

1

Introdução

O nosso interesse sobre o tema da mudança constitucional iniciou já no curso de graduação em Direito, concluído na PUC em 2000, com a apresentação de monografia final de curso versando sobre *os limites da revisão constitucional*. Neste trabalho, ocupamo-nos de problemas relacionados com a reforma constitucional. Constatamos que toda Constituição, para subsistir, precisa ser adaptável à evolução da sociedade, sob pena de soçobrar diante da realidade. Por isso, é comum que o poder constituinte originário preveja um órgão competente para efetuar as modificações – poder reformador -, respeitados os limites revisionais. Nesta linha, as cláusulas pétreas são instrumentos válidos para proteger a Constituição, revelando o que o constituinte entendeu como “núcleo fundamental”, que não pode ser suprimido pelo poder reformador. A existência de um cerne intangível é uma forma de assegurar a permanência da Constituição. As cláusulas pétreas, no entanto, não estão imunes às controvérsias. Dependendo da situação histórica, elas podem mesmo antecipar a ruptura constitucional, ao invés de assegurar a sua permanência ou estabilidade. Daí termos constatado que as limitações não são absolutas nem irremovíveis, podendo até mesmo ser superadas, em alguns sistemas, por processos de “dupla revisão” (Jorge Miranda), ou seja, primeiro o poder revisor elimina as cláusulas de limites, obedecendo para tanto a procedimentos formais, e depois, com a participação do poder constituinte (o povo), faz-se a mudança material da Lei Maior.

A presente investigação representa, até certo ponto, uma continuidade da monografia da graduação. Estamos convictos de que nem a rigidez constitucional nem a instituição de cláusulas pétreas são suficientes para impedir a mudança informal da Constituição. Pelo contrário, a realidade política, a vida concreta da sociedade, suas necessidades e valores cambiantes ensejam, freqüentemente, alterações de significado de normas constitucionais e mudanças em elementos centrais do Estado, sem que para isso se promovam alterações formais na Constituição.

Em que pese a doutrina reconheça a existência de *mutações constitucionais* na história constitucional do Brasil, o tema foi pouco explorado em teses acadêmicas.

O projeto de dissertação original propunha um estudo comparado das teorias da mutação constitucional, visando fazer um mapeamento da doutrina representativa de três modelos distintos: o norte-americano, o europeu (Alemanha, França, Espanha e Portugal) e o brasileiro. No decorrer das pesquisas, verificamos que a empreitada exigia, para ser coerente, uma investigação direta das fontes estrangeiras, não apenas limitada à doutrina, mas que envolvesse também o exame de documentos histórico-constitucionais.

Por ocasião da defesa do projeto, contudo, a Professora Ana Lúcia de Lyra Tavares, preocupada com a viabilidade da pesquisa, sugeriu a limitação da temática à origem do conceito de mutação constitucional, típico da doutrina alemã. Reconhecemos que o plano inicial, de fato, era demasiado arrojado em função da escassez de tempo.

O roteiro provisório foi reformulado e a pesquisa então se direcionou para as origens do conceito de mutação constitucional, que nos reporta à Alemanha imperial de finais do século XIX e princípios do XX, período em que foram produzidos os primeiros trabalhos teóricos a tratar do tema.

O levantamento da documentação bibliográfica a respeito desse tema no Brasil revelou, lamentavelmente, a existência de escasso material. Para se ter uma idéia, só encontramos dois livros a esse respeito: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986; BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1997.

Em que pese o reconhecido valor das obras mencionadas, entendemos que ainda falta, na literatura brasileira, uma obra que aborde de forma mais adequada a origem do conceito de mutação constitucional.

A presente dissertação, de certa forma, pretende suprir essa lacuna, apresentando a contribuição de alguns autores alemães que são imprescindíveis para um entendimento mais profundo acerca do problema das mudanças informais da Constituição. De alguma forma, pensamos ter contribuído também com a pesquisa de literatura mais atualizada sobre o tema.

A doutrina constitucional não trata de maneira uniforme o fenômeno das transformações informais da Constituição. Sabe-se que o conceito de mutação

constitucional foi originalmente formulado por Paul Laband, no marco da Constituição do *Reich* alemão de 1871. O trabalho pretende descrever e analisar as divergências no tratamento teórico da mutação constitucional, enfocando também os pontos mais relevantes da obra de autores da época da República de Weimar (1919-1933). Autores como Smend e Heller explicam o fenômeno sob um prisma antiformalista, trabalhando com a idéia de constituição dinâmica. Hsü Dau-Lin (1932) contribui com um estudo mais completo e sistemático do tema da mutação constitucional.

Plano da dissertação

A problemática do tema exige sejam colocados e definidos, como pressupostos prévios, algumas noções e conceitos fundamentais de teoria da constituição, tais como os de constituição, rigidez constitucional, realidade constitucional, dinâmica e estática etc., o que é tratado no Capítulo 2.

Como já o dissemos, um tratamento mais adequado do tema escolhido exige uma investigação sobre as origens do conceito, o que será tratado no Capítulo 3.

A parte final (Capítulo 4) aborda, além do problema terminológico, algumas modalidades de mutação constitucional, não só com base na doutrina clássica, mas também trazendo a contribuição de autores contemporâneos.

Metodologia e referências bibliográficas

A metodologia utilizada é bibliográfica. Procuramos abordar o tema servindo-nos de trabalhos jurídicos de inegável valor para a ciência do direito, tanto de autores nacionais como estrangeiros. As obras principais foram escritas em língua alemã, a qual o autor não domina. As traduções utilizadas, no entanto, são de reconhecido valor. Sempre que o tradutor tenha mantido ou feito referência ao termo original, assim o indicaremos.

As citações do texto, quando de autores estrangeiros, foram mantidas quase todas na versão estudada (espanhola), facilmente compreendida pelos falantes de língua portuguesa. Preferimos na maior parte das citações não fazer a tradução do espanhol para o português, para evitarmos algum equívoco e para não cometermos o inconveniente de fazer uma tradução da tradução.

As obras são indicadas nas notas de rodapé precedidas do nome do autor, salvo quando este já tenha sido mencionado no texto. Citam-se apenas o autor, o título da obra e a página. As referências completas constam da bibliografia geral no fim do volume. Usamos da abreviatura de praxe (op. cit.), sempre que isso não prejudique a imediata identificação da obra. Sempre que fizemos a citação de alguma passagem a partir de outra fonte, isto é, citação de segunda mão, foi porque tal recurso se mostrou necessário, sendo devidamente precedida da expressão *apud*.