

**CONTRIBUIÇÕES DA METÓDICA ESTRUTURANTE PARA OS
LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL
CONTRIBUTIONS OF METHODOLOGICAL STRUCTURING TO THE
LIMITS OF CONSTITUTIONAL MUTATION**

Iara Menezes Lima^{*}

João André Alves Lança^{**}

RESUMO: O presente trabalho investiga as contribuições da teoria da metódica estruturante, desenvolvida pelo jurista alemão Friedrich Müller, ao estudo das mutações constitucionais e o estabelecimento de limites a este fenômeno. A teoria estruturante do direito concebe a norma jurídica a partir de um modelo estruturado, composto pelo “programa normativo”, que se refere ao seu teor literal, e pelo “âmbito normativo”, que é o recorte da realidade regulado e selecionado pelo primeiro. A norma jurídica é igualmente cointegrada pelo texto da norma e pela realidade correspondente, obtida construtivamente por um processo de concretização. A partir dessas concepções, será demonstrado que a mutação constitucional corresponde a uma modificação de conteúdo ocorrida no interior da própria norma e limita-se até onde caminha a compreensão de seu texto, frente à realidade alterada. Nesse sentido, os limites e as possibilidades da mutação constitucional são delineados pelo próprio texto normativo.

PALAVRAS-CHAVE: Metódica Estruturante. Norma Jurídica. Texto da Norma. Mutação Constitucional.

ABSTRACT: The present work investigates the contributions of methodical structuring theory, developed by German jurist Friedrich Müller, to the study of the constitutional mutation and, the establishment its limits. The structuring theory of law conceives the juridical norm from a structured model consisting of the "normative program", which refers to its wording, and the "normative scope", which is the piece of reality regulated and selected by first. The legal standard is co-integrated by the text and by the reality for that selected, obtained by a constructive implementation process. Based on these concepts, it will be demonstrated that the constitutional mutation corresponds to a change of content, which occurs within the standard itself and which is limited by understanding of its text, before the altered reality. In this sense, the limits and possibilities of the constitutional mutation are outlined by the normative text.

^{*} Graduada em Direito, Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Graduada em Filosofia, pela Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia (FAJE). Professora Adjunta de Direito Constitucional, na Graduação e Hermenêutica Jurídica, na Pós-Graduação, na Faculdade de Direito da UFMG. Endereço eletrônico: iaramenezeslima@yahoo.com.br.

^{**} Mestrando em Direito pelo programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Endereço eletrônico: joaoalanca@gmail.com.

KEYWORDS: Methodical Structuring. Juridical Norm. Text of Norm. Constitutional Mutation.

1 INTRODUÇÃO

Os processos formais e informais de modificação das constituições são imprescindíveis e inerentes a todo sistema constitucional aberto, o que é característico dos contemporâneos Estados Democráticos de Direito. A dinamicidade das transformações sociais conduz à necessidade de constantes alinhamentos da constituição.

Diante dessa realidade, o presente trabalho tem por objeto investigar as contribuições da teoria da metódica estruturante ou teoria estruturante do direito, desenvolvida pelo autor alemão Friedrich Müller (2008; 2009; 2010), para o estudo dos limites dos processos informais de mudança da constituição, os quais são denominados mutação constitucional.

Semelhantemente aos limites dos processos formais de modificação da constituição – reforma constitucional –, o estudo dos limites às mutações constitucionais, embora tenha sido negligenciado ao longo dos últimos anos do constitucionalismo contemporâneo, visa à mesma finalidade: preservar o caráter normativo da constituição contra o arbítrio de seus operadores e todas as possíveis vias de sua irrupção, como lembra Hesse (1992).

A teoria da norma jurídica e do direito desenvolvida pela metódica estruturante, com o enfoque realista de separação entre texto de norma e norma e relação cointegrante entre norma e realidade, oferece importante suporte teórico para a discussão do tema.

Para a metódica estruturante, a aplicação das normas constitucionais constitui-se numa atividade de concretização, na qual não há identificação entre norma e texto de norma. A norma jurídica é estruturada pelos elementos do “programa normativo”, o qual se refere ao seu teor literal, e pelo “âmbito normativo”, que é o recorte da realidade social selecionado pelo primeiro. E é por meio do programa normativo e do âmbito normativo que se obtém a norma jurídica, a qual, para o caso concreto, equivale à “norma de decisão”.

Considerando esse modelo estrutural, as mutações constitucionais ocorrem diante de alterações que se verificam dentro do âmbito da realidade regulada pela norma (âmbito normativo), demarcado por seu teor literal (programa normativo). Assim, as mutações

constitucionais ficam limitadas até onde tais alterações não se confrontem com as compreensões possíveis do marco traçado pelo próprio texto normativo. Essa conclusão é possível, porque, para a metódica estruturante, tendo em vista a relação co-constitutiva entre texto de norma, norma e realidade, a mutação constitucional é concebida como a alteração de conteúdo ocorrida no interior da própria norma.

Este trabalho apresentará, num primeiro momento, os pontos principais da teoria estruturante do direito, passando pela estrutura da norma e a sua relação com o fenômeno normativo, enquanto que, na segunda parte, serão traçados os elementos conceituais da mutação constitucional e a contribuição para o estudo de seus limites, à luz dos pressupostos da metódica estruturante.

2 A METÓDICA ESTRUTURANTE

Esforço comum à construção teórica da ciência do direito tem sido a busca de concepções acerca da norma jurídica.

As primeiras vertentes do positivismo jurídico identificavam a norma jurídica com o texto legal expresso nos códigos. Por essa razão, viam na lei a fonte acabada e completa do direito, aplicável aos casos concretos de forma semelhante à lógica formal (LIMA, 2008). O fracasso dessas concepções ficou patente ao longo da história, diante de problemas fundamentais, como a percepção de uma realidade contingente e questões de limitação da linguagem (MÜLLER, 2008).

As correntes anti-positivistas (*e.g.* a Escola do Direito Livre), por outro lado, caíram no outro extremo, o do subjetivismo, embora no marco das escolas hermenêuticas clássicas tenha se percebido pensamentos moderados em relação a esses dois vértices (LIMA, 2003; MÜLLER, 2009).

Fato é que no final do século XIX e decorrer do século XX, surgiram dentro e fora do positivismo jurídico tentativas de superação das primeiras concepções modernas em torna da teoria do direito e da norma jurídica.

É no delinear desse contexto, que surge, em meados dos anos 60 do século passado, a teoria da metódica estruturante ou teoria estrutural do direito, a partir das obras do teórico

alemão Friedrich Müller, acompanhado, desde então, por outros importantes nomes do constitucionalismo ocidental, como o também alemão Konrad Hesse.

No comentário de Paulo Bonavides:

A Teoria estrutural do direito tem sido inegavelmente um enorme esforço de reflexão unificadora, que prende de maneira indissociável a dogmática, a metódica e a teoria da norma jurídica, com amplitude e profundidade jamais ousadas por qualquer outra teoria contemporânea sobre os fundamentos do direito. (BONAVIDES, 2009, p. 234-235).

Identificada por Müller (2009) como uma teoria pós-positivista, a metódica estruturante propõe uma compreensão estruturada do direito e da norma jurídica, em que o trabalho jurídico se revela num processo de construção, ou concretização, a ser realizado no tempo.

Segundo Bonavides, a metódica estruturante:

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

Com isso, tem-se a superação dos dualismos tradicionais entre “norma x caso” e “direito x realidade”, como também da ilusão da aplicação jurídica como mera atividade silogística, sem perder de vista o caráter normativo do direito e sua função de ordenação social (MÜLLER, 2009; CHRISTENSEN, 2009).

Os enunciados normativos são encarados como textos de normas, isto é, como pré-formas ou elementos iniciais da norma, que será produzida no transcurso da decisão. Para a teoria estruturante, não apenas inexistente norma jurídica *ante casum*, como os dados da realidade por ela regulada são co-constitutivos dela mesma. Conforme resume Müller: “Isso quer dizer que a norma jurídica não existe *ante casum*: o caso da decisão é co-constitutivo. O texto da norma no Código legal é (apenas) um dado de entrada do processo de trabalho chamado ‘concretização’.” (MÜLLER, 2009, p. 11).

Nesse sentido, conforme será tratado adiante, para a metódica estruturante a norma é composta pelos elementos do “programa da norma” e do “âmbito da norma”, a partir dos quais, mediante um procedimento dialético de compreensão, apreende-se a normatividade concretizada do fenômeno jurídico.

2.1 Texto da Norma, Estrutura da Norma e Normatividade

A teoria estruturante do direito propõe a superação do cisma entre norma e realidade. Uma norma jurídica não é um juízo hipotético isolado do seu âmbito de regulamentação ou, ainda, não é nenhuma forma colocada com autoridade por cima da realidade (MÜLLER, 2010). Ao contrário, conforme afirma Müller, a norma é:

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

A norma e seu texto não são realidades idênticas, assim como o texto da norma não contém a normatividade almejada pelo ordenamento jurídico. A dimensão textual da norma apenas dirige e limita as possibilidades legítimas e legais de concretização do direito (MÜLLER, 2010).

Ao lecionar sobre o tema, explica Rodolfo Viana Pereira, que a norma:

[...] não se identifica com o texto do preceito jurídico, mas é o resultado de um processo de concretização, metodologicamente estruturado, em que atuam outros elementos definidores da normatividade, notadamente, as circunstâncias fáticas relacionadas ao caso concreto. (PEREIRA, 2001, p. 166).

Para a metódica estruturante, os enunciados jurídicos não contêm em si a solução ou o comando concreto para os casos incidentes, bem como os conceitos jurídicos não são dotados de um sentido já acabado e pronto para ser aplicado (MÜLLER, 2010).

Assim, a norma jurídica deve ser compreendida como resultado de um modelo estruturado, em que o seu texto é (apenas) o dado inicial ou, em outras palavras, a “ponta do *iceberg*” do processo de aplicação do direito (MÜLLER, 2010, p. 54). A norma jurídica, na metódica estruturante, se transforma em um conceito complexo e impõe a tarefa de ser *produzida* em cada processo individual de decisão jurídica, por meio de uma atividade de concretização (MÜLLER, 2009, p. 149).

A norma compõe-se do “programa da norma” (ou programa normativo), que diz respeito ao seu teor literal, isto é, refere-se à ordem jurídica tradicionalmente concebida nos textos legais; e do “âmbito da norma” (ou âmbito normativo ou, ainda, domínio da norma) que, por sua vez, compreende o “recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma ‘escolheu’ para si, ou em parte criou para si, como seu âmbito de regulamentação [...]” (MÜLLER, 2010, p. 57-58).

Desse modo, o recorte social, que constitui o âmbito normativo, revela-se parte integrante da norma em mesmo nível hierárquico que o programa normativo. Isso significa que a realidade regulada é elemento da própria norma jurídica (MÜLLER, 2010).

Ademais, o âmbito normativo não constitui “uma soma de fatos, mas um nexo formulado em termos de possibilidade real de elementos estruturais que são destacados da realidade social na perspectiva seletiva e valorativa do programa da norma [...]” (MÜLLER, 2010, p. 59). A realidade regulada entra no horizonte visual da norma jurídica e da norma de decisão unicamente no enfoque indagativo determinado pelo programa da norma (MÜLLER, 2009).

O âmbito normativo pode ser gerado pelo próprio direito, como é o caso das prescrições referentes a prazos, datas, regras processuais e institucionais. Em outros casos, porém, o âmbito da norma reúne elementos de origem essencialmente extrajurídica, como são exemplos os princípios constitucionais.

Fato é que âmbitos de normas quase inteiramente gerados pelo direito são identificados no texto da norma, em maior grau, que as prescrições de gênese não jurídica. Esse é um dos motivos da alta mutabilidade das normas constitucionais, como é o caso das pertinentes a direitos fundamentais e a imperativos principiológicos. Nesse sentido, especialmente no direito constitucional, a investigação do âmbito da norma e o processo de concretização tornam-se decisivos para a obtenção da norma jurídica. Conforme comenta Müller:

No caso de prescrições de direito constitucional os âmbitos da norma frequentemente são fecundos e possuem um peso decisivo para a concretização. Por isso a práxis jurisprudencial de tribunais constitucionais tem um valor paradigmático em termo de conhecimento. (MÜLLER, 2010, p. 60).

Ressalva-se que ao ser fator co-constitutivo da norma jurídica, o âmbito normativo não se confunde com os pormenores materiais da conjuntura fática. O programa da norma

delimita o âmbito da norma a partir da totalidade dos fatos e circunstâncias sociais afetadas por sua prescrição. Dessa forma, tem-se o que se pode chamar de realidade qualificada pelo programa da norma. Com as palavras de Müller, “em virtude da sua conformação jurídica e da sua seleção pela perspectiva do programa da norma, o domínio da norma transcende a mera faticidade de um recorte da realidade extrajurídica.” (MÜLLER, 2010, p. 59).

Diante dessa natureza estrutural da norma jurídica, a *normatividade*, enquanto fenômeno de regulação da vida social, não se encontra unicamente no texto da norma, como esclarece Müller (2010), e tampouco se coloca à mercê das condições reais de poder, como propôs Lassale (1997). A normatividade designa o atributo dinâmico de uma norma, tanto de ordenar a realidade que a subjaz – normatividade concreta –, quanto de ser condicionada dialeticamente por essa realidade – normatividade materialmente determinada (MÜLLER, 2009; CHRISTENSEN, 2009). Ela resulta justamente da conjugação dinâmica dos elementos estruturais da norma, segundo explica Müller:

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

A normatividade, portanto, é fruto das normas jurídicas obtidas pelo trabalho de aplicação do jurista. Na conclusão de Christensen: “a normatividade é a regulamentação vinculante da vida social, não podendo assim caber aos textos de normas, mas somente às normas jurídicas criadas pelo operador jurídico como sujeito do processo de concretização.” (CHRISTENSEN, 2009, p. 240).

2.2 Da Aplicação do Direito como Concretização

Considerada a norma jurídica um modelo de ordenação estruturado, a interpretação de seu texto se revela, por mais importante que seja, apenas mais um dos elementos no processo de aplicação do direito (MÜLLER, 2010).

A compreensão estrutural da norma não concebe a aplicação do direito como um procedimento meramente cognitivo. O texto da norma se volta à regulação de situações concretas e somente na consideração dessas situações comprova sua normatividade. Da mesma forma, a aplicação do direito não é a aplicação de ordenações prontas e acabadas, como também não se subsume a conjuntos de fatos igualmente entendidos como concluídos e imutáveis (HESSE, 1998; MÜLLER, 2010).

Ao contrário, as prescrições e conteúdos valorativos, presentes nos preceitos jurídicos, somente podem ser satisfatoriamente compreendidos quando aplicados em situações concretas (PEDRA, 2009). Diante disso, aponta Müller que:

[...] o olhar se dirige ao trabalho concretizador ativo do “destinatário” e com isso à distribuição funcional dos papéis que, graças à ordem jurídico-positiva do ordenamento jurídico e constitucional, foi instituída para a tarefa da concretização da constituição e do direito. (MÜLLER, 2010, p. 57).

A metódica estruturante contempla, destarte, o processo de aplicação jurídica como atividade de concretização (MÜLLER, 2010). A concretização é o próprio processo de obtenção da norma jurídica, que apenas se conclui tendo em vista uma determinada situação fática, seja concreta ou fictamente modulada. Não possui a acepção de tornar mais concreta uma suposta norma jurídica genérica, que já estaria contida na lei; ao contrário, significa a “*construção* da norma jurídica no caso decisório individual” (MÜLLER, 2009, p. 150).

Sobre esse aspecto, com clareza disserta Canotilho:

Concretizar a Constituição traduz-se, fundamentalmente, no processo de densificação de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do *texto da norma* (do seu enunciado) para uma norma concreta – *norma jurídica* – que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da *norma de decisão* para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização. Esta “concretização normativa” é, pois, um trabalho técnico-jurídico; é, no fundo, o lado “*técnico*” do procedimento estruturante da normatividade. A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma; é, sim, **a construção de uma norma jurídica**. (CANOTILHO, 2002, p. 1185, grifamos).

Assim, concretizar não é o mesmo que interpretar, aplicar ou subsumir, à maneira do positivismo clássico, a norma ao caso. Também não é, segundo lembra Müller (2009), “individualizar” a norma jurídica na direção do caso individual “mais restrito”, como no positivismo da última fase de Kelsen. Como dito, “[...] concretizar significa *produzir* diante

da provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito” (MÜLLER, 2009, p. 152).

Para a metódica estruturante, portanto, interpretar o direito, na acepção tradicional do termo, seria apenas uma das etapas do processo de concretização (MÜLLER, 2010). Isso não significa, porém, a necessidade de abandonar o termo, mas compreendê-lo em uma superação de sentido. A partir da teoria estruturante do direito, a interpretação da norma jurídica deve ser vista como atividade “concretizante” (PEDRA, 2009).

A concretização opera-se na atividade do intérprete a partir do entendimento da norma a ser concretizada, resultante da sua “pré-compreensão” do texto e da realidade que o subjaz, por meio de um exercício dialético. Essa “pré-compreensão” vem atrelada à situação histórica, na qual se encontra o intérprete, cuja maturidade determina o seu “pré-juízo”, o que lhe fornece, segundo comenta Hesse (1998), um anteprojetado da ordenação regulativa.

Sobre o mencionado exercício dialético, Canotilho esclarece que são verificados os seguintes passos ou, com as palavras do próprio autor, pressupostos:

(1) Os pressupostos subjetivos, dado que o intérprete desempenha um papel criador (pré-compreensão) na tarefa de obtenção do sentido do texto constitucional; (2) os pressupostos objetivos, isto é, o *contexto*, atuando o intérprete como operador de mediações entre o texto e a situação em que se aplica; (3) relação entre o *texto* e o *contexto* com a mediação criadora do intérprete, transformando a interpretação em ‘movimento de ir e vir’ (círculo hermenêutico). (CANOTILHO, 2002, p. 1196).

A concretização somente se torna possível, desse modo, se, ao lado do contexto normativo, forem incluídas as circunstâncias da vida concreta, com as quais a norma se relaciona (HESSE, 1998).

Nesse processo, segundo detalha Müller (2009), a compreensão do intérprete parte das circunstâncias de fato, a partir das quais ele constrói hipóteses sobre o texto da norma, no sentido que considera “provavelmente pertinentes, segundo o seu conhecimento especializado” (MÜLLER, 2009, p. 152). Essas hipóteses permitem-lhe reduzir os fatos genéricos subjacentes à norma, em âmbito do caso. A seguir,

Com a ajuda de todos os elementos de trabalho que são, num primeiro momento, de natureza lingüística, i.e., com ajuda dos dados lingüísticos, ele elabora o programa da norma. Na medida em que os dados reais do âmbito material ou do âmbito do caso (ainda) são relevantes diante do programa da norma e compatíveis com ele, eles constituem o *âmbito da norma* [Normbereich]. O jurista interliga então o programa e

o âmbito da norma na norma jurídica formulada genericamente [...]. Essa norma jurídica ele individualiza num último passo na direção da norma decisória [...]. (MÜLLER, 2009, p. 152).

Há que se destacar o papel desempenhado pelos métodos hermenêuticos na atividade de concretização da norma jurídica (JOUANJAN, 2009). A atividade concretizante apenas se forma com o auxílio dos chamados elementos ou meios de trabalho (MÜLLER, 2008). Para tanto, rejeita-se a primazia exclusiva de um único método de interpretação, segundo anota Hesse:

A vinculação da interpretação à norma a ser concretizada, à (pré)-compreensão do intérprete e ao problema concreto a ser resolvido, cada vez, significa, negativamente, que não pode haver método de interpretação autônomo, separado desses fatores, positivamente, que o procedimento de concretização deve ser determinado pelo objeto da interpretação, pela Constituição e pelo problema respectivo. (HESSE, 1998, p. 65).

Os referidos meios de trabalho são os elementos de concretização da norma. Conforme sistematiza Müller (2009), os elementos de concretização são a princípio divididos em dois grupos. O primeiro abrange o esclarecimento do texto da norma e, por isso, refere-se também a questões de normas de linguagem; o segundo, por sua vez, abrange os passos da concretização que resultam da *análise do âmbito da norma* e da análise dos *elementos do conjunto de fatos* destacados como relevantes no processo de aplicação do direito (MÜLLER, 2010). Müller (2010) aponta, ainda, que, paralelamente a esses dois grupos, existem ferramentas auxiliares compreendidas pelos aspectos dogmáticos, técnicas de solução, elementos de teoria e de política constitucional.

Müller (2010) cita como elementos do primeiro grupo, os métodos tradicionais de interpretação (gramatical, histórico, sistemático e teleológico) e os princípios da interpretação constitucional (os princípios da unidade da constituição, da concordância prática, da força normativa da constituição, dentre outros).

Quanto aos elementos do âmbito da norma, Müller (2010) aponta como exemplo o estudo das condições reais a que se refere a prescrição jurídica, que exige do jurista atenção ao trabalho sociológico, no sentido amplo do termo, da ciência política, da economia e outros conhecimentos peculiares ao caso. Isso significa que não se poderá alcançar decisões razoáveis em matérias que envolvam elevado grau de dados extrajurídicos, como são, por

exemplo, os temas de bioética (pesquisas com células-tronco, aborto de anencéfalo, eutanásia, transgênicos, etc.), caso sejam ignorados os estudos específicos acerca dessas questões.

Dentre as mencionadas ferramentas auxiliares elencadas por Müller (2010), os elementos da dogmática referem-se à consulta de jurisprudência, precedentes, opiniões doutrinárias e outras “técnicas de comunicação no universo jurídico”; as técnicas de solução são instrumentos, máximas ou *topoi*, que auxiliam na busca dos pontos de vista, argumentativamente construídos, mais adequados à solução do caso; os elementos de teoria dizem respeito à influência que os paradigmas teóricos, como verdadeiras lentes pelas quais se enxerga, exercem sobre a compreensão das normas constitucionais e o grau de sua concretização; por último, os elementos de política constitucional, à semelhança dos aspectos de teoria, são elementos conformadores dos pontos de vista quanto à adequação, finalidade, pré-compreensão, ponderação de consequências e consideração valorativa de conteúdo das normas constitucionais.

Esses elementos auxiliares, todavia, somente devem ser usados para fins de comparação, delimitação ou clarificação de conteúdos de normas, não como premissas normativas (MÜLLER, 2010). Esclarece Müller que:

[...] uma parte dos elementos dogmáticos e teóricos, bem como os elementos da técnica de solução de juristas profissionalizados e os elementos de política constitucional não podem basear-se em textos de normas. Esses elementos estão restritos a funções auxiliares no transcurso da concretização. Enquanto não colidem com os fatores mais fortes, referidos aos textos das normas, eles podem aportar pontos de vista valiosos e fundamentar com maior riqueza de argumentos a decisão. No caso de conflitos metodológicos, eles recuam, no entanto, para um segundo plano. O mesmo vale, como já foi dito, para os fatos do âmbito material e do âmbito do caso; eles devem ceder a um programa oposto de norma. (MÜLLER, 2009, p. 153).

Müller (2009) ressalta que no caso de conflito entre os elementos de trabalho da concretização jurídica, a metódica estruturante impõe a primazia, por razões ligadas à democracia e ao Estado de Direito, àqueles vinculados aos dados lingüísticos. Assim, a teoria estruturante do direito estabelece, em casos de conflitos e crises, uma espécie de primado dos argumentos mais próximos do texto da norma, em nome da previsibilidade objetiva e da segurança contra toda forma de arbítrio (HESSE, 1998; MÜLLER, 2009). Esclarece Christensen que:

Isso significa, por exemplo, que no caso de resultados contraditórios dos diferentes elementos de concretização, um elemento metodológico no sentido estrito referido no texto da norma derrota um elemento meramente juspolítico ou um elemento dogmático não diretamente referido à norma. (CHRISTENSEN, 2009, p. 245).

O texto normativo, dessa forma, coloca-se como uma espécie de limite último das possibilidades de concretização jurídica, frente às dificuldades interpretativas e alterações da realidade regulada (HESSE, 1998; MÜLLER, 2009).

Esse aspecto de “primazia” dos dados textuais da norma se revela com especial importância nas situações em que se percebe a alteração dos elementos do âmbito normativo, provocando uma mudança de sentido da norma, sem a alteração de seu texto. Tais processos correspondem ao fenômeno da mutação constitucional, para o qual, nessa linha de raciocínio, a metódica estruturante oferece importantes contribuições para o estudo de seus limites.

Sobre a relação entre a dinamicidade do processo de concretização da norma e o aparecimento de mutações constitucionais, leciona Hesse:

Como essas particularidades, e com elas o “âmbito da norma”, estão sujeitas às alterações históricas, podem os resultados da concretização da norma modificar-se, embora o texto da norma (e, com isso, no essencial, o “programa da norma”) fique idêntico. Disso resulta uma “mutação constitucional” permanente, mais ou menos considerável, que não se deixa compreender facilmente e, por causa disso, raramente fica clara. (HESSE, 1998, p. 50-51).

Note-se, por fim, que a aplicação do direito como concretização caminha justamente no sentido de superação, de um lado, do dogma da evidência e da subsunção lógico-formal de normas supostamente acabadas, concepções presentes nas primeiras vertentes do positivismo e, de outro lado, daquelas concepções, referidas no início deste trabalho, que se aproximaram do subjetivismo e, assim, da falta de segurança jurídica. Não é por coincidência, que a teoria estruturante do direito rejeita a tarefa de aplicação do direito como reelaboração de algo já efetuado e, ao mesmo tempo, afasta-se do processo interpretativo que ignora a função limitadora do texto da norma (MÜLLER, 2010).

3 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E SEUS LIMITES

A presença de processos de modificação do ordenamento constitucional é inerente e indispensável aos sistemas constitucionais abertos, que se propõem a realizar um constante alinhamento à realidade social e que, ao mesmo tempo, pretendem preservar a sua força normativa.

A evolução histórica e o caráter lacunoso do sistema jurídico impõem inevitavelmente a necessidade de constantes revisões e atividades criativas em relação aos textos normativos (CANOTILHO, 2002; MEGALE, 2007). Como afirma Hesse (1998), a dialética instalada entre “rigidez” e “mobilidade” da constituição não é uma questão de alternativa, mas de esforço coordenativo. São elementos necessários porque:

[...] somente elas possibilitam satisfazer a transformação histórica e a “diferenciabilidade” das condições de vida [...] porque elas, em seu efeito estabilizador, criam aquela constância relativa, que somente é capaz de preservar a vida da coletividade de uma dissolução em mudanças permanentes, imensas e que não mais podem ser vencidas. (HESSE, 1998, p. 45).

Nesse sentido, a eficácia dos ordenamentos constitucionais passa necessariamente pela inevitabilidade de coordenação entre rigidez e mobilidade. Na lição de José Afonso da Silva (2005), a estabilidade das constituições não pode ser absoluta, nem deve significar imutabilidade, pois não há que se falar em constituição imutável diante da realidade social cambiante, uma vez que não é ela apenas instrumento de ordem, mas, também, de progresso social. Para tanto, deve se assegurar: “[...] certa estabilidade constitucional, certa permanência e durabilidade das instituições, mas sem prejuízo da constante, tanto quanto possível, perfeita *adaptação das constituições às exigências do progresso, da evolução e do bem estar social.*” (SILVA, 2005, p. 42). E, como bem elucidada Hesse,

O persistente não deve converter-se em impedimento onde movimento e progresso são dados; senão o desenvolvimento passa por cima da normalização jurídica. O movente não deve abolir o efeito estabilizador das fixações obrigatórias; senão a tarefa da ordem fundamental jurídica da coletividade permanece invencível. (HESSE, 1998, p. 45).

Nessa mesma linha, importante é o comentário de Loewenstein (1976), para quem a constituição é um “organismo vivo”, sempre dinâmico e em constante movimento, submetido a uma realidade que é captada a partir de forças extrajurídicas, e, por isso, não pode ser reduzida a um sistema de fórmulas rígidas. A reforma e a mutação constitucional são, então,

formas de manutenção do processo de acomodação do direito constitucional à realidade (PEDRON, 2011).

Nesse quadro, os processos de mudança da constituição adquirem função central e inerente ao sistema jurídico, como garantia da dualidade entre a preservação de seu caráter normativo, enquanto ordenação para o futuro, e a necessidade de atualização dinâmica frente às crescentes demandas das relações sociais. Dentre esses instrumentos de alteração e atualização normativa se encontram as chamadas mutações constitucionais.

3.1 Elementos Conceituais

As constituições, via de regra, são objeto de alterações por duas vias: processos formais, chamados de reforma constitucional; e processos informais, no qual se opera a mutação constitucional (SILVA, 2005).

A reforma constitucional, consoante ensina José Afonso da Silva (2005), é o processo formal de mudança das constituições rígidas, pela atuação de certos órgãos, mediante determinadas formalidades estabelecidas na própria constituição, na qual ocorre a alteração de algum aspecto do texto normativo propriamente dito¹. A mutação constitucional, por sua vez, consiste, na lição do constitucionalista brasileiro, num processo informal de modificação da constituição, por via da interpretação judicial, da tradição, dos costumes, etc., na qual ocorre uma modificação de sentido, sem alteração dos aspectos textuais da norma (SILVA, 2005).

Entre os primeiros a tratar do fenômeno da mutação constitucional estão os autores alemães Paul Laband, Georg Jellinek e Hsü Dau-Lin (BULOS, 1998; PEDRA, 2009).

Paul Laband estudou a constante manipulação do texto constitucional pelo *Reich* alemão e constatou que na constituição poderiam ser encontrados tanto dispositivos de significado subordinado e passageiro, de escasso interesse para o povo, quanto, por outro lado, dispositivos que expressam a essência real do direito, a qual poderia experimentar

¹ No caso da Constituição brasileira de 1988, a reforma constitucional é prevista por meio de emendas à constituição (art. 60, CR/88) e de revisão constitucional (art. 3º, ADCT), a qual foi determinada para ocorrer, uma única vez, passados um mínimo de cinco anos após a promulgação da Constituição, e deu azo às Emendas Constitucionais de Revisão n. 1 a 6, todas de 1994.

modificações significativas, sem alteração do seu aspecto textual (BULOS, 1997; PEDRA, 2009).

Para Laband, a alteração informal da constituição poderia se dar: (1) pela regulação das leis do Império sobre os elementos centrais do Estado não previstos ou previstos de modo colateral pela constituição; (2) por modificações dos elementos centrais do Estado por meio de leis do Império que contradizem o conteúdo da constituição; e (3) pela alteração dos elementos centrais do Estado por meio de usos e costumes dos Poderes Públicos (PEDRON, 2011).

George Jellinek (1981), partindo da obra de Laband, deu continuidade ao estudo das mutações constitucionais, embora apenas tenha proposto como traço distinto a inclusão do critério da intencionalidade. Para George Jellinek, a reforma constitucional seria uma modificação intencional e voluntária da constituição, enquanto que as mutações constitucionais seriam alterações não necessariamente intencionais da constituição, sem a modificação de seu texto (PEDRA, 2009; PEDRON, 2011). Escreveu o publicista alemão:

Por reforma da Constituição entendo a modificação dos textos constitucionais produzida por ações voluntárias e intencionadas. E por mutação da Constituição, entendo a modificação que deixa inerte o seu texto, sem mudá-lo formalmente, produzida por fatos que não têm que ser acompanhados pela intenção, ou consciência, de tal mudança. (JELLINEK *apud* BULOS, 1997, p. 55, tradução nossa).²

Segundo Pedron (2011), Jellinek descreve a *reforma* da constituição como um movimento que pode assumir três possibilidades: (a) a constituição pode simplesmente ser abrogada; (b) a constituição pode passar por uma alteração no seu texto; e (c) pode se dar uma alteração tácita da constituição pela aprovação de leis infraconstitucionais posteriores.

Hsü Dau-Lin, por sua vez, pautado nas obras de seus antecessores (Laband, Jellinek e Smend), emprestou especial contribuição ao tema, ao ter estudado o fenômeno de modo específico e, assim, buscado sistematizar o conteúdo da teoria da mutação constitucional (PEDRA, 2009; PEDRON, 2011).

O autor identificou a razão das mutações constitucionais na separação entre o ordenamento constitucional positivado e a realidade. Acompanhou a doutrina alemã que via

² “Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales produzida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación”.

na mutação uma modificação lenta das normas constitucionais, sem interferência do poder de reforma (BULOS, 1997; PEDRA, 2009). Assim, na sistematização de Hsü Dau-Lin, conforme lembram Pedra (2009) e Pedron (2011), podem existir quatro grupos de mutação constitucional: (I) mutação constitucional pela prática que não vulnera formalmente a constituição escrita; (II) mutação constitucional por impossibilidade do exercício de certa atribuição contida na constituição; (III) mutação constitucional em razão da prática contrária a constituição; e (IV) mutação constitucional mediante interpretação constitucional.

Considerando esse quadro, segundo Hesse (1992), a “antiga doutrina alemã” concebia a ocorrência das mutações constitucionais, em resumo, de duas formas: (i) na modificação lenta e imperceptível da aplicação das normas constitucionais, permanecendo o mesmo texto, mas com sentido diverso do original; e (ii) no fenômeno em que se passasse a produzir uma práxis em contradição com o texto ou com qualquer sentido possível da constituição, hipótese em que se instalaria uma oposição entre realidade constitucional e a constituição (HESSE, 1992).

Todavia, dando tratamento diverso ao tema, Hesse (1992) objeta, em primeiro lugar, que ao contrário do que escreveram os referidos autores alemães, o processo de mutação constitucional não está necessariamente ligado ao decurso de tempo ou à longevidade de vigência da constituição. A mutação constitucional pode ocorrer ao longo de anos ou no decorrer de curto prazo. Da mesma forma, entende o autor que não deve constituir característica do conceito de mutação constitucional o fato de tal fenômeno ocorrer implícita ou tacitamente. O que se poderia dizer é que o processo de mutação constitucional não implica necessariamente na consciência de sua realização, pois o que realmente importa é a mudança de sentido, fato que não passará despercebido por um intérprete atento (HESSE, 1992).

O conceito de mutação constitucional deve se restringir, portanto, partindo das concepções de Hesse (1992; 1998), ao fenômeno caracterizado pela modificação do conteúdo das normas constitucionais, em que esta, conservando o mesmo texto, recebe uma significação diferente.

Semelhante é a posição de Loewenstein (1976), que por mutação constitucional entende ser a transformação, no plano da realidade, da configuração do poder político, da estrutura social ou do equilíbrio de interesses, sem que essas mudanças sejam atualizadas no documento constitucional.

Nesse sentido, não se trata de mutação constitucional, segundo Hesse (1992), a situação de contradição entre determinada práxis e o texto constitucional (realidade constitucional *versus* constituição). O que estaria em discussão não seria a mudança de sentido ou de conteúdo da norma, mas o que uma determinada sociedade entende como prática materialmente constitucional. Tal situação reclamaria a figura da reforma constitucional (HESSE, 1992; 1998).

Rejeita-se, assim, posições como a do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Eros Grau, proferida em seu voto no julgamento da Reclamação n. 4335/AC³, para o qual a mutação constitucional decorreria da “corrosão” da norma constitucional em face da realidade ou de um conflito entre a “Constituição formal e a Constituição material”.

Para Hesse (1992), tais posições estariam equivocadas porque, considerando o caráter estrutural da norma jurídica, as alterações do conteúdo das normas constitucionais ocorrem no próprio interior da norma. Nesse sentido, a mutação constitucional apenas pode ocorrer no perímetro delineado pelas possibilidades de interpretação do texto da constituição, e não pela prática contrária aos termos desta.

As conclusões do autor ambientam-se, assim, no marco teórico da metódica estruturante, segundo a qual, não pode haver concretização de normas jurídicas, que transborde do âmbito selecionado por sua própria dimensão textual (programa da norma) (HESSE, 1998; MÜLLER, 2010).

3.2 Limites à Mutação Constitucional: Mudança “no Interior” da Norma

³ A Reclamação n. 4335/AC insurgiu-se contra decisão judicial que negou progressão de regime à condenados por crime hediondo, sob o fundamento de que a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, declarada no *Habeas Corpus* n. 82.959, do STF, foi reconhecida em decisão com efeitos apenas *inter partes*, pois proferida em âmbito de controle difuso de constitucionalidade. Para a decisão judicial reclamada, a inconstitucionalidade do referido dispositivo somente teria efeitos *erga omnes*, caso o Senado Federal retirasse a sua eficácia, nos termos do art. 52, X, da CR/88. Nesse julgamento, os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau assinalaram, em seus votos, que o caso tratava-se de uma mutação constitucional do referido dispositivo, de modo que se deveria conferir efeitos *erga omnes* também às inconstitucionalidades reconhecidas em controle difuso de inconstitucionalidade. As informações acerca dos votos já proferidos foram colhidas na tese intitulada “A Mutação Constitucional na Crise do Positivismo Jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade”, de Flávio Barbosa Quinaud Pedron, publicada em 2011. Até o momento de finalização deste artigo, o julgamento da Reclamação n. 4335/AC, do STF, ainda não havia sido concluído, estando os autos conclusos ao Ministro Ricardo Lewandowski, após pedido de vista, conforme verificado no sítio eletrônico do STF, em 31.08.2012.

Como visto, por ser a mutação constitucional processo informal de mudança da constituição, protagonizado essencialmente por intérpretes do texto constitucional, revela-se indispensável a preocupação com o estudo dos limites desse fenômeno. Sobre a necessidade de fixação de tais parâmetros, afirmou Hesse, um dos primeiros a lançar luzes sobre o tema:

O tribunal, no entanto, encontra-se submetido à Constituição, pelo que necessita de parâmetros mais claros, que permitam responder à pergunta se houve uma mudança da Constituição. [...] Quando faltam tais parâmetros, então não cabe distinguir entre atos constitucionais e inconstitucionais porque a afirmação sempre possível da existência de mutação constitucional não pode ser provada, nem refutada. Isso nos obriga a levantar a questão relativa aos limites da mutação constitucional. (HESSE, 1992, p. 84-85, tradução nossa).⁴

A preocupação de Hesse (1992) voltou-se para o tema, tendo em vista o risco que tal fenômeno representa para a clareza de sentido e normatividade da constituição. Desde meados da década de sessenta do século passado, o autor alertava que a possibilidade de mutação constitucional tem sido majoritariamente admitida, mas que sobre tal fenômeno não se teriam oferecido explicações satisfatórias (HESSE, 1992).

Tal alerta acerca da falta de estudos sobre os parâmetros da mutação constitucional é feito por doutrinadores até os dias de hoje (PEDRA, 2009).

Não é coincidência, haja vista a própria complexidade do tema, que existam doutrinadores, como é o caso do constitucionalista brasileiro Uadi Lammêgo Bulos, que entendem não ser “[...] possível delimitar os limites da mutação constitucional, porque o fenômeno é, em essência, o resultado de uma atuação de forças elementares, dificilmente explicáveis” (BULOS, 1997, p. 91). Escreve Bulos:

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

⁴ “El tribunal, sin embargo, se encuentra sometido a la Constitución, por lo que necesita de parâmetros lo más claros posibles que permitan responder a la pregunta de si se há producido en cambio de la Constitución. [...] Cuando tales parâmetros faltan, entonces no cabe distinguir ya entre actos constitucionales e inconstitucionales porque la afirmación siempre posible de la existencia de una mutación constitucional no puede probarse ni refutarse. Esto obliga a plantearse la cuestión relativa a los limites de la mutación constitucional.”

através de interpretações maliciosas e traumatizantes, não pode ser levado às últimas conseqüências, diante da realidade cotidiana dos diversos ordenamentos constitucionais. (BULOS, 1997, p. 91).

É inaceitável, entretanto, admitir a ausência de limites ao fenômeno da mutação constitucional, tendo em vista a gravidade de suas implicações para a vida de um Estado. Alie-se a isso, o fato de que toda alteração constitucional manifesta que as necessidades reais passaram a se valorar acima da normatividade constitucional positivada (HESSE, 1992).

Fato é, todavia, que ao longo dos últimos anos, muito se tratou dos limites à reforma constitucional – processos formais de mudança da constituição –, mas pouco foram os estudos produzidos em torno dos limites à mutação constitucional – processos informais de mudança da constituição. Não obstante, Hesse (1992) não hesita em lembrar que o estudo dos limites do fenômeno da mutação constitucional visa o mesmo objetivo do estudo dos limites da reforma constitucional: a garantia da constituição, o que exige o controle e o bloqueio das diversas vias de seu rompimento.

Diante disso, é que se busca as contribuições da metódica estruturante para a delimitação, ao menos vetorial, dos limites às mutações constitucionais.

O ponto de partida consiste na compreensão de que o próprio conceito de mutação constitucional e a obtenção de seus limites somente podem ser alcançados com clareza quando a modificação do sentido da norma é compreendida como mudança “no interior” dessa mesma norma; não, porém, como conseqüências de fatores produzidos fora da normatividade constitucional (HESSE, 1992).

Parte-se, assim, do caráter cointegrante da realidade à norma. A realidade, na medida em que é afetada pelo ordenamento normativo, é elemento integrante e constitutivo da própria norma, conforme a teoria estruturante do direito (HESSE, 1992; MÜLLER, 2008).

Desse modo, tendo-se em vista as considerações da primeira parte deste trabalho, se a norma é integrada pelos dados da realidade, que compõem o seu “âmbito normativo”, as modificações ocorridas dentro desse âmbito, que é selecionado pelo “programa normativo”, logicamente levarão a uma modificação do conteúdo da própria norma. Apenas dentro desse quadro, é que poderia haver uma mutação constitucional (HESSE, 1992).

Ressalva-se, que nem toda mudança fática levará à modificação do âmbito normativo e, assim, do conteúdo da norma. O que decide se certa modificação de ordem fática é relevante ou não para o conteúdo da norma é a moldura extraída da interpretação de seu texto, ou seja, extraída do programa normativo. Apenas na medida em que o fato modificado for

relevante para a alteração de conteúdo da norma e permanecer no horizonte do programa normativo, é que se poderá dizer que há uma mudança informal da constituição. Com as palavras de Hesse:

[...] se a norma abarca os dados da realidade afetados pelo “programa normativo” como parte material integrante dela mesma, o “âmbito normativo”, as modificações deste último devem levar a uma modificação de conteúdo da norma. Nem todo fato novo pertencente ao setor da realidade regulada pela norma, o âmbito objetivo, é capaz de provocar tal modificação. A instância que decide se a alteração fática pode ser relevante para a norma, é dizer, se o fato modificado pertence ao âmbito normativo, é o programa normativo que se contém substancialmente no texto da norma constitucional. [...] Apenas se este fato novo ou modificado pertencer ao âmbito normativo, é que se pode aceitar uma mudança da norma. (HESSE, 1992, p. 100-101, tradução nossa).⁵

Considerando-se, portanto, que o conteúdo da norma constitucional somente pode ser alterado no interior do âmbito traçado por seu próprio texto, este é o marco – o texto normativo – em que se fixam os limites e as possibilidades da mutação constitucional (HESSE, 1992).

Isso significa que uma mutação constitucional ocorre quando a alteração da realidade regulada pela norma se opera de modo compatível com o espectro interpretativo do texto. Ao contrário, na medida em que essa nova realidade regulada transborda do halo de compreensão razoável do texto da norma, não mais se pode falar em mutação constitucional. Afirma Hesse:

Onde a possibilidade de uma compreensão lógica do texto da norma termina ou onde uma determinada mutação constitucional apareceria em clara contradição com o texto da norma, concluem-se as possibilidades de interpretação da norma e, com isso, as possibilidades de uma mutação constitucional. (HESSE, 1992, p. 101-102, tradução nossa).⁶

Nota-se, assim, que, na situação em que uma alteração do âmbito da norma constitucional aparecer em clara contradição com o seu texto, tal modificação não pode ser considerada uma mutação constitucional válida ou aceitável. Pelo mesmo motivo, como já

⁵ “[...] si la norma abarca los datos de la realidad afectados por el “programa normativo” con parte material integrante de la misma, el “âmbito normativo”, las modificaciones de este último deben llevar a una modificación de contenido de la norma. No todo hecho nuevo perteneciente al sector de la realidad regulado por la norma, el ámbito objetivo, es capaz de provocar tal modificación. La instancia que decide se el hecho modificado pertenece al ámbito normativo es el programa normativo que se contiene sustancialmente en el texto de la norma constitucional. [...] Sólo en tanto este hecho nuevo o modificado resulte perteneciente al ámbito normativo puede aceptarse también su cambio de la norma.”

⁶ “Donde la posibilidad de una comprensión lógica del texto de la norma termina o donde una determinada mutación constitucional apareciera en clara contradicción con el texto de la norma, concluyen las posibilidades de interpretación de la norma y, con ello, las posibilidades de una mutación constitucional.”

mencionado, não pode ser considerada mutação constitucional a hipótese do exercício de uma prática contrária a qualquer sentido possível da constituição positivada. O texto constitucional revela-se, assim, tanto como limite, como também fator de possibilidade das mutações constitucionais. Afirma Hesse: “Para a interpretação constitucional, que parte do primado do texto, é o texto limite insuperável de sua atividade. A amplitude das possibilidades de compreensão do texto delimita o campo de suas possibilidades tópicas.” (HESSE, 1998, p. 70).

Acerca dos limites impostos pelo próprio texto da norma, com precisão, também afirma Streck:

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

O aparecimento de uma suposta modificação interpretativa, ou até mesmo de uma prática social, em claro conflito com a compreensão do texto da norma, enseja, na verdade, um quadro de inconstitucionalidade. Tratar-se-á de um “rompimento da constituição” ou, conforme preferem alguns doutrinadores, de uma mutação inconstitucional (BULOS, 1997; PEDRA, 2009).

A propósito, esclarece Pedra, que a mutação inconstitucional

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

Seguindo, todavia, um rigor conceitual, sequer poderia se admitir a figura da mutação inconstitucional, pois “não existe realidade constitucional *contra constitutionem*” (HESSE, 1998, p. 51). Se uma suposta mutação constitucional não se restringe ao perímetro traçado pelo texto da constituição, o que, verdadeiramente, ocorre é o fenômeno do “rompimento constitucional”, e não mutação, seja ela constitucional ou inconstitucional. Vale repetir, que a interpretação ou a prática que transborda o referido marco, revela, na verdade, um descompasso entre a realidade e a constituição escrita, ou seja, um conflito entre o que se deseja como constituição e o que ela positivamente é (realidade constitucional x constituição

escrita), o que deve abrir espaço para um procedimento de reforma (HESSE, 1992). Sobre essa observação, comenta Hesse:

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

As mutações, logicamente, em virtude da amplitude e abertura de muitas disposições constitucionais, podem assumir sentidos diferentes, em torno de um mesmo dispositivo, ao longo da prática constitucional de um Estado (HESSE, 1992). A situação problemática⁷ começa, contudo, onde terminam as possibilidades de uma mutação constitucional. “Onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição” (HESSE, 1998, p. 69-70).

Um quadro de rompimento da constituição, portanto, deve ser sempre evitado ou encarado como provisório, caso não seja possível preservar uma fidelidade hermenêutica à compreensão textual da constituição, frente a alterações emergentes da realidade (HESSE, 1998). Tais “rompimentos inevitáveis” devem ser acompanhados, todavia, o mais rápido possível de procedimentos de reforma pelo Poder Constituinte.

Caso emblemático na jurisprudência brasileira, em que se aplicam tais considerações, foi o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132, em que o STF reconheceu às uniões homoafetivas o *status* de entidade familiar, aplicando-lhes o regime jurídico da união estável, não obstante à clara barreira textual quanto à definição de casamento e de união estável extraídas da Constituição da República.

Pelo art. 226, *caput*, da CR/88, não se encontra dificuldades para se admitir uma evolução no conceito de família, permitindo uma mutação constitucional que acolha também as uniões homoafetivas como unidade familiar, semelhantemente ao que já se reconhece a

⁷ Na obra de Hesse, as referências ao termo problema e à expressão situação problemática estão ligadas ao estudo da tópica em Theodor Viehweg, segundo o qual: “O aspecto mais importante na análise da tópica constitui a constatação de que se trata de uma técnica do pensamento que está orientada para o *problema*. [...] A tópica pretende proporcionar orientações e recomendações sobre o modo como se deve comportar numa determinada situação caso não se queira restar sem esperança. Essa constitui-se, portanto, a técnica do pensar problematicamente.” (VIEHWEG, 2008, p. 33-34). Para o autor, em linhas gerais, o nome problema se dá à questão que consinta aparentemente mais de uma resposta e que pressuponha uma compreensão provisória (VIEHWEG, 2008, p. 34).

outras entidades não formadas pela união entre homem e mulher^{8 9} (SILVA, 2005; FARIAS, ROSENVALD, 2008). Entretanto, o § 3º, do referido dispositivo, diz claramente que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Assim, o texto da Constituição é claro em caracterizar a união estável como a união entre homem e mulher, assim como o casamento, conforme indica também no § 5º, do mesmo art. 226. Entretanto, não há dúvida de que os imperativos da igualdade e das novas concepções sociais do comportamento humano conduziram o STF ao reconhecimento “emergente” da união homoafetiva como entidade familiar. A equiparação, todavia, ao regime da união estável, ou até mesmo ao do casamento, como já vem ocorrendo¹⁰, deve ser encarada de maneira provisória, tendo em vista a ausência de fundamento legal e o claro descompasso que instala em relação ao texto da Constituição. Tal situação, não apenas em nome da preservação tanto quanto possível da seriedade da Constituição, como também em nome da segurança jurídica, deve dar lugar a uma urgente atuação dos representantes legislativos em torno de um procedimento de reforma constitucional ou elaboração de um regimento diverso aplicável às uniões entre pessoas do mesmo sexo, conciliável tanto com o texto normativo, quanto com a nova compreensão dos preceitos constitucionais em relação à matéria.

Observe-se, por fim, que o estabelecimento do texto da Constituição, como barreira limítrofe para a interpretação e, conseqüentemente, para as mutações constitucionais, deve ser encarado sistematicamente. Isto é, os limites e possibilidades das mutações constitucionais vão até onde permitir a elasticidade da unidade do texto constitucional (PEDRA, 2009).

Isso significa uma especial importância não só da interpretação sistemática, mas, sobretudo, do princípio hermenêutico da unidade da constituição e seus consectários. Assim, a partir da compreensão do texto como limite, outros marcos podem ser citados, como o próprio princípio da unidade constitucional e o da concordância prática. Além desses, pode se

⁸ Por exemplo, para fins de impenhorabilidade do bem de família, tem-se reconhecido o *status* de entidade familiar até mesmo aos solteiros e celibatários (SILVEIRA, 2010).

⁹ Sobre a dinamicidade da noção de família comentam Farias e Rosenvald: “É inegável que a multiplicidade e variedade de fatores (de diversas matizes) não permitem fixar um modelo familiar uniforme, sendo mister compreender a família de acordo com os movimentos que constituem as relações sociais ao longo do tempo. Como bem percebeu a historiadora francesa Michelle Perrot, ‘a história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas’, deixando antever a variabilidade histórica da feição da família, adaptando-se às necessidades sociais prementes de cada tempo.” (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 3).

¹⁰ E.g., conforme reportagem no periódico *on-line* da Revista Veja, no dia 18 de agosto de 2012, ocorreu o primeiro casamento homossexual do município de São Paulo, o qual, no entanto, não é o primeiro caso verificado no Brasil (Revista Veja. São Paulo realiza primeiro casamento gay da cidade. *Revista Veja [on line]*, 2012).

destacar o limite, citado por Pedra (2009), da vedação ao retrocesso na interpretação de direitos fundamentais e a teoria do “limites dos limites”, segundo a qual, em linhas gerais, o “conteúdo essencial dos direitos fundamentais” não pode ser reprimido pela mudança de sentido ou concretização de outra norma constitucional, seja via interpretação ou regulação legislativa (SILVA, 2009).

A teoria dos limites dos limites, cunhada pela doutrina alemã¹¹ preocupada em criar critérios para as restrições aos direitos fundamentais, consiste na ideia fulcral de que existe um núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias que não pode ser violado, mesmo em casos que o legislador esteja autorizado a editar normas restritivas a esses direitos (SANTIAGO, 2012). Os direitos fundamentais, considerando esse conteúdo essencial, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade (ALEXY, 2008). A teoria dos limites dos limites, assim, partindo da natureza normativa da constituição, desencadeada pelo dado inicial prescrito por ser texto, constitui claro limite à concretização e, conseqüentemente, à mutação constitucional, que envolvam normas de direitos fundamentais.

O estabelecimento do marco textual, encarado como ponto de partida para os limites da mutação constitucional, permite, portanto, a manutenção de funções essenciais da constituição, em especial as de estabilização, racionalização e limitação do poder, pois são funções que exigem, dentro de um sistema constitucional escrito, estrita vinculação ao texto normativo (HESSE, 1992).

Por outro lado, consciente é a ressalva feita por Hesse (1992), de que a fixação do texto como limitação às mutações constitucionais não significa uma garantia absoluta. Pelo contrário, depende sempre do esforço argumentativo a delimitação do campo de elasticidade do texto constitucional. Aliás, é justamente por não ser a constituição um sistema concluído e uniforme que ela requer um procedimento de concretização vinculado aos traços objetivos da norma, no qual se encontrem pontos de vista dirigentes e balizadores das decisões, tão evidentes quanto possível (HESSE, 1998).

Não obstante, ao se considerar o texto da norma como limite à mutação constitucional, ter-se-á alcançado uma garantia, mesmo que não absoluta. Além disso, tal garantia não limita a capacidade de adaptação da constituição ao ponto de impedi-la de

¹¹ As concepções da teoria dos limites dos limites ganharam espaço após a positivação da Lei Fundamental da República Federal alemã, de 1949, que no seu art. 19, § 2º, diz que: “em caso algum pode um direito fundamental ser afetado no seu conteúdo essencial” (ALEXY, 2008; SANTIAGO, 2012). Dispositivo semelhante é encontrado também na Constituição de Portugal e na da Espanha (SANTIAGO, 2012).

responder às contingências históricas. As dificuldades decorrentes da submissão da realidade cambiante aos limites do texto normativo poderão levar à reforma constitucional – solução que servirá à clareza e à preservação normativa da constituição, afastando concretizações ofensivas ao sentido razoável de seus dispositivos (HESSE, 1992).

4 CONCLUSÃO

A teoria estruturante do direito trouxe indispensáveis contribuições para uma concepção coerente da teoria da norma jurídica e do direito. Com precisão científica, supera as ilusões e dogmas do positivismo clássico, desmitificando as máximas da evidência e aplicação do direito concebida como subsunção lógico-formal de normas supostamente acabadas, enquanto que, por outro lado, rejeita as linhas subjetivistas e a crença em uma “força normativa do fático” fora da experiência normativa.

Não é por coincidência, nesse sentido, que a metódica estruturante encara o texto da norma como dado de entrada do fenômeno normativo, voltado para a realidade e por ela integrado. A norma jurídica não é algo acabado, mas se volta para a regulação de situações concretas e somente na integração dessas situações é que pode fornecer a direção para os casos individuais. A norma é, portanto, um modelo estruturado cointegrado pelo “programa normativo”, que diz respeito ao aspecto literal, e pelo “âmbito normativo”, que é o recorte fático selecionado da realidade regulada, obtido por meio de um processo hermenêutico-criativo de concretização.

Por não ser, dessa forma, um dado acabado, a norma constitucional se sujeita a constantes modificações de conteúdo, na medida em se altera a realidade regulada, sem que se verifique uma modificação em sua dimensão textual. Diante dessa situação, ocorrem os processos de mutação constitucional, que, por isso mesmo, são encarados, na metódica estruturante, como alterações de conteúdo ocorridas no interior da própria norma.

Nesse sentido, é possível delimitar os limites e até mesmo as possibilidades dos processos de mutação constitucional em torno da compreensão do texto da norma. Se a alteração na realidade não pode ser conciliada com as compreensões possíveis e razoáveis do

texto normativo, esgotam-se as possibilidades e fixam-se os limites de uma eventual mutação constitucional.

Assim, na mesma medida em que a existência das mutações constitucionais, mais comuns que os processos de reforma, emprestam indispensável serviço à atualização constitucional e, enquanto tal, à manutenção de sua própria força normativa, o estudo de seus limites caminha, com igual importância, para o controle do extremo da banalização do compromisso escrito e da manipulação arbitrária de seus dispositivos, ainda que em resposta ao clamor social.

A integridade constitucional, contra as diversas formas de irrupção de seu conteúdo, deve, portanto, préstimos às contribuições da metódica estruturante para a compreensão dos limites à mutação constitucional.

Toda alteração constitucional, nesse sentido, que transborde das possibilidades de interpretação do texto da norma, não tratar-se-á mais de mutação constitucional. Pelo contrário, deverá abrir espaço para um processo de reforma constitucional. Dessa forma, as situações em que não for possível a preservação do sentido razoável do texto da norma, em virtude de necessidades urgentes da sociedade, as alterações da constituição devem ser tratadas como casos provisórios de ruptura constitucional, diante dos quais se impõe à comunidade e aos legisladores o dever de atualização formal de seu texto. Esse esforço, necessário a todos, preservará não só a clareza das normas constitucionais, como levará a sério a sua função limitadora do poder.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. Teoria estrutural do direito de Friedrich Müller. In: MÜLLER, Friedrich. *O Novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 233-235.

BRASIL. Constituição da República Federativa Brasileira de 1988. *Diário Oficial da União*. Brasília, 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132. Relator: Ministro Ayres Britto. 13 out. 2011. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628633>. Acesso em: 29 ago. 2012.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CRISTENSEN, Ralph. Teoria Estruturante do Direito. In: MÜLLER, Friedrich. *O Novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 235-248.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direitos das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da Republica Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1981.

JOUANJAN, Oliver. De Hans Kelsen a Friedrich Müller: Método jurídico sob o paradigma pós-positivista. In: MÜLLER, Friedrich. *O Novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 248-268.

LASSALLE, Ferdinand. *¿Qué es una constitución?* 5. ed. Barcelona: Ariel, 1997.

LIMA, Iara Menezes. *Hermenêutica Constitucional Clássica: métodos de interpretação e escolas hermenêuticas*. 2003. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

LIMA, Iara Menezes. Escola da Exegese. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 97, p. 105-122, jan./ jun. 2008.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. As lacunas da legislação: inevitabilidade do texto normativo diante do indeterminismo da vida. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: n. 96, p. 219-262, jul./dez. 2007.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MÜLLER, Friedrich. *O Novo Paradigma do Direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Teoria da Mutação Constitucional: limites e possibilidades das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização*. 2009. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. *A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade*. 2011. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

REVISTA VEJA. São Paulo realiza primeiro casamento gay da cidade. *Revista Veja [on line]*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/sao-paulo-realiza-primeiro-casamento-gay-da-cidade>>. Acesso em: 21 ago. 2012.

SANTIAGO, Denny Mendes. *As limitações aos direitos fundamentais: os limites dos limites como instrumento de proteção ao núcleo essencial destes direitos*. 2012. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

SILVEIRA, Aurélio Rezende. Abrangência da expressão “entidade familiar” na impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100528125203490&mode=print>. Acesso em: 10 ago. 2012.

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

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência: Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.