 168.

<sup>549</sup> Ibidem, p. 167-168.

<sup>550</sup> Ibidem, p. 169 .

A problemática surge com relação à existência de limites às mutações. Num primeiro momento, a doutrina alemã, chamada de “velha doutrina” por HESSE, considera a força normativa do fático (o fato consumado), posteriormente, num novo momento do Direito constitucional que emerge a partir das Constituições do pós-guerra, passa-se a defender, especificamente com as teorias formuladas por Konrad HESSE, em condicionamento recíproco entre texto e realidade e, portanto, em força normativa da Constituição.

Nesse sentido, o tratamento das questões sobre as mutações constitucionais na atualidade devem levar em consideração a problemática dos limites, bem como a defesa da força normativa da Constituição, já que tais questões inserem-se num contexto mais amplo, qual seja, do constitucionalismo contemporâneo.

## 5.2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: SISTEMATIZAÇÃO PELA DOCTRINA BRASILEIRA.

Traçado o paralelo entre as doutrinas alemãs sobre a mutação constitucional em contextos de defesa do fático ou de defesa da força normativa da Constituição, o presente trabalho fará um breve panorama sobre o estado atual da doutrina brasileira sobre as mutações. Este presente capítulo busca visualizar, ainda que de forma breve, como o tema das mutações está sendo no constitucionalismo brasileiro contemporâneo.

Nesse sentido, serão abordadas as sistematizações feitas por Anna Cândida da Cunha FERRAZ, Uadi Lammêgo BULOS e Luis Roberto BARROSO, com vistas a identificar as respectivas propostas quanto à conceito e a possibilidade de limites das mutações constitucionais.

A doutrina brasileira classicamente conceitua as mutações constitucionais como alterações no conteúdo da Constituição sem a observância do processo formal de emendas constitucionais. Nesse sentido, são identificadas como formas de mutação constitucional, basicamente, a mutação via atuação interpretativa do Poder Público e a mutação via práticas sociais.

Anna Cândida da Cunha FERRAZ, professora de direito constitucional da Universidade de São Paulo (USP), apresentou a tese de doutorado, na mesma Instituição, no ano de 1982, intitulada “Processos Informais de Mudança da Constituição - Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais”, da qual originou a obra clássica no direito constitucional brasileiro, publicada com o mesmo título.<sup>551</sup>

A mutação constitucional é vista, pela autora, como um “processo não formal” de alteração da Constituição, em comparação ao processo formal de reforma do texto constitucional. Segundo FERRAZ, a doutrina não é uniforme quanto ao conceito de mutação, uma vez que ora admite mutações que não violem a Constituição, ou seja, que não são declaradas como inconstitucionais em um controle, ora admite aquelas mutações que, em confronto com a Constituição, podem subsistir.<sup>552</sup>

Anna Cândida da Cunha FERRAZ esclarece, então, que o conceito de mutação adotado em sua obra é o conceito restrito, ou seja, “todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido, o significado e o alcance da Constituição *sem contrária-la*.” As mutações que ultrapassam os limites constitucionais fixados pelas normas, são consideradas como mutações inconstitucionais.<sup>553</sup>

Nesse sentido, ao distinguir mutações constitucionais das inconstitucionais, FERRAZ, reconhece a existência de limites às mutações. Segundo a constitucionalista brasileira, na medida em que a mutação representa o exercício de uma função constituinte implícita (poder constituinte difuso), é forçosamente limitada. Seus limites são mais amplos do que o poder de reforma, uma vez que este exerce a competência de reformar o texto constitucional, mediante autorização e regulação expressa. O poder constituinte difuso, por seu turno, “porque nasce de modo implícito e por decorrência lógica, não pode reformar a letra e o conteúdo expresso

---

<sup>551</sup> FERRAZ, 1986.

<sup>552</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>553</sup> *Ibidem*, p. 10.

da Constituição. Sua atuação se restringe a precisar ou modificar o sentido, o significado e o alcance, sem, todavia, vulnerar a letra constitucional.”<sup>554</sup>

FERRAZ reconhece, assim, a existência de dois requisitos para que se configure uma mutação constitucional, quais sejam: 1) alteração do sentido, significado ou alcance da norma constitucional; 2) não ofensa a letra nem ao espírito da Constituição, sendo, neste caso, considerada uma mutação constitucional.<sup>555</sup>

Uadi Lammêgo BULOS, também professor de direito constitucional, em sua obra clássica sobre mutação constitucional<sup>556</sup>, após análise do conceito de mutação na doutrina estrangeira, em especial alemã, conclui que o fenômeno das mutações é decorrente da noção de Constituição enquanto organismo vivo, em constante transformação.<sup>557</sup> BULOS, considera, assim, a mutação como

o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais.<sup>558</sup>

Segundo BULOS, as mutações caracterizam-se por realizarem-se por meios difusos, ou seja, que não seguem formalidades ou procedimentos expressos, constituindo-se em mudanças de fato, não raro despercebidas.<sup>559</sup>

Além disso, as mutações também são caracterizadas por formarem-se por um processo lento<sup>560</sup>, mantendo a letra da Constituição inalterada, ocorrendo de modo natural e espontâneo sem qualquer previsibilidade. Tratam-se, portanto, de mudanças de fato.<sup>561</sup>

---

<sup>554</sup> FERRAZ, 1986, p, 10-11.

<sup>555</sup> Ibidem, p. 11.

<sup>556</sup> BULOS, 1997.

<sup>557</sup> Ibidem, p. 54-57.

<sup>558</sup> Ibidem, p. 57.

<sup>559</sup> Ibidem, p. 61.

<sup>560</sup> Em sentido contrario, HESSE defende que o conceito de mutação não está atrelado a um lapso de tempo mais ou menos longo, uma vez que processos que dão lugar a mutação podem se dar ao cabo de muitos anos ou também de pouco tempo. (ver: HESSE, Konrad. Limites da mutação constitucional. In: **Temas fundamentais do direito constitucional**, 2009, p. 152)

<sup>561</sup> BULOS, 1997, p. 61.

Luis Roberto BARROSO, professor de Direito Constitucional da UERJ, parte da ideia de que as constituições, apesar de uma vocação de permanência, não podem ser eternas, nem imutáveis, uma vez que “uma geração não pode submeter a outra a seus desígnios. Os mortos não podem governar os vivos.” Em razão disso, as próprias constituições preveem os mecanismos pelos quais podem ser alteradas. Tais mecanismos, nas constituições escritas e rígidas, constituem os processos formais de alteração do texto constitucional. Ao lado dessas vias formais, encontram-se também as mutações, como via informal de alteração e atualização do conteúdo da Constituição.<sup>562</sup>

BARROSO atenta ainda ao fato de que a doutrina tradicional europeia, originária da teoria constitucional francesa, admitia apenas as modificações na Constituição que fossem decorrentes de um procedimento formal, previsto no próprio texto constitucional. Foi com a doutrina constitucional alemã com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, que se desenvolveu a tese da ocorrência de alteração na Constituição material de um Estado, sem mudança no texto formal. Conforme sustenta o autor, “essa admissão, é bem de ver, precisou superar a separação metodológica rígida entre o mundo do Direito (ser) e a realidade fática (o dever-ser), imposta pelo positivismo jurídico.”<sup>563</sup>

BARROSO observa que no Direito norte-americano, o fenômeno da mutação constitucional “é, a um só tempo, potencializado e diluído”, em razão de duas circunstâncias, quais sejam: 1) o caráter sintético da Constituição americana, e a presença de normas de textura aberta; 2) e o “papel mais discricionário e criativo desempenhado pelos tribunais em países nos quais vigora o sistema do *common law*”.<sup>564</sup>

Diante desse panorama, BARROSO conceitua a mutação constitucional como “uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem

---

<sup>562</sup> BARROSO, Luís Roberto. Mutações constitucionais. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (coordenadores). **20 anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 209-210.

<sup>563</sup> *Ibidem*, p. 210-211.

<sup>564</sup> *Ibidem*, p. 211.

observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto.”<sup>565</sup>

A mutação constitucional encontra fundamento na ideia de que o Direito não existe fora da realidade sobre a qual incide. Existe uma relação de reciprocidade entre texto normativo e realidade normada. “No caso das mutações constitucionais, é o conteúdo da norma que sofre o efeito da passagem do tempo e das alterações da realidade de fato.” Para explicar esse condicionamento recíproco na formação do próprio direito, BARROSO também utiliza a teoria concretista de interpretação e concretização da norma constitucional.<sup>566</sup>

BARROSO defende ainda um conceito restrito de mutação, ou seja, a existência de limites às mutações, quais sejam: a) as possibilidades semânticas do do texto normativo que está sendo interpretado ou afetado; e b) “a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição”. Complementa ainda, o autor, que “se o sentido novo que se quer dar não couber no texto, será necessária a convocação do poder constituinte reformador. E se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o poder constituinte originário.”<sup>567</sup> As mutações que violem tais limites serão consideradas mutações inconstitucionais.

Com relação às modalidades de mutação, Anna Cândida FERRAZ defende que existem duas modalidades de mutação constitucional: a mutação via a interpretação constitucional e a mutação via costume constitucional.<sup>568</sup>

A mutação constitucional via interpretação ocorre sempre que, pela interpretação, se altera o sentido ou o alcance do texto constitucional, sem que haja alteração do texto, a qual se faz por via de reforma (exercício de competência regulada pela própria Constituição).

Anna Cândida da Cunha FERRAZ sistematiza as situações em que a mutação constitucional via interpretação pode realizar-se: a) no alargamento do sentido do texto constitucional, aumentando-lhe a abrangência para que este passa

---

<sup>565</sup> BARROSO, Luís Roberto. Mutação constitucional. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (coordenadores), 2009, p. 211.

<sup>566</sup> Ibidem, p. 213-214.

<sup>567</sup> Ibidem, p. 215.

<sup>568</sup> FERRAZ, 1986, p. 11-12.

a alcançar novas realidades; b) quando se dá um novo significado determinado e concreto ao texto constitucional; c) na modificação da interpretação anterior, imprimindo novo sentido ao texto, atendendo à mudança da realidade constitucional; d) quando há adaptação do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição; e) na adaptação do texto constitucional para atender a exigências do momento da aplicação constitucional; e f) na situação em que se preenche, por interpretação, lacunas do texto constitucional.<sup>569</sup>

FERRAZ elenca alguns fatores que influenciam na mutação via interpretação, quais sejam: a) o caráter sintético, genérico e esquemático das normas constitucionais; b) a linguagem aberta e elástica do texto constitucional; c) o reconhecimento da incompletude da Constituição e, conseqüentemente, de lacunas e obscuridades; d) as diferentes categorias de normas constitucionais, em especial as normas programáticas e as de eficácia contida, que deixam grande margem de discricionariedade para o intérprete; e) os diferentes métodos constitucionais interpretativos que visam adaptar a Constituição à realidade, como um documento vivo; f) e o conteúdo político ou a natureza política das normas constitucionais.<sup>570</sup>

Anna Cândida da Cunha FERRAZ identifica três vias de mutação por interpretação do poder público: a interpretação constitucional legislativa, a interpretação constitucional judicial e a administrativa; além de outras modalidades a autêntica, a popular e a doutrinaria.<sup>571</sup>

Quanto à interpretação legislativa como meio de promoção de uma mutação constitucional, esta se dá quando o órgão legislativo altera o sentido de uma norma constitucional via a elaboração de um ato legislativo<sup>572</sup> de aplicação.<sup>573</sup>

Segundo Anna Cândida FERRAZ, a mutação constitucional via interpretação legislativa ocorre nas seguintes hipóteses: a) quando se transmuda o sentido atribuído aos conceitos fixados pela norma constitucional, para adaptá-la a

---

<sup>569</sup> FERRAZ, 1986, p. 58-59.

<sup>570</sup> Ibidem, p. 61-62.

<sup>571</sup> Ibidem, p. 64 e seguintes.

<sup>572</sup> A interpretação constitucional legislative pode ser realizada por outros órgãos, como o executivo, se a Constituição prever a possibilidade de que, tais órgãos, possam elaborar ato legislative voltado diretamente à aplicação ou integração de disposições constitucionais. (Ibidem, p. 76; 78)

<sup>573</sup> Ibidem, p. 65.

realidades novas, a situações distintas ; b) quando se altera, se amplia ou se restringe, o programa apenas esboçado pela norma constitucional; c) quando se preenchem vazios constitucionais, se suprem omissões, se esclarecem obscuridades, dando-se, por via legislativa, novo alcance ao texto constitucional, que irá abranger situações novas ou disciplinar, de modo atual e definitivo, comportamentos imprecisamente previstos na Constituição.<sup>574</sup>

FERRAZ, observa, ainda que, se se considera a classificação das normas constitucionais quanto à eficácia e à aplicabilidade, de José Afonso da SILVA, a mutação constitucional via interpretação constitucional legislativa é mais perceptível no caso das normas de eficácia limitada.<sup>575</sup>

Quanto à interpretação constitucional judicial, Anna Cândida conceitua como aquela interpretação constitucional desenvolvida pelo Poder Judiciário, podendo ser exercida por juízes e tribunais.<sup>576</sup>

A autoria reconhece, desde aquela época (antes mesmo da entrada em vigor da Constituição de 1988), que essa modalidade de interpretação constitucional é considerada a de maior importância pela doutrina e também de grande controvérsia. Nesse sentido, Anna Cândida FERRAZ observa que, em especial nos países de Constituição rígida que admitem a revisão judicial dos atos dos poderes constituídos, o controle de constitucionalidade exercido pelo judiciário dilata o campo de atuação da interpretação constitucional judicial, abrindo caminho para grandes debates sobre a natureza, os princípios e instrumentos da atividade interpretativa.<sup>577</sup>

Em relação aos limites da interpretação judicial, aplicam-se os mesmos da interpretação constitucional geral.<sup>578</sup>

Quanto à mutação constitucional promovida via interpretação judicial, “transforma-se o significado e o alcance da Constituição; evolui o sentido das normas e disposições constitucionais, adapta-se a Constituição ao momento presente”.<sup>579</sup>

---

<sup>574</sup> FERRAZ, 1986, p. 92.

<sup>575</sup> Ibidem, p. 93.

<sup>576</sup> Ibidem, p. 103.

<sup>577</sup> Ibidem, p. 102-103.

<sup>578</sup> Ibidem, p. 105.

<sup>579</sup> Ibidem, p. 126.

Alguns fatores internos ao direito constitucional realçam a relevância da interpretação judicial como via de mutação. São eles: a linguagem, o caráter sintético das Constituições, as lacunas e omissões constitucionais. Ao lado desses fatores internos, tem-se também os fatores externos, como: a mutabilidade social; a mudança na intenção dos próprios intérpretes, os quais sofrem eles mesmos a influência das transformações sociais; e a evolução dos valores e ideias base, subjacentes a toda Constituição e que não podem ser desconhecidas ou desconsideradas na interpretação e aplicação da Constituição.<sup>580</sup>

Tais fatores realçam a interpretação constitucional judicial na medida em que o juiz é chamado a todo momento a resolver conflitos fundados em matéria constitucional, levando o mesmo, muitas vezes, a promover mutações constitucionais.<sup>581</sup> Ou seja, com mais frequência do que qualquer outro intérprete constitucional, o juiz é chamado a definir o sentido das disposições constitucionais, aplicando-as ao caso concreto, com isso, sua atividade ganha relevância no cenário de atualização do conteúdo das normas constitucionais.

Anna Cândida FERRAZ identifica várias modalidades de mutação constitucional via interpretação judicial: a) via interpretação evolutiva<sup>582</sup>; b) via poderes implícitos, quando aplica-se determinada norma constitucional a situações não previstas no texto, mas que dele decorrem ou emanam por imperativos lógicos ou do próprio sistema constitucional; c) interpretação criativa e analógica, quando a interpretação judicial preenche lacunas ou corrige omissões do texto constitucional.<sup>583</sup>

Com relação à mutação via interpretação constitucional administrativa, esta ocorre por interpretação realizada órgãos administrativos, quando estes devem ajustar seus atos, resoluções, e disposições gerais ao império dos preceitos da

---

<sup>580</sup> FERRAZ, 1986, p. 126-127.

<sup>581</sup> Ibidem, p. 127.

<sup>582</sup> “Fala-se, assim, em interpretação evolutiva ou adaptadora e adequadora, quando se procura, por intermédio da interpretação judicial, adaptar ou adequar o conteúdo, alcance ou significado da disposição constitucional (a) à mudança de sentido da linguagem nela inserida, (b) a novas situações, (c) à evolução dos valores positivados na Constituição, (d) à mudança da intenção dos intérpretes (válida porque dentro dos limites impostos pela Constituição aos poderes constituídos), (e) a resolver obscuridades do texto constitucional.” (Ibidem, p. 128-129)

<sup>583</sup> Ibidem, p. 128-130.

Carta Fundamental.<sup>584</sup> Trata-se, neste caso, de interpretação constitucional denominada de orgânica, na qual “vários *sujeitos* ou *órgãos* chamados a aplicar ou a consentir na aplicação da norma constitucional dela participam de modo e com intensidade distintas.”<sup>585</sup> Ou, de modo mais amplo, de forma a excluir as outras modalidades de interpretação (legislativa e judicial), corresponde aquela forma de interpretação constitucional “operada mediante atos, resoluções ou disposições gerais ou não, que *não* tenham por objetivo a elaboração de leis integrativas ou complementares à Constituição ou decisões jurisprudenciais”.<sup>586</sup>

Por excelência, e de modo mais amplo e constante, são os órgãos do Poder Executivo que exercem essa interpretação, dada a natureza de suas funções. Por outro lado, o Poder Legislativo, bem como o Judiciário também pode realizá-la, por meio de atos de natureza administrativa.<sup>587</sup>

Anna Cândida FERRAZ ensina que a interpretação constitucional administrativa se dá através de atos de aplicação constitucional de finalidade administrativa ou política e pressupõe que o desenvolvimento de uma atividade interpretativa prévia por parte do órgão que a realiza.<sup>588</sup>

A interpretação constitucional administrativa, segundo FERRAZ, provoca uma mutação constitucional quando:

...atuando para concretizar, integrar e aplicar a Constituição, conduz, permite ou possibilita a transformação do sentido, do significado e do alcance das disposições da Lei Fundamental, amoldando-a a realidades novas, situações novas, novas necessidades sociais.<sup>589</sup>

A mutação constitucional por via de interpretação administrativa pode ampliar, estender ou restringir o significado e o sentido da Constituição, de qualquer modo estará dando um sentido concreto, vivo e possivelmente novo à Constituição.

---

<sup>584</sup> FERRAZ, 1986, p. 147.

<sup>585</sup> Idem.

<sup>586</sup> Ibidem, p. 148.

<sup>587</sup> Ibidem, p. 147.

<sup>588</sup> Ibidem, p. 149-150.

<sup>589</sup> Ibidem, p. 157.

Os limites da mutação por interpretação constitucional administrativa são os mesmos apresentados para as outras modalidades de interpretação, ou seja, os limites do texto da Constituição. Assim, segundo Anna Cândida FERRAZ a interpretação constitucional administrativa, ao modificar o conteúdo da Constituição, o faz “sem mudar a letra da Constituição e sem violar-lhe letra ou espírito”.<sup>590</sup>

A interpretação constitucional administrativa assume relevância no tocante às normas de programáticas (de eficácia limitada) e às normas de eficácia contida. Isso porque, segundo FERRAZ, quanto às normas programáticas, há uma atuação administrativa direta (quando cabe diretamente ao administrador integrar a norma constitucional) ou indireta (quando ao legislador cabe integrar o preceito constitucional, mas a execução dependerá do poder executivo) para a integração, complementação ou execução da norma constitucional.<sup>591</sup> Quanto às normas de eficácia contida, a eficácia de tais normas podem vir a serem restringidas por conceitos éticos juridicizados, como ordem pública, segurança nacional ou pública, bons costumes, necessidade pública, ordem democrática, dentre outros. Segundo Anna Cândida FERRAZ, tais elementos de contenção “são sobretudo atuados pelos poderes públicos, balizando sua ação notadamente no campo das limitações aos direitos individuais [poder de política].” Nesse caso, segundo entendimento de Anna Cândida FERRAZ, a interpretação desenvolvida pelos órgãos administrativos na aplicação desses elementos de contenção fornece o conteúdo real e concreto que essas normas constitucionais assumem no cotidiano<sup>592</sup>.<sup>593</sup>

Além das modalidades de interpretação constitucional legislativa, judicial e administrativa, Anna Cândida da Cunha FERRAZ visualiza ainda a mutação via: interpretação constitucional autêntica, interpretação constitucional popular e interpretação constitucional doutrinaria.<sup>594</sup>

---

<sup>590</sup> FERRAZ, 1986, p. 157.

<sup>591</sup> Ibidem, p. 158-160.

<sup>592</sup> Segundo FERRAZ, “não se pode deixar de observar que o conceito concreto de tais conceitos éticos, valores, motivos, é, de modo mais constante e objetivo, fixado através da ação administrativa do que por intermédio de normas legais.” (Ibidem, p. 161)

<sup>593</sup> Idem.

<sup>594</sup> Ibidem, p. 165.

A interpretação autêntica é aquela realizada pelo próprio órgão que edita a norma a ser interpretada, sem, todavia, alterar a letra do texto a ser interpretado. FERRAZ enumera como características essenciais da interpretação autêntica: identidade do órgão, finalidade da atividade desenvolvida e limitação de intalterabilidade da letra da norma a ser interpretada.<sup>595</sup> De acordo com tais características, FERRAZ conclui que existe interpretação autêntica da Constituição, pois somente o Poder Constituinte originário poderia realizá-la. Mesmo o poder de reforma da Constituição, da interpretação realizada por este “poder”, o resultado será uma reforma no texto, ou seja, uma mudança formal e não uma mutação.<sup>596</sup>

Com relação à interpretação constitucional popular, esta engloba a interpretação constitucional desenvolvida diretamente pelo povo e a interpretação constitucional impulsionada pelas forças vivas da comunidade, ou seja, os grupos de pressão, os partidos políticos, a opinião pública, etc. Quanto à interpretação realizada diretamente pelo povo, FERRAZ aponta como meios: referendo, plebiscito, iniciativa popular, veto popular e *recall*. Tais instrumentos pode modificar a Constituição de forma a provocar reformas no texto constitucional, provocar uma mutação ou revogar disposição constitucional.<sup>597</sup>

A interpretação constitucional doutrinária também assume papel relevante nas modificações formais e informais da Constituição, pois os juristas sistematizam o conteúdo da Constituição, construindo teorias, esclarecendo conceitos, extraindo novos sentidos, adaptando tais preceitos à realidade concreta. Trata-se de uma modalidade de interpretação não orgânica, pois não emana de nenhum órgão público, e não se preocupa com a aplicação concreta das normas constitucionais. A interpretação constitucional doutrinária caracteriza-se por ser indireta, pois não influi diretamente no processo de mudança da Constituição e não vinculante.<sup>598</sup>

Além dessas modalidades, FERRAZ ainda identifica a mutação constitucional realizada via costume<sup>599</sup> constitucional<sup>600</sup>.

---

<sup>595</sup> FERRAZ, 1986, p. 166.

<sup>596</sup> Ibidem, p. 167-168.

<sup>597</sup> Ibidem, p. 169-170.

<sup>598</sup> Ibidem, p. 171-172.

<sup>599</sup> Anna Cândida da Cunha FERRAZ esclarece que utiliza o termo costume de forma indistinta dos termos uso e práticas. Entende, a autora, que, segundo a doutrina dominante, o costume caracteriza-

A autora compreende o costume constitucional como:

... expressão do poder constituinte difuso, manifestação do poder constituinte latente atuado pelos órgãos constituídos competentes enquanto preenchem lacunas na obra constitucional originária e interpretam-lhe disposições obscuras. Tal *costume* consistirá na prática constitucional, reiterada ou não, porém consentida ou desejada, de determinados atos ou comportamentos, pelos poderes competentes e pelo povo, sem forma prevista ou consagrada na Constituição. Cede, todavia, diante de norma constitucional escrita.<sup>601</sup>

O costume constitucional é, portanto, fruto da atuação de um poder constituinte difuso e permanente que tem o objetivo de suprir lacunas e interpretar disposições constitucionais obscuras. Por outro lado, FERRAZ alerta para que “preenchendo espaço em branco ou interpretando norma constitucional, o costume constitucional não substitui norma constitucional escrita.” Assim, essa espécie de mutação (via costume constitucional) também encontra limites no texto da Constituição, não se admitindo costume *contra constitutionem* como meio capaz de provocar uma mutação constitucional.<sup>602</sup>

---

se por um elemento objetivo (reiteração, observância repetida, uniforme de determinada prática) e um elemento subjetivo (convicção generalizada da obrigatoriedade daquele comportamento. A autora defende ainda que a expressão práticas sociais não é dotada de rigor técnico, uma vez que se refere a comportamentos, fatos e situações que nem sempre preenchem todos os requisitos indicados no conceito, seja porquanto não se repetem uniformemente, seja em razão de seu caráter demasiadamente singular, sem a característica de norma geral.” (FERRAZ, 1986, p. 177-179)

<sup>600</sup> Anna Cândida da Cunha FERRAZ alerta que o costume constitucional assume características distintas do costume jurídico em geral. Primeiro, porque o costume constitucional não tem capacidade de produzir a mesma eficácia da norma constitucional escrita (“não goza de atributo formal de norma superior”), devendo ser considerado como norma não escrita, materialmente constitucional, porém sem eficácia ou valor jurídico de norma constitucional escrita. Os costumes forma, portanto, nessa acepção, normas constitucionais inferiores às normas constitucionais escritas, já que são limitados pelo texto constitucional. Segundo, porque sua formação espontânea e voluntária se deve em regra à atuação dos órgãos competentes para atuar a norma constitucional. Terceiro porque o costume constitucional forma-se de modo rápido e em tempo curto, não sendo necessário repetidos atos para configurá-lo. “Tal peculiaridade decorre do fato de ser limitado o número de órgãos capazes de usá-lo e da natureza especial do direito constitucional.” Outras características também são assim sintetizadas: a) não precisa ter reconhecimento legal ou judicial; b) não podem ser alterados por decisão do poder legislativo ordinário; c) os poderes constituídos quando estebelecem um costume constitucional atuam como poder constituinte (difuso); d) podem ser alterados pelos órgãos que os criam e também pelo por norma constitucional escrita; e por fim e) o costume constitucional vincula o órgão que o cria e, por via, reflexa, todo o sistema constitucional em razão da natureza e material referida nas normas costumeiras. (Ibidem, p. 187-189)

<sup>601</sup> Ibidem, p. 185.

<sup>602</sup> Ibidem, p 184-185.

O costume constitucional não possui a mesma eficácia das normas constitucionais escritas, pois não está expressamente previsto (poder constituinte difuso). Por isso, o costume constitucional não tem o condão de reformar a Constituição, ou seja, de promover uma mudança que vá de encontro ao texto constitucional.<sup>603</sup>

Anna Cândida da Cunha FERRAZ compreende que as mutações constitucionais não podem ferir a letra e o espírito da Constituição, sendo assim, caso a mutação ultrapasse esses limites, estar-se-á diante de uma mutação inconstitucional. A autora distingue dois tipos de mutação inconstitucional: a) os processos anômalos de mudança da Constituição; b) processos manifestamente inconstitucionais.<sup>604</sup>

Os processos anômalos de mutação (in)constitucional são assim denominados pela autora porque “nem sempre podem, rigorosamente, ser taxadas de inconstitucionais, porquanto sobre não provocarem alteração na letra constitucional, não é fácil determinar se violam (...) o espírito da Constituição.” Tais processos constituem antes práticas que paralisam ou impedem a aplicação das normas constitucionais. Dentre esse grupo estão: a inércia dos poderes constitucionais em relação a atuação da Constituição; o desuso de preceitos ou disposições constitucionais e a mutação tácita das normas constitucionais.<sup>605</sup>

A inércia constitucional é conceituada por Anna Cândida da Cunha FERRAZ como:

...inatividade consciente na aplicação da Constituição, ou seja, quando uma disposição constitucional deixa de ser plenamente aplicada por falta de atuação do poder competente para este fim, por um tempo mais ou menos longo.<sup>606</sup>

A inércia constitucional é, portanto, uma não aplicação intencional e prolongada das disposições constitucionais pelos poderes incumbidos de lhes dar cumprimento e execução. Ao mesmo tempo, é temporária e provisória, uma vez que não possui o ânimo definitivo de não aplicar o texto constitucional.

---

<sup>603</sup> FERRAZ, 1986, p. 184-185.

<sup>604</sup> Ibidem, p. 213.

<sup>605</sup> Idem.

<sup>606</sup> Ibidem, p. 217-218.

A problemática surge ao se buscar definir quando a inércia pode ser caracterizada. Segundo Anna Cândida da Cunha FERRAZ, não há critério seguro para dar resposta a essa questão.

A questão torna-se menos controversa com relação às normas que, pela sua categoria, demandam complementação legislativa ou administrativa imediata ou instantânea. A exemplo desse tipo de norma constitucional, têm-se as normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo organizativo que criam órgãos ou determinam a criação ou o funcionamento de órgãos e instituições fundamentais para a plena aplicação da Constituição. Nesses casos, a inércia legislativa é rapidamente configurada, uma vez que “desde o primeiro momento, torna inaplicável a Constituição, paralisando-a, por vezes, em um ponto de importancia fundamental para o regular funcionamento do sistema constitucional.”<sup>607</sup>

Quanto a inércia enquanto processo de mudança da Constituição, FERRAZ entende que a inércia, embora não altere o texto, altera-lhe o alcance, “na medida em que paralisa a aplicação constitucional. Tal paralisação, não desejada ou prevista pelo constituinte, é de ser tida como *inconstitucional*.” Por outro lado, a inércia também afeta o sentido da Constituição, no sentido de que entre o momento em que a Constituição é elaborada e sua efetiva aplicação, caso haja uma prolongada dilação entre esses dois momentos, provavelmente quando esta aplicação se der, esta dê novo sentido à Constituição, devido a influência das transformações sociais.<sup>608</sup>

O desuso é caracterizado na “inobservância (a) *consciente*, (b) *uniforme*, (c) *consentida*, (d) *pública*, e (e) *reiterada*, por longo tempo de uma disposição constitucional.” Sendo assim, também é caracterizado como mutação inconstitucional anômala.<sup>609</sup>

No desuso diferencia-se do costume *contra legem* porque este implica na contrariedade à norma constitucional de forma manifesta e definida, trata-se de norma costumeira que se consubstancia em ato praticado contra a Constituição. O desuso, por sua vez, pode importar contrariedade à Constituição, mas de modo

---

<sup>607</sup> FERRAZ, 1986, p. 220.

<sup>608</sup> Ibidem, p. 231.

<sup>609</sup> Ibidem, p. 234.

reflexo, pois trata-se muito mais da não aplicação de preceito constitucional, não havendo norma costumeira definidos e concretos contrariando as disposições constitucionais. O desuso e a inércia provocam os mesmos resultados, pois o desuso também importa apenas na paralisação do uso de uma norma constitucional e não em sua revogação ou derrogação.<sup>610</sup>

O desuso, assim como a inércia, pode provocar uma mutação inconstitucional. Por outro lado, pode, o desuso, buscar a adaptação da Constituição à realidade, ou seja, a novas exigências que indicam a não observância da norma constitucional. Neste caso, o desuso poderá provocar uma mutação constitucional.

De forma geral o desuso é considerado mutação inconstitucional na medida em que “torna a regra constitucional letra morta, em contradição, pois, (...) com a suposta ou pressuposta obrigatoriedade inalienável da lei fundamental.”<sup>611</sup>

A mudança tácita da Constituição (ou reforma constitucional tácita) também é considerada, por FERRAZ, como hipótese processo anômalo de mutação constitucional.

A mudança tácita da Constituição pode ocorrer de duas formas: 1) quando a reforma constitucional não indica de forma clara e precisa o texto alterado; 2) quando a reforma indica de forma clara e precisa o texto alterado, mas a reforma é inconstitucional porque contraria outras normas contidas no texto da Constituição, (quebrantamento da Constituição).<sup>612</sup>

Anna Cândida da Cunha FERRAZ identifica também os processos de mutação manifestamente inconstitucionais. A existência de mutações inconstitucionais decorre do fato de que a mutação deve respeitar o limite do texto e do espírito da Constituição.<sup>613</sup>

FERRAZ, observando a prática constitucional do contexto em que escreveu a obra, sustenta que as mudanças constitucionais escapam, muitas vezes a qualquer controle. A autora justifica tal fato pelos seguintes fatores: 1) pela natureza da matéria que versam ou pelo modo em que ocorrem os controles são ineficazes; 2)

---

<sup>610</sup>Ibidem, p. 234-235.

<sup>611</sup> Ibidem, p. 237.

<sup>612</sup> Ibidem, p. 238.

<sup>613</sup> Ibidem, p. 243.

predominam sobre os controles forças extraconstitucionais, forças políticas, pressões de grupos sociais, etc., de modo que a mudança inconstitucional se impõe, gerando efeitos na vida constitucional do Estado.<sup>614</sup>

FERRAZ traz, ainda, algumas características essenciais das mutações inconstitucionais, quais sejam: 1) a flagrante inconstitucionalidade; 2) a violação dos limites de forma ou de fundo fixados pelo constituinte; 3) a ausência do controle de constitucionalidade, o qual impede a sua sobrevivência; 4) o caráter nem sempre decisivo (definitivo) de tais mutações, pois nem sempre a mutação inconstitucional nulifica ou acarreta a substituição ou supressão da norma constitucional.<sup>615</sup>

Uadi Lammêgo BULOS, identifica as divergências quanto a uma sistematização doutrinária e uniforme sobre as categorias de mutação e entende que não se pode enumerar o rol de todas as hipóteses em que uma Constituição possa sofrer mudanças em seu conteúdo sem alterar-lhe seu texto.<sup>616</sup> Segundo o autor, os métodos em que a Constituição pode sofrer uma mutação são ilimitados “porque variam de acordo com as transformações sociais, as quais repercutem sobre todo o ordenamento constitucional.”<sup>617</sup> Em que pese essa impossibilidade de enumerar exaustivamente todos os métodos capazes de gerar mutações, BULOS identifica na doutrina como mecanismos que pode ocasionar uma mutação: a interpretação, a construção judicial, os usos e costumes, as complementações legislativas, as práticas governamentais, legislativas e judiciárias e, até mesmo, a influência dos grupos de pressão<sup>618 619</sup>.

BULOS, mesmo reconhecendo essa dificuldade em enumerar os meios que podem ocasionar mutações constitucionais, propõe uma morfologia das mutações, ou seja, uma sistematização, uma classificação geral, através da experiência vivida

---

<sup>614</sup> FERRAZ, 1986, p. 243.

<sup>615</sup> Ibidem, p. 244-245.

<sup>616</sup> BULOS, 1997, p. 65.

<sup>617</sup> Ibidem, p. 66.

<sup>618</sup> Quanto aos grupos de pressão, BULOS entende que são uma realidade inegável e cita o contexto dos Estados Unidos em que os *lobbies* funcionam de forma organizada e regulamentada por lei. Apesar de não serem regulamentados, os grupos de pressão, no Brasil, não são estranhos à ordem constitucional, exercendo forte influência sobre o poder público, por exemplo, na tomada de decisões pelo Poder Judiciário. (Ibidem, p. 67-69)

<sup>619</sup> Ibidem, p. 66.

pelas Constituições: a) mutações constitucionais operadas em virtude da interpretação constitucional, nas diversas modalidades e métodos; b) as mutações decorrentes das práticas constitucionais, as mutações através da construção constitucional; e d) as mutações constitucionais que contrariam a Constituição, é dizer, as mutações inconstitucionais.<sup>620</sup>

Com relação interpretação como meio hábil para desenvolver-se uma mutação, BULOS parte do posicionamento de que a interpretação constitucional não se difere da interpretação das outras normas do ordenamento jurídico, pois ambas seguem os mesmos cânones de interpretação do direito. Logo, conclui o autor, “inexiste uma interpretação constitucional com foros de especificidade. O que há é uma interpretação jurídica das normas constitucionais.”<sup>621</sup> Assim, os mesmos critérios hermenêuticos que são utilizados para a interpretação das normas infraconstitucionais servem para se desvendar o sentido, o significado e o alcance das normas constitucionais. Ao lado dos métodos clássicos, BULOS reconhece a importância dos princípios constitucionais da interpretação sistematizados por HESSE, quais sejam: princípio da unidade, princípio da concordância prática, princípio do critério da correção funcional, princípio da valoração e relevância dos pontos de vista e princípio da força normativa da Constituição.<sup>622</sup>

Segundo BULOS, todos os métodos de interpretação (sejam os clássicos, sejam os modernos, ou aqueles por intermédio dos princípios constitucionais) podem ensejar mutações na Constituição, na medida em que buscam atribuir sentidos novos aos dispositivos constitucionais.<sup>623</sup> As mutações ocorridas por meio da interpretação são constitucionais na medida em que “visam o aprimoramento da Constituição, sem desvirtuarem sua juridicidade.”<sup>624</sup> Nesses casos, a mutação busca adequar os dispositivos do texto à realidade social constantemente em transformação. Trata-se de mudanças silenciosas e só tornam-se evidentes quando “cotejamos o entendimento atribuído aos preceptivos constitucionais em períodos

---

<sup>620</sup> BULOS, 1997, p. 71.

<sup>621</sup> Ibidem, p. 106

<sup>622</sup> Ibidem, p, 115-116.

<sup>623</sup> Ibidem, p, 118.

<sup>624</sup> Idem.

afastados um do outro no tempo, em duas ou mais épocas diferentes.”<sup>625</sup> Nesse sentido, a mutação por meio de interpretação é efetivada pelo requisito temporal, ou seja, pelo afastamento no tempo de um e outro entendimento sobre dado dispositivo da Constituição.

BULOS identifica mutações interpretativas decorrentes da interpretação orgânica e da interpretação inorgânica, ou seja, respectivamente, da interpretação legislativa, administrativa e judicial (orgânica) e da interpretação doutrinária (inorgânica). Esta não tem por objetivo imediato a aplicação da Constituição, resultando apenas o entendimento da comunidade acadêmica. Por outro lado, na interpretação orgânica há uma atuação concreta das normas constitucionais pelos órgãos Poder Público, o que faz com que esse tipo de mutação ganhe relevo.<sup>626</sup>

A interpretação legislativa ocorre por intermédio das leis de aplicação da Constituição, podendo assumir a forma de lei ordinária, lei complementar, lei orgânica, dentre outras. Através desses atos normativos, busca-se determinar o sentido, o alcance e a finalidade da norma Constitucional, a fim de aplicá-la. A princípio a interpretação legislativa é atribuída ao Poder Legislativo, mas também pode ser realizada pelo Poder Executivo ao participar do processo legislativo (por iniciativa, por exemplo) ou quando exerce atividade legislativa atípica (através de lei delegada por exemplo).<sup>627</sup>

BULOS compreende a interpretação constitucional executiva ou administrativa como aquela que é realizada mediante atos de natureza administrativa que, por exclusão, são aqueles que não objetivam elaborar leis integrativas da Constituição, nem realizar um julgamento judicial.<sup>628</sup>

A interpretação judicial, segundo BULOS, é a mais importante das interpretações orgânicas dada as suas características e a repercussão das decisões judiciais. Dentre as características da interpretação judicial, são destacadas: a) obrigatoriedade, em razão do dever dos magistrados em julgar os litígios, ou exercer o controle de constitucionalidade; b) primariedade, uma vez que essa modalidade de

---

<sup>625</sup> BULOS, 1997, p. 119.

<sup>626</sup> Ibidem, p. 131-132.

<sup>627</sup> Ibidem, p. 132.

<sup>628</sup> Ibidem, p. 133.

interpretação ocorre mediante provocação; c) definitiva, uma vez que o judiciário possui a característica de decidir de forma irrecorrível.<sup>629</sup>

BULOS reconhece a importância e a eficiência da interpretação constitucional como meio de adaptação dos dispositivos constitucionais às necessidades do cotidiano. Por outro lado, alerta, o autor, que a interpretação constitucional, em todas as suas formas, pode oferecer um perigo na medida em que desvirtue da letra das normas das normas que embasam a Constituição, “quebrando a juridicidade dos princípios informadores da ordem constituída...”. Nesse caso, a mutação será considerada inconstitucional, ou seja, de verdadeira violação da Constituição.<sup>630</sup>

As mutações inconstitucionais são “derivadas de uma interpretação maliciosa e sub-reptícia” da Constituição e “podem provocar mudanças eventuais ou permanentes, e, até mesmo, suspender, por algum tempo, a produção de efeitos da norma constitucional”. Soma-se (e agrava) a isso a inércia do Poder Legislativo, quando este não edita as leis necessárias para complementar a eficácia das normas constitucionais, a fim de torná-las plenamente aplicáveis.<sup>631</sup>

Segundo BULOS, além das interpretações constitucionais, as mutações podem ocorrer também por construção constitucional.

Para conceituar a mutação advinda da construção judicial, BULOS parte da discussão sobre distinção entre os conceitos de interpretação e construção presente no direito norte-americano. Nesse aspecto, o autor identifica dois posicionamentos distintos: um que defende a distinção entre as ações e outro que defende que não são atividades distintas.<sup>632</sup>

Para a corrente que defende a distinção entre os dois termos, a interpretação seria o ato de descobrir o verdadeiro sentido da linguagem, enquanto que a construção serviria ao propósito de determinar, não o sentido das palavras, mas do significado de toda a Constituição. A interpretação atém-se ao texto e a construção examina as normas jurídicas em seu conjunto, “descobrendo e revelando a *ratio*

---

<sup>629</sup> BULOS, 1997, p. 133.

<sup>630</sup> Ibidem, p. 135-136.

<sup>631</sup> Ibidem, p, 143.

<sup>632</sup> Ibidem, p. 142-143

*essendi* do produto legislado, no intuito de recompô-lo ou construí-lo, sempre sopesando o todo orgânico.”<sup>633</sup>

A corrente que defende a não distinção entre interpretação e construção entende que toda interpretação é, na verdade, construção, na medida em que o “intérprete não pode ater-se exclusivamente ao texto, à letra da lei, isolando-a das suas outras partes do ordenamento jurídico, e dos princípios e valores superiores da justiça e da moral”. BULOS, filia-se a essa corrente e defende que construção e interpretação “evidenciam fases de um mesmo processo”. Isso significa que a construção é um estágio do complexo processo interpretativo.” A construção pressupõe uma interpretação.<sup>634</sup>

A partir dessa concepção de que a construção é um estágio do processo interpretativo, BULOS distingue a construção constitucional da interpretação *stricto sensu*. “A interpretação *stricto sensu* é aquela em que o intérprete não sai do Texto Constitucional para buscar outros elementos interpretativos”, a interpretação *lato sensu*, ou seja, a construção, é aquela em que o intérprete “extrapola os limites prescritos pelo legislador constituinte, buscando recursos através de outras fontes, totalmente alheias ao articulado da Carta Maior.”<sup>635</sup> Frise-se, a construção depende da interpretação em sentido estrito, mas o inverso não é verdadeiro.

Na interpretação em sentido estrito, o intérprete não poderá extrapolar os limites do texto constitucional, ou seja, a atividade interpretativa fica restrita às normas estatuídas na Constituição. Na fase da construção, “uma dada circunstância o autoriza a sair do texto e a procurar, para os casos obscuros, uma solução que os constituintes não previam.” Assim, a interpretação em sentido amplo permite que “o intérprete vá além das normas constitucionais, para captar as exigências sociais, as necessidades práticas da vida.”<sup>636</sup>

Nesse sentido, no caso da construção, o intérprete “não é escravo da norma”, podendo utilizar da analogia, da equidade, dos princípios gerais do direito, dos usos

---

<sup>633</sup> BULOS, 1997, p. 141-142.

<sup>634</sup> *Ibidem*, p. 144-145.

<sup>635</sup> *Ibidem*, p. 146.

<sup>636</sup> *Ibidem*, p. 147.

e costumes, de forma a preencher os vazios normativos e solucionar problemas que seriam resolvidos pela mera aplicação do direito positivo.<sup>637</sup>

A construção constitucional possui um carácter supletivo, uma vez que “só poderá ser invocada na falta de critério disciplinador de um problema ligado à aplicação da Carta Maior, e que precisa ser solucionado.” Nesse sentido, BULOS conceitua a construção constitucional como “o expediente supletivo, por meio do qual se constrói ou recompõe o direito aplicável, nas circunstâncias de premência e necessidade, para suprir as deficiências ou imperfeições da manifestação constituinte originária.”<sup>638</sup> Assim, a construção é utilizada pelos tribunais quando recompõe o direito aplicável, na medida em que procuram suprir deficiências ou imperfeições detectadas na Constituição. Sendo assim, a “*construction*” representa um meio eficiente pelo qual as constituições sofrem mutações constitucionais, pois, através desse instituto, o poder judiciário pode adaptar a Constituição às transformações sociais, políticas e econômicas sem alterar-lhe o texto.<sup>639</sup> A possibilidade de mutação via construção constitucional fundamenta-se no fato de que “o direito é experiência”.<sup>640</sup>

Além da mutação via interpretação e via construção, BULOS entende também as práticas constitucionais como meios aptos a provocarem mutações na Constituições.<sup>641</sup>

BULOS esclarece que o termo práticas constitucionais engloba os usos, costumes e outras figuras que lhe são afins, como praxe, precedente e convenções constitucionais.<sup>642</sup> O autor atenta-se para os usos e costumes enquanto espécies de

---

<sup>637</sup> BULOS, 1997, p. 148.

<sup>638</sup> Ibidem, p. 149.

<sup>639</sup> Ibidem, p. 167.

<sup>640</sup> Ibidem, p. 169.

<sup>641</sup> Ibidem, p. 172-173.

<sup>642</sup> As praxes constitucionais são caracterizadas por constituírem práticas em que lhes faltam a certeza da obrigatoriedade. Os precedents constitucionais (não judiciais) são decisões políticas, mediante as quais “os órgãos do poder manifestam o modo como assumem as respectivas competências em face de outros órgãos ou de outras entidades.” As convenções constitucionais assumem significados distintos na França (no sentido de uso), em Portugal e nos sistemas de matriz britânica, como o norte-americano, assumindo uma juridicidade não formal específica entre uso e costume. (Ibidem, p. 173)

práticas constitucionais que podem promover mudanças no sentido, significado e alcance das normas constitucionais, sem alterar o texto.

Por costume, BULOS entende, “a observância geral, constante e uniforme de uma conduta pelos membros do grupo social, sendo integrado por dois elementos: um objetivo e outro subjetivo.” O elemento objetivo (material, fático ou externo) é a repetição de um procedimento, seria o uso. O elemento subjetivo (psicológico ou interno) é a convicçãoo generalizada da sua exigibilidade, “da crença de que a obrigatoriedade da norma é indispensável”.<sup>643</sup> O uso é, portanto, o elemento objetivo do costume, devendo ser “uniforme, constante, público e geral.”<sup>644</sup>

Luís Roberto BARROSO sistematiza as modalidades de mutação constitucional em: 1) ações estatais; e 2) comportamentos sociais. Ou seja, mutação via interpretação e interpretação via costume.<sup>645</sup>

Desta forma, a mutação constitucional por via de interpretação consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com o entendimento preexistente. A mutação constitucional ocorrerá, neste caso, quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada.<sup>646</sup> A mutação por meio da interpretação constitucional é realizada pelos órgãos públicos: tanto a Administração Pública<sup>647</sup>, quanto Judiciário<sup>648</sup>.

---

<sup>643</sup> BULOS, 1997, p. 174-175.

<sup>644</sup> BULOS esclarece que a uniformidade e a constância revelam a atitude de agir sempre do mesmo modo, sem qualquer interrupção”, tais características do uso são verificáveis no exercício, razoavelmente longo, capaz de autorizar a convicção da existência de uma norma estável. É público porque deve obrigar a todos e geral porque busca alcançar todos os atos, pessoas e relações que realizam os pressupostos de sua incidência. Quanto à questão da delimitação do tempo, BULOS reconhece que é cientificamente impossível predeterminar-se um período certo e rigoroso para a transformação de um uso em costume, e diante dessa dificuldade cabe ao intérprete verificar se determinada prática reúne os demais elementos constitutivos do costume. (Ibidem, p. 175)

<sup>645</sup> BARROSO, Mutação constitucional. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (coordenadores), 2009, p. 216.

<sup>646</sup> Segundo BARROSO, “é bem de ver que a mutação constitucional é um fenômeno mais profundo do que a simples mudança de jurisprudência, que pode se dar por mera alteração do ponto de vista do julgador ou por mudança na composição do tribunal.” (Ibidem, p. 218)

<sup>647</sup> Um exemplo emblemático de mutação via interpretação administrativa no contexto brasileiro “materializou-se na Resolução n. 7, de 14-11-2005, do Conselho Nacional de Justiça. Nela se considerou ilegítima a investidura de parentes de magistrados, até o terceiro grau, em cargos de comissão e funções gratificadas da estrutura do Poder Judiciário. A Resolução, que veio a ser declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, determinou a exoneração dos ocupantes de tais cargos que incorressem nas vedações por ela estabelecidas. O nepotismo, na hipótese aqui descrita, constituía prática centenária, corriqueira e socialmente tolerada, que se viu proscrita, retroativamente, por uma clara mudança de valoração do significado dos princípios da

A interpretação legislativa é vista separadamente, dada a especificidade da função. Quanto a esta modalidade de mutação, BARROSO sustenta que ela será configurada quando “por ato normativo primário, procurar-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional.”<sup>649</sup>

BARROSO atenta que:

Como intuitivo, esta lei estará sujeita a controle de constitucionalidade, no qual se irá determinar se esta era uma interpretação possível e legítima. A última palavra sobre a validade ou não de uma mutação constitucional será sempre do Supremo Tribunal Federal.<sup>650</sup>

Quanto à mutação por via de costume<sup>651</sup>, BARROSO admite a possibilidade de que os costumes (constitucionais<sup>652</sup>) possam a vir a provocar uma mudança no conteúdo da Constituição.

Por fim, tem-se ainda, em trabalho mais recente elaborado por Susana SBROGIO’GALIA<sup>653</sup>, a elaboração de uma teoria dos limites da mutação com base

impessoalidade e da moralidade.” (BARROSO, Mutação constitucional. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (coordenadores), 2009, p. 219)

<sup>648</sup> BARROSO traz como exemplo, na jurisprudência do STF, de mutação via interpretação judicial o que “ocorreu em relação ao denominado foro por prerrogativa de função, critério de fixação de competência jurisdicional previsto constitucionalmente [art. 102, I, b e c]. Por muitas décadas, inclusive sob a vigência da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o *foro privilegiado* subsistia mesmo após o agente público haver deixado o cargo ou função, tendo inclusive consolidado esse entendimento no enunciado n. 394 da Súmula da Jurisprudência Dominante. Em 1999, todavia, a Corte alterou sua linha de entendimento e cancelou o verbete da Súmula, passando a afirmar que a competência especial somente vigoraria enquanto o agente estivesse na titularidade do cargo ou no exercício da função. Neste exemplo, como se constata singelamente, atribuiu-se ao mesmo dispositivo – o art. 102, I, b, da Constituição – sentidos diametralmente opostos ao longo do tempo, sem qualquer alteração de seu texto.” (Ibidem, p. 218-219)

<sup>649</sup> Ibidem, p. 220.

<sup>650</sup> Ibidem, p. 220-221.

<sup>651</sup> Para o autor, “a idéia do costume como fonte do direito positivo se assenta na adoção de uma prática reiterada, que tenha sido reconhecida como válida e, em certos casos, como obrigatória. O costume, muitas vezes, trará em si a interpretação informal da Constituição; de outras, terá um papel atualizador de seu texto, à vista de situações não previstas expressamente; em alguns casos, ainda, estará em contradição com a norma constitucional. Diante de tais possibilidades, a doutrina identifica três modalidades de costume: *secundum legem* ou interpretativo, *praeter legem* ou integrativo e *contra legem* ou derogatório.” (Ibidem, p. 222)

<sup>652</sup> “Recentemente, um caso de costume inconstitucional foi expressamente rejeitado por ato administrativo, chancelado judicialmente. Trata-se do chamado nepotismo no Poder Judiciário, conduta amplamente adotada de nomear parentes e juizes para cargos que independiam de concursos...” (Ibidem, p. 223)

na teoria dos direitos fundamentais, em harmonia com o estado atual do constitucionalismo brasileiro. Segundo a autora, as mutações constitucionais interpretativas encontrariam um limite no núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Segundo Susana SBROGIO'GALIA, a existência de um núcleo essencial dos direitos fundamentais têm a função de “evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental diante de restrições descabidas, desmensuradas e desproporcionais.”<sup>654</sup> Em que pese, a atual Constituição brasileira não ter previsto expressamente a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, tal proteção encontra-se fundamento no art. 60, §4º, IV, da atual CF brasileira, o qual determina que os direitos fundamentais são considerados cláusulas pétreas. A autora, na esteira do que também defende Ingo Wolfgang SARLET<sup>655</sup>, compreende que a CF/88, ao proibir propostas de emendas constitucionais tendentes a abolir os direitos fundamentais, denota a opção do constituinte pátrio: “preservar o cerne de cada direito fundamental, independente do seu conteúdo na dignidade da pessoa humana.”<sup>656</sup>

SBROGIO'GALIA diferencia as teorias relativa e absoluta acerca do conteúdo essencial. A teoria relativa determina que “o conteúdo essencial de um direito fundamental resulta naquilo que remanesce após a ponderação. (...) Nesse diapasão, a garantia do conteúdo essencial reduziria à aplicação do princípio da proporcionalidade.”<sup>657</sup> Já para teoria absoluta “existiria um núcleo intangível atribuído aos direitos fundamentais”, um limite fixo, ou mínimo valor inatacável, o qual também será aferido a partir dos princípios em jogo, no caso concreto.<sup>658</sup>

O conteúdo essencial de um direito fundamental é aferido através dos elementos inseparáveis e inerentes, essenciais e não meramente acidentais do direito fundamental em questão. “Estes elementos são aferíveis (...) diante do caso concreto...”<sup>659</sup> Assim, conclui a autora que:

---

<sup>653</sup> SBROGIO'GALIA, Susana. **Mutações constitucionais e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

<sup>654</sup> *Ibidem*, p. 161.

<sup>655</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 370-371.

<sup>656</sup> SBROGIO'GALIA, 2007, p. 164.

<sup>657</sup> *Ibidem*, p. 162.

<sup>658</sup> *Ibidem*, p. 162-163.

<sup>659</sup> *Idem*.

... porquanto a concretização da norma, para aplicação dos direitos fundamentais, por obra do julgador e demais membros da comunidade jurídica, seja no controle de constitucionalidade difuso ou abstrato, envolve a questão das chamadas antinomias aparentes, conflitos entre interesses e bens, cuja prevalência, na maior ou menor medida, somente poderá ser objetada como resultado da atividade ponderativa.

Nesse intento, atua o princípio da dignidade da pessoa humana como elemento inserto na atividade de ponderação, verdadeiro “tópico” em sentido estrito, de maneira que, mesmo para os que sustentam não possuírem todos os direitos fundamentais, quanto ao seu conteúdo essencial, correspondência neste princípio, toda restrição a direito fundamental que afete o seu conteúdo em dignidade da pessoa humana demonstrar-se-á desproporcional.<sup>660</sup>

Susana SBROGIO’GALIA conclui que o grau de proteção de cada direito fundamental dependerá da delimitação do seu núcleo essencial, o qual depende:

...do procedimento concretizador da norma, em que se realiza a atividade ponderativa, sopesando diferentes princípios e valores e bens jurídicos envolvidos, com base nas circunstâncias do caso concreto e na aplicação das metamorfoses da proporcionalidade, proibição de excesso e de insuficiência.

Quanto à questão dos limites das mutações decorrentes da atividade interpretativa, essas encontrariam um limite, portanto, no conteúdo essencial dos direitos fundamentais, sendo o método empregado para a obtenção deste parâmetro o princípio da proporcionalidade.<sup>661</sup>

---

<sup>660</sup> SBROGIO’GALIA, 2007, p. 162-163.

<sup>661</sup> Ibidem, p. 168-169.

## 6. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo principal analisar as doutrinas alemãs sobre as mutações constitucionais que se situam dentro do debate sobre a força normativa da Constituição. Noutras palavras, dentre as principais doutrinas alemãs, elaboradas desde o século XIX, sobre as mutações constitucionais, objetivou-se avaliar como se formou o conceito de mutação e, nessas doutrinas, qual era o tratamento dado sobre a força normativa da Constituição. Essa preocupação ganha relevância no contexto atual na medida em que o constitucionalismo contemporâneo, devido às suas peculiaridades, potencializa tais mudanças. Nesse sentido, pode-se concluir que:

- 1) A teoria das mutações constitucionais foi elaborada pela doutrina alemã, no fim século XIX. Nesse contexto, prevalecia o constitucionalismo moderno, enquanto técnica de limitação do poder; o modelo de Estado de direito Legal e a corrente juspositivista do Direito.
- 2) O constitucionalismo moderno pode ser conceituado, segundo CANOTILHO, como o conjunto de movimentos sociais, políticos e filosóficos que, a partir do século XVIII passam a defender a limitação do poder estatal com fins garantísticos. CANOTILHO e FIORAVANTI alertam para os três contextos em que emergiu o constitucionalismo moderno: o inglês, o francês e o norte-americano. Assim também, tais autores defendem que, a partir desses contextos, surge as visões historicista, individualista e estatalista, as quais iriam influenciar a formação dos demais Estados.
- 3) As primeiras doutrinas elaboradas sobre as mutações, foram as alemãs do final do século XIX, inseridas, portanto, em um contexto de um constitucionalismo moderno, estatalista, de uma Constituição escrita e rígida que representava uma Carta política reguladora de procedimentos. Vale lembrar que, ao longo do século XIX, por influência do positivismo, o constitucionalismo como técnica de poder com fins de garantia de determinados direitos, esvazia-se e cede espaço para o movimento da codificação e do legicentrismo. A Constituição, nesse sentido, passa a

representar apenas uma Carta política, cujo finalidade é regular os procedimentos de ação do Estado.

- 4) O modelo de estado que prevalecia no contexto europeu do século XIX era o modelo de Estado formal, legalista. Nesse sentido, o Estado é considerado “de direito” pelo simples fato de submeter seus atos à validade formal da lei. O legicentrismo é característica marcante desse modelo.
- 5) O juspositivismo é tido como a teoria jurídica predominante no século XIX, marcado pela separação entre direito e realidade, direito e moral, e pelo normativismo jurídico, segundo o qual a norma jurídica é identificada apenas com a normação estatal sobre determinadas condutas, de forma imperativa.
- 6) Assim, as primeiras doutrinas sobre as mutações, foram elaboradas nesse contexto de um constitucionalismo fraco (no sentido de um débil compromisso com a força normativa da Constituição e com a supremacia constitucional material); dentro do modelo de Estado legal, em que a lei infraconstitucional assume papel mais relevante do que a Constituição, sendo esta relegada a função de carta política procedimental; e sob a influência da corrente positivista em que não admitia que a realidade pudesse integrar a formação da norma jurídica, estabelecendo uma separação metodológica entre Direito e outras ciências, entre Direito e realidade.
- 7) A partir do século XX, especificamente a partir do pós-guerra, emergem constituições, especialmente no contexto europeu, que marcam o início de um novo momento no Direito constitucional, deminado por CARBONELL como neoconstitucionalismo, cujos traços marcantes são: a) supremacia material e formal da Constituição; b) normas constitucionais de carácter aberto, axiológico; c) emancipação e centralidade dos direitos fundamentais; d) foco no Poder Judiciário enquanto garantidor da Constituição; e) aproximação do direito com a moral; f) consequente constitucionalização do Direito, dentre outras características.
- 8) Concomitantemente é construído o modelo de Estado constitucional, em substituição do modelo de Estado legal.
- 9) Tais características potencializam as mutações constitucionais. Ora, a maior quantidade de normas principiológicas nas constituições (as mutações ocorrem em normas abertas, princípios); um Poder Judiciário mais ativo na

concretização da Constituição e a defesa da supremacia constitucional material constituem causas suficientes para o crescimento da relevância das mutações nesse contexto.

- 10) As mutações constitucionais, dentro da teoria do poder constituinte, são fruto de um poder constituinte difuso, não regulado pela Constituição e sem titularidade definida.
- 11) As primeiras doutrinas alemãs representadas por LABAND e JELLINEK, defendiam que as mutações eram decorrentes da força normativa dos fatos. Inclusive, havendo conflito entre texto constitucional e fato social, este prevalece. Tais teorias denotam um fraco compromisso com a força normativa da Constituição e, com isso, a falta de limites às mutações constitucionais.
- 12) As teorias que seguem LABAND e JELLINEK, representadas por SMEND e DAU-LIN, partem da ideia de integração, mas não são suficientes para afirmar a força normativa da Constituição frente à força dos fatos, ou seja, de limites constitucionais às mutações.
- 13) HELLER marca o início de uma mudança no pensamento alemão sobre as mutações, uma vez que traça uma teoria sobre normalidade e normatividade em que ambos os fenômenos condicionam-se reciprocamente, contestando, assim, as visões unilaterais sobre a relação entre ser e dever ser.
- 14) HESSE representa, definitivamente, o autor alemão que funda discussão sobre a questão dos limites das mutações constitucionais e a garantia da força normativa da Constituição. Para HESSE, a Constituição encontra-se em uma relação constante de relacionamento recíproco entre texto e realidade. Essa relação dialética (ser/dever-ser), integra o conteúdo da norma jurídica. A interpretação é ao mesmo tempo concretização. Com isso, as mutações tratam-se de fenômenos que ocorrem no interior da própria norma constitucional, a qual não perde a sua eficácia frente o fato social. As mutações que violem as possibilidades do texto constitucional serão inconstitucionais. HESSE elabora um conceito de mutação dentro da ideia de um forte compromisso com a força normativa da Constituição.
- 15) No Brasil, as doutrinas brasileiras tradicionais são representadas especialmente por Ana Cândida da Cunha FERRAZ, por Uadi Lammêgo BULO e por Luis Roberto BARROSO. Em síntese, os autores brasileiros

consideram que as mutações representam mudanças no conteúdo da norma constitucional, sem modificar o texto. Ao mesmo tempo, reconhecem também que as mutações não podem violar certos limites. É consenso, dentre eles, a existência do limite textual às mutações. FERRAZ defende ainda a proteção do espírito da Constituição e BARROSO defende os princípios fundamentais. Recentemente, Susana SBROGIO'GALIA elabora uma teoria das mutações e de seus limites, levando-se em consideração o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ALEMANHA, Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949. 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 04 de novembro de 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista eletrônica sobre a reforma do estado (RERE)**, Salvador, Instituto brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio de 2007. Disponível na internet:

<<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>

Acesso em 20 de junho de 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova** [online]. 2004, n.61, pp. 5-24. ISSN 0102-6445. Disponível em:

<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em 20/12/2011.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de filosofia do direito. Tradução e notas de Márcio Publiesi. São Paulo: Ícone, 2006.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos; revisão técnica de Cláudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª ed., 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL, Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824. Disponível em <

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm)>.

Acesso em 04 de novembro de 2011.

\_\_\_\_\_, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm)>. Acesso em 04 de novembro de 2011)

\_\_\_\_\_, Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em 04 de novembro de 2011.

\_\_\_\_\_, Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em 04 de novembro de 2011.

\_\_\_\_\_, Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em <  
<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=194620>>. Acesso em 04 de novembro de 2011.

\_\_\_\_\_, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em 04 de novembro de 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

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

CARBONEL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Trotta: Madrid, 2003.

CARVALHO, Kildare Golçalves. **Direito constitucional**. 15 ed. Belo Horizonte: del rey, 2009.

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la constitución**. Bilbao: Instituto vasco de Administración pública, 1998.

DIAS KNOERR, Cibele Fernandes. **Decisões intermediárias da justiça constitucional como mutação da constituição**. 360 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <[http://www.sapientia.pucsp.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=13740](http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=13740)>. Acesso em: 20/01/2012.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006.

ESPAÑA, Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. Disponível em <<http://www.boe.es/boe/dias/1978/12/29/pdfs/A29313-29424.pdf>>. Acesso em 04 de novembro de 2011.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constitution of the United States. Disponível em [http://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm)> Acesso em 02/12/2011.

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

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **O poder constituinte**. 5ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

\_\_\_\_\_(org.). **El estado moderno em europa**: instituciones y derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

\_\_\_\_\_. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

FRANÇA, **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**, de 26 de agosto de 1789. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)>. Acesso em: 01/11/2011.

\_\_\_\_\_, **La Constitution du 3 septembre 1791**. Disponível em <http://www.elysee.fr/president/la-presidence/les-textes-fondateurs/les-constitutions-depuis-1791/les-textes-constitutionnels-anterieurs/la-constitution-du-3-septembre-1791.8872.html>. Acesso em 02/12/2011.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico – el caso italiano. In: CARBONEL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Trotta: Madrid, 2003, p. 43-73.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Prof. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

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

\_\_\_\_\_. **A força normativa da Constituição**. (Die Normative Kraft Der Verfassung). Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

\_\_\_\_\_. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução (da 20ª edição alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

ITÁLIA, La Costituzione della Repubblica Italiana, del 22 dicembre 1947. Disponível em <http://www.governo.it/Governo/Costituzione/CostituzioneRepubblicaitaliana.pdf>>. Acesso em 04 de novembro de 2011.

JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Prólogo y traducción de Fernando de los Ríos. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

\_\_\_\_\_. **Reforma y mutacion de la constitucion**. Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdu. Traducción de Christian Förster. Revisada por Pablo Lucas Verdu. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoría general del estado.** Traducción directa del alemán por Luis Legaz Lacambra. Mexico: Editorial Nacional, 1972.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución.** Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1986.

MACHADO NETO, Antonio Luis. **Compêndio de introdução à ciência do direito.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MAGALHÃES, Marco Túlio Reis . Hermenêutica constitucional: comparação das teorias de Konrad Hesse e Friedrich Müller. **Revista jurídica.** Brasília, v. 7, n. 75, p.01-25, out/nov, 2005. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_75/artigos/artigos.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_75/artigos/artigos.htm) >. Acesso em 23/03/2012

MALBERG, Raymond Carré de. **Teoria General del Estado.** Mexico: Fondo de cultura económica, 1998.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional.** A decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido. Florianópolis: Habitus Editora, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Miguel Carbonell *et al.* **Neoconstitucionalismo(s).** Madrid: Trotta, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoría del neoconstitucionalismo.** Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 26ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010

MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI Marcio (coordenadores). **20 anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Traduzido por Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

\_\_\_\_\_. **O novo paradigma do direito**. Introdução à teoria e metódica estruturantes. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. Revisão da tradução por Denise Matos Marino. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

NOVAES, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e democrático de Direito. Coimbra: Almedina, 2006.

OPUSZKA, Paulo Ricardo; CARBONERA, Silvana Maria (*organizadores*). **Direito moderno e contemporâneo**. Perspectivas críticas. Pelotas: Delfos, 2008.

PORTUGAL, Constituição da República Portuguesa, de 25 de Abril de 1976. Disponível em < [http://debates.parlamento.pt/r3/dac/menu6\\_dac.aspx](http://debates.parlamento.pt/r3/dac/menu6_dac.aspx)> Acesso em 04 de novembro de 2011.

POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel (Organizador). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. Ed. Trotta: Madrid, 2005, p. 187-210.

SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder de reforma constitucional**. Salvador: Progresso, 1954

SANCHÍS, Luis Pietro. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Trotta: Madrid, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em

[http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/imprime\\_conteudo.asp?FIDT\\_CONTEUDO=56993](http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/imprime_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993) Acesso em: 31 de julho de 2011.

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

SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SIEYES, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: qu'est-ce que le Tiers état?**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito constitucional**. Anotações nucleares. 1ª ed. (ano 2001), 8ª triagem. Curitiba: Juruá, 2008.

\_\_\_\_\_. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 145-165, abr/jun 2005.

TAVARES, André Ramos, **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1995.