

A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E OS LIMITES À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL EM KONRAD HESSE

NORMATIVE FORCE OF THE CONSTITUTION AND LIMITS OF CONSTITUTIONAL MUTATION IN KONRAD HESSE

IARA MENEZES LIMA*
JOÃO ANDRÉ ALVES LANÇA**

RESUMO

O presente trabalho investiga o tema central da obra de Konrad Hesse: a força normativa da constituição, cujas raízes estão na sua crítica às concepções de Ferdinand Lassalle acerca da definição de constituição (constituição escrita ou “pedaço de papel” e constituição real ou “fatores reais do poder”). Hesse trabalha com os conceitos de constituição jurídica e “vontade de constituição”, sendo que para ele o ordenamento constitucional é condicionado, mas também força condicionante da realidade fática e das relações de poder existentes no seio da sociedade. E é nessa interdependência que se tem tanto as possibilidades, quanto os limites da força normativa da constituição. Ao lado desse tema central, também se investiga outro tema não menos relevante, que é a temática da mutação constitucional. Mesmo porque, são temas interligados, considerando-se que os limites à mutação constitucional são

ABSTRACT

This work investigates the central theme of the work of Konrad Hesse: the normative force of the constitution, rooted in his criticism of Ferdinand Lassalle conceptions about the definition of constitution (written constitution or “piece of paper” and real constitution or real factors of power). Hesse works with the concepts of juridical constitution and “will constitution”, and for him, the constitutional order is conditioned, but also is a determinant strength of the factual reality and power relations within society. And in this interdependence can be found the possibilities and the limits of the normative force of the constitution. Alongside this central theme, also investigates another subject not least important, that is the issue of constitutional mutation. After all, they are interconnected issues, considering that

* 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 Associada 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 da Faculdade de Direito da UFMG.

Endereço eletrônico: joaoalanca@gmail.com.

delineados pelo próprio texto normativo e se prestam à preservação da seriedade e função normativa da constituição jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Real. Constituição Jurídica. Vontade de Constituição. Força Normativa. Mutação Constitucional.

the limits of constitutional mutation are outlined by the normative text.

KEYWORDS: Real Constitution. Juridical Constitution. Will Constitution. Normative Force. Constitutional Mutation.

1. INTRODUÇÃO

Konrad HESSE (1992), na busca pela afirmação da força normativa da constituição, contrapõe-se ao pensamento de Ferdinand LASSALLE (1997), para quem as questões constitucionais não são primordialmente questões jurídicas, mas questões de poder. Nesse sentido, a constituição de um país seria composta pelas efetivas relações de poder existentes em sua estrutura, a saber, *e.g.*: os poderes militar, social, econômico e espiritual (consciência e cultura geral).

Segundo LASSALLE (1997), essas relações efetivas de poder seriam as forças operativas condicionantes de todas as leis e instituições jurídicas da sociedade, dando corpo, pois, à constituição real de um país.

Na opinião de HESSE (1991; 1992), tal pensamento é fascinante e fácil de compreender, porque se assenta em uma visão realista da vivência social e política, descartando quaisquer ilusões, bem como porque aparentemente se respalda na experiência histórica. Contudo, para HESSE (1992), constituição é a constituição jurídica.

O propósito inicial do presente trabalho é investigar o pensamento de Konrad Hesse relativo à afirmação da constituição jurídica como ordenamento normativo capaz de determinar as relações de poder sócio-culturais e políticas de um país. E, em um segundo momento, investigar o pensamento do autor acerca dos limites à mutação constitucional.

Ressalta-se a relevância e atualidade desses temas não apenas para a academia, mas principalmente no que diz respeito à práxis constitucional.

2. A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

HESSE (1992), ao desenvolver seu pensamento sobre a força normativa da constituição, instaura um diálogo de contradição com a obra de Ferdinand Lassalle. Segundo LASSALLE (1997, p. 99), o que usualmente chamamos de constituição, a constituição jurídica (constituição formal), não passaria de um “pedaço de papel”. Sua capacidade reguladora e determinante não teria forças o bastante para alcançar senão o limite em que coincidiria com a chamada constituição real. Na medida em que não se configurasse essa coincidência, a constituição escrita sucumbiria ante as efetivas relações de poder existentes no Estado – ante, portanto, à constituição real. Afirma o autor que, a constituição de um país, em essencial, seria “[...] a soma dos fatores reais que regem o poder nesse país” (LASSALLE, 1997, p. 92).

HESSE (1992), todavia, procura alertar, desde o início da sua crítica, que o argumento favorável à supremacia da constituição real, justificado na alegação de haver uma inevitável falta de coincidência entre as relações fáticas e os ordenamentos escritos, não representa uma negação da constituição jurídica, pois a situação de conflito entre *ser* e *dever ser* sempre existe, e nem por isso o ordenamento jurídico deixa de ter normatividade.

A negação do direito constitucional justificar-se-ia apenas se a constituição fosse entendida unicamente como a reunião de forças fáticas apreendidas em um determinado momento. Todavia, as normas constitucionais não são apenas expressões das relações fáticas em constante mudança, mas preceitos voltados à ordenação dessas relações. Além disso, HESSE (1992) destaca que o direito constitucional é parte integrante da ciência jurídica, pois, do contrário, persistindo o entendimento de LASSALLE (1997), inexisteriam diferenças significativas entre a ciência jurídica e as ciências sociais.

É a partir dessas críticas preliminares que HESSE (1992) desenvolve a temática da força normativa da constituição. Assim, busca saber se existe, junto às forças fáticas, sociais e políticas, uma força determinante do direito constitucional, em que se apoia e até onde vai essa força.

HESSE (1992) indica que o intento de resposta a tais questões deverá tomar como ponto de partida: primeiro, a mútua relação de dependência em que se encontram, de um lado, a constituição jurídica e, de outro, a realidade política e social; segundo, deverá considerar os limites e as possibilidades de atuação da constituição jurídica dentro desta dita relação de dependência; e terceiro, haverá que atentar para as condições que possam vir a permitir que dita atuação se reproduza.

2.1 A CORRELAÇÃO ENTRE CONSTITUIÇÃO E REALIDADE COMO POSSIBILIDADE E LIMITE DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Para HESSE (1992), a relação entre ordenação jurídica e realidade fática somente deve ser analisada situando ambas em indissolúvel conexão. A separação radical entre norma e realidade, *ser* e *dever ser*, não leva a lugar algum. Defender tal separação, da forma como o faz LASSALE (1997), resulta, inevitavelmente, na tese da exclusividade da força determinante das relações fáticas, o que não se justifica segundo HESSE (1992). Há que se encontrar, portanto, um caminho de equilíbrio entre o sacrifício da normatividade ante a realidade e a normatividade fora da realidade e carente de conteúdo.

Nesse sentido, HESSE (1992) propugna que, ao se considerar que a constituição jurídica reclama natureza própria, a qual está em ter vigência e em determinar o Estado por ela normatizado, tal pretensão não pode se desvincular das condições históricas de sua realização.

Dessa forma, a pretensão de normatividade constitucional somente tem êxito quando se leva em consideração as condições fáticas, naturais, técnicas, econômicas e sociais, bem como, inclusive, se assimila *os conteúdos espirituais enraizados em um povo*: concretas opiniões e valorações sociais que condicionam decisivamente a conformação, a compreensão e a autoridade das normas jurídicas (HESSE, 1992).

Por outro lado, a constituição jurídica não é apenas expressão de um *ser*, mas também de um *dever ser*; é mais que um simples reflexo das condições reais de sua vigência – das forças políticas e sociais. Em virtude de sua vigência, o ordenamento constitucional volta-se a ordenar e conformar a realidade política e social. É condicionado, mas também condicionante da realidade fática. Com as palavras do autor:

A “constituição real” e a “constituição jurídica”, retomando os conceitos já utilizados, instalam-se em uma situação correlativa. Condicionam-se mutuamente, sem serem simplesmente dependentes uma da outra; cabe dizer que à constituição jurídica corresponde uma significação autônoma, ainda que seja apenas relativa. (HESSE, 1992, p. 62-63, tradução nossa).¹

Nesse sentido, nenhuma constituição política pode prosperar sem que se conecte com as circunstâncias da situação histórica e concreta, relacionando seus condicionamentos com a regulação jurídica inspirada pelos princípios da razão.

Toda constituição, inclusive quando é concebida como uma estrutura meramente teórica, deve encontrar a gênese material de sua força vital na época, nas circunstâncias, no caráter nacional, produzindo seu desenvolvimento a partir destes. “(HUMBONLDT *apud* HESSE, 1992, p. 64, tradução nossa).²

1 “La ‘constitución real’ e la ‘constitución jurídica’, por retomar los conceptos ya utilizados, se hallan en una situación correlativa. Se condicionan mutuamente, sin ser simplemente dependientes la una de la otra; cabe decir que a la constitución jurídica le corresponde una significación autónoma, aunque sólo sea relativa.”

2 “Toda constitución, incluso cuando se la concibe como una estructura meramente

Dessa maneira, onde a constituição ignora as leis espirituais, sociais, políticas e econômicas de sua época, carecerá do germen indispensável a sua força vital. A constituição jurídica produz efeitos, na medida em que pretende determinar o futuro considerando as circunstâncias do presente. Em outras palavras, a força e a eficácia da constituição se ancoram em sua vinculação às forças espontâneas e tendências vitais de sua época.

Assim, na medida em que consegue realizar essa pretensão de vigência (condicionar a realidade), a constituição jurídica alcança força normativa. Esse alcance normativo encontra suas possibilidades e limites, justamente, na relação de interdependência entre norma e realidade (HESSE, 1992).

2.2 A IDEIA DE “VONTADE DE CONSTITUIÇÃO”

HESSE (1992) destaca que a força normativa da constituição não repousa apenas na sua adequação inteligente e coordenativa às circunstâncias de fato. Isso por si só não realiza nada, senão unicamente nos deixa a tarefa de fazer valer a pretensão determinante da constituição frente à ordem regulada por ela. Quando se decide impor essa ordem sobre qualquer questionamento ou ataque. Quando, portanto, na consciência geral e concreta dos responsáveis pela vida constitucional, se verifique viva não somente a vontade de poder, mas, sobretudo, se encontre presente o que HESSE (1992, p. 66) chama de “vontade de constituição”.

Segundo HESSE (1997, p. 49), a “[...] força normativa da Constituição está condicionada por cada *vontade atual* dos participantes da vida constitucional, de realizar os conteúdos da Constituição”.

teórica, debe encontrar el germen material de su fuerza vital en la época, en las circunstancias, en el carácter nacional, produciéndose su desarrollo a partir de estos últimos.”

Friedrich MÜLLER, um de seus mais notáveis discípulos, exemplifica:

Em nível hierárquico igual ao lado da jurisprudência e da ciência jurídica, a legislação, a administração e o governo trabalham na concretização da constituição. [...] Também os atingidos que participam da vida política e da vida da constituição desempenham funções efetivas de concretização da constituição de uma abrangência praticamente não superestimável, ainda que apareçam menos e costumem ser ignorados metodologicamente: por meio da observância da norma, da obediência a ela, de soluções de meio termo e arranjo no quadro do que ainda é admissível ou defensável no direito constitucional, e assim por diante. (MÜLLER, 2010, p. 35-36).

Essa “vontade de constituição”, segundo HESSE (1992), procede de três raízes: (I) a consciência da necessidade e valor de se ter um ordenamento objetivo, normativo e inviolável, que alije a arbitrariedade; (II) a convicção de que o ordenamento constitucional é mais que uma ordenação exclusivamente fática, e que este não só é legítimo, mas também carece de constante legitimação; (III) a consciência de que esta ordem constitucional não pode ter vigência à margem da vontade humana, mas só pode adquirir e conservar sua vigência (pretensão jurídica) por meio de atos de vontade (legitimação).

Dessa forma, se, por um lado, os limites da força normativa da constituição situam-se onde a norma constitucional não se enquadra com a disposição individual do presente, esses limites, por outro lado, não são rígidos, pois, a própria “vontade de constituição” constitui parte dessa disposição, podendo ampliar consideravelmente tais limites (HESSE, 1992, p. 70).

Assim, “A intensidade da força normativa da Constituição torna-se, em primeira linha, uma questão de ‘vontade de norma’, de ‘vontade de Constituição’” (HESSE, 1992, p. 70, tradução nossa).³

3 “La intensidad de la fuerza normativa de la Constitución deviene así en primera línea

Pressupostos para a Força Normativa da Constituição
HESSE (1992) indica duas grandes condições, pelas quais a constituição pode alcançar a medida ótima de sua força normativa. Tais condições concernem tanto a sua conformação material, quanto a sua práxis (aplicabilidade constitucional).

Como primeira condição, HESSE (1992) assinala que quanto melhor consegue uma constituição, em seu conteúdo, corresponder às circunstâncias reais do presente, com maior segurança poderá desenvolver sua força normativa.

Essa incorporação das condições fáticas deve absorver, sobretudo, a “situação espiritual de sua época”, que vem acompanhada da aprovação e apoio da consciência geral.

Para isso, a constituição deve ser capaz de adaptar-se à mudança constante dessas circunstâncias fáticas. A constituição deve albergar, segundo HESSE (1992), princípios elementares, altamente contingentes, cuja caracterização possa se adequar à realidade política e social. Deve a constituição, assim, ficar

[...] imperfeita e incompleta, porque a vida que ela quer ordenar, é vida histórica e, por causa disso, está sujeita a alterações históricas. Essa alterabilidade caracteriza, em medida especial, as condições de vida reguladas pela Constituição. [...] Se a constituição deve possibilitar o vencimento da multiplicidade de situações problemáticas que se transformam historicamente, então seu conteúdo deve ficar necessariamente “*aberto para dentro do tempo*” [...]. (HESSE, 1997, p. 40).

Aliado a isso, não deve o ordenamento constitucional construir-se sobre estruturas unilaterais. Se a constituição pretende que seus princípios fundamentais mantenham sua força normativa terá de admitir elementos e argumentações de estruturas contrárias.

A segunda grande condição assinalada por HESSE (1992) está em que o desenvolvimento ótimo da força normativa da

una cuestión de ‘voluntad de norma’, de ‘voluntad de Constitución’.”

constituição não somente é uma questão de conteúdo, mas, também, de práxis constitucional. Isso porque, a atitude de todos aqueles participantes da vida constitucional de um Estado resulta fundamental, para a maior realização de sua constituição. É necessária a presença do que já se referiu como “vontade de constituição”.

Para tanto, deve haver o sacrifício de vantagens ou mesmo interesses, ainda que legítimos, em nome da segurança constitucional. Assim, perigosa é a constante alteração das normas constitucionais a pretexto de necessidades políticas inevitáveis, pois, conforme alerta HESSE (1992), toda modificação constitucional manifesta que as necessidades reais ou supostamente inevitáveis do presente são valoradas acima da regulação vigente.

No horizonte de ambas essas condições, importantíssimo é o papel da interpretação constitucional na consolidação da força normativa da constituição. Se o direito, e em especial o direito constitucional, tem sua eficácia condicionada às relações sociais, a interpretação não pode ignorá-las. Isso implica que, diante de mudança nas relações fáticas, a interpretação também poderá mudar (interpretação evolutiva). Por outro lado, a vinculação da interpretação constitucional ao sentido da regra normativa deverá ser o próprio limite da interpretação da constituição (HESSE, 1992).

Atendendo, portanto, a tais condições e seus respectivos pressupostos, é que, na concepção de HESSE (1992), a constituição jurídica se torna força vital capaz de preservar a vida política da arbitrariedade.

2.4 A FORÇA NORMATIVA E OS TEMPOS DE CRISE

HESSE (1992) ressalta que a prova da força normativa da constituição não se revela em tempos pacíficos, mas em períodos de crise. Esses momentos é que são capazes de demonstrar a

superioridade do normativo sobre o puramente fático.

O autor exemplifica com a não previsão, na Lei Fundamental alemã de 1919 (Constituição de Weimar), de regulação adequada para a hipótese de estado de exceção. Para ele, a não absorção constitucional de tal possibilidade fática, ou seja, a falta de adequação inteligente da constituição jurídica a essa hipótese histórica, ensejaria não apenas uma perigosa lacuna, como também, um claro limite à força normativa da constituição (HESSE, 1991).

Para HESSE (1992, p. 77), poderia ser contra-argumentado que prever normas de estado de exceção significaria abrir margem para a utilização dessas cláusulas, o que seria reprovável. Todavia, objeta que ignorar tal possibilidade traria problemas ainda maiores, pois, se determinado estado de exceção acontecesse sob a égide dessa situação de ausência normativa, sua superação seria deixada a cargo unicamente da força dos fatos.

Daí a importância de o ordenamento constitucional, em sua pretensão normativa, albergar as condições e possibilidades fáticas concernentes à experiência de um Estado. E será, segundo HESSE (1992), justamente nos tempos de crise entre tais arranjos estruturais, como é o caso do citado exemplo de estado de exceção, que a constituição jurídica deverá demonstrar sua força vinculante contra o arbítrio e a supressão de direitos. Citando as palavras textuais de HESSE, pode-se concluir que:

Dessa preservação e fortalecimento da força normativa da Constituição que a todos nós incumbe e de seu pressuposto básico, a “vontade de Constituição”, dependerá se as questões de nosso futuro político serão questões de poder ou questões de Direito. (HESSE, 1992, p. 78, tradução nossa).⁴

4 “De esa preservación y reforzamiento de la fuerza normativa de la Constitución que a todos nos incumbe y de su presupuesto básico, la ‘voluntad de Constitución’, dependerá el que las cuestiones de nuestro futuro político sean cuestiones de poder o cuestiones de Derecho.”

3. LIMITES À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A alteração das relações sociais e históricas impõe a inevitável necessidade de constantes revisões e atividades criativas em relação aos textos normativos. A dialética instalada entre a rigidez e a mobilidade da constituição não é uma questão de alternativa, mas de esforço coordenativo. Segundo HESSE, a rigidez e a mobilidade são necessárias

[...] 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).

Desse modo, HESSE (1998) ressalta o caráter imprescindível dos mecanismos de mudança da constituição, como instrumentos de recepção das alterações sociais no ordenamento constitucional. Essa atualização não é apenas necessária, mas também fator condicionante ao alcance ótimo da própria força normativa da constituição. Comenta HESSE, nesse sentido, que:

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, 1992, p. 45).

Todavia, se os processos de mudança das constituições são, por um lado, indispensáveis a sua constante atualização frente à realidade, o uso indiscriminado e sem critérios desses mecanismos é, por outro lado, nocivo à segurança jurídica e à pretensão de controle do arbítrio. É, em razão disso, que a preocupação de HESSE (1992) volta-se para o estudo dos limites à mutação constitucional.

A propósito, para o autor, todo processo de mudança constitucional manifesta que as necessidades reais passaram a se valorar acima dos preceitos da constituição positivada (HESSE, 1992).

Nesse sentido, o autor alerta que a ocorrência de mutação constitucional já vinha sendo majoritariamente admitida desde a antiga doutrina alemã, a partir de meados do século XIX, mas que ainda não teriam sido oferecidas explicações satisfatórias sobre o referido fenômeno, em especial quanto à questão da existência ou não de limites, e em que se baseariam estes, caso existentes.

O 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 que existam doutrinadores que afirmam ser impossível fixar limites a tais processos, como é o caso do constitucionalista brasileiro Uadi Lammêgo BULOS (1997). Segundo BULOS (1997, p. 91), “[...] não é possível delimitar os limites da mutação constitucional, porque o fenômeno é, em essência, o resultado de uma atuação de forças elementares, dificilmente explicáveis”. O autor complementa, ainda, que a única limitação que poderia existir seria de ordem subjetiva e, portanto, unicamente a cargo da consciência do intérprete, conforme esclarece:

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

Entretanto, segundo HESSE (1992), justamente por serem processos informais de mudança da constituição, protagonizados essencialmente por seus intérpretes, é que se revela indispensável a preocupação com o estudo dos limites às mutações constitucionais. Para o autor, os tribunais estão submetidos à constituição e, por isso mesmo, necessitam

[...] 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).⁵

Assim, HESSE (1992) considera inaceitável a ideia de ausência de limites à mutação constitucional. É, por isso, que aponta que muito se teria tratado acerca dos limites dos processos formais de mudança da constituição (reforma constitucional), mas pouco acerca dos possíveis limites aos processos informais de alteração da constituição (mutação constitucional), embora o estudo destes limites, segundo afirma, vise ao mesmo objetivo: a garantia da constituição, a qual exige o controle e o bloqueio das diversas vias possíveis de seu rompimento (HESSE, 1992).

3.1 CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Ao lado da alteração formal da constituição, processo geralmente chamado de reforma constitucional⁶, existem as

5 “[...] 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 existência de una mutación constitucional no puede probarse ni refutarse. Esto obliga a plantearse la cuestión relativa a los limites de la mutación constitucional.”

6 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,

alterações informais, que se operam sem a mudança do texto normativo, as quais dão lugar às mutações constitucionais. São alterações chamadas por Canotilho (1993) de transição constitucional ou revisão informal da constituição.

As inevitáveis acomodações do direito constitucional à realidade, desse modo, como também lembra Loewenstein (1979), operam-se a partir dessas duas vias – reforma constitucional e mutação constitucional. Segundo este autor alemão, o conceito de reforma constitucional tem um significado formal e outro material, sendo em sentido formal a compreensão das normas reguladoras dos órgãos e trâmites necessários à alteração da constituição e em sentido material o objeto da realização deste dito procedimento. Por outro lado, as mutações constitucionais se entendem pelas transformações na realidade da configuração do poder político, da estrutura social ou do equilíbrio de interesses, sem que tal transformação se realize no documento da constituição, ou seja, o texto constitucional permanece intacto. Para Loewenstein (1979), este tipo de mutação se dá em todos os Estados de constituição escrita e são mais frequentes que as reformas constitucionais formais.

A par dessas concepções genéricas, para o estabelecimento de limites à mutação constitucional, HESSE (1992) busca revisitar as delimitações conceituais do fenômeno.

O autor ressalva, a princípio, que as mudanças de ênfase e alcance das normas constitucionais não significam, necessariamente, mutações constitucionais, uma vez que muitas dessas mudanças estariam situadas no marco dos ordenamentos constitucionais abertos, flexíveis e suscetíveis de adequação a circunstâncias contingentes (HESSE, 1992).

HESSE (1992) analisa as concepções dos autores pertencentes ao que chama de antiga doutrina alemã. Entre os

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.

primeiros autores alemães a tratarem do tema das mutações constitucionais estão os nomes de Paul Laband, Georg Jellinek e Hsü Dau-Lin (HESSE, 1992; BULOS, 1997; PEDRA, 2009).

Paul Laband, após analisar as constantes mudanças por ele identificadas na Constituição alemã de 1871, afirmou que existiriam dispositivos constitucionais que expressam uma espécie de essência real do direito do Estado, os quais poderiam experimentar uma modificação radical e significativa, sem alteração de seu texto (BULOS, 1997; PEDRA, 2009). Para Laband, conforme noticia HESSE (1992), as mutações constitucionais ocorreriam a partir de importantes modificações na situação constitucional do Estado, que não alcançaram expressão na constituição; tratar-se-ia, pois, de uma contradição entre situação constitucional e lei constitucional.

JELLINEK (1981), seguindo os estudos de Laband, também se dedicou ao tema, acrescentando que os processos de mudança da constituição classificar-se-iam pelo critério da intencionalidade. Para Jellinek, a reforma constitucional seria uma modificação intencional e voluntária da constituição, enquanto que as mutações constitucionais seriam alterações da constituição, sem modificação de seu texto, não necessariamente acompanhadas da consciência de tal modificação (HESSE, 1992). Conforme registra BULOS (1997), JELLINEK afirma que:

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).⁷

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

Posteriormente, Hsü Dau-Lin também identificou a razão das mutações constitucionais na separação entre o ordenamento constitucional positivado e a realidade (HESSE, 1992). Concluiu, ainda, que seria o fenômeno de modificação lenta das normas constitucionais e sem interferência do poder de reforma (BULOS, 1997; PEDRON, 2011).

HESSE (1992) anota que as conclusões da antiga doutrina alemã poderiam ser resumidas em duas hipóteses: (I) a mutação constitucional ocorreria na modificação lenta e imperceptível das normas constitucionais, sem alteração de seu texto, e em que lhe fosse outorgado um sentido distinto do originário; (II) ou na hipótese em que se produzisse uma práxis em contradição com o texto ou com qualquer sentido possível do texto da constituição, quadro em que se instalaria uma oposição entre a realidade constitucional e a constituição.

Entretanto, fazendo uma crítica a seus predecessores, HESSE (1992), inicialmente, afirma que não constitui característica do conceito de mutação constitucional o critério da intencionalidade. Para o autor, o que se poderia dizer é que o processo de mutação constitucional, de fato, não implica na necessária consciência de sua realização. Todavia, o fator realmente importante é a mudança de interpretação, o qual, de todo modo, argumenta HESSE (1992), certamente não passaria despercebido por um intérprete atento.

Além disso, o processo de mutação constitucional não deve, também, estar ligado à ideia de decurso do tempo ou de longevidade da constituição. A mutação constitucional, segundo HESSE (1992), pode ocorrer ao longo de anos ou no decorrer de um curto prazo.

HESSE (1992) afirma, igualmente, que não se trata de mutação constitucional a hipótese indicada pela antiga doutrina alemã em que ocorre uma situação de contradição entre determinada práxis e o texto constitucional (realidade constitucional *versus* constituição). Neste caso, o que estaria em discussão, esclarece o autor, 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 da constituição. (HESSE, 1992; 1998).

Em HESSE (1992), portanto, o conceito de mutação constitucional restringe-se à hipótese de mudança de conteúdo da norma constitucional, na qual esta recebe uma significação diferente, compatível com a elasticidade interpretativa de seu texto, que permanece inerte. Para o autor, a mutação constitucional apenas pode ocorrer no marco traçado pelas possibilidades de interpretação do texto da constituição e deve ser encarada como uma mudança de sentido ocorrida no interior da própria norma constitucional.

Assim, é a partir dessa concepção – mutação constitucional como resultado de uma alteração ocorrida no interior da norma –, que HESSE (1992) elabora os parâmetros para a identificação dos limites à mutação constitucional.

3.2 LIMITES À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: MUDANÇA “NO INTERIOR” DA NORMA

Fixado o conceito proposto por HESSE (1992), o ponto de partida da sua contribuição para o estabelecimento de limites à mutação constitucional, consiste na compreensão de que a modificação do sentido da norma deve ser compreendida como uma mudança “no interior” da própria norma; não, porém, como consequência de fatores produzidos fora da normatividade da constituição.

HESSE (1992) parte da ideia do caráter cointegrante da realidade à norma, concebida na teoria estruturante do direito, desenvolvida por seu contemporâneo e discípulo Friedrich Müller.

Conforme a teoria estruturante do direito, a realidade, na medida em que é afetada pelo ordenamento normativo, é elemento integrante e constitutivo da própria norma (HESSE, 1992; MÜLLER, 2009). Esclarece MÜLLER que:

No direito constitucional evidencia-se com especial nitidez que uma norma jurídica não é um “juízo hipotético” isolável diante do seu âmbito de regulamentação, nenhuma forma colocada com autoridade por cima da realidade, mas 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).

Nesse sentido, a norma e o seu texto não são realidades idênticas. E, da mesma forma, “o texto da norma não ‘contém’ a normatividade e a sua estrutura material concreta. Ele dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada do direito no âmbito do seu quadro” (MÜLLER, 2010, p. 57).

Como explica Rodolfo Viana PEREIRA:

Para ele [Müller], 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).

Na teoria estruturante do direito, desse modo, a norma jurídica é concebida como um modelo estruturado. Sua estrutura é compreendida pelo “programa da norma” e pelo “âmbito da norma”. O programa da norma ou programa normativo refere-se ao teor literal da prescrição; é, em outros termos, a ordem jurídica tradicionalmente compreendida. O âmbito da norma (ou âmbito normativo ou, ainda, domínio da norma), por sua vez, é o “recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma ‘escolheu’ para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação [...]” (MÜLLER, 2010, p. 57-58).

Assim, a realidade regulada pela norma, que compõe o âmbito normativo, a partir da delimitação feita pelo programa

normativo, é elemento integrante da norma, em mesmo nível hierárquico que o programa (MÜLLER, 2010).

MÜLLER (2010) observa que ao ser fator co-constitutivo da normatividade, o âmbito da norma não se confunde com os pormenores materiais da conjunção fática. O programa da norma extrai o âmbito da norma da totalidade dos fatos e circunstâncias sociais afetadas pela prescrição jurídica a qual corresponde. Significa dizer que “[...] em virtude da sua conformação jurídica e da sua seleção pela perspectiva do programa da norma, o domínio da norma transcende a mera faticidade de um recorte da realidade extrajurídica” (MÜLLER, 2010, p. 59).

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

HESSE (1992), baseando-se nas concepções da teoria estruturante do direito, identifica que, se a norma é integrada pelos dados da realidade que compõem o âmbito normativo, as modificações ocorridas no interior desse âmbito logicamente levarão a uma alteração no conteúdo da norma jurídica. E, apenas quando a modificação for verificada dentro desse domínio, é que poderia ocorrer uma mutação constitucional.

Nesse sentido, nem toda mudança fática levará à modificação do âmbito normativo e, assim, a uma mutação constitucional, pois o que decide se certa modificação na ordem fática é relevante ou não para o conteúdo da norma é a moldura extraída pela interpretação de seu texto (HESSE, 1992). Isso significa que, apenas na medida em que determinada alteração fática pertencer ao âmbito selecionado pelo programa normativo, é que se pode dizer que há uma mudança informal no conteúdo de aplicação da norma constitucional, conforme esclarece 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. [...] Apenas se este fato novo e modificado pertencer ao âmbito normativo, é que se pode aceitar uma mudança da norma. (HESSE, 1992, p. 100-101, tradução nossa).⁸

As alterações sociais, portanto, só devem ser consideradas relevantes para o conteúdo da norma e desencadeadoras de uma mutação constitucional, na medida em que compuserem o seu âmbito normativo, conforme as possibilidades de interpretação do texto da norma.

Assim, uma vez que a mutação constitucional é a alteração ocorrida dentro do âmbito da norma, que é extraído pelo texto normativo, é sob este marco – o texto da norma – que se fixam os limites ao fenômeno (HESSE, 1992). O texto normativo deve ser encarado, desse modo, não apenas como limite à mutação constitucional, mas também como parâmetro para a interpretação constitucional como um todo, pois “a amplitude das possibilidades de compreensão do texto delimita o campo de suas possibilidades tópicas.” (HESSE, 1998, p. 70).

Quanto aos limites à interpretação constitucional, em função do texto normativo, com precisão, também afirma STRECK:

8 “[...] si la norma abarca los datos de la realidad afectados por el “programa normativo” como 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 âmbito objetivo, es capaz de provocar tal modificación. La instancia que decide se el hecho modificado pertenece al âmbito 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 âmbito normativo puede aceptarse también su cambio de la norma.”

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).

Não é por coincidência, que HESSE (1992) afirma que provar em cada caso se houve ou não uma alteração significativa no âmbito normativo de uma norma constitucional é mais rigoroso e, sem dúvida, constitui um critério para a aceitação de mutações constitucionais, do que a simples argumentação genérica acerca das demandas da realidade fática ou das necessidades essenciais do Estado.

A concepção do texto normativo como critério limitador significa dizer, portanto, que somente há mutação constitucional, quando a alteração na realidade regulada pela norma opera-se de modo compatível com o espectro interpretativo do texto. Por outro lado, na medida em que essa nova realidade regulada transborda do halo de compreensão do texto da norma, já não se pode mais falar em mutação constitucional. Nas palavras de HESSE (1992):

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).⁹

Nota-se, assim, que, na situação em que uma alteração do âmbito da norma constitucional aparecer em clara contradição

9 “Donde la posibilidad de una comprensión lógica del texto de la norma termina o donde una determinada mutación constitucional apareceria 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.”

com o seu texto, tal modificação não pode ser considerada uma mutação constitucional válida ou aceitável. É, pelo mesmo motivo, que HESSE (1992) rejeita a ocorrência de mutação constitucional na hipótese do exercício de prática contrária à constituição positivada, conforme propunha a antiga doutrina alemã.

Além disso, refutam-se, também, posições como as dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), Gilmar Mendes e Eros Grau, expressas no julgamento da Reclamação n. 4335/AC¹⁰, para os quais 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”.

O aparecimento de uma nova interpretação, ou até mesmo de uma prática social, em claro conflito com a compreensão do texto de uma determinada norma constitucional, ensejaria, na verdade, um quadro de inconstitucionalidade. Tratar-se-ia de um “rompimento da constituição” ou, conforme preferem alguns doutrinadores, de uma mutação inconstitucional (BULOS, 1997; PEDRA, 2009):

[...] a *mutação inconstitucional* assume uma dimensão que abrange o que a doutrina chama de falseamento da Constituição ou quebrantamento (ou quebramento) da Constituição. Pedra de

10 A Reclamação n. 4335/AC insurgiu-se contra decisão judicial que negou progressão de regime a condenados por crime hediondo, sob o fundamento de que a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 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 no caso se tratava 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 aguardando julgamento após o pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski, conforme verificado no sítio eletrônico do STF, em 15.10.2012.

Veja conceitua falseamento da Constituição como o “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).

Ressalta-se, todavia, que seguindo um rigor conceitual, sequer poderia se admitir a figura da mutação inconstitucional nesses casos, pois, para HESSE (1997, p. 51), “[...] não existe realidade constitucional *contra constitutionem*”. Se uma suposta mutação constitucional não ocorre dentro do marco traçado pelo texto da norma, o que ocorre é o fenômeno do “rompimento constitucional”, e não mutação constitucional ou inconstitucional. A interpretação ou prática que transborda do marco textual 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). Tal situação deve abrir espaço para um procedimento de reforma. Comenta HESSE que:

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, 1997, p. 46).

As mutações constitucionais, logicamente, em virtude da amplitude e abertura de muitas disposições da constituição, podem assumir sentidos diferentes em torno de um mesmo dispositivo, ao longo da prática constitucional de um Estado (HESSE, 1992). A situação problemática¹¹ começa, contudo,

11 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.

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 o mais rápido possível de procedimentos de reforma pelo Poder Constituinte.

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

O estabelecimento desse marco, para HESSE (1992), permite 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, vinculação ao texto normativo.

HESSE (1992) é consciente, por outro lado, que a fixação do texto como limitação às mutações constitucionais não significa uma segurança absoluta. Pelo contrário, a delimitação do campo de elasticidade textual da norma depende sempre do esforço argumentativo. 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 (texto normativo), no qual se encontrem pontos de vista dirigentes e

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).

balizadores das decisões, tão evidentes quanto possível (HESSE, 1998).

Não obstante, HESSE (1992) é convicto que, ao se considerar o texto da norma como limite à mutação constitucional, ter-se-á alcançado uma garantia, mesmo que não absoluta. Além disso, alerta que tal garantia não limita a capacidade de adaptação da constituição ao ponto de impedi-la de 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 o uso constante de concretizações ofensivas ao sentido razoável de seus dispositivos (HESSE, 1992).

4. CONCLUSÃO

Konrad Hesse desenvolveu, como visto, importantes contribuições para a afirmação da força normativa da constituição e para o estudo dos limites à mutação constitucional.

Dentre os diversos temas aos quais se dedicou ao escrever acerca do direito e hermenêutica constitucional, o autor buscou afirmar, com especial destaque, o caráter normativo da constituição jurídica, ou seja, do compromisso escrito de um determinado país, em relação aos fatores reais do poder. HESSE (1991) contrapõe-se a posições como a de Ferdinand LASSALE (1997), para quem os fatores reais de poder de uma sociedade constituem o que este chama de constituição real, a qual afirma que seria a verdadeira fonte de regulação social de um país. Para LASSALE (1997), a constituição jurídica teria força vinculante até onde correspondesse à constituição real.

HESSE (1991) demonstra, entretanto, que não obstante a inegável influência da realidade sobre o ordenamento jurídico, este não deixa de ser fator de regulação desta mesma realidade, muito menos seria a constituição um mero “pedaço de papel”,

como afirmou LASSALE (1997). Pelo contrário, é imanente à formulação e vigência da constituição jurídica o seu caráter normativo, voltado a ordenar e conformar a realidade política e social.

Desse modo, conforme HESSE (1991), a constituição jurídica é condicionada, mas também força condicionante da realidade. E, segundo o autor, essa força normativa se amplia na medida em que atende duas grandes condições.

A primeira condição consiste justamente em que quanto mais a constituição jurídica conseguir instalar uma relação de condicionamento recíproco com a realidade, mais será fator determinante desta. A pretensão de normatividade constitucional somente terá êxito se levar em consideração as condições fáticas, naturais, técnicas, econômicas e sociais do Estado a que se refere. HESSE (1991) destaca que, dentro dessas condições fáticas, deve a constituição estar atenta, inclusive, aos “conteúdos espirituais enraizados em um povo”: opiniões e valorações sociais que influenciam na compreensão e reconhecimento da autoridade das normas jurídicas. Tal arranjo inteligente entre a constituição jurídica e a realidade é apontado pelo autor como fator de possibilidade e, ao mesmo tempo, limite da força normativa da constituição.

A segunda condição apontada por HESSE (1991), quanto à força normativa da constituição, é a presença necessária do que ele chama de “vontade de constituição”, isto é, a atitude de todos os participantes da vida constitucional de um país, a fim de fazer valer a constituição frente à realidade regulada.

Assim, HESSE (1991) afirma que se, por um lado, a correlação entre o ordenamento constitucional e a situação histórica do tempo presente determina as possibilidades e, da mesma forma, os limites da força normativa da constituição, por outro lado, ressalta que a presença de “vontade de constituição”, a qual integra a própria vida social de um país, é capaz de ampliar consideravelmente tais limites e, conseqüentemente, o alcance

imperativo do ordenamento constitucional. Tal alcance, observa o autor, será medido com maior precisão em tempos de crise.

HESSE (1992) ressalva, todavia, que a força normativa da constituição é limitada e que o direito constitucional deve ser consciente desses limites, pois dependem de um esforço contínuo por parte da coletividade. Deve existir a constante consciência de que a força normativa da constituição não se encontra assegurada *a priori*, mas trata-se de um projeto conjunto que somente com a observância de certas condições e pressupostos poderá se consolidar.

Quanto ao segundo tema abordado no presente trabalho, buscou-se investigar a contribuição de HESSE (1992) para o estudo dos limites à mutação constitucional, questão que, aliás, constitui elemento necessário à preservação da própria força normativa da constituição.

O autor reconhece que os processos informais de alteração da constituição são inerentes e necessários aos ordenamentos constitucionais, como fator de adequação perante as constantes mudanças sociais. Todavia, considera inadmissível a ideia de inexistirem limites a tal fenômeno, haja vista a preocupação com os limites à mutação constitucional caminhar em direção ao mesmo objetivo da fixação de limites ao poder de reforma constitucional, a saber: a garantia da preservação da constituição contra as diversas vias de seu rompimento.

Em HESSE (1992), as mutações constituição são alterações de sentido das normas constitucionais, sem a modificação de seu texto, resultantes de mudanças ocorridas no interior da própria norma.

O autor recorre à teoria estruturante do direito de Friedrich Müller, para a qual a norma jurídica é composta do “programa da norma”, que se refere ao aspecto literal, e do “âmbito da norma”, que é o recorte da realidade regulada pela norma, selecionado por aquele (programa da norma). Assim, segundo HESSE (1992), as mutações constitucionais decorrem

de alterações ocorridas dentro do espectro do âmbito normativo, conforme as compreensões possíveis extraídas a partir do programa normativo, ou seja, do texto da norma.

Dessa forma, na obra de HESSE (1992), o texto da norma se revela como limite inicial aos processos de mutação constitucional. Se a alteração na realidade não pode ser conciliada com as compreensões possíveis e razoáveis do texto da norma, transbordando, assim, do âmbito normativo, esgotam-se as possibilidades de mutação constitucional e, conseqüentemente, fixado está o seu limite.

Assim, para HESSE (1997), nas situações em que, diante de necessidades urgentes da sociedade, não for possível preservar a razoabilidade de sentido do texto da norma, devem tais situações ser tratadas como casos provisórios de ruptura constitucional, em relação aos quais deve haver um esforço de atualização da constituição por parte da comunidade e dos legisladores. Esse esforço, necessário a todos, preservará não só a clareza das normas constitucionais, como levará a sério a sua função limitadora do poder.

A fixação do texto da constituição como limite às mutações constitucionais não constitui um marco absoluto, ressalva HESSE (1992), mas certamente ter-se-á uma garantia contra atuações interpretativas banalizantes dos preceitos constitucionais.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

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

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

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.

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

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La Constitución*. 3. ed. Barcelona: Ariel, 1979.

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 Consitucional: limites e possibilidades da mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização*. 2009. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

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

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

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.

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

Recebido em 15/10/2012.

Aprovado em 26/02/2013.

