

## **A CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR E AS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS: CONTRIBUIÇÕES PARA A COMPREENSÃO DAS MODIFICAÇÕES INFORMAIS DA CONSTITUIÇÃO**

### **THE CONSTITUTION OF WEIMAR AND THE CONSTITUTIONAL MUTATIONS: CONTRIBUTIONS TO THE COMPREHENSION OF THE INFORMAL CHANGES TO THE CONSTITUTION**

MATHEUS CASIMIRO GOMES SERAFIM<sup>9</sup>

#### **RESUMO:**

o presente trabalho analisa as contribuições dos estudos desenvolvidos sobre as mutações constitucionais sob a égide da Constituição de Weimar. Os processos informais de modificação do texto constitucional têm sido fundamentais para o constitucionalismo, em especial para os países que adotam Constituições rígidas. Assim, compreender a origem desse instituto auxilia na sua melhor utilização hodierna. Para isso, analisa-se o pensamento dos três autores que realizaram pesquisas mais profundadas e relevantes sobre o tema durante a República de Weimar: Rudolf Smend, Hermann Heller e Hsü Dau-Lin. Os dois primeiros foram fundamentais para apontar a indissociabilidade entre a dinâmica estatal e as mutações constitucionais, ressaltando a sua importância, enquanto o último foi pioneiro na sistematização do tema, suscitando a importância de se fixar limites para a realização das modificações informais, para que o seu resultado esteja conforme o Direito.

**Palavras-chave:** Mutação Constitucional; Constituição de Weimar; Modificações informais da Constituição.

#### **ABSTRACT:**

the present work analyzes the contributions of the studies developed on the constitutional mutations under the aegis of the Constitution of Weimar. Informal changes to the the constitutional text have been fundamental for constitutionalism, especially for countries that adopt rigid Constitutions. Thus, to understand the origin of this institute will help in its best current use. For this, the study analyzes the thinking of the three authors who carried out more in-depth and relevant research on the subject during the Weimar Republic: Rudolf Smend, Herman Heller and Hsu Dau-Lin. The first two were fundamental to point out the indissociability between the state dynamics and the constitutional changes, emphasizing their importance, while the latter was a pioneer in systematizing the problem, raising the importance of setting limits for the accomplishment of informal modifications, so that the its result is in accordance with the Law.

**Keywords:** Constitutional Mutation; Weimar Constitution; Informal changes to the Constitution.

---

9 Advogado (OAB-CE). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Pós-graduando *lato sensu* em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Mestrando em Direito Constitucional e Ordem Jurídica pela UFC. Endereço profissional: Rua Meton de Alencar, S/n, Centro, Fortaleza (CE). E-mail: mcgserafim@gmail.com.

## 1. INTRODUÇÃO

As Constituições escritas, elaboradas primeiramente na segunda metade do século XVIII, surgem com a finalidade de estruturar o Estado e resguardar as liberdades individuais em face da atuação estatal. Os constituintes originários, cientes da relevância de sua obra, estabeleceram processos diferenciados e complexos de alteração do texto constitucional, com a pretensão de resguardá-lo de alterações arbitrárias de uma maioria circunstancial.

A rigidez constitucional, no entanto, permitiu um descompasso entre normatividade e facticidade. Na medida em que a realidade social se altera, com o surgimento de novos valores e expectativas sociais, a Constituição precisa acompanhar esse fluxo evolutivo, ou restará fragilizada, perdendo a sua força normativa. Além disso, tendo em vista o procedimento diferenciado para a alteração da obra do constituinte, nem sempre será possível realizar a atualização constitucional por meios formais.

Diante dessa realidade, importantes juristas alemães do século XIX iniciaram os estudos sobre um fenômeno fundamental para a durabilidade das Constituições: as mutações constitucionais, também chamadas de processos informais de modificação do texto constitucional.

O presente trabalho visa compreender as contribuições dos constitucionalistas da República de Weimar para a compreensão do tema, tendo em vista que nesse período as mutações foram amplamente estudadas e se iniciou a sua sistematização. As doutrinas desenvolvidas à época continuam a influenciar a realização das modificações informais, razão pela qual é necessário conhecer o pensamento dos principais autores que trataram sobre o tema.

Para realizar esse objetivo, utiliza-se o estudo bibliográfico, com o intuito de compreender o contexto histórico no qual as pesquisas sobre as mutações constitucionais foram desenvolvidas, bem como para esclarecer o pensamento dos principais autores que trataram do tema. Dos constitucionalistas de Weimar, o trabalho foca a sua análise nos três autores que, à época, deram a maior contribuição para o estudo das modificações informais: Rudolf Smend, Hermann Heller e Hsü Dau-Lin. Por fim, busca-se conhecer o legado desses juristas para o constitucionalismo no que tange às mutações constitucionais.

## 2. AS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS COMO CONEXÃO ENTRE O PASSADO E O PRESENTE

Uma das principais características do constitucionalismo desde a sua origem, na segunda metade do século XVIII, é a pretensão de estabilidade (BERCOVICI, 2008). As Constituições, além de fundarem uma nova ordem jurídica, consagram direitos fundamentais que em dado momento histórico são vistos como basilares em uma comunidade política, bem como estabelecem diretrizes para o desenvolvimento da sociedade e do Estado.

À vista disso, o constituinte, com o intuito de resguardar a sua obra de maiorias políticas ocasionais, costuma estabelecer um procedimento diferenciado para a alteração do texto constitucional, dando origem às constituições rígidas. Por conseguinte, apenas o órgão legislativo que detiver o poder constituinte derivado reformador pode modificar formalmente a Constituição.

A pretensão de durabilidade, entretanto, encontra no tempo o seu principal adversário. Enquanto os textos constitucionais almejam a constância e a segurança, o tempo segue produzindo mudanças (TEIXEIRA, NASCIMENTO, 2017). Em virtude dessa tensão entre passado e presente exsurtem as mutações constitucionais. Ao adotarem procedimentos especiais para a sua alteração, as Constituições podem acabar defasadas, sendo ultrapassadas pela realidade social que pretendem regular.

Conseqüentemente, em paralelo à modificação formal, faz-se necessário um meio informal de alteração do texto constitucional, também chamado de mutação constitucional, a qual é basilar para conformar a obra do constituinte às novas realidades sociais e assegurar a sua força normativa (FERRAZ, 2015).

As mutações constitucionais costumam ocorrer em razão de dois principais fatores: a primeira possibilidade é a alteração significativa da realidade política, econômica e social que a Constituição visa conformar, de tal forma que é necessário promover uma atualização do seu sentido para assegurar a sua normatividade; a segunda hipótese é uma modificação na base axiológica da sociedade, ou seja, alteram-se os valores ou os juízos de valor a respeito de fatos e normas. Em face de uma dessas possibilidades, para viabilizar a adequação do texto às novas realidades, atribui-se novo sentido aos dispositivos constitucionais.

O fenômeno das modificações informais foi estudado primeiramente na Alemanha, ainda na vigência da Constituição de 1871. Nesse contexto, a Escola Alemã de Direito Público, percebendo um crescente distanciamento entre o texto constitucional e a realidade social subjacente, preocupou-se em promover uma aproximação entre fato e norma (SANTOS, 2015).

À vista disso, importantes teóricos integrantes da Escola se preocuparam em estudar as mutações constitucionais, destacando-se Paul Laband e Georg Jellinek. Enquanto Laband afirmava que o Estado seria capaz de alterar a Constituição por processos informais (BULOS, 1997), Jellinek, com base em sua teoria do fato consumado, afirmava que fatos consolidados no tempo viabilizam a atribuição de novos sentidos ao texto constitucional, tendo em vista a insuficiência destes para atender às novas demandas da realidade (SANTOS, 2015).

Os referidos juristas, no entanto, não se preocuparam com um ponto fundamental: estabelecer limites para as modificações informais do texto constitucional. Nesse sentido, de grande relevância é a obra de Hesse, que estudou seriamente a questão. Assim, afirma o autor que:

Se as modificações da realidade social só devem considerar-se relevantes para o conteúdo da norma enquanto fazem parte do âmbito normativo, se o “programa normativo” resulta determinante a esse respeito e se para este último resulta fundamental o texto da norma, então o conteúdo da norma constitucional só poderá modificar-se no interior do marco traçado pelo texto (2013, p.168).

Dessa forma, a primeira limitação às mutações são as possibilidades de sentido gramaticalmente admitidas, ou seja, a modificação deve ocorrer dentro da moldura semântica do texto, de tal forma que não é possível sacrificá-lo em prol de uma atualização da Constituição, visto que isso a tornaria completamente submissa à facticidade. Por isso, Hesse afirma que “a finalidade (*Telos*) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação” (HESSE, 1991, p.23).

Ademais, a doutrina estabelece um segundo limite para o fenômeno. Segundo Morais (2016), além da limitação semântica, a modificação deve ocorrer de forma coerente com o sistema constitucional, respeitando-se as decisões fundamentais do constituinte e buscando garantir a unidade de sentido da Constituição, cuja identidade deve ser preservada.

Em razão dos referidos limites, Ferraz (2015) define mutação constitucional como um processo de modificação dos sentidos atribuídos ao texto, ocorrendo, entretanto, dentro das possibilidades semânticas por ele admitidas e de forma coerente com o sistema constitucional em questão. Quando um desses limites não é observado, trata-se de mutação inconstitucional.

No constitucionalismo moderno, o fenômeno das mutações constitucionais tem sido fundamental para preservar a força normativa da Constituição, existindo uma relação diretamente proporcional à rigidez constitucional: quanto mais complexo o processo de alteração formal do texto constitucional, mais relevantes são as modificações informais. Exemplo disso é a Constituição dos Estados Unidos, chamada por alguns autores de *living constitution*, tendo em vista a capacidade da Suprema Corte Americana em amoldá-la às novas circunstâncias, promovendo a sua durabilidade (VIEIRA, DUTRA, 2013).

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem reconhecido importantes casos de mutações, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais. Alguns exemplos são: o reconhecimento das uniões homoafetivas; a fidelidade partidária no sistema eleitoral proporcional; e a constitucionalidade das cotas raciais.

Ainda assim, o Tribunal utiliza o instituto de forma atécnicamente em vários julgados. Segundo Barata (2012), o STF já utilizou a expressão mutação constitucional tanto no sentido de alteração fática que enseja a mudança de interpretação do texto, coadunada com o que prega a doutrina sobre o tema, quanto no sentido de alteração formal da Constituição. Essa confusão conceitual contribuiu para a ocorrência de mutações inconstitucionais, razão pela qual é importante conhecer as contribuições dos teóricos que estudaram o fenômeno à época da Constituição de Weimar, visto que a doutrina por eles desenvolvida foi fundamental para o estudo do instituto e segue norteando a sua utilização atualmente.

### **3. A CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR E A TEORIA MATERIAL DA CONSTITUIÇÃO**

Os estudos alemães sobre a mutação constitucional encontraram o ambiente mais propício para o seu desenvolvimento com a instauração de uma nova ordem jurídica pela Constituição de Weimar, em 1919. Seguindo o exemplo da Constituição Mexicana de 1917, o novo texto constitucional alemão estruturou um Estado social, tratando de várias questões que não eram compreendidas como materialmente constitucionais.

À época, a Alemanha estava desestabilizada em virtude da sua participação na I Guerra Mundial e das inúmeras obrigações impostas pelos países vitoriosos com a assinatura do Tratado de Versalhes, o qual intentava enfraquecê-la militar e economicamente, para impedir o seu restabelecimento como potência europeia (AUAD, 2008). Em meio à profunda crise político-econômica, fortaleceu-se a exigência de uma maior intervenção estatal na sociedade, para tentar superar os problemas enfrentados.

Nesse contexto, a sociedade alemã encontrava-se pulverizada em grupos de interesses contrapostos, o que contribuía para o enfraquecimento do Estado e interferia diretamente na fundação de uma nova ordem constitucional (AUAD, 2008). Convocada a Assembleia Nacional Constituinte, que seria sediada em Weimar, foi possível constatar a absoluta fragmentação política da sociedade alemã e a ausência de uma maioria efetiva no parlamento, reflexo das diversas demandas sociais existentes naquele momento (PINHEIRO, 2006).

Dessa forma, a obra do constituinte de Weimar foi uma constituição social e analítica, a qual consagrou não só direitos individuais, mas também vários direitos de caráter social. Segundo Souza Neto e Sarmiento (2014), as constituições programáticas, além de resguardarem as liberdades individuais e fixarem a estrutura organizacional do Estado, estabelecem objetivos para a sociedade, regulamentando áreas que não eram contempladas pelo constitucionalismo liberal clássico e estatuidando direitos fundamentais que exigem prestações estatais positivas.

As referidas características estavam presentes na obra do constituinte de Weimar, como é possível constatar na análise do Livro II do texto constitucional. Nessa parte da Constituição, a qual compreendia os arts. 109 a 165, encontravam-se cinco capítulos temáticos que refletiam o seu caráter programático: a pessoa individual; a vida social; religião e agrupamentos religiosos; educação e escola; e a vida econômica (PINHEIRO, 2006).

Analisando o caráter social da Constituição de Weimar, Cynara Mariano (2010) observa que boa parte dos debates sobre o seu teor centravam-se em torno do alcance e das possibilidades da segunda parte do texto constitucional, que tratava justamente dos limites dos direitos individuais em prol da coletividade. Segundo a autora, ao assegurar os direitos sociais em um momento de profunda crise econômica, a Constituição teve sua legitimidade política abalada porque os grupos menos progressistas retratavam-na como um texto repleto de compromissos constitucionais, sem que tivesse estabelecido condições efetivas para o cumprimento dessas obrigações.

Tendo em vista a abertura da Constituição às demandas sociais e sua pretensão de proteger e conformar áreas como educação, economia e religião, fez-se necessária uma nova hermenêutica constitucional, que não estivesse dominada por um excessivo formalismo. Nesse contexto, as teorias materiais da Constituição, fundamentais para o fenômeno da mutação constitucional, foram fortalecidas na República de Weimar.

Segundo Bonavides (2016), as teorias formais da constituição, em um primeiro momento, apresentam-se como as maiores defensoras de sua juridicidade. Ainda assim, o excessivo apego aos elementos formais e a desconsideração das circunstâncias fáticas que devem ser reguladas pelo texto acabavam por fragilizá-lo. Isso porque a realidade social subjacente era alterada e a distância entre fato e norma comprometia a força normativa da Constituição. Por conseguinte, os formalistas colaboravam com o enfraquecimento da normatividade constitucional, ainda que suas intenções fossem direcionadas ao seu fortalecimento.

Diversamente, as teorias materiais, para o autor, levam em consideração elementos sociais, econômicos e axiológicos para interpretar os dispositivos constitucionais, promovendo uma conexão essencial entre fato e norma. É justamente essa abertura à força normativa do fático que viabiliza as modificações informais, permitindo uma atualização do seu sentido às novas exigências sociais, mesmo que não sejam feitas alterações redacionais.

Ademais, importante ressaltar que as mutações constitucionais foram relevantes na República de Weimar não só pelo caráter social e programático do texto constitucional, mas também pela sua excessiva rigidez. Conforme assinala Bercovici (2008), não era possível alterar facilmente a Constituição, o que poderia comprometer as pretensões do constituinte.

Em meio à fragmentação política e social existente à época, a dificuldade para alterar o texto comprometia a identificação do povo alemão com a sua Constituição. Assim, as mutações constitucionais seriam uma solução possível para atualizar a obra do constituinte às demandas sociais, promovendo também a unidade política da Alemanha. Foi nesse contexto que os estudos sobre as teorias materiais da Constituição, bem como sobre seus processos informais de modificação, foram significativamente ampliados.

#### **4. AS CONTRIBUIÇÕES DOS TEÓRICOS DE WEIMAR PARA AS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS**

Os problemas enfrentados pela sociedade alemã na República de Weimar chamaram a atenção de importante juristas antiformalista, como Schmitt, Heller, Kaufmann, Smend e Hsü Dau-Lin, que procuraram respostas às questões político-sociais até então ignorados pelos positivistas.

O presente trabalho centro a sua análise na obra dos três juristas que contribuíram de forma mais substancial com o aperfeiçoamento do conceito de modificação informal da Constituição, de tal forma que as suas ideias continuam norteando a realização de mutações constitucionais. São eles: Rudolf Smend, Hermann Heller e Hsü Dau-Lin.

Segundo Vecchi (2006), as doutrinas desenvolvidas por esses autores constituíram uma reação em face dos postulados da Escola Alemã de Direito Público. Enquanto Smend e Heller convertem o conceito de mutação desenvolvido por Laband e Jellinek em um elemento da teoria constitucional, Dau-Lin busca sistematizar o fenômeno. Portanto, compreendendo os pensamentos desses autores, é possível melhor utilizar a mutação constitucional atualmente, superando equívocos conceituais básicos ainda cometidos por tribunais constitucionais, inclusive o STF (PEDRON, 2011).

##### **4.1. O MÉTODO CIENTÍFICO-ESPIRITUAL DE RUDOLF SMEND**

Sem dúvidas, Smend foi uma das principais vozes contra o formalismo constitucional na República de Weimar. Para o autor, o Estado é uma realidade espiritual, e não um fenômeno natural. Assim, sendo uma realização cultural, necessita de uma contínua renovação, configurando uma realidade dinâmica.

Dessa forma, o Estado não é estático, está incluso na realidade espiritual coletiva da sociedade, sendo determinado pelo contínuo processo de configuração social. Portanto, o Estado existe e se desenvolve em um contínuo processo de renovação, denominado por Smend de integração, o qual depende das mudanças ocorridas na sociedade (BONAVIDES, 2016)

Ademais, complementando esse pensamento, o autor compreende a Constituição como a ordenação jurídica do Estado, meio pelo qual se desenvolve o seu processo contínuo de integração. Segundo Vecchi (2006), Smend compreende a Constituição não só como norma, mas também como

realidade. Em sua concepção, o texto constitucional reflete um sistema cultural específico, existente no momento de sua elaboração. Assim, há uma ordem de valores e uma realidade sociocultural subjacentes, as quais devem manter estreita conexão com a interpretação dos dispositivos constitucionais.

Conseqüentemente, o intérprete da Constituição não deve considerar apenas os elementos formais para fixar o sentido e o alcance de um dispositivo constitucional, mas olhar para a ordem de valores presentes na sociedade e ser guiado por ela. Na medida em que a dinâmica social muda, surgem novas demandas e valores, que devem ser refletidos pelo texto constitucional. Segundo Bonavides (2016), o pensamento de Smend exige que o hermenêuta se atente à concretude da existência, contribuição fundamental para um constitucionalismo que verdadeiramente se proponha a preservar e promover a força normativa da Constituição.

À vista disso, o melhor significado a ser atribuído a um dispositivo constitucional é aquele que der maior privilégio aos valores do povo e, na medida em que eles se modificam, cabe ao operador do Direito conferir elasticidade ao texto constitucional, promovendo o processo de integração.

Ademais, Bonavides (2016) aponta a preocupação de Smend em garantir uma unidade de sentido à Constituição. Por isso, defendia que uma norma constitucional não deve ser compreendida isoladamente, sendo fundamental analisar a conexão de um dispositivo constitucional com a universalidade expressa pelo texto constitucional.

Ainda que não tenha suscitado expressamente o problema dos limites da reforma constitucional, Smend examinou como as Constituições mudam para viabilizar o processo integrativo. Além disso, chamou atenção para as forças extraconstitucionais que influenciam as mudanças interpretativas, transformando o conceito de mutação constitucional em um elemento da Teoria da Constituição.

Analisando o método científico-espiritual, Magalhães (2011) aponta como contribuições de Smend para a Nova Hermenêutica Constitucional o princípio da unidade da Constituição e do efeito integrador. O primeiro princípio preconiza que a Constituição é uma unidade de sentido, devendo o intérprete sanar eventuais contradições internas, buscando realizar, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, todos os valores acolhidos pelo constituinte. Já o segundo princípio preconiza que a melhor interpretação é aquela que promove a unidade política do povo, a sua integração.

#### **4.2. A CONSTITUIÇÃO COMO TOTALIDADE E AS CONTRIBUIÇÕES DE HERMANN HELLER**

Assim como Lassale, Heller também identifica uma Constituição material, a qual consiste na soma dos fatores reais de poder, contudo, essas relações de poder estão em uma dinâmica constante, gerando a Constituição e a unidade do Estado (VECCHI, 2006). Dessa forma, a Constituição formal não pode ignorar a realidade político-social, razão pela qual o autor a concebe como uma totalidade, na qual se encontram em relação dialética a normalidade e a normatividade.

Em verdade, Heller concebe o objeto da ciência do Direito como essencialmente dinâmico. Para ele, a durabilidade do texto constitucional depende da sua conformidade com a realidade social subjacente e com as expectativas sociais, de tal forma que as condutas por ela previstas e reguladas sejam prováveis de se repetir no futuro.

Segundo Buzanello (1996), isso nada mais é do que a adequação formal da Constituição com a vida real da sociedade. Por conseguinte, a normatividade da Constituição depende da normalidade das ações humanas por ela reguladas. Nas palavras de Heller:

Uma Constituição política só se pode conceber como um ser a que dão forma as normas. Como situação política existencial, como forme 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 [...]. (HELLER, p. 296, 1968)

Nesse sentido, analisando as concepções do autor, Cynara Monteiro (2010) afirma que Heller, apesar de ser positivista, acreditava que a legitimidade do Estado não provinha apenas da legislação, carecendo a atuação estatal de uma justificação referenciada a valores. Portanto, há um conteúdo ético no Direito, o qual deve estar aberto às realidades sociais subjacentes. Comentando essa reaproximação entre fato e norma, a autora afirma que:

Entendendo que a lógica normativa sem Estado de Kelsen e o decisionismo sem normas de Schmitt eliminaram o substrato social do Estado, Heller buscou a afirmação dessa função social e do conteúdo ético do direito. Ele assim o fez por meio da defesa de princípios jurídicos suprapositivos, que limitam o conteúdo do direito positivo, e da superação da tese positivista que estabelece a distinção entre ser e dever-ser, ou seja, da superação de uma concepção de Estado e de direito meramente abstrata por uma visão da Teoria do Estado como ciência da realidade (MARIANO, 2010, p. 53)

O pensamento do autor fica ainda mais claro quando ele analisa os elementos que compõem a Constituição total: a mera normalidade; e a normalidade normada jurídica e extrajudicialmente (VECCHI, 2006).

A Constituição não normada, ou mera normalidade, pode ser compreendida como o conjunto de comportamentos que os grupos humanos praticam de forma ordinária, sem sequer refletirem sobre a sua motivação (HELLER, 1968). Agem de forma automática, partindo de pressupostos estabelecidos pela sua cultura e realidade histórica, seguem uma regra empírica de previsão. Sem essas normalidades, é impossível qualquer convivência (VECCHI, 2006).

Já a Constituição normada, em seu duplo sentido jurídico e extrajudicial, baseia-se na compreensão de que a Constituição é baseada na norma, a qual tem tanto caráter jurídico quanto extrajudicial (HELLER, 1968). Há uma relação de complementariedade entre ser e dever-ser, de tal forma que a normalidade cria a normatividade e a normatividade cria a normalidade.

Consequentemente, as condutas reiteradamente praticadas no âmbito social podem produzir uma normatividade, bem como os dispositivos constitucionais, os quais estabelecem uma normatividade, também podem produzir uma normalidade na conduta (HELLER, 1968). Nesse sentido, como explicam Souza Neto e Sarmiento:

A Constituição, além de ser norma, é também realidade social; é um padrão seguido normalmente em determinada sociedade. Porém, o reconhecimento de que a Constituição é também realidade constitucional não resulta na negação de que as normas integram a Constituição. Para Heller, o elemento real, por ele chamado de “normalidade”, e o elemento normativo são dois componentes indissociáveis da estrutura constitucional. (2014, p. 191-192)

Nesse contexto, Vecchio (2006) destaca que no sistema conceitual de Heller uma das principais formas de transformação da norma constitucional é a mutação constitucional. Para o autor alemão, esse fenômeno ocorre quando os elementos normados são superados pela normalidade, ou seja, as condutas praticadas habitualmente na sociedade não são mais conforme às previsões constitucionais, de tal forma que é necessário alterar o sentido atribuído aos dispositivos constitucionais, com o intuito de promover a identidade entre normalidade e normatividade (HELLER, 1968).

Em resumo, para Heller, a força normativa da Constituição formal depende da íntima conexão entre as previsões normativas e as ações rotineiras praticadas na sociedade, ou seja, uma relação entre normatividade e normalidade. Os membros da comunidade política precisam acreditar que as disposições constitucionais devem ser observadas (HELLER, 1968). Quando normatividade e normalidade são apartadas, faz-se necessária modificar a norma constitucional, seja formalmente, seja por meio das mutações constitucionais.

Interessante observar a proximidade do pensamento de Heller dos conceitos apresentados por Hesse (1991), o qual afirma que a vontade de Constituição de um povo é fundamental para assegurar a força normativa do texto constitucional. Assim, é preciso que a sociedade não seja apenas submissa à Constituição, mas queira efetivá-la.

Diante do exposto, constata-se que a grande contribuição de Heller para a mutação constitucional foi encará-la como conceito fundamental da Teoria da Constituição, responsável por reconciliar a Constituição formal com a realidade social. Ao compreender a Constituição como uma totalidade que engloba não apenas as disposições normativas, mas também as práticas e fatos sociais, o autor ressalta a inadequação de uma hermenêutica formalista, fechada aos elementos materiais que também possuem força normativa. A pretensão de eficácia da Constituição só pode ser realizada se ela for concebida como um documento jurídico-político que engloba a normatividade e a normalidade. Caso esses dois elementos sejam separados, as normas constitucionais precisam ser modificadas, seja por uma modificação formal, seja por mutação constitucional.

#### **4.3. AS CONTRIBUIÇÕES DE HSÜ DAU-LIN PARA O ESTUDO DAS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS**

Ainda que os estudos sobre as mutações constitucionais tenham iniciado na Alemanha, na segunda metade do século XIX, o primeiro estudo aprofundado a sistematizar os conceitos atinentes ao tema foi desenvolvido pelo chinês Hsü Dau-Lin, e publicado em 1932, no contexto das produções teóricas que tratavam sobre a Constituição de Weimar. Nesse sentido, Urrutia (2000) afirma que a grande contribuição do autor foi a sua preocupação em estudar especificamente as mutações constitucionais, visto que outros autores como Smend, Laband, Jellinek e Heller trataram do tema apenas como uma parte de suas teorias constitucionais.

Para Dau-Lin, as modificações informais da Constituição resultam de uma contraposição entre as previsões do texto constitucional e as circunstâncias jurídicas reais. Dessa forma, há uma incongruência entre normatividade e facticidade, afirmando o autor que nesses casos “*Reina una tensión entre la Constitución escrita y la situación real constitucional*” (DAU-LIN, 1998).

À vista disso, Dau-Lin (1998) classifica as modificações informais da Constituição em quatro categorias: mutações mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição; mutação em razão da impossibilidade de exercer determinados direitos constitucionalmente estabelecidos; mutações mediante uma prática estatal contraditória à Constituição; e mutação mediante a interpretação constitucional. Aqui, percebe-se mais uma contribuição do autor para os estudos sobre as mutações, tendo em vista o seu alerta de que é um grave erro considerar a interpretação constitucional como o único meio para a ocorrência de modificações informais da Constituição (VECCHIO, 2006).

Ademais, Dau-Lin também constatou que os juristas alemães e americanos que tratavam da questão restringiam-se a manifestar seu espanto em face das mutações, ressaltando a sua relevância para a manutenção da força normativa da Constituição. O autor chinês, entretanto, observou que esses juristas não analisavam a adequação das mutações constitucionais ao Direito (DAU-LIN, 1998), levando a problemática dos limites das modificações informais. Assim, afirma que:

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. (DAU-LIN, 1998, p. 101)

Por fim, cumpre ressaltar o alerta de Dau-Lin sobre a essência das mutações constitucionais: o seu fundamento último reside na natureza do Estado como realidade vital (DAU-LIN, 1998), não sendo possível compreender a sua ocorrência com os conceitos formais tradicionais. Aqui, o autor se aproxima de Smend, compreendendo a constituição como ordenadora do processo de renovação estatal. A natureza do Estado é dinâmica, e a sua atuação conduz à mudança de sentido dos dispositivos constitucionais, para que estes sejam mais adequados à realidade social.

Portanto, ou a Constituição acompanha o processo de renovação contínuo do Estado, ou vai perecer. Como a atualização constitucional deve ocorrer de alguma maneira, caso a Constituição seja rígida, surge a necessidade de se realizarem as mutações constitucionais. Prova disso, para o autor, é que onde as modificações formais da Constituição ocorrem com pouca frequência, verifica-se maior número de mutações constitucionais, a exemplo dos Estados Unidos da América (DAU-LIN, 1998)

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, conclui-se que os processos de modificações informais da Constituição, na forma como foram historicamente construídos pela doutrina constitucional alemã, são fundamentais para assegurar a força normativa do texto constitucional. No embate entre tempo e Direito, o primeiro sempre irá prevalecer, sendo imperioso que as ordens jurídicas busquem uma maior adequação às novas realidades sociais.

Constatou-se que o contexto histórico da República de Weimar foi propício para o aprofundamento dos estudos sobre as mutações constitucionais, tendo em vista o fortalecimento das teorias materiais da Constituição à época.

Assim, com a crescente preocupação doutrinária em conectar fato e norma, bem como promover a identificação entre o povo e o seu texto constitucional, tornou-se necessário explorar o

conceito de modificação informal da Constituição. Nesse sentido, analisou-se o pensamento dos juristas que deram maior contribuição para o desenvolvimento do conceito de mutação constitucional: Rudolph Smend, Hermann Heller e Hsu Dau-Lin.

Conclui-se que o método científico-espiritual de Smend contribuiu para demonstrar a conexão entre a realidade dinâmica estatal e a Constituição: na medida em que esta é a ordenação do Estado, deve acompanhar as suas transformações, sendo imprescindível interpretar os seus dispositivos à luz dos novos fatos e valores sociais.

A partir da teoria da Constituição total, de Heller, observa-se que a sua maior contribuição é a conexão fundamental entre normatividade e normalidade. A Constituição não é só um texto, mas uma totalidade integrada pelas disposições normativas e pelas ações que ordinariamente são práticas na ambiência social. A durabilidade do texto constitucional depende da sua capacidade em se adaptar às novas circunstâncias, ou seja, normalidade e normatividade devem estar integradas.

Enquanto os autores anteriores demonstraram a importância de o interprete se atentar à concretude da existência, Hsü Dau-Lin foi o pioneiro na sistematização das mutações constitucionais, sendo essa a sua maior contribuição. Além disso, constata-se que o autor se preocupou em salientar a necessidade de se observar os limites das modificações informais. A Constituição deve ser atualizada às novas circunstâncias, todavia, o resultado desse processo deve estar conforme o Direito.

Por fim, conclui-se que os estudos desenvolvidos pelos referidos juristas são fundamentais no constitucionalismo atual, preocupado em fortalecer a força normativa da Constituição sem sacrificar a sua juridicidade. Para isso, é necessário compreender as origens históricas do seu conceito, a sua importância e, principalmente, a necessidade de se observar os limites de sua utilização. Afinal, as mutações constitucionais surgem da necessidade de manter viva a Constituição, e não de sacrificá-la, o que ocorre quando os tribunais constitucionais, desconhecendo os elementos anteriormente mencionados, acabam por produzir mutações inconstitucionais.

## REFERÊNCIAS

- AUAD, Denise. Os direitos sociais na Constituição de Weimar como paradigma do modelo de proteção social da atual Constituição Federal Brasileira. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 103, p. 337-355, 2008.
- BARATA, Rodrigo Sarmiento. A Mutação Constitucional e o STF: sua utilização e algumas perspectivas. In: Adriana Vojvodic; Henrique Motta Pinto; Paula Gorzoni; Rodrigo Pagani de Souza (Orgs.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo, SP: Malheiros, 2012.
- BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do Constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BUZANELLO, José Carlos. Constituição Política em Hermann Heller. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 129, p. 259-265, 1996.
- DAU-LIN, Hsu. **Mutación de la Constitución**. Trad. Christian Forster Oñati. IVAP – Instituto Vasco de Administración Pública Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea, 1998.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. 2. ed. Osasco: EDIFIEO, 2015.

- HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad. Lycurgo Gomes da Matta, São Paulo: Mestre Jou, 1968.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- \_\_\_\_\_. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo, SP: Saraiva, 2013.
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do direito e do poder judiciário: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente?**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- MORAIS, C. B. As mutações constitucionais de fonte jurisprudencial: a fronteira crítica entre a interpretação e a mutação. In: Gilmar Ferreira Mendes; Carlos Blanco de Moraes (Orgs.). **Mutações Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- PEDRON, Flávio Barbosa Quinad. **A Mutação Constitucional na crise do Positivismo Jurídico: história e crítica do conceito no marco da Teoria do Direito como Integridade**. 228 f. 2011. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, 2011.
- PINHEIRO, M. C. B. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 43, n. 169, p. 101-125, jan./mar. 2006.
- SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. Reconstituindo o conceito de mutação constitucional. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 7, p. 80-91, 2015.
- SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional**. Trad. José M.<sup>a</sup> Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, v. 8, p. 37-57, 2012.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; NASCIMENTO, J. L. R. . Mutação constitucional como evolução normativa ou patologia constitucional: tempo e direito à luz da hermenêutica-filosófica. **Estudos Institucionais**, v. 3, p. 432-474, 2017. p. 438.
- URRUTIA, A.V.S.. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, ano 20, núm. 58, p. 105-135, 2000.
- VECCHI, Cristiano Brandão. **Mutação constitucional: A origem de um conceito problemático**. 2005. 148 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Departamento de Direito, Pontifício Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.
- VIEIRA, J. R.; DUTRA, Deo Campos. O debate entre Originalismo e o Constitucionalismo Democrático: aspectos atuais da teoria da interpretação constitucional norte-americana. **Novos Estudos Jurídicos (Online)**, v. 18, p. 51-62, 2013.