

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: ORIGEM DO CONCEITO

Sumário: 3.1. Introdução. 3.2. A mutação constitucional como problema. 3.3. A constatação das mutações constitucionais por Paul Laband. 3.4. Noção e conceito de mutação constitucional: Georg Jellinek. 3.5. A mutação como parte de um conceito dinâmico de Constituição. 3.6. Importância dos autores da época de Weimar na reflexão sobre o problema da mutação informal da Constituição. 3.6.1. A mutação como elemento de um conceito ambivalente de Constituição: Rudolf Smend. 3.6.1.1. O Estado como integração espiritual. 3.6.1.2. A Constituição como constante mutação. 3.6.1.3. Integração e interpretação constitucional. 3.6.2. Normalidade e normatividade: Hermann Heller. 3.6.3. A contribuição de Hsü Dau-Lin. 3.6.3.1. Classificação das mutações constitucionais. 3.6.3.2. Mutações através da prática estatal que não viola a Constituição. O problema das lacunas constitucionais. 3.6.3.3. Mutações como impossibilidade de exercício de determinadas atribuições descritas na Constituição. O problema da mutação por desuso. 3.6.3.4. Reforma material da Constituição e mutação constitucional. 3.6.3.5. Mutações constitucionais por meio da interpretação. 3.6.3.6. Mutações constitucionais e direito consuetudinário. 3.6.3.7. Mutações constitucionais e regras convencionais. 3.6.3.8. Mutações constitucionais como violação da Constituição. 3.6.3.9. Mutações da Constituição como problema constitucional. 3.6.4. Essência da mutação constitucional.

Neste capítulo, pretendemos apresentar em linhas gerais a origem do conceito de mutação constitucional. Os primeiros trabalhos teóricos a tratar da mutação constitucional surgem no marco da Constituição bismarckiana. A mutação foi vista como um problema para os positivistas formais, albergados na Escola Alemã de Direito Público, uma vez que as mudanças constitucionais ocorriam concretamente sem a observância do processo formal de alteração das normas da Constituição. Entre as duas guerras mundiais, a visão formalista é fortemente questionada na Alemanha, desenvolvendo-se estudos nos quais o fenômeno da mutação constitucional é colocado não mais como um problema, mas como elemento integrante do próprio conceito de Constituição dinâmica e material, que privilegia os aspectos da realidade político-constitucional. O presente trabalho não comporta, por razões óbvias, uma análise exaustiva dessa riquíssima doutrina alemã. No entanto, pretendemos descrever e analisar algumas concepções que ajudam a entender a origem e as controvérsias em torno do tema.

3.1

Introdução

O problema das *mutações constitucionais* começou a ser estudado em finais do século XIX e princípios do XX, por autores ligados à Escola Alemã de Direito Público. Foi Paul Laband quem estabeleceu a distinção entre “reforma constitucional” (*Verfassungänderung*) e “mutação constitucional” (*Verfassungswandlung*). Ele formulou esta última expressão para designar o fenómeno da mudança de significado ou sentido da Constituição, sem que seja alterado o seu texto. Embora a Constituição já fosse concebida como Lei (*Gesetz*) destinada a dar continuidade e estabilidade aos elementos fundamentais do Estado, Laband constatou que ela podia transformar-se à margem dos mecanismos formais de reforma.¹ Jellinek também verificou - a partir da observação de que as Constituições de muitos Estados sofrem profundas modificações - que a estabilidade das leis fundamentais não é maior que a das outras.²

A problemática da mutação constitucional surgiu com um enfoque especificamente formalista nas obras de Laband e Jellinek, sendo percebida como um contraste entre as normas jurídicas escritas e a situação jurídica real, caracterizada principalmente como desvalorização das normas jurídicas das instituições afetadas.³ Jellinek exprimiu sua posição positivista formalista ao definir a reforma constitucional por um prisma de juridicidade exclusiva: “através de um ato intencional de vontade que modifique o texto da Constituição”. Segundo Paulo Bonavides, “isso quer dizer que o jurista [leia-se: Jellinek] sufocava ou reprimia o sentido criador e modificador contido no chamado ‘espírito da Constituição’, de natureza dinâmica e flexível, para unicamente realçar o aspecto estático e rígido e só admitir a introdução de preceitos constitucionais materiais por via formal. Como não importa a espécie de conteúdo que vai ser posto na Constituição, tudo é admissível, desde que se não viole a forma elaborativa estabelecida, essência de toda a juridicidade. As Constituições

¹ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. “Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 20. Núm. 58. Enero-Abril 2000, p. 105-135.

² Georg JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, p. 5.

³ DAU-LIN, *Mutación de la Constitución*, p. 24 e 29.

formais, vistas tão-somente pelo ângulo avalorativo do positivismo e de sua metodologia, caíram debaixo da crítica impiedosa dos antiformalistas”.⁴

Ana Victoria Urrutia destaca, entretanto, que parte da doutrina alemã de entre as duas guerras procura integrar a mudança informal a um conceito complexo de Constituição. Nesta linha, Heller e Smend descrevem a Constituição como um ente dinâmico, em constante movimento, que interage continuamente com a realidade política. E Hsü Dau-Lin utiliza o sistema conceitual de Smend para ordenar de forma sistemática todas as possibilidades nas quais podem produzir-se mutações constitucionais.⁵

Para entender o problema e a origem do conceito, parece-nos muito útil seguir o roteiro traçado por Ana Victoria Urrutia, na descrição e análise dos pontos mais relevantes dessas formas de conceber a Constituição.⁶

3.2

A mutação constitucional como problema

A história da Alemanha é marcada por várias tentativas de unificação, só obtida no final do século XIX, com a formação do Império Alemão.⁷ Essa composição não se fará de forma tranqüila. A Prússia assume posição hegemônica em detrimento da Áustria, que é excluída do novo Império. O Império (*Reich*) será formado por Estados (*Länder*) muito distintos entre si: desde os Grandes Ducados como Mecklemburgo-Schwerin, onde existia ainda o absolutismo, passando pela Prússia, que era uma monarquia limitada, até cidades livres, como Hamburgo, que eram repúblicas.⁸

⁴ Paulo BONAVIDES, *Curso De Direito Constitucional*, p. 173.

⁵ Ana Victoria Sánchez URRUTIA, op. cit., p. 106.

⁶ A estruturação do presente capítulo, portanto, será muito similar a do trabalho da Professora de Direito Constitucional da Universidade de Barcelona, Ana Victoria Sánchez URRUTIA, op. cit., p. 105-135. Em muitos aspectos, a análise aqui empreendida também coincidirá com o teor do estudo citado, até mesmo em função da pesquisa ter se direcionado basicamente para as mesmas fontes bibliográficas.

⁷ Sobre as características políticas da unidade alemã: GUILLEN, Pierre. O Imperio Alemão de 1871 a 1918. In: NÉRÉ, Jacques (Org.). *História Contemporânea*. Trad. Octávio Mendes Cajado, São Paulo: Círculo do Livro, s.d., p. 315-327.

⁸ Ana Victoria Sánchez URRUTIA, op. cit., p. 106.

A estrutura federal da Alemanha foi a fórmula encontrada para a organização do império que permitiu preservar os particularismos locais, as tradições regionais, seus reis e dinastias, embora os Estados passassem agora a fazer parte do grande conjunto nacional, constituído por Bismarck. Havia 22 Estados monárquicos e 3 cidades livres que continuaram a existir com suas instituições próprias; delegando ao *Reich*, entretanto, algumas de suas atribuições: negócios exteriores, exército, alfândegas, moeda. Os Estados do Sul e do Centro desejam preservar sua autonomia, ao passo que a Prússia receia dissolver-se no *Reich*. Essa situação levou Bismarck a manter a estrutura federal adotada pela Confederação da Alemanha do Norte.⁹

No plano federal, o poder legislativo é dividido entre duas casas: o *Reichstag*, eleito pelo sufrágio universal, e o *Reichsrat*, assembléia de delegados dos Estados. O governo imperial é dirigido pelo chanceler (*Kanzler*) nomeado pelo imperador (*Kaiser*) e só responsável perante ele. Alguns problemas parecem insolúveis e são recorrentes até 1918:

“a colaboração entre as duas Assembléias, as relações entre o governo prussiano e o governo imperial, a conciliação entre as aspirações contraditórias do *Reichstag* eleito pelo sufrágio universal e do *Landtag* da Prússia, dominado pela aristocracia, a partilha dos encargos fiscais entre o *Reich* e os Estados”.¹⁰

A Constituição do Império Alemão de 1871 inaugura uma nova ordem jurídica, que, logicamente, se sobrepõe às confederações anteriores e ao regime organizativo de cada um dos Estados membros. Ocorre que, como observa Jellinek,¹¹ a Constituição imperial gerou uma situação anormal nos Estados federados. Isto porque a grande maioria dos Estados manteve suas constituições locais, embora seus dispositivos já tivessem sido total ou parcialmente revogados pelo direito do *Reich*. Além disso, a Constituição imperial tinha caráter fragmentário, pois não continha todas as instituições fundamentais do Império.

Sublinha Ana Victoria Urrutia que é no marco histórico da Constituição imperial alemã que surgem os primeiros trabalhos teóricos sobre o problema da mutação constitucional. A autora aponta quais seriam os pressupostos necessários

⁹ Pierre GUILLEN, op. cit., p. 315.

¹⁰ Pierre GUILLÉN, op. cit., p. 315-316.

¹¹ Op. cit., p. 12-13.

para o desenvolvimento desse tema na Europa: um certo grau de *rigidez da Constituição* e sua compreensão como *instrumento normativo*.¹²

Neste contexto, autores ligados à Escola Alemã de Direito Público¹³ se interessam pelo problema das mutações constitucionais.

*“Esta escuela fundada por Gerber y Gierke inicia una tradición ‘científica’ en Alemania dentro de la cual se inscriben juristas como Laband y Jellinek. La Escuela alemana de Derecho Público propugnaba como punto de partida metodológico la separación entre derecho y política. El derecho público, según esta escuela, debía ser estudiado de manera aislada sin tener en cuenta los fenómenos políticos cambiantes. En este contexto, no deja de resultar paradójico¹⁴ que sean precisamente dos autores destacados de esta tradición los que inicien el estudio del contraste entre lo descrito en las normas constitucionales y el funcionamiento real del Estado constitucional”.*¹⁵

Lembra Paulo Bonavides que os positivistas formais podem defender satisfatoriamente a juridicidade das Constituições enquanto o texto escrito esteja em consonância com a realidade. Mas quando norma e fato se divorciam, gerando crise e perplexidade, deságua-se no problema da mudança constitucional.

*“A mudança sempre ocorre, mas o positivismo não sabe e nem pode explicar em que medida ela se atém apenas a variações levadas a cabo juridicamente mediante alteração formal de textos”.*¹⁶

¹² Ana Victoria Sánchez URRUTIA, op. cit., p. 107.

¹³ Sobre a Escola Alemã de Direito Público, vale consultar: VILLARROYA, Joaquín Tomás. “La dirección dogmática en el derecho político”, *Revista de Administración Pública*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, núm. 79, Enero-Abril 1976, pp. 67-89; PEREZ ROYO, Javier. “El proyecto de Constitución del Derecho Público como ciencia en la doctrina alemana del siglo XIX”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 1, 1978, pp. 67-97.

¹⁴ Jellinek parece justificar indiretamente a compatibilidade do tema estudado com os postulados da Escola de Direito Público, quando, no prólogo de sua obra, *“Reforma y Mutación de la Constitución”*, op. cit., p. 3, afirma o seguinte: *“El curso de esta investigación se mueve en los linderos entre el Derecho constitucional y la política. Siempre he sostenido la separación metódica y la unión científica de ambas disciplinas”*.

¹⁵ Ana Victoria Sánchez URRUTIA, op. cit., p. 107-108.

¹⁶ Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 173.

3.3

A constatação das mutações constitucionais por Paul Laband

Espantado com o modo como se vinham processando as mudanças da Constituição do *Reich* alemão, sem o acionamento dos mecanismos institucionais de “reforma constitucional” (*Verfassungänderung*), Paul Laband criou o conceito de “mutação constitucional” (*Verfassungswandlung*). Ao contrário de outros autores, ele trabalha com a premissa de que a Constituição é norma jurídica em sentido estrito:

“Las Constituciones son leyes, las cuales proporcionan a la continuidad del derecho una especial firmeza y estabilidad, que ningún aspecto de la legislación ordinaria puede ofrecer y, en este sentido, son la codificación de lo más fundamental del derecho estatal”.¹⁷

Em que pese essa visão normativa da Constituição, que implica a observância de formas jurídicas prescritas para alterar o texto vigente, Laband reconhece que a ação do Estado pode transformá-la sem necessidade de sua modificação formal. Além disso, de todas as disposições presentes na Constituição, algumas oferecem apenas escasso interesse para a maioria da população e possuem significado subordinado e passageiro; mas outras há que dizem respeito à essência do Estado, e que, no entanto, experimentam uma modificação radical e significativa mesmo que o texto da Constituição não sofra nenhuma alteração redacional.¹⁸ Verdú observa que as mutações da Constituição do império enumeradas por Laband possuem o significado e alcance político que as próprias instituições do *Reich* exigiam; deixando, porém, o texto constitucional intacto.¹⁹

Ao analisar os casos de mutação constitucional mais importantes na vigência da Constituição imperial da Alemanha, Laband percebeu três caminhos

¹⁷ Paul LABAND, *Die Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung*, publicado no “Jahrbuch der Gehe-Stitung zu Dresen”, 1895, págs. 149-186. O fragmento citado foi extraído da sua reimpressão em *Laband: Abhandlungen und Rezensionen*, vol. 1, Leipzig, 1980, p. 574. Apud Ana Victoria Sánchez URRUTIA, op. cit., p. 108.

¹⁸ Paul LABAND, *Die Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung*, op. cit., p. 575. Apud Ana Victoria Sánchez URRUTIA, op. cit., p. 108.

¹⁹ Pablo Lucas VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, p. 165.

distintos de alteração informal da Constituição: 1) por meio de leis que regulam elementos centrais do Estado não previstos ou previstos de maneira colateral pela Constituição;²⁰ 2) leis que modificam elementos centrais do Estado em contradição com o conteúdo da Constituição; 3) usos e costumes dos poderes públicos que modificam elementos centrais do Estado.²¹

No primeiro caso, a inexistência de uma regulação contemplando as instituições centrais do Estado rendia ensejo à transformação da realidade constitucional à margem do processo formal de alteração da Constituição.²²

Um caso importante de mutação constitucional, através da legislação e prática política em contradição com o texto da Constituição do *Reich*, comentado por Laband, diz respeito à função do Chanceler, a quem competia referendar os atos do *Kaiser*, conferindo-lhes validade. Era justamente pelo fato dessa competência constitucional ter sido atribuída ao Chanceler que se deduzia ser ele o responsável pela ação política do Estado. Ocorre que nos primeiros anos de vigência da Constituição imperial o Chanceler do *Reich* era ao mesmo tempo o Chanceler da Prússia. Considerando a extensão e a diversidade administrativa do *Reich*, era impossível que uma única pessoa pudesse exercer essa função. Por isso, na prática, admitiu-se que o referendo pudesse ser realizado pelos chefes das administrações do *Reich*. É de notar-se que em 1879 surge uma lei criando a figura do *Generalvestreter* (Lugar-tenente), para substituir em situações especiais o Chanceler do *Reich*. Contudo, na realidade, salienta Laband,²³ o *Generalvertreter* foi nomeado sem que estas circunstâncias ocorressem.²⁴

²⁰ A doutrina registra que várias leis do Império mudavam o ordenamento fundamental à medida que estabeleciam competências do poder central (*Reich*), criavam instituições destinadas a executar funções políticas do Império, bem como dispunham sobre direitos e liberdades individuais em face do poder estatal ou dos membros da federação. Cf.: Pablo Lucas VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, p. 165.

²¹ Ana Victoria Sánchez URRUTIA, op. cit., p. 108.

²² Ana Victoria Sánchez URRUTIA (op. cit., p. 108-109) sintetiza diferentes problemas observados por Laband, geradores de mutações constitucionais: “*La inexistencia de definición de la posición política de los ministros del Reich, la no previsión de un procedimiento de incorporación de nuevos territorios a la Unión Alemana, la regulación constitucional imperfecta y escasa de las finanzas del Reich y la vaga e incompleta previsión constitucional de los criterios de distribución competencial entre los Länder y el Reich suponían que su situación real sólo pudiese ser deducida del contenido de las leyes del Reich. Así, para Laband, la mayoría de las leyes suponían, en la práctica, un cambio de la situación constitucional del Reich.*” (Paul LABAND, *Die Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung*, op. cit., págs. 575-576.)

²³ Paul LABAND, *Die Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung*, op. cit., p. 577-578. Apud Ana Victoria Sánchez URRUTIA, op. cit., p. 109.

²⁴ Ana Victoria Sánchez URRUTIA, op. cit., p. 109.

Ressalte-se que Laband considerava impossível exercer controle jurídico sobre os processos informais de alteração da Constituição. O eminente jurista sustentava que *“la regla según la cual las leyes ordinarias deben estar siempre en armonía con la Constitución y no deben ser incompatibles con ésta, constituye un postulado de política legislativa, pero no un axioma jurídico...”*.²⁵ Em face disso, Ana Victoria Urrutia deduz que Laband atribuía à Constituição força normativa, mas não superioridade hierárquica sobre as leis do Parlamento.²⁶

3.4

Noção e conceito de mutação constitucional: Georg Jellinek

Uma das obras básicas da literatura jurídica alemã sobre o assunto em pauta, traduzida para o espanhol, é *Reforma y mutación de la Constitución*,²⁷ de Georg Jellinek, originada da conferência que o autor proferiu a 18 de março de 1906 na Academia Jurídica de Viena. Neste estudo, Jellinek, inspirado em Laband,²⁸ adotou a “intencionalidade” como critério para distinguir a mutação da reforma constitucional.

“Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntárias 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 consciencia, de tal mutación”.²⁹

Depreende-se do conceito acima que a reforma constitucional, para Jellinek, é um ato de vontade. Esse conceito é bastante amplo, pois abrange

²⁵ Paul LABAND, *Das Staatsrechts des deutschen Reiches*, vol. II. Apud Ana Victoria Sánchez URRUTIA, op. cit., p. 110. O fragmento foi traduzido livremente pela autora citada, a partir da consulta à versão francesa: *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, vol. 2, Girard & Brière, Paris, 1901, p. 314.

²⁶ Ana Victoria Sánchez URRUTIA, op. cit., p. 110.

²⁷ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. (orig. *Verfassungsänderung und Verfassungswaandlung. Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung von Georg Jellinek*, Berlin, Verlag von O. Häring, 1906).

²⁸ LABAND, Paul. *Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, 1895, p. 2 e ss. Apud Georg JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, p. 7.

²⁹ Georg JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, p. 7.

hipóteses não necessariamente ajustadas com o Direito. Assentam numa vontade dirigida, são atos jurídicos. Mesmo a subversão total da Constituição, através de uma revolução, enquadra-se no conceito de reforma jellinekiano.³⁰ O que caracteriza a mutação, por seu turno, é a falta de consciência do efeito da mudança.³¹

Jellinek sustenta que as leis constitucionais, assim como as ordinárias, podem ser reformadas de três maneiras: (1) podem ser ab-rogadas; (2) podem receber outro texto; (3) ou podem substituir-se por leis posteriores.³² A primeira hipótese é bastante clara, a Constituição é inteiramente revogada. A segunda pressupõe uma revisão parcial da Constituição, onde se altera apenas parte do texto. A terceira diz respeito à denominada reforma constitucional tácita (ou material), em que as novas leis constitucionais derrogam a parte do texto original que não seja com elas compatível. Este seria o caso da Constituição dos Estados Unidos (1787), cujo texto original continua preservado, não obstante seu conteúdo tenha sofrido diversas modificações em virtude das emendas que se acrescentaram à Constituição.

Jellinek é pouco sistemático na descrição do fenómeno da mutação constitucional, como observa Ana Victoria Urrutia. Isto porque ele recolhe de maneira pouco ordenada dados sobre as mudanças informais das Constituições de sua época.³³ Ele menciona diversas vias de mutação constitucional, como através de atos normativos, interpretação, prática parlamentar, administrativa e jurisdicional, necessidade política, desuso, lacunas e integração, usos e costumes.

3.5

A mutação como parte de um conceito dinâmico de Constituição

O período compreendido entre a primeira e a segunda guerra mundial é particularmente fecundo em relação ao direito público na Alemanha. Nesta época se registram a excepcional dogmática racional de Kelsen e as concepções da

³⁰ Georg JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, p. 9.

³¹ DAU-LIN, op. cit., p. 29.

³² Georg JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, p. 11.

³³ Ana Victoria Sánchez URRUTIA, op. cit., p. 111.

dinâmica constitucional de Heller e Smend,³⁴ além de outros autores e trabalhos importantes.

A Constituição de Weimar de 11 de agosto de 1919 marca o começo de uma transição para a democracia na Europa do século XX. Este novo código constitucional alemão adquiriu um valor histórico e passou a servir de referência para outras constituições democráticas sucessivas, porque, ao lado dos direitos individuais clássicos, assegurou também direitos coletivos.³⁵ Pode-se dizer que a Constituição de Weimar inicia, na Europa, uma transição do Estado Liberal Clássico para o Estado Social de Direito.^{36 37}

A Constituição de Weimar já inicia o seu articulado declarando que o poder constituinte pertence ao povo: “Art. 1º O Império (*Reich*) Alemão é uma República. O Poder Político emana do povo”.³⁸ A partir de Weimar, as constituições democráticas do século XX buscam superar os limites da forma constitucional estatal e parlamentar, pois não se restringem mais ao ordenamento dos poderes e à remissão à lei para garantir os direitos. Elas pretendem, principalmente:

*“significar la existencia de algunos principios fundamentales generalmente compartidos, que el ejercicio del poder soberano constituyente del pueblo ha colocado en la base de la convivencia civil. A partir de aquí comienza una nueva historia que, en buena medida, consiste en la búsqueda de los instrumentos institucionales necesarios para la tutela y para la realización de estos principios fundamentales”.*³⁹

³⁴ Ana Victoria Sánchez URRUTIA, op. cit., p. 113-114.

³⁵ Vale registrar que “o projeto de Constituição elaborado por Hugo PREUSS era “neutro” politicamente, pois não continha um capítulo sobre os direitos fundamentais. Apesar de ser favorável à concepção social da democracia e à proteção dos direitos sociais, Preuss tinha receio que as disputas ideológicas em torno das diferentes visões de direitos fundamentais ameaçassem a unidade nacional e a organização democrática do povo alemão. Foi a Assembléia Constituinte de Weimar, com base na proposta de Friedrich Naumann, que acrescentou a segunda parte da Constituição, que dispunha sobre os direitos e deveres dos alemães”. (Gilberto BERCOVICI, *Constituição e estado de exceção permanente*, p. 28).

³⁶ Maurizio FIORAVANTI, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, p. 149-150; Ana Victoria Sánchez URRUTIA, op. cit., p. 114.

³⁷ É importante ressaltar que a Constituição Mexicana de 31 de janeiro de 1917 também faz parte desse tipo histórico de Constituição, caracterizada pela garantia de direitos sociais.

³⁸ Fonte: *Textos Históricos do Direito Constitucional*, Jorge MIRANDA (org. e trad.), p. 271.

³⁹ Maurizio FIORAVANTI, op. cit., p. 150.

Em que pese a afirmação dos direitos fundamentais (*Grundrechte*), a Constituição de Weimar não instituiu nenhum verdadeiro e autêntico controle de constitucionalidade.⁴⁰ Na verdade, a crítica acentuava que a jurisdição constitucional prevista na Constituição de Weimar apresentava lacunas.⁴¹ Não havia controle centralizado de constitucionalidade, mas apenas diferentes sistemas parciais:⁴²

a) *O controle da primazia do direito do Império (Reich) sobre o direito dos Estados (Länder)*, previsto no art. 13.⁴³ Segundo Ana Victoria Urrutia,⁴⁴ este controle era exercido de forma abstrata pelo Tribunal do Reich (*Reichgerichtshof*) e normalmente o objeto de controle eram as leis dos *Länder*, mas indiretamente se chegou a situações de controle das leis do Reich. O Tribunal decidia sobre a compatibilidade do direito estadual com o direito federal, mediante requerimento do Governo central ou de um Governo estadual.⁴⁵

b) *O controle dos conflitos constitucionais nos Estados, dos conflitos entre Estados ou entre estes e o ente central (Reich)*.⁴⁶ Este controle era exercido pelo Tribunal de Justiça do Estado (*Staatsgerichtshof des deutschen Reiches*). Existia também a previsão de criar tribunais similares em cada um dos *Länder*.⁴⁷ Portanto, não se outorgou ao Tribunal de Justiça do Estado o monopólio da jurisdição constitucional, confiando-se-lhe apenas três dos quatro tópicos principais (*questões constitucionais no âmbito de um Estado, responsabilidade ministerial, questões federais e*

⁴⁰ Maurizio FIORAVANTI, op. cit., p. 151.

⁴¹ Gilmar Ferreira MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 9.

⁴² Ana Victoria Sánchez URRUTIA, op. cit., p. 114.

⁴³ Constituição de Weimar (1919), Art. 13: “O direito do Império prevalece sobre o direito dos estados. Em caso de dúvida ou de desacordo acerca da conciliação de uma disposição jurídica dos estados com o direito do Império, a autoridade central competente do Império ou do Estado pode, nas condições a fixar por uma lei do Império, suscitar a decisão de um Tribunal de Justiça Superior do Império”. O dispositivo citado da Constituição alemã foi retirado de: *Textos Históricos do Direito Constitucional*, Jorge MIRANDA (org. e trad.), p. 272.

⁴⁴ Op. cit., p. 114.

⁴⁵ Gilmar Ferreira MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 8.

⁴⁶ Constituição de Weimar (1919), Art 19: “Os litígios constitucionais que se suscitem num estado desprovido de tribunal competente para os dirimir e, outrossim, os litígios entre os diferentes Estados ou entre o Império e um estado, contanto que não sejam de direito privado, são decididos, a requerimento de uma das partes, pelo Tribunal de Justiça de Estado para o Império Alemão, salvo se puderem ser decididos por outro tribunal do Império. O Presidente do Império executa a decisão do Tribunal de Justiça de Estado”. Fonte: *Textos Históricos do Direito Constitucional*, Jorge MIRANDA (org. e trad.), p. 273.

⁴⁷ Ana Victoria Sánchez URRUTIA, op. cit., p. 114.

*controle normativo na relação entre o direito estadual e federal – arts. 19 e 59 da Constituição de Weimar).*⁴⁸

c) *Controle difuso dos juízes.* A propósito deste tipo de controle, ressalta Urrutia que “*los jueces controlaban el derecho preconstitucional en virtud de la cláusula derogatoria de la Constitución (art. 178.2). También, aunque de manera difusa, controlaban la primacía del derecho federal sobre el derecho de los Länder. En el transcurso de la vigencia de la Constitución de Weimar se atribuyeron la facultad del control de la constitucionalidad de las leyes. La sentencia que marca y define de manera más relevante esta atribución es la Sentencia del Reichsgericht de 5 de noviembre de 1925*”.^{49 50}

O famoso artigo 48,⁵¹ o mais polêmico da Constituição de Weimar, merece um comentário à parte. Há quem diga que “não é possível compreender a ascensão de Hitler ao poder sem uma análise preliminar dos usos e abusos desse artigo nos anos que vão de 1919 a 1933”.⁵² Esse dispositivo, que conferiu ao Presidente do Reich poderes extremamente amplos e abriu caminho para os ditadores, foi introduzido na Carta de Weimar em razão do clima de desordem e de rebeliões que se seguiu ao fim da guerra. O próprio Schmitt escreveu, em 1925, que “nenhuma constituição do mundo havia, como a de Weimar, legalizado tão facilmente um golpe de Estado”.⁵³ Os governos da República de Weimar fizeram uso continuado do art. 48, declararam estado de exceção e promulgaram decretos

⁴⁸ Gilmar Ferreira MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 8.

⁴⁹ Ana Victoria Sánchez URRUTIA, op. cit., p. 115.

⁵⁰ Neste sentido: Gilmar Ferreira MENDES, op. cit., p. 9: “A admissibilidade do controle judicial incidental de constitucionalidade somente foi reconhecida no acórdão do *Reichsgericht* de 4 de novembro de 1925.

⁵¹ Constituição de Weimar (1919), art. 48: “No caso de um estado não cumprir os deveres que lhe são prescritos pela Constituição e pelas leis do Império, compete ao Presidente decretar a intervenção, ainda que com o auxílio da força armada. No caso de perturbação ou ameaça graves à segurança e ordem pública no Império compete ao Presidente decretar as medidas necessárias ao restabelecimento da ordem e da segurança, mesmo com o recurso à força armada. Para este fim, pode suspender, total ou parcialmente, os direitos fundamentais dos artigos 114.º, 115.º, 117.º, 118.º, 123.º, 124.º e 153.º. Estas medidas devem ser levadas pelo Presidente imediatamente ao conhecimento do Parlamento, o qual pode exigir um relatório circunstanciado acerca delas. Verificando-se urgência, o governo de qualquer estado pode, dentro do território deste, adoptar medidas provisórias da mesma natureza das que estão indicadas no § 2.º” Fonte: *Textos Históricos do Direito Constitucional*, Jorge MIRANDA (org. e trad.), p. 277.

⁵² Giorgio AGAMBEN, *Estado de exceção*, p. 28.

⁵³ Carl SCHMITT, *Staat Grossraum Nomos*. Berlim, Duncker & Humblot, 1995, p. 25. Apud Giorgio AGAMBEN, *Estado de exceção*, p. 28.

de urgência em mais de 250 ocasiões. Em várias oportunidades, o governo recorreu ao art. 48 para enfrentar a queda do marco, “confirmando a tendência moderna de fazer coincidirem emergência político-militar e crise econômica”.⁵⁴ Carl Schmitt sustenta que a ditadura comissária do Presidente do *Reich*, com base no art. 48, tem a finalidade de preservar e defender a segurança e a ordem pública, e, portanto, a Constituição existente.⁵⁵

Quanto à reforma constitucional na época de Weimar, Urrutia destaca dois tipos de problemas distintos:

*“Por un lado, el problema del quebrantamiento (rotura) de la Constitución, es decir, de las decisiones adoptadas por el Parlamento con la mayoría suficiente para reformar la Constitución y que suponían una excepción en su aplicación en un caso concreto. Por otro lado, el problema de las reformas constitucionales tácitas (materiales), heredado de la práctica consolidada bajo la Constitución del Imperio de 1871: la técnica para aprobar una reforma constitucional sin especificar qué parte de la Constitución se reemplazaba”.*⁵⁶

3.6

Importância dos autores da época de Weimar na reflexão sobre o problema da mutação informal da Constituição.

Parece-nos que uma abordagem adequada do conceito de mutação constitucional não pode prescindir de algumas contribuições da doutrina constitucional produzida na época de Weimar. Importa ter presente o influxo direto da cultura político-social da Alemanha de então no Direito Constitucional weimariano, destacando-se alguns elementos históricos, como a herança do Império guilhermino, os efeitos da derrota militar e a efervescência social posterior. Os problemas vividos neste ambiente cultural provocam a atenção de juristas antiformalistas (como TRIEPEL, SCHMITT, HELLER, KIRCHEIMER, KAUFMANN, ULRICH SCHEUNER e RUDOLF SMEND), que procuram dar

⁵⁴ Giorgio AGAMBEN, op. cit., p. 28-29.

⁵⁵ Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, p. 126.

⁵⁶ Ana Victoria Sánchez URRUTIA, op. cit., p. 115-116.

respostas a questões político-sociais adrede ignoradas pelos positivistas – que as consideram questões “metajurídicas”.⁵⁷

Portanto, a descrição e a análise de parte dessa doutrina se justifica porque “constitui um antecedente direto para caracterizar os elementos do fenômeno da mutação constitucional”.⁵⁸ As diferentes concepções sobre a mudança constitucional em Weimar refletem o clima de instabilidade daquela época.⁵⁹ Neste contexto, investiga-se a relação existente entre a dinâmica política e a Constituição escrita. De certa maneira, as doutrinas em seu conjunto constituíram uma reação em face dos postulados da Escola Alemã de Direito Público. Autores como Smend e Heller convertem o conceito de mutação elaborado por Laband, e desenvolvido por Jellinek, em um elemento da teoria da Constituição. Dau-Lin reformula o conceito para dar-lhe sistematicidade.⁶⁰

3.6.1

A mutação como elemento de um conceito ambivalente de Constituição: Rudolf Smend

3.6.1.10 Estado como integração espiritual

A partir de uma nova perspectiva sobre a Filosofia do Estado e da Teoria do Estado, Smend cria uma teoria dinâmica da Constituição. Ele introduz na teoria constitucional o método científico-espiritual em lugar da análise meramente jurídica.⁶¹ Smend baseia-se na filosofia de Theodor Litt acerca de uma teoria geral das ciências do espírito.

⁵⁷ Pablo Lucas VERDÚ, *La lucha contra el positivismo jurídico en la Republica de Weimar*, p. 24-25.

⁵⁸ Ana Victoria Sánchez URRUTIA, op. cit., p. 116.

⁵⁹ A instabilidade constitucional do período em tela é atribuída, não raro, “à própria estrutura da Constituição de Weimar, freqüentemente denominada ‘compromisso constitucional’ (*Verfassungskompromiss*) ou ‘constituição programática’, carente, portanto, de definições políticas que permitissem o seu cumprimento em determinadas direções”. Cf.: Gilberto BERCOVICI, *Constituição e estado de exceção permanente*, p. 27.

⁶⁰ Todo o parágrafo do texto baseia-se em Ana Victoria Sánchez URRUTIA, op. cit., p. 116.

⁶¹ Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 178. No lugar citado, Bonavides afirma, referindo-se a Smend: “Em verdade, a obra desse constitucionalista funda o que não hesitamos em denominar teoria científico-espiritual da Constituição e mudança constitucional,

Smend figura entre os principais críticos do logicismo formalista, que parte de Laband, e que atinge seu ápice na obra de Kelsen. Smend rejeita o postulado essencial de Kelsen, qual seja: a contraposição entre ser e dever ser.⁶² A teoria integrativa de Smend (*Integrationslehre*) pode ser vista como uma tentativa de superar o contraste rígido entre norma e fato, deslocando o problema para o debate sobre estática e dinâmica na teoria do Estado.⁶³ É sem dúvida um autor que enfatiza radicalmente o caráter dinâmico do Estado e da constituição.

Para o autor da teoria integrativa:

*“todo formalismo jurídico precisa de una elaboración metodológica previa de los contenidos materiales – por no decir, sociológicos y teleológicos – que son la premisa y la base de sus normas. Lo que la teoría jurídica del Estado precisa es, pues, una teoría material del Estado. Una teoría del Estado que, independientemente de todo lo anterior, posee además una justificación propia, en cuanto ciencia del espíritu que abarca el ámbito cultural y espiritual de la dinámica estatal”.*⁶⁴

Smend⁶⁵ aborda o problema das “insolúveis” dicotomias, recorrentes na teoria material do Estado: a relação entre indivíduo e comunidade, indivíduo e Estado, individualismo e coletivismo, personalismo e transpersonalismo. Essas contraposições são um problema típico da filosofia social e da sociologia alemães,⁶⁶ que, para Smend, levantam questões estruturais, presentes em todas as ciências do espírito, e insolúveis à medida que se contrapõe de forma substantiva o “eu” frente ao todo social.

*“Esta contraposición radical y la objetivación independiente de ambas esferas es, a causa de su propia tendencia a la espacialización mecanicista, común a todo pensamiento poco desarrollado. Para el teórico social formado en una mentalidad estrictamente jurídica se añade a ello además la inercia que conlleva la construcción jurídica de esferas aisladas, como pueden ser, por ejemplo, de un lado, la de la persona física, y, de otro, la de la persona jurídica”.*⁶⁷

com fortes reflexos sobre a teoria dos constitucionalistas da Escola de Zurique, nomeadamente Hsü Dau-Lin, que ninguém exageraria se o considerasse um discípulo de Smend”.

⁶² Pablo Lucas VERDÚ, *La lucha contra el positivismo jurídico en la Republica de Weimar*, p. 28.

⁶³ Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 178-179.

⁶⁴ Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 47-48.

⁶⁵ *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 48 e s.

⁶⁶ Pablo Lucas VERDÚ, *La lucha contra el positivismo jurídico en la Republica de Weimar*, p. 55.

⁶⁷ Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 49.

Smend ressalta que “esta estrutura mental mecanicista não se pode aplicar a nenhuma ciência do espírito”.⁶⁸

O Estado para Smend não é algo material e estático. As formas espirituais coletivas, como o Estado, não constituem substâncias estáticas senão uma unidade de sentido da realidade espiritual, isto é, atos espirituais.⁶⁹ A integração é o núcleo essencial da dinâmica do Estado que consiste na constante renovação de um complexo número de suas manifestações.⁷⁰

Segundo Smend, a história da Filosofia do Estado demonstra “... *que con mucha frecuencia los resultados concretos que han perdurado a lo largo del tiempo son inversamente proporcionales al esfuerzo teórico y metodológico empleado*”.⁷¹

O Estado é uma realidade espiritual. O indivíduo forma parte desta realidade espiritual. O Estado não pode construir-se partindo do indivíduo e indo do particular ao geral, senão que deve conceber-se como uma relação que se cria retroalimentando-se. É uma relação dinâmica de refluxo mútuo.⁷²

“Cuando Smend habla del espíritu (*Geist*) o de las ciencias del espíritu (*Geistwissenschaften*), se refiere más bien a ‘lo humano’ y a ‘las ciencias humanas’, aunque desde un punto de vista muy especial. Dentro de una tendencia filosófica alemana se distingue entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu. Las primeras serían las ciencias naturales y las segundas ciencias sociales o humanas. Sin embargo, el optar por referirse específicamente al ‘espíritu’ o a las ‘ciencias del espíritu’ significa una concepción muy concreta. El espíritu es concebido como una realidad viviente, viva, como una totalidad compleja que se opone a lo estático y a lo simple. El espíritu no es solo el ser humano sino una idea dinámica de él en constante interacción con su entorno. Así, la noción que Smend aprehende de Th. Litt supone que el único modo de comprender a la persona ‘... es integrarla al mundo concreto, es decir, en analizarla en relación al conjunto de actuaciones y reacciones que establecen entre ella y su ubre histórico cultural en la cual se define (...) Mundo y persona se hacen y se construyen en la medida que, a través de un proceso histórico en evolución se integran’. Vid. voces ‘Espíritu, espiritual’ y ‘Th. Litt’, en J. FERRATER MORA: *Diccionario de Filosofía*, vol. 2, págs. 1013-1020 y vol. 3.”⁷³

⁶⁸ Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 49.

⁶⁹ Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 62.

⁷⁰ Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 62-63.

⁷¹ Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 47.

⁷² Ana Victoria Sánchez URRUTIA, op. cit., p. 119.

⁷³ Ana Victoria Sánchez URRUTIA, op. cit., p. 119 (nota 41).

O Estado não é um fenômeno natural que deva ser simplesmente contrastado, mas sim uma realização cultural que como tal realidade da vida do espírito é fluida, necessitada continuamente de renovação e mudança, posta continuamente em dúvida.⁷⁴ O Estado não constitui uma realidade imóvel, estática, cuja única forma de manifestação externa consista em expedir leis, acordos diplomáticos, sentenças ou atos administrativos. Pelo contrário, a única maneira de conceber a existência do Estado é incluí-lo na realidade espiritual, como parte de um processo dinâmico, como “forma espiritual coletiva”. O Estado só existe *em e através* deste “contínuo processo de laboriosa configuração social” (que pode ser valorado indistintamente como progresso ou como deformação).⁷⁵ O Estado existe e se desenvolve exclusivamente neste processo de contínua renovação, “vive de um plebiscito que se renova a cada dia”. Este processo, que é o núcleo substancial da dinâmica do Estado, Smend denomina de “integração”.⁷⁶ [Integração na realidade].

O que se disse acima é a chave da realidade estatal; e, portanto, o ponto donde hão de partir tanto a teoria filosófica como a teoria jurídica do Estado.⁷⁷ “Así, el individuo es el núcleo constitutivo del Estado pero su vinculación sólo puede ser explicada partiendo de su naturaleza dialéctica. La realidad estatal no puede explicarse aisladamente desde el individuo o sobre la base de una noción finalista del Estado”.⁷⁸

Um problema realçado por Smend consiste no caráter ambíguo da realidade ou dinâmica estatal, que cumpre a função de realizar tanto *valores do espírito* como do *direito positivo*. O jurista alemão ainda esclarece que são dois momentos inseparáveis desde a perspectiva filosófico-estatal.

“El derecho constitucional es únicamente una positivización de las posibilidades y funciones propias del mundo del espíritu, y, por tanto, no se entiende sin aquéllas; y a la inversa, éstas no son realizadas de forma plena y permanente sin su positivización jurídica. Por ello mismo la perspectiva filosófico-estatal ha de centrarse en sus constitutivos esenciales, limitándose a considerar el orden jurídico positivo como su consecuencia necesaria, mientras que por el contrario la perspectiva jurídico-constitucional habrá de preocuparse especialmente del derecho positivo, ahora bien, teniendo en cuenta que para

⁷⁴ Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 61.

⁷⁵ Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 62.

⁷⁶ Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 62-63.

⁷⁷ Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 64.

⁷⁸ Ana Victoria Sánchez URRUTIA, *op. cit.*, p. 120.

hacerle justicia al derecho positivo hay que verlo en su dependencia respecto de aquellos constitutivos esenciales”.⁷⁹

A integração se realiza segundo modelos estruturais distintos, que Smend classifica em três tipos: integração pessoal,⁸⁰ integração funcional⁸¹ e integração material.⁸² A esfera da integração pessoal é aquele processo determinado pelo líder ou pelo caudilho, a burocracia política ou as elites políticas. À integração funcional pertencem as “formas de vida que tendem a criar um sentido coletivo”. A integração material se daria através de objetivos comuns que justificam a existência do Estado. Urrutia resume otimamente este tipo de integração:

“La integración material se puede relacionar con las teorías de los elementos del Estado en su contenido simbólico. En este sentido, el territorio y la historia común son elementos de la integración material; no en el sentido en que los concebía la teoría de los elementos del Estado, sino como variables interdependientes y dinámicas. En general, concluye Smend, toda dinámica estatal forma parte del sistema de integración”.⁸³

3.6.1.2

A Constituição como constante mutação

Para Smend, a Constituição é “la ordenación jurídica del Estado, mejor dicho, de la dinámica vital en la que se desarrolla la vida del Estado, es decir, de su proceso de integración”.⁸⁴ Citando Ehmke, Paulo Bonavides ressalta que o sentido integrativo desse processo está relacionado com valores, e se confirma da maneira pela qual Smend se ocupa dos direitos fundamentais que refletem um determinado sistema de cultura.⁸⁵

O problema que se apresenta é, antes de mais nada, o da específica natureza do Estado enquanto objeto da ordem jurídica através de sua Constituição.

⁷⁹ Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 66.

⁸⁰ Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 70-78.

⁸¹ Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 78-93.

⁸² Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 93-105.

⁸³ Ana Victoria Sánchez URRUTIA, op. cit., p. 120-121.

⁸⁴ Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 132.

⁸⁵ Horst EHMKE, *Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin, 1953, p. 55. Apud Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 179.

“... toda realidade vital espiritual contiene, por una parte, un elemento orgánico y vital, un estado psicológico concreto, y, por otra, una estructura inteligible e ideal, un principio de formalización inmanente y atemporal. Cualquier ciencia del espíritu que atienda únicamente al elemento vitalista y organicista siguiendo la metodología monista propia de las ciencias de la Naturaleza o que, por el contrario, se ocupe exclusivamente del contenido atemporal o ideal, como hace la lógica de normas de la Escuela de Viena,⁸⁶ no llega a captar la verdadera naturaleza de su objeto; es necesario considerar al objeto, por el contrario, en toda su ambivalencia, como estructura orgánica e ideal, desde la perspectiva de un pensamiento que abarque ambas dimensiones”.

⁸⁷

Enquanto direito positivo, a Constituição é norma, mas também realidade.⁸⁸ A normação, a constituição de um grupo social e de sua organização não é uma simples regulação de uma estrutura dada e permanente, e de suas manifestações exteriores. É a forma que dá fundamento a tal grupo, permitindo-lhe sua contínua criação e renovação.⁸⁹

Mas a característica fundamental da Constituição do Estado - que portanto a distingue de outros estatutos constituintes de outras associações - é ser uma ordem integradora. A sua existência não depende, como ocorre com a maioria das outras associações, de um poder externo. A atividade do Estado não é consequência de uma decisão alheia a ela mesma ou de um motor que a mantém em funcionamento, ou seja, não se origina de uma causa exógena. Trata-se antes de um processo de integração por meio do qual determinados valores materiais se incluem em um sistema de integração.⁹⁰

Bonavides lembra que Smend não suscitou expressamente o problema dos limites da reforma constitucional. Em compensação, examinou a maneira como as Constituições mudam ou tendem a mudar na medida em que atuam para concretizar sua função integrativa. “As forças extraconstitucionais operam mudanças fora do direito constitucional, introduzindo novos fatores na vida da Constituição, de modo que o constitucionalista parece pressentir já a importância que o poder executivo veio a tomar em nossos dias, polarizando, em alguns

⁸⁶ Os ataques à teoria normativa do Estado, representada pela Escola de Viena, foram respondidos por KELSEN, in *O Estado como integração: um confronto de princípio*. Trad. Plínio Fernandes Toledo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. [orig. *Der Staat als integration*, publicado por Verlag von Julius Springer, 1930].

⁸⁷ Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 131.

⁸⁸ Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 135-136.

⁸⁹ Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 137.

⁹⁰ Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 140.

sistemas, toda a atividade estatal a expensas dos demais poderes e não raro com sacrifício das partes formais da Constituição”.⁹¹

Bonavides considera que Rudolf Smend foi um dos mais agudos em assinalar a importância da mudança constitucional realizada fora dos processos formais explícitos e técnicos de reforma da Constituição.

Smend foi acusado de haver subestimado o momento normativo da realidade estatal e de haver excluído o Direito do círculo dos fatores de integração do Estado, ao considerar a Justiça e a Legislação, “num certo sentido corpos estranhos à Constituição”.⁹² Neste ponto, a posição de Smend seria totalmente diferente da sustentada por Heller, que considerava o Direito o fator integrativo mais importante - se o poder forma o Direito, também o Direito forma o poder.⁹³ Adverte Verdú, por seu turno, que

*“sería inexacto sostener que SMEND intentó disolver la normatividad constitucional en magnitudes culturalistas. Por el contrario, en su comentario de la Constitución de Weimar (...) subrayó que ésta era la ley fundamental vigente de la vida política de entonces, y que debía ser leída con plena conciencia de que contenía normas jurídicas obligatorias – no del Código Civil o penal -, sino de la Constitución para todos los alemanes”.*⁹⁴

Rudolf Smend também descreve o problema das mutações constitucionais em sua obra capital, aqui citada. Para ele, é evidente que o Estado não limita sua vida tão-somente àqueles momentos da realidade contemplados pela Constituição para ter em conta toda a enorme gama de impulsos e de motivações sociais da dinâmica política, integrando-os progressivamente. Tampouco a Constituição poderia abranger todas as funções vitais do Estado que lhe compete regular. Isto porque, como ocorre com toda dinâmica política, esses elementos básicos da vida de um Estado resultam da totalidade que todo elemento individual possui, e, ao

⁹¹ Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 179.

⁹² Horst EHMKE, *Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin, 1953, p. 58-59. Apud Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 180.

⁹³ Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 180.

⁹⁴ Pablo Lucas VERDÚ, *La lucha contra el positivismo jurídico en la Republica de Weimar*, p. 23-24.

mesmo tempo, atuam dialeticamente, manifestando a totalidade supra-individual do Estado.⁹⁵

“Este gran dinamismo de la vida política no puede ser aprehendido y normado plenamente por unos cuantos artículos recogidos en la Constitución, las más de las veces de corte esquemático, y que, en ocasiones, son el producto de una recepción jurídica de tercera o cuarta mano; en todo caso, los artículos de la Constitución inspiran la dinámica política, que, por lo que se refiere a su capacidad integradora, puede resultar estimulada; bien entendido que la finalidad integradora se realiza fuera de los canales institucionales. En estos casos la función integradora, característica tanto de la naturaleza esencialmente valorativa del espíritu como de las propias normas constitucionales, se realiza, a pesar de estas aparentes divergencias, de un modo más pleno, amén de ser así más fiel el genuino sentido de la Constitución, que a través de una regulación exhaustiva y pegada al texto constitucional, pero que a la postre no es sino muestra de una escasa vida constitucional”.⁹⁶

Em outra parte do referido livro, Smend acentua novamente o caráter da “variabilidade da Constituição”, referindo-se aí ao problema das mutações constitucionais.

“Este cambio puede tener lugar fuera del propio Derecho constitucional, siempre que se dé dentro del ámbito social de las fuerzas espontáneas que presupone e incluso calcula, sin llegar a regular, la Constitución, el llamado ámbito de las fuerzas ‘extraconstitucionales’ (TRIEPEL, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, p. 24), en especial el de la dinámica de los partidos políticos. El cambio puede afectar incluso a la misma Constitución, en el sentido de llegar a modificar gradualmente la relación de rango y peso que se establece entre los distintos factores, instituciones y normas constitucionales (por ejemplo, KEOLLREUTTER, *Der deutsche Staat als Bundesstaat und als Parteienstaat*, p. 29). Puede incluso introducir un factor nuevo en la vida constitucional; este sería el caso, si de facto se diera una limitación del parlamentarismo, predicha por Hellpach (*Neue Rundschau*, julio de 1927, pp. 3 e ss.), debido a la creciente actividad impositiva y legislativa de los ministros. En los últimos casos se trata de ‘reformas constitucionales’⁹⁷ en sentido propio, que modifican el contenido de la Constitución en un sentido material. Resulta evidente que estos cambios no están ligados a las condiciones que exige para su creación el Derecho consuetudinario. Ello se debe al propio carácter de la Constitución, que regula constantemente el sistema integrativo que responde a su orientación. Esta correspondencia representa el principio que determina, no sólo la actividad del

⁹⁵ Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 132-133.

⁹⁶ Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 133.

⁹⁷ A versão espanhola traduziu o termo *Verfassungswandlung* por “reforma constitucional”, o que não é correto, como anota Verdú (*La lucha contra el positivismo jurídico en la Republica de Weimar*, p. 105 nota 219), pois desde Laband e Jellinek a doutrina alemã distingue entre *Verfassungsänderung* (reforma expressa da Constituição) e *Verfassungswandlung* (mutação constitucional).

legislador, sino también la continua validez del Derecho constitucional establecido”.⁹⁸

Estas considerações sobre a dinâmica constitucional foram recepcionadas por Dau-Lin, que definiu o fenômeno da mutação como a incongruência entre as normas constitucionais e a realidade constitucional. O jurista chinês absorveu as três formas de mutação ou transformação da Constituição mencionadas pelo mestre: a mutação pode ocorrer fora do próprio Direito Constitucional, no âmbito social das forças espontâneas ou “extraconstitucionais”; o câmbio pode afetar a Constituição modificando gradualmente a relação de peso e hierarquia que se estabelece entre os diferentes fatores, instituições e normas constitucionais; ou inclusive pode introduzir um fator novo na vida constitucional.⁹⁹

3.6.1.3

Integração e interpretação constitucional

Um dos méritos da teoria integrativa ou científico-espiritual é haver alargado, como nenhuma outra anteriormente, as possibilidades interpretativas da Constituição. Isso é possível graças a uma metodologia mais “política” do que “jurídica”.¹⁰⁰

Rudolf Smend interpreta a Constituição segundo seu sentido e essência. A Constituição é a ordem da totalidade vital do Estado e de seu permanente processo de integração. O sentido da Constituição se apóia na constante mudança de toda realidade vital do Estado. Por isso, a interpretação constitucional tem de ser elástica, complementadora e cambiante. As mutações constitucionais são conseqüências necessárias da essência e objetivo da Constituição.¹⁰¹

⁹⁸ Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 201-202.

⁹⁹ Pablo Lucas VERDÚ, *La lucha contra el positivismo jurídico en la Republica de Weimar*, p. 118.

¹⁰⁰ Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 179-180.

¹⁰¹ Pablo Lucas VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, p. 215.

“Lo propio y característico de las fórmulas constitucionais es justamente su elasticidad y su enorme capacidad autotransformadora y supletoria de sus propias lagunas”.¹⁰²

Para que se faça uma correta interpretação da Constituição em seu sentido global é necessário resolver antes o problema da delimitação de seu conteúdo real e do método a seguir para sua correta interpretação. A primeira questão a enfrentar diz respeito à distinção entre direito político e direito administrativo:

“el Derecho político es un Derecho fundamentalmente integrador y el Derecho administrativo es un Derecho esencialmente técnico. La idea fundamental que guía a las normas de Derecho político es la interacción integradora de las instituciones y de las funciones estatales para formar así la vida estatal en su conjunto, y la de las normas de Derecho administrativo debe ser la administración en sí, la consecución técnica de sus propios fines concretos que siempre atañerán a la prosperidad”.¹⁰³

A separação entre o que é direito político e o que é direito administrativo é relevante na interpretação da norma jurídica, porque se deve levar em conta o todo ao que a norma pertence. Interpreta-se mal um preceito quando existe um erro referente à totalidade a que pertence. É um equívoco considerar que um preceito legal tem o mesmo sentido e a mesma aplicação prática independentemente de sua pertinência ao contexto do direito público ou ao do privado, ao direito formal ou ao material, ao político ou ao técnico-administrativo.¹⁰⁴

Smend ressalta que “el método formalista prescinde en este punto de una fundamentación consciente en una teoría del Estado basada en las ciencias del espíritu, de una teoría que verse sobre la esencia material concreta de su objeto como punto de partida para el trabajo jurídico. Este método aplica a su objeto los conceptos jurídicos ‘generales’ que le son familiares, sobre todo aquellos pertenecientes a un Derecho de asociación de tipo más bien jerárquico. De este modo se trocea el Derecho constitucional en un conglomerado de normas y de institutos particulares, que son incluidos bajo los esquemas generales usuales al

¹⁰² Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 134.

¹⁰³ Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 194.

¹⁰⁴ Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 195.

ser estudiado su contenido según el grado de poder jurídico-formal y según las obligaciones formales que contienen”.¹⁰⁵

Com isso, deixa de se observar a diferença fundamental entre o Direito Constitucional e todas as demais matérias do âmbito jurídico. Para Smend, o intérprete da Constituição deveria ser capaz de reconhecer nos textos constitucionais, do preâmbulo ao dispositivo final, que se trata das leis vitais que regem um objeto concreto. Este objeto, por sua vez, não é algo estático, mas um processo vital unitário que produz esta realidade continuamente, isto é, que se trata de leis de sua integração.¹⁰⁶ A partir dessa colocação, Smend formula as regras gerais que considera as mais importantes para orientar a interpretação constitucional:

a) os fatos particulares do direito político não devem ser considerados em si mesmos e de forma isolada, mas como elementos pertencentes a um contexto significativo que cobra vida através deles, como elementos pertencentes ao todo funcional da integração.¹⁰⁷

b) As diversas normas de direito político constituem, tomadas em seu conjunto, o sistema do contexto integrativo, do qual se deriva um valor distinto de cada uma delas com respeito ao sistema e, portanto, uma diferença de categoria.¹⁰⁸ Para Smend, a Constituição abriga normas de distinta importância, dentre as quais, as que expressam princípios ocupariam um patamar superior.¹⁰⁹

c) A variabilidade da Constituição, i.e., a possibilidade de ocorrência de mutações. As mutações podem afetar elementos externos à Constituição formal, mas que impliquem alteração em seu funcionamento, como seriam as transformações dos partidos políticos. Ou pode afetar a Constituição no sentido de chegar a modificar gradualmente a relação de hierarquia e peso que se estabelece entre os distintos fatores, instituições e normas constitucionais.¹¹⁰

¹⁰⁵ Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 197-198.

¹⁰⁶ Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 198.

¹⁰⁷ Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 198.

¹⁰⁸ Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 200-201.

¹⁰⁹ Ana Victoria Sánchez URRUTIA, op. cit., p. 124.

¹¹⁰ Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 201-202.

Urrutia¹¹¹ resume as idéias dominantes na teoria da interpretação smendiana, destacando a noção de *movimento* como parte do conceito de Constituição, elemento a ser considerado na atividade interpretativa, juntamente com a idéia de *globalidade*. É preciso ter a consciência permanente de que cada elemento pertence a um todo e de que só pode ser entendido plenamente por referência a essa globalidade a que pertence. Em outras palavras: os detalhes só podem ser entendidos a partir da visão de conjunto. Para Smend, uma das causas por que se abusou dos poderes ditatoriais previstos no art. 48 da Constituição de Weimar foi sua interpretação fragmentada. O não se haver interpretado o art. 48 em seu conjunto, haja vista que, englobado dentro da Constituição de Weimar, produziria sérias dificuldades em sua aplicação.

3.6.2

Normalidade e Normatividade: Hermann Heller

Hermann Heller concebe a constituição como uma totalidade, na qual se encontram em relação dialética o estático e o dinâmico, a normalidade e a normatividade. Ele destaca a unidade do conceito de constituição, mas reconhecendo a autonomia das partes integrantes.¹¹²

“A constituição de um Estado coincide com a sua organização¹¹³ enquanto esta significa a constituição produzida mediante atividade humana consciente e só ela. Ambas referem-se à forma ou estrutura de uma situação política real que renova constantemente por meio de atos de vontade humana. Em virtude desta forma de atividade humana concreta, o Estado transforma-se em uma unidade ordenada de ação e é então quando adquire, em geral, existência. Ao adquirir a realidade social ordenação e forma de uma maneira especial, é quando o Estado aparece na sua existência e modo concretos”.¹¹⁴

Heller identifica-se com Lassalle por também acreditar que a Constituição material (real) consiste nas relações reais de poder. Mas assinala que as relações

¹¹¹ Op. cit., p. 125.

¹¹² Manuel GARCÍA-PELAYO, op. cit., p. 87.

¹¹³ Heller define organização como a “ação concreta de dar forma à cooperação dos indivíduos e grupos que participam no todo, mediante a supra-, sub- e co-ordenação dos mesmos”. (*Teoria do Estado*, p. 295.).

¹¹⁴ Hermann HELLER, *Teoria do Estado*, p. 295.

reais de poder estão em constante movimento, transformando-se a cada momento, gerando, como organização e constituição, a unidade e ordenação do Estado.¹¹⁵

“Toda organização humana perdura enquanto constantemente renasce. A sua realidade atual consiste na efetividade presente da conduta dos membros ordenada para a ação unitária. A sua realidade potencial tem a sua expressão na probabilidade relativamente previsível de que a cooperação entre os seus membros torne a produzir-se de modo semelhante no futuro. A configuração atual da cooperação, que se espera seja mantida de modo análogo no futuro, pela qual se produz de modo constantemente renovado a unidade e ordenação da organização, é o que nós chamamos Constituição no sentido da ciência da realidade”.¹¹⁶

Para Heller, a ciência do Estado e do Direito não deve esquecer nunca o caráter dinâmico do seu objeto. A Constituição permanece através da mudança de tempos e de pessoas em função da probabilidade de se repetir no futuro a conduta humana com ela concorde. A Constituição supõe, portanto, a probabilidade de uma repetição de condutas, ou seja, a *normalidade*.

“Assim como não se podem considerar completamente separados o dinâmico e o estático, tampouco podem sê-lo a normalidade e a normatividade, o ser e o dever ser no conceito da Constituição. Uma Constituição política só se pode conceber como um ser a que dão forma as normas. Como situação política existencial, como forma e ordenação concretas, a Constituição só é possível porque os partícipes consideram essa ordenação e essa forma já realizadas ou por realizar-se no futuro, como algo que deve ser e o atualizam; seja que a forma de atividade ajustada à Constituição se tenha convertido para eles, por meio do hábito, em uma segunda natureza, em conformação habitual do seu próprio ser apenas considerada como exigência normativa consciente; seja que os membros motivem a sua conduta de modo mais ou menos consciente, por normas autônomas ou heterônomas”.¹¹⁷

Heller explica melhor essa idéia quando decompõe a Constituição total em seus elementos parciais: a) a mera normalidade (ou Constituição não normada), e b) a normalidade normada jurídica e extrajudicialmente (ou Constituição normada).

A) *A Constituição não normada ou a mera normalidade*. O Estado não é um simples resultado da técnica organizadora, mas está profundamente enraizado

¹¹⁵ Hermann HELLER, *Teoria do Estado*, p. 295.

¹¹⁶ Hermann HELLER, *Teoria do Estado*, p. 295-296.

¹¹⁷ Hermann HELLER, *Teoria do Estado*, p. 296.

no ser do homem.¹¹⁸ Mesmo que os membros do grupo não tenham consciência, as motivações naturais e culturais comuns originam, constante e regularmente, “uma normalidade puramente empírica da conduta que constitui a infra-estrutura não normada da Constituição do Estado”.¹¹⁹ São comportamentos indiferentes ao valor, que se realizam independentemente da norma, e que estão em conformidade com uma regra empírica de previsão; normalidades sem as quais é impossível qualquer convivência.¹²⁰

B) *A Constituição normada em seu duplo sentido jurídico e extrajurídico.* A Constituição é baseada na norma, no dever-ser, tanto de índole jurídica como extrajurídica (costume, moral, religião, urbanidade, moda etc.).¹²¹ Não só se registra um fato, mas também se lhe outorga uma valoração. Normalidade pura e normatividade não formam territórios separados, senão unidos por uma relação reciprocamente condicionante.¹²² Há uma relação de complementação e reciprocidade entre ser e dever-ser na Constituição total: a normalidade cria normatividade e a normatividade cria normalidade. Se por um lado a normalidade fática é capaz de produzir uma normatividade, por outro a normatividade, mediante seu complemento axiológico e juridicamente exigido, produz uma normalidade na conduta.¹²³ Essa condicionalidade recíproca, contudo, não se manifesta apenas no modo de produção, mas também no plano da efetividade ou da eficácia, à medida que a norma é cumprida naturalmente, porquanto sua existência mesma expressa uma situação real de normalidade.

No sistema conceitual de Heller, a norma constitucional pode transformar-se de maneiras distintas: pela mudança de conteúdo dos elementos normados não jurídicos (princípios constitucionais e princípios gerais do direito), ou como consequência das mutações constitucionais que supõem a superação dos elementos normados pela normalidade.¹²⁴

É preciso realçar que dentro da Constituição normativa se distinguem normas constitucionais jurídicas e normas constitucionais não jurídicas.

¹¹⁸ Manuel GARCÍA-PELAYO, op. cit., p. 87-88.

¹¹⁹ Hermann HELLER, *Teoria do Estado*, p. 297-298.

¹²⁰ Manuel GARCÍA-PELAYO, op. cit., p. 88.

¹²¹ Hermann HELLER, *Teoria do Estado*, p. 298.

¹²² Manuel GARCÍA-PELAYO, op. cit., p. 88.

¹²³ Manuel GARCÍA-PELAYO, op. cit., p. 88.

¹²⁴ Ana Victoria Sánchez URRUTIA, op. cit., p. 117.

As normas constitucionais jurídicas, isto é, a Constituição jurídica, podem manifestar-se ora como simples abstração ou sistematização de uma realidade empírica, ora como um querer e um dever-ser oposto ao ser social existente.¹²⁵ García-Pelayo¹²⁶ assinala que as normas constitucionais jurídicas podem manifestar-se, outrossim, em forma consuetudinária ou legislada, com predomínio de uma forma ou de outra, segundo as condições históricas e culturais.

“O conteúdo e o modo de validez de uma norma não se determinam nunca somente por sua letra, nem mesmo pelos propósitos e qualidades de quem as dita, mas sobretudo pelas qualidades daqueles a quem a norma se dirige e que a observam”.¹²⁷

As normas constitucionais extrajurídicas confundem-se com os princípios. Segundo Heller, os princípios éticos do Direito, legitimados pela sociedade, têm grande importância para a Constituição jurídica do Estado. Esses princípios podem ter validade geral e apriorística, mas normalmente estão condicionados pela história e pela cultura correspondente. Esses princípios não possuem concreção suficiente para sua imediata aplicação na decisão judicial, mas servem como regra interpretativa para o juiz e como pauta para o legislador.¹²⁸ Heller cita como exemplo o princípio da igualdade,¹²⁹ que, originariamente, referia-se apenas aos homens; depois, em algumas sociedades, passou a referir-se também às mulheres. Na primeira metade do século XIX significava só igualdade dos direitos políticos, ampliou-se depois para igualdade social etc. A ausência de conteúdo preciso seria a característica que faz possível que os princípios evoluam e desempenhem uma função transformadora dentro da Constituição.

“É justamente essa falta de determinação do conteúdo que capacita esses princípios jurídicos a desempenharem uma função perpétua na Constituição. Um preceito jurídico positivo dirá, segundo o que hoje se reclama da segurança jurídica, o seguinte: em tais circunstâncias o homem deve comportar-se de tal modo. Com isso, o preceito jurídico válido garante uma previsibilidade maior da conduta social que o princípio jurídico que é menos preciso. Mas justamente esta precisão do preceito jurídico opõe-se à necessária capacidade de acomodação e à continuidade dos preceitos jurídicos. Que a permanência da norma possa ser harmonizada com a mudança ininterrupta da realidade social, deve-se, em grande

¹²⁵ Manuel GARCÍA-PELAYO, op. cit., p. 88.

¹²⁶ Op. cit., p. 88.

¹²⁷ Hermann HELLER, *Teoria do Estado*, p. 302.

¹²⁸ Hermann HELLER, *Teoria do Estado*, p. 302-303.

¹²⁹ Hermann HELLER, *Teoria do Estado*, p. 304.

parte, a que a normalidade social que se expressa nos princípios jurídicos vai-se transformando na corrente imperceptível da vida diária. Mediante a evolução gradual dos princípios jurídicos pode acontecer que, não obstante permanecer imutável o texto do preceito jurídico, o seu sentido experimente uma completa revolução, embora fique salvaguardada a continuidade do Direito perante os membros da comunidade jurídica (cf. Freyer, *Theorie d. obj. Geistes*, 1928, pp. 122 e ss.). Tal mudança de significação do preceito jurídico realiza-se graças aos preceitos jurídicos mutáveis, que vêm a ser a porta por onde a realidade social valorada positivamente penetra todos os dias na normatividade estatal. Visto que tradição e revolução supõem só oposições relativas, torna-se possível a permanência e capacidade de acomodação da normatividade a respeito da normalidade e pode assim conceber-se a constituição total do Estado como ‘forma comprimida que vivendo se desenvolve’¹³⁰.

A Constituição estatal, jurídica, escrita, é dotada de uma força obrigatória sobre todos os membros do grupo a que se destina. Por isso, “só se podem criar uma continuidade constitucional e um *status* político se o criador da norma se considerar também ligado por certas decisões, normativamente objetivadas, dos seus predecessores. Só mediante o elemento normativo se normaliza uma situação de dominação atual e plenamente imprevisível convertendo-se em uma situação de dominação contínua e previsível, isto é, em uma Constituição que dura além do momento presente”¹³¹.

“Sem a permanência das normas sociais não existe permanência do status social, não existe Constituição. Problema especial é determinar de que modo se pode harmonizar a permanência das normas com a mudança constante da realidade social”¹³².

Para Heller,¹³³ a normatividade pretende adequar-se à normalidade. O Estado, porém, não consegue criar normas eficazes em todos os casos. O êxito obtido na maioria das situações é o que garante a continuidade do ordenamento jurídico. Pode ocorrer que a normalidade não seja incorporada nem pelas normas não jurídicas (princípios) nem pelo juridicamente disciplinado, mantendo-se, aliás, em plena contradição com elas. Em outras palavras, a normatividade pode

¹³⁰ Hermann HELLER, op. cit., p. 304-305.

¹³¹ Hermann HELLER, *Teoria do Estado*, p. 301.

¹³² Hermann HELLER, *Teoria do Estado*, p. 301.

¹³³ *Teoria do Estado*, p. 305-306.

perder sua capacidade normalizadora e o uso social – a realidade não normada -, pode revelar-se mais forte que a norma estatal.¹³⁴

“A criação de normas pode dar lugar a uma normalidade correspondente a ela na maioria dos destinatários das normas, em muitos ou em poucos, ou só nos tribunais e demais autoridades ou, finalmente, nem nestes sequer. Com bastante freqüência, o uso social, a realidade social não normada ou normada extrajudicialmente, revela-se mais forte que a normação estatal”.¹³⁵

Este fenômeno chamou a atenção de um setor da doutrina - em especial a Escola Alemã de Direito Público, na qual se destaca Jellinek - para o problema das mutações constitucionais, ou seja, mudanças que ocorrem à margem do processo formal de alteração do texto constitucional.¹³⁶ Heller critica, todavia, a doutrina da mudança de Jellinek, por entender que cuida dos casos menos importantes de mutações das normas constitucionais por relações sociais de poder que as contradizem.¹³⁷

3.6.3

A contribuição de Hsü Dau-Lin

A doutrina em geral reconhece que o estudo mais completo e sistematizado sobre a temática das mutações constitucionais foi elaborado pelo chinês Hsü Dau-Lin,¹³⁸ publicado no ano de 1932, no contexto da produção teórica da doutrina constitucional da República de Weimar. É deveras surpreendente que, nos anos 1930, um jurista de formação oriental fosse tão bem informado e enfronhado na doutrina alemã. Pablo Lucas Verdú, um dos tradutores da referida obra para o espanhol, lamenta que existam poucas informações sobre a biografia desse jurista chinês, considerando-o um observador “exótico”, que foi

¹³⁴ Ana Victoria Sánchez URRUTIA, op. cit., p. 118.

¹³⁵ Hermann HELLER, *Teoria do Estado*, p. 306.

¹³⁶ Ana Victoria Sánchez URRUTIA, op. cit., p. 118.

¹³⁷ Hermann HELLER, *Teoria do Estado*, p. 306.

¹³⁸ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*, trad. Christian FÖRSTER, Oñati: IVAP – Instituto Vasco de Administración Pública Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea, 1998. (orig. *Die Verfassungswandlung* Walter de Gruyter, Berlin und Leipzig, 1932)

capaz de produzir uma obra imprescindível para o entendimento do assunto aqui tratado.^{139 140}

Dau-Lin define a mutação constitucional (*Verfassungswandlung*) como uma contraposição produzida, em muitas Constituições escritas, com a situação jurídica real. É o fenômeno que revela a *incongruência existente entre as normas constitucionais por um lado e a realidade constitucional por outro*.¹⁴¹ É a tensão entre a Constituição escrita e a situação constitucional real.

“El significado de ese problema resulta de la naturaleza e intención de la Constitución escrita. Porque en el caso de una mutación de la Constitución, ésta como tal se cuestiona en su significado fundamental: Aquí normas que deben abarcar la vida estatal en su totalidad y exigen que su validez sea superior a la de las leyes ordinarias se reducen a letra muerta. En efecto, la realidad para la cual se emanaron estas normas, ya no coincide con ellas. Reina una tensión entre la Constitución escrita y la situación real constitucional.”¹⁴²

Observa Dau-Lin¹⁴³ que o problema da mutação da Constituição adquire especial relevo nos países dotados de Constituição formal rígida, o que não se cogita no caso de Constituições não escritas, como na Inglaterra, onde a vida estatal real é sua Constituição mesma. Por conseguinte, o problema da mutação da Constituição estriba na relação entre a Constituição escrita e a situação constitucional real, ou seja, entre normas e realidade no campo do direito constitucional.

Para Urrutia,¹⁴⁴ a grande contribuição de Dau-Lin consiste no fato de ele haver se preocupado em estudar especificamente as mutações constitucionais, ao passo que outros só se referiam ao conceito de maneira genérica como parte do conceito de Constituição (Smend), ou apenas para mostrar a existência do fenômeno e sua perplexidade frente a ele (Laband, Jellinek).

¹³⁹ Pablo Lucas VERDÚ, *Una aportación ejemplar a la teoría de las mutaciones constitucionales*: la obra de Hsü Dau-Lin. Este trabalho é o prólogo à tradução espanhola de Hsü DAU-LIN, op. cit., p.12.

¹⁴⁰ Ao abrir o prólogo de sua obra acerca da mutação constitucional, Dau-Lin já revela sua impressão como observador externo e confessa de plano sua desconfiança contra o sistema jurídico positivo da ciência jurídica ocidental, citando um axioma da filosofia do direito e o Estado de Confúcio, que diz o seguinte: *há homens governantes e não direito (lei) que governe*, op. cit., p. 21.

¹⁴¹ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 29.

¹⁴² Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 30.

¹⁴³ Op. cit., p. 30.

¹⁴⁴ Anna Victoria Sánchez URRUTIA, op. cit., p. 126.

3.6.3.1

Classificação das mutações constitucionais

Partindo da premissa de que a mutação constitucional é a relação incongruente entre norma e realidade, Dau-Lin¹⁴⁵ divisa quatro tipos de mutação da Constituição:

1.º Mutação da Constituição mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição;

2.º Mutação da Constituição mediante a impossibilidade de exercer certos direitos estatuídos constitucionalmente;

3.º Mutação da Constituição mediante uma prática estatal contraditória com a Constituição;

4.º Mutação da Constituição mediante sua interpretação.

É importante ressaltar o esforço teórico de Dau-Lin voltado para sistematizar o estudo das mutações constitucionais. O conceito amplo de mutação constitucional por ele adotado - incongruência entre norma e realidade constitucional – permitiu-lhe, ademais, abranger uma variada gama de casos desse fenômeno. Dau-Lin comenta vários exemplos históricos para cada categoria de mutação, procedimento que, sem dúvida, confere ainda maior valor à classificação por ele proposta. Entre a Constituição guilhermina e a republicana de Weimar, muito se escrevera sobre as mutações constitucionais. Contudo, havia muita controvérsia em relação ao modo de explicá-las. Faltava um trabalho de maior envergadura que sintetizasse todas as posições existentes, e que explicasse de forma mais satisfatória a natureza desse fenômeno. Deve-se a Hsü Dau-Lin o mérito de tê-lo feito.

Dau-Lin traça como marco teórico de suas investigações os regimes jurídicos de Constituições rígidas. Ele situa o problema da mutação constitucional na relação entre a Constituição escrita e a situação constitucional real. Diferentemente de Jellinek, que dá exemplos de mutação constitucional na Inglaterra, Dau-Lin entende que onde não há Constituição escrita toda discussão

¹⁴⁵ Op. cit., p. 31.

sobre reforma e mutação da Constituição é ociosa.¹⁴⁶ Essa delimitação em suas pesquisas favoreceu uma elaboração mais sofisticada de diferentes e conseqüentes relações entre norma e realidade. Quando norma e realidade estão numa relação de congruência, o direito constitucional se afigura válido e eficaz. Essa congruência se verifica tanto quando (1) *“la realidad sigue a la norma: validez normal del derecho constitucional”*, quanto na hipótese em que (2) *“la norma sigue a la realidad: reforma de la Constitución”*. Por outro lado, a situação de incongruência entre norma e realidade configura a mutação da Constituição, que se traduz nas seguintes hipóteses: (1) *“realidad sin norma: práctica que formalmente no viola a la Constitución”*; (2) *“norma sin realidad: imposibilidad de ejercer derechos estatuidos por las normas”*; (3) *“Norma con realidad: relación incorrecta entre ambas – (3.1) “la realidad contradice a la norma: práctica anticonstitucional”*; (3.2) *“la realidad tergiversa a la norma, la reinterpreta: la mutación interpretadora”*.¹⁴⁷

3.6.3.2

Mutação através de prática estatal que não viola a Constituição. O problema das lacunas constitucionais.

Os casos de *mutação constitucional mediante uma prática estatal que formalmente não viola a Constituição*, examinados por Dau-Lin, não seriam verdadeiras lacunas constitucionais. Trata-se simplesmente de relações jurídicas que não encontram regulação constitucional. No entanto, Dau-Lin se pergunta se, nesta hipótese, poder-se-ia enquadrar as lacunas constitucionais. Ao colmatar-se as lacunas de forma ilícita se estaria produzindo uma mutação constitucional, já que a nova situação fática careceria de fundamento constitucional? Que seriam as lacunas constitucionais?

Jellinek foi o primeiro autor a relacionar o problema das lacunas constitucionais com a mutação da Constituição. Para ele, a lacuna constitucional é um fato não contemplado pela Constituição. Se constatada tal omissão do

¹⁴⁶ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 44.

¹⁴⁷ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 31.

legislador constitucional, faz-se normalmente uma reforma da Constituição (modificação consciente, intencional), com vistas a regular esse fato. No entanto, se não se promove semelhante reforma constitucional, permanecendo uma relação jurídica constitucional consuetudinária, sem alteração do texto da Constituição, então se configura uma mutação constitucional.¹⁴⁸

“Es cierto que este descubrimiento, imprevisto, de la existencia de lagunas constitucionales puede producir una mutación de la Constitución si la situación fáctica induce a un reconocimiento del Derecho consuetudinario y se le atribuye un significado normal. Pero, por regla general, la comprobación de lagunas Constitucionales corresponde al legislador, porque la reforma de la Constitución es el camino más seguro para colmar completamente tales lagunas”.¹⁴⁹

Esse formalismo de Jellinek deriva de seu conceito de mutação constitucional. Dau-Lin, porém, critica-o, suscitando uma série de questões que levariam a posição de Jellinek, em última instância, a consequências impossíveis.¹⁵⁰

O tema das lacunas no direito é um dos que mais despertam discussões com os formalistas. Dau-Lin, como se sabe, é um pesquisador e crítico do formalismo jurídico.¹⁵¹ É interessante a passagem transcrita abaixo:

“En el fondo toda la desesperación formalista de la teoría de las lagunas constitucionales, es resultado natural del desconocimiento del sentido cultural de la Constitución: si se ignora el sentido sistemático de la Constitución, los artículos constitucionales se reducen necesariamente a prescripciones particulares; el ajustarse a la letra implica naturalmente la insuficiencia (existencia de lagunas) de los preceptos jurídicos frente a la plenitud vital de la realidad estatal.”¹⁵²

Para Dau-Lin, a noção de lacuna se infere de um conceito formalista de Constituição. Em princípio, quem concebe a Constituição como uma unidade

¹⁴⁸ Essa interpretação é ratificada por DAU-LIN, op. cit., p. 64-65.

¹⁴⁹ Georg JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, p. 56.

¹⁵⁰ DAU-LIN, op. cit., p. 65.

¹⁵¹ DAU-LIN é autor de um importante ensaio sobre o formalismo da teoria constitucional na literatura anterior à Primeira Guerra Mundial: “Formalistischer und antiformalistischer Verfassungs begriff”, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tübingen 1932, vol. 2. Cf.: Pablo Lucas VERDÚ, *Una aportación ejemplar a la teoría de las mutaciones constitucionales*: la obra de Hsü Dau-Lin. Este trabalho é o prólogo à tradução espanhola de Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 8. Cf. também DAU-LIN, op. cit., p. 64 (nota 61).

¹⁵² Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 64.

espiritual de sentido, tal como ele o faz, não pode sustentar a existência de lacunas constitucionais.¹⁵³

O problema das lacunas do direito e da lei surgiu na virada do século XIX para o século XX.¹⁵⁴ O assunto já nasceu polêmico, pois repleto de questões controvertidas, que vão desde a discussão sobre a real existência das lacunas, da sua natureza, de como se colmatam, da natureza das proposições jurídicas obtidas para preenchê-las, da distinção entre colmatar lacunas e interpretar a lei, até as mais elaboradas diferenciações e conseqüências teóricas.

É interessante notar que o problema das lacunas, ou seja, onde não há para um caso concreto uma resposta satisfatória, terá um peso diferente de acordo com a natureza da norma questionada. As conseqüências jurídicas da ausência da norma e o modo de colmatá-la variam conforme a sua diversa natureza.

Há quem entenda que seria equivocado tratar da mesma forma as leis constitucionais e as leis ordinárias, sendo imprescindível não olvidar a natureza peculiar da Constituição. Daí a necessidade de se compreender que a

“... Constitución es la regulación legal del Estado en cuanto totalidad, que abarca la vida cultural y jurídica estatal entera: su intención apunta a la normación del orden social, no a la regulación de relaciones jurídicas particulares. Tal es la diferencia esencial entre la ley constitucional y la ordinaria. (...) Este sentido de la Constitución nos explica la índole peculiar de las leyes constitucionales, su ‘estado incompleto’ que a menudo se intenta encontrar, sus ‘lagunas conscientes’. Puesto que esa naturaleza peculiar apunta a la totalidad del Estado, entonces no puede ser su tarea adecuada regular exhaustivamente las relaciones jurídicas particulares de la realidad vital del Estado. Fija, solamente directrices fundamentales (principios), según los cuales el ordenamiento concreto tiene que formarse y el orden social desarrollarse. Por consiguiente, no es sólo técnicamente imposible incluir bajo estas directrices fundamentales también prescripciones sobre todas las relaciones jurídicas particulares, además, la inclusión de semejantes prescripciones no es necesaria según el concepto de la Constitución. Del mismo modo sería ideológicamente falsa la pretensión de insertar semejantes prescripciones; porque el objeto de la Constitución, como regulación jurídica, es la totalidad estatal; los distintos detalles, si no afectan en una medida importante al ordenamiento jurídico o al orden social, son totalmente indiferentes según el derecho constitucional.”¹⁵⁵

¹⁵³ Ana Victoria Sánchez URRUTIA, op. cit., p. 127.

¹⁵⁴ Sobre a literatura jurídica deste período, ver amplas referências em DAU-LIN, op. cit., p. 51-52.

¹⁵⁵ DAU-LIN, op. cit., p. 57-8.

Assim como é impossível enclausurar todas as normas de direito civil num código civil, ou de direito penal num código penal, tampouco é viável imaginar que a Constituição, qualquer que seja, consiga ser completa. Portanto, é natural que existam lacunas constitucionais, ou, em outras palavras, que alguma questão essencial ou fundamental para a vida do Estado fique sem resposta.

Não há nenhum exemplo na história política de uma coincidência total entre o ordenamento jurídico e a realidade da vida estatal.¹⁵⁶

3.6.3.3

Mutação por impossibilidade de exercício de determinadas atribuições descritas na Constituição. O problema da mutação por desuso.

Tópico assaz delicado no estudo da mutação constitucional concerne à possibilidade de ocorrência de mutação de norma da Constituição por desuso ou inaplicação. Pode deveras uma norma constitucional perder sua validade jurídica por impossibilidade de aplicação? Como?

Jellinek foi o primeiro a apontar este tipo de mutação constitucional, que denominou de “mutação da Constituição por desuso de faculdades estatais” (*Verfassungswandlung durch Nichtausübung*). Dau-Lin¹⁵⁷ critica essa denominação, considerando-a equivocada. Sustenta o jurista chinês que, na realidade, a Constituição não se transforma pelo simples desuso, mas pela *impossibilidade* de cumprir-se, de sorte que o desuso seria apenas uma das causas. Neste caso, ainda que se quisesse exercer certos direitos, a prática política e as exigências da realidade o impediriam. Dau-Lin também comenta criticamente os exemplos dados por Jellinek.¹⁵⁸

Acreditando Jellinek que a *Constituição se transforma segundo o modo como se exerce o poder estatal*, ele propôs uma questão que lhe pareceu fundamental: *isto também ocorre quando não se exerce uma competência do*

¹⁵⁶ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 63.

¹⁵⁷ Op. cit., p. 36.

¹⁵⁸ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 36 e s.

mesmo poder? Eis a indagação que serviu de mote para análise desta virtual espécie de mutação, por desuso de competência constitucional.¹⁵⁹

Buscando exemplos que comprovassem essa hipótese, Jellinek procede ao exame, inicialmente, do direito de veto do monarca britânico, a fim de verificar se o mesmo caíra em desuso. O exemplo é polêmico porquanto colhido de um país que não possui Constituição escrita.¹⁶⁰ Ao cabo da análise, Jellinek chega à conclusão de que esse direito de veto real não desapareceu totalmente;¹⁶¹ inferindo, também, que “... *de ninguna manera puede concluirse que por el desuso de una competencia del poder estatal, las correspondientes prescripciones constitucionales y legales resulten obsoletas*”.¹⁶²

A posição de Laband, expressa em *Staatsrecht (II, p. 75)* é a seguinte:

“Mientras que el Estado mantenga el mandato que cierta proposición jurídica debe ser válida, los súbditos y las autoridades no pueden desatenderlo y aún menos anularlo e incumplirlo”.

Jellinek considera que o Direito supremo do Estado é, em sua essência, imprescritível; nisso, porém, reside a dificuldade em determinar, concretamente, em que medida um poder nunca exercido de fato tem relevância jurídica ou não.¹⁶³ Ou seja, em algum caso particular determinado preceito constitucional, formalmente vigente mas nunca aplicado, seria capaz de cumprir seu propósito normativo?

Jellinek então levanta a questão da responsabilidade ministerial, prevista em várias Constituições como princípio, mas dependente, para sua aplicação, de uma formulação positiva em lei especial jamais editada. A situação jurídica é configurada da seguinte maneira: a Constituição declara que os ministros são responsáveis mas não define a medida dessa responsabilidade. A disciplina satisfatória da matéria fica dependendo da edição de legislação complementar.¹⁶⁴

¹⁵⁹ Georg JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, p. 45.

¹⁶⁰ Para DAU-LIN (op. cit., p. 36, e nota 11), embora seja importante a idéia suscitada por Jellinek, o exemplo que este examina é infeliz, porque toda discussão sobre mutação, para o jurista chinês, está condicionada pela existência de uma Constituição escrita.

¹⁶¹ Georg JELLINEK, op. cit., p. 50.

¹⁶² Georg JELLINEK, op. cit., p. 51.

¹⁶³ Georg JELLINEK, op. cit., p. 51.

¹⁶⁴ Georg JELLINEK, op. cit., p. 52.

Aqui Jellinek suscita um problema fundamentalmente distinto daquele relativo ao desuso.¹⁶⁵ Aliás, tal problema refere-se basicamente a preceitos constitucionais que não são auto-aplicáveis, demandando, para ser concretizados, legislação complementar. Em tese, o exemplo lembrado por Jellinek seria até mais adequado para tratar de inércia da autoridade normativa do que propriamente do problema relativo ao desuso do direito.

Poderia um direito “imutável” cair em desuso? A experiência histórica tem revelado que não existe direito imutável. Entretanto, vale ressaltar que na doutrina jusnaturalista assim como no direito canônico sustentava-se a existência de normas jurídicas a salvo de qualquer poder terrestre, pois estariam num patamar superior ao da humanidade.¹⁶⁶ Essa questão parece de todo superada nas civilizações culturalmente mais evoluídas, nas quais não é mais comum encontrarem-se juristas ou filósofos que perfilhem a existência de um direito natural ou divino, sobreposto ao direito positivo. Salvo em Estados teocráticos, prevalece atualmente a consciência de que o direito é um fenômeno histórico-cultural. Nesta perspectiva, a normatividade e a reformabilidade são traços característicos da Constituição contemporânea. Mesmo com a possibilidade de reforma nas Constituições modernas, que em geral são escritas, é compreensível que se dote a Carta Magna de mecanismos de proteção. Neste sentido, avulta a superioridade da Constituição em relação às leis infraconstitucionais, que aliás se deduz de um regime jurídico rígido (no qual se estabelece um procedimento dificultoso de alteração), bem como do controle de constitucionalidade de atos normativos inferiores, e também pela guarda de determinados direitos (cláusulas pétreas), que podem representar conquistas históricas que a comunidade tem interesse em preservar.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 36.

¹⁶⁶ Cf.: Hsü DAU-LIN (op. cit., p. 67) resume este ponto de vista, cuja origem remonta a Santo Tomás, nos seguintes termos: “*Esta cuestión acerca de la obsolescencia de preceptos jurídicos implica, a su vez, una concesión, es decir que el derecho tiene naturaleza variable. Para la doctrina iusnaturalista y según también el derecho canónico, hay ciertas proposiciones jurídicas, - no ideas jurídicas-, que se sustraen a cualquier poder terrestre, pues están por encima de toda la humanidad, tienen validez eterna: son la ‘lex naturalis’ y la ‘lex divina’, ambas emanaciones de la ‘lex aeterna’, que es idéntica con el ser de Dios. Según esta concepción habría que distinguir, antes, si se plantea una mutación de un precepto jurídico, si éste pertenece al ámbito del ‘jus divinum’ o al de la ‘lex humana’ (lex positiva)*”.

¹⁶⁷ Neste trabalho, não é necessário refletir sobre a existência de limites explícitos ou implícitos à reforma constitucional. Tampouco se pretende gastar mais linhas com a discussão sobre a existência de eventuais direitos que não poderiam ser invalidados por desuso. Apenas queremos acentuar, com Peter Häberle (“Normatividad y reformabilidad de la Constitución desde la

É interessante observar que Dau-Lin, seguindo a doutrina tedesca,¹⁶⁸ concebe o conceito de validade num duplo sentido: validade no sentido jurídico-técnico e validade social ou validade no sentido filosófico-jurídico. No primeiro sentido, a validade está no plano normativo e corresponde ao conceito de vigência ou validade formal. No segundo sentido, a validade está no plano social e corresponde ao conceito de eficácia ou efetividade.¹⁶⁹

“La validez en el sentido técnico-jurídico, significa la positividad de una proposición jurídica, la obligatoriedad para las personas a las que se aplican las normas, que están sometidas a ellas. Una ley que se ha producido y publicado regularmente exige su cumplimiento y aplicación. Esta ley es válida. Es válida en un ámbito determinado, a partir de cierto momento, a menudo, también, con cierta duración. Es ‘válida’ en el sentido técnico-jurídico.

En cambio, la validez en el sentido filosófico-jurídico es el efecto, la eficacia de una proposición jurídica en la vida de la realidad social. En este sentido, una proposición jurídica es válida solamente si se aplica de hecho: si no ‘está solamente en el papel’. Esta validez se expresa, por un lado, en su cumplimiento por los sometidos a las normas, y, por otro lado, en su aplicación – en el caso de incumplimiento – mediante las normas que hay que aplicar”.¹⁷⁰

Essa distinção só é relevante no estudo da mutação constitucional à medida que se investiga como um preceito constitucional, válido juridicamente, perde sua eficácia. Segundo Dau-Lin, para a finalidade de pesquisa dos problemas de mutação constitucional não há interesse na validade técnico-jurídica, que é a-

perspectiva de las ciencias de la cultura”, in *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, edición 1999, p. 387): “*El ideal del Estado constitucional, basado en principios como los de dignidad humana, democracia, división de poderes, sistema jurídico, social y cultural es una conquista cultural del mundo occidental, como resultado de procesos culturales evolutivos y manifestación de la ‘tradición cultural’ compendiada en el conjunto de las norma clásicas y otros textos normativos. Al mismo tiempo, ese ideal de Estado enfrenta el reclamo de no retroceder en el nivel cultural alcanzado que, por el contrario, debe preservar y acrecentar*”.

¹⁶⁸ M. B. MAYER, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., Berlín, 1926, p. 56 e s. Apud Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 68.

¹⁶⁹ Cf. Miguel REALE, *Lições Preliminares de Direito*, 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 108, 112 e 114 (grifamos): “**Vigência** ou **validade formal** é a executoriedade compulsória de uma regra de direito, por haver preenchido os requisitos essenciais à sua feitura ou elaboração” (op. cit., p. 108). “A **eficácia** se refere ... à aplicação ou execução da norma jurídica, ou por outras palavras, é a regra jurídica enquanto momento da conduta humana” (op. cit., p. 112). “**Validade formal** ou **vigência** é, em suma, uma propriedade que diz respeito à competência dos órgãos e aos processos de produção e reconhecimento do Direito *no plano normativo*. A **eficácia**, ao contrário, tem um caráter experimental, porquanto se refere ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ao ‘reconhecimento’ (*Anerkennung*) do Direito pela comunidade, *no plano social*, ou, mais particularizadamente, aos efeitos sociais que uma regra suscita através de seu cumprimento” (op. cit., p. 114).

¹⁷⁰ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 68.

problemática, mas tão-somente na eficácia.¹⁷¹ Numa concepção puramente normativista, o problema da vigência confunde-se com o dos requisitos formais indispensáveis a que uma regra de direito adquira ou perca vigor (legitimidade do órgão que editou a norma, compatibilidade com outros de maior hierarquia, respeito à distribuição das competências, sanção, promulgação e publicação).¹⁷² Nessa visão de juridicidade estrita (normativista) afasta-se o exame da eficácia, que está no plano da realidade jurídica, dos fatos. Apenas no plano abstrato das normas é possível fazer um controle puramente jurídico. Não se admite que o fato, tão-só, invalide a norma jurídica. Nesta circunstância, ao jurista restaria “*comprobar la existencia formal de una proposición jurídica contrapuesta a una conducta no correspondiente del sujeto*”.¹⁷³ Também neste ponto Dau-Lin revela-se crítico do formalismo jurídico:

“Sin embargo, este método normológico no hace justicia al objeto que tratamos. La jurisprudencia es, ante todo, una ciencia del derecho vivo, una ciencia de la realidad jurídica, no es una teoría pura del conocimiento del concepto del derecho, ni la doctrina de la idea jurídica abstracta. El concepto de la validez social sigue siendo imprescindible para la jurisprudencia positiva, aunque la filosofía jurídica no le conceda importancia específica.”

(omissis)

“Si consideramos, desde un punto de vista de la realidad jurídica, una norma jurídica carente por completo de validez social, que no tiene existencia material, con la pérdida de su validez social, desaparece, también, su contenido de valor y sentido. Su significado para la contemplación de las normas jurídicas positivas, se limita sólo a su existencia formal, a su realidad escrita.

Este fenómeno a saber: cómo una proposición jurídica pierde su entero significado real mediante la pérdida de la validez social es una inversión del proceso consuetudinario de la formación de derecho. Aquí ha surgido, paulatinamente, una proposición jurídica material – sin registro formal – allí una proposición jurídica que poco a poco se hace ‘obsoleta’, a pesar de que sigue existiendo formalmente, pierde su validez, se hunde materialmente. Si en general se sostiene la tesis que una proposición jurídica consuetudinaria es jurídica y real, entonces hay que admitir, consecuentemente, que una proposición jurídica que deviene obsoleta en realidad ya no es una proposición jurídica”.¹⁷⁴

O fenômeno do desuso de uma norma jurídica representa a inversão do processo de formação do direito consuetudinário. Se o direito consuetudinário se

¹⁷¹ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 69.

¹⁷² Cf. Miguel REALE, *Filosofia do Direito*, p. 597.

¹⁷³ Hans KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, pp. 49 e s. Apud Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 69.

¹⁷⁴ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 69-70.

forma a partir de uma prática social reiterada no tempo, ocorrendo a transformação de uma regra material em formal; no desuso acontece justamente o contrário, ou seja, uma regra jurídica formal perde paulatinamente seu conteúdo normativo material, tornando-se obsoleta.

O estudo conseqüente do fenômeno da mutação constitucional leva-nos a questionar a postura dogmática daqueles que insistem em afirmar a validade da norma jurídica apenas levando em conta o critério lógico-formal. Isso sem dúvida privilegia o valor supremo da segurança jurídica. Ocorre que o distanciamento entre o direito escrito “no papel” e a realidade social (incongruência entre a Constituição e a realidade) permite afirmar que uma norma possa perder sua validade jurídica em função da perda de sua eficácia.

Mas não é fácil determinar o momento em que uma norma jurídica passa a ser considerada envelhecida ou obsoleta.

Apesar dessa dificuldade, Dau-Lin analisou um caso emblemático de desuso do direito de dissolução do Parlamento pelo Presidente da República na França. Trata-se do art. 5º da Lei Constitucional de 25 de fevereiro de 1875, que atribuía ao Presidente da República francesa o poder de dissolver a Câmara dos Deputados de acordo com o Senado. Esse era um direito que fortalecia essencialmente a figura do Presidente francês como Chefe de Estado e se fundamentava na necessidade de contrapeso à onipotência do Parlamento. Com efeito, desde que foi instituído, o direito de dissolução só se aplicou uma única vez, pelo Presidente MacMahon, em 1877.

Em Verdú encontramos a melhor exposição desse problema:

“El conflicto entre el Presidente Mac-Mahon con la Cámara de diputados de mayoría republicana (16 de maio de 1877) suscita una carta del mariscal al Presidente Del Consejo, Jules Simon, que em el fondo es una revocación. Jules Simon dimite y el duque de Broglie forma un gobierno que no apoya la Cámara. Esta afirma, con el voto de 363 diputados, el principio del gobierno parlamentario y vota un orden del día contra el gobierno de Broglie.

Autorizado por el Senado, Mac-Mahon disuelve la Cámara de diputados, el 25 de junio de 1877, pero las elecciones del 14-28 de octubre del mismo año reenvían a la Cámara una mayoría republicana. Mac-Mahon se someterá y dimitirá el 30 de enero de 1879.

Las consecuencias de la crisis serán: la pérdida del derecho del Jefe del Estado a revocar al presidente del Consejo, la desuetudo del derecho de disolución; el debilitamiento del Jefe del Estado.

Elegido Presidente Grévy, esto supondrá – según PRELOT – no sólo la elección de un nuevo Jefe de Estado, además, de una nueva Constitución. Así, como 1830 implicó el paso de la monarquía limitada a la parlamentaria, en 1879 se consolidará la República definitivamente y se producirá el cambio del parlamentarismo dualista al parlamentarismo monista”.¹⁷⁵

O ato do Presidente MacMahon que dissolveu a Câmara foi considerado pela doutrina majoritária inconstitucional,¹⁷⁶ gerando uma crise política que culminou com a demissão do Presidente. A partir dessa experiência traumática para a história do parlamento francês, passou-se a considerar tal faculdade presidencial ilegítima, quedando a norma em desuso. Com isso, o direito de dissolução, formalmente previsto no art. 5º da lei constitucional, não foi mais aplicado e passou a não mais existir na realidade constitucional. O desuso continuou na IV República, consagrando-se abertamente o princípio da supremacia parlamentar na França.¹⁷⁷

Assim, constata-se que um direito formalmente vigente pode ter sua existência real questionada, pelo fato de que seu exercício ou sua aplicação prática se faz impossível.¹⁷⁸ A norma pode perder completamente seu caráter jurídico ainda que sua existência formal permaneça sem alteração.¹⁷⁹

Impende destacar que *inércia* e *desuso* não são conceitos idênticos. Para Anna Cândida Ferraz “o desuso consiste na inobservância (a) *consciente*, (b) *uniforme*, (c) *consentida*, (d) *pública* e (e) *reiterada, por longo tempo* de uma disposição constitucional”.¹⁸⁰ Segundo esta autora, à diferença da *inércia* - que pressupõe paralisação *temporária* e *provisória* da norma, que, a qualquer momento, pode ser aplicada -, o *desuso* constitucional pressupõe paralisação *definitiva*, caracteriza-se pelo *animus* interveniente na não aplicação da norma ou do instituto, acompanhado da inaplicação prolongada no tempo. Essa diferenciação teórica reside fundamentalmente no *animus*, que torna

¹⁷⁵ Pablo Lucas VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, p. 141.

¹⁷⁶ Neste sentido, conferir extensa bibliografia mencionada por DAU-LIN: op. cit., p. 37-38.

¹⁷⁷ Pedro de VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 187.

¹⁷⁸ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 38.

¹⁷⁹ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 73.

¹⁸⁰ Anna Cândida da Cunha FERRAZ, op. cit., p. 234.

extremamente difícil sua distinção prática. Como se sabe, para considerar-se uma norma constitucional definitivamente revogada, é preciso haver reforma constitucional com esse efeito. Portanto, é possível haver a reaplicação da norma considerada em desuso.

Para Jorge Miranda não é aceitável, sequer como hipótese, o desuso de uma Constituição no seu todo, um costume de eficácia negativa que levasse à cessação da vigência de uma Constituição formal. O desuso pode se dar, para o jurista português, apenas em relação a certa ou certas normas constitucionais.¹⁸¹

3.6.3.4

Reforma material da Constituição e mutação constitucional¹⁸²

Segundo Dau-Lin, a maior parte dos casos de mutação constitucional se dão por meio da reforma material da constituição, problema tipicamente alemão.¹⁸³ Dau-Lin está a tratar, no caso, da espécie de mutação constitucional por meio de uma prática estatal contrária à Constituição.

A reforma material da Constituição caracteriza-se pela presença de dois requisitos: por um lado, a observância da forma agravada para modificá-la; e, por outro, que permaneça inalterado o texto constitucional.¹⁸⁴ Portanto, “reforma da Constituição” significa aqui obtenção da maioria qualificada; “materialmente”, significa não tocar o documento constitucional.

Na doutrina alemã, a reforma *material* da Constituição também foi designada por outros nomes, como reforma “indireta”, ou “tácita”, ou “silente”, da Constituição. Quando a reforma implicava alteração do texto constitucional, denominava-se a isso reforma *formal* da Constituição. Portanto, o critério tradicional para diferenciar os dois tipos de reforma era simples: modificação ou não do texto constitucional.

¹⁸¹ Jorge MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 383.

¹⁸² Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 75-85.

¹⁸³ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 75.

¹⁸⁴ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 77.

A reforma material da constituição, por sua vez, distingue-se em três espécies:¹⁸⁵ a) reforma material expressa;¹⁸⁶ b) reforma material tácita;¹⁸⁷ c) reforma eventual ou inconsciente da Constituição.¹⁸⁸

No primeiro caso, a lei é aprovada com maioria qualificada, assinalando-se isso expressamente na publicação.

No segundo caso, reforma “silenciosa” da Constituição, observa-se conscientemente o processo prescrito para a revisão constitucional, mas a lei, ao ser publicada, não enuncia expressamente que foi seguida a forma agravada de mudança. A maioria da doutrina admitia a validade da reforma material, mesmo na hipótese onde não houvesse expressa indicação da mudança. Esta posição prevaleceu porque não existia, no direito positivo, nenhuma disposição normativa que prescrevesse a obrigatoriedade de que tal alteração devesse ser explícita.¹⁸⁹

“Los contrarios a la reforma material de la Constitución esencialmente partían de la naturaleza y del concepto de la misma. Subrayaron, a veces, la autoridad suprema de la Constitución en virtud de su naturaleza, no obstante se adherían al positivismo formalista de la doctrina anterior a la guerra: no sólo la práctica del Imperio siguió sosteniendo la reforma material de la Constitución [Cfr. LABAND, *Staatsrecht*, II, pág. 42], tampoco la legislación de la posguerra escapó a esta tesis, incluso el celo en mantener la defensa de la Constitución de la doctrina constitucional, después de la revolución, no se atrevió a romper completamente con ella”.¹⁹⁰

No terceiro caso, reforma “eventual” ou “inconsciente”, o conteúdo da lei está em contradição com a Constituição, mas isso não é constatado no curso do processo legislativo. A lei é aprovada com a maioria necessária para a reforma constitucional. Coloca-se em dúvida, então, a validade dessa lei. Segundo Dau-Lin, a doutrina majoritária entendia que essa lei era inválida, pois, do ponto de vista jurídico, é necessária uma vontade dirigida particularmente para a questão.¹⁹¹

¹⁸⁵ Neste ponto, DAU-LIN se fundamenta em JESELSON: *Verfassungsänderung*, p. 32 e s.

¹⁸⁶ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 78-80.

¹⁸⁷ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 80-84.

¹⁸⁸ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 84-85.

¹⁸⁹ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 82.

¹⁹⁰ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 81-82.

¹⁹¹ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 84-85.

3.6.3.5

Mutação constitucional por meio de interpretação¹⁹²

Dau-Lin sustenta que podem ocorrer mutações constitucionais mediante interpretação constitucional. Segundo ele, o problema da interpretação da Constituição está muito próximo da realidade, sendo de fundamental importância na prática e na teoria do direito constitucional norte-americano, onde essa modalidade de mutação acontece com mais frequência. O autor faz uma série de considerações sobre as características da interpretação constitucional nos Estados Unidos, mencionando ampla literatura jurídica a esse respeito. Não convém aqui reproduzir suas reflexões sobre o tema, bastando consignar, todavia, que é nos Estados Unidos que as mutações constitucionais (*transformations*) se produzem na maioria dos casos seguindo o caminho da interpretação da Constituição, devido ao poder de controle de constitucionalidade das normas e à enorme dificuldade de efetuar uma reforma constitucional.

É interessante também a observação que fez Dau-Lin sobre a ausência de discussão entre os juristas norte-americanos no que tange à adequação das mutações ao direito. “Ninguém tem querido afirmar, sequer aproximadamente, que a interpretação constitucional com suas doutrinas da *‘loose construction’* e dos *‘implied powers’* é uma infração da Constituição, tal como se afirma na doutrina alemã, onde se impugna, em geral, a juridicidade deste modo de interpretar”.¹⁹³

Por fim, Dau-Lin adverte que seria um grave erro sustentar que o direito consuetudinário e a interpretação constitucional são simplesmente as únicas possibilidades da mutação da Constituição. “A interpretação transformadora da Constituição produz uma mutação da mesma (...) e se deve à instância habilitada para isso, a sua posição na vida estatal nacional, a sua função real e a sua doutrina evoluída e formada paulatinamente”.¹⁹⁴

¹⁹² Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 87-102.

¹⁹³ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 101.

¹⁹⁴ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 102.

3.6.3.6

Mutação constitucional e direito consuetudinário

Dau-Lin examina detalhadamente as teorias existentes sobre o direito consuetudinário,¹⁹⁵ e rejeita a idéia de que elas possam explicar satisfatoriamente a mutação da Constituição. Essas teorias teriam um valor doutrinário, mas não correspondiam plenamente à realidade jurídica. Recorrer ao direito consuetudinário para justificar a mutação constitucional parece resultado da transferência de categorias do direito privado para o âmbito do direito público, que teve lugar na doutrina positivista alemã. Outro problema é que, em muitos casos, também não ocorreria o fenômeno da observância prolongada no tempo, elemento indispensável para caracterizar o costume jurídico. O reconhecimento do caráter consuetudinário da mutação constitucional por parte de uma instância judicial também não tem o mesmo efeito que teria no direito privado.¹⁹⁶

3.6.3.7

Mutação constitucional e regras convencionais¹⁹⁷

Dau-Lin também critica os autores que tentam explicar as mutações com base na categoria das *conventions of the Constitution*, típica do direito inglês. Para ele, essa categoria não seria exportável para o direito continental, pois elas funcionavam com base em premissas aplicáveis apenas ao sistema britânico. O mesmo valia para os *usages of the Constitution*, do direito norte-americano.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 109-125.

¹⁹⁶ Ana Victoria Sánchez URRUTIA, op. cit., p. 131.

¹⁹⁷ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 127-146.

¹⁹⁸ Ana Victoria Sánchez URRUTIA, op. cit., p. 131.

3.6.3.8

Mutação constitucional como violação da Constituição

Para Dau-Lin, a natureza das mutações constitucionais não é explicada satisfatoriamente nem quando associada ao direito com *pleno valor*, direito consuetudinário, nem à regra convencional *inferior* às normas jurídicas autênticas, nem muito menos quando é considerada, pura e simplesmente, uma violação à Constituição.

Esta teoria é consequência natural de uma concepção positivista do direito. Apóia-se na autoridade exclusiva da proposição jurídica escrita em toda a vida jurídica e estatal.¹⁹⁹

Uma das maneiras de explicar o problema das mutações constitucionais como infração à Constituição aparece na doutrina francesa. Dau-Lin observa que na França não havia uma reflexão sobre o problema das mutações constitucionais. Apenas Maurice Hauriou teria se preocupado com a questão, entendendo que a mutação constitucional significava um “falseamento da Constituição”. Por oportuno, transcreveremos abaixo passagem significativa que localizamos em obra do referido autor francês.

“Los falseamientos de la Constitución. – Las tres clases²⁰⁰ de reglas de que se puede componer el derecho de la Constitución, son susceptibles de reaccionar unas sobre otras en diversos sentidos, y de estas relaciones pueden derivarse *falseamientos de la Constitución*, llamados así porque no entrañan cambios regulares del derecho de la Constitución.

(...) una disposición establecida en la Constitución escrita rígida no puede modificarse en derecho por una ley orgánica posterior. En el conflicto entre la legalidad y la superlegalidad ordinaria, es claro que la superlegalidad debe prevalecer.

(...) el caso más habitual de *falseamiento de la Constitución* se debe al conflicto entre las prácticas y costumbres, en que se desenvuelve el juego de los mecanismos gubernamentales, y las disposiciones de las leyes orgánicas o aún las de mismas leyes constitucionales rígidas. Todos saben que, por ejemplo, el juego de nuestra Constitución de 1875 – en el medio siglo que lleva de existencia – se

¹⁹⁹ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 147.

²⁰⁰ Os três elementos que compõem o direito constitucional francês, de que fala Hauriou, são: a *superlegalidade constitucional*, para os princípios fundamentais das liberdades públicas e para as relações essenciais dos poderes públicos; as simples *leis orgánicas*, para a organização da maior parte dos poderes públicos; e as *práticas e costumes* da Constituição. (*Principios de Derecho Público y Constitucional*, p. 331).

ha falseado considerablemente por las prácticas seguidas, especialmente en lo que se refiere a los poderes del presidente de la República en sus relaciones con las Cámaras: su derecho de disolución de la Cámara de los diputados, como su derecho de pedir una segunda deliberación de una ley, aunque están determinados en el artículo 5.º de la ley constitucional de 25 de Febrero de 1875 y en el artículo 7.º de la de 16 de Julio de 1875, se consideran caídos en desuso.

Conviene fijar el principio de que los falseamientos de la Constitución sólo crean estados de hecho y no estados de derecho; que no modifican el Derecho y que, por lo tanto, es lícito – desde que sea posible – la vuelta a las prescripciones y prerrogativas de la Constitución. En el Derecho francés, no cabe admitir ni que las disposiciones constitucionales puedan derogarse por disposiciones legales ordinarias, ni que se deroguen por el no uso o por el uso contrario”.²⁰¹

Sabe-se que na França havia um domínio da concepção positivista, desde a grande revolução, que depositava sua fé na autoridade da lei, e na lei como única fonte de direito, na lei como vontade soberana do povo. Dau-Lin destaca a variedade dos direitos consuetudinários locais (*coutumes*) e a desconfiança nas más decisões judiciais como fatores que contribuíram para que, à época da revolução francesa, se pusesse toda a esperança de uma melhora da situação do Estado nacional, do aperfeiçoamento do sistema jurídico, no domínio absoluto das leis objetivas. Tais exigências práticas de um império da lei, por seu turno, reforçaram-se por meio de outra exigência doutrinária: a separação de poderes (Montesquieu).²⁰²

Daí se pode compreender que o problema da mutação constitucional, que coloca o direito positivo numa situação desconfortável, tenha sido desprezado pela teoria constitucional francesa. Quando o tema era abordado, considerava-se um fenômeno puramente fático, sem relevância jurídica.

3.6.3.9

Mutação da Constituição como problema constitucional

Para Dau-Lin, as teorias que tentaram resolver o problema da mutação constitucional - a teoria do direito consuetudinário; a doutrina das regras

²⁰¹ Maurice HAURIUO, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, p. 331-333.

²⁰² Hsü DAU-LIN, *op. cit.*, p. 151-152.

convencionais; e a que interpreta a mutação como violação da Constituição - padecem todas do mesmo erro, qual seja: a incompreensão do próprio valor da Constituição.²⁰³

Por isso, Dau-Lin entende ser impossível uma compreensão metódica da questão através da construção de conceitos tradicionais.

A raiz da questão, ou melhor, a chave para compreender o fenômeno da mutação está na natureza da Constituição. Dau-Lin adota o conceito smendiano de Constituição, baseado na idéia central de que o valor singular da Constituição e do direito constitucional não pode ser compreendido com a construção de conceitos da jurisprudência formalista. A afirmação de Smend de que a Constituição é a ordem jurídica estatal, mais exatamente da vida na qual o Estado tem sua realidade vital, ajusta-se a qualquer Estado e Constituição, pois há, em todo ordenamento jurídico, um sistema significativo indiscutível na vida política do Estado. A Constituição regula toda a existência do Estado, imprime a cada individualidade estatal seu selo específico.²⁰⁴ A mutação constitucional deve entender-se como produto da unidade de sentido que é o Estado e o caráter evolutivo de sua realidade vital.²⁰⁵

Esta característica da Constituição como regulação jurídica da totalidade da vida estatal, sua propriedade singular, coloca-a numa posição especial em relação às normas jurídicas de outros campos do direito. Opera-se tal diferenciação de três modos:

*1. Insuficiência dos preceitos constitucionais em face da necessidade da vida estatal e elasticidade de suas normas*²⁰⁶

Embora o sentido da Constituição seja abarcar o Estado como totalidade, Dau-Lin nega a idéia de uma regulação completa e exaustiva das relações jurídicas existentes e possíveis no Estado por meio de sua Constituição. Isto não é tecnicamente viável, nem é o propósito da Constituição. As normas constitucionais apenas descrevem seu objeto de modo esquemático e só em pontos concretos. Segundo Dau-Lin, é natural que as normas constitucionais

²⁰³ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 155.

²⁰⁴ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 157.

²⁰⁵ Ana Victoria Sánchez URRUTIA, op. cit., p. 132.

²⁰⁶ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 158-159.

esquemáticas se afiguram insuficientes diante da realidade jurídica estatal, porquanto não é possível regular plenamente os inúmeros fenômenos vitais do Estado; isto de forma alguma constitui uma deficiência ou aporia.

A par disso, a Constituição terá de lançar mão de formulações que admitem interpretação elástica. Trata-se de exigência inevitável da situação política sempre que se estabelece uma Constituição. Por isso, é comum encontrarmos fórmulas que satisfazem na mesma medida exigências contrapostas, permitindo várias leituras dos pontos controvertidos. Tais fórmulas dilatórias, compromissos autênticos ou não, acham-se amiúde na legislação constitucional.

Essa imperfeição e elasticidade fazem com que a Constituição não possa pretender, como sustentou Smend, uma validade rígida e heterônoma semelhante ao direito das organizações subordinadas, pois tem que esquematizar muitos casos particulares.

As normas constitucionais se distinguem das demais normas jurídicas pela sua intencionalidade, pois estas últimas pretendem dominar totalmente o objeto regulado, além de exigirem uma validade rígida e heterônoma.

*2. Autofinalidade do Estado em sua qualidade de objeto juridicamente regulado por sua Constituição*²⁰⁷

A autofinalidade do Estado, que o diferencia das outras organizações e instituições jurídicas, consiste na tarefa de conservar-se e fortalecer-se para sua realização. Para Dau-Lin, o caráter de autofinalidade do Estado ganha importância com relação a sua Constituição. Se esta tem o sentido de compreender o Estado em sua totalidade vital, então também seria seu fim imanente conservar o Estado e a integridade de seu âmbito de ação.

Seguindo Jellinek e Smend, diferencia-se o Estado das outras corporações:

“Efectivamente, si el Estado establece, significativamente, la tarea de conservarse y fortalecerse, si tal autoconservación, es uno de los valores propio del Estado de manera categórica para su realización, entonces se diferencia de las demás asociaciones en que ‘son en general medios facultativos para conseguir ciertos fines particulares objetivos’ (SMEND, cit., p. 85). Fácilmente se reconoce

²⁰⁷ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 159-160.

que allí, se trata de la finalidad en sí, aquí solamente de instituciones con un objetivo determinado.”²⁰⁸

Desta forma, também se evidencia a posição especial do direito constitucional frente aos outros setores do direito. No direito constitucional se dá o valor de auto-conservação do Estado como princípio regulador para sua consideração jurídica em face do direito das outras associações.²⁰⁹

*3. Limitação da Constituição relativamente a sua eficácia sobre as forças e garantias que lhe são imanentes*²¹⁰

Seguindo a posição de Smend, Dau-Lin argumenta que o Estado se distingue de outras associações porque “sua existência não se garante por um poder situado fora dele, como ocorre na maioria das demais associações; não se põe em marcha por um motor ou juiz situado fora de seu próprio sistema, não é sustentado por uma causa ou garantia heterônoma”; ao revés, realiza-se segundo sua própria legalidade axiológica.²¹¹

Disso se depreende outra diferença entre a Constituição, como obra legislativa, das outras normas jurídicas. O Estado é o poder de última instância para restabelecer a ordem da vida jurídica, não sendo concebível a existência de uma instituição situada acima dele ou normas jurídicas positivas acima das normas constitucionais.

Dau-Lin chega à conclusão prática que os órgãos supremos do Estado não podem ser controlados nem detidos, em seu funcionamento, por instância alguma. Quem controla o órgão controlador? E se as normas constitucionais não contam com nenhuma medida orientadora sobre as normas vigentes, então faltaria no campo do direito constitucional uma delegação para colmatar as lacunas da lei. Assim, a causa última deste fenômeno apareceria na própria legalidade da realização da vida estatal e na qualidade da Constituição como regulação jurídica desta vida estatal.²¹²

²⁰⁸ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 159-160.

²⁰⁹ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 160. Vide interpretação, no sentido do texto, in Pablo Lucas VERDÚ, *Curso de Derecho Constitucional*, vol. IV, p. 196.

²¹⁰ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 160-161.

²¹¹ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 160.

²¹² Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 161. Vide também Pablo Lucas VERDÚ, *Curso de Derecho Constitucional*, vol. IV, p. 196.

3.6.4

Essência da mutação constitucional

O fundamento último da mutação constitucional reside na natureza do Estado como realidade vital.²¹³ Esta realidade, por sua vez, condiciona uma possibilidade e uma necessidade de transformar o Estado e suas instituições. Essa transformação é crucial para sua Constituição, para a regulação jurídica de sua forma de existir, que progride constantemente.²¹⁴

“Esta exigencia que la vida estatal impone a su Constitución, se satisface sólo insuficientemente al establecer la posibilidad de una mutación constitucional. Causas humano-psicológicas y de técnica legislativa producen, juntas, el efecto que la mutación de la Constitución sólo ocurre en raras ocasiones”.²¹⁵

Isso se comprovaria, afirma Dau-Lin, nos Estados Unidos mediante interpretação constitucional e a prática dos *usages of the Constitution*, na França daquela época em razão das normas esquemáticas contarem apenas com 25 artigos, e na Alemanha através da prática da reforma material da Constituição.

Dau-Lin conclui que onde a reforma da Constituição ocorre com pouca frequência, ali se dão mutações constitucionais.²¹⁶

Para o ilustrado autor chinês, as mutações constitucionais não só decorrem de uma necessidade do Estado enquanto realidade vital, mas também são em parte queridas e favorecidas pela própria Constituição, como resultado de sua tripla especificidade: a incompletude e elasticidade das normas constitucionais; as peculiaridades do Estado como objeto de regulação jurídica e a falta de uma instância superior que garanta sua existência.²¹⁷

Dau-Lin faz uma diferenciação entre mutação constitucional em sentido formal e mutação constitucional em sentido material. Tal distinção é decorrente da dupla natureza da própria Constituição. A mutação constitucional em sentido

²¹³ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 161.

²¹⁴ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 162.

²¹⁵ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 163.

²¹⁶ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 163.

²¹⁷ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 163 e s.

formal ocorre quando a situação constitucional real já não se coaduna com o direito constitucional positivo, há uma mutação do texto. Por outro lado, a mutação constitucional material se dá quando se desenvolvem relações jurídicas na realidade da vida estatal em contradição com o sistema, quer estejam estas relações implicadas com as normas ou unicamente imbricadas com o sentido indicado na Constituição. Aqui tem lugar a mutação do sistema ou de seu significado.²¹⁸

“... hay mutaciones constitucionales permitidas y exigidas por la Constitución. Son, precisamente, complemento y ampliaciones del sistema significativo propuesto por ella de manera ideal, y hay mutaciones constitucionales, que por cierto no son intencionadas o deseadas por la Constitución, pero que no pueden impedirse ni suprimirse: son mutaciones del sistema de sentido propuesto por ella o de algunas instituciones normativizadas de intenciones manifestadas en el sistema”.²¹⁹

Segundo Dau-Lin, a explicação para os dois tipos de mutação constitucional é a mesma, qual seja: fundamentam-se na peculiaridade valorativa do direito constitucional; na imperfeição das normas constitucionais em face das reais necessidades da vida estatal, em sua regulação elástica, na natureza teleológica do Estado, na auto-garantia da Constituição e na impossibilidade de fiscalizar os órgãos supremos do Estado.²²⁰

²¹⁸ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 169.

²¹⁹ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 176.

²²⁰ Hsü DAU-LIN, op. cit., p. 176.