ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: REFLEXÕES A PARTIR DA CONCEPÇÃO HEGELIANA DE CONSTITUIÇÃO

CONSTITUTIONAL MUTATION: REFLECTIONS FROM THE DESIGN CONSTITUTION HEGELIAN

Augusto César Leite de Resende*
Carlos Fernando de Barros Autran Gonçalves**

RESUMO: A emergência do pós-positivismo promoveu a superação da separação rígida do ser e do dever-ser defendido pelo positivismo jurídico com a reaproximação entre o Direito e a ética e o Direito e a filosofia. Assim, o Direito não é somente a norma posta, é também um sistema aberto que não se pode compreender dissociado de seu contexto social e da realidade fática. Por isso, o presente artigo científico tem por finalidade analisar, a partir de uma pesquisa bibliográfica e dedutiva, o instituto da mutação constitucional a partir da concepção hegeliana de Constituição, em especial do necessário diálogo entre a Constituição Federal de 1988 com o "espírito do povo" e do respeito ao "espírito do tempo".
Palavras-chave: Constituição. Mutação constitucional. Espírito do povo. Espírito do tempo.

ABSTRACT: The emergence of post-positivism promoted the overcoming of the rigid separation of being and due to be defended by legal positivism with the rapprochement between law and ethics and law and philosophy. Thus, the law is not only the standard set, is also an open system that can not be understood dissociated from its social context and objective reality. Therefore this article aims to

* Doutorando em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Professor da Faculdade de Negócios e Administração de Sergipe (Fanese). Promotor de Justiça em Sergipe. Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil.

** Doutorando em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor de Teoria Geral do Direito na Universidade Tiradentes (UNIT). Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil.

analyze, from a doctrinal and deductive research, the institute of constitutional mutation from the Hegelian conception of the Constitution, in particular the necessary dialogue between the Federal Constitution of 1988 with the "spirit of people" and respect the "spirit of time".
Keywords: Constitution; Constitutional mutation; Spirit of the people; spirit of time.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 A CONCEPÇÃO HEGELIANA DE CONSTITUIÇÃO; 3 O "ESPÍRITO DO POVO" COMO ELEMENTO INDUTOR DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL; 4 O "ESPÍRITO DO TEMPO" COMO LIMITE À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O pós-positivismo rompe com o positivismo jurídico ao dissociar a norma do texto normativo. Este não se confunde com a norma jurídica. O texto é a literalidade abstrata de um dispositivo convencional, constitucional ou legal, ao passo que a norma é o sentido construído a partir da interpretação de um dispositivo normativo, daí porque os textos são o objeto da hermenêutica, e as normas o seu resultado (ÁVILA, 2008).

Ademais, "a hermenêutica jurídica moderna, pautada no referencial filosófico do giro linguístico, não acredita num sentido próprio a ser extraído pelo intérprete do texto, mas num sentido construído, de acordo com os referenciais e com o contexto que ele vivencia" (CARVALHO, A. , 2014, p. 17) porque o direito se revela pela linguagem A atividade hermenêutica não se caracteriza como um ato de revelação do significado previamente dado ao texto, mas um ato de construção de sentidos de um dispositivo normativo.

O enunciado normativo e a realidade se interpenetram, de modo que o conteúdo e o significado do texto normativo, ou seja, a

norma jurídica, estão intrinsecamente ligados aos valores sociais, culturais, morais e políticos existentes na comunidade e ao contexto histórico e social de sua compreensão.

Nesse cenário, o presente artigo científico tem por finalidade analisar o instituto da mutação constitucional a partir da concepção hegeliana de Constituição, em especial do necessário diálogo entre a Constituição Federal de 1988 com o "espírito do povo", que se faz presente nos valores, nos costumes, nas tradições e nos hábitos da comunidade política brasileira e do respeito ao "espírito do tempo".

Para tanto, analisar-se-ão algumas passagens da obra hegeliana *Princípios da filosofia do direito* e, notadamente, com o auxílio de comentadores, promover-se-á a releitura dos conceitos de Constituição, de "espírito do povo" e de "espírito do tempo", com o intuito de cotejá-los com a ideia contemporânea da interpretação como instrumento da mutação constitucional.

2 A CONCEPÇÃO HEGELIANA DE CONSTITUIÇÃO

Nos escritos da juventude, Hegel tinha uma concepção não formal, não normativa e não valorativa da Constituição, no sentido de que a Constituição não se referia ao documento escrito que disciplinava a organização do Estado, mas à sua própria estrutura objetiva (BOBBIO, 1995). A Constituição, para o jovem Hegel, não era "uma lei ou conjunto de normas jurídicas" (BOBBIO, 1995, p. 97), que limitavam o poder do Estado, mediante a separação dos poderes e a positivação de direitos individuais e políticos, uma vez que ele tinha visão institucional acerca de seu conceito (BOBBIO, 1995).

> É na Filosofia do Direito que a Constituição passa a ser o fundamento jurídico do Estado. Porém, a Constituição

> não é reduzida a uma categoria jurídica, pois ela tem por objetivo a organização da esfera da eticidade. A Constituição é um conceito ético-político, isto é, nasce do "espírito do povo". Não é produto de uma lei formal, mas uma criação contínua e informal (BAVARESCO; SCHMIDT; CHRISTINO, 2007, p. 74).

A Constituição é, na visão de Hegel (1997), a organização do próprio Estado, de modo que "é a estrutura, ou melhor, o conjunto de estruturas através do qual um povo se torna um Estado" (BOBBIO, 1995, p. 99). É por meio da Constituição que "as várias partes que compõem um povo são chamadas a cooperar, ainda que desigualmente, para um único fim, que é o fim superior do Estado, diferente do fim dos indivíduos singulares" (BOBBIO, 1995, p. 99).

A Constituição é, na visão hegeliana, "o princípio de unificação de uma sociedade dividida em grupos que têm interesses diversos e, às vezes, contrapostos: enquanto tal, é o *medium* através do qual o momento da sociedade civil é superado no momento sucessivo e superior do Estado" (BOBBIO, 1995, p. 100). É por meio dela que a sociedade civil se transforma em Estado (BOBBIO, 1995).

A Constituição, na concepção hegeliana, tem fundamentação ética e uma dimensão não formal, na medida em que expressa o "espírito do povo" (Volksgeist), ou seja, ela consiste na cultura, na tradição, nos valores e nos costumes de um povo (WEBER, 2013). Por isso, "cada povo tem a constituição que lhe convém e lhe adequa" (HEGEL, 1997, p. 251).

Georg Wilhelm Friedrich Hegel tem uma concepção não formal da Constituição, no sentido de que a Constituição do Estado é resultado da história, dos valores, dos costumes, dos hábitos e tradições de um povo, de modo que ela é o próprio "espírito do povo" e não o texto constitucional escrito como lei fundamental ou máxima de um Estado

(WEBER, 2003). A Constituição é, no pensamento hegeliano, o "espírito do povo".

Hegel não nega a existência de uma Constituição escrita e formal. Ele concebe a existência de uma Constituição jurídica, que corresponde à organização sócio-jurídica constitucional, resultante das relações que instituem a família e a sociedade civil e visa garantir a segurança das pessoas e da propriedade, e de uma Constituição não formal (BAVARESCO; SCHMIDT; CHRISTINO, 2007), cuja base ética que a sustenta é o "Volksgeist", que é constituído pelo *ethos*, origem, história, costumes e hábitos de um povo (SALVADORI; SANGALLI, 2016). A esse respeito:

> [...] ele desenvolveu uma dupla concepção de constitucionalismo que, por um lado, incorpora os componentes formalistas do constitucionalismo moderno (divisão dos poderes do Estado, predominância do império da lei, proteção aos direitos e liberdades individuais) e, por outro lado, sugere que para a fundação de um Estado precisa-se encontrar expressões na eticidade (Sittlichkeit) olhando-se para o processo de formação da cultura do povo (Bildung).
> Assim sendo, há dois sentidos para Constituição. Pode-se falar em Constituição em sentido amplo, relacionada ao aspecto subjetivo, à Bildung, e aquela que o próprio autor denomina "constituição política", a qual se refere o arcabouço político-jurídico formal do Estado (CONSANI, 2011, p. 115).

Em suma, segundo o pensamento hegeliano, "a Constituição tem uma dimensão formal enquanto é uma carta de princípios políticos e jurídicos [...] porém, ela é, ao mesmo tempo, a expressão histórica do

espírito do povo" (BAVARESCO; SCHMIDT; CHRISTINO, 2007, p. 77).

> Como o espírito só é real no que tem consciência de ser; como o Estado, enquanto espírito de um povo, é uma lei que penetra toda a vida desse povo, os costumes e a consciência dos indivíduos, a Constituição de cada povo depende da natureza e cultura da consciência desse povo. É nesse povo que reside a liberdade subjetiva do Estado e, portanto, a realidade da Constituição (HEGEL, 1997, p. 251).

A Constituição ético-política resulta do "espírito do povo", que, por sua vez, institui o direito positivo (SCLIAR, 2007). A Constituição é resultado da história de um povo, de seus hábitos, dos seus costumes e da sua cultura (SALVADORI; SANGALLI, 2016). A Constituição, como categoria ético-política, expressa o "Volksgeist" e é, por isso, produto informal, vale dizer, não escrito, que está sempre em desenvolvimento no tempo (BOBBIO, 1995).

A Constituição não se faz ou se constrói por órgãos ou agentes do Estado porque é fruto unicamente do "espírito do povo". Por isso, Hegel (1997) não admite que se outorgue a um povo *a priori* uma Constituição, uma vez que isso seria ignorar as tradições, a cultura e os hábitos de um povo num determinado momento histórico. Em consequência, ninguém pode criar uma Constituição, somente modificá-la (WEBER, 2013).

A Constituição jurídica deve ser resultado da constituição não escrita, proveniente do "Volksgeist". Nesse diapasão, deve haver um necessário diálogo entre a Constituição normativa, que é formal e escrita, e a Constituição ético-política, que é não formal, correspondente ao "espírito do povo", eis que "o político (e o jurídico) fundamenta-se no ético" (WEBER, 2013). Assim:

> Não há, propriamente, autonomia para a criação de uma Constituição. A dimensão não formal já está, de certa forma, dada. Já nascemos dentro dela ou com ela. "Ela é a consciência do racional" que se desenvolve num povo. Esse é o limite para as liberdades políticas, mas também é sua garantia de efetivação. Fortalecem-se as instituições e a representação política. O que garante a existência da lei é, em última instância, o Estado, porém, o que assegura a existência de uma Constituição é o "espírito do povo" (WEBER, 2013, p. 119).

A Constituição, na teoria hegeliana, possui um significado institucional de organização do Estado ou ético-político e outro jurídico-legal, que não podem ser compreendidos separadamente (RIBEIRO, 2009). A vigência de uma Carta Magna normativa requer que esta esteja em harmonia com o "espírito do povo", na medida em que "si la nueva constitución no tiene ningún significado ni valor para ese pueblo, si la masa [no] está penetrada por una representación tal, la da la nueva constitución, su fracaso está asegurado" (SANCHÉZ, 2008, p. 172).

O "Volksgeist" é dinâmico. Ele está em constante processo de transformação, incentivado, sobretudo, pelo "espírito do tempo" (WEBER, 2003). Por isso, a Constituição jurídica e formal deve se adaptar ao "espírito do povo", sob pena de sucumbir. Nesse cenário, é perfeitamente possível pensar, nos dias atuais, na adequação da Carta Magna escrita ao "Volksgeist", através da reforma constitucional, que promove a alteração formal do texto constitucional por meio das emendas constitucionais e pela mutação constitucional.

Com a emergência do pós-positivismo – ocorrida após a Segunda Guerra Mundial –, pode-se dizer que o "espírito do povo" passou a influenciar diretamente a interpretação constitucional, o que

permite atualizar ou harmonizar, hermeneuticamente, o texto formal da Constituição da República de 1988 aos valores, às tradições e à cultura do povo brasileiro.

O positivismo jurídico de matriz kelseniana sustentava a separação rígida entre o Direito (dever-ser) da realidade fática, vale dizer, do ser (KELSEN, 2009), de modo que não era possível qualquer influência da realidade sobre o conteúdo das normas jurídicas ou considerações históricas, políticas ou filosóficas no processo de argumentação jurídica (HESSE, 2009, p. 157).

O positivismo jurídico não admitia uma fundamentação ética da Constituição, isto é, no espírito do povo (WEBER, 2014), visto que a lei era a fonte única e hegemônica do Direito e passou a ser o instrumento utilizado para aplicar e interpretar a Constituição, a limitar o poder estatal e a manifestar a vontade popular (MÖLLER, 2011).

Os valores morais vigentes, numa comunidade política, não podiam ser levados em consideração pelo direito e pela ciência jurídica, uma vez que o conceito de direito era definido de modo a não incluir elementos morais (ALEXY, 2009). O direito deveria ser examinado e compreendido numa lógica cartesiana, de modo distinto dos demais campos científicos e da realidade fática.

A negativa de abertura do sistema jurídico aos valores permitiu que o Estado produzisse um Direito marcado pela tirania e pelo descarte do ser humano (ARONNE; MORAES, 2012). Por essa razão, o constitucionalismo mundial sofreu grandes e profundas transformações, após a Segunda Grande Guerra, com o surgimento do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, por meio dos quais houve a abertura do direito aos valores ético-morais vigentes na sociedade (SILVA, 2014).

Os valores são preexistentes às regras e aos princípios e integram a norma e, embora não sejam normas jurídicas, influenciam a construção dos significados nos textos normativos, razão pela qual se houver

alteração dos valores que permeiam a vida em sociedade e fundamentam o sistema, ter-se-á modificação do sentido das normas (ARONNE, 2013). Nesse contexto, é perfeitamente possível a adaptação da Constituição Federal de 1988 à Constituição ética hegeliana, correspondente ao "espírito do povo", mediante o instrumento da mutação constitucional.

3 O "ESPÍRITO DO POVO" COMO ELEMENTO INDUTOR DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal prevê expressamente instrumentos de alteração e atualização de seu próprio texto às novas realidades sociais, culturais, econômicas, políticas e morais existentes na sociedade, quais sejam: a) a revisão constitucional, disposta no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias[1]; e b) a reforma constitucional, regulamentada no art. 60 da Carta Magna.

A Carta Cidadã de 1988 é eminentemente rígida porque estabelece um processo legislativo especial mais rigoroso e difícil para a alteração formal de seu próprio texto do que o rito legislativo de produção normativa infraconstitucional. A modificação textual da Constituição Federal se faz por meio das chamadas emendas constitucionais, produzidas pelo poder constituinte derivado reformador nos termos do art. 60 da Carta Magna.

Porém, a reforma constitucional é a única hipótese de modificação do conteúdo das normas constitucionais, uma vez que a Constituição poderá ser alterada informalmente por meio da chamada

[1] Não é possível, na atualidade, a realização de nova revisão constitucional porque o art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é norma constitucional de eficácia exaurida, no sentido de que, como já produziu definitivamente todos os seus efeitos, não mais voltará a produzir efeitos jurídicos.

mutação constitucional, que consiste na "revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional" (CANOTILHO, 2011, p. 1.228).

O termo mutação constitucional teve suas origens no início do século XX com Georg Jellinek (1991), mais especificamente em uma conferência onde o citado jurista abordou a distinção entre reforma e mutação constitucional, para se referir a essa técnica interpretativa como um instrumento de transformação informal da Constituição (LIERN, 2014).

As modificações no contexto fático e as novas concepções dos valores políticos, sociais, culturais e morais da comunidade transformam inevitavelmente o sentido e o alcance do texto constitucional, sem a necessidade, porém, de reforma constitucional por meio das emendas constitucionais. A esse respeito:

> A mutação acontece, por isso, por meio das interpretações judiciais, quando uma Corte atribui a certa norma um significado que ainda não havia sido utilizado previamente. O mesmo pode suceder no âmbito da administração pública, quando novas relações sociais ou redefinições do entendimento do Direito demandam a reconfiguração ou expansão dos significados da norma pelo Executivo (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 139).

A mutação constitucional permite, por meio da atividade hermenêutica[2], mudar o sentido e o alcance dos enunciados normativos da Constituição, sem alterar propriamente o seu texto, o que possibilita a adaptação e a harmonia da Carta Constitucional escrita ao "espírito do povo".

[2] O presente trabalho científico se circunscreverá a refletir sobre a mutação constitucional, por via interpretativa, não se ocupando da mutação constitucional pela atuação do legislador e pela via do costume, sob pena de fugir do objetivo principal do artigo indicado na introdução.

O Direito, inclusive a Constituição Federal de 1988, já não mais pode ser compreendido isoladamente, isto é, dissociado dos valores morais, culturais e sociais partilhados em comunidade, dito de outra forma, o Direito não pode ser interpretado e aplicado sem o necessário e profícuo diálogo com o "espírito do povo", expresso na Constituição não formal hegeliana. Enfim, não se pode mais pensar o Direito unicamente em uma lógica reducionista e cartesiana.

A modernidade, que Anthony Giddens (1991, p. 11) conceitua como "estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência", condicionou a cultura ocidental a pensar numa lógica linear-cartesiana (MARIOTTI, 2010).

O pensamento reducionista-cartesiano se caracteriza pelo fato de tentar compreender o objeto do pensamento a partir de suas partes, isto é, divide-se o objeto sob análise em partes e os examina e os compreende separadamente, buscando-se compreender o todo (o objeto) a partir de suas partes (MARIOTTI, 2010).

Entretanto, deve-se, segundo Fritjof Capra (2006), superar a ideia mecanicista-cartesiano de que a compreensão do comportamento do todo deveria partir das propriedades de suas partes, a partir de uma visão complexa em que as propriedades essenciais de um organismo são propriedades do todo e que somente podem ser entendidas dentro do contexto do todo mais amplo.

Segundo Edgar Morin (2011, p. 13), "a complexidade é efetivamente o tecido de acontecimentos, ações, interações, retroações, determinações, acasos, que constituem nosso mundo fenomênico", de modo que o Direito, por ser aberto, sofre a influência do meio.

O pensamento complexo exige que o objeto de estudo, de observação, seja contextualizado com o ambiente, com as relações e interações entre as partes e entre as partes e o todo e com as interligações

entre sistemas (VASCONCELLOS, 2007). O pensamento complexo propugna que o objeto, no caso do Direito, os textos normativos, deve ser distinguido de seu contexto, mas não isolado ou excluído, a fim de que o jurista e o aplicador do direito possa estudá-lo e compreendê-lo a partir das inter-relações e interações com o contexto, o seu meio (VASCONCELLOS, 2007).

Ademais, a intersubjetividade é pressuposto epistemológico do pensamento complexo porque é impossível descrever objetivamente o mundo, ou seja, o objeto de estudo (VASCONCELLOS, 2007). As coisas são vistas e interpretadas por meio da linguagem, motivo pelo qual a linguagem é, portanto, constitutiva da realidade (CARVALHO, P. , 2014). Vale dizer: a realidade e o mundo são construídos por meio da linguagem (VASCONCELLOS, 2007).

Quem interpreta a linguagem (o texto normativo) é o observador, dentre os quais se insere o jurista, razão pela qual não se pode eliminá-lo (VASCONCELLOS, 2007). Esse ponto é particularmente importante porque o significado do dispositivo normativo "surge na interação entre o intérprete e o texto" (FOLLONI, 2017b, p. 929), na medida em que o direito não é somente a norma posta, é também um sistema aberto que não se pode compreender dissociado de seu contexto social e ambiental, razão pela qual deve ser estudado de forma complexa (FOLLONI, 2017b). A propósito:

> No âmbito do pensamento complexo, epistemologicamente, entende-se que, muito embora exista o Direito como um código normativo – o direito positivado –, essa não é a única dimensão do Direito, que é um ente social altamente complexo, no qual se encontram as dimensões social, política, econômica, cultural e ambiental – todas dentro de contextos espaciais e temporais, ou seja, histórica e geograficamente situadas. Daí que a pesquisa do Direito, se se quer científica,

> também deve ser complexa, de modo a abarcar a complexidade intrínseca do seu objeto de estudo (RODRIGUES; HEINEN, 2014, p. 414).

A compreensão do sistema jurídico depende da compreensão do ambiente, uma vez que as normas jurídicas, que estão dentro do sistema jurídico, têm o seu conteúdo dependente de interações com o meio (FOLLONI, 2015). Assim,

> [...] o significado de determinadas normas jurídicas pode depender, em maior ou menor medida, de elementos que pertencem ao ambiente do sistema jurídico [...] em casos como esse, a compreensão do sistema depende da compreensão do meio – inclusive, eventualmente, de compreensão cientificamente especializada não jurídica (FOLLONI, 2015).

O significado dos textos normativos emerge das interações existentes no interior do sistema jurídico-normativo e entre o sistema jurídico, o ambiente e os demais sistemas sociais, sendo insuficiente a compreensão dos textos normativos unicamente por meio da análise científica do ordenamento jurídico (FOLLONI, 2015).

A interpretação dos enunciados normativos é uma atividade complexa porque não depende apenas do texto, mas da sua conversação com outros dispositivos jurídicos, com os demais saberes científicos e com o contexto histórico, social, cultural, econômico e político, de modo que esses fatos não podem ser compreendidos isoladamente (FOLLONI, 2014).

Destarte, o texto formal da Constituição Federal de 1988 deve ser interpretado e aplicado a partir do diálogo com o "espírito do povo", ou seja, com os valores, as tradições e os costumes compartilhados em

sociedade. O Direito, inclusive a Constituição da República, não pode ser compreendido fora da moralidade e da ética e, por isso, a Constituição jurídica (escrita) deve ser resultado da constituição não escrita, proveniente do "espírito do povo".

A Constituição Cidadã, entendida à luz do pensamento hegeliano, tem uma base ética, de modo que o seu texto escrito e jurídico deve se adequar perenemente ao "espírito do povo", na medida em que "a Constituição é o produto de uma criação contínua e informal" (BOBBIO, 1995, p. 105). Ela é verdadeiro instrumento normativo vivo cuja interpretação tem que acompanhar a evolução do "espírito do povo" e as condições atuais do "espírito do tempo".

Deve-se promover, destarte, uma interpretação evolutiva da Carta Magna, de modo a compatibilizá-la com os novos tempos, com as novas realidades, com os novos valores sociais, econômicos e culturais que regem a sociedade contemporânea.

O significado e o conteúdo do texto formal e escrito da Constituição Federal de 1988 são construídos à luz das peculiaridades do caso concreto e a partir do diálogo entre os demais dispositivos jurídicos, com os saberes científicos e com o contexto histórico, social, cultural, econômico e político (FOLLONI, 2014). Sendo assim, eles podem ser alterados informalmente, por meio da mutação constitucional, em razão de mudança da realidade social, dos valores, da história ou da cultura do povo brasileiro.

Há conversações e influências recíprocas inevitáveis entre o ético e o jurídico. Vale dizer: a Constituição jurídica-formal e o "espírito do povo" se interagem e se influenciam mutuamente. O Poder Judiciário, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, deve decidir os casos concretos levando-se conta o "espírito do povo", isto é, os princípios éticos universalmente aceitos pela sociedade brasileira (WEBER, 2008), o que permitirá construir normas jurídicas constitucionais em conformidade

com os valores do povo brasileiro, de modo que, sempre que o "espírito do povo" se modificar, alterar-se-á também o sentido dos textos normativos.

4 O "ESPÍRITO DO TEMPO" COMO LIMITE À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A admissibilidade da mutação constitucional, por implicar alteração informal da Constituição Federal, promovida especialmente pelo Poder Judiciário, submete-se a determinadas condições e limites (LIERN, 2014), dentre as quais se insere os limites semânticos do texto constitucional. A esse respeito:

> Las mutaciones constitucionales legítimas que no atentan contra la supremacía constitucional son aquellas que operan dentro de los límites constitucionales que, en términos generales, se identifican con el texto de la norma (el «programa normativo» de Müller y Hesse). Si la mutación constitucional sobrepasa ese límite se convierte en constitucionalmente inadmisible (LIERN, 2014, p. 149)[3].

Além disso, o texto formal da Constituição dialoga e interage com o "espírito do povo", porém a possibilidade de adaptação constitucional às novas realidades sociais não pode se afastar do "espírito do tempo". Com efeito, o "espírito do povo" é fruto de uma lenta evolução social, que deve se harmonizar ao "espírito do tempo" (BOBBIO, 1995, p. 108), uma vez que

[3] As mutações constitucionais legítimas que não atentam a supremacia constitucional são aquelas que operam dentro dos limites constitucionais que, em termos gerais, se identificam com o texto da norma (o "programa normativo", de Müller e Hesse). Se a mutação constitucional exceder esse limite, torna-se constitucionalmente inadmissível (tradução livre dos autores).

> [...] não é inevitável que aquilo que corresponde ao espírito do povo corresponda ao espírito do tempo, tanto que em determinados períodos, isto é, nos períodos de crise, de grandes transformações, de aceleração histórico – como é o vivido por Hegel -, a adequação ao espírito do tempo precede e de algum modo força a mudança do espírito do povo. Em resumo, se poderia dizer que na interpretação da história o espírito do povo representa o princípio da continuidade, o espírito do tempo representa o princípio da mudança (BOBBIO, 1995, p. 107-108).

E o "espírito do nosso tempo" pode ser entendido como as conquistas históricas da humanidade, em especial a dignidade da pessoa humana (WEBER, 2008) e, por consequência, os direitos humanos e os direitos fundamentais. Uma boa Constituição é aquela que se adapta às transformações do "espírito do povo" e que considera a força do "espírito do tempo" e se o "espírito do povo" estiver em descompasso com o "espírito do tempo", o povo estará fora da história e será imoral (WEBER, 2008).

As mutações constitucionais influenciadas pelo "espírito do povo", isto é, pelos valores, costumes, tradições e hábitos de um povo encontram limites no "espírito do tempo", ou seja, na dignidade da pessoa humana, nos direitos humanos e nos direitos fundamentais, que são conquistas da humanidade. A esse respeito:

> Entende-se que mutações constitucionais encontram limitações no conjunto de direitos que tutela as garantias dos cidadãos contra atos abusivos por parte do Estado. Logo, se não há como impedir a ocorrência de alterações informais na compreensão do texto da norma, argumenta-se que estas encontram limites no próprio "programa normativo" derivado do texto, que não devem ser

> formuladas em detrimento de direitos fundamentais (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 137).

Os "direitos fundamentais" e os "direitos humanos" visam resguardar a primazia da dignidade da pessoa humana e os seus conteúdos estão, sobretudo, com a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, num processo crescente de aproximação e harmonização, de modo que parte da doutrina acaba por confundi-los.

Contudo, os termos "direitos humanos" e "direitos fundamentais" não são conceitos sinônimos. Eles têm conteúdos e significados distintos, e o "critério mais adequado para determinar a diferenciação entre ambas as categorias é o da concreção positiva" (SARLET, 2015, p. 31), de tal sorte que a expressão "direitos fundamentais" se refere àqueles direitos do ser humano consagrados e positivados na Constituição de determinado Estado (CANOTILHO, 2011), ou seja, no plano interno, e protegem as pessoas como membros de uma comunidade política (SARLET, 2015), ao passo que os "direitos humanos" são reconhecidos e positivados em tratados e convenções internacionais e protegem a pessoa em razão de condição humana (SARLET, 2015).

A Constituição Federal reservou inteiramente o Título II aos Direitos e Garantias Fundamentais, nele positivando um leque amplo e extenso de direitos fundamentais do ser humano, classificando-os em cinco espécies, a saber: a) direitos e deveres individuais; b) direitos e deveres coletivos; c) direitos sociais; d) direitos à nacionalidade; e e) direitos políticos (RESENDE; MEIRELLES, 2015).

No entanto, o rol do referido Título II da Carta Magna não é taxativo, mas meramente exemplificativo porque o art. 5º, § 2º, da própria Constituição Federal, ressalva que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e

dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (RESENDE; MEIRELLES, 2015).

Os direitos fundamentais não são apenas aqueles consagrados e reconhecidos formalmente na Constituição, pois, como acima referido, a Carta Magna admite a existência de outros direitos fundamentais não inseridos no rol do Título II, reconhecendo, destarte, a existência dos chamados direitos materialmente fundamentais (RESENDE; MEIRELLES, 2015).

Os direitos fundamentais podem ser classificados em: direitos formalmente fundamentais e direitos materialmente fundamentais. Serão formalmente fundamentais os direitos expressamente incorporados no catálogo dos direitos fundamentais da Constituição, independentemente de seu conteúdo (ALEXY, 2008).

Por sua vez, os direitos materialmente fundamentais poderão ser identificados a partir do conceito aberto de direitos fundamentais adotado pelo art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, pois possibilita o reconhecimento de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional ou em tratados internacionais e, até mesmo, na identificação de direitos fundamentais não escritos ou implícitos na Constituição, que sejam decorrentes do regime e princípios por ela adotados (SARLET, 2015).

A identificação e a caracterização de um direito materialmente dotado de fundamentalidade não são tarefas fáceis para o intérprete e aplicador do direito, pois não decorrem apenas da simples leitura do texto constitucional, na medida em que poderão, como visto alhures, existir outros direitos fundamentais dispersos no corpo da Constituição, positivados em tratados internacionais ou consagrados em princípios não assentados na Carta Magna (RESENDE; MEIRELLES, 2015).

A definição de direito fundamental, proposta por Ingo Wolfgang Sarlet, permite ao intérprete a identificação e, consequentemente, a efetivação e a proteção de direitos fundamentais exclusivamente materiais, isto é, não consagrados expressamente no catálogo do Título II da Constituição Federal (RESENDE; MEIRELLES, 2015). A propósito:

> Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo) (SARLET, 2015, p. 78).

Assim, reconhecem-se direitos que, apesar de não consagrados formalmente no rol do Título II da Constituição Federal, por seu conteúdo, importância e significado, podem ser considerados fundamentais e, por isso mesmo, inseridos na Carta Constitucional, produzindo todos os efeitos jurídicos como se direitos formalmente fundamentais os fossem.

A dignidade da pessoa humana não é, ela mesma, um direito fundamental (SARLET, 2012), mas, como princípio estruturante e fundamental do Estado brasileiro, é a fonte e o fundamento dos direitos fundamentais e dos direitos humanos (SARLET, 2012), atuando não somente como critério de identificação de direitos materialmente

fundamentais eventualmente existentes na ordem jurídica do Brasil, mas também como limite à atuação do estatal, inclusive a judicial.

O princípio da dignidade da pessoa humana, assim como os direitos humanos e os direitos fundamentais nele fundamentados, impõem limites à atividade do Estado (SARLET, 2012), no sentido de impedir que o poder público, por meio de sua atuação administrativa, legislativa ou judicial, viole a dignidade humana.

Os juízes não podem, no exercício do poder constituinte difuso, modificar o sentido do texto constitucional de modo a atentar contra o "espírito do nosso tempo". Desse modo, a realização da mutação constitucional, pela via interpretativa jurisdicional, em descompasso com a dignidade humana, com os direitos fundamentais e com os direitos humanos, vale dizer, com o "espírito do tempo", é ilegítima e inconstitucional.

Enfim, o processo de alteração informal da Constituição Federal de 1988 deve respeitar os limites semânticos do texto, os princípios fundamentais da Carta Magna e o "espírito do nosso tempo" consistente no princípio da dignidade humana, nos direitos humanos e nos direitos fundamentais.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo científico teve por finalidade analisar o instituto da mutação constitucional a partir da concepção hegeliana de Constituição, em especial do necessário diálogo entre a Constituição Federal de 1988 com o "espírito do povo", que se faz presente nos valores, nos costumes, nas tradições e nos hábitos da comunidade política brasileira e do respeito ao "espírito do tempo".

Partiu-se da premissa de que a Constituição, na concepção hegeliana, tem fundamentação ética e uma dimensão não formal, na

medida em que expressa o "espírito do povo", que consiste na cultura, na tradição, nos valores e nos costumes de um povo, que não pode ser compreendida separadamente da Constituição escrita, jurídica e formal. Por isso, tal Constituição deve se adaptar ao "espírito do povo", sob pena de sucumbir.

A emergência do pós-positivismo promoveu o rompimento da separação rígida do ser e do dever ser defendido pelo positivismo jurídico com a reaproximação entre o Direito e a ética e entre o Direito e a moral, exigindo-se, agora, uma leitura social, humana e moral do Direito.

Além disso, o Direito não é somente a norma posta, é também um sistema aberto que não se pode compreender dissociado de seu contexto social e ambiental, razão pela qual deve ser estudado de forma complexa e interdisciplinar. Sendo assim, o significado dos textos normativos emerge das interações existentes no interior do sistema jurídico-normativo e entre o sistema jurídico, o ambiente e os demais sistemas sociais, sendo insuficiente a compreensão dos enunciados normativos unicamente por meio da análise científica do ordenamento jurídico.

Nesse cenário, é perfeitamente possível pensar, nos dias atuais, na adequação da Carta Magna escrita ao "espírito do povo", por meio da mutação constitucional, consistente na modificação do sentido e do alcance das normas constitucionais sem alteração, contudo, do seu texto formal.

Com efeito, os órgãos do Poder Judiciário devem decidir os casos concretos levando-se conta o "espírito do povo", isto é, os princípios éticos universalmente aceitos pela sociedade brasileira, uma vez que, assim procedendo, construirão normas jurídicas constitucionais em conformidade com os valores do povo brasileiro.

Ademais, sempre que houver alteração do "espírito do povo", ter-se-á naturalmente uma nova percepção do Direito e, com isso, novos

significados dos textos normativos serão construídos, agora em conformidade com a nova realidade social e cultural.

Porém, a mutação constitucional, por implicar alteração informal da Constituição Federal, promovida especialmente pelo Poder Judiciário, deve respeitar certos limites para ser considerada legítima, dentre as quais se destaca o respeito ao "espírito do nosso tempo", consistente no princípio da dignidade da pessoa humana, nos direitos humanos e nos direitos fundamentais.

Portanto, a realização da mutação constitucional, pela via interpretativa jurisdicional, em descompasso com a dignidade humana, com os direitos fundamentais e com os direitos humanos, vale dizer, com o "espírito do tempo" é ilegítima e inconstitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

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

ARONNE, Ricardo. Sistema jurídico e unidade axiológica: os contornos metodológicos do direito civil constitucional. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, Ano 2, n. 1, p. 73-113, 2013.

ARONNE, Ricardo; MORAES, Denise Bermudez de Oliveira. A valsa do leviatã pós-moderno: velhos cisnes ônticos sobre novos lagos epistêmicos. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR,** Curitiba, n. 56, p. 127-140, 2012.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira; RIOS, Roger Raupp. Mutação constitucional e proibição de discriminação por motivo de sexo. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, p. 21-47, 2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BAVARESCO, Agemir; SCHMIDT, Ernani; CHRISTINO, Sérgio Batista. Metamoforses do estado constitucional e a teoria hegeliana da Constituição. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 10, p. 51-89, jul./dez. 2007.

BOBBIO, Norberto. **Estudos sobre Hegel**: direito, sociedade civil, Estado. 2. ed. São Paulo: Universidade Estadual Paulista: Brasiliense, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 2006.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. O constructivismo lógico-semântico como método de trabalho na elaboração jurídica. *In*: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). **Constructivismo lógico-semântico**, v. 1. São Paulo: Noeses, 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. Algo sobre o constructivismo lógico-semântico. *In*: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). **Constructivismo lógico-semântico, v**. 1, São Paulo: Noeses, 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Mutação constitucional e segurança jurídica: entre mudança e permanência. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 7, n. 2, p. 136-146, maio./ago. 2015.

CONSANI, Cristina. Constituição, política e direitos na filosofia do direito de Hegel. *In*: FLECK, Amaro; RAMOS, Diogo (Orgs.). **A racionalidade do real**: estudos sobre a filosofia hegeliana do direito. Florianópolis: NEFIPO, 2011. p. 111-126.

FOLLONI, André Parmo. **Ainda o reducionismo no direito**. 2015. Disponível em: http://complexidade.net/2015/02/02/ainda-o-reducionismo-no-direito/. Acesso em: 22 mar. 2017.

FOLLONI, André Parmo. O papel da ciência do direito tributário no desenvolvimento tributário. *In*: MURTA, Antônio Carlos Diniz; BALTHAZAR, Ubaldo Cesar; FEITOSA, Raymundo Juliano Rego (Coord.). **Direito Tributário**. Florianópolis: CONPEDI, p. 194-215, 2014.

FOLLONI, André Parmo. Complexidade, direito e normas jurídicas como emergências. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 905-941, 2017.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la constitución**. Madrid: Centro de estudos constitucionais, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo:Martins Fontes, 2009.

LIERN, Göran Rollnert. La mutación constitucional: entre la interpretación y la jurisdicción constitucional. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, n. 101, p. 125-155, maio./ago. 2014.

MARIOTTI, Humberto. **Pensamento complexo**: suas aplicações à liderança, à aprendizagem e ao desenvolvimento sustentável. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

RESENDE, Augusto César Leite de; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. A proteção do direito fundamental à reprodução assistida no Brasil. **Derecho y Cambio Social,** Lima, Ano 12, n. 39, p. 1-27, 2015. Disponível em: http://www.derechoycambiosocial.com/revista039/A_PROTECAO_DO_DIREITO_FUNDAMENTAL_A_REPRODUCAO_ASSISTIDA.pdf. Acesso em: 10 abr. 2019.

RIBEIRO, Fernando J. Armando. A constituição do Estado no pensamento de Hegel. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 55, p. 11-32, jul./dez. 2009.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; HEINEN, Luana Renostro. Direito, holismo e complexidade. *In*: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de, TRAMONTINA; Robson ; SANTOS, André Leonardo Copetti (Orgs.). **Filosofia do direito I,** v. 1. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 412-431.

SALVADORI, Mateus; SANGALLI, Idalgo José. A substancialidade ética da Constituição-Estado hegeliana. **Conjectura**: filosofia e educação, Caxias do Sul, v. 21, n. 1, p. 104-15, jan./abr. 2016.

SANCHÉZ, José J. Jiménez. Los tres errores de Hegel. **Revista electrónica de la asociación andaluza de filosofía**, Granada, p. 171-196, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCLIAR, Wremyr. Hegel: seu tempo e o Estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 44, n. 174, p. 233-240, abr./jun. 2007.

SILVA, Paulo Maycon Costa da. O pós-positivismo do neoconstitucionalismo. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 16, n. 1, p. 171-189, jan./ abr. 2014.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. Distinguindo dimensões no paradigma emergente da ciência contemporânea. *In*: **Pensamento sistêmico**: o novo paradigma da ciência. 6. ed. Campinas: Papirus, 2007.

WEBER, Thadeu. **Ética e filosofia do direito**: autonomia e dignidade da pessoa humana. Petrópolis: Vozes, 2013.

WEBER, Thadeu. Dignidade humana e liberdade em Hegel. **Espaço Jurídico**, Chapecó, v. 15, n. 2, p. 387-396, jul./dez/ 2014.

WEBER, Thadeu. Justiça e poder discricionário. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, Ano 2, n. 2, p. 214-242, jan./mar. 2008.

WEBER, Thadeu. O Estado ético. *In*: ROSENFIELD, Denis Lerrer (Org.). **Estado e política**: a filosofia política de Hegel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, p. 101-109, 2003.

Correspondência | Correspondence:

Augusto César Leite de Resende
Av. Conselheiro Carlos Alberto Sampaio, 505, Bairro Capucho, CEP 49.081-000.
Aracaju, SE, Brasil.
Fone: (79) 3231-0188.
Email: aclresende@bol.com.br

Recebido: 4/5/2018.
Aprovado: 25/2/2019.

Nota referencial:

Resende, Augusto César Leite de. Mutação constitucional: reflexões a partir da concepção hegeliana de constituição. **Revista Direito e Liberdade,** Natal, v. 21, n. 1, p. 81-106, jan./abr. 2019. Quadrimestral.