ANA BEATRIZ VANZOFF ROBALINHO CAVALCANTI

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Origem, (Des)Construção e Justificação

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Dr. Roger Stiefelmann Leal

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO – SP
2017

ANA BEATRIZ VANZOFF ROBALINHO CAVALCANTI

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Origem, (Des)Construção e Justificação

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Professor Dr. Roger Stiefelmann Leal.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO – SP
2017

Para Murillo, pela paciência com esse sonho,
enquanto compartilhávamos outros.

AGRADECIMENTOS

Essa é uma pesquisa que verdadeiramente teve uma história, que superou todas as minhas expectativas em riqueza e dimensão. Ela se desenvolveu entre quatro países e dois continentes, ao longo dos três anos que me foram conferidos, e com o auxílio indispensável de dezenas de indivíduos, entre pesquisadores, mentores e amigos. Como consequência, tenho muito o que agradecer.

Começo por onde tudo tem inicio: agradeço a Deus, acima de tudo. À minha família – José, Márcia e João Vítor Robalinho – todos os agradecimentos parecem insuficientes; são meu norte e minha rocha, sem os quais nada poderia ser alcançado. Meus brilhantes pais sempre combinaram apoio, incentivo e exemplo. Essa combinação é o motor que impulsiona meus passos, em todas as fases da vida. Sempre tive consciência do privilégio que significa fazer parte dessa família; sou imensamente grata.

Meu pai, José Robalinho, com o qual compartilho minha profissão, é uma influência que se reflete não apenas neste, mas em todos os trabalhos que já produzi; dele herdei o amor pelos livros, pela história, pelo saber. Como foi costume e regra durante toda a minha vida, esse trabalho foi enriquecido pelas nossas discussões sobre o tema, e por seus comentários no produto final. Por isso, e por tudo, muito obrigada.

A Murillo, amor da minha vida, também é difícil agradecer. Nada se concretizaria sem a sua presença e o seu apoio. Esse mestrado frequentemente cobrou seu preço sobre o nosso tempo e os nossos planos, mas esse apoio nunca deixou de ser entusiasmado e incondicional. Por isso esse trabalho, como todo o resto, é seu.

Sempre me apoiei nas amizades, e sempre me senti imensamente afortunada nesse quesito; esse período não foi diferente. A Isabella, Tatiane, Gabriel, Luís Felipe, Igor, Gabriela, Ludmilla, Ricardo e Luana, agradeço por esse encontro de almas de oferece doses iguais e necessárias de apoio e leveza ao dia-a-dia, perto ou longe. Tudo – inclusive a confecção desse trabalho – é mais fácil porque os tenho comigo.

Às minhas irmãs da vida – Andressa, Maria Fernanda, Fernanda, Isabela, Carina e Isabella – agradeço pela amizade que já soma quase quinze anos, e que retém a simplicidade de quando começou. Essa simplicidade só se torna mais necessária conforme os anos passam.

Também preciso (continuar a) agradecer de forma especial a Hazenclever Júnior, meu companheiro de aventuras acadêmicas, que se dispõe a discutir incansavelmente os temas constitucionais que sempre nos foram caros, com resultados cujo valor não pode ser mesurado, para esse trabalho e muito além dele. Mas ademais desses debates lhe agradeço por entender, talvez melhor do que ninguém, os sonhos que levam por esses caminhos acadêmicos que temos compartilhado.

****

Em abril de 2014, no meu primeiro semestre como aluna do mestrado, tive a oportunidade de assistir ao seminário avançado sobre mutações constitucionais, que se realizou na Universidade de Lisboa. As discussões travadas por grandes constitucionalistas brasileiros e europeus sobre o tema naquela oportunidade foram fundamentais para o desenvolvimento das percepções que permearam esse trabalho. Tenho que agradecer de maneira especial aos que me proporcionaram essa chance.

O Professor Carlos Blanco de Morais, que lecionou na primeira matéria que assisti como aluna do mestrado, foi generoso diante do meu interesse pelo estudo da mutação constitucional. Forneceu, gentilmente, um exemplar de seu próprio trabalho sobre o tema, e fez o primeiro convite para que eu fosse a Lisboa participar do seminário, que teve um papel fundamental em organizar. Por sua atenção e pelo convite, muito obrigada.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes me concedeu, desde a graduação, oportunidades ímpares de me beneficiar de seus extensos conhecimentos constitucionais, sobre os temas dessa dissertação e tantos outros presentes em inúmeras discussões. Foi graças a ele que pude efetivamente viajar a Portugal, quando atuava como sua assistente acadêmica, um trabalho que me trouxe valiosas oportunidades e aprendizados. Por essas e por muitas outras circunstâncias, lhe sou intensamente grata.

O meu orientador, Professor Roger Stiefelmann Leal, reforçou o convite e ajudou a concretizar minha participação no seminário, além de apresentar, como palestrante, perspectivas preciosas ao nosso debate sobre o tema da mutação constitucional. Outros agradecimentos virão, mas destaco esse de forma especial.

Em minha banca de qualificação, os Professores Conrado Hübner Mendes e Anna Cândida da Cunha Ferraz contribuíram com comentários e críticas fundamentais, que auxiliaram em fechar caminhos desnecessários e em abrir outros, que renderam muitos frutos. Agradeço-lhes pela atenção e pelo esforço, e espero ter atendido aos seus questionamentos no produto final.

Após minha qualificação iniciei uma nova etapa de pesquisa, na qual toda sorte de gratidão é devida a Universidade de Yale, aonde completei o programa do LL.M. entre agosto de 2015 e maio de 2016. Os indescritivelmente talentosos pesquisadores que dividiram comigo os nove meses na Yale Law School formavam um grupo único, do qual me sinto imensamente privilegiada por ter feito parte. Seria impossível a qualquer um não se beneficiar academicamente de sua companhia, mas muito além da academia eles me ofereceram apoio incondicional e amizade. Muitíssimo obrigada.

Muitas razões, grandes e pequenas, justificariam um agradecimento especial para Juliana Pondé Fonseca; mas vou destacar apenas a gratidão porque, com a generosidade habitual e alma de professora, ela me ensinou pacientemente a navegar o programa de organização de bibliografia Zotero – sem o qual, verdadeiramente, esse trabalho não teria sido completado.

Bruce Ackerman foi infinitamente generoso, com seu tempo e com seus conselhos, literalmente do primeiro ao último dia em que estive em Yale. Como sua aluna em duas disciplinas, sua assistente acadêmica e orientanda de pesquisa, me favoreci imensamente de nossas discussões, e da influencia de seu pensamento. Essas extensas oportunidades de trabalho e debate seriam motivo mais do que suficiente para expressar gratidão, mas o Professor Ackerman também me ofereceu apoio e incentivo indiscriminadamente. Os benefícios se estendem muito além desse trabalho, e sou imensamente grata.

Ao me contratar como assistente de pesquisa, Richard Albert me brindou com a oportunidade de trabalhar com um dos maiores especialistas em mudanças constitucionais da

atualidade. Acompanhando sua pesquisa e suas aulas adquiri novas perspectivas sobre esse trabalho, sobre o qual debatemos em diversas ocasiões, e que foi amplamente melhorado por seus conselhos e observações. Por sua orientação e por sua amizade, muito obrigada.

Esse período ainda me brindou com oportunidades antes inimagináveis de ver de perto o trabalho de alguns dos maiores constitucionalistas da atualidade. Mas os Professores que me acolheram com interesse e dedicação em suas salas de aula (e além delas) merecem um agradecimento especial: a Jack Balkin, Reva Siegel, Akhil Amar e Philip Bobbitt, cuja influência pode ser sentida ao longo desse trabalho, muito obrigada.

Por fim, em julho de 2016, mais uma oportunidade de pesquisa se mostraria fundamental na confecção dessa dissertação: a de integrar a escola de verão do Instituto Max Planck de História do Direito Europeu, em Frankfurt am Main. O contato que me foi proporcionado com os textos originais e traduções selecionadas da doutrina alemã dos séculos XIX e XX, aos quais dificilmente teria acesso em outro contexto, foi absolutamente fundamental para a confecção do primeiro capítulo, assim como a paciência e o interesses de professores e pesquisadores que se dispuseram a responder minhas incessantes perguntas. Ao Instituto e a seus pesquisadores, credito a primeira seção desse trabalho, e estendo meus efusivos agradecimentos.

****

Os agradecimentos finais são voltados ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo, que me abriu todas as portas para as incríveis oportunidades que enriqueceram essa pesquisa; a todos os professores do programa, pelas oportunidades ímpares de ensino; e à Comissão de Pós-graduação, que me selecionou para receber o financiamento da CAPES/CNPq durante o curso.

Ao meu orientador, devo mais do que o apoio em todas as fases, e todas as viagens, que envolveram essa pesquisa. Devo a liberdade de expor minhas próprias ideias, mesmo quando não concordava com elas. Devo a oportunidade ímpar de participar de sua monitoria de graduação, que solidificou minha certeza de que lecionar é algo que desejo para a minha

vida. Devo os valiosos conselhos que ajudaram a construir e refinar esse trabalho. Por tudo isso, e pela oportunidade de ingressar nesse programa, muitíssimo obrigada.

RESUMO

Ana Beatriz Vanzoff Robalinho Cavalcanti. Mutação Constitucional: Origem, (Des)construção e Justificação. 2017. 162 f. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

As mudanças constitucionais são peças cada vez mais fundamentais no âmbito do dinâmico constitucionalismo moderno. A mutação constitucional é, nesse contexto, um conceito já familiar à esfera constitucional brasileira, mas a compreensão de sua real dimensão deixa a desejar. Nem as especificidades do (rico) processo de construção do conceito em sua origem – fundamental à percepção do significado da mutação constitucional à época de seu surgimento – nem as circunstâncias e o conteúdo da desconstrução pela qual passou na segunda metade do Século XX, que afetou diretamente a adoção do conceito no Brasil, foram explorados com profundidade pela doutrina nacional. A exploração dessa história conceitual, no entanto, é necessária para responder duas dimensões de questionamentos acerca da mutação constitucional: o real significado do conceito e por consequência seu papel na teoria constitucional brasileira. As conclusões decorrentes da exploração desses questionamentos são surpreendentes e contraditórias. Por um lado, o conceito de mutação constitucional que vem sendo adotado no Brasil pouco tem em comum com o fenômeno descrito pela Escola Alemã de Direito Público na virada do Século XIX, e com maior razão se relaciona com o exaustivamente explorado campo da interpretação constitucional. Por outro, tal adoção parece ter trazido poucos benefícios para o processo de compreensão e desenvolvimento do fenômeno das mudanças constitucionais informais. A conclusão de que o conceito tradicional de mutação constitucional como o fenômeno das práticas contra-constitucionais, cunhado pela doutrina alemã no contexto do Império e da República de Weimar, melhor serviria o contexto fático e teórico da esfera constitucional brasileira leva à sugestão de uma revisão na aplicação do conceito no âmbito nacional. Mas o reconhecimento, e a nomeação, de um fenômeno constitucional nada implica em termos de sua valoração. A legitimação da mutação

constitucional – um dos caminhos possíveis no tratamento do conceito – representa uma fase independente, que ganha uma faceta interessante através de teorias constitucionais que valorizam a expressão da soberania popular, por vezes em detrimento da formalidade positiva. Quer essa perspectiva venha a ser eventualmente adotada ou não, o objetivo maior é o estabelecimento de novas premissas no debate acerca da mutação constitucional.

Palavras chave: mutação constitucional; mudanças constitucionais informais; interpretação constitucional; práticas contra-constitucionais; legitimação.

ABSTRACT

Ana Beatriz Vanzoff Robalinho Cavalcanti. Constitutional Mutation: Origins, (De)construction and Justification. 2017. 162 p. Masters – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

Constitutional changes are increasingly fundamental implements in modern-day constitutionalism. Constitutional Mutation is, in this context, a familiar concept in the Brazilian constitutional sphere, but the grasp of its true dimension leaves something to be desired. Neither the specificities of the (rich) process of constructing the concept at its origin – critical to apprehending the true meaning of constitutional mutation at the time it appeared – or the circumstances and the content of the deconstruction it went through in the later half of the 20th century, which directly affected the adoption of the concept in Brazil, were explored in depth by the national jurisprudence. The exploitation of this conceptual history, however, is necessary to answer two dimensions of questions regarding constitutional mutation: the true meaning of the concept and consequently its place Brazilian constitutional theory. The conclusions drawn from the exploring of these questions are surprising and contradictory. On the one hand, the concept of constitutional mutation that has been adopted in Brazil has little in common with the phenomenon of counter-constitutional practices described by the German School of Public Law in the turn of the 19th century, and is more closely related to the exhaustively explored field of constitutional interpretation. On the other hand, such adoption seems to have brought little benefit to the process of comprehending and developing the phenomenon of informal constitutional changes. The conclusion that the traditional concept of constitutional mutation, forged by German jurisprudence in the context of the Empire and the Weimar Republic, would better serve the factual and theoretical context of the Brazilian constitutional sphere leads to the suggestion of a revision regarding the application of the concept in the national scope. But recognizing, and naming, a constitutional phenomenon

means nothing in regards to its appraisal. The legitimation of constitutional mutation – one of the possible paths in handling the concept – represents an independent step, which acquires an interesting facet through constitutional theories that value the expression of popular sovereignty, often to the detriment of formalistic positivism. Whether this perspective is eventually adopted or not, the main goal is to establish new premises in the debate regarding constitutional mutation.

Keywords: constitutional mutation; informal constitutional changes; constitutional interpretation; counter-constitutional practices; legitimation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **15**

CAPÍTULO I – ORIGEM: A ESCOLA ALEMÃ DE DIREITO PÚBLICO E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL **25**

1. Considerações iniciais **25**

2. O contexto teórico do surgimento do conceito **26**

3. A mutação constitucional no Império alemão **34**

3.1. O surgimento do termo mutação constitucional 36

3.2. O novo império e novas perspectivas 41

4. A mutação constitucional na República de Weimar **46**

4.1. A nova teoria constitucional e seus reflexos 49

4.2. Organização e integração: perspectivas sobre a mutação 56

4.3. A sistematização da teoria acerca da mutação 61

5. Um legado e o futuro **70**

CAPÍTULO II – (DES)CONSTRUÇÃO: A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO (RE)INTERPRETAÇÃO **76**

1. O renascimento (e a reinvenção) de um conceito **76**

2. Um novo conceito, em terras brasileiras **82**

3. A prática constitucional brasileira **93**

3.1. Mutação constitucional como interpretação 94

3.2. Mutação constitucional como autêntica mudança da Constituição 98

4. Caminhos não percorridos: uma velha visão no mundo atual **107**

5. Muito além da nomenclatura **114**

CAPÍTULO III – JUSTIFICAÇÃO: MUDANÇAS CONSTITUCIONAIS INFORMAIS E SOBERANIA POPULAR **116**

1. Uma divisão 116
2. A voz do povo e seu poder constituinte 118
2.1. O contexto norte-americano 120
2.2. Um retorno ao contexto alemão 126
3. Mudanças informais e movimentos sociais 129
3.1. O caso da Emenda XIV e a proteção dos direitos fundamentais 130
3.2. Direitos fundamentais e mudanças informais 137
4. Mutação constitucional e a percepção da realidade social 142
CONCLUSÃO 146
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 150

INTRODUÇÃO

"'Quando eu uso uma palavra, ' disse Humpty Dumpty em um tom um tanto formal, 'isto significa que eu escolho o que ela significa - nem mais nem menos.'. 'A questão é,' disse Alice, 'se você pode fazer as palavras significarem tantas coisas diferentes.'. 'A questão é,' disse Humpty Dumpty, 'quem é o chefe? - isso é tudo.'"[1]

Os dicionários de língua portuguesa conceituam mutação como "uma mudança de forma ou de essência"[2] ou o "ato ou efeito de mudar-se"[3]. O termo também é, paradoxalmente, relacionado aos conceitos de inconstância "tendência ou facilidade para mudar de ideia, opinião, atitude"[4] e de permanência "mudança genética que produz resultados permanentes"[5]. A mudança é um termo com infinitas conotações; no âmbito do direito constitucional está frequentemente relacionada a palavras como emenda, revisão e interpretação. A mutação acrescenta uma nova camada às possibilidades de mudança constitucional.

A vasta maioria da doutrina constitucional brasileira passou a conhecer do conceito jurídico de mutação constitucional na qualidade de tradução de um conceito de origem germânica. A expressão *Verfassungswandlung*, cunhada por Paul Laband em 1895[6], vinha indicar uma mudança da Constituição que se diferenciava da reforma constitucional (*Verfassungsänderung*) por sua natureza informal. A própria tradução da expressão está longe de ser incontroversa. Na língua espanhola, Pablo Lucas Verdú famosamente traduziu o termo

[1] Lewis Carroll, em *Alice Através do Espelho*.
[2] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, Mutação, *in*: **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**, [s.l.]: Nova Fronteira, 2000.
[3] Mutação, *in*: **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**, Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
[4] *Ibid*.
[5] FERREIRA, Mutação.
[6] LABAND, Paul, Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung, **Collections | Kyushu University Library**, 1895.

como *mutación de la Constitución*[7]; Na língua inglesa, Arthur Jacobson e Bernhard Schlink se utilizaram da expressão *constitutional transformations* para traduzir o termo do texto de Georg Jellinek[8]. Nos Estados Unidos, em que tradicionalmente não se faz relação entre as mudanças constitucionais informais e a expressão formulada na doutrina alemã, aquelas são comumente referidas como *informal constitutional amendments*[9][10][11].

O vocabulário constitucional brasileiro já possuía familiaridade com algumas dessas expressões para além do conceito específico de mutação constitucional. Reforma e revisão são expressões frequentemente utilizadas no contexto das mudanças constitucionais, especialmente aquelas de natureza formal. No mais das vezes, ambos os conceitos designam processos de alteração constitucional positivados no próprio texto, diferenciando-se nos pormenores procedimentais e no grau das mudanças a serem efetivadas. O termo emenda designa o produto do processo legislativo que traduz a alteração realizada no texto; as emendas constitucionais são produtos do processo de reforma, e as emendas constitucionais de revisão produtos do processo de revisão constitucional[12][13].

Sob o prisma informal das mudanças constitucionais – aquelas que se efetivam sem a observância de um processo pré-desenhado pelo próprio texto constitucional – o conceito da interpretação constitucional se tornou familiar e crescentemente relevante, em geral combinado com expressões como *construtiva* ou *evolutiva*. Desse modo, a mudança

---

[7] Por exemplo, na tradução da obra de Hsü Dau-Lin em HSÜ, Dau-Lin, **Mutación de la Constitución**, Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

[8] Em JELLINEK, Georg, Constitutional Amendment and Constitutional Transformation, *in*: JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard, **Weimar: A Jurisprudence of Crisis**, Berkeley: University of California Press, 2002, p. 54 e ss.

[9] Por exemplo em LEVINSON, Sanford, Introduction: Imperfection and Amendability, *in*: LEVINSON, Sanford, **Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment**, Princeton: Princeton University Press, 1995, p. 3 e ss.

[10] Ver também ACKERMAN, Bruce, **We the People, Volume 1: Foundations**, Cambridge: Belknap Press, 1993, p. 11 e ss.

[11] Sobre o uso dessa nomeclatura ver BALKIN, Jack M., **Living Originalism**, Cambridge: Belknap Press, 2014, p. 310 e ss.

[12] Sobre essa discussão terminológica no Brasil, ver FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Reforma, Revisão e Emenda Constitucional, no Direito Brasileiro, **Revista de Direito Administrativo**, n. 223, p. 53–74, 2001, p. 54–55.

[13] Sobre o mesmo tema, ver também BARROSO, Luis Roberto, **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 144 e ss.

constitucional é compreendida como a mudança no sentido adotado da norma escrita no âmbito do processo de concretização daquela[14][15][16].

O vocábulo mutação, por sua vez, não obstante seu uso escasso no contexto constitucional brasileiro até décadas recentes, já poderia ser visto com alguma simpatia no papel de descritor de mudanças constitucionais dentre os que enxergavam o sistema constitucional – e por consequência o Estado por ele estabelecido – como um organismo, buscando apoio nas acepções biológicas do termo. Daí a relevância da colocação de Dalmo de Abreu Dallari, que em 1971 já aduzia que o intenso dinamismo social desafiava a ordem estatal estabelecida, promovendo sua constante *mutação*[17].

Nesse contexto, a introdução do termo mutação constitucional na esfera jurídica brasileira custou a se acomodar em meio a tal miríade de conceitos destinos a designar mudanças constitucionais, e como consequência seu posicionamento exato nesse conjunto doutrinário continua a gerar problemas. Não obstante a crescente relevância do termo no vocabulário constitucional pátrio, que atingiu, de fato, grandes proporções a partir da década de 2000, ainda é difícil precisar que sorte de mudanças constitucionais são descritas sob o âmbito do conceito de mutação constitucional. Essa confusão se reflete tanto na tentativa das fontes doutrinarias em determinar os exemplos da ocorrência da mutação constitucional no Brasil, que se mostra extremamente variada e raramente coincidente em sua totalidade, quanto no uso indiscriminado de termos distintos para designar um mesmo caso de alteração constitucional.

O julgamento da Reclamação n. 4335, do estado do Acre, pelo Supremo Tribunal Federal, inaugurou a era na qual o termo mutação constitucional se tornaria verdadeiramente familiar à jurisprudência constitucional brasileira. Naquele contexto, a discussão girava em torno do Art. 52, X, da Constituição Federal, que versa sobre o papel do Senado Federal no âmbito do controle judicial de constitucionalidade, e da eficácia das decisões do Supremo no

---

[14] *Ibid*., p. 129–138.

[15] BULOS, Uadi Lamêgo, **Curso de Direito Constitucional**, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 446 e ss.

[16] SILVA, José Afonso da, **Teoria do Conhecimento Constitucional**, São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 303–306.

[17] Na edição original da obra. Ver em DALLARI, Dalmo de Abreu, **Elementos da Teoria Geral do Estado**, 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 138.

exercício do controle difuso. A suposta mudança constitucional sobre a qual se digladiavam os Ministros foi descrita não apenas como uma *mutação*, mas por diversos outros termos, dentre os quais *emenda*, *reinterpretação*, *interpretação ab-rogante*, *interpretação autêntica* e *interpretação criativa*.

No âmbito do acórdão do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, do Rio de Janeiro, passou-se a garantir o reconhecimento das uniões civis homossexuais nos mesmos termos do reconhecimento conferido às uniões heterossexuais, algo que, até então, não era permitido pelo ordenamento constitucional. Nesse contexto, também uma ampla coleção de termos foi utilizada para designar a classe de mudança constitucional efetivada naquela ocasião pelo tribunal: *mutação*, *revisão*, e *interpretação* em suas mais variadas formas – *não-reducionista, analógica, legitimadora, correta, corretiva, aberta, sistemática* e *teleológica*.

À doutrina não assistiu melhor sorte na tentativa de desvendar a real natureza dessas controversas mudanças constitucionais. Muitos autores as classificaram como autênticas mutações constitucionais; outros aduziram tratarem-se de meras reinterpretações do texto da Constituição, através das mais variadas técnicas; outros, ainda, foram além, chegando a equivaler tais mudanças a verdadeiras reformas constitucionais. A ausência de um consenso acerca da ocorrência da mutação constitucional, nesses e em diversos outros casos, é agravada pelo fato de que os limites do conceito parecem fluídos, e frequentemente se confundem com os de outros conceitos jurídicos, principalmente o da interpretação.

Uma breve análise do tratamento conferido à mutação constitucional pela doutrina e jurisprudência pátrias revela a necessidade de se pautar uma diferenciação clara entre os conceitos de *interpretação* e *alteração* da Constituição; o primeiro passo no sentido de elucidar o significado da mutação constitucional é melhor delinear essas fronteiras conceituais.

Na introdução da obra *Responding to Imperfection*[18], uma coleção acerca da teoria das mudanças constitucionais, Sanford Levinson observa que o sistema constitucional norte-americano foi o primeiro a ser concebido levando em consideração a possibilidade de mudanças, criando, assim, um mecanismo através do qual pudesse servir uma sociedade em

[18] LEVINSON, Introduction: Imperfection and Amendability.

evolução e uma ferramenta para garantir sua própria existência continuada. Gordon Wood comparou essa construção inovadora com a institucionalização e legitimação da revolução[19].

Levinson observa que as escrituras sagradas tradicionais podem permitir mudanças, mas não comportam o que ele chamará de *emendas* – mudanças que não estão disponíveis através de qualquer interpretação do texto e da estrutura existentes. Somente a Constituição – que o autor logra comparar com textos sagrados das maneiras mais inventivas e surpreendentes ao longo de sua obra[20] – comporta mudanças genuínas, acréscimos e decréscimos que alteram verdadeiramente o seu conteúdo.

A reivindicação de Levinson, assim, é de que tais mudanças são fundamentalmente distintas do resultado da interpretação de um texto, e como tais merecem um processo próprio de criação. Fundamentalmente, o autor distingue dois tipos de processos através dos quais as mudanças constitucionais se criam: o desenvolvimento ordinário pela interpretação e o desenvolvimento extraordinário por emenda[21]. Nesse sentido:

> O contraste entre a interpretação e a emenda é na verdade parecido com aquele entre o desenvolvimento orgânico e a invenção de soluções inteiramente novas para velhos problemas. Nessa perspectiva, 'interpretações' estão ligadas de modo especificável a análises do texto ou ao menos do corpo de materiais convencionalmente compreendidos como no âmbito do constitucionalista comprometido.[22]

A emenda constitucional, na concepção apresentada, é uma invenção jurídica não derivável do corpo existente de materiais jurídicos aceitáveis. Descrever algo como uma

---

[19] LEVINSON, Sanford (Org.), **Responding to Imperfection - The Theory and Practice of Constitutional Amendment**, Princeton: Princeton University Press, 1995, p. 4.

[20] Ver, nesse sentido, LEVINSON, Sanford, **Constitutional Faith**, 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2011.

[21] É interessante, nesse sentido, a inversão da assunção instintiva de que o processo ordinário de mudança constitucional é aquele que se dá pela via formal, ao qual se dá, usualmente, o nome de emenda. Mas a lógica utilizada por Levinson aqui é distinta; ordinário e extraordinário são termos utilizados para descrever a natureza da mudança empreendida, e não o processo pelo qual se concretizou. Nesse sentido, as mudanças ordinárias são aquelas que ocorrem nos limites estabelecidos pelo texto existente, e as extraordinárias são aquelas que requerem que se vá além. LEVINSON, Sanford, How Many Times has the Unites States Constitution been Amended? (A) < 26; (B) 26; (C) 27; (D) > 27: Accounting for Constitutional Change, *in*: LEVINSON, Sanford (Org.), **Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment**, Princeton: Princeton University Press, 1995, p. 14.

[22] *Ibid*., p. 15, Tradução nossa.

emenda é proclamar sua ilegitimidade enquanto uma interpretação[23]. No entanto, enquanto a interpretação carrega consigo uma presunção de legalidade, uma autoridade, uma emenda ainda deve, de alguma forma, adquirir aceitabilidade e autoridade legal. O modo lógico e tradicional de adquirir essa autoridade é seguindo o processo formal para emenda disposto na própria Constituição.

Se o argumento é de que é possível entender a interpretação como uma limitação à emenda – se algo pode ser interpretado, não precisa ser emendado – como podem ser definidos os limites da própria interpretação? O assunto é complexo, tendo sido objeto do mais diversos debates acadêmicos. A tentativa de Levinson, no entanto, é de fornecer um conceito ao mesmo tempo amplo e simples. O autor aduz que a interpretação não é o que pode ser feito logicamente com a linguagem, mas o que pode ser aceito pela comunidade jurídica como "*on-the-wall*"[24] – uma derivação crível do corpo jurídico existente[25].

O autor afirma que é preciso aceitar que nem tudo pode ser legitimamente inferido a todo e qualquer momento do material jurídico pré-existente – ao menos se aquele que está interpretando deseja permanecer membro de uma *comunidade* de intérpretes[2627]. Mas essa conceituação nada diz a respeito do grau de mudança que está sendo implementada. Consequências notadamente significativas podem partir da interpretação da Constituição – especialmente quando as cláusulas interpretadas são abertas, e pouco limitam o intérprete. No

---

[23] *Ibid*., p. 17.

[24] "On-the-wall" e "off-the-wall" são conceitos famosamente desenvolvidos por Jack Balkin para diferenciar argumentos jurídicos que são amplamente aceitos como plausíveis pela comunidade - mesmo que não haja consenso sobre o seu conteúdo - em um dado momento, e argumentos jurídicos que não são. O autor explica que os conceitos de "on-the-wall" e "off-the-wall" não são fixos no tempo. O que é "off-the-wall" em um momento pode se tornar "on-the-wall" no momento seguinte, através da litigância militante ou da adoção de um argumento pela maioria da Suprema Corte, por exemplo. Balkin frequentemente usa o exemplo da interpretação conferida à commerce clause da Constituição no caso Obamacare, que se mostrava absolutamente desconhecida para a comunidade jurídica antes de o Chief Justice Roberts utiliza-la para limitar o alcance do programa. BALKIN, **Living Originalism**, p. 18 e ss.

[25] LEVINSON, How Many Times has the Unites States Constitution been Amended?, p. 18.

[26] Assim como Levinson, o alemão Peter Häberle acredita na necessidade da formação de uma comunidade de intérpretes, e observa que a efetividade da empreitada depende da manutenção de canais de comunicação abertos entre os intérpretes - o que em outras palavras significa que todos precisam falar a mesma língua para que a colaboração funcione. HÄBERLE, Peter, **Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta Dos Interpretes Da Constituição: contribuição para a interpretação plutalista e "procedimental" da Constituição**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 41 e ss.

[27] Sobre a interpretação constitucional protestante e a visão de Levinson sobre a comunidade de intérpretes constitucionais, ver LEVINSON, **Constitutional Faith**, p. 10 e ss.

mesmo sentido, mudanças genuínas, que aqui tem sido chamadas de emendas, podem ser amplas ou estreitas, especialmente quando o que se está medindo é o impacto no mundo real. Tanto mudanças grandes e significativas como pequenas e triviais podem ocorrer através de dois canais: ordinárias através da interpretação e extraordinárias através de emendas.

Nesse sentido considere-se, por uma lado, a discussão apresentada por Levinson acerca de quantas vezes a Constituição dos Estados Unidos foi emendada. Vinte e sete emendas formais foram acrescidas ao texto original desde o século XVIII; mas, aplicando sua conceituação, o autor conclui que a Constituição foi emendada menos de vinte e seis vezes. A análise das adições textuais revela que várias delas – senão a maioria – não representaram invenções jurídicas genuínas, mas explicações ou reafirmações de cláusulas que poderiam ser, de fato, inferidas através da interpretação do texto existente.

É o caso das Emendas XV e XIX, que garantem respectivamente o acesso ao voto dos negros e das mulheres – direitos que poderiam ser inferidos e que certamente decorrem das afirmações sobre cidadania e igualdade contidas na Emenda XIV; E da Emenda X, que reafirma a natureza enumerada e limitada dos poderes da União, e a natureza plenária dos poderes dos estados – a própria essência do constitucionalismo americano em sua fundação, e um principio que pode ser inferido de todas as construções dispostas no texto original[28].

Considere-se, por outro lado, a análise de Bruce Ackerman da Revolução dos Direitos Civis como um momento constitucional. Ackerman argumentará que os chamado *super-statues e super-precedents* da era dos direitos civis efetivaram genuínas mudanças na ordem constitucional – criando proposições que não podem ser inferidas da ordem constitucional existente[29]. Nesse sentido, esses desenvolvimentos constitucionais devem ser considerados emendas, e não interpretações, pelos critérios expostos por Levinson, mesmo que não tenha sido adicionados ao corpo existente de leis constitucionais pelo processo formal de emenda.

Esses debates sugerem que não apenas as verdadeiras *alterações* da Constituição podem ser formais e informais, mas também que as adições formais ao texto da Constituição podem ser verdadeiras alterações ou não. De modo mais relevante, sugerem que os conceitos

---

[28] LEVINSON, How Many Times has the Unites States Constitution been Amended?, p. 29–31.

[29] ACKERMAN, Bruce, **We the People, Volume 3: The Civil Rights Revolution**, Cambridge: Belknap Press, 2014, p. 11 e ss.

de *alteração* e *interpretação* são fundamentalmente distintos, mas não se prendem às amarras de formalidade e informalidade, respectivamente, no modo tradicionalmente sugerido pela doutrina brasileira que trata do tema. E esse ponto influirá diretamente sobre a tentativa de diferenciar os conceitos de mutação e interpretação, e consequentemente de delimitar o real alcance da mutação constitucional.

Nesse sentido, apesar da familiaridade do conceito no âmbito da esfera constitucional brasileira, a real dimensão de seu significado carece de uma exploração mais aprofundada. A doutrina invariavelmente remete a origem do termo ao contexto da Alemanha na virada do século XX, e mais precisamente aos escritos de Laband e de Georg Jellinek. Também é comum a remissão à doutrina de Konrad Hesse, que explorou o conceito muitas décadas depois, no âmbito da República Federal da Alemanha. No entanto, a contribuição desses autores pouco é explorada para além da extração de um conceito para a mutação constitucional. E nem sempre é notado que o conceito tradicional cunhado no século XIX e conceito formulado por Hesse em meados da década de 1970 não possuem o mesmo conteúdo.

Em verdade, entre as análises dos positivistas do Império alemão na virada do século e de autores modernos como Hesse e Peter Häberle várias décadas depois, se localiza um período histórico em que o conceito de mutação constitucional foi amplamente explorado e desenvolvido: os turbulentos anos da República de Weimar. Nesse contexto grandes constitucionalistas como Rudolf Smend e Hermann Heller também se debruçaram sobre o conceito, e um discípulo de Smend, o chinês Hsü Dau-Lin, produziu uma completa tese sobre a mutação constitucional.

Todo esse corpo teórico não prescinde de uma análise organizada, sem a qual não será possível compreender a fundo o fenômeno que se encaixa na descrição do termo, e suas repercussões para o sistema constitucional. Nesse sentido, o primeiro capítulo será dedicado à análise do processo acadêmico que gerou o conceito de mutação constitucional. O desenvolvimento do conceito por grandes nomes da Escola Alemã de Direito Público será contextualizado no ambiente jurídico, político e social em que ocorreu.

Com vistas a esse objetivo, serão analisadas as bases teóricas que permearam o estudo do direito constitucional no âmbito do Império alemão estabelecido em 1871 e na República de Weimar, que durou de 1919 até a desintegração do sistema pela ascensão do nazismo. Ao

final, a tentativa será no sentido de compreender o legado deixado por esse rico corpo doutrinário, definindo com clareza o conceito de mutação constitucional para a doutrina tradicional.

A análise do tratamento conferido pela doutrina Alemã moderna ao conceito – especialmente na obra de Konrad Hesse – será realizada já no segundo capítulo. O objetivo inicial será o de demonstrar o que foi feito da herança deixada pela doutrina do Pré-Guerra. Rapidamente fica claro que o advento de um novo e amplamente distinto sistema constitucional, calcado em um novo contexto político e social, a doutrina alemã optou por abandonar o conceito tradicional de mutação constitucional e apropriar-se do termo para descrever um novo fenômeno.

Essa constatação é essencial porque foi o conceito *moderno* de mutação constitucional que logrou encontrar espaço em terras brasileiras. Na seção seguinte, será analisada a recepção do conceito de mutação constitucional pela doutrina nacional, verificando-se a prevalente influencia dos doutrinadores modernos do direito germânico, por vias diretas e indiretas. Em seguida partir-se-á à análise da jurisprudência constitucional brasileira – a partir da compilação de casos baseada na sugestão de doutrinadores nacionais, será demonstrada a profundidade da confusão criada pelos teóricos entre os conceitos de mutação constitucional e sua aplicação.

A partir desses estudos de caso serão analisadas duas questões: primeiro, em que medida o conceito de mutação constitucional adotado pela doutrina brasileira auxilia na resolução de problemas constitucionais concretos; e segundo, se há mais de um fenômeno distinto frequentemente tratado pela doutrina nacional sob o âmbito da mutação constitucional – e nesse caso, como lidar com a parcela de repercussões fáticas da realidade constitucional que resta descontextualizada no âmbito teórico.

O terceiro capítulo consistirá em um exercício distinto. Serão desenvolvidos ali argumentos destinados a justificar a ocorrência da mutação constitucional, caracterizando-a como um instrumento legítimo de alteração da Constituição. Nesse contexto serão exploradas a teoria e a prática norte-americanas relacionadas às mudanças constitucionais informais, que em seu território conheceram maior desenvolvimento do que em qualquer outra democracia moderna.

Será demonstrado que as dificuldades intrínsecas produzidas pelo dificultoso processo formal de alteração constitucional previsto no Artigo V da Constituição americana levaram ao desenvolvimento de uma prática recorrente de mudanças constitucionais informais, que se tornaram a regra do desenvolvimento constitucional naquele contexto a partir do século XX. Nesse contexto, constitucionalistas se viram obrigados a buscar soluções que não resultassem na invalidação de todas as conquistas constitucionais relevantes ocorridas no último século. O resultado desse exercício se revela uma preciosa compreensão das relações entre a necessária atualização do conteúdo constitucional e os anseios sociais que perpassam tentativas formalistas de serem transformados em normas constitucionais.

Por fim, no âmago desse trabalho está um exercício de compreensão: a análise da doutrina constitucional alemã da mutação constitucional – tradicional e moderna – se une à exploração da doutrina e jurisprudência brasileiras para determinar quais conceitos jurídicos se referem a quais fenômenos de nossa realidade constitucional. A sugestão que se segue é justificada, mas é apenas uma sugestão: ver reconhecida a existência do fenômeno das autenticas mudanças constitucionais informais na esfera constitucional pátria já seria suficiente.

No exercício seguinte se localiza menos uma sugestão e mais um vislumbre: uma porta a partir da qual podem ser distinguidas possibilidades futuras. Ao reconhecimento do fenômeno da mutação constitucional (em sua acepção tradicional) se seguem o questionamentos sobre as consequências, e a conveniência, de sua existência. Nesse contexto a doutrina cumpre seu papel de questionar e imaginar. Esse exercício de imaginação vislumbra um futuro aprimorado para a jurisdição constitucional brasileira.

CAPÍTULO I – ORIGEM: A ESCOLA ALEMÃ DE DIREITO PÚBLICO E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

"A lei é poderosa; mais poderosa, porém, é a necessidade."[30]

1. Considerações iniciais

Poucos conceitos jurídicos podem clamar uma origem tão ilustre quanto a mutação constitucional. O processo informal de mudanças constitucionais foi analisado, de maneira direta ou indireta, pelos grandes constitucionalistas de seu tempo, no contexto limitado mas profundamente rico do desenvolvimento do direito constitucional na Alemanha de meados do século XIX até a Segunda Guerra Mundial. Nomes como Paul Laband, Georg Jellinek, Hermann Heller e Rudolf Smend, cuja influência na esfera do direito constitucional persiste até os dias atuais, lograram analisar tais mudanças constitucionais informais sob o termo mutação constitucional, oferecendo importantes nuances para o desenvolvimento do conceito.

Esse capítulo explora a origem do conceito de mutação constitucional e da teoria jurídica a ele relacionada, perpassando a Alemanha imperial e a República de Weimar, e analisando como esse conceito evoluiu, adaptando-se às transformações políticas e doutrinárias decorrentes de tal transição. Essa exploração envolverá uma combinação das perspectivas ofertadas pelos autores que trataram do tema no período e de uma análise do contexto institucional, teórico, e social que influenciou o desenvolvimento da doutrina acerca da mutação constitucional.

Nesse sentido, a busca por um equilíbrio entre fontes históricas e jurídicas ao longo do capítulo não é casual. Sem uma real compreensão do contexto histórico em que o fenômeno da mutação surgiu, tomando parte do mundo jurídico, e se desenvolveu, não é possível apreciar

[30] Johann Wolfgang von Goethe, em *Fausto*.

as transformações por ele sofridas ou compreender porque ele foi analisado sob perspectivas tão distintas, e por vezes desencontradas, ao longo do tempo. Essa convergência de teorias doutrinarias permitirá que um perfil seja traçado, do fenômeno constitucional e de todo um arcabouço teórico – não apenas com justificativas e explicações, mas também com muitas perguntas não respondidas – que a Escola Alemã de Direito Público deixaria como legado para as gerações futuras.

Nesse período de pouco mais de sessenta anos da história Alemã, entre a formação do Império e a dissolução da República, a doutrina contemporânea majoritariamente localiza a gênese da mutação constitucional. A compreensão do conteúdo e do alcance desse conceito nos dias atuais, em realidades tão distintas daquela em que foi elaborado, é uma tarefa impossível na ausência de uma real percepção do longo e rico processo de seu surgimento.

2. O contexto teórico do surgimento do conceito

O estudo do direito público Alemão, que nos dias atuais representa verdadeira matriz e referencia para os Estados Modernos, certamente viu decolar sua ascensão ainda no século XIX, especialmente a partir do estabelecimento do império na Alemanha Unificada. Nesse período de relativa estabilidade política, após meio século de incertezas[31], os juristas puderam desenvolver uma base sólida para o estudo e aplicação do Direito do Estado, cujo fio condutor tornou-se indubitavelmente o positivismo[32].

O positivismo surgido na Alemanha desse período foi de uma qualidade especial, sutilmente distinto do pensamento positivista mundialmente conhecido a partir da teoria de H.L.A. Hart[33], principalmente pela vertente que o tornava notavelmente formalista[34]. Esse

[31] O estudo do direito público naturalmente acompanhou o desenvolvimento do cenário político incerto do território alemão na primeira metade do século XIX. O longo processo de unificação, a revolução falha de 1848 e a transição de confederação para império unificado em 1871 foram reviravoltas marcantes na definição do relacionamento entre o estado e o direito. Ver, quanto ao desenvolvimento do direito público nos diversos estados alemães até 1871, STOLLEIS, Michael, **Public Law in Germany, 1800-1914**, Nova York: Berghahn Books, 2001, p. 41–206.

[32] *Ibid*., p. 309 e ss.

[33] Ver HART, H. L. A., **The Concept of Law**, Oxford: Oxford University Press, 2012.

[34] Peter Caldwell preocupa-se expressamente o positivismo alemão do século XIX de outras correntes que poderiam ser igualmente denominadas "positivistas": "O termo positivismo deve ser empregado com cuidado

apego ao formalismo e à lei, bem como o isolamento do direito do âmbito de outras disciplinas, como a moral e a política, acabaram por tornarem-se características chave do direito público Alemão, e passados cento e cinquenta anos e diversas transições políticas e jurídicas, persistem enquanto dominantes na cultura jurídica do país[3536]. É principalmente sobre esses aspectos fundamentais da teoria positivista construída por Laband que se baseará a análise apresentada nas páginas seguintes. Tanto a vertente *positivista* quanto aquela que será chamada de *anti-positivista* serão comparadas sob as perspectivas do apego à lei escrita e aos procedimentos formais, e o grau de rigidez da separação imposta entre o direito e outras disciplinas.

A notável exceção ao domínio dessa cultura positivista na história recente da Alemanha é o breve e extraordinário período que formou a República de Weimar – em que, a um só tempo, concepções não-formalistas e não-*puristas* do direito formaram parte relevante

---

porque ele pode significar ao menos três conceitos diferentes na teoria jurídica. Primeiro, positivismo pode se referir a uma teoria do direito como prática social fática. O positivismo sociológico identifica o direito nas práticas sociais de uma comunidade. (...) O positivismo estatal, em contraste, identifica o direito com aquelas normas positivadas por uma autoridade legal ou, para expressar o ponto de maneira mais abstrata, nas normas produzidas de acordo com o procedimento correto. Essa segunda variedade do positivismo corresponde às ideias de H.L.A. Hart e outros escritores Anglo-saxões da tradição analítica...O positivismo estatutário associado com o direito do estado no Império Alemão era qualitativamente diferente das outras duas variedades do positivismo jurídico, embora se parecesse mais com o positivismo estatal. Foi uma escola fundada num método específico de interpretação da lei, compreendida como a mais alta expressão da vontade estatal, através de conceitos como 'domínio' (Herrschaft) e 'contrato'. Para a figura central da escola, Paul Laband (1838-1918), os artigos da Constituição de 1871 e as leis produzidas corretamente compreendiam o sistema jurídico. Ele excluía quaisquer considerações de direito natural (ou seja, limitações morais ou sociológicas às leis humanas) ou de direito consuetudinário para se concentrar na vontade do Estado. A distinção fundava-se em um momento histórico particular, a criação de um Estado alemão unificado, e não em filosofia. Nesse aspecto, o positivismo Labandiano se diferenciava tanto do positivismo jurídico sociológico, que reconhecia normas sociais, quanto do positivismo jurídico estatal, que considerava o direito consuetudinário como direito positivo se as regras normativas de reconhecimento o permitissem." CALDWELL, Peter C., **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism**, Durham: Duke University Press Books, 1997, p. 3–4, Tradução nossa.

[35] Bernhard Schlink, mesmo ao delinear mudanças significativas na cultura constitucional alemã com a solidificação do protagonismo da Corte Constitucional, admite que a visão da lei como "pura" - e por sua vez da política como "suja", continua a dominar a percepção popular, e é responsável, em larga medida, pela ascensão da Corte, a partir da noção errônea de que o papel ativista exercido por ela não seria de fato político. SCHLINK, Bernhard, German Constitutional Culture in Transition, **Cardozo Law Review**, v. 14, p. 711, 1992.

[36] É interessante notar como Michaela Hailbronner, na tentativa de justificar a ascensão da Corte Constitucional Alemã, rejeita a tese tradicional que coloca unicamente sobre o nazismo a responsabilidade sobre a ultra-valorização dos direitos fundamentais que justifica em larga medida o protagonismo da corte. A autora procura demonstrar como a aceitação generalizada e quase absoluta da autoridade da Corte Constitucional alemã está ligada, em muito maior escala do que ao nazismo, à cultura jurídica formalista que o precede. HAILBRONNER, Michaela, Rethinking the rise of the German Constitutional Court: From anti-Nazism to value formalism, **International Journal of Constitutional Law**, v. 12, n. 3, p. 626–649, 2014.

do corpo teórico produzido – e cujos resultados políticos e jurídicos desastrosos certamente ajudam a explicar o renovado apelo do formalismo na nova República, estabelecida após 1945.

Nesse sentido, se ao período imperial é devido o florescimento do positivismo e sua persistente influência na doutrina moderna, Weimar foi inegavelmente um ciclo prolífico para o desenvolvimento das relações entre o direito e outras ciências sociais, especialmente a política, em diversas vertentes teóricas unidas por uma tendência anti-positivista. Essa inversão das forças acadêmicas, observada em relativamente curto período de tempo, mostrou-se notavelmente enriquecedora para o direito, cujas inúmeras vertentes foram beneficiadas por leituras distintas e mutuamente críticas.

Nenhuma área do direito foi tão beneficiada, entretanto, quanto o Direito Constitucional, justamente no período em que se tornou a face da disciplina que, até então, só era chamada de Direito do Estado[37]. Na transição do império para a república, o direito público, que vinha ganhando proeminência sobre a tradicional hegemonia do direito privado (não só na Alemanha, como na cultura europeia como um todo), tornou-se o centro das atenções acadêmicas e políticas. O estudo das mudanças constitucionais informais certamente se encaixa nesse contexto. O interesse pelo tema por parte de juristas do direito público fluiu do período imperial para a República, sendo recebido, naturalmente, com posturas diversas sob o plano de fundo das doutrinas positivista e anti-positivista.

A ocorrência fática do fenômeno também se mostrou distinta nas décadas da república daquela que caracterizou o período imperial. Nesse sentido, um ponto fundamental é a estabilidade política. No período regido pela Constituição Imperial de 1871 era possível falar ao menos em uma relativa estabilidade (tendo em conta os estremecimentos causados pela saída de Otto Von Bismark da cena política[38]), enquanto Weimar foi marcada por crises

[37] Jacobson e Schlink observam que o termo Direito do Estado - Staatsrecht - só foi verdadeiramente substituído pelo termo Direito Constitucional - Verfassungsrecht - sob a égide da Lei Fundamental de Bonn, após a Segunda Guerra Mundial. Mas o fato é que a partir da Constituição Imperial de 1871, o Estado Alemão jamais voltou a se desembaraçar de uma constituição formal e escrita; e o estudo do direito público, desde então, pautou-se pelo estudo das constituições. JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard (Orgs.), **Weimar: A Jurisprudence of Crisis**, Berkeley: University of California Press, 2002, p. 1–3.

[38] Stolleis delineia, inclusive, como a saída de Bismark influenciou mudanças constitucionais informais mais acentuadas na constituição imperial. STOLLEIS, **1800-1914**, p. 351–352.

sucessivas e ininterruptas, que moldaram o próprio estudo do Direito do Estado, que se via as voltas com a insuficiência da teoria positivista para comportar a própria estrutura institucional e os fenômenos jurídicos experimentados na República[39].

Se parece natural que autores como Jacobson e Schlink, ao compararem as experiências alemã e americana, tracem paralelos entre Weimar e períodos de acentuada crise política na história norte-americana, tal qual ao próprio período da fundação, entre as décadas de 1770 e 1790, e a Guerra Civil[40], é fácil perceber porque a questão das mudanças constitucionais ganhou maior proeminência em Weimar. A doutrina americana há muito traça paralelos entre as mudanças constitucionais e os tempos de crise, aduzindo à lógica de que toda Constituição precisa se adaptar aos novos tempos ou perecer[41][42]. A Constituição de Weimar, após duas décadas de luta para acompanhar as constantes mudanças políticas, pereceu; a Constituição americana até hoje sobreviveu, embora esse seja um diagnóstico questionado por muitos[43] e, mesmo entre aqueles que o aceitam, resta claro que de cada crise emergiu uma Constituição profundamente diferente da anterior.

---

[39] CALDWELL, **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law**, p. 2–3.

[40] JACOBSON; SCHLINK (Orgs.), **Weimar**, p. 21 e ss.

[41] Talvez a mais fundamental dentre as numerosas contribuições de Bruce Ackerman para a teoria constitucional seja o desenvolvimento do conceito dos "momentos constitucionais", períodos de crise nos quais o autor identificou a ocorrência de mudanças constitucionais profundas no sistema americano. A relação entre a crise e os momentos constitucionais não é, para Ackerman, acidental, mas elemento fundamental de sua teoria acerca da democracia dualista, na qual os momentos de política normal se contraporiam aos de política constitucional, esses últimos - momentos especiais em que os cidadãos comuns são capazes de enxergar além do egoísmo de seus próprios interesses e tomar decisões em prol de um bem comum - forjados e alimentados por tempos de crise. ACKERMAN, **We the People, Volume 1**, p. 3–33.

[42] Apesar da proeminência do trabalho de Ackerman, as críticas aos pontos fundamentais de sua teoria são amplas e numerosas. No que se refere à relação entre as mudanças constitucionais e as crises políticas, uma das mais eloquentes foi delineada por Jack Balkin e Sanford Levinson, ao observarem que, de tão inerente ao constitucionalismo americano (que nasceu e se desenvolveu em crises, como bem aponta Ackerman) a linguagem da "crise política" pode se tornar lugar-comum, ao ponto de toda e qualquer controvérsia receber o título de crise (e consequentemente servir de justificativa àqueles que defenderiam mudanças amplas e profundas no sistema constitucional). O problema é que um ponto importante levantado por Ackerman é que a política constitucional depende de um determinado estado de espírito dos cidadãos, o qual, por sua vez, geralmente só será atingido durante uma verdadeira crise social e política. Mascarar períodos de normalidade política como períodos de crise pode se tornar um instrumento, assim, para conceder à política normal poderes que ela não deve ter. Ver, nesse sentido, LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack M., Constitutional Crises, **University of Pennsylvania Law Review**, v. 157, n. 3, p. 707–753, 2009.

[43] Zachary Elkins, Tom Ginsburg e James Melton, ao analisarem a diferença entre uma emenda constitucional e uma substituição constitucional, sugerem que uma possível leitura da teoria de Ackerman seria a de que os Estados Unidos não tiveram apenas uma Constituição, mas três (ou quatro, ou duas, dependendo da leitura histórica adotada); as mudanças descritas nos momentos constitucionais de Ackerman seriam tão profundas que

No entanto, para além do efeito estimulante das sucessivas crises políticas na teoria das mudanças constitucionais, existe outro aspecto sob o qual a República representou um ambiente mais propício para o desenvolvimento de uma teoria compreensiva acerca do tema: a rejeição do positivismo enquanto teoria dominante no âmbito do direito público, abrindo a possibilidade de apreciação de efeitos sociológicos e políticos sobre o direito, particularmente fundamental no estudo das mudanças constitucionais informais.

Essa mudança de paradigma não se deu ao acaso. O século XIX foi em muitos aspectos frustrante para a burguesia alemã. As revoluções falhadas, principalmente em 1848, o desmantelamento da confederação, o desenho institucional do império a partir de 1871 e a prática política das décadas que se seguiram, ao menos até o início do século XX, em que o parlamento (recanto único da burguesia na máquina estatal) perdia espaço para o poder executivo, deixaram a classe com poucas janelas de influência sob o Estado. Além do parlamento, o único recanto dominado pela burguesia era a academia[44].

A adoção do positivismo jurídico por pensadores como Paul Laband, nesse contexto, ganha novos ares. Se a primeira impressão é a de que uma conformação institucional baseada no princípio da soberania monárquica não poderia beneficiar a classe burguesa, a exclusão de reflexões políticas e filosóficas de um estudo da constituição imperial permitia que, sob uma perspectiva pragmática, ela fosse vista como liberal[45]. O lado oposto da moeda que limitava os poderes do parlamento através da monarquia estava na possibilidade de o parlamento proteger a propriedade privada. Enquanto esse direito fundamental da burguesia restasse protegido, a monarquia poderia ser reduzida a mais uma instituição estatal, e o direito poderia ser confortavelmente reduzido a uma ciência pura. Esse estado das coisas era infinitamente

---

os autores consideram plausível defender que elas de fato substituíram a constituição anterior. ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James, **The Endurance of National Constitutions**, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 55–56.

[44] O historicismo de Stolleis sempre coloca os fatos políticos e sociais como pano de fundo para o desenvolvimento acadêmico do direito. No período que precedeu a Constituição Imperial, o autor preocupou-se em explorar não apenas as práticas de cada estado alemão, mas os efeitos da revolução de 1848 e da formação da confederação para o direito público unificado nas últimas décadas do século XIX. Ver, nesse sentido, STOLLEIS, **1800-1914**, p. 161–206 e 248–264.

[45] CALDWELL, **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law**, p. 39.

preferível, para a classe burguesa, do que a ameaça constante de uma revolução do proletariado[46].

O advento do século XX, entretanto, trouxe para o primeiro plano tal ameaça, lançando luz sob as insuficiências do positivismo, ao mesmo tempo em que o império mergulhava em sua mais profunda crise. Por um lado, esse foi o período em que o parlamento conheceu maior proeminência durante o império[47]; mas por outro, a política se tornava cada vez mais instável. A primeira guerra mundial testou os limites do sistema constitucional estabelecido no império[48], que acabou por ser destituído pela revolução que culminou no estabelecimento da República de Weimar.

No período de transição entre império e república, o positivismo ainda exerceu papel fundamental, permitindo aos juristas de uma era que chegava ao fim lidarem com a pouco explorada possibilidade de legitimação da revolução enquanto fonte do direito. A transição revolucionária da soberania do monarca para a soberania popular deixou em seu esteio um enorme vazio, que seria preenchido, em anos seguintes, por um presidente forte. Essa, talvez, seja a característica chave ao se conceituar a Constituição de Weimar como uma constituição de compromissos. Um presidente forte, com amplos poderes, que entrava em rota de choque com o sistema parlamentarista adotado, ao menos em parte, por pressões externas. Somada a esse sistema paradoxal encontrava-se a dificuldade de abandonar a noção de legitimidade que advinha da própria condição do monarca[49].

O primeiro contato com a revolução carregava a estranheza da possibilidade de a violação do direito tornar-se a fonte do mesmo. O positivismo jamais havia aceitado bases para a legitimidade que transcendessem o próprio direito; em uma composição normativa

---

[46] JACOBSON; SCHLINK (Orgs.), **Weimar**, p. 5–8.

[47] Em retrospecto, Stolleis observa que o pêndulo do poder durante o império sofreu profunda inversão no que se refere às instituições estatais. De 1871 até o início do século XX, o estado administrador cresceu notavelmente, inclusive além dos limites estabelecidos pela constituição formal. Mas após 1908 a tendência se inverteu, com uma imposição crescente do parlamento perante os órgãos da monarquia, sem jamais, entretanto, atingir hegemonia. STOLLEIS, Michael, **A History of Public Law in Germany 1914-1945**, Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 25 e ss.

[48] É também pertinente a observação de Stolleis quanto ao crescente movimento em favor do parlamentarismo conforme a guerra avançava, relembrando que, antes do choque e da humilhação causados pelo Tratado de Versalhes, muitos alemães que tratariam a república como uma imposição desejavam o fim do império. *Ibid*., p. 25–26.

[49] *Ibid*., p. 65 e ss.

essencialmente apolítica e fechada em si mesma, o fato do controle dos poder político era suficiente para conduzir ao reconhecimento de um novo arcabouço legal, e portanto à sua legitimidade.

Ao tratar das diferenças fundamentais entre os conceitos de legalidade e legitimidade, que até então seguiam umbilicalmente interligados pela doutrina, Carl Schmitt observou que o sistema jurídico podia ser igualmente *legal*, nas perspectivas de exigência de obediência aos seus postulados e uma lógica interna própria e fechada em si mesma[50], sob o arcabouço de diversas organizações estatais *legítimas*. Em última instância, Schmitt queria demonstrar que parlamentarismo não era uma necessidade ou uma decorrência prática do Estado de Direito, mas apenas uma dentre muitas organizações estatais capazes de justificar o reconhecimento e a obediência do povo que caracterizam um sistema legítimo[51].

No entanto, a pergunta explorada por Schmitt não interessava aos positivistas, para os quais as especulações se encerravam com a fundação do sistema jurídico, e não se estendiam a examinar porque o sistema fora criado dessa e não de outra maneira. Se a Constituição de Weimar criara uma democrática parlamentarista, então esse sistema era legal e legítimo. Nesse sentido, a posição positivista ainda se mostrava razoavelmente sustentável no contexto da República.

O problema principal surgiu quando se passou ao campo das limitações: as limitações de um poder pelo outro, as limitações ao que as leis poderiam fazer e as limitações às mudanças que as normas constitucionais poderiam sofrer. Isso porque as leis – incluída aí a Constituição – representavam uma moldura para a lógica positivista, além da qual não seria possível especular. Uma discussão acerca dos *limites* necessitaria olhar para além da moldura, para perguntas como aquelas formuladas por Schmitt, sobre o que existe além do direito, e o precede.

Em Weimar essa discussão foi capitaneada pelos direitos fundamentais, cujo rol expresso foi um dos mais comentados e controversos pontos do texto constitucional. A

---

[50] Segundo o autor, "Um sistema fechado de legalidade dá base à reivindicação de obediência e justifica a suspensão de qualquer direito de resistência. Nesse aspecto, a manifestação específica do direito é a lei, enquanto legalidade é a justificação particular da coerção estatal." SCHMITT, Carl, **Legality and Legitimacy**, Durham: Duke University Press Books, 2004, p. 4, Tradução nossa.

[51] *Ibid*., p. 85–94.

doutrina se acostumara a enxergar os direitos fundamentais como limites ao absolutismo; afinal, sob essa bandeira eles foram criados. Foi inicialmente recebida com muita estranheza a noção de que esses direitos pudessem limitar também o parlamento, expressão da democracia e indubitavelmente locutor da vontade estatal. Para os positivistas tradicionais, seria igualmente impossível limitar a vontade do monarca, na medida em que se manifestava, através do Bundesrat, como vontade do Estado[52].

Para a nova geração de juristas alemães, cunhada durante o controverso período de Weimar, essas perguntas não eram respondidas com a mesma facilidade. Ao contrário do que ocorria na Constituição Imperial de 1871, o constituinte em Weimar optara por um rol expresso de direitos fundamentais. Esses representavam a "vontade do estado", ao menos tanto quanto as demais normas emitidas pelo Reichstag. Ainda assim, tendo em vista a ausência de autorização expressa para a realização do controle de constitucionalidade na Constituição, a possibilidade de limitação dos poderes legislativos tendo por parâmetro os direitos fundamentais acabou por passar ao terreno político.

Muitos dos argumentos levantados nesse debate são familiares para a doutrina moderna, desproporcionalmente ocupada em discutir o controle de constitucionalidade, como o perigo da tirania do parlamento e a necessidade de proteção de minorias; mas o ponto fundamental é que esses debates escaparam aos limites positivistas a partir do momento em que foi constata a ausência de previsão textual expressa para o controle de constitucionalidade. Os direitos fundamentais, na República de Weimar, tornaram-se uma arena notavelmente anti-positivista[53].

Assim, por um lado, questionar a legitimidade e a conveniência do sistema parlamentarista exigia um apelo a preceitos não positivistas; por outro, a redenção dos valores contidos no próprio texto constitucional dependiam do recurso a instrumentos localizados fora

---

[52] Sobre a rejeição dos positivistas acerca da possibilidade de controle judicial de constitucionalidade no período imperial, ver CALDWELL, **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law**, p. 35.

[53] Bernd Hartmann expõe a controvérsia do controle de constitucionalidade em Weimar observando que ela se dividia em dois terrenos distintos, seguindo as fronteiras entre o positivismo e o anti-positivismo: por um lado discutia-se a ambiguidade do texto constitucional, que nem proibia e nem permitia expressamente o controle de constitucionalidade; e por outro as repercussões políticas que poderiam levar à justificativa, ou não, desse controle. HARTMANN, Bernd, The Arrival of Judicial Review in Germany Under the Weimar Constitution of 1919, **Brigham Young University Journal of Public Law**, v. 18, n. 1, p. 107–130, 2003, p. 117 e ss.

do direito, como a política, a filosofia e a sociologia. E mais grave ainda, esses não eram interesses concentrados de um único grupo social. Os positivismo se via atacado por vias transversais e interesses distintos: defensores e detratores da República de Weimar tinham interesse em refutar a retórica positivista.

A dinâmica entre o positivismo e o anti-positivismo é fundamental à análise da questão das mudanças constitucionais, e especialmente das mudanças constitucionais informais. Essas, não obstante incompatíveis com o pensamento positivista, foram fenômenos comuns inclusive no período imperial, levando até mesmo "purista" Paul Laband a reconhecer sua existência – ainda que para critica-la – cunhando pela primeira vez o termo *Verfassungswandlung*[54]. O termo recebeu maior atenção, ainda durante o império, de Georg Jellinek, que se mostrou igualmente crítico, mas apresentou novas perspectivas (sendo geralmente considerado um jurista de transição).

Mas foi em Weimar que a junção de conveniência e oportunidade levou a um desenvolvimento aprofundado da mutação constitucional, reunindo um período político dinâmico e com diversas ocorrências importantes do fenômeno com um arcabouço institucional e teórico mais instrumentalizado e disposto a explora-lo. Não apenas dali se extrai a literatura mais rica sobre o tema a ser encontrada no século XX, mas a transição no tratamento doutrinário da mutação entre o império e a república, calcado na transição do positivismo para o anti-positivismo, é fundamental para a compreensão da nova virada que o tema viria a sofrer após a Segunda Guerra Mundial, bem como as radicais variações em que se apresentaria em culturas jurídicas distintas.

3. A mutação constitucional no Império alemão

A combinação da própria noção da mutação constitucional com o positivismo formalista que dominava a doutrina alemã no período imperial não se mostrava, mesmo no plano puramente teórico, simples. Politicamente, a aceitação do fenômeno poderia andar por um caminho ainda mais incerto, dependendo das repercussões sobre-jurídicas de suas

[54] LABAND apud STOLLEIS, **1914-1945**, p. 25.

consequências. O fato é que o reconhecimento e a exploração do fenômeno da mutação constitucional pelos maiores pensadores do positivismo imperial foi uma demonstração de força daquele, que se insinuou além do esquecimento pela força com que atingiu normas constitucionais fundamentais.

Apesar da nítida incompatibilidade teórica entre o positivismo e a mutação constitucional enquanto conceito *jurídico*, as contribuições de Paul Laband e Georg Jellinek se mostrariam muito mais do que apenas o pontapé inicial de uma discussão doutrinária que perdura até os dias atuais. As reservas em relação ao conceito, trazidas pela influencia do pensamento positivista, se revelariam fundamentais em anos futuros, quando o entusiasmo anti-positivista pela mutação constitucional passasse a ameaçar a viabilidade do conceito. Ao mesmo tempo, os escritos de Laband e Jellinek cumpriram diligentemente uma tarefa que poucos doutrinadores, em anos seguintes, se preocupariam em completar: a construção de um arcabouço fático, formando por exemplos ricos e detalhados, da real ocorrência da mutação constitucional no período.

A evolução do estudo do conceito em décadas seguintes se mostraria cada vez menos preocupada com essa identificação pragmática da ocorrência da mutação constitucional – e crescentemente preocupada com suas repercussões sobre a teoria jurídica[55]. Mesmo a completíssima tese de Hsü Dau-Lin pouco acrescentaria em relação aos exemplos já produzidos pelos autores no período imperial em relação ao contexto alemão (Hsü trará, ao revés, ricos e variados exemplos da ocorrência do fenômeno da mutação no contexto estrangeiro).

Por fim, não obstante o limitado interesse pelo fenômeno da mutação constitucional no período e sua notável incompatibilidade com o positivismo, o tratamento conferido pelos autores ao tema se mostra fundamental justamente por sua patente rejeição da mutação constitucional enquanto categoria jurídica: ao delinear a necessidade de se reconhecer a existência do fenômeno ainda que para condená-la os autores deixam para a doutrina moderna uma lição fundamental, e em nossos tempos por vezes esquecida.

---

[55] Konrad Hesse faria essa observação durante um exercício de capitulação das contribuições da doutrina pré-Segunda Guerra ao tema da mutação constitucional. Ver HESSE, Konrad, Limites da Mutação Constitucional, *in*: **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 154.

3.1. O surgimento do termo mutação constitucional

O fracasso da revolução de 1848 foi fundamental para o desinflar do idealismo que vinha crescendo entre os juristas alemães, abrindo caminho para o florescimento do positivismo após a instituição do império[56]. Paul Laband, que viria a se tornar a face do direito público na Alemanha imperial, cresceu e se formou nesse ambiente de desilusão com os ideais revolucionários, tornando-se professor em 1872[57]. O trabalho de Laband durante as décadas seguintes explorou de forma ampla e profunda o sistema constitucional imperial, utilizando-se de métodos simples[58] e uma lógica formalista e sistemática que tornou seus escritos a referencia unânime do direito estatal no período; o monumental *Direito Público do Império Alemão*[59], publicado pela primeira vez entre 1876 e 1882, compreendia o núcleo de sua teoria.

No âmbito de seus escritos Laband foi o criador de uma escola positivista própria, que persiste uma das principais referencias teóricas da doutrina alemã (e em diversas outras partes do mundo moderno) até os dias atuais. O firme isolamento do direito de outras disciplinas, como a história, a sociologia e a política, permitia a Laband identificar o que ele considerava o "verdadeiro" sistema jurídico, formado apenas pelo conjunto de normas formais emanadas do estado, e que representavam sua vontade.

Nesse sentido, parece incompatível que Laband tenha dedicado atenção ao fenômeno das mudanças constitucionais informais, que escapavam ao seu próprio conceito do que era o direito, não representando emanações formais da vontade estatal. No entanto, na qualidade de um autor que dedicou a vida a se debruçar sobre todos os pormenores do direito público imperial, as mudanças constitucionais sem correspondência no texto da Constituição,

---

[56] STOLLEIS, **1800-1914**, p. 256.

[57] CALDWELL, **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law**, p. 15.

[58] Em uma disciplina dominada por advogados e magistrados e voltada para a prática, a simplicidade dos métodos empregados por Laband ajudam a explicar sua popularidade. Seguindo a tendência universal do período de empregar nas humanidades métodos científicos, sua principal preocupação era separar elementos "não-legais" do conteúdo jurídico, para então poder explicar o "verdadeiro" e "puro" significado das normas jurídicas. *Ibid*., p. 16.

[59] No original, LABAND, Paul, **Das Staatsrecht des Deutschen Reiches**, 1. ed. Tübingen: H. Laupp, 1876.

recorrentes principalmente na segunda metade do período imperial, não poderiam passar despercebidas por Laband.

O autor se debruçou sobre o tema pela primeira vez durante um discurso proferido em Dresden em 1895[6061], e depois em um breve artigo publicado em 1907[62]. O império alemão transitava então de sua primeira fase, marcada pelo domínio político de Otto von Bismark e pela expansão do domínio monárquico sobre o Reichstag para um período de maior instabilidade, em que a saída de Bismark da cena política causou uma tendência inversa, com um menor controle da máquina estatal monárquica sobre o parlamento e uma tendência de crescimento do poder desse último[63].

Figura central da política alemã no período, Bismark foi o principal fator das alterações políticas sofridas pela estrutura constitucional do Estado Imperial. Até 1890, quando foi dispensado pelo Kaiser, Otto von Bismark ocupou o cargo de chanceler, e sua proeminência política levou a um engrandecimento das funções do chanceler em detrimento de outras funções executivas, inclusive as do próprio Kaiser. Bismark também se mostrava capaz de manter as maiorias no Reichstag necessárias para a governabilidade, vez que a Constituição determinava que a conjunção dos poderes da monarquia, representada pelo Bundesrat, e do parlamento era necessária para a produção de leis[64].

Daí porque com a saída de Bismark da cena política, o parlamento passou a ter mais peso perante o executivo, tornando-se em diversas ocasiões uma força de oposição e um freio para a vontade da monarquia. No mesmo período, o crescimento da chamada política de massas fez ressurgir no cenário político forças de oposição aos tradicionais liberais e conservadores que ocupavam o Reichstag. Esse lento processo de "parlamentarização" (para usar o termo de Jacobson e Schlink[65]) da política se infiltraria inclusive nas reivindicações

---

[60] CALDWELL, **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law**, p. 37.

[61] O discurso, intitulado "As transformações na constituição do império alemão" está parcialmente disponível online, em inglês. Ver LABAND, Paul, **Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung (Vortrag gehalten in der Gehe-Stiftung zu Dresden am 16. März 1895)**, Collections | Kyushu University Library, disponível em: <http://hdl.handle.net/2324/1000130530>, acesso em: 22 nov. 2016.

[62] No original, LABAND, Paul, **Die geschichtliche Entwicklung der Reichsverfassung seit der Reichsgründung**, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1907.

[63] STOLLEIS, **1914-1945**, p. 26 e ss.

[64] CALDWELL, **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law**, p. 24.

[65] JACOBSON; SCHLINK (Orgs.), **Weimar**, p. 6.

ideológicas da Primeira Guerra mundial, durante a qual o movimento pelo parlamentarismo, conforme observado, cresceu[66].

Todo esse contexto político durante o império ajuda a explicar as profundas mudanças constitucionais identificadas por Laband na virada do século XIX. Na ocasião de seu discurso de 1895, o autor identificou três mudanças informais fundamentais sofridas pela Constituição imperial. A primeira se relaciona com o Artigo 17 do texto constitucional, que tratava do relacionamento entre o kaiser e o chanceler. A Constituição tornava o chanceler responsável pelos pronunciamentos e decretos do kaiser, ao mesmo tempo em que exigia que o kaiser assinasse todas as leis e decretos expedidos pelo executivo. O resultado dessa combinação foi a necessidade de criação de todo um aparato executivo abaixo do kaiser e do chanceler que não havia sido previsto pela Constituição, e a delegação de tarefas do kaiser contra sua letra expressa[67].

De forma geral, esse processo representava o que é, de forma amplamente majoritária, apontado como a principal mudança informal ocorrida antes de 1914: o crescimento da máquina administrativa para muito além do previsto no texto constitucional[68]. De forma mais sutil, Laband aponta para uma transferência de poderes do kaiser para o chanceler, que na figura de Bismark tornara-se o delegante de funções que, constitucionalmente, sequer lhe pertenciam[69].

Uma segunda mudança observada por Laband afetou os Artigos 38 e 70 da Constituição e ocorreu primeiramente por meio da edição de uma lei tributária que instituiu a chamada "cláusula de Frankenstein" em 1879[70]. O Artigo 38 concedia ao império o direito de estabelecer taxas e tarifas próprias, que fluiriam diretamente para seus cofres; por sua vez, o Artigo 70 determinava que fundos adicionais que o império necessitasse deveriam ser levantados no âmbito dos estados, em orçamentos separados. A cláusula de Frankenstein

---

[66] STOLLEIS, **1914-1945**, p. 28–29.

[67] LABAND, Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung, p. 8.

[68] STOLLEIS, **1914-1945**, p. 25.

[69] LABAND, Paul, **Le Droit Public de l'Empire Allemand, v. 2**, Paris: V. Giard & E. Brière, 1901, p. 314–316.

[70] URRUTIA, Ana Victoria Sánchez, Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución: Una aproximación al origen del concepto, **Revista Española de Derecho Constitucional**, v. 20, n. 58, p. 105–135, 2000, p. 109.

violava o Artigo 38 na medida em que determinava que tributos instituídos pelo Reich não tinham como destino final os cofres públicos federais, o que diminuía o poder do parlamento.

Por isso, uma reforma foi instituída em 1904, quando determinou-se que apenas *parte* da receita dos tributos teria como destino final os cofres federais, sendo a receita restante distribuída aos estados e podendo ser requisitada pelo governo federal, quando necessário. Essa solução, embora fosse a mais vantajosa para o Reichstag, a quem cabia autorizar os repasses requeridos pelo chanceler, violava a um só tempo os Artigos 38 e 40 da Constituição, na medida em que parte da receita de tributos federais não permanecia nos cofres federais e o orçamento dos estados era acrescido de receitas do governo federal, desrespeitando a separação de orçamentos pregada pelo Artigo 70[71].

Por fim, Laband observou que a criação de um judiciário nacional, que incidentalmente cresceu de forma notável durante o império, não possuía previsão constitucional expressa, retirando funções constitucionalmente atribuídas às cortes estaduais. No todo, uma tendência inegável durante o império foi o enfraquecimento do federalismo em favor de uma centralização da crescente máquina administrativa monárquica[72].

As mudanças constitucionais informais apontadas por Laband não tratavam de questões auxiliares ou desprezíveis, mas de pontos centrais da própria natureza do sistema estabelecido pela Constituição imperial, como o federalismo e as relações executivo-legislativo. Por sua magnitude, não poderiam passar despercebidas pelo autor, ainda que se mostrassem em grande parte incompatíveis com a teoria positivista. Em termos simples, o fenômeno das mutações constitucionais é descrito pelo autor:

> Assim como a fundação e a fachada de um prédio podem permanecer inalteradas, enquanto no interior mudanças essenciais são realizadas; também a construção constitucional do império mostra, num exame externo, as mesmas formas e linhas arquitetônicas da época em que foi erguida. Quem quer que penetre em seu interior, no entanto, percebe que não é mais o mesmo que fora no início, que foi alterado e estendido conforme outras necessidades e visões, e que no processo muito apareceu que não é de fato compatível com o plano original e que não se harmoniza inteiramente nem consigo mesmo.[73]

---

[71] CALDWELL, **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law**, p. 37–38.
[72] LABAND, **Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung**, p. 12.
[73] LABAND apud CALDWELL, **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law**, p. 38.

Nesses termos Laband cunhou o termo mutação constitucional (*Verfassungswandlung*) em oposição à reforma constitucional (*Verfassungsänderung*), representando uma situação na qual a realidade se sobrepunha à norma, alterando-a. Essa alteração, para o autor, poderia ocorrer através de três diferentes processos: (i) pela regulação, por lei, de elementos não previstos no texto constitucional; (ii) pela regulação por lei que *contraria* o texto constitucional; e (iii) pela *alteração* de elementos centrais do estado, dispostos no texto constitucional, por usos e costumes do poder público[74].

Essa primeira sistematização do fenômeno da mutação constitucional, embora não tenha recebido maior aprofundamento de seu próprio autor, já revela interessantes contradições contidas no conceito, que serão melhor desenvolvidas e detalhadas por outros autores nas décadas seguintes. Há uma separação intrínseca entre a situação descrita em (i), que não revela qualquer *contrariedade* com o texto constitucional e, a princípio, resulta no máximo em uma alteração indireta, visto que trata de tema não incluído no texto da Constituição. Em (ii) e (iii), por outro lado, o texto da Constituição é verdadeiramente desafiado por norma gerada por um sistema que não é o formalmente disposto pela própria Constituição para sua alteração.

Entre as próprias situações dispostas em (ii) e (iii), naturalmente, há diferenças acentuadas, especialmente para um positivista como Laband. Embora o autor reconhecesse a força normativa da Constituição, não reconhecia hierarquia entre as normas constitucionais e leis ordinárias emitidas pelo Reichstag[75]. Um conflito entre a norma constitucional e a lei poderia, em tese, ser resolvido pelas regras tradicionais do conflito de normas, não fosse o fato de que a Constituição previa um sistema formal de reforma, que não estava sendo seguido. Alterações constitucionais geradas por usos e costumes, por sua vez, restavam completamente alheias ao sistema jurídico como compreendido pelos positivistas, em que as leis formais representavam a vontade do estado.

O fato é que o reconhecimento, por parte de Laband, da ocorrência das mutações constitucionais não o tornou mais receptivo à sua legitimidade, e nem mesmo ao seu reconhecimento como elementos do sistema jurídico. As mutações ocorridas na ausência de

---

[74] LABAND, **Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung**, p. 22 e ss.
[75] CALDWELL, **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law**, p. 38–39.

leis, fossem elas complementares ou contrárias ao texto constitucional, não se mostravam compatíveis com a visão positivista do direito; as leis contrárias à Constituição, não obstante sua validade formal, criavam um impasse: a existência de um sistema formal de reforma sugeria, sem expressar, a impossibilidade da mudança por outros instrumentos. Essa ocorrência parecia incompatível com o formalismo da teoria positivista, mas justificar sua proibição também fugia à lógica pregada pelo positivismo – afinal, tratava-se da sobreposição da norma pela realidade. As mutações constitucionais acabaram relegadas à fenômenos políticos por Laband, e como tais fugiram aos seus interesses, mostrando-se incontroláveis pelo direito.

3.2. O novo império e novas perspectivas

Enquanto Paul Laband pode ser considerado o homem do direito público no império alemão – criador da escola positivista, fundador de uma nova maneira de pensar o direito, e responsável pela análise ampla e profunda de todos os aspectos da Constituição Imperial – dentre os membros de sua escola, Georg Jellinek foi o nome de uma geração intermediária, tendo começado a lecionar quase duas décadas depois de Laband, no contexto político de um império muito distinto daquele sobre a qual Laband escreveu na primeira edição de *Direito Público do Império Alemão*.

Jellinek foi um pensador de influências paradoxais. Um autodeclarado membro da escola positivista de Laband, era rígido na manutenção do método positivista, inclusive com a total separação entre o direito e outras disciplinas. Ao mesmo tempo, o jurista foi contemporâneo, colega e amigo de Max Weber, que exerceu muita influência sobre seu pensamento[7677]. Enquanto mantinha seu estudo do direito "puro", afirmava que somente a sociologia podia revelar o lado "real" do Estado[78].

---

[76] Apesar de Weber ser vários anos mais jovem, ambos foram professores em Heidelberg a partir de 1896. Ver **History - Heidelberg University**, disponível em: <http://www.uni-heidelberg.de/university/history/history.html>, acesso em: 10 nov. 2016.

[77] STOLLEIS, **1800-1914**, p. 441.

[78] Stolleis observa, acerca da principal obra produzida por Jellinek, que "Para avaliar esse livro, o qual, como o próprio Jellinek escreveu, foi uma tentativa de resumir a produção acadêmica de uma vida em uma unidade sintética, deve ser considerada a posição metodológica em que ele o apresentou. Essa posição é correlata com

Certamente em parte por seu interesse em outras disciplinas (ainda que pregasse por sua separação do direito), em parte porque Laband já havia lançado luz sobre o tema, Jellinek se aprofundou no tema das mutações constitucionais. Em 1906 lançou um pequeno ensaio denominado *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*[79], em que tratava das mudanças constitucionais formais e informais.

As mudanças constitucionais formais, que Jellinek chama de reformas, seriam mudanças no texto constitucional por um ato consciente de vontade; e as mudanças informais, chamadas de mutações, seriam mudanças que permitem que o texto permaneça formalmente inalterado, causadas por fatos que não precisam estar acompanhados de intenção ou consciência da mudança.

Embora não reconheça, tal qual Laband, a supremacia da Constituição, Jellinek admite que é da própria natureza das normas constitucionais que estejam cercadas de "garantias especiais" de inviolabilidade. Embora a expectativa seja a de que uma norma constitucional só poderia ser alterada através do processo formal de reforma previsto na Constituição, observa que os limites constitucionais são incertos, levantando dúvidas, muitas vezes, sobre se as leis estão de acordo com a Constituição ou não. Ademais, essa percepção pode se alterar dependendo de quem está interpretando a Constituição em dado momento[80].

Jellinek aduz que a mutação constitucional, nesse contexto, ocorrerá quando executivo e legislativo concordarem acerca da constitucionalidade da lei, não restando no caso saída no sistema para invalida-la. O autor então inicia uma discussão acerca da conveniência do controle judicial de constitucionalidade, usando como exemplo o modelo americano, para discernir se essa seria uma solução adequada para o problema da mutação constitucional por leis contrárias à Constituição.

---

aquela do 'Kantianismo do sudoeste alemão", isto é, ela distingue entre o que é e o que deveria ser - os lados normativo e empírico do Estado - mas também uniu os dois no sentido de que ambos são compreendidos como fenômenos da autoconsciência humana. A famosa "teoria dos dois lados" do Estado de Jellinek, com sua diferenciação entre uma "doutrina generalizada social do Estado" e uma "doutrina generalizada do direito constitucional" é a expressão precisa dessa diferenciação, e cumpriu um papel duplo. A necessidade de reconhecer as ciências empíricas está expressa, ao mesmo tempo em que a área independente do direito como tal está protegida.' "*Ibid*., Tradução nossa.

[79] "Reforma Constitucional e Mutação Constitucional: um tratado político-constitucional". No original, JELLINEK, Georg, **Verfassungsänderung und Verfassungswandelung: Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung**, Berlim: Häring, 1906.

[80] JELLINEK, Constitutional Amendment and Constitutional Transformation, p. 54–55.

Guiado pela lógica positivista de Laband, Jellinek descarta o controle de constitucionalidade como uma solução adequada; de forma especialmente crítica, aponta não apenas que juízes colocados nessa posição serão consumidos por pressões políticas, mas que o exemplo americano demostra que o resultado é o inverso do pretendido – as técnicas de "interpretação" empregadas pelos juízes no exercício do controle de constitucionalidade não desvendam o real sentido do texto constitucional, mas acrescentam sentidos que o texto de fato não possui, tornando-os eles próprios percussores de mutações constitucionais[81].

Outra perspectiva abordada por Jellinek é a das lacunas constitucionais. O autor observa que lacunas são inevitáveis, vez que nenhuma Constituição poderia prever todas as situações presentes e futuras em que poderia vir a ser necessária sua aplicação. Muitas de tais lacunas só se revelam muito tempo depois da promulgação da Constituição, e não podem ser preenchidas por métodos tradicionais de interpretação e analogia. Em tais casos, as lacunas podem levar à mutação constitucional quando uma situação fática as preenche, atingindo reconhecimento e autoridade como lei[82].

Jellinek conclui esses apontamentos observando que esses exemplos de mutações constitucionais "mantém os elementos básicos do modelo de hoje intactos"[83]. Existem ainda, entretanto, mutações capazes de, sem qualquer súbita interrupção do estado em si, destruírem completamente o sistema constitucional existente. O autor chama esse processo de uma *morte lenta* da Constituição[84].

Portanto, as considerações de Jellinek acerca das mutações constitucionais revelam que o autor visualiza três possíveis caminhos para a ocorrência das mudanças constitucionais informais: (i) as mutações através de leis que, a um só tempo, contrariam a Constituição e passam pelos crivos existentes do sistema acerca de sua constitucionalidade; (ii) as mutações através da "interpretação", que pode ser melhor denominada "criação" judicial; e (iii) as mutações decorrentes de práticas que procuram preencher lacunas constitucionais.

---

[81] A tradução para o inglês utiliza as expressões "interpreting from" e "interpreting into" para diferenciar a atividade verdadeiramente interpretativa de uma atividade de criação, que Jellinek identifica como expressão da mutação constitucional. *Ibid*., p. 55–56.
[82] *Ibid*., p. 56.
[83] *Ibid*., Tradução nossa.
[84] *Ibid*., p. 57.

Assim como Laband, Jellinek reconhece a ocorrência de mutações constitucionais tanto através do processo formal de criação de leis quanto através de um processo informal em que *práticas* são normalizadas ao status e a autoridade das leis. Ambos os autores também dão atenção ao fenômeno das lacunas constitucionais, embora seja possível apreender que leis formais que não contrariam de fato a Constituição, meramente regulando suas lacunas, não perturbam Jellinek, que apenas reconhece como mutações os preenchimentos advindos de práticas estatais informais. Por fim, embora Jellinek mantenha postura tão crítica quanto a de Laband acerca do controle judicial de constitucionalidade, em sua análise da experiência americana o autor reconhece que o fenômeno da mutação também pode ocorrer a partir da prática judicial no exercício de controle de constitucionalidade, mascarada, como Jellinek bem observa, de interpretação constitucional.

Jellinek também relega as mutações constitucionais para o campo da política, aduzindo que Constituição não é capaz de absolver fatos[85]. Mas um último aspecto interessante da análise de Jellinek é que ele traz à voga, pela primeira vez, a questão dos graus da mutação constitucional, observando que esse processo, que na maior parte dos casos concretos explorados pela doutrina até então afeta apenas artigos isolados do texto constitucional – alterando aspectos de maior ou menor importância mas mantendo, na visão da doutrina, o núcleo da Constituição intacto – pode vir a causar a morte lenta do texto constitucional como um todo.

A doutrina moderna há muito se debruça sobre esse aspecto das mudanças constitucionais informais. Muitas vezes as mutações tratam de questões pontuais; a disputa fiscal entre o governo federal e os estados que acabou por violar os Artigos 38 e 70 da Constituição Imperial, descrita por Laband, e a violação da previsão expressa do texto constitucional de que o Reichstag teria exatamente 382 membros, pelo simples fato de que a Constituição não incluiu a Alsácia-Lorena no território imperial, e quinze novos membros foram incluídos no parlamento posteriormente para representa-la[8687].

---

[85] *Ibid*.

[86] JELLINEK, Georg, **Reforma y Mutación de la Constitución**, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 11.

Mas outras vezes, as mudanças advindas das mutações constitucionais podem ser tão profundas que acabam por corromper a própria identidade do sistema constitucional existente, criando efetivamente uma nova Constituição. Isso pode se dar pela ocorrência reiterada de mutações que, vistas em conjunto, alteraram tantos aspectos da Constituição existente que a transmutaram em outra. Ou a Constituição pode ser informalmente alterada uma única vez, mas em um aspecto tão fundamental e nuclear para o sistema que estabelece, que essa única alteração pode resultar em sua substituição[88].

Há uma tendência entre as constituições modernas de destacar esses elementos nucleares nas chamadas cláusulas de eternidade, ou cláusulas pétreas, como são conhecidas entre nós. O objetivo desse destaque é usualmente o de dar um maior grau de proteção a esses aspectos do sistema constitucional, protegendo-os da ação das mudanças constitucionais formais. Mas há também um elemento simbólico, que confere maior clareza à identidade e o espírito daquele sistema[89]. Mas mesmo entre as constituições que não possuem cláusulas de eternidade, é possível identificar esses elementos centrais ao sistema jurídico que encabeçam, o qual restaria ameaçado se fossem alterados[90].

---

[87] O tratado em que a França devolveu o território da Alsácia-Lorena à Alemanha data de algumas semanas depois da promulgação da Constituição de 1871. Ver, nesse sentido, CERF, Barry, **Alsace-Lorraine since 1870**, Nova York: The Macmillan, 1919.

[88] O termo "substituição constitucional" - constitutional replacement - é explorado por Elkins, Ginsburg e Melton como uma alternativa à reforma formal da Constituição através de emenda, na qual a mudança constitucional é tão profunda que resulta no estabelecimento de uma nova Constituição. Os autores reconhecem que uma mudança dessa magnitude não poderia ser prevista pela própria Constituição; as Constituições não tem o hábito de prever sua própria destruição. Por isso, enquanto traçam longas ponderações acerca dos limites da reforma constitucional, não se preocupam em fazer o mesmo com a substituição, reconhecendo que, por sua própria natureza, a substituição constitucional não conhece limites. E também nesse sentido, admitem que a substituição muitas das vezes ocorrerá através de processos informais. ELKINS; GINSBURG; MELTON, **The Endurance of National Constitutions**, p. 56 e ss.

[89] Acerca das funções das cláusulas de eternidade, ver ALBERT, Richard, Constitutional Handcuffs, **Arizona State Law Journal**, v. 42, p. 663, 2010, p. 666–667.

[90] Akhil Amar famosamente argumenta que a Primeira Emenda à Constituição americana, que garante a proteção da liberdade de expressão, entre outros direitos, não poderia ser excluída sem destruir o próprio sistema constitucional do qual faz parte. O autor aduz que "Uma emenda abolindo a liberdade de expressão pode também ser inconstitucional – independentemente do modo de adoção – já que a abolição da liberdade de expressão iria na prática imunizar o status quo contra futuras revisões constitucionais, violando o componente de 'não-eternização' da neutralidade. Tal provisão poderia vir a se tornar a 'Lei Suprema', mas a sua adoção seria, é possível argumentar, um abandono fundamental da regra de reconhecimento pré-existente, uma espécie de golpe, não obstante a adoção de tal provisão estar em aparente conformidade com o Artigo V, visto estritamente. Portanto, a Primeira Emenda pode ser uma aparentemente paradoxal exceção à regra geral de que emendas não

A colocação de Jellinek é fundamental justamente no sentido de lançar luz sobre a questão dos limites das mutações constitucionais, que não receberam maiores atenções na Alemanha antes da Segunda Guerra Mundial, mas que serão obsessivamente discutidos pela doutrina constitucional moderna, na Alemanha e além. Guardar a premissa sugerida por Jellinek, de que não parecem haver limites para o fenômeno da mutação constitucional, será fundamental para encarar as análises que se seguirão.

As perspectivas trazidas por Jellinek diversificaram o debate acerca da mutação constitucional. Em um estudo mais detalhado do que o produzido por Paul Laband, o autor delineou questionamentos importantes acerca do tema, sinalizando um fenômeno que se tornaria ainda mais pronunciado na República de Weimar: a ampliação e aprofundamento no tratamento da mutação constitucional conforme se relativizava o rígido plano de fundo teórico sob o qual ela primeiro surgiu – paradoxalmente, o menos adequado para o seu desenvolvimento.

4. A mutação constitucional na República de Weimar

Nos anos da República de Weimar, o fenômeno que descrevia a sobreposição da realidade pela norma, culminando na alteração informal da Constituição, e que se convencionara chamar de mutação constitucional, foi analisado sob novas e mais amplas perspectivas. A teoria acerca da mutação constitucional cresceu e mudou nesse novo período histórico, muito embora o conceito original de mudança constitucional informal, impulsionado pela relação entre direito e fato, tenha sido mantido. Foi um período em que questões fundamentais levantadas pelo tema da mutação constitucional foram pela primeira vez a ele relacionadas, e exploradas de forma detida.

Essas alterações e expansões no estudo do conceito de mutação constitucional se relacionam de forma direta com as alterações no corpo e no fundo da doutrina constitucional alemã. Michael Stolleis data, por exemplo, do ano 1900 o início do fim da hegemonia positivista na Alemanha. Durante os anos mais tumultuados do império, a esperança cultivada

---

podem ser imutáveis." AMAR, Akhil Reed, Philadelphia Revisited: Amending the Constitution outside Article V, **The University of Chicago Law Review**, v. 55, n. 4, p. 1043–1104, 1988, p. 1045, Tradução nossa.

pelos pensadores positivistas, de manter firme a clara separação entre os aspectos jurídicos e não jurídicos, começou a arrefecer. Argumentos históricos e políticos "reapareceram novamente na doutrina do direito constitucional"[91], ao mesmo tempo em disciplinas como a sociologia (dominada, então, pelo gênio de Max Weber) alcançavam esclarecimentos em relação ao funcionamento do mundo nunca antes vistos, passando lentamente a ocupar locais de maior destaque dentre as ciências.

Sob o ponto de vista político e cultural, novos grupos e preocupações sociais cresciam para ocupar o lugar da burguesia tradicional que se apoiara no desenvolvimento acadêmico do positivismo: o ressurgimento do centro católico, movimentos nacionalistas, racismo e feminismo foram apenas alguns fatores que levaram a um questionamento das premissas culturais pelas novas gerações, que viriam após a Guerra construir a nova república[92].

Para além das circunstâncias de cunho acadêmico, político e cultural, restava o fato de que a sobrevivência do positivismo labandiano estava intrinsecamente ligada à da própria Constituição Imperial de 1871, pois seu sucesso se explicava justamente por sua capacidade de expressar a natureza e o espírito daquela ordem constitucional[9394]. O processo iniciado na virada do século XX seria concluído apenas com o fim definitivo da Constituição Imperial, e o estabelecimento de um novo sistema nos anos de Weimar.

A transição descrita culminou na criação de novas escolas de pensamento; na teoria constitucional de Weimar, quatro nomes se destacaram nas fronteiras dessa nova realidade: Hans Kelsen, Carl Schmitt, Hermann Heller e Rudolf Smend. Esses pensadores formavam uma geração, tendo todos nascido entre os anos de 1881 e 1891, trinta a quarenta anos depois

---

[91] STOLLEIS, **1800-1914**, p. 444, Tradução nossa.

[92] CALDWELL, **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law**, p. 40.

[93] *Ibid*., p. 41.

[94] A capacidade de uma teoria constitucional de expressar a natureza do sistema constitucional em razão de que, e no contexto do qual, ela foi criada (e, ao mesmo tempo, não necessariamente a de outros sistemas), é uma questão recorrente para os constitucionalistas modernos. Essa preocupação foi o pontapé inicial utilizado por Bruce Ackerman para a sua monumental série We The People. Ackerman apontava como problema fundamental da teoria constitucional americana o uso recorrente de bases "importadas" da Europa, mantendo-se uma colônia intelectual. O autor argumentava que somente através de uma teoria que fosse desenvolvida tendo por base a história constitucional própria e única dos Estados Unidos seria possível verdadeiramente compreender o funcionamento da Constituição americana, para então fornecer sua própria versão de tal teoria, a famosa democracia dualista. ACKERMAN, **We the People, Volume 1**, p. 3–5.

de Jellinek e mais de meio século depois de Laband[95]. Restavam temporal e circunstancialmente unidos e profundamente separados da geração anterior, pelo contexto político, social, cultural e intelectual, e pela passagem do tempo.

A posteridade certamente conferiria maior proeminência a Kelsen e Schmitt, cujos adventos teóricos carregam imensa relevância, muito além das fronteiras alemãs, até os dias atuais. A universalidade característica dos pensamentos de ambos os autores é parte desse fenômeno, e deriva do fato de que eles investiram no que pode ser classificado, no âmbito do direito constitucional, como *teorias compreensivas*[96]. Kelsen e Schmitt se preocuparam em responder as grandes perguntas sobre a origem e o funcionamento do Estado Constitucional, enfrentando a questão de primeira ordem do paradoxo da democracia constitucional[97]. As digressões dos autores acerca de soberania, pluralismo, supremacia constitucional e controle de constitucionalidade são aplicáveis a qualquer Estado Constitucional do mundo moderno, e não apenas à Alemanha de Weimar na qual foram escritas.

Hermann Heller e Rudolf Smend representavam uma concepção distinta do estudo do direito constitucional, focada no processo de fazer e aplicar a lei em situações concretas. Caldwell observa que os autores rejeitavam o conceito objetivo de soberania perseguido por Kelsen e Schmitt para focar na dinâmica diária do desenvolvimento da soberania, no funcionamento concreto do direito constitucional[98]. Em seus escritos, as particularidades do período de Weimar são analisadas com maior frequência e profundidade, o que os torna, até certo ponto, menos passíveis de transferência para outras localidades temporais e geográficas.

Não é surpreendente, portanto, que a mutação constitucional, fenômeno particular e até então explorado unicamente no contexto alemão, tenha sido expressamente empreendido por

---

[95] CALDWELL, **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law**, p. 45.

[96] A doutrina constitucional moderna conserva a separação de suas seções voltadas a temas fundacionais, embora nos dias atuais esse debate seja apresentado, de forma quase exclusiva e obssessiva, sob formas de justificação do controle judicial de constitucionalidade. Mark Tushnet escreveu um longo estudo crítico em que denominou tais seções teóricas de Grand Theories, tentativas de justificar o sistema constitucional existente a partir de premissas políticas, filosóficas e históricas, em oposição a outros tipos de estudos constitucionais. Ver TUSHNET, Mark V., **Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law**, Lawrence: University Press of Kansas, 2015, p. 1–4.

[97] CALDWELL, **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law**, p. 120.

[98] O autor observa que "Ao conceber o Estado como um processo social em andamento, eles reorientaram o direito constitucional para problemas concretos de interpretação jurídica que levavam em conta valores, política e o contexto social das decisões." *Ibid*., p. 133, Tradução nossa.

Heller e Smend, passando despercebido pelos estudos de Kelsen e Schmitt. Nos estudos daqueles é possível traçar a continuidade do desenvolvimento do instituto, e observar como as mudanças no contexto político e cultural, e na própria disciplina do direito constitucional, afetaram a sua percepção. Mas os estudos de Kelsen e Schmitt tocam nas raízes da teoria acerca das mutações constitucionais mesmo sem jamais utilizar a expressão, e sua análise traz vislumbres importantes sobre as repercussões teóricas das mudanças constitucionais informais no âmbito do positivismo e do anti-positivismo.

A análise das obras desses grandes pensadores da Alemanha de Weimar culmina com uma sofisticada monografia sobre o tema escrita por um discípulo de Smend. Hsü Dau-Lin lançou a obra *Die Verfassungswandlung*[99] em 1932, apresentando um panorama amplo e aprofundado do estudo da mutação constitucional na Alemanha, desde o império até os anos finais de Weimar. O estilo didático de seu estudo permitirá a recapitulação das teorias analisadas até então, pintando um retrato fiel da mutação constitucional na Alemanha pré-Segunda Guerra Mundial, possibilitando assessorar com maior exatidão o que foi herdado pela doutrina moderna, e exportado pela Alemanha na segunda metade do século XX.

4.1. A nova teoria constitucional e seus reflexos

Hans Kelsen e Carl Schmitt, apesar da frequente e profunda contraposição entre suas teorias jurídicas, têm em comum o fato de terem desenvolvido doutrinas que se contrapunham ao positivismo proposto pela teoria tradicional labandiana, e ao mesmo tempo que buscavam responder questões fundamentais acerca do constitucionalismo com as quais o direito público alemão, até o momento, não havia se ocupado. A escola de Paul Laband jamais questionou a origem ou a legitimidade do sistema jurídico, considerando essas questões externas ao direito. Mas tanto Kelsen quanto Schmitt se dispuseram a enfrentar o paradoxo do constitucionalismo democrático, a partir da análise da origem do sistema jurídico-constitucional[100].

A tensão entre o constitucionalismo e a democracia é tão familiar para a doutrina moderna que já se tornou um pressuposto para as discussões constitucionais, raramente

[99] No original. Ver HSÜ, **Mutación de la Constitución**.
[100] CALDWELL, **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law**, p. 42.

discutido em sua acepção mais teórica, sempre o pano de fundo, conhecido mas irreconciliável, que assola as tentativas de estabilizar todo sistema constitucional. O primeiro objetivo de qualquer Constituição é estabelecer as regras do jogo, delineando o funcionamento do estado e as formas em que seu poder será limitado; a democracia, por sua vez, é a expressão do poder de todos, criada para garantir o exercício do poder, e não para limitá-lo[101].

Nesse contexto, constitucionalistas e democratas trabalham constantemente para colocar em perspectiva a necessidade de uma Constituição segura e imutável – capaz de servir como fundamento do Estado – com a manutenção do poder nas mãos do povo, que poderia alterar as regras do jogo se assim desejasse[102]. Tanto a necessidade de preservação do texto constitucional quanto a lógica que permitiria sua alteração são questões intrinsecamente ligadas à origem do sistema constitucional, e consequentemente à sua legitimidade. A tradicional mútua dependência entre origem e mudança se reflete nos estudos de Kelsen e Schmitt, e esclarece porque sua análise tem tanto a oferecer à compreensão do instituto da mutação constitucional.

Por todos os paralelos entre as doutrinas de Kelsen e Schmitt, os autores elegeram perspectivas opostas para perseguir questões similares; enquanto Schmitt – em linha compartilhada também por Heller e Smend – se afiliou a uma vertente *anti-positivista*, construindo um arcabouço teórico que negava tanto a índole formalista quanto a tentativa de segregar o direito de outras disciplinas[103], Kelsen foi o único dentre os proeminentes teóricos do período de Weimar que, no contexto de comparação a essas premissas do positivismo

---

[101] BELLAMY, Richard; CASTIGLIONE, Dario, Constitutionalism and Democracy - Political Theory and the American Constitution, **British Journal of Political Science**, v. 27, n. 4, p. 595–618, 1997, p. 595.

[102] "Por um lado, constituições podem ser apresentadas como codificações das regras do jogo democrático, indicando quem pode votar, como, quando e porque. Uma vez que o ideal democrático envolve mais do que a mera aderência aos procedimentos formais da democracia, como a vontade da maioria, muitos constitucionalistas argumentam que um verdadeiro democrata não poderia consistentemente permitir que a democracia abolisse a si mesma. Não há contradição, portanto, entre a proteção de direitos que são inerentes ao próprio processo democrático e prevenir sua abolição por políticos democraticamente eleitos. No entanto, democratas apontam que normas limitam assim como protegem. Existem muitos modelos diferentes de democracia, que definem as regras democráticas em uma variedade de formas, frequentemente incompatíveis. Se a democracia deve significar 'governo do povo', então o Demos deve ser livre para redefinir as regras sempre que quiser, e não deve estar preciso a uma definição específica. A necessidade de manter aberta a possibilidade de revisão democrática parece particularmente importante quando se lembra que as constituições de muitas democracias excluíram categorias significativas de pessoas da cidadania, notadamente mulheres e aqueles sem propriedade, e impuseram limites severos ao exercício da vontade popular, como a eleição indireta de representantes". *Ibid*., Tradução nossa.

[103] JACOBSON; SCHLINK (Orgs.), **Weimar**, p. 12 e ss.

Labandiano, não se propôs a negá-las, mas a radicalizá-las. O pensamento teórico de Kelsen rejeitava qualquer tentativa de relativizar a divisão entre o ser e o dever ser, encontrando-se aí sua maior divergência com Laband: Kelsen considerava o conceito de 'vontade do estado' uma invasão da psicologia no âmbito do direito, e portanto inaceitável[104][105].

Em última instância, não havia diferença, no pensamento kelseniano, entre o Estado e o direito, o Estado *era* o direito. Por esse motivo, era inconcebível para Kelsen a classificação da expressão da vontade estatal como ilegal[106]; a concepção labandiana de mutação constitucional, capaz de apreender mudanças (não autorizadas) no aparato constitucional por meio de leis formais, não tinha lugar no positivismo de Kelsen. Tampouco o princípio, integralmente aceito por Laband, da soberania do monarca era aceito pelo autor[107].

A questão da soberania tornou-se, de fato, bem mais complexa com o desaparecimento do monarca do sistema político. O vazio deixado por essa figura fundamental ao sistema estabelecido na Constituição Imperial motivou os estudos da linha de Kelsen e Schmitt[108]. A solução proposta por Kelsen foi a de transformar o soberano em uma figura absolutamente teórica, necessária mas inatingível pelo direito. A norma fundamental Kelseniana marcava o limite da existência do direito, e o local em que começava a ciência jurídica. Tudo o que precedia a constituição era pressuposto, e portanto inexplorável[109][110].

O positivismo na versão proposta por Kelsen, assim, dificultou até mesmo a possibilidade do reconhecimento do fenômeno da mutação constitucional nos moldes do positivismo do período imperial. O direito formal tornou-se a extensão completa do sistema jurídico, pois apenas o direito formal era autossuficiente, compreensível e operado apenas com a pressuposição da norma fundamental. Não apenas as mudanças informais, na medida em que demandavam justificação externa ao sistema jurídico hierárquico e independente proposto na

---

[104] CALDWELL, **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law**, p. 50.
[105] KELSEN, Hans, **Teoria Geral do Direito e do Estado**, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 581 e ss.
[106] Ver KELSEN, Hans, **Teoria Pura do Direito**, 8ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
[107] KELSEN, **Teoria Geral do Direito e do Estado**, p. 364–380.
[108] STOLLEIS, **1914-1945**, p. 60.
[109] KELSEN, **Teoria Pura do Direito**, p. 15 e ss.
[110] CALDWELL, **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law**, p. 95.

teoria kelseniana,[111] seriam inexplicáveis por sua égide, mas também a contradição intrínseca ao conceito de mutação constitucional se mostrava incompatível com a ordem jurídica logicamente operada que todas as normas deveriam habitar.

Em posição diametralmente oposta à premissa de Kelsen, Carl Schmitt rejeitava a divisão entre o ser e o dever ser, afirmado que cabia ao Estado agir como a junção entre esses dois mundos, da norma e do fato. A teoria schmittiana não fazia qualquer tentativa de separar o direito e a política; enxergava o momento anterior à criação da Constituição não como uma pressuposição, mas como uma realidade[112]. Na raiz do pensamento de Schmitt estava a crença na vontade do povo como algo real e existente, a única força capaz de gerar uma nova Constituição[113].

Assim como a 'vontade do estado' na teoria de Laband, a concepção de 'vontade do povo' foi sempre uma das mais criticadas da teoria de Schmitt. O principal problema é que o autor sempre concebeu essa vontade como unificada, o que se mostra altamente incompatível com uma sociedade plural[114]. E, é claro, não se tratava de mero simbolismo: Schmitt acreditava na existência da vontade unificada do povo, e na submissão da Constituição e de todo direito à sua expressão.

A noção de que algo palpável se encontrava acima do ponto mais alto do sistema normativo – a Constituição – já estabelece uma dinâmica distinta daquela apresentada na teoria de Kelsen. Se a vontade do povo estava acima da Constituição, não como uma pressuposição incapaz de alterar o sistema normativo, mas como um fato a ser verificado, a manutenção e a mudança do conteúdo constitucional ganham contornos distintos. A perspectiva que a teoria de Schmitt joga sobre as mutações constitucionais não é distinta do positivismo Kelseniano apenas porque não possui o condão absolutamente formalista que marca aquela; mas também porque o poder constituinte é externo à Constituição e aos seus

---

[111] Sobre a chamada "pirâmide" de Kelsen e a hierarquia estabelecida a partir da norma fundamental, ver KELSEN, **Teoria Pura do Direito**, p. 31 e ss.

[112] CALDWELL, **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law**, p. 101.

[113] Ver especialmente SCHMITT, Carl, **Crisis of Parliamentary Democracy**, Cambridge: The MIT Press, 1988, p. 22 e ss.

[114] Essa crítica à teoria de Schmitt é familiar e já foi analisada em inúmeras ocasiões, pelos mais diversos autores. Para uma versão particularmente relevante, ver ARATO, Andrew, Carl Schmitt and the Revival of the Doctrine of the Constituent Power in the United States, **Cardozo Law Review**, v. 21, p. 1739, 1999, p. 1740 e ss.

procedimentos, externo até mesmo ao Estado, e portanto potencialmente capaz de justificar a ocorrência de mudanças informais e muitas vezes também alheias à ação direta de seus poderes.

As divergências fundamentais entre as teorias jurídicas de Kelsen e Schmitt alcançaram o ápice quando, nos anos finais da República de Weimar, os autores travaram seu famoso debate sobre quem deveria ser o Guardião da Constituição[115][116][117][118]. O teor central do debate é extremamente familiar à doutrina constitucional: enquanto Schmitt defendia que a função deveria ser desempenhada pelo Presidente do Reich – o qual considerava a um só tempo neutro diante das disputas políticas mesquinhas do parlamento e dotado da legitimidade democrática crucial conferida pelo veto[119] – Kelsen introduziu a noção, hoje quase plenamente dominante[120][121], de que o Guardião da Constituição deveria ser a Corte Constitucional[122].

---

[115] Para o texto original de Schmitt, consultar SCHMITT, Carl, **Hüter der Verfassung**, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1931.

[116] O texto original contendo a resposta de Kelsen também data de 1931, mas pode ser consultado em KELSEN, Hans, Wer soll der Hünter der Verfassung sein?, *in*: KLECATSKY, Hans; MARCIC, Rene; SCHAMBECK, Herbert (Orgs.), **Die Wiener rechtstheoretische Schule**, Viena: Europa-Verlag, 1968, p. 1873–1922.

[117] O debate com a tradução completa dos escritos dos autores para o inglês pode ser encontrado em VINX, Lars; KELSEN, Hans; SCHMITT, Carl, **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

[118] Para uma excelente exposição histórica acerca do debate Kelsen-Schmitt em Weimar, ver MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto, **O guardião da Constituição na polêmica Kelsen-Schmitt: Rechtsstaat como referência semântica na memória de Weimar**, Dissertação de Mestrado, UnB, Brasília, 2007.

[119] VINX; KELSEN; SCHMITT, **The Guardian of the Constitution**, p. 79 e ss.

[120] A popularidade de Kelsen para além do mundo germânico impressiona os próprios austríacos e alemães até os dias atuais. Os autores não deixam de notar, com certa perplexidade, o alcance da teoria Kelseniana na América Latina, contextualmente tão distinta do contexto austro-germânico em que Kelsen desenvolveu seus estudos. Stolleis confere à teoria de Kelsen o status de "fenômeno mundial", destacando a contribuição dos países latino-americanos. STOLLEIS, **1914-1945**, p. 155 No Brasil, o domínio Kelseniano é notável. É praticamente impossível encontrar um currículo universitário em direito que não inclua, ao menos, os principais escritos de Hans Kelsen. O fato de que o poder judiciário, especialmente no exercício das funções da Corte Constitucional, deve ser o Guardião da Constituição pode ser visto como uma premissa no direito brasileiro, tal a generalização com a qual é aceita e a frequência com que é citada pelas principais obras doutrinárias no âmbito do direito constitucional.

[121] Naturalmente não se trata, entretanto, de um fenômeno exclusivamente brasileiro. De fato, o controle judicial de constitucionalidade é uma tendência mundial, adotada pela grande maioria das constituições modernas, utilizando-se dos argumentos de Kelsen mesmo onde o autor austríaco não é citado. Embora seja de um nicho crescente, críticas a esse modelo ainda são raras mesmo no âmbito doutrinário. Para um exemplo contundente, ver WALDRON, Jeremy, The Core of the Case against Judicial Review, **The Yale Law Journal**, v. 115, n. 6, p. 1346–1406, 2006.

[122] VINX; KELSEN; SCHMITT, **The Guardian of the Constitution**, p. 174 e ss.

No entanto, o que torna a questão especialmente relevante nesse contexto é que o debate de Kelsen e Schmitt desenvolveu-se sob o pano de fundo da mais relevante mutação constitucional identificada no período de Weimar: o abuso dos poderes emergenciais conferidos ao Presidente do Reich pelo controverso Artigo 48 da Constituição. Em seu ponto mais crítico, o texto do artigo determinava que:

> (...) Caso a segurança pública seja seriamente ameaçada ou perturbada, o Presidente do Reich pode tomar medidas necessárias para reestabelecer a lei e a ordem, se necessário usando as forças armadas. No encalço desse objetivo ele pode suspender os direitos civis descritos nos Artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 154, em parte ou no todo. [123]

O parlamento alemão foi, na melhor das hipóteses, instável durante todo o período de Weimar. No entanto, após 1930, com o deteriorar das crises social e econômica, tornou-se virtualmente incapaz de formar maiorias funcionais[124], afundando cada vez mais no mar de críticas que o acompanhava desde o estabelecimento da República. Nenhum crítico do parlamento alemão teve maior voz ou consequência do que Carl Schmitt naquele período[125]. A teoria de Schmitt, que atribuía a legitimidade da Constituição à expressão da vontade unificada do povo, tinha no parlamento seu maior obstáculo; um corpo plural e incapaz de criar maiorias consistentes (e boa parte das vezes, até mesmo maiorias simples) representava para o autor uma verdadeira ameaça para a democracia[126].

O Presidente do Reich, no entanto, representava o veículo perfeito para a expressão da *vontade unificada* do povo, legitimado pela eleição direta e livre da necessidade de traçar compromissos. As disposições do Artigo 48 eram vistas por Schmitt como apenas mais um indício de que ao Presidente cabia ser a voz do povo alemão unido, mais uma instância através da qual exerceria seu papel de Guardião da Constituição. Segundo o autor, a Constituição de Weimar:

---

[123] O texto completo da Constituição de Weimar está reproduzido, em inglês, em **Weimar Constitution**, PSM database for preparing lessons in history, disponível em: <http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php#Third Chapter>, acesso em: 30 nov. 2016, Tradução nossa.
[124] STOLLEIS, **1914-1945**, p. 95.
[125] Ver especialmente SCHMITT, **Crisis of Parliamentary Democracy**.
[126] CALDWELL, **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law**, p. 113.

> ...pressupõe a nação alemã inteira como uma unidade, que está imediatamente pronta para a ação, e não primeiro mediada através de organizações de grupos sociais; [como uma unidade] que pode expressar sua vontade no momento decisivo e, acima e além das divisões pluralísticas, encontrar seu caminho de volta para a unidade e fazer valer sua influência...A Constituição procura em particular dar à autoridade do Presidente a possibilidade de se juntar imediatamente com essa vontade política total da nação alemã e precisamente então agir como guardião e protetor da unidade constitucional e da totalidade da nação alemã.[127]

Como observou Caldwell, para Schmitt o parágrafo 2º do Artigo 48 "permitiu o *retorno* do Estado como substância na forma do executivo ilimitado, que seria capaz de agir separadamente da influência perniciosa dos grupos de interesse do Reichstag"[128]. Seria inconsistente que Schmitt, diante desse posicionamento teórico, se opusesse aos atos do Presidente do Reich que, durante os anos críticos de Weimar, se estenderam, pela concepção da ampla maioria doutrinária, para além dos consideráveis poderes emergenciais concedidos pelo Artigo 48, violando, por sua vez, diversas outras disposições do texto constitucional.

O Presidente representava para Schmitt algo maior do que as normas constitucionais – que por sua vez se diferenciavam para ele da Constituição em si, que nada mais era do que a decisão política fundamental de organizar um Estado[129]. Em sua capacidade de reproduzir a vontade unificada do povo, a fonte da legitimidade da Constituição e da soberania que a originou, o Presidente colocava suas ações num patamar superior ao texto, e portanto perfeitamente capaz de violá-lo.

A crítica de Kelsen à extensão dos poderes do Presidente foi modulada como resposta à defesa de Schmitt, e voltada aos fundamentos de sua teoria. A noção da vontade unificada do povo foi compreendida por Kelsen como um ato de fé que, por sua natureza, não poderia ser ela própria mais do que uma pressuposição. Enquanto Schmitt enxergava na democracia, em termos definidos por ele, a natureza e o espírito da Constituição de Weimar, Kelsen argumentava que esse espírito estava incorporado no sistema parlamentarista, escolhido como

---

[127] SCHMITT apud *Ibid*., p. 115, Tradução nossa.
[128] *Ibid*., Grifo nosso, Tradução nossa.
[129] SCHMITT, Carl, **Constitutional Theory**, Durham: Duke University Press Books, 2008, p. 14 e ss.

expressão da república[130]. O sistema político-partidário, demonizado por Schmitt, poderia ser pernicioso sob algumas perspectivas, mas não era inconstitucional.

A recusa de Kelsen em aceitar a premissa de que a vontade unificada do povo existia de fato selou sua perspectiva acerca das violações ao Artigo 48. O texto constitucional, enquanto norma fundamental, *pressupunha* a vontade do povo, e nenhum poder constituído pelo próprio texto estava autorizado a suplantá-lo. A predileção de Schmitt pelo Presidente do Reich só se justificava, conforme argumentava Kelsen, por sua capacidade de ignorar o papel fundamental que o Reichstag cumpria no sistema estabelecido pela Constituição[131]. Mas nem mesmo o Reichstag poderia violar o texto da Constituição, uma vez que as normas produzidas por ele sempre seriam hierarquicamente inferiores àquela[132].

As acepções apresentadas por Kelsen e Schmitt acerca das violações ao Artigo 48 emprestam perspectivas ao tema da mutação constitucional mais próximas dos debates atuais do que elas foram do tratamento provido pelos contemporâneos dos autores em Weimar. As preocupações de Heller, Smend e Hsü Dau-Lin foram a um só tempo mais específicas e práticas. Esses autores estudaram o fenômeno da mutação constitucional de forma sistemática, procurando isolar as causas e as formas de sua ocorrência, assim como os exemplos relevantes no contexto de Weimar. Acepções teóricas acerca da origem da Constituição ocupam ali menos espaço na análise abstrata ou prática das mutações constitucionais. Não obstante, é a junção das digressões de Kelsen e Schmitt e da detalhada sistematização intentada por Heller, Smend e Hsü Dau-Lin que oferecerá um retrato fiel do fenômeno da mutação constitucional em Weimar.

4.2. Organização e integração: perspectivas sobre a mutação

Muito embora Hermann Heller e Rudolf Smend fossem teóricos da mesma geração, e ademais adeptos a uma mesma metodologia de estudo no âmbito do direito constitucional, politicamente os autores estavam separados por um amplo abismo. Smend era um conservador

[130] VINX; KELSEN; SCHMITT, **The Guardian of the Constitution**, p. 175–177.
[131] CALDWELL, **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law**, p. 116.
[132] KELSEN, Hans, Quem deve ser o guardião da Constituição?, *in*: KELSEN, Hans, **Jurisdição Constitucional**, São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 246 e ss.

criado na tradição Calvinista, enquanto Heller era um político de esquerda que buscava na teoria do estado advogar por uma junção entre nacionalismo e socialismo[133]. Não apenas aqui é possível traçar paralelos com Kelsen e Schmitt; os escritos dos autores estavam engajados em um contínuo debate, alimentado a um só tempo por uma base comum e uma notável disparidade de conclusões.

No centro da teoria de Smend estava a noção de *integração* como propósito fundamental do Estado[134]. A integração, aos olhos de Smend, exigia a um só tempo um fluxo constante de renovação e uma totalidade social – uma união formada a partir de símbolos nacionais, chefes de estado e traços culturais, o espírito em direção ao qual o Estado deveria estar se integrando[135]. Ecoando muitas das críticas traçadas por Schmitt, Smend considerava o parlamento incapaz de gerar integração. Por sua composição plural e dinâmica político-partidária, o parlamento era, para Smend, incompetente para perseguir a totalidade social; e portanto, era também o fórum inadequado para promover o fluxo constante de renovação necessário para a integração.

Não é estranho, nesse sentido, que antes mesmo do advento da república Smend demonstrasse uma marcada predileção pela norma não escrita[136]. As normas escritas, e mesmo as normas constitucionais escritas, eram produzidas através de um processo do qual Smend desconfiava intrinsecamente. Seu conceito de Estado como integridade jamais poderia ser extraído exclusivamente dessas normas escritas, que se mostravam excessivamente estáticas, e mesmo o processo através do qual poderiam ser alteradas se mostrava inadequado[137]. Daí porque Smend insistia que o documento constitucional só poderia ser compreendido em

---

[133] CALDWELL, **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law**, p. 128.

[134] "Portanto o Estado, em particular, não é um todo estático que expede manifestações individuais de vida, leis, julgamentos, atos diplomáticos e administrativos. Ao revés, ele só existe em absoluto nessas várias manifestações de vida na medida em que elas são ativações de um contexto espiritual maior, e nas ainda mais importantes renovações e formações que agem sobre o próprio contexto. Ele existe e está presente somente no processo de constante renovação, sendo continuamente reexperimentado; ele existe, para tomar emprestada a expressão de [Ernst] Renan na famosa caracterização da nação, por causa de um plebiscito repetido diariamente. É esse processo central da vida estatal, ou se preferir sua substância central, que eu sugeri em outra parte que fosse chamado de integração". SMEND, Rudolf, Constitution and Constitutional Law, *in*: JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard, **Weimar: A Jurisprudence of Crisis**, Berkeley: University of California Press, 2002, p. 217–218, Tradução nossa.

[135] CALDWELL, **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law**, p. 127.

[136] *Ibid*., p. 122.

[137] SMEND, Constitution and Constitutional Law, p. 275–279.

conjunto com as práticas sociais que lhe davam significado, criando o que o autor chamou de Constituição Primária, de natureza informal, que poderia inclusive vir a superar a escrita.

Nos dias atuais se trata de uma construção familiar: a doutrina da *living constitution* baseia a defesa da legitimidade de normas constitucionais não escritas em diversas justificativas pelas quais o processo formal de produção e alteração de normas constitucionais se torna inadequado. A produção de normas informais pode ser fazer necessária pela simples insuficiência do processo formal disponível[138]; ela pode ser vista como intrínseca à própria natureza da Constituição[139]; não obstante a disponibilidade do processo formal, a produção de normas informais pode se tornar a regra através do costume reiterado[140]. Smend usou combinações desses argumentos para justificar sua predileção pelo processo informal de

---

[138] A construção argumentativa de Bruce Ackerman acerca da living constitution é a de que ela se tornou uma necessidade nos Estados Unidos, na medida em que o processo formal de mudança constitucional, previsto no Artigo V, tornou-se virtualmente inalcançável. Ackerman argumenta que o procedimento previsto no Artigo V foca nos estados federados (state-centered), dando-lhes maior poder de barganha e decisão, em sintonia com o federalismo descentralizado criado pela Constituição americana de 1787. A natureza da federação americana, e principalmente a percepção do povo americano quanto a ela, modificou-se profundamente após a Guerra Civil, segundo argumenta o autor. A organização política dos Estados Unidos passou a ser focada na União (nation-centered), a cidadania americana passou a ser primordialmente nacional e não estatal e, com isso, tornou-se irreconciliável com um processo que exige a aprovação de três quartos dos estados para a ratificação de uma emenda constitucional. Naturalmente, outros fatores contribuíram, especialmente no século XX, como o aumento do número de estados e a polarização da política bipartidária norte-americana. Em todo caso, Ackerman aduz que nenhum assunto de relevância constitucional poderia angariar o apoio de trinta e oito dos cinquenta estados americanos, quando a divisão política do país se mostra muito mais apertada, numa margem de quase 50% para cada um dos partidos. ACKERMAN, Bruce, The Living Constitution, **Harvard Law Review**, v. 120, n. 7, p. 1737–1812, 2007, p. 1741–1744.

[139] Jack Balkin enxerga a o texto da Constituição americana como um framework, uma estrutura básica construída pelos Pais Fundadores e que eles esperavam plenamente que fosse acrescida de conteúdo por gerações futuras. O modelo sintético e formado em sua maioria por proposições abertas da Constituição Americana, para Balkin, representa uma escolha dos constituintes pela living constitution: eles esperavam que a Constituição fosse atualizada pelas gerações futuras, que teriam liberdade para inserir na estrutura constitucional suas próprias circunstâncias sem alterar a base original. BALKIN, **Living Originalism**, p. 5–8.

[140] David Strauss aduz que o sistema constitucional americano se transformou em um sistema de common law, no qual a produção de normas se baseia no poder vinculante de precedentes. As normas produzidas através dos julgamentos da Suprema Corte americana se tornaram, no contexto descrito por ele, tão ou mais importantes do que as normas escritas da Constituição. Entre os argumentos que emprega para justificar essa situação, Strauss admite que o processo descrito no Artigo V da Constituição americana é cansativo, difícil e lento, mas seu principal argumento advém da observação de mais de dois séculos de experiência constitucional. O autor defende que a cultura constitucional americana jamais optou por traduzir suas mudanças constitucionais fundamentais através de emendas formais, mesmo quando isso era mais fácil em razão da formatação politica do país; a living constitution - o processo através do qual práticas e precedentes alteram a Constituição - sempre foi o modo mais importante de evolução constitucional no contexto norte-americano, insiste Strauss. As alterações formais, que na maior parte das vezes apenas ratificam mudanças já realizadas pelas vias informais, não passam de coadjuvantes. STRAUSS, David A., **The Living Constitution**, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 1–5 e 115–117.

produção de normas, muito antes que a doutrina moderna se apropriasse deles para justificar o caráter dinâmico das Constituições no século XXI.

A predileção de Smend pela norma não escrita já pronuncia a profundidade de sua desavença com Heller, que insistia em defender, em resposta à teoria smendiana, a fundamentalidade da norma constitucional escrita. O conceito fundamental para a teoria de Heller era o de organização[141], que ele descrevia como fundamental para concretizar a ligação entre direito e política – a qual, em sua teoria, não figurava tão automática e intrínseca quanto para autores como Smend e Schmitt[142].

Embora Heller reconhecesse que a correspondência total entre a Constituição formal e o que chamava de 'Constituição substancial' se mostrava impossível, não aderia à noção de que a Constituição substancial deveria, simplesmente, prevalecer. O autor aduzia que a Constituição escrita tinha exercido um papel fundamental na construção do Estado moderno, reconhecendo inclusive a importância do positivismo Labandiano, que tanto avançara em métodos formalistas de interpretação, fundamentais para a melhor compreensão do texto escrito[143].

A predileção de Heller pela norma escrita combinava com sua crença na fundamentalidade da organização do Estado. A previsibilidade, ou a expectativa de repetição, tinha um papel importante nesse conceito de organização[144]. Heller chamava essa expectativa de *normalidade*, aduzindo a mesma como uma característica que todas as normas deveriam possuir. Daí inclusive advém sua definição de mutação constitucional: o fenômeno que resulta

---

[141] A organização é descrita por Heller como fundamental à própria funcionalidade do Estado. Segundo o autor: "A situação social, legal, no estado moderno atinge o maior grau possível de certeza jurídica em relação à determinação tanto de sentido quanto de execução, porque tem a sua disposição uma organização hierárquica com um corpo de órgãos tecnicamente diferenciados para a promulgação, aplicação e execução da lei positiva. Uma pressuposição da garantia de um nível tão alto de certeza jurídica é o soberano do Estado. Somente em virtude de sua característica como a unidade superior através de ação e decisão o Estado é capaz de assegurar a unidade da lei e sua execução e manter um procedimento uniformemente organizado para exigir direitos e processar reclamações." HELLER, Hermann, The Essence and Structure of the State, *in*: JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard, **Weimar: A Jurisprudence of Crisis**, Berkeley: University of California Press, 2002, p. 268–269, Tradução nossa.

[142] CALDWELL, **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law**, p. 132.

[143] HELLER, The Essence and Structure of the State, p. 275–279.

[144] Ver nota 125, supra.

quando as normas escritas – a normatividade – perdem a sua normalidade, resultando em uma contrariedade entre as relações reais de poder e o texto constitucional[145].

A perda da previsibilidade conferia uma conotação negativa para a mutação constitucional na teoria Helleriana. A noção de um parlamento autorizado a extrapolar os limites claramente estabelecidos pelas normas constitucionais formais parecia inconsistente e perigoso para a estabilidade do Estado. No entanto, Heller reconhecia que a força da normalidade se sobrepunha à normatividade, e nesse contexto, não podia estabelecer limites para o fenômeno da mutação constitucional[146].

Na concepção de Smend, focada na força integradora da Constituição, o caminho é inverso: a natureza da Constituição gera os elementos para sua mutação. O autor aduz que as normas constitucionais possuem a capacidade transformadora de suprir as próprias lacunas. É esclarecedora, nesse sentido, a interpretação de Hsü Dau-Lin:

> Para SMEND, a cujo entender a Constituição não apenas permite, mas inclusive exige 'uma interpretação elástica e complementar da Constituição, que difere em grande medida de qualquer outra forma de interpretação jurídica'... é 'o sentido imanente e natural da Constituição formulada, próprio da dita elasticidade, que faz com que seu sistema eventualmente se complete e transforme por si mesmo'. Então uma compreensão coerente do intencionado e regulado por ela, do sistema de integração real, e também de sua própria intenção objetiva, somente é possível incluindo essa elasticidade, essa capacidade de transformação e integração, assim as mutações e ampliações de seu sistema, que se realizam segundo o sentido legal e se convertem em reais e complementares para as normas.[147]

No sentido então descrito, Smend – ao contrário de Heller – precisava impor limites à mutação constitucional, ainda que tais limites fossem abstratos e até certo ponto incertos. A mutação só faria sentido, para o autor, na medida em que avançasse o projeto constitucional na direção integradora que, segundo ele, formava parte de sua própria natureza. O estabelecimento de limites para a mutação sob esses termos certamente não se assemelharia aos limites impostos a um processo formal; a integração do Estado é mais do que uma meta não-escrita, é uma meta indefinida. Quais mudanças informais tentadas pelos poderes do

---

[145] Ver, no mesmo sentido, URRUTIA, Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución, p. 117–118.
[146] HELLER, The Essence and Structure of the State, p. 278–279.
[147] HSÜ, **Mutación de la Constitución**, p. 175, Tradução nossa.

estado poderiam ser classificadas como prejudiciais ao projeto de integração estatal? Essa questão de difícil solução não foi respondida por Smend[148].

A diferença fundamental observada entre as teorizações de Heller e Smend acerca das mutações constitucionais está, portanto, ligada à própria natureza fundamental da Constituição conforme cada autor a compreendia. Para Smend, uma Constituição que evoluía em busca da integração não encontraria os elementos adequados através do processo formal de concretização e alteração de suas normas; para Heller, o sistema constitucional baseado na organização não poderia subsistir sem a estrutura e hierarquia das normas formais. Enquanto Smend enxergava as mutações constitucionais como uma consequência natural da evolução da Constituição, Heller rejeitava a sobreposição do formal pelo informal, mesmo enquanto reconhecia que, no período em que vivia, essa situação fática por vezes acometesse a Constituição formal.

A basilar diferença entre enxergar a mutação constitucional como um fenômeno fundamentalmente legal e enxerga-la como uma violação do sistema jurídico se tornará clara através da análise profunda e sistemática que Hsü Dau-Lin conferiu ao tema. Através das diferentes categorias de mutações constitucionais delineadas pelo autor, será possível posicionar os pensamentos dissonantes apresentados até aqui.

4.3. A sistematização da teoria acerca da mutação

Nem os contemporâneos de Hsü Dau-Lin, nem mesmo as gerações futuras – na Alemanha e fora dela – que se debruçaram sobre sua obra conheciam os detalhes de sua vida, reconhecendo apenas a exótica figura do jurista chinês que estudou na Alemanha em um período conturbadíssimo de sua história[149]. Hoje se sabe que Hsü Dau-Lin, filho de um diplomata e nascido no Japão, obteve seu doutoramento em direito na Alemanha em 1931, e em 1932 retornou à China para assumir um cargo público e não mais retornar. Durante seus estudos na Alemanha de Weimar, Hsü foi discípulo de Rudolf Smend, e no mesmo ano de

[148] Ver, nesse sentido, *Ibid*., p. 176.
[149] Ver a introdução de Pablo Lucas Verdú em *Ibid*., p. 7–9.

1932 em que retornou a seu país produziu a mais completa obra sobre mutação constitucional escrita no período[150].

Ao lançar sua Die *Verfassungswandlung* em 1932, Hsü já tivera a oportunidade de analisar as principais menções ao fenômeno da mutação constitucional a serem encontrados no espesso corpo de escritos da República de Weimar; dedicou-se ali à análise dos tratamentos dedicados por Rudolf Smend e Hermann Heller – os mais significativos de seu tempo – bem como as contribuições de outros autores alemães, que construíram sobre a base delineada por eles. Debruçou-se ainda sobre os escritos do império, e principalmente as obras de Laband e Jellinek. Por fim, o autor foi o primeiro, desde a aparição do termo mutação constitucional, a voltar o olhar para além das fronteiras alemãs, perguntando-se como o fenômeno descrito como mutação constitucional no império e na república se relacionava com outros, ocorridos em outras circunstancias de tempo e lugar, e descritos pela doutrina estrangeira sob outros títulos.

A análise de Hsü Dau-Lin foi a um só tempo completa e sistemática. A abrangência de seu estudo o levaria a identificar novas formas e classificações para a mutação constitucional, motivo pelo qual insistiu que somente o enxuto conceito de incongruência entre as normas constitucionais e a realidade poderia abarcar todas as categorias de mutação. Sua percepção da existência do fenômeno não se afastava muito da oferecida por seu mentor. Hsü acreditava que a Constituição deveria abarcar a vida estatal em sua totalidade, o que tornava natural a tensão entre a forma escrita e a 'real'[151].

O autor identificou em seu estudo quatro classes de mutação constitucional: (i) a mutação mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição; (ii) a mutação mediante a impossibilidade de se concretizar previsões constitucionais; (iii) a mutação mediante uma prática estatal que contradiz [formalmente] a Constituição; e (iv) a mutação mediante a interpretação da norma constitucional.

Seguindo a lógica de compreender a mutação no relacionamento (incongruente) entre a norma e a realidade, Hsü indicou para cada uma das classes de mutação uma situação

---

[150] Ver **Necrology: Hsü Dau-Lin**, Sung Studies Newsletter, disponível em: <http://www.humanities.uci.edu/eastasian/SungYuan/JSYS/Archive/SSN09.pdf>, acesso em: 2 nov. 2016.
[151] HSÜ, **Mutación de la Constitución**, p. 29–30.

específica desse relacionamento. Nas possíveis relações entre norma e realidade existentes em um sistema jurídico, as por ele chamadas situações de normalidade correspondem a (a) a congruência entre a norma e a realidade; e (b) a norma que, diante da incongruência, segue a realidade, em que se observa a reforma constitucional formal. A mutação foi localizada pelo autor nas quatro situações identificadas como de anormalidade: (c) a realidade sem norma correspondente [situação descrita em (i)], (d) a norma sem realidade correspondente [situação descrita em (ii)], (e) a realidade que contradiz a norma [situação descrita em (iii)], e (d) a realidade que reinterpreta a norma [situação descrita em (iv)]. Tal sistematização é organizada na tabela reproduzida a seguir:

<table>
<tr><td colspan="6">Relação entre norma e realidade:[152]
o direito constitucional e sua validez</td></tr>
<tr><td colspan="2">Congruência entre norma e realidade: validez do direito constitucional</td><td colspan="4">Incongruência entre norma e realidade: mutação constitucional</td></tr>
<tr><td rowspan="2">A realidade segue a norma: validez normal do direito constitucional</td><td rowspan="2">A norma segue a realidade: reforma da Constituição</td><td rowspan="2">Realidade sem norma: prática que formalmente não viola a Constituição</td><td rowspan="2">Norma sem realidade: impossibilidade de exercer direitos estabelecidos pelas normas</td><td colspan="2">Norma com realidade: relação incorreta entre ambas</td></tr>
<tr><td>A realidade contradiz a norma: prática inconstitucional</td><td>A realidade deturpa a norma, a reinterpreta: a mutação interpretadora</td></tr>
</table>

É possível apreender a partir dessas colocações o grande esforço empregado por Hsü Dau-Lin para conferir sistematização ao tema da mutação constitucional, que até então vinha sendo tratado com ampla dose de imprecisão pela doutrina alemã. Tomando por base suas quatro classes de mutações, que reuniram elementos da doutrina imperial, de autores da República e até mesmo da doutrina estrangeira, Hsü pretendeu fornecer um resumo abrangente de tudo que já se havia escrito sobre o tema, para então oferecer suas próprias considerações.

[152] Disponível em *Ibid*., p. 31, Tradução nossa.

Antes de atingi-las, no entanto, são necessários alguns esclarecimentos sobre as categorias de mutações constitucionais sugeridas pelo autor.

A mutação constitucional mediante prática que não viola formalmente a Constituição consiste, na exposição de Hsü, em uma violação em sentido material, da Constituição sistematicamente interpretada, de um princípio imanente, enfim, daquilo que para Rudolf Smend compunha o espírito da Constituição[153]. A diferença entre essa violação e a contradição formal descrita pelo autor em (iii) é sutil. Para começar a compreendê-la, é interessante analisar um dos exemplos fornecidos por ele, retirado da doutrina norte-americana. Aduziu-se que a Constituição dos Estados Unidos baseou-se tão profundamente no princípio da separação dos poderes – afastando-se, inclusive, da concepção clássica descrita por Montesquieu[154] – que seu desenho institucional foi construído de modo a impedir que os secretários de estado participassem de quaisquer sessões do Congresso, garantindo a separação integral entre executivo e legislativo. No entanto, a criação (por lei ordinária) dos comitês parlamentários permanentes, cada um correspondente a um departamento de estado, acabou por garantir a participação constante dos secretários de estado no funcionamento ordinário do parlamento[155].

A Constituição americana jamais possuiu um artigo destinado a impedir que os secretários de estado participassem de sessões do parlamento. Essa separação integral pode ser apreendida a partir de uma interpretação sistemática daquele texto constitucional, e dos Artigos Federalistas que lhe serviram de base teórica, a partir dos quais se percebe em que profunda medida o sistema institucional ali criado procurou afastar-se do parlamentarismo clássico, cortando os laços entre legislativo e executivo, impedindo, inclusive, que parlamentares possam ocupar cargos executivos. Nesse sentido, uma disposição basilar da Constituição americana teria restado violado.

O uso do exemplo esclarece o que a mera descrição dessa classe de mutação constitucional poderia não esclarecer: que não se trata aqui da questão das lacunas

---

[153] *Ibid*., p. 33.

[154] Sobre o tema, ver AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do, Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis, **Revista dos Tribunais, São Paulo**, v. 868, p. 53–68, 2008, p. 66–67.

[155] HSÜ, **Mutación de la Constitución**, p. 35.

constitucionais. De fato, Hsü adere ao postulado, também defendido por Schmitt, de que a Constituição nada mais é do que a decisão acerca da existência de uma unidade política. Desse postulado se extrai a conclusão fundamental de que não há conteúdo obrigatório para uma Constituição que ultrapasse tal decisão basilar. Não há, a partir do momento em que se adota tal concepção, embasamento teórico para enxergar conteúdo 'faltante', ou lacunas, no texto constitucional[156].

Por outro lado, em cada Constituição são feitas escolhas acerca do quanto e como será dito; determinar como regular todas as situações da vida que podem se apresentar, a partir de um texto constitucional que pode ser sintético ou altamente analítico e ainda assim não trazer previsões específicas acerca do caso concreto, é uma tarefa árdua para o intérprete, mas sempre possível de acordo com Hsü[157]. Por fim, o autor faz uma observação fundamental, e uma crítica perspicaz a Jellinek, que primeiro tratou das mutações constitucionais destinadas a preencher lacunas. Afinal, o próprio Jellinek conceituou a mutação constitucional como uma mudança no conteúdo da constituição; ora, se houvessem de fato lacunas no texto, ou seja, temas que a Constituição não tratou em absoluto, o que estaria sendo alterado por esse 'preenchimento'? A própria ideia de alteração carrega consigo a expectativa de que a Constituição já tocasse, ainda que de forma indireta, o tema[158].

Desse modo, Hsü conclui que na primeira classe de sua classificação:

> (...) a mutação existe porque a situação jurídica surgida de fato recentemente não pode ser deduzida do sentido sistemático da Constituição, já que a ela não corresponde. O que foi transformado não é um artigo constitucional positivo, mas um princípio que se infere do contexto, do sistema de normas constitucionais.[159]

O autor também se preocupa em diferenciar a classe da mutação mediante a impossibilidade de se concretizarem previsões constitucionais do chamado desuso de normas

---

[156] *Ibid*., p. 58.
[157] *Ibid*., p. 65.
[158] *Ibid*.
[159] *Ibid*., Tradução nossa.

constitucionais[160] (mais uma vez criticando as classificações sugeridas por Jellinek), que por si só não seria capaz de indicar que uma mutação constitucional ocorreu[161]. Muitos dos exemplos utilizados por Hsü descrevem o desuso; é o caso das situações extraídas da Terceira República Francesa, em que o autor observa que poderes constitucionalmente garantidos como o poder do Presidente de dissolver a câmara dos deputados e o direito do mesmo de concorrer à reeleição não foram utilizados por tanto tempo que se tornou socialmente inaceitável usá-los[162].

Mas a pergunta fundamental relacionada a essa classe de mutação constitucional – *como* uma proposição jurídica perde sua validez por falta de aplicação, tornando-se obsoleta – sugere que o desuso não configura explicação suficiente para o fenômeno. Hsü distingue entre a chamada validez técnico-jurídica e a validez social, à qual confere maior importância, em detrimento das teorias positivistas. Nesse sentido, afirma que perda da validez social da norma é um processo inverso à produção normativa do direito consuetudinário, e que os mesmos argumentos que fundamentam um processo devem fundamentar o outro[163].

Nesse sentido, muito mais do que a situação fática que configura o desuso, cria-se uma situação jurídica em que, apesar de existir a norma vigente e válida, não é mais socialmente aceito aplica-la. Segundo o autor "com a perda de seu efeito real a norma constitucional perde, por um lado, seu caráter jurídico e produz, por outro, uma incongruência entre a norma constitucional e a realidade"[164].

A mutação mediante a contradição da Constituição é a mais simples e direta das categorias sugeridas por Hsü Dau-Lin, e a única reconhecida por todos os autores que se dispuseram a descrever o fenômeno da mutação constitucional. A contradição aqui se diferencia da primeira classe de mutação por um critério formalista, aquele em que a

---

[160] Acerca do desuso das normas constitucionais, que autor descreve como a causa de atrofia dos poderes nelas contidos, ver VERMEULE, Adrian, The Atrophy of Constitutional Powers, **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 32, n. 3, p. 421–444, 2012.

[161] Segundo observa o autor, Jellinek foi o primeiro a designar essa classe de mutação constitucional, chamando-a de mutação constitucional pelo desuso, mas "...isso não é correto: porque na realidade a Constituição não se transforma pelo desuso mas pela impossibilidade do seu cumprimento, de modo que o desuso é apenas uma das causas." HSÜ, **Mutación de la Constitución**, p. 36, Tradução nossa.

[162] *Ibid*., p. 37–39.

[163] *Ibid*., p. 67–70.

[164] *Ibid*., p. 74, Tradução nossa.

proposição constitucional violada é um artigo expressamente disposto no texto constitucional. Além de ser a classe de mutação de mais fácil identificação, é também a única que envolve apenas normas positivas, o que explica sua proeminência no período imperial.

Dos escritos do período Hsü extraiu a maior parte dos exemplos citados, como a interferência da chamada Lei Frankenstein na Constituição imperial, descrita por Laband, e o corpo permanente formado pelo Bundesrat naquele período, em contradição à letra da Constituição, segundo a qual o órgão só deveria se reunir periodicamente[165]. Mas a frequência do fenômeno é confirmada também pela abundancia de exemplos extraídos do período da República, como a lei que violou a liberdade de reunião garantida expressamente pela Constituição de Weimar ao limitar esse direito no âmbito dos edifícios do Reichstag; e o condicionamento do poder do Presidente do Reich de conceder indulto e graça à aprovação do Reichstag, quando o próprio texto constitucional previa a liberdade absoluta do Presidente para agir nesse caso[166].

Por fim, na classe da mutação constitucional mediante a interpretação da Constituição, Hsü recorre à doutrina norte-americana para desenvolver o conceito de uma mutação na qual a norma constitucional segue intacta mas a prática constitucional se 'torna' distinta[167]. Todos os exemplos trazidos pelo autor são extraídos do contexto dos Estados Unidos. O mais relevante se refere ao desenvolvimento da doutrina dos *implied powers*, elemento fundamental do constitucionalismo americano praticamente desde a sua fundação.

Hsü traz à tona uma das circunstancias mais extremas em que essa doutrina foi utilizada para alterar, de maneira informal, a Constituição americana. Durante a Guerra de Secessão, os poderes da União foram significativamente ampliados através da cláusula que confere ao governo federal o poder de declarar guerra. Utilizando-se do argumento dos *implied powers*, a União recebeu poderes não expressos no texto constitucional, principalmente em relação à obtenção de receitas – tendo por base que o poder de declarar guerra implicava o poder de financiar a guerra. No entanto, vários desses poderes ditos "emergenciais", pois interpretativamente relacionados à cláusula da guerra, continuaram a ser

[165] *Ibid*., p. 41–42.
[166] *Ibid*., p. 40–41.
[167] *Ibid*., p. 45.

exercidos quando o conflito acabou. Hsü se referiu a isso como uma 'interpretação artificial'[168].

É interessante notar como essa colocação do autor ecoa a expressão 'criação judicial', empregada por Jellinek para qualificar a interpretação nesse mesmo contexto. Ambos os autores parecem sugerir que, embora se utilize o termo e contexto da interpretação judicial, a ocorrência da mutação constitucional é decorrência de um processo que apenas se mascara de interpretação. O exemplo da Guerra da Secessão elegido por Hsü esclarece esse ponto em múltiplos sentidos. Primeiramente, pela estranheza de se interpretar um poder a partir da cláusula constitucional de declarar guerra em tempos de paz; em segundo lugar, pela profunda violação ao espírito em que foi criada a Constituição americana que representa a conferência de novos poderes à União sem correspondência no texto constitucional.

Isso porque na base do sistema político formado pela Constituição americana encontra-se a necessidade de limitar os poderes da União, inequivocamente a maior preocupação dos treze estados que viriam a formar o novo país. A solução encontrada pelos Pais Fundadores foi fazer da União uma instituição de poderes limitados: ela somente teria os poderes que lhe fossem expressamente garantidos no texto constitucional. A União seria, nesse sentido, uma instituição distinta dos governos estaduais, gozadores de poderes plenos: só não lhes é permitido o que é expressamente proibido[169]. Esse esclarecimento é importante porque demonstra que a expansão dos poderes da União no contexto apresentado não opera em lacunas da sintética Constituição americana, mas representaria verdadeira violação de sua natureza.

Hsü se posiciona com a vasta maioria da doutrina alemã, inclusive a doutrina anti-positivista de Weimar, para condenar esse tipo de 'interpretação' como verdadeira manipulação política por parte das cortes. No entanto, aduz que pouco se observara, então, dessa classe de mutação constitucional fora do contexto norte-americano; nenhum exemplo extraído da realidade alemã é empregado pelo autor. Enquanto mantém o viés crítico, Hsü

---

[168] *Ibid*., p. 46–48.

[169] Sobre a discussão acerca dos poderes limitados da União e suas repercussões constitucionais ver BOBBITT, Philip, **Constitutional Fate: Theory of the Constitution**, Nova York: Oxford University Press, 1984, p. 142–156.

identifica essa última classe de mutação constitucional como um fenômeno primordialmente estrangeiro[170].

As classes de mutações constitucionais minuciosamente sistematizadas por Hsü Dau-Lin advém do posicionamento do autor acerca do fenômeno em si. Para ele, compreender a mutação constitucional é um processo que se inicia com a capacidade de compreender a própria Constituição[171]. Tal compreensão, por sua vez, parte da premissa de que a Constituição é especial em relação às demais normas jurídicas. O autor, como observado, adota a concepção Smendiana de que a Constituição abarca o Estado em sua totalidade. Ao mesmo tempo, reconhece que não é missão própria da Constituição, tecnicamente possível ou mesmo sua pretensão positivar essa totalidade estatal, ou prever todas as possibilidades de incidência prática de suas normas. A Constituição, desse modo, caracteriza-se pela concomitante elasticidade e insuficiência de suas normas, características que não acometem as demais normas jurídicas; e, também de forma distinta, tem como auto-finalidade o próprio fortalecimento[172].

Nesse sentido, o fundamento máximo da mutação constitucional para Hsü é justamente a natureza do Estado como realidade vital, que condiciona a necessidade constante de transformação de si próprio e de suas instituições. Estando essa necessidade sempre presente, a ocorrência da mutação constitucional será, segundo afirma, inversamente proporcional à capacidade de reforma da Constituição[173]. A mutação constitucional, assim apresentada, é intencionada pela Constituição, e portanto não caracteriza uma violação à mesma, mas direito, "ainda que não concorde com o texto da lei; é direito ainda que não se possa compreender e entender mediante os conceitos e construções jurídicas formais"[174].

Esse embasamento teórico explica porque com Hsü surgiram classes de mutação constitucional que até então a doutrina não havia reconhecido. Ele permitiu ao autor diferenciar entre as mutações constitucionais em sentido formal – aquelas em que o texto constitucional resta atingido por um processo informal de mudança constitucional – e as

[170] HSÜ, **Mutación de la Constitución**, p. 101–102.
[171] *Ibid*., p. 155.
[172] *Ibid*., p. 157–160.
[173] *Ibid*., p. 161–163.
[174] *Ibid*., p. 166, Tradução nossa.

mutações constitucionais em sentido material, em que a alteração atinge o sistema constitucional, ainda que não propriamente as disposições textuais [175]. A mutação constitucional em sentido material abarca em ampla medida as classes da mutação mediante a prática estatal que não viola formalmente a Constituição e da mutação mediante a interpretação.

A contribuição de Hsü Dau-Lin foi, assim, mais do que um notável exercício de compilação e sistematização do tratamento conferido ao fenômeno da mutação constitucional pela Escola Alemã de Direito Público entre o final do século XIX e a década de 1930 do século XX. O autor não apenas fez importantes ligações, até então inexploradas, entre essa doutrina constitucional alemã e a doutrina constitucional estrangeira, mas também trouxe, a partir de tal combinação, perspectivas verdadeiramente novas ao fenômeno da mutação constitucional. Por sua localização no tempo e no espaço, a obra de Hsü Dau-Lin é a peça final e fundamental para determinar a essência da teoria produzida sobre a mutação até a Segunda Guerra Mundial.

5. Um legado e o futuro

De meados do Império ao fim da República de Weimar, o tema da mutação constitucional perpassou o pensamento de vários dos principais autores desse extraordinário período para a doutrina constitucional, não apenas Alemã, mas também mundial. Mesmo entre aqueles que não deram mais específica atenção a esse curioso conceito, suas contribuições no campo da teoria constitucional afetaram profundamente a percepção do fenômeno da mutação constitucional.

A pergunta que fica, finda a análise dessa cacofonia de vozes, é o que restou do conceito de mutação constitucional a ser repassado, a título de herança, ao profundamente modificado corpo doutrinário do pós-guerra. Não houve, dentre os estudos apresentados, mesmo dois autores que concordassem integralmente acerca da natureza, justificação e classificação da mutação constitucional. Com a exceção de Smend e Hsü Dau-Lin – afinal

[175] *Ibid*., p. 169.

mestre e discípulo – não houveram dois pensadores que sequer pertencessem à mesma filiação teórica analisando o fenômeno da mutação. Embasamentos teóricos distintos levaram a classificações distintas, à identificação de exemplos distintos, à formação de heranças teóricas distintas, quando se tratou da conversa intergerações, e de posicionamentos distintos, quando se tratou do debate intrageracional.

Não obstante tais notáveis divergências entre as peças que formaram o quebra-cabeça doutrinário do qual emergiu a mutação constitucional, uma união organizada das mais valiosas lições deixadas por cada um dos autores analisados pode conferir uma imagem suficientemente clara do conceito; ademais, e talvez de modo ainda mais relevante, o que emerge do estudo desse rico corpo doutrinário é um arcabouço teórico, formado como base e complemento a um fenômeno fático e jurídico de grande importância, e o qual será tão importante quanto o conceito em si quando esse fenômeno for revisitado no futuro.

A base teórica sobre a qual desenvolveu-se a mutação constitucional no período do Império alemão foi aqui amplamente explorada; a escola positivista fundada por Paul Laband, de cunho notavelmente formalista, não oferecia um encaixe fácil com um fenômeno que forçava a realidade sobre o direito positivo. No entanto, a frequência e relevância das mutações constitucionais no período imperial, especialmente em sua segunda metade, não permitiu que os autores positivistas o ignorassem.

Em se vendo obrigado a reconhecer a existência do fenômeno da mutação constitucional, dar-lhe um nome e até mesmo ensaiar uma primeira tentativa de sua sistematização, Laband foi fiel aos preceitos positivistas, banhando o fenômeno em uma perspectiva altamente crítica. A lei e os usos e costumes foram reconhecidos como instrumentos de alteração informal das normas constitucionais. A terceira categoria proposta pelo autor, por sua vez, inauguraria uma das grandes polêmicas relacionadas à mutação constitucional até 1945: a possibilidade de se reconhecer no fenômeno uma capacidade agregadora, de trabalhar nos espaços deixados pela Constituição, e não apenas em contradizê-la.

Essa polêmica seguiria viva no tratamento conferido por Jellinek à mutação constitucional, na medida em que o autor reconheceu mais uma vez a lei as práticas estatais como instrumentos de alteração informal, sublinhando, entretanto, as práticas estatais como

instrumentos que agiriam na presença de lacunas na Constituição. Jellinek também inovou ao reconhecer a possibilidade de a mutação se concretizar por meio da interpretação judicial da Constituição. Apesar das influências não positivistas que levaram Jellinek a ser considerado um positivista de transição, sob a perspectiva da mutação constitucional o autor manteve o viés crítico, condizente com o pensamento positivista, em relação ao fenômeno.

De fato, em um contexto doutrinário dominado pelo positivismo, não seria natural esperar uma reação distinta dos autores do período à ideia representada pela mutação constitucional. Nesse sentido, a transposição das contribuições de Laband e Jellinek para fora do contexto em que foram produzidas é melhor aproveitada através dessa tentativa sistematização, cunhada em um conhecimento ainda jovem, mas recheada de exemplos que ajudam a esclarecer, por um lado, que a mutação constitucional foi uma presença irrefreável durante o período imperial, mesmo sob os protestos da doutrina; e por outro, de que maneira esse fenômeno veio a se manifestar.

As contribuições de Smend e Heller, por sua vez, se desenvolveram em um contexto doutrinário distinto – como a análise do debate Kelsen-Schmitt auxilia em demonstrar. Em Weimar o contexto doutrinário não estava dominado por uma única teoria, permitindo que a discussão acerca da mutação constitucional se desenvolvesse sob um pano de fundo em que a premissa teórica constitucional não se presumia. Isso permitiu que o debate entre Heller e Smend se desenvolvesse primordialmente sobre o pretexto de se a mutação constitucional era ou não compatível com a própria natureza da Constituição.

Em termos mais sofisticados, Heller e Smend tomaram lados opostos do mais conhecido dos debates constitucionais – segurança ou flexibilidade?[176] Ambos continuavam a

[176] Embora o momento exato do nascimento do constitucionalismo moderno seja controverso entre seus estudiosos, todos concordam que a Constituição americana está intrinsecamente ligada à sua origem. A discussão acerca da necessidade, concomitante e irreconciliável, de uma constituição escrita ser segura, ou imutável, ou com "vocação para a eternidade" e flexível. Cass Sunstein observa o quão antigo e fundamental esse debate é ao mostrar que ele começou antes mesmo de a Constituição ser formalmente promulgada, através de um debate protagonizado por James Madison e Thomas Jefferson. Madison, como se percebe claramente através da análise de seus escritos nos Artigos Federalistas, acreditava que a Constituição deveria ser fixa. Ele aceitava os processos formais de alteração constitucional, mas aduzia que mesmo eles deveriam ser reservados para situações raras e extraordinárias. Madison tinha plena confiança no sistema que ajudara a construir; ele acreditava que esse sistema serviria satisfatoriamente as gerações futuras, e portanto deveria ser deixado fora de seu alcance. Thomas Jefferson, por sua vez, insistia que os "mortos não tem direitos", principalmente o direito de impor sua vontade sobre os vivos. Ele acreditava que cada geração deveria "escrever" sua própria Constituição, e portanto que as

reconhecer – na esteira da herança da geração imperial – a mutação constitucional como um fenômeno gerado pelo descompasso entre a norma e a realidade, em que a realidade se sobrepunha. No entanto, enquanto para o primeiro tal sobreposição representava grave ameaça para o núcleo essencial do espírito constitucional, para o segundo ela alimentava a própria essência da natureza da Constituição.

A contribuição de Hsü Dau-Lin para o conceito de mutação constitucional poderia ser resumido como uma ampliação de seu objeto: a "norma constitucional" a ser alterada, para ele, não é apenas a norma escrita em sua acepção direta, mas a norma que emerge da compreensão sistemática e valorativa do texto constitucional. Em suas classes de mutações, a lei e a prática estatal como instrumentos de alteração constitucional informal é a constante da doutrina em todo o período, e a interpretação é sofisticada a partir da sugestão de Jellinek.

Dessa feita, o fenômeno da mutação constitucional se solidifica como a alteração da norma constitucional formal por um processo informal, causado pela incongruência entre a norma e realidade, em que a segunda se sobrepõe à primeira; se solidifica como um fenômeno fático antes de (se tornar) um fenômeno jurídico; e se solidifica como um processo que pode vir a envolver todos os poderes do estado, sendo a lei, as práticas estatais ou executivas e o controle de constitucionalidade instrumentos aptos a concretiza-la.

É interessante observar que quem melhor descreveu o processo, pouco explorado pelos autores aqui analisados, de concretização – ou normatização – das mutações constitucionais foi Carl Bilfinger, citado por Hsü ao afirmar a necessidade de se distinguir o processo de mutação constitucional e a mutação constitucional em si mesma; segundo o autor, a mutação constitucional nada mais seria do que a consequência desse processo, direito que brota de uma fonte originária especial. O processo em si, por sua vez, seria um fenômeno fático juridicamente incompreensível[177].

---

mudanças constitucionais deveriam ser acessíveis e frequentes. O argumento de Sunstein prossegue no sentido de que, embora a primeira vista Madison tenha sido o vencedor do debate - pois a Constituição americana foi emendada pouquíssimas vezes em seus mais de duzentos anos de vigência - as constantes e profundas alterações informais sofridas pela Constituição garantiram a vitória para Jefferson. Ver SUNSTEIN, Cass R., **A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before**, Princeton: Princeton University Press, 2011, p. 1–7.

[177] HSÜ, **Mutación de la Constitución**, p. 167.

Como um seguidor do pensamento de Smend, Hsü Dau-Lin descartou tal colocação, na medida em que a separação entre o fato e a norma é excessivamente pronunciada. Na compreensão de Hsü, tal separação não seria apenas desnecessária mas inadmissível, devendo a doutrina aceitar a força normativa dos fatos. Mas um autor como Heller, por exemplo, certamente demonstraria maior simpatia pelas colocações de Bilfinger. A construção do fenômeno da mutação constitucional como um processo em duas etapas – uma fática e uma jurídica – não apenas auxilia em sua compreensão, mas também está muito mais próximo das direções teóricas tomadas pela doutrina constitucional do século XXI para explicar o fenômeno da mutação constitucional.

Esse último ponto demonstra em que a herança da Escola Alemã de Direito Público, no que se refere à mutação constitucional, deixou tantas perguntar quanto respostas. Em seu núcleo se encontra a descrição de um fenômeno: uma realidade constitucional que afeta os próprios fundamentos da teoria jurídica e por isso não poderia ser ignorado. Reconhecer a ocorrência da mutação constitucional, tentar dar-lhe nome e rosto através de classificações e exemplos foi a principal contribuição dos doutrinadores do período. Mas esses autores também procuraram, cada um à sua maneira, responder perguntas de segunda ordem, acerca da compatibilidade das mutações com a própria natureza da Constituição, sua legitimidade e seus limites. Nesses pontos, as respostas não foram tão convergentes.

Todos os autores que reconheceram a mutação constitucional como um fenômeno externo ao direito – e pregaram por sua incompatibilidade com o sistema constitucional – concordaram que este não poderia lhe impor limites; Heller, embora não fosse adepto de uma alienação completa da mutação constitucional do âmbito do direito, acabou por reconhecer que a tentativa de limitar as mutações constitucionais seria sempre infrutífera, pois a normalidade prevaleceria sobre a normatividade. Smend e Hsü Dau-Lin, paradoxalmente os autores que enxergavam a mutação constitucional sob a melhor ótica, acreditando em sua compatibilidade com a natureza da Constituição, aduziam que limites tinha que ser impostos para que a mutação fosse parte integrante do sistema jurídico, ainda que esses limites fossem vagos e imprecisos.

Com isso resta claro que na riqueza e nuance dos argumentos traçados nesse riquíssimo período para o estudo do direito constitucional está o início de um processo de

descoberta, e não um fim. Os doutrinadores da Escola Alemã que, ao longo de quatro décadas, debruçaram-se sobre o fenômeno da mutação constitucional ofereceram o reconhecimento de um conceito fascinante, e até mesmo meios eficazes de reconhece-lo. Mas junto com esse legado eles deixaram perguntas fundamentais, sobre o que esse fenômeno significava para o sistema constitucional, se era desejável ou até mesmo necessário conviver com ele, ou se ele deveria ser rejeitado.

Essas e outras perguntas serão retomadas nos capítulos seguintes, mas antes que se chegue a elas, uma breve análise do estudo do fenômeno da mutação constitucional após a Segunda Guerra Mundial, na Alemanha e fora dela, demonstrará que o primeiro desafio sequer alcançava as perguntas que a doutrina ora analisada falhou em responder; ele consistiu, ao revés, na compreensão adequada do fenômeno descrito pelos doutrinadores do Império e da República de Weimar, como um processo fático e jurídico independente do contexto teórico a que pudesse ser transplantado. Só depois de esclarecer se as vozes nesse debate ainda estão falando sobre o mesmo tema poder-se-á passar a novas análises da mutação constitucional.

CAPÍTULO II – (DES)CONSTRUÇÃO: A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO (RE)INTERPRETAÇÃO

" 'Não tem importância', dizia José Arcádio Buendía.
'O essencial é não perder a orientação'."[178]

1. O renascimento (e a reinvenção) de um conceito

Nunca é possível prever o que será feito de uma herança, especialmente no âmbito da transmissão do conhecimento. Tradições se criam nessa área principalmente através do instituto da orientação, quando novos especialistas são formados através do contato direto com a doutrina consolidada. A teoria da mutação constitucional certamente sofreu as consequências da destruição do ambiente acadêmico em que foi criada. Os reforços de reconstrução e continuidade foram insuficientes para poupa-la da distorção em novos contextos.

O processo de redescobrimento da disciplina jurídica, após uma quebra tão radical na continuidade dos estudos do direito constitucional, ou de qualquer outro campo, no contexto alemão se mostra particularmente desafiador. Os anos que separam a desintegração da República de Weimar e os primeiros sinais de uma reconstrução do Estado constitucional na Alemanha – que somente se concretizaria de fato com a edição da Lei Fundamental de Bonn em 1949 –, marcados pela ditadura Nacional-Socialista e pelos horrores do Holocausto, em nada contribuíram para o desenvolvimento de qualquer tema no âmbito do direito constitucional.

De fato, Stolleis aduz que a destruição involuntária do direito constitucional no período da Segunda Guerra, não apenas pela interrupção da produção acadêmica, mas pela perda de seu próprio referencial com a efetiva derrota do sistema constitucional vigente (sem que

[178] Gabriel García Marquéz, em *Cem Anos de Solidão*.

surgisse outro para substituí-lo)[179] foi acompanhada por uma autodestruição voluntária da disciplina jurídica, levada à cabo pelos próprios doutrinadores que a compunham[180].

Entretanto, se haveria uma ponte a ser transposta entre a rica herança teórica constitucional do Pré-Guerra, e o contexto radicalmente distinto sobre o qual lentamente se construía a República Federal da Alemanha, ela se concretizaria através dos (poucos) acadêmicos que retornariam à suas atividades nesse período. Sob a perspectiva da mutação constitucional, as opções se mostravam esparsas. Heller perecera antes mesmo da República de Weimar, em 1933[181]; Schmitt caíra em desgraça após 1936, quando passou a ser renegado pelo regime nazista que destruíra sua reputação para apoiar[182]; Kelsen havia se radicado nos Estados Unidos após a perseguição sofrida durante o regime, e jamais retornaria à Europa[183].

Rudolf Smend seria o único dentre os doutrinadores de maior relevância no direito constitucional em Weimar a retornar à esfera pública alemã após 1945, notoriamente ao presidir seminários em direito constitucional dos quais foram alunos alguns dos mais importantes juristas da República Federal da Alemanha, entre os quais Konrad Hesse e Peter Häberle[184]. O autor gozou de longa carreira acadêmica após a Guerra, lecionando quase até sua morte em 1975. Smend posteriormente orientaria a tese de doutorado de Hesse, e seus estudos exerceriam considerável influência sobre o pensamento daquele autor.

Em 1973, Hesse publica um curto ensaio que ele próprio insinua ser o primeiro aceno doutrinário ao tema da mutação constitucional desde a República de Weimar[185][186]. Essa longa ausência se justificava, em primeiro plano, pelo período de estabilização que tanto a doutrina

---

[179] O autor observa que "Ninguém deve presumir que que [o Direito do Estado] ainda tinha qualquer influência mesurável, qualquer possibilidade de moldar esse processo, ou mesmo meramente uma função de alerta com relação à política...Nesse sentido, a teoria do Direito do Estado havia sido reduzida desde o princípio ao papel de servir os novos governantes, comentando suas atividades e ocasionalmente descrevendo-as em termos mais precisos - quando isso não parecesse inteiramente dispensável." STOLLEIS, **1914-1945**, p. 335–336.

[180] Ver, de modo geral, *Ibid*., p. 332 e ss.

[181] CALDWELL, **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law**, p. 142.

[182] STOLLEIS, **1914-1945**, p. 335.

[183] TREVINO, A. Javier, **Classic Writings in Law and Society**, Londres: Transaction Publishers, 2011, p. x.

[184] CALDWELL, **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law**, p. 144.

[185] No original HESSE, Konrad, Grenzen der Verfassungswandlung, *in*: EHMKE, Horst *et al*, **Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag.**, Berlim: Duncker & Humblot, 1973, p. 123–141.

[186] Segundo o autor, até então pouca atenção se havia dado ao tema sobre a égide da Lei Fundamental de Bonn. HESSE, Limites da Mutação Constitucional, p. 147.

quanto o próprio novo sistema constitucional tiveram que passar para se estabelecer no Pós-Guerra. Mas Hesse observa também que até então a Lei Fundamental não havia experimentado nada semelhante às profundas mudanças informais descritas por Laband e Jellinek[187].

Essa situação de notável estabilidade constitucional não era atribuída pelo autor apenas a uma correspondente estabilidade política experimentada nas primeiras décadas de vigência da Lei Fundamental promulgada em 1949, mas principalmente às atividades do Tribunal Constitucional estabelecido em 1951[188], que segundo descreveu Hesse agia desde então como um 'árbitro' das disputas entre os demais poderes e, principalmente, de possíveis violações que esses pudessem infringir à Lei Fundamental[189]. Ademais, conforme observa, as reformas constitucionais formais, bastante frequentes no período, diminuíam a necessidade de uma eventual mutação – e aduz, a um só tempo, que na ausência dessas reformas as mutações podem voltar a se tornar frequentes[190]. Estando presentes as mutações constitucionais, Hesse assume que caberá ao Tribunal Constitucional aferir sua legitimidade e que, por isso, devem ser estabelecidos os limites para sua ocorrência[191].

Mesmo nessas breves linhas de texto já é possível perceber que Hesse, em sua percepção da mutação constitucional, se posiciona em ponto muito distante da doutrina que o precedeu, especialmente por sua confiança na possibilidade de estabelecer limites à mutação constitucional, e limites suficientemente precisos para servirem de parâmetro no exercício do controle de constitucionalidade. A primeira conceituação da mutação constitucional oferecida por Hesse, logo em seguida, é simples. Segundo o autor "Tanto o Tribunal Constitucional Federal como a doutrina atual entendem que uma mutação constitucional modifica, de que maneira for, o conteúdo das normas constitucionais de modo que a norma, conservando o mesmo texto, recebe uma significação diferente."[192]

---

[187] *Ibid*., p. 149.

[188] Ver, acerca da criação do Tribunal Constitucional em uma perspectiva similar à defendida por Kelsen KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russell A., **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**, Durham: Duke University Press Books, 2012, p. 3 e ss.

[189] HESSE, Limites da Mutação Constitucional, p. 150.

[190] *Ibid*., p. 151.

[191] *Ibid*.

[192] *Ibid*.

Hesse observa que a velha doutrina compreendera tal conceito com um sentido diferente, "substancialmente mais amplo"[193]. O sentido dessa observação, no entanto, só se torna claro nas páginas seguintes. Nesse interregno, várias anotações feitas pelo autor afastam sua compreensão acerca do fenômeno daquela da doutrina tradicional, entre as quais a de que o fator tempo não é importante para a compreensão do fenômeno das mutações constitucionais[194]. O conceito de mutação com o qual trabalhava a doutrina tradicional encontrava seu núcleo no descompasso entre a norma e a realidade; tal fenômeno tinha início no plano fático, e somente afetava a norma na medida em que a prática dela se afastava. Nesse contexto, o fator tempo era de fato essencial.

A "restrição" do conceito de mutação constitucional advogada por Hesse se torna ainda mais incompatível com o conceito pautado pela doutrina tradicional – no qual, em tese, se baseava – na medida em que o autor afirma que ver a mutação a contradição entre a norma e a realidade não seria admissível, pois a mudança vinculada por tal contradição não atingiria meramente o *conteúdo* da norma[195]. Essa afirmação será esclarecida nas páginas seguintes, mas desde esse ponto fica claro que Hesse não se propõe meramente a restringir o conceito de mutação constitucional desenvolvido pela doutrina tradicional, mas a abandonar o núcleo de sua definição.

Enquanto trata da mutação constitucional como a mudança de sentido da norma, Hesse adverte que essa deve ser uma atividade empreendida com imensas reservas. Assim como Smend, Hesse continua a acreditar na função integradora da Constituição, o que se traduz para ele em três sub-funções distintas: a racionalizadora, a estabilizadora e a limitadora de poder; todas as quais, aduz, dependem de um apoio 'sem reservas' ao conteúdo da Constituição[196]. Nesse sentido, afirma que:

> Se o texto da Constituição é igualmente vinculante para todos, inclusive para os governantes, então se conta com uma base comum de argumentação; obriga a explicar se uma conduta coincide ou não com a Constituição; exime de estar continuamente solucionando questões já decididas, dificultando ou impedindo novos

[193] *Ibid*.
[194] *Ibid*., p. 152.
[195] *Ibid*., p. 153–154.
[196] *Ibid*., p. 161–162.

> questionamentos; é, sobretudo, elemento irrenunciável da proteção que a Constituição exerce sobre grupos não hegemônicos. O texto contém, acima de uma maior ou menor necessidade de interpretação, elementos firmes a respeito dos quais, apesar de interesses e pré-compreensões opostos, não cabe discussão.[197]

Fica claro, nesse sentido, que a função integradora da Constituição, na perspectiva de Hesse, tem por principal preocupação lidar com o pluralismo, e encontra no texto constitucional a base necessária para realizar essa tarefa. Daí porque Hesse entende por "inadmissível" a noção de que o texto possa vir a ser violado pela realidade.

O autor reconhece que o problema fundamental do direito constitucional é justamente a relação entre a norma e a realidade; como não poderia deixar de ser, essa perspectiva encontra-se também no centro das preocupações doutrinárias acerca da mutação constitucional, sendo a chave das divergências entre os autores da doutrina tradicional e também entre eles e Hesse. No âmbito da doutrina tradicional, essa questão já foi amplamente discutida: enquanto Laband e Jellinek (esse último com ressalvas) defendiam a separação absoluta entre a norma e a realidade, Smend e Hsü reconheciam uma união intrínseca entre elas; Heller, conforme observa também Hesse[198], se posicionava em um meio termo, nem advogando por uma separação absoluta, nem reconhecendo a união radical que advinha da teoria de Smend.

A proposta de Hesse limitava a influência da realidade sobre a norma a uma alteração interna da última. A alteração do sentido ocorria no interior da norma, e portanto dentro de seus próprios limites. Não mais era possível falar em uma alteração que necessariamente romperia esses limites porque advinha de fora, de fatores externos[199]. Nesse ponto crucial a teoria Hessiana se afasta absolutamente da doutrina tradicional acerca da mutação constitucional.

Para conceber dessa (distinta) relação entre norma e a realidade, Hesse se utiliza dos conceitos de Müller. Nessa percepção, somente algumas realidades podem ser relevantes para a norma: aquelas que se encaixam em seu programa normativo[200]. A única conclusão possível,

---

[197] *Ibid*., p. 162.
[198] *Ibid*., p. 165.
[199] *Ibid*., p. 166.
[200] Segundo o autor: "A instância que decide se a alteração fática pode ser relevante para a norma, quer dizer, se o fato modificado pertence ao âmbito normativo, é o programa normativo que se contém substancialmente no texto da norma constitucional (e que deve ser interpretado com os instrumentos tradicionais). Só enquanto esse

nesse contexto, é logo anunciada pelo autor: o limite da mutação constitucional é o próprio texto constitucional. Onde se encerram as possibilidades de interpretação da norma encerram-se também as possibilidades da mutação[201]. O autor esclarece a consequência lógica de que esse limite à mutação constitucional somente garante proteção à norma subjacente na medida em que seu programa normativo é limitado. Mas mudanças constitucionais que se operem fora desse plano normativo são tidas por Hesse não como mutações, mas como verdadeira quebra ou anulação da Constituição[202].

Essa verdadeira reinvenção do conceito de mutação constitucional é reconhecida e analisada na obra de outro grande acadêmico e contemporâneo de Hesse, Ernst Böckenförd. No âmbito da análise do conceito de mudança constitucional, o autor destaca dois possíveis caminhos: o primeiro se refere à relação entre o direito constitucional e a realidade – no qual, segundo o autor, não se altera o *conteúdo normativo* da Constituição, mas sua aplicação no âmbito da realidade – e o segundo à mudança de significado da norma constitucional, que por sua vez poderia alterar o conteúdo normativo da mesma ou não[203]. O autor aduz ainda que a reforma constitucional tácita somente se produz mediante a alteração do conteúdo normativo da Constituição[204].

Apesar de não se utilizar, nesse momento, do termo mutação constitucional, Böckenförd já revela conclusões fundamentais sobre sua teoria acerca das mudanças constitucionais informais. Em primeiro lugar, ao relacionar o primeiro caminho às obras de Heller, Smend e Hsü Dau-Lin e o segundo à de Hesse, o autor reconhece a diferença fundamental entre elas. Ademais, suas observações acerca da capacidade de alteração do conteúdo normativo da Constituição demonstra que, para o autor, o conceito tradicional de mutação constitucional resta rejeitado, não se atingindo através do mesmo o que chama de reforma constitucional tácita.

---

fato novo ou modificado resulte pertencente ao âmbito normativo pode-se aceitar também uma mudança da norma." *Ibid*., p. 167.

[201] *Ibid*., p. 168.

[202] *Ibid*., p. 169–170.

[203] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**, [s.l.]: Trotta Editorial, 2000, p. 182.

[204] *Ibid*., p. 183.

Böckenförd não apenas afirma que essa concepção tradicional das mudanças constitucionais informais é uma mera consequência da ausência de um sistema organizado de controle de constitucionalidade, tendo, nesse sentido, a função única de *constatar* a ocorrência dessas mudanças informais[205], mas também que em um sistema constitucional em que o controle de constitucionalidade resta estabelecido – o único em que essas mudanças constitucionais poderiam adquirir conteúdo dogmático – somente é possível encarar as mesmas sob a égide da interpretação das normas constitucionais[206].

O autor conclui, desse modo, que a mudança constitucional se refere à modificação do conteúdo da norma constitucional sem que o texto seja alterado, enquanto outros significados vinculados ao termo "não ficam por isso privados de sentido; mas perseguem outros interesses de conhecimento, e deveriam portanto expressar-se sob fórmulas diferentes"[207].

Konrad Hesse e Ernst Böckenförd não foram os únicos autores de consequência a tratar do tema da mutação constitucional no contexto da República Federal da Alemanha, mas sua influência não pode ser minimizada, principalmente tendo em vista o quanto o trabalho tem sido disseminado no Brasil nas últimas décadas. Na própria Alemanha foram doutrinadores de imenso prestígio, e ademais juizes do poderosíssimo Tribunal Constitucional Alemão por mais de uma década, e até concomitantemente por um curto período. A redefinição do conceito de mutação constitucional proposta por esses autores provou-se duradoura, não apenas na Alemanha[208], mas além: pois a teoria da mutação constitucional não se mostrou imune à tendência generalizada de expansão da doutrina constitucional alemã pelo mundo no último meio século.

2. Um novo conceito, em terras brasileiras

[205] *Ibid*.

[206] *Ibid*., p. 184–185.

[207] *Ibid*., p. 185, Tradução nossa.

[208] Dentre autores de renome na academia alemã, Peter Häberle - que completou seu doutoramento sob a supervisão de Hesse - adotou o conceito Hessiano de mutação ao tratar do tema. Sobre a teoria de Häberle, ver HÄBERLE, **Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta Dos Interpretes Da Constituição: contribuição para a interpretação plutalista e "procedimental" da Constituição** O mesmo pode ser extraído da teoria de Friedrich Müller, citado pelo próprio Hesse.

Cada país percorreu seu próprio caminho ao incorporar a mutação constitucional à sua tradição jurídica. Invariavelmente, a gênese do conceito é rastreada aos estudos desenvolvidos pela Escola Alemã de Direito Público na virada do século XX e no conturbado período da República de Weimar. Alguns doutrinadores se limitaram a buscar aquela antiga doutrina como referência, e fizeram sua própria modernização; outros se basearam exclusivamente na doutrina mais recente, normalmente adotando o conceito cunhado por Hesse. Outros, ainda, reuniram doutrinadores alemães do Pré e do Pós-Guerra como uma fundação teórica única (e normalmente acabavam por adotar o conceito de cunho Hesseniano). O Brasil se encaixou, na maior parte das vezes, na terceira hipótese.

A primeira menção ao termo mutação constitucional de que se tem notícia no contexto brasileiro precedeu a Constituição atual, consistindo na abrangente tese doutoral de Anna Cândida da Cunha Ferraz, defendida na Universidade de São Paulo em 1982[209]. A autora estabeleceu a existência de dois tipos de mutação: as constitucionais, que não violentam a Constituição e suportariam o escrutínio do controle de constitucionalidade; e as inconstitucionais, que contrariam a Constituição e não resistiriam mediante o controle judicial de constitucionalidade[210].

Os requisitos para a ocorrência da mutação *constitucional* são descritos por Ferraz como (i) a alteração no sentido, no significado ou no alcance da norma constitucional; (ii) a não ofensa à letra ou ao espírito da Constituição; e (iii) o processamento de forma distinta daquele que resulta na reforma constitucional. A mutação inconstitucional, por sua vez, pode ocorrer em decorrência de dois fatores: a inexistência ou a ineficácia do controle de constitucionalidade ou em decorrência da ideia de que qualquer obstáculo à aplicação da Constituição seria incompatível com essa[211].

A referencia direta de Ferraz na obtenção do conceito de mutação constitucional da doutrina é retirada da obra de Karl Loewenstein[212], filósofo e jurista de grande consequência

---

[209] A tese foi posteriormente publicada em 1986. Ver FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, **Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**, [s.l.]: Max Limonad, 1986.
[210] *Ibid*., p. 8.
[211] *Ibid*., p. 11–13.
[212] *Ibid*., p. 9.

desde o período da República de Weimar. Em 1933, com a ascensão do regime nazista, Loewenstein emigrou para os Estados Unidos, inicialmente para lecionar em Yale, e permaneceu no país durante várias décadas, retornando à Alemanha apenas nos anos 1960. Foi nesse período final de sua carreira (Loewenstein faleceria em 1973) que lançou sua magistral *Teoria da Constituição*[213], na qual explora brevemente o conceito de mutação constitucional.

A definição de mutação constitucional de Loewenstein, por sua vez, é extraída da obra de Jellinek[214]. Segundo o autor, na mutação constitucional se produz uma transformação da realidade, da configuração do poder político, da estrutura social e do equilíbrio de interesses, sem que essas transformações sejam atualizadas ou refletidas no texto constitucional, que permanece intacto[215]. Não obstante, a concepção de Hesse acerca da mutação constitucional está refletida na obra de Anna Cândida da Cunha Ferraz – muito embora sua obra sequer integre a bibliografia compilada pela autora, e a obra de Loewenstein preceda os apontamentos cunhados por Hesse acerca da mutação.

A partir da concepção de mutação constitucional adotada, Ferraz se lança sobre uma discussão que se tornaria familiar à doutrina constitucional brasileira nas décadas seguintes: a investigação para determinar em que medida a interpretação da constituição pode ser tomada por mutação constitucional[216]. A autora aduz que a interpretação das normas constitucionais resultaria em mutação quando atribuísse sentido novo, mais abrangente e distinto do anteriormente aceito à norma constitucional[217].

A interpretação como mutação poderia ser não apenas judicial, mas também legislativa[218] e administrativa[219]. No entanto, sem dúvida maior atenção é dada à interpretação judicial como forma de mutação constitucional. Aqui a autora afirma, espelhando Hesse, que a mutação somente será possível quando a norma constitucional for flexível, permeável a novos

---

[213] No original LOEWENSTEIN, Karl, **Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten**, Heidelberg: Springer-Verlag, 1959.
[214] LOEWENSTEIN, Karl, **Teoría de la Constitución**, Barcelona: Ariel, 1979, p. 164.
[215] *Ibid*., p. 165.
[216] FERRAZ, **Processos informais de mudança da constituição**, p. 19.
[217] *Ibid*., p. 58–59.
[218] *Ibid*., p. 64 e ss.
[219] *Ibid*., p. 146 e ss.

conteúdos e, geralmente, quando a Constituição for sintética[220]. Entre as formas interpretativas que podem resultar na mutação, destaca a interpretação evolutiva e a construção constitucional, com vários exemplos retirados do contexto norte-americano[221].

A qualificação da mutação constitucional como forma de interpretação toma a maior parte da obra de Ferraz. Há ainda a exploração do costume como instrumento para a concretização de mutações constitucionais, mas sob limitações extremamente rígidas. Ferraz aduz que o costume conferiria força de lei a uma prática reiterada não prevista na Constituição. Adverte, entretanto, que não poderia o costume reformar a Constituição ou contradizê-la, agindo apenas em seu silêncio, ainda que não eloquente. A autora cita como exemplos a proibição (não-escrita) de uma segunda reeleição nos do Presidente nos Estados Unidos, que vigeu durante mais de cento e cinquenta anos, e a prática brasileira de não cumprimento, pelo executivo, de lei tida por inconstitucional, mas formalmente válida[222].

No último título da obra Ferraz trata das mutações inconstitucionais, aquelas que, segundo a autora, atingem a Constituição contra a sua letra ou o seu espírito[223]. Destaca como categorias de mutações inconstitucionais (i) os processos manifestamente inconstitucionais, que incluem as leis, os atos administrativos e a interpretações constitucionais *contrários* à Constituição; e os chamados processos anômalos, que envolvem (ii) a inércia, conceituada como uma inatividade consciente na aplicação da Constituição; (iii) o desuso, que seria uma inobservância consciente, consentida e pública da previsão constitucional; e (iv) a mutação tácita, que tem por base uma emenda incompleta, pouco clara ou conflitante com a Constituição[224].

É interessantíssimo constatar o quanto as categorias de mutações inconstitucionais indicadas por Ferraz refletem as categorizações criadas pela doutrina alemã tradicional, como as de Jellinek e Hsü Dau-Lin. A tese da autora demonstra claramente o quanto o conceito moderno de mutação constitucional, que a descreve como uma instância de interpretação normativa, inverte absolutamente o conceito tradicional; os limites da interpretação

[220] *Ibid*., p. 105–106.
[221] *Ibid*., p. 125 e ss.
[222] *Ibid*., p. 182–206.
[223] *Ibid*., p. 213.
[224] *Ibid*., p. 213–252.

constitucional, que deveriam limitar o fenômeno da mutação em suas margens externas, se transmutam nos limites internos ao fenômeno. Tudo o que antes era conceituado como mutação constitucional passa ao status de mutação inconstitucional – deformações a serem repudiadas e combatidas.

Os anos seguintes registraram pouco interesse da doutrina nacional pelo fenômeno da mutação constitucional. Uma nova Constituição foi promulgada, seguida por um longo período em que o assunto mais importante da esfera do direito constitucional era a adaptação a um sistema acentuadamente distinto do anterior. Somente na década de 2000 o tema voltaria ao primeiro plano do interesse doutrinário; nesse meio tempo, no entanto, um trabalho produzido em 1996 registra de forma relevante a maneira através da qual a doutrina brasileira vinha absorvendo a teoria acerca da mutação constitucional.

O artigo de Uadi Lamêgo Bulos introduz o conceito de mutação constitucional através da chamada doutrina tradicional: o autor cita os escritos de Laband, Jellinek e Hsü Dau-Lin, revivendo a já familiar fórmula de que "a mutação constitucional é a separação entre o preceito da Lei Suprema e a realidade"[225]. Na sequência, reconhece as contribuições da doutrina alemã moderna, destacando as definições de Hesse – a mutação "não afeta o texto como tal – o qual permanece intocado – mas a concretização do conteúdo das normas constitucionais"[226] – e Müller, acerca da mutação se desenvolver no âmbito do "programa normativo" da norma[227].

Bulos esclarece seu próprio posicionamento de maneira imediata ao indicar que:

> ...denomina-se mutação constitucional o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais.[228]

[225] BULOS, Uadi Lamêgo, Da Reforma à Mutação da Constituição, **Revista de Informação Legislativa**, v. 33, n. 129, p. 25–43, 1996, p. 26.
[226] HESSE apud *Ibid*., Tradução nossa.
[227] *Ibid*., p. 27.
[228] *Ibid*.

O autor não se dedica a explorar as diferenças entre o conceito de mutação constitucional que adotou, cunhado na doutrina alemã moderna, e o conceito da doutrina tradicional, mas reconhece, em relação com o tema, que Hesse rechaça a noção, defendida por outros autores, de que as mutações constitucionais ocorrem em momentos cronologicamente distintos, de maneira natural e sem previsibilidade, filiando-se ao posicionamento daquele[229]. A partir de então, segue analisando o fenômeno a partir da concepção adotada.

Sistematizando, ao final, suas próprias categorias, Bulos afirma que as mutações constitucionais podem ser (i) operadas em virtude da interpretação constitucional; (ii) decorrentes de práticas constitucionais; (iii) através da construção constitucional; e (iv) as que contrariam a Constituição, ou seja, as mutações inconstitucionais. Apesar de incluir as mutações inconstitucionais em sua sistematização, o autor adverte que elas "nada tem em comum" com as mutações constitucionais, pois violam a letra da lei e desbordam o controle de constitucionalidade[230].

Em 2000, José Afonso da Silva também se debruçou sobre o tema das mutações constitucionais[231][232]. Ao tratar das formas de mudança constitucional, aduziu, de modo interessante, a possibilidade de que a desarmonia entre a Constituição jurídica e os fatores reais de poder – invocando Lassale – transforme aquela em mera folha de papel, esvaziando seu conteúdo normativo. Prevaleceriam então as práticas políticas desvinculadas dos limites impostos pelo ordenamento. A esse processo, no entanto, não confere o título de mutação constitucional, mas o de "práticas inconstitucionais" ou "desconstitucionalização"[233].

A mutação constitucional, por sua vez, é tida na doutrina do autor como as mudanças que se operam na Constituição sem alterar o enunciado formal, ou a letra do texto, "por força da modificação das tradições, da adequação político-social, dos costumes, de alteração empírica e sociológica, pela interpretação e pelo ordenamento de estatutos que afetam a

---

[229] *Ibid*., p. 29–30.
[230] *Ibid*., p. 34.
[231] Primeiramente em SILVA, José Afonso da, **Poder Constituinte e Poder Popular (Estudos sobre a Constituição)**, São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 279 e ss.
[232] O tema também é tratado, com revisões e acréscimos, em SILVA, **Teoria do Conhecimento Constitucional**, p. 292 e ss.
[233] *Ibid*., p. 292–293.

estrutura orgânica do Estado"[234]. O autor explora a chamada doutrina tradicional alemã, citando Laband, Jellinek, Heller e Hsü, mas principalmente para critica-la como flexibilizante das Constituições rígidas e, consequentemente, ameaçadora para sua força normativa e para os direitos fundamentais[235].

O autor declara, por fim, *inaceitável* a teoria tradicional das mutações constitucionais, que somente poderiam ser consideradas quando não contrariassem a Constituição. Adota assim, expressamente, o "conceito estrito" de mutação constitucional proposto por Hesse[236]. Aduz, nesse sentido, que:

> Se as mudanças constitucionais constituem tema do direito constitucional, então, sua fundamentação não pode ser senão jurídico-constitucional – o que implica reconhecer que a mudança não formal da Constituição não se produz, ainda no dizer de Hesse, através de fatos da "realidade" que atuem "de fora" sobre a Constituição, nem tampouco só através de modificações da "situação constitucional", segundo Laband, ou "necessidade política", na expressão correspondente de Jellinek...O que Hesse quer dizer com isso é que as necessidades vitais do Estado constitucional não só consistem em exigências políticas de certo tipo, mas também delas forma parte a função racionalizadora, estabilizadora e limitadora da Constituição. O princípio da vinculação da Constituição, que consiste em que todos ficam sujeitos às suas normas, impede que haja situações fáticas ou realidade política acima ou à margem de suas regras. Se uma conduta ou uma prática política não coincidem com a Constituição, não se trata de forma de mutação constitucional, mas de forma de desrespeito ou de fraude à Constituição.[237]

Não obstante as valiosas contribuições produzidas até então, somente uma sequência de acontecimentos ocorridos entre os anos de 2004 e 2006 colocaria em real evidência o fenômeno da mutação constitucional na esfera jurídica brasileira. O (já então) Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes publicaria em 2004 um artigo discutindo a função do Senado Federal – prescrita no Art. 52, X, da Constituição de 1988 – de "suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal". O dispositivo determina a possibilidade de participação do Senado Federal do processo de controle judicial de constitucionalidade para emprestar efeitos *erga omnes* às decisões do sistema difuso ou concreto – conforme pode ser inferido por sua

[234] *Ibid*., p. 294.
[235] *Ibid*., p. 294–295.
[236] *Ibid*., p. 295.
[237] *Ibid*., p. 296.

interpretação conjunta com o Art. 102, § 2º da Carta –, decisões essas que possuem, via de regra, efeitos *inter partes*.

A análise de Mendes se inicia muito antes da instituição do sistema constitucional atual, uma vez que o dispositivo vem sendo reproduzido nas Cartas Constitucionais desde a de 1934[238]. O autor dedica, assim, uma seção à análise das discussões legislativas acerca do dispositivo e à sua aplicação nos sistemas constitucionais anteriores ao de 1988, com o objetivo de demonstrar, a seguir, as profundas mudanças que este, não obstante a decisão de manter a provisão com redação idêntica, sofreu em relação àqueles. Entre as mais relevantes, Mendes destaca a ampliação notável do sistema concentrado do controle de constitucionalidade das normas, e afirma que tal contexto fático e jurídico distinto acabou por alterar o sentido inicial da norma prevista no supracitado Art. 52, X, que teria assumido uma "índole exclusivamente histórica"[239].

Dentre os argumentos empregados na justificativa dessa modificação, o autor aduz que a natureza crescentemente complexa do controle de constitucionalidade de normas, comparada ao alcance restrito do dispositivo constitucional, vinha criado situações anômalas, nas quais decisões constitucionais de igual porte receberiam tratamentos distintos. Seria o caso de decisões que, ao invés de simplesmente declarar a inconstitucionalidade da norma, lançariam mão de técnicas de decisão como a interpretação conforme a Constituição, ou a declaração de nulidade sem redução de texto; ou, ainda, decisões que declarassem a não-recepção de normas anteriores a 1988 pela nova Constituição. Em todos esses casos, o Senado não poderia interferir para emprestar eficácia *erga omnes* às decisões[240].

A soma dos fatores argumentados levam o autor a observar que, no sistema constitucional de 1988, não apenas "pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente", mas também, com a evolução da prática do controle de constitucionalidade, a participação do Senado Federal perdeu muito de sua utilidade original[241]. A partir de então,

[238] MENDES, O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade, p. 149–155.
[239] *Ibid*., p. 155–156.
[240] *Ibid*.
[241] *Ibid*., p. 158.

Mendes demonstra que na prática do Supremo Tribunal já se vinha reconhecendo, em diversas instâncias, a eficácia erga omnes de decisões tomadas em sede de controle concreto sem se acudir à participação do Senado Federal[242].

Por todo o contexto apresentado, o autor lança a tese de que a norma prescrita no Art. 52, X da Constituição Federal de 1988 sofrera uma mutação constitucional. Aduz, nesse sentido, que:

> ...a Constituição de 1988 modificou de forma ampla o sistema de controle de constitucionalidade, sendo inevitáveis as *reinterpretações* ou *releituras* dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, especialmente da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal.[243]

Logo em seguida, Mendes se refere à necessidade de conferir *nova compreensão* à norma prescrita no Art. 52, X. O autor não dedica maior atenção a análises teóricas acerca do conceito de mutação constitucional, aduzindo apenas tratar-se de uma "reforma da Constituição sem expressa modificação do texto", e citando como fontes a tese de Anna Cândida da Cunha Ferraz e as obras de Jellinek e Hsü Dau-Lin[244]. No entanto, o uso de expressões como 'reinterpretação' e 'nova compreensão' é sugestivo. De maneira implícita, Mendes parecia aderir à concepção moderna de mutação constitucional como fenômeno que resulta na alteração do sentido da norma, de reinterpretação.

Logo surgiriam oportunidades para comprovar esse fato. Em 2006, após uma decisão de grande relevância tomada em sede do controle difuso de constitucionalidade, chegaria ao Supremo Tribunal Federal uma Reclamação Constitucional colocando em cheque a natureza das decisões proferidas em sede de casos concretos. O Tribunal se veria instado a responder se, para que uma decisão acerca da inconstitucionalidade de uma lei federal, proferida em sede de *Habeas Corpus,* fosse válida para outros réus que não os pacientes da ação, seria preciso que o Senado Federal exercesse a prerrogativa conferida pelo Art. 52, X, e suspendesse a eficácia da norma. A relatoria do caso seria atribuída ao Ministro Gilmar Mendes, que tomaria

---

[242] *Ibid*., p. 162–163.
[243] *Ibid*., p. 163, Grifo nosso.
[244] *Ibid*., p. 165.

a oportunidade para lançar sua tese como precedente, conhecendo da reclamação para ditar que as decisões proferidas em sede de controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal poderiam gozar de efeitos erga omnes sem que o Senado Federal precisasse suspender a eficácia da norma declarada inconstitucional.

O caso – que será explorado em detalhe à frente – só receberia uma resposta final do Supremo mais de oito anos mais tarde; mas nesse interregno, o interesse pelo tema da mutação constitucional cresceu exponencialmente na doutrina brasileira. Mais e mais autores passaram a teorizar a respeito do fenômeno, invariavelmente seguindo o padrão já exposto pela doutrina até então: a mutação constitucional foi se solidificando, enquanto conceito, como a alteração de sentido da norma constitucional, geralmente vista como uma espécie ou uma consequência de determinadas técnicas de interpretação[245246247248249250].

---

[245] Luis Roberto Barroso, citando como referências as obras de Jellinek, Hsü Dau-Lin e Hesse, conceituou a mutação constitucional como "mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance das normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto." BARROSO, **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, p. 124.

[246] Bernardo Gonçalves Fernandes aduz, acerca das mutações constitucionais, que seriam "as mudanças informais da Constituição, ou seja, o texto permanece o mesmo, mas é reinterpretado (relido) à luz de novos contextos (novas realidades sociais)". FERNANDES, Bernardo Gonçalves, **Curso de Direito Constitucional**, Salvador: Juspodivum, 2014, p. 149.

[247] Manuel Gonçalves Ferreira Filho aduz, em relação às mudanças constitucionais informais, que "estas podem apenas desenvolver, complementar, ou - use-se a palavra mágica - interpretar a Constituição. Assim, por não entrarem em choque com a Lei Magna, são aceitas, vendo-se sua validade como decorrência da validade da Constituição e da sua legitimidade. A situação é outra, se colidem com a Constituição. O que pode ocorrer quando estabelecidas em desobediência frontal ao procedimento prescrito, ou contrariando seus princípios e regras. Nesses casos, são invalidas e o controle de constitucionalidade deve anulá-las." FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Da validade e legitimidade das mutações constitucionais, *in*: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Orgs.), **Mutações Constitucionais**, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 329.

[248] Lenio Streck, Marcelo Oliveira e Martonio Lima também inferem - embora não esclareçam e citem apenas autores da doutrina tradicional - a adoção de um conceito próximo de mutação ao afirmarem que "a tese da mutação constitucional advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes. Ora, um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode "inventar" o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia." STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de, A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional, **Argumenta Journal Law**, n. 7, p. 45–68, 2007, p. 61.

[249] Elival da Silva Ramos (fazendo referência apenas à tese de Anna Cândida da Cunha Ferraz) aduz que "Se, por meio de exercício ativista, se distorce, de algum modo, o sentido do dispositivo constitucional aplicado (por interpretação descolada dos limites textuais, por atribuição de efeitos com ele incompatíveis ou que devesse ser sopesados por outro poder etc.) está o órgão judiciário deformando a obra do próprio Poder Constituinte originário e perpetrando autêntica mutação inconstitucional, prática essa cuja gravidade fala por si só." RAMOS, Elival da Silva, **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 141.

Em pouco mais de três décadas, a doutrina constitucional brasileira construiu uma percepção da mutação constitucional que pouco se assemelha ao fenômeno que foi estudado pela Escola Alemã de Direito Público antes da Segunda Guerra Mundial. Não esteve, naturalmente, sozinha: a própria doutrina Alemã do Pós-Guerra foi responsável pela propagação de um novo conceito que, com o fenômeno descrito no Império e em Weimar, tem em comum apenas o nome. Mas o Brasil, quiçá pelo interesse exacerbado gerado pelo tema – que fez proliferar tantas análises acerca de sua aplicação prática e suas consequências – acabou se mostrando um terreno particularmente favorável à percepção dos problemas gerados pela adoção dessa nova conceituação.

Dois instrumentos serão adotados para demonstrar que, primeiramente, o conceito de mutação constitucional adotado no Brasil pouco acrescenta à nossa doutrina constitucional, gerando, no mais das vezes, mais confusões do que soluções; e em segundo lugar, que o conceito original de mutação constitucional, desenvolvido – quão imperfeitamente – pela doutrina tradicional se mostra infinitamente mais útil à compreensão e resolução de nossos problemas constitucionais.

O primeiro instrumento será também doutrinário; em outros contextos, a mutação constitucional conheceu um desenvolvimento distinto, mais próximo daquele que se esperaria do caminho traçado pela doutrina alemã tradicional do Pré-Guerra. As avaliações e sistematizações calcadas por esses autores são valiosas porque permitem um vislumbre da mutação constitucional adaptada ao constitucionalismo contemporâneo, com todas as suas nuances, vantagens e desvantagens.

O segundo e principal instrumento será a jurisprudência constitucional brasileira. Por um lado, a doutrina tem conferido, de maneira equivocada, o título de 'mutação constitucional' a uma série de decisões que nada tem de diferente em relação a *todos* os exercícios do controle de constitucionalidade realizados pelo poder judiciário: nelas interpretou-se a Constituição, por vezes de modo distinto de uma interpretação conferida pela mesma Corte anteriormente – um problema para a doutrina dos precedentes, e talvez para a

---

[250] Paulo Bonavides afirma que a mutação constitucional seria a transformação e o rejuvenescimento constitucional através da facticidade, ou do meio social. Segundo o autor, tratar-se-ia de um "poder constituinte silencioso" capaz de modificar o conteúdo da Constituição sem modificar o seu texto. BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 186–188.

segurança jurídica, mas não para doutrina constitucional. Por outro lado, em diversas ocasiões, a Constituição restou verdadeiramente alterada, por vezes em pontos absolutamente cruciais, através do processo informal de práticas reiteradas que ditam a imposição da realidade sobre a norma, por ações dos poderes executivo, legislativo e judiciário. O fenômeno da mutação constitucional, será demonstrado, é uma realidade entre nós.

3. A prática constitucional brasileira

Conforme o interesse pelo tema crescia e o entendimento da doutrina brasileira sobre o conceito de mutação constitucional, sob a perspectiva explorada, se solidificava, os exemplos elencados de ocorrência prática do fenômeno na jurisprudência nacional se multiplicaram. O contexto não poderia ter sido mais propício; nunca a jurisdição constitucional estivera tão em evidência quanto na última década. Discutir a interpretação da Constituição era discutir os assuntos mais caros ao país. Analisar criticamente as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal tornara-se uma necessidade e uma febre para os constitucionalistas.

A lista de decisões do Supremo – sempre decisões do Supremo – caracterizadas como mutações constitucionais varia de um autor para outro, mas uma reunião de acórdãos recorrentemente citados nesse contexto pode ser facilmente compilada; incluem-se aí (i) o caso da fidelidade partidária (MS 26.602, 26.603 e 26.604); (ii) o caso da progressão de regime em crimes hediondos (HC 82.959); (iii) o caso da natureza do mandado de injunção (MI 708 e 712); (iv) o caso do foro por prerrogativa de função (Inq 687); (v) o caso da união homoafetiva (ADPF 132); (vi) o caso do veto da lei de royalties (MS 31.816); (vii) o caso da prisão civil do depositário infiel (RE 349.703) e, (viii) naturalmente, o caso do papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade (Rcl 4335)[251][252][253][254][255][256].

---

[251] MENDES, Gilmar Ferreira, Limite entre interpretação e mutação: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira, *in*: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Orgs.), **Mutações Constitucionais**, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 189 e ss.

[252] FERREIRA FILHO, Da validade e legitimidade das mutações constitucionais, p. 300–301.

[253] BARROSO, **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, p. 132–133.

[254] MENDES, O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade, p. 155.

[255] BULOS, **Curso de Direito Constitucional**, p. 443.

Em todos os casos citados, o Supremo Tribunal declarou conferir nova interpretação aos dispositivos constitucionais em análise. No entanto, uma análise detida das decisões citadas revela que nem sempre é possível identificar uma atividade que mereça o título de *interpretação*. As razões para isso serão exploradas logo adiante. A análise dos quatro primeiros casos, em que de fato se pode falar em interpretação, auxiliará em esclarecer porque nos quatro últimos se está diante de um outro fenômeno.

3.1. Mutação constitucional como interpretação

(i) Logo no início da vigência da nova ordem constitucional, em 1989, o Supremo Tribunal Federal foi instando a decidir se a desfiliação partidária após a eleição resultaria na perda do mandato parlamentar. Naquela ocasião (MS 20.927), determinou-se que, vez que a filiação partidária constava do texto constitucional apenas como condição de elegibilidade, e a desfiliação partidária não figurava entre as hipóteses de perda de mandato, teria optado o constituinte por não punir a desfiliação partidária com a perda do mandato eletivo. Em 2007, ao julgar os MS 26.602, 26.603 e 26.604, interpretou-se o Art. 14, § 3º da Constituição Federal de modo distinto: decidiram a maioria dos Ministros que o dispositivo sinalizava que os partidos políticos detinham, no Brasil, um monopólio absoluto das candidaturas. Nesse sentido, a permanência do parlamentar na legenda no qual foi eleito tornar-se-ia condição imprescindível para a manutenção do mandato. O mesmo dispositivo constitucional, interpretado pelo Supremo Tribunal Federal em momentos distintos, recebeu, sob o aspecto da fidelidade partidária, *alcances* distintos: antes vinculando o monopólio partidário apenas à eleição, e depois também ao exercício do mandato.

(ii) Em 1993 (HC 69.657) o Supremo decidira que a vedação à progressão de regime para determinados crimes não violava o princípio da individualização da pena previsto no Art. 5o, XLVI, da Constituição Federal. Em 2006 (HC 82.959), o Tribunal voltou a analisar a questão sob a égide da Lei de Crimes Hediondos, ocasião em que declarou que a vedação à progressão

[256] STRECK; LIMA; OLIVEIRA, A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso, p. 61–64.

de regime naqueles crimes violava o princípio da individualização da pena. O alcance do dispositivo constitucional previsto no Art. 5º, XLVI, foi interpretado de maneira distinta nos casos citados.

(iii) O Mandado de Injunção foi uma novidade jurídica trazida pela Constituição de 1988 e, quando de sua promulgação, pouco se sabia sobre o funcionamento do instituto. O texto constitucional determinava apenas, no Art. 5º, LXXI, que seria cabível "sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania". Já em 1989 (MI 107) o Supremo Tribunal Federal se viu instado a definir o alcance do dispositivo supracitado, esclarecendo como deveria funcionar o emprego do Mandado de Injunção. Naquela ocasião a decisão do Tribunal foi no sentido de definir que no julgamento de Mandado de Injunção deveria limitar-se a constatar a inconstitucionalidade da omissão e determinar que o legislador tomasse as providências necessárias, constituindo-o em mora. Em 2007 (MI 708 e 712), no entanto, quando analisava a questão do direito de greve dos servidores públicos, o Supremo emitiu nova opinião, declarando que o Art. 5º, LXXI deveria ser interpretado de modo a garantir ao Tribunal o poder de emitir decisão satisfatória ao caso concreto. Nesse sentido, utilizou-se naquela ocasião de uma sentença aditiva para determinar que, até que o Congresso sanasse a mora, as regras constantes em lei reguladora da greve de trabalhadores privados seriam aplicáveis aos servidores públicos. Percebe-se que no caso em voga a interpretação do Supremo Tribunal Federal baseou-se na leitura sistemática da Constituição, vez que o dispositivo constitucional que trata do Mandado de Injunção nada diz a respeito de seu alcance e suas consequências.

(iv) Desde a promulgação da Constituição de 1988 o Supremo Tribunal Federal sustentara o entendimento de que o foro por prerrogativa de função, previsto em diversos dispositivos constitucionais para garantir que certas autoridades fossem julgadas em primeira instância por órgãos colegiados, prevalecia em benefício do réu mesmo após o cessar do exercício

funcional, tendo emitido, inclusive, Súmula a respeito do tema[257]. Em 1999, entretanto, por ocasião do julgamento do Inq 687, o Tribunal passou a entender que o foro por prerrogativa de função somente beneficiaria o réu enquanto esse estivesse no exercício funcional, cancelando, inclusive, o verbete de súmula. Mais uma vez, o Tribunal se utilizou de uma interpretação sistemática da Constituição, uma vez que os artigos constitucionais que conferem foro privilegiado não se manifestam em nenhum sentido sobre o tema.

Esses são efetivamente casos de interpretação constitucional. Em todos eles o Supremo agiu no âmbito do "programa normativo" do dispositivo constitucional – para utilizar a expressão de Müller – ou da "possibilidade de uma compreensão lógica do texto da norma"[258]. Sob a perspectiva pautada por Hesse, a alteração do sentido e/ou aplicação da norma, respeitando os limites do texto, são casos de autênticas mutações constitucionais.

Mas o que verdadeiramente chama a atenção acerca da natureza das interpretações desenvolvidas nesses casos é o quão adequadamente eles poderiam ser utilizadas para descrever a atividade judicial em outras dezenas ou mesmo centenas de decisões tomadas em sede de controle de constitucionalidade. A interpretação constitucional é fluida: ela varia conforme as circunstâncias fáticas e jurídicas do momento em que é realizada, conforme o próprio intérprete; mais, ela varia conforme a própria norma constitucional. De quantas maneiras é possível interpretar a expressão "individualização da pena" (Art. 5º, XLVI)? E a frase "idade mínima de 35 anos" (Art. 14, § 3º, VI, a)? Quanto mais aberta a norma, maiores as possibilidades interpretativas.

Diante disso, o que torna os casos destacados especiais? Alguns autores argumentam veementemente que essas decisões, tomadas em intervalos (relativamente) curtos, ameaçariam não apenas a segurança jurídica, mas a própria legitimidade da Corte. Em outros casos, o argumento é de que o Supremo não gozaria de legitimidade democrática para emprestar interpretações extensivas a dispositivos constitucionais. No entanto, esses fatores não tornam

[257] Súmula 394: "Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício."
[258] HESSE, Limites da Mutação Constitucional, p. 168.

as decisões intrinsecamente diferentes de outras proferidas no exercício do controle de constitucionalidade.

Ao final, dois problemas se destacam: o primeiro é que, diante dos problemas relevantes relacionados às decisões supramencionadas, sua compilação ressoa como, no mínimo, seletiva. Se esses descrevem mutações constitucionais, então uma imensa quantidade de casos poderia ser caracterizada da mesma forma. O segundo é que, ainda que se ampliasse o rol de casos relevantes para incluir todas as instâncias em que o Supremo Tribunal Federal alterou a interpretação convencionalmente aceita da norma constitucional – e se isso acontecesse, o conceito de mutação constitucional cairia em um lugar comum de qualquer área do pensamento: quem descreve tudo nada descreve; mesmo que essa ampliação ocorresse, restaria um problema fundamental: tudo que pudesse ser analisado e debatido sob o conceito de 'mutação constitucional' também poderia ser analisado e debatido sob o rótulo da 'interpretação constitucional'. Em qualquer sentido, o conceito de mutação constitucional restaria supérfluo.

Não foi diferente a conclusão de Peter Häberle ao analisar o conceito de mutação constitucional descrito por Hesse. Ao aduzir que *toda* lei interpretada é uma lei de duração limitada – vez que a atividade interpretativa é um processo historicamente situado – o autor conclui que é perfeitamente possível "prescindir do conceito de mutação constitucional enquanto categoria autônoma"[259]. Investir tempo e energia acadêmica no desenvolvimento de um conceito supérfluo já seria razão mais que suficiente para advogar por seu abandono.

Mas existe um outro fator que pesa sob a utilização do conceito de mutação constitucional nesse contexto. A seletividade na compilação das decisões supramencionadas não é causal. Os temas debatidos são por natureza polêmicos, e qualquer decisão proferida em relação à sua resolução não encontraria consenso na esfera jurídica. Seus comentadores, naturalmente, têm convicções pessoais e profissionais a respeito das questões discutidas pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, frequentemente empregam a mutação constitucional

[259] HÄBERLE apud MENDES, Limite entre interpretação e mutação: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira, p. 177.

como um argumento maleável: para condenar ou enaltecer a decisão conforme sua conveniência[260][261][262].

O argumento de maior desenvoltura em desfavor do emprego do conceito de mutação constitucional ora analisado, entretanto, é a sua incapacidade de explicar toda a outra gama de casos compilados pela doutrina. Como se verificará a seguir, neles as *interpretações* propostas pelo Supremo Tribunal Federal não configuravam, de fato, interpretações. Na maioria dos casos, o fato se mostrou tão claro que o Tribunal abandonou até mesmo a pretensão de usar o termo interpretação. A teoria da mutação constitucional proposta por Hesse e adotada pela doutrina brasileira se mostra absolutamente inadequada à compreensão e qualificação do fenômeno registrado nesses casos – pois não houve ali, de fato, mudança no *sentido* da norma escrita; a norma escrita não comportaria jamais o sentido que lhe foi atribuído. Isso se tornará mais claro após a análise das decisões selecionadas.

3.2. Mutação constitucional como autêntica mudança da Constituição

(v) O pedido formulado pela parte autora na ADPF 132 requeria que fosse dada interpretação conforme à Constituição ao Art. 1.723 do Código Civil brasileiro, para que fosse reconhecida como união estável, com todos os seus efeitos legais, aquela entre pessoas do mesmo sexo.

---

[260] A crítica doutrinária nesse sentido está bem desenvolvida a partir da leitura perspectiva das colocações de Elival da Silva Ramos (ver, supra, nota 218). Perspectivas doutrinárias favoráveis a determinados posicionamentos políticos expressos pela Corte também se utilizaram da mutação constitucional para lançar luz mais favorável sobre a atuação ativista do Supremo, destacando a necessidade da interpretação construtiva para "sintonizar" as normas constitucionais "com as demandas de seu tempo". BARROSO, **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, p. 129. Essa perspectiva é comum entre adeptos do neoconstitucionalismo. Mas a tentativa de lançar luz "positiva" sobre decisões de cunho controverso é mais clara quando parte do próprio Supremo Tribunal Federal. O Ministro Gilmar Mendes invocou a mutação constitucional em seu voto no caso da fidelidade partidária (MS 26.602, 26.603 e 26.604), para justificar a nova leitura atribuída ao art. 14; Celso de Mello, por sua vez, invocou o conceito no julgamento do caso do depositário infiel, ensejando a possibilidade de o Art. 5, LXVII ter sofrido mudança constitucional informal. A seletividade na invocação do conceito pelos membros da Corte é essencial para revelar o oportunismo no emprego do conceito.

[261] Para mais um uso da mutação constitucional como crítica ao ativismo, ver STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de, Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um "terceiro turno da constituinte", **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 1, n. 2, p. 75–83, 2010, p. 79.

[262] Uadi Lâmego Bulos aduz, no mesmo sentido, que o ativismo judicial, utilizado como um "perigoso veículo de fraude à Constituição" pode acarretar as chamadas mutações inconstitucionais. BULOS, **Curso de Direito Constitucional**, p. 443.

Desde então a questão se mostrava problemática do ponto de vista *interpretativo*, vez que a redação do dispositivo reconhecia "como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher". Melhor sorte não assistia ao pedido ao se constatar que a redação do Art. 226, § 3º, da Constituição Federal, aduzia no mesmo sentido que "para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar". À impossibilidade do pedido, entretanto, contrapunha-se o interesse social pela resolução favorável da causa, criando conflito entre os Ministros. Em consonância com a doutrina dominante, O Ministro Luiz Fux observou que "uma mudança nas relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa...". O Ministro Lewandowski, por sua vez, reconheceu que não há "como cogitar-se de uma mutação constitucional ou mesmo proceder-se a uma interpretação extensiva do dispositivo em foco... tenho que a norma constitucional, que resultou dos debates da Assembleia Constituinte, é clara ao expressar, com todas as letras, que a união estável só pode ocorrer entre o homem e a mulher...". De forma surpreendente, apesar das reservas declaradas de alguns membros da Corte, a decisão foi unânime ao provimento do pedido formulado, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar em contradição ao disposto no Art. 226, § 3º.

(vi) A polêmica "nova Lei dos royalties", aprovada em 2012, teve alguns dispositivos de grande repercussão política vetados pela Presidente da República. Impulsionada por parlamentares com interesse na causa, a análise do veto pelo Congresso foi colocada em pauta para votação em regime de urgência. Um Mandado de Segurança foi então impetrado por outros parlamentares sob o fundamento de violação a seu direito líquido e certo à observância do devido processo legislativo, em especial pela violação dos §§ 4º e 6º do Art. 66 da Constituição Federal, que determinam a apreciação em sessão conjunta dos vetos no prazo de 30 dias e a colocação na ordem do dia, com o sobrestamento das demais proposições, em caso de descumprimento. Aduziram os autores que mais de três mil vetos presidenciais estavam pendentes de apreciação, alguns há mais de dez anos, em flagrante e reiterado descumprimento dos dispositivos constitucionais, e que todos deveriam ser analisados, em

ordem cronológica, antes que os vetos à Lei dos royalties pudessem ser analisados. Muito embora o Ministro Luiz Fux tenha concedido liminar favorável no MS, a decisão acabou cassada pelo Plenário, que reconheceu a natureza contra constitucional da prática do Congresso, mas aduziu que o sobrestamento das demais proposições legislativas para a análise de todos os vetos traria efeitos excessivamente danosos. A ementa do acórdão traz a notável declaração de que "paradoxalmente, portanto, nas circunstâncias de fato que agora se apresentam, o comando no sentido de determinar o estrito cumprimento da Constituição, inclusive quanto ao passado, operaria efeito contrário ao desejado pela norma constitucional".

(vii) O Supremo Tribunal Federal adotara, desde muito antes da promulgação na Constituição de 1988 (HC 80.004) o entendimento de que os tratados internacionais recepcionados pela ordem jurídica interna receberiam o status de leis ordinárias. A questão seria posta em cheque pela controvérsia criada após a incorporação do Pacto de San Jose da Costa Rica em 1992. Isso porque o Art. 5º, LXVII da Constituição Federal autorizava expressamente a prisão civil do depositário infiel, à qual era vedada pelo Pacto. A questão adquiriu maior complexidade quando a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, introduziu o § 3º do Art. 5º, autorizado a recepção de Tratados Internacionais de Direitos Humanos, mediante procedimento especial, com o status de emendas constitucionais. Restava duvidoso, nesse contexto, o status dos Tratados de Direitos Humanos incorporados ao direito interno antes do advento da Emenda Constitucional n. 45. No âmbito do RE 349.703, o Supremo foi instado a se pronunciar sobre o tema. A solução conferida pelo Supremo não é de fácil compreensão, especialmente tendo em vista a redação do acórdão. Consta da ementa que ficou determinado que a prisão civil do depositário infiel já não teria base legal para aplicação, visto que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos internalizados sem observância ao procedimento previsto no Art. 5º § 3º integrariam o sistema jurídico com status supralegal, abaixo da Constituição mas acima das leis. Nesse contexto, embora não viesse revogar a autorização disposta no inciso LXVII do Art. 5º da Constituição Federal, a aplicação do Pacto de San Jose da Costa Rica tornaria o texto letra morta pela impossibilidade de sua concretização.

O primeiro aspecto que essas decisões tem em comum é a ocorrência de autêntica mudança constitucional *contra constituicionis*. Seria impossível – independentemente das técnicas utilizadas – extrair dos dispositivos constitucionais analisados (Art. 226 § 3º, Art. 66 §§ 4º e 6º e Art. 5º, LXVII) a realidade ensejada pela prática constitucional. Essa realidade não apenas não pode ser encontrada em nenhum ponto dos dispositivos textuais mencionados; ela efetivamente contraria sua concretização.

São também exemplos notáveis de três das categorias cunhadas por Hsü Dau-Lin. No caso da ADPF 132, a "interpretação" emprestada ao texto ecoa as reservas da influência germânica de Hsü[263] e Jellinek[264]; No caso da análise dos vetos, se concretiza a mutação mediante uma prática estatal que contradiz *formalmente* a Constituição[265]; No caso da prisão civil do depositário infiel, refletem-se as sofisticadas colocações de Hsü acerca da mutação mediante a impossibilidade de se concretizar previsões constitucionais[266].

É pouco surpreendente que esses casos não figurem entre os mais citados pela doutrina como exemplos de mutação constitucional. Para começar, apenas um trata, mesmo que em tese, de *interpretação*: a ADPF 132, justamente o único acórdão dentre os três em que o termo "mutação constitucional" sequer é mencionado. Mesmo ali, as três menções à mutação constitucional – pelos Ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes – se limitam a apontar a impossibilidade de ocorrência do fenômeno no caso concreto[267].

Mais surpreendente é a resistência dos membros do Tribunal em sequer reconhecer que a Constituição estava sendo violada. Isso se nota claramente no âmbito da ADPF 132, e com uma razão nítida: o Supremo naquela instância agia absolutamente sozinho. Não havia uma ação de outro poder para corroborar a efetiva violação da norma constitucional. Isso fica claro

---

[263] HSÜ, **Mutación de la Constitución**, p. 45–48.

[264] Ver nota 128, supra.

[265] HSÜ, **Mutación de la Constitución**, p. 40–42.

[266] *Ibid*., p. 67–70.

[267] As colocações dos Ministros Fux e Lewandowski acerca da mutação constitucional no acórdão já foram exploradas acima. O Ministro Gilmar Mendes fez uso de um artigo, de co-autoria de Lenio Streck, no qual se afirma que "a efetivação de uma medida desse jaez importa(ria) transformar o Tribunal em um órgão com poderes permanentes de alteração da Constituição, estando a afirmar uma espécie caduca de mutação constitucional (Verfassungswandlung) que funcionaria, na verdade, como um verdadeiro processo de alteração formal da Constituição (Verfassungsänderung), reservado ao espaço do Poder Constituinte derivado pela via do processo de emenda constitucional." STRECK; BARRETTO; OLIVEIRA, Ulisses e o canto das sereias, p. 79.

na ementa do Mandado de Segurança sobre a apreciação dos vetos, em que o Supremo não tem problema em reconhecer a natureza inconstitucional da prática chancelada para perdurar; naquele caso, a efetiva violação da norma constitucional se dá pela ação de outro poder, e não do Tribunal. Do mesmo modo, a *desativação* consciente[268] do dispositivo constitucional no caso da prisão civil do depositário infiel se dera pela ação conjunta dos poderes, vez que o executivo e o legislativos estão envolvidos no processo de internalização dos Tratados Internacionais.

Nenhum dos casos poderia ser compreendido através da teoria da mutação constitucional que vem sido desenvolvida pela doutrina nacional; essa teoria não explica o fenômeno ali refletido, e o estudo da interpretação constitucional – perfeitamente capaz de abarcar os casos expostos em i, ii, iii e iv – também não é capaz de fazê-lo. Ademais, a compreensão é apenas o começo. A decisão proferida na ADPF 132, principalmente, recebeu pouquíssimas críticas da doutrina, jurisprudência ou opinião pública. A questão da justificação dessas decisões resta, sob tal perspectiva, também inexplorada.

O último e mais complexo dos casos elencados é justamente aquele que impulsionou o estudo do fenômeno da mutação constitucional na esfera doutrinaria brasileira. Na Rcl 4335, os Ministros não se esquivam do conceito de mutação constitucional – pelo contrário, a tese está no centro das discussões travadas, e todos os membros da Corte se veem obrigados a emitir uma opinião[269]. Os argumentos contidos nessa discussão – e mesmo aqueles que se insinuam, silenciosos, no que não foi dito – serão fundamentais à completude da análise da jurisprudência constitucional brasileira sob o prisma da mutação constitucional.

(viii) Após a decisão proferida no HC 82.959, um juiz de direito da Vara de Execuções Penais da comarca de Rio Branco/AC indeferiu pedido formulado pela Defensoria Pública, baseado na decisão do Supremo Tribunal Federal, para garantir a progressão de regime de condenados por crimes hediondos que cumpriam pena em sua comarca. Para tanto arguiu que a decisão

[268] Esse exemplo, talvez mais do que os elencados pelo próprio Hsü Dau-Lin, revela porque era fundamental que o autor diferenciasse essa classe de mutação constitucional do chamado desuso. Ver HSÜ, **Mutación de la Constitución**, p. 36.

[269] A escolha por conferir maior detalhamento aqui em relação aos casos anteriores se deve justamente à intenção de expor os posicionamentos dos Ministros acerca da teoria da mutação constitucional, mais até do que suas colocações acerca da resolução da controvérsia concreta.

proferida em sede de HC somente tinha eficácia *inter partes*, e para que surtisse efeito além dos limites da própria causa era necessário que o Senado Federal, utilizando-se da prerrogativa prevista no Art. 52, X da Constituição Federal, suspendesse a execução da lei declarada inconstitucional, conferindo assim efeito *erga omnes* à declaração. A Defensoria Pública então ajuizou reclamação (Rcl 4335) perante o Supremo Tribunal Federal para garantir o cumprimento de sua decisão. O Ministro Gilmar Mendes, relator do caso, lançou na ocasião sua já aludida tese acerca da mutação constitucional do Art. 52, X, deferindo o pedido formulado na reclamação. Além dos argumentos já aduzidos na esfera acadêmica, o Ministro observou, em relação ao caso então analisado, que no âmbito do julgamento do HC 82.959 a Corte se preocupara em modular os efeitos da decisão, o que demonstrava claramente que os Ministros antecipavam que esta teria efeitos para além do caso concreto. O Ministro Eros Grau, que votou em seguida, observou que com sua tese o relator poderia estar indo além dos limites interpretativos possíveis; indagou "até que ponto o intérprete pode caminhar, para além do texto que o vincula", e embora tenha reconhecido que esses limites só se definem caso a caso aduziu que "o intérprete inscreve-se na tradição do texto...pelo menos implicitamente, se quiser que sua narrativa seja compreendida pelo público". Conclui, assim, que em sua proposta o relator não se limita interpretar o texto, mas o substituí por outro, localizando aí a natureza da mutação constitucional. O Ministro, citando apenas a doutrina alemã tradicional, retoma o conceito de mutação constitucional como a incongruência entre a norma e a realidade, considerando-a não uma enfermidade, mas manifestação de sanidade do sistema; deferiu, pois, o pedido formulado na reclamação. Sepúlveda Pertence abriu a divergência, aduzindo que a obsolescência crescente do Art. 52, X no 'mundo dos fatos' tornava desnecessária a declaração da mutação constitucional. Julgou, assim, improcedente a reclamação mas concedeu Habeas Corpus de ofício aos autores. Joaquim Barbosa, que seguiu a divergência, reconheceu que "o STF não depende mais do Senado Federal para atribuir efeitos erga omnes às declarações de inconstitucionalidade no controle difuso", mas considerou que essa mudança afetaria a norma apenas pela "via interpretativa", o que não considera (citando Canotilho) modalidade idônea de mutação. Aduz, ainda, que para o reconhecimento da mutação constitucional seria necessário um decurso de tempo maior e a comprovação do *desuso* do dispositivo. Assim como o Ministro Pertence, indeferiu o pedido

constante na reclamação mas concedeu Habeas Corpus. A sessão foi interrompida nesse ponto, e quase seis anos se passariam antes que o julgamento fosse retomado. O efeito da discussão travada nesses quatro votos, interrompida em condição de empate, foi explosivo para a doutrina constitucional brasileira; como já observado, o interesse pelo tema da mutação constitucional cresceu exponencialmente. As reações foram fortes, e em sua maior parte contrárias à tese do relator (e, quiçá, da mais polêmica adição do Ministro Eros Grau). Em relação ao caso concreto, a resolução viria na forma de Súmula Vinculante editada em 2009[270]; mas o fato não arrefeceu o interesse por um pronunciamento do Tribunal acerca da ocorrência da mutação. Uma opinião pública muito mais forte e interessada acompanharia o retomar do julgamento em 2013. O Ministro Ricardo Lewandowski foi então o primeiro a votar, e declarou não haver "como cogitar-se de mutação constitucional na espécie", especialmente porque não se trata meramente da prática constitucional que institui nova norma "sem desrespeitar qualquer princípio ou norma fundamental de nosso ordenamento", mas de "deslocar uma competência atribuída pelos constituintes a determinado Poder para outro". O Ministro adota a concepção de Hesse para aduzir que o limite textual – que "não comporta maiores manobras exegéticas" não suporta a ocorrência da mutação no caso. Por fim, aduziu que diante da edição da Súmula Vinculante n. 26, já não se fazia necessário conhecer da Reclamação. Após mais uma pausa, de aproximadamente um ano, o voto decisivo para a conclusão do julgamento seria proferido pelo Ministro Teori Zavascki. O Ministro aduziu que a ambos os lados assistia razão – os votos divergentes estavam certos ao afirmar que o Senado conservava – e deveria conservar – o direito de suspender a execução de leis declaradas inconstitucionais em sede de controle difuso; mas isso não significa que aptidão expansiva as decisões do STF em casos concretos "só ocorra quando e se houver a intervenção no Senado", no que dá razão ao voto do relator. Reconheceu, assim, a existência do fenômeno fático descrito pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto, mas negou a ocorrência de mutação da regra inscrita no Art. 52, X, ao aduzir que esse continuava em vigor. Deferiu o pedido formulado na reclamação com base na edição da Súmula Vinculante n. 26. Luis Roberto

[270] Súmula Vinculante n. 26: "Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico."

Barroso, ao votar a seguir, retomou o conceito de mutação constitucional cunhado por Hesse, aduzindo "não ser possível interpretar um texto constitucional, como nenhum texto, contra a sua literalidade, contra as possibilidades semânticas que ele oferece, porque, se assim fosse, nós nos tornaríamos donos da razão e donos da verdade em todo e qualquer caso, e a constituinte seria irrelevante.". Rejeitou, assim, a tese da mutação constitucional, e acompanhou o voto do Ministro Teori Zavascki. No exato mesmo sentido se manifestou Rosa Weber, também rejeitando a tese da mutação nos moldes expostos por Barroso. O Ministro Marco Aurélio, sem citar a mutação constitucional, aduziu apenas que não se poderia estender eficácia erga omnes ao controle difuso. Inadmitiu a reclamação. Por fim, o Ministro Celso de Mello acompanhou o voto de Teori Zavascki. A reclamação foi, ao final, julgada procedente por 6 votos a 4.

Como é comum aos acórdãos de nossa Corte Suprema, não é tarefa simples determinar sob que base teórica essa decisão foi atingida. Oficialmente, a 'tese da mutação constitucional' foi rejeitada, rendo recebendo apenas dois votos favoráveis dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau. No entanto, é preciso observar que Teori Zavascki reconheceu em seu voto a existência de uma "força expansiva" em decisões tomadas em sede de controle concreto de constitucionalidade independentemente da ação do Senado. Três outros Ministros aderiram entusiasticamente ao seu voto – aduzindo, é verdade, a impossibilidade da mutação constitucional pelos limites interpretativos do texto, argumento que não foi utilizado pelo Ministro Zavascki. Ocorre que a existência de tal 'fenômeno fático' também foi reconhecida nos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, alcançando um total de seis Ministros favoráveis – uma maioria.

Esse ponto naturalmente não é relevante para a formação do precedente, não integrando a parte dispositiva da decisão. Mas se mostra fundamental para a discussão acerca da mutação constitucional sob um aspecto distinto. A eficácia *erga omnes* não se tornou a regra das decisões do Supremo tomadas em sede de controle concreto após a conclusão desse julgamento. Nisso o caso difere dos três últimos exemplos apresentados. Se uma mudança constitucional informal vem ocorrendo, não recebeu a chancela jurídica que poderia vir a solidificar seu status normativo. Talvez essa mudança ainda esteja em andamento. Talvez os

ventos mudem até que essa possiblidade deixe de integrar nossa realidade constitucional. Mas até o momento, o conteúdo da decisão é um forte indício que essa mutação aponta no horizonte.

O fato de que, ao que parece, não se estar realmente diante de uma mutação constitucional – ou ao menos, uma mutação constitucional *completa* – dificulta a tentativa de classifica-la usando as classes de Hsü Dau-Lin, como foi feito com as demais. Seguindo a tese lançada pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, poderíamos estar diante de mais uma mutação mediante prática estatal que contradiz a Constituição. Mas a hipótese sugerida no voto do Ministro Teori Zavascki – que encontrou mais adeptos na Corte –, ao sugerir que a ampliação da eficácia das decisões proferidas em sede de controle concreto não impede a concretização do poder do Senado previsto no Art. 52, X, revela a possibilidade de o fenômeno descrito no âmbito da Rcl 4335 representar a categoria faltante da mutação mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição[271]. Por enquanto, o tema segue no terreno da especulação.

Um outro aspecto interessante da decisão é o reconhecimento de caminhos não percorridos. Quando o julgamento foi interrompido em 2007, dois dos quatro votos proferidos haviam adotado a concepção 'tradicional' da mutação constitucional. Com conclusões radicalmente distintas, os votos dos Ministros Eros Grau e Joaquim Barbosa reconheceram a força da realidade sobre a norma, e a possibilidade da sobreposição daquela sobre essa. Divergiram apenas acerca da efetiva ocorrência do fenômeno no caso que então analisavam. A maioria das excursões doutrinarias brasileiras sobre o fenômeno da mutação constitucional foram produzidas justamente entre 2007 e os dias atuais.

Até o momento, no entanto, a doutrina constitucional brasileira não demostrou uma inclinação significativa em desenvolver a outra vertente da teorização acerca da mutação constitucional. Isso pode jamais vir a ocorrer. Mas o primeiro obstáculo que precisa ser superado é a noção de que a doutrina tradicional da mutação constitucional não encontra espaço no mundo moderno porque se mostra incompatível com ele – noção essa sugerida desde os próprios escritos de Hesse e Böckenförd. Um vislumbre das possibilidades do

[271] HSÜ, **Mutación de la Constitución**, p. 33–35.

desenvolvimento de uma teoria da mutação constitucional nesses termos pode ajudar a solidificar essa afirmação. Em outros sistemas jurídicos, a doutrina contemporânea teve sucesso na empreitada de incorporar a dinâmica das mudanças informais fáticas na teoria jurídica.

4. Caminhos não percorridos: uma velha visão no mundo atual

Se em meados da década de 1970, Konrad Hesse logrou agrupar os autores do período do Império e de Weimar sob o título de *doutrina tradicional*[272], com muito mais razão o contexto em que viveram parece removido da realidade atual. O mundo era outro e o constitucionalismo era outro, com perspectivas muito distintas das que goza nos dias de hoje[273]. Objetivamente, a realidade em que Hesse delineou sua teoria está muito mais próxima da nossa, em sentidos muito mais profundos do que a mera passagem do tempo. Porque insistir, então, em um velho conceito?

Não seria demais esperar que o constitucionalismo tivesse evoluído para novas perguntas, mas isso parece tão menos provável quanto mais se aproxima o seu cerne. No contexto norte-americano, bastião e gênese desse constitucionalismo moderno, o cerne nunca mudou: os mesmos debates sobre constitucionalismo e democracia vem se desenvolvendo desde antes da Fundação[274][275]. O século XX, como se sabe, se converteu no século das cortes constitucionais, e algumas discussões foram redirecionadas para se amoldar a esse aspecto do constitucionalismo, mas não se alteraram em sua substância. Ao invés de mudanças, tem-se

---

[272] HESSE, Limites da Mutação Constitucional, p. 151.

[273] Em um ensaio produzido próximo à virada do milênio, Bruce Ackerman observava que meros sessenta anos antes as perspectivas do constitucionalismo eram nefastas. A desintegração do sistema de Weimar em muito contribuíra na construção dessa perspectiva. Sessenta anos depois, argumenta o autor, o mundo sofreu uma virada completa, e o constitucionalismo se encontra no centro, ao ponto de que os britânicos estarem discutindo a necessidade de uma Constituição escrita. "A esperança iluminista em constituições escritas está tomando o mundo. Cortes constitucionais são forças poderosas na Alemanha e na França, na Espanha e na Itália, em Israel e na Hungria, no Canadá e na África do Sul, na União Europeia e na Índia". Em nenhum outro momento da história o constitucionalismo significou tanto quanto em nossa era. E isso afeta a maneira como se conduzem seus estudos em todas as áreas. ACKERMAN, Bruce, The Rise of World Constitutionalism, **Virginia Law Review**, v. 83, n. 4, p. 771–797, 1997, p. 771–772, Tradução nossa.

[274] Para um breve sumário do debate constitucionalismo-democracia, ver nota 89, supra.

[275] Para relembrar o nascimento desse debate no contexto norte-americano e sua relação com as mudanças constitucionais, ver a referência ao diálogo Jefferson-Madison, nota 143, supra.

períodos de hegemonia de uma ou de outra teoria, em que a simpatia por determinada solução avança sobre as outras, para depois recuar[276][277].

Delinear as tendências dominantes em cada período e lugar é uma tarefa perigosa, tendente a reduzir-se em explicações simplistas que confundem as preferencias doutrinarias com as situações sociais, políticas e culturais do momento analisado, quando hoje se sabe que a relação entre esses fatores é muito mais complexa do que a causa e efeito. No entanto, o fato é que a segunda metade do século XX foi marcada em algumas partes da Europa pelo desenvolvimento de um constitucionalismo protecionista liberal[278] que priorizava, por sua própria natureza, instrumentos controláveis de efetivação de mudanças constitucionais.

Foi o caso da Alemanha e da Espanha, por exemplo, mas a tendência foi distinta em muitos outros países, como França e, como será visto em maior detalhe, Portugal. A primeira década de vigência da Constituição brasileira de 1988 poderia ser caracterizada por um fenômeno similar, mas essa noção está longe de dominar a realidade constitucional brasileira de 2016. A dinamicidade do sistema atual, que tornou-se ainda mais acentuada diante das sucessivas crises políticas, está longe de prezar por valores similares quando se trata da evolução da Constituição. Não é a toa que, com ou sem o aval da doutrina, as mudanças constitucionais se tornam cada vez mais frequentes entre nós.

Por todas as características que tornam o contexto em que surgiu a teoria da mutação constitucional único em suas especificidades, ele tem em comum com a realidade

---

[276] Em sua análise do debate constitucional norte-americano, especialmente em relação ao papel das cortes e sua relação com a democracia, Tushnet introduz o tema comum das teorias compreensivas de que trata com uma versão própria do debate entre constitucionalismo e democracia, que o autor define como o debate entre a tradição republicana e a tradição liberal. No mesmo sentido, o autor corrobora a visão dos debates constitucionais como cíclicos, traçando paralelos entre autores de eras distintas que defendem percepções próximas, como John Hart Ely, na década de 1970 do século XX, Harlan Fiske Stone nas décadas de 1930 e 1940, e o Justice John Marshall, ainda na virada do século XIX. TUSHNET, **Red, White, and Blue**, p. 1–13.

[277] Os argumentos expressos nas diferentes teorias da doutrina constitucional norte-americana acerca dos problemas centrais do constitucionalismo são tão familiares ao longo do tempo que Philip Bobbitt sugeriria que esses argumentos formam uma linguagem que, a um só tempo, limita e define o objetivo do estudo de aplicação do direito constitucional. BOBBITT, **Constitutional Fate**, p. 3–8.

[278] Utiliza-se o termo "liberal" nesse contexto - no intuito de fornecer uma referência clara a um conceito que já recebeu tantos significados que poderia, utilizado de forma indiscriminada, não significar coisa alguma - no sentido da supracitada construção de Mark Tushnet acerca do debate constitucionalismo-democracia, em que a "tradição liberal" se caracteriza pela tentativa de separação do direito e da política, em contraposição à "tradição republicana", que empresta maior valor às deliberações democráticas sob a crença de que "o total é maior do que a soma de suas partes". TUSHNET, **Red, White, and Blue**, p. 6, Tradução nossa.

constitucional brasileira atual dois fatores fundamentais ao desenvolvimento daquele conceito de mutação: a real e frequente ocorrência de mudanças constitucionais informais e a ausência de amarras teóricas que impossibilitem sua apreensão pela esfera jurídica (desde que se assuma o compromisso de não adotar as amarras teóricas alheias como próprias). Essa conjunção de fatores foi suficiente para que a teoria tradicional da mutação constitucional criasse raízes e se desenvolvesse em outros locais.

Portugal oferece um exemplo particularmente adequado, nesse sentido, por sua proximidade também histórica e acadêmica com a realidade brasileira. Grandes constitucionalistas como J.J. Gomes Canotilho[279], Jorge e Miranda[280] e Carlos Blanco de Morais[281] contribuíram para o desenvolvimento da teoria da mutação constitucional, a partir dos moldes cunhados por Laband, Jellinek, Heller e cia, na realidade contemporânea.

Em um denso artigo produzido para analisar a jurisprudência constitucional portuguesa sob o enfoque da mutação constitucional, Carlos Blanco de Morais parte do corpo teórico fornecido por Laband, Jellinek, Heller e Hsü Dau-Lin para afirmar que a mutação constitucional é fato consumado, realidade que se impõe diante da norma. Em outras palavras o autor aduz que as mutações se exprimem primariamente no domínio dos fatos para depois evoluírem para universo do direito; nesse ponto, observa Morais, as mutações "vingam", passando a integrar o jurídico. O autor prossegue aduzindo que as mutações dependem, para sua sobrevivência, da aceitação tácita conferida pelas instituições políticas e jurisdicionais. Essa aceitação é necessária, observa, porque as mutações constitucionais surgem com uma pré-carga de inconstitucionalidade, que se dissipa quando as instituições políticas e jurídicas as interiorizam sem reagir[282].

Esses apontamentos revelam a influência de uma base teórica distinta àquelas sob as quais os autores do Império e da República de Weimar desenvolveram seus argumentos. Muito já foi dito acerca das diferentes perspectivas adotas, entre o império e a república

---

[279] CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1102 e ss.

[280] MIRANDA, Jorge, Caducidade das Normas Constitucionais, *in*: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Orgs.), **Mutações Constitucionais**, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 279–291.

[281] MORAIS, Carlos Blanco de, As mutações constitucionais implícitas e seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso, **Jurismat**, n. 3, p. 55–90, 2013.

[282] *Ibid*., p. 64–65.

alemães, acerca da separação entre a norma e a realidade. Enquanto entre os autores de influência positivista essa separação deveria ser absoluta, em Weimar a mais forte influência se encontrou no pensamento de Smend (e Schmitt), que enxergava uma integração tão profunda entre elas ao ponto de confundi-las.

A influência do pensamento de Smend levou Hsü Dau-Lin a rejeitar a perspectiva de Carl Bilfinger acerca de relação entre o fático e o jurídico no processo de concretização da mutação constitucional[283], que em muito espelha as colocações de Morais. Também Bilfinger alertava à necessidade de diferenciar o processo de criação da mutação constitucional (fenômeno fático) da mutação constitucional em si (fenômeno jurídico). As colocações de Heller acerca da relação entre a normalidade e a normatividade indicavam a existência de um momento de transposição, ao invés de uma fusão nos moldes sugeridos por Smend, mas o autor não chegou a desenvolver esse processo com maior atenção[284][285].

A percepção da doutrina constitucional contemporânea há muito se consolidou sob o fato de que entre o direito e a realidade devem existir as engrenagens da Constituição[286]. Nem é possível manter a rígida separação pregada pelo positivismo clássico, nem é possível dissolver a linha que separa a norma do fato, sob pena de a norma perder sua função[287]. Esse espaço entre a norma e a realidade, na perspectiva da mutação constitucional, é ocupado por um processo de aceitação tácita da regra que se solidifica na prática constitucional.

Tendo em vista essa perspectiva, Morais procura delimitar os fenômenos que correspondem à mutação constitucional utilizando-se de uma sistematização positiva e negativa: o autor destaca fenômenos que configuram mutações constitucionais, e fenômenos

---

[283] HSÜ, **Mutación de la Constitución**, p. 167.

[284] HELLER, The Essence and Structure of the State, p. 278–279.

[285] Hesse também observa essa falha no desenvolvimento do pensamento de Heller em HESSE, Limites da Mutação Constitucional, p. 165.

[286] Ver, nesse sentido, POST, Robert; SIEGEL, Reva B., Democratic Constitutionalism, *in*: SIEGEL, Reva B.; BALKIN, Jack M. (Orgs.), **The Constitution in 2020**, Nova York: Oxford University Press, 2009, p. 28, indicando processos de mudança constitucional como instrumentos de tradução de valores políticos em direito, e frisando a necessidade de a Constituição ser "responsiva" aos fatos sociais para garantir sua legitimidade.

[287] Essa é uma crítica recorrente a movimentos teóricos de índole radical, como o Critical Legal Studies, que segundo seus críticos procura dissolver a barreira entre o direito e a política. Aduzem os críticos que a capacidade do direito de resistir a influências políticas, ainda que de forma temporária, é fundamental para a própria existência do sistema jurídico. Sobre o tema, ver a crítica de Bobbitt à obra Red, White and Blue, de Mark Tushnet, em BOBBITT, Philip, Is Law Politics?, **Stanford Law Review**, v. 41, n. 5, p. 1233–1312, 1989, p. 1302–1312.

que não as configuram. Na sistematização negativa (retirada da obra de Böckenforde), destaca (i) alterações na realidade regidos por normas constitucionais que modifiquem o significado das últimas; (ii) a decodificação jurisprudencial de conceitos jurídicos indeterminados através da elucidação dos mesmos; (iii) o desenvolvimento e a concretização de conceitos extrajurídicos, quando as normas constitucionais se referem a eles explicitamente; e (iv) a construção interpretativa jurisprudencial que incide sobre normas abertas que declaram e configuram direitos fundamentais[288].

Esses exemplos negativos são claramente destinados a elucidar a separação entre a mutação e a interpretação constitucional, traçando (amplos) limites aquém dos quais a atividade é permitida ao intérprete. Em (i) e (ii), fica claro que o autor se refere a mudanças que ocorrem no âmbito do programa normativo do preceito constitucional; no caso dos conceitos jurídicos indeterminados, o autor define que sua elucidação deve ocorrer a partir da "zona de clareza pré-definida no texto da Constituição"[289], remetendo à possibilidade, também advertida por Hsü[290], de interpretação sistemática quando a Constituição não definir determinado aspecto com suficiente clareza.

Em (iii), trata-se de situação bem próxima. O exemplo trazido pelo autor é o caso, julgado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 661, em que foi analisada a preposição "moralidade administrativa" em relação à vedação do nepotismo. Em (iv), o autor reconhece as amplas possibilidades oferecidas pela interpretação de normas constitucionais abertas, reconhecendo ser "este o domínio mais poroso entre as mutações informais e desenvolvimento hermenêutico da Lei Fundamental o qual é difícil, à priori, traçar critérios bem definidos"[291]. Não fica claro, entretanto, porque o autor diferencia as normas constitucionais abertas que configuram direitos fundamentais de outras, de conteúdo distinto.

Morais complementa, nesse sentido, que no advento da verdadeira mutação constitucional o resultado advém apenas reflexamente de uma atividade interpretativa, que em verdade corresponde à:

---

[288] MORAIS, As mutações constitucionais implícitas e seus limites jurídicos, p. 78–79.
[289] *Ibid*., p. 79.
[290] HSÜ, **Mutación de la Constitución**, p. 65.
[291] MORAIS, As mutações constitucionais implícitas e seus limites jurídicos, p. 79.

> ...atestação ou revelação de alterações constitucionais já consolidadas e oriundas de práticas e costumes consistentes, da introdução de direitos fundamentais de natureza análoga aos direitos constitucionalizados sempre que à hipotética analogia faltem atributos próprios de uma 'lógica parcial', do reconhecimento do desuso de normas, da aceitação da prevalência de direito supranacional quando for o caso e do desenvolvimento constitucional mediante uma interpretação evolutiva e construtiva.[292]

Assim, na medida em que se vislumbram nas linhas supracitadas uma tentativa sistematização positiva – reconhecendo como categorias de mutação constitucional alterações [fáticas] oriundas de (i) práticas e costumes consistentes; (ii) *uso* da analogia quando lhe faltem atributos próprios de uma 'lógica parcial'; (iii) *reconhecimento* do desuso de normas; (iv) *aceitação* da prevalência de direito supranacional; e (v) desenvolvimento constitucional mediante uma interpretação evolutiva – é possível identificar, no próprio uso recorrente dos verbos destacados, a tentativa de reunir nas categorias de mutações a necessidade da conjunção entre o fenômeno prático e o processo de sua inserção na esfera jurídica.

A análise dos apontamentos de Jorge Miranda, por sua vez, auxiliam na compreensão dos caminhos traçados pela doutrina portuguesa em relação à teoria da mutação constitucional. O autor, ao reconhecer que a modificação das Constituições "é um fenômeno inelutável da vida jurídica, imposta pela *tensão com a realidade constitucional* e pela necessidade de efetividade que as tem que marcar"[293], abarca mais do que apenas as mutações constitucionais. Sobre essas, especificamente, destacam-se as categorias do costume e da caducidade.

Em relação ao costume, observa que "para que caia em desuso uma norma constitucional ou para que seja substituída por outra, tem que haver uma consciência de que não se trata de uma simples derrogação por momentânea necessidade" e que o sentido adotado "já não tem a marca da inconstitucionalidade". Como exemplo, cita dispositivo da Constituição Portuguesa de cunho notadamente socialista (Art. 82) que já não é respeitado tendo em vista a prevalência do setor privado sobre o setor público de propriedade de meios de produção. Aduz, ainda, que "no limite" caberá ao costume a "morte" de normas

[292] O autor esclarece, em relação ao que chama de "interpretação construtiva", que utiliza o termo para tratar de uma releitura "sem sustentação no texto, na finalidade da norma ou na vontade do legislador". *Ibid*., p. 80–81.
[293] MIRANDA, Caducidade das Normas Constitucionais, p. 279, Grifo nosso.

constitucionais[294]. Na caducidade, diferentemente do que ocorre na revogação, o autor esclarece que não há "cessação da vigência da norma por ato que a decreta ou por superveniência de norma contrária"; essa decorre "da conjugação de mutações, de direito ou de fato, que tal provocam"[295].

Apesar desse reconhecimento de que as mudanças constitucionais informais podem ultrapassar os limites da interpretação e até mesmo *revogar tacitamente* a norma, Miranda não esclarece seu conceito de mutação constitucional; adota, em sua sistematização, também categorias como a interpretação evolutiva – à qual não confere o poder de "matar" normas, como ao costume – e a revisão indireta, que ocorre, segundo o próprio autor, pelo mero exercício da "interpretação sistemática"[296]. Nesse sentido, difere expressamente Canotilho, que não elenca a interpretação como modalidade idônea de mutação constitucional[297].

No entanto, através dos exemplos empregados por Miranda, é possível vislumbrar quão profundas foram as mudanças – formais e informais – sofridas pela Constituição Portuguesa de 1976. A redemocratização de Portugal após a revolução de 1974 operou-se sob o pano de fundo de uma revolução de cunho socialista, e o texto constitucional aprovado refletia fortemente essa ideologia. Com o desenvolvimento econômico da União Europeia, o país abandonou cada vez mais a ideologia socialista, e profundas reformas constitucionais foram necessárias[298]. Algumas foram empregadas pela via formal, através do processo de revisão, mas em uma Constituição extremamente analítica se provou impossível cobrir todas as reformas necessárias. As práticas inconstitucionais tornaram-se cada vez mais frequentes[299], assim como seu reconhecimento pela Corte Constitucional. Independentemente do referencial teórico que a doutrina portuguesa desejasse adotar – fica claro, por exemplo, que Jorge Miranda não simpatiza com as mudanças constitucionais informais[300] – ela se viu obrigada a

---

[294] *Ibid*., p. 282–284.
[295] *Ibid*., p. 284.
[296] *Ibid*., p. 281–284.
[297] CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1102.
[298] ROGEIRO, Nuno, Da Revisão Controlada: notas sobre o problema das cláusulas constitucionais irreformáveis, **Polis**, v. 1, p. 89–113, 1994, p. 89–90.
[299] Ver, sobre o tema MIRANDA, Jorge, Os limites materiais da revisão constitucional, **Revista Juridica**, v. 13-14, 1990.
[300] MORAIS, As mutações constitucionais implícitas e seus limites jurídicos, p. 55–57.

reconhecer o fenômeno da mutação constitucional, tal e qual os positivistas do século XIX na Alemanha.

5. Muito além da nomenclatura

A necessidade dita os rumos da teoria constitucional. Apesar das recorrentes críticas ao protagonismo exacerbado do poder judiciário no sistema constitucional a nível mundial, todos os constitucionalistas continuam a escrever sobre a Corte, porque ali segue sendo o principal palco de concretização das controvérsias constitucionais. O ativismo judicial se tornou assunto em voga no Brasil porque o comportamento do Supremo Tribunal avançou nesse sentido na última década; a mutação constitucional sequer atingiu interesse na esfera jurídica porque, repentinamente, os Ministros do Supremo Tribunal Federal estavam manuseando o termo.

Se por nenhum outro motivo, o fenômeno das mudanças constitucionais informais causadas pela imposição da realidade sobre a norma precisa ser absolvido pela doutrina constitucional brasileira porque é uma realidade da mesma. A ausência de um debate doutrinário sobre o tema não impedirá que o fenômeno continue moldando a verdadeira face da Constituição.

Utilizar o conceito e a teoria já moldados pela doutrina germânica dos séculos XIX e XX não é uma obrigatoriedade, mas existem vantagens e lógica por trás dessa decisão, que exige um ajuste menor do que procurar um novo termo com o qual designar o fenômeno; a mutação constitucional já é familiar à doutrina constitucional brasileira, sua origem conhecida; e principalmente, o uso atual do termo mutação constitucional pela doutrina constitucional brasileira se mostra mais do que perfeitamente prescindível, mas verdadeiramente danoso.

É o que foi demonstrado não apenas através da análise teórica e prática, na esfera constitucional brasileira, da chamada mutação constitucional como interpretação, ou reinterpretação, do texto constitucional, que revelou que esse fenômeno já possui outras designações – muito mais conhecidas e úteis à sua compreensão – e também uma suspeita seletividade que tem sido utilizada para designa-lo; mas também através da análise do contexto crítico – positivo ou negativo – em que esse conceito tem se inserido, sendo utilizado, no mais das vezes, como um instrumento argumentativo, valorativo, e não

explicativo. Derivam saí sua associação com o ativismo judicial, bem como sua invocação em diversas situações por Ministros do Supremo Tribunal Federal, sem uma lógica aparente[301].

É urgente, pois, o exercício de repensar o uso da doutrina moderna da mutação constitucional no contexto brasileiro. A partir dessa revisão, se torna natural a sugestão de resgatar o conceito delineado pela doutrina tradicional para tratar do fenômeno das mudanças constitucionais informais motivadas pelo descompasso entre norma e realidade, por todas as razões já expostas. Mas a decisão aqui não é urgente, e sim detida e lógica.

Ademais, ainda que não se utilizasse o termo mutação constitucional para designar fenômenos como a prática estatal *contra* constitucional e o desuso da norma reconhecido e conscientemente aceito pelos poderes, não haveria porque abstrair-se de todo o corpo teórico que o acompanha, que já no contexto da Alemanha de Weimar se mostrava notavelmente rico. O exemplo Português demonstra que essa teoria não é intransponível para os tempos atuais; de fato, ela se mostra particularmente bem adaptada aos desafios do constitucionalismo contemporâneo.

A profundidade de uma decisão nesse sentido alcança, assim, a própria natureza da doutrina acerca das mudanças constitucionais informais. Mais do que uma troca de nomes, esse exercício demanda o reconhecimento de um estado de coisas distinto daquele que está bem sedimentado na doutrina atual. É preciso reconhecer, no mínimo, que a concepção moderna de mutação constitucional, como vem sendo aplicada no Brasil, ao revés de esclarecer, confunde as linhas que separam a interpretação da mudança constitucional, bem explicitadas por Levinson[302]. Da conclusão de que a doutrina constitucional brasileira está em melhor forma sem tal concepção do que com ela fluirão toda sorte de ramificações capazes de auxiliar na compreensão e no desenvolvimento do sistema constitucional pátrio.

[301] Sobre o tema, ver a crítica delineada em 3.1., supra.

[302] Ver, nesse sentido, as considerações da introdução, supra.

CAPÍTULO III – JUSTIFICAÇÃO: MUDANÇAS CONSTITUCIONAIS INFORMAIS E SOBERANIA POPULAR

"Revolução? Mudança? O que eu quero deveras,
com toda a intimidade da minha alma,
é que cessem as nuvens átonas que ensaboam cinzentamente o céu;
o que eu quero é ver o azul começar a surgir de entre elas,
verdade certa e clara porque nada é nem quer."[303]

1. Uma divisão

O fato de que as mutações constitucionais existem significa que elas deveriam existir? O próximo capítulo será dedicado a esse questionamento. Naturalmente, não há uma única resposta correta. A exploração apresentada representa apenas uma alternativa de como encarar a questão legitimidade do fenômeno da mutação constitucional.

Nesse sentido, o presente trabalho poderia ser facilmente divido em duas partes (relativamente) independentes. Os capítulos anteriores construíram uma narrativa que tinha como propósito apresentar um fenômeno jurídico e a teoria que o acompanha. Demonstrar que essa teoria não vem sendo explorada na esfera jurídica brasileira – mas que, por outro lado, uma teoria distinta, que descreve um fenômeno distinto, vem esta sendo explorada, com poucos benefícios e várias desvantagens; arguir que esse fenômeno é uma realidade em nosso sistema constitucional, e que portanto a doutrina faria bem em reconhece-lo e explorá-lo.

A mudanças constitucionais informais autênticas, aquelas que desafiam o texto constitucional e vão além de suas possibilidades, foram chamadas de mutações constitucionais pela doutrina constitucional alemã entre o Império e a República de Weimar. Ali se desenvolveu uma rica teoria acerca desse fenômeno, suas classes e suas consequências. Esse

[303] Bernardo Soares (Fernando Pessoa), em *Livro do Desassossego*.

estudo não foi retomado após a Segunda Guerra Mundial no âmbito da própria doutrina alemã – desenvolveu-se uma nova teoria sobre o título da mutação constitucional.

Essa nova teoria já não tratava das mudanças constitucionais informais, ocasionadas pela imposição sucessiva e reiterada da realidade sobre a norma – fenômeno esse que, como observou Hesse, não tomava parte relevante do sistema constitucional estabelecido na Alemanha após a Segunda Guerra Mundial. Tratava, por seu turno, de um tema verdadeiramente caro ao tempo e o contexto em que foi criada, no âmbito da República Federal da Alemanha: a interpretação da Constituição.

Também no Império e posteriormente em Weimar, desenvolver uma teoria sobre o tema das mudanças constitucionais informais foi uma necessidade, vez que o fenômeno era uma frequente realidade no período. Sua identificação pela doutrina não significou, entretanto, que o fenômeno foi visto com bons olhos; com a flagrante exceção de Smend e Hsü Dau-Lin, os grandes teóricos da mutação constitucional na Alemanha não louvavam o instituto como uma ferramenta de aperfeiçoamento do sistema constitucional. Para Laband, Jellinek e Heller, por motivos distintos, a mutação constitucional atentava contra a própria natureza da Constituição como os autores a compreendiam. Nesse sentido, meramente observavam, impotentes, o que o direito formal não podia controlar. Aos doutrinadores restava criticar, e esperar que as forças políticas ouvissem.

Do mesmo modo, reconhecer a presença da mutação constitucional no sistema constitucional brasileiro não é o mesmo que chancelar sua legitimidade. É possível utilizar-se desse reconhecimento para impulsionar a crítica. O posicionamento é válido, e condizente com o papel da academia. A mutação constitucional promove a alteração da Constituição sem a devida observância ao procedimento formal de emenda, que carrega em si a autoridade e a legitimidade da norma proveniente do poder constituinte originário. A presença da mutação no sistema jurídico gera insegurança quanto ao conteúdo da Lei Maior, o que por sua vez ameaça a aceitação, e por consequência a legitimidade, da Constituição.

Todos esses argumentos são válidos, e muitos juristas de renome se apresentarão a defende-los. Mas existe uma segunda alternativa. É possível pensar na mutação constitucional como um instrumento de aprimoramento da ordem constitucional, enxergando na transposição da realidade em lei a única forma de salvar a Constituição da obsolescência. É possível

apreender que o longo e laborioso processo por qual toda mutação constitucional tem que passar para se concretizar como norma é suficiente para garantir que a estabilidade da Constituição não seja demasiadamente abalada.

O capítulo atual consistirá nesse exercício. Será apresentado um ponto de vista – um caminho através do qual é possível vislumbrar porque esse fenômeno de alteração informal da Constituição pode ser considerado um exercício legítimo de poder, e uma fonte legítima do direito constitucional. No âmbito desse debate, já não se questiona a existência das mutações, ou a efetividade do laborioso processo que as transforma de fenômeno fático em postulado jurídico. As mutações constitucionais aqui são uma realidade. Resta determinar se a sua ocorrência é algo a ser celebrado ou combatido.

Daí surge a necessidade da presente divisão do trabalho em partes independentes; a divisão sugerida se dirige especialmente aos que discordam do caminho aqui elegido. Essa discordância não deverá impedir que se siga até o limite estabelecido no capítulo anterior: não é preciso procurar legitimar a ocorrência da mutação constitucional para reconhecer seu status como fenômeno jurídico.

2. A voz do povo e seu poder constituinte

A construção e a desconstrução do conceito de mutação constitucional tem sido calcada primordialmente na doutrina constitucional alemã – antes e depois da Segunda Grande Guerra – e em menor escala na doutrina constitucional portuguesa. Na esfera brasileira a análise tem sido de recepção: como a doutrina constitucional lidou com os conceitos produzidos em terras estrangeiras, e como poderiam lidar. A doutrina constitucional norte-americana permeia o texto, sustentando com maior ou menor ênfase muitos dos argumentos apresentados, sem jamais tomar a frente.

Ela passará a ocupar, nessa fase, papel de maior destaque; muito embora o termo mutação constitucional jamais tenha sido utilizado no contexto norte-americano, as mudanças constitucionais informais são ali extremamente frequentes. Essas mudanças já eram comuns e afetavam de forma fundamental o sistema constitucional dos Estados Unidos antes mesmo de

Laband reconhecer pela primeira vez a presença do fenômeno no sistema constitucional imperial[304].

De fato, a discussão do tema em solo norte-americano é mais antiga do que a própria Constituição. A maior preocupação dos Pais Fundadores quando elaboraram sua grandiosa defesa do novo sistema constitucional – os *Artigos Federalistas* – era demonstrar que o novo governo federal não seria excessivamente poderoso. Nesse sentido, o texto constitucional sintético produzido por esses constituintes poderia parecer paradoxal. Afinal, se a Constituição é um instrumento voltado à limitação do poder do Estado, o texto aprovado na Convenção da Filadélfia não deixara espaços excessivos dos quais o Estado poderia ser apropriar?

Em muitos aspectos o enxuto texto norte-americano difere das constituições modernas, a larga maioria das vigentes produzidas no século XX. Estão listados ali, por exemplo, os poderes do chefe do executivo – aquele que os Federalistas precisavam convencer os povos dos treze estados que não se tornaria um monarca – mas não existem advertências contra o abuso desse poder. O texto estabelece, por exemplo, que o Presidente deve executar fielmente as leis, mas não impede que ele se utilize de seus outros poderes elencados para efetivamente anular a eficácia daquelas, emitindo, por exemplo, decretos executivos com propósitos contrários à legislação congressual[305]. Nesse sentido declarou James Madison no Artigo Federalista n. 45, que:

> Os poderes delegados pela Constituição proposta ao governo federal são poucos e definidos. Aqueles que devem permanecer nos governos estaduais são numerosos e indefinidos. Aqueles serão exercidos principalmente em objetos externos, como guerra, paz, negociação e comércio externo; os poderes reservados aos vários estados se estenderão a todos os objetos que, no curso natural das coisas, concernem as vidas, liberdades e propriedades do povo; e a ordem interna, melhoria e prosperidade do estado[306].

---

[304] Como bem observou Hsü, a prática das mudanças constitucionais informais teve inicio ainda nos tempos de John Marshall, com o desenvolvimento da teoria dos poderes implícitos. HSÜ, **Mutación de la Constitución**, p. 45–46.

[305] Os exemplos são de Philip Bobbitt em BOBBITT, **Constitutional Fate**, p. 145.

[306] HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John, **The Federalist**, Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2005, p. 253, Tradução nossa.

O mesmo sentido é conferido ao disposto na Emenda X à Constituição, que estabelece simplesmente que "Os poderes que não foram delegados aos Estados Unidos pela Constituição, se não são proibidos por ela aos estados, são reservados aos estados respectivamente, ou ao povo"[307].

A Constituição americana também não é, por sua própria natureza, principiológica. É preciso lembrar que o famoso *Bill of Rights* sequer faz parte do texto original, tendo sido acrescentado por meio de emendas logo após a promulgação da Constituição. Mais uma vez, se o objetivo era limitar os poderes da União ao máximo, parece paradoxal que os constituintes não tenham feito de um rol expresso de direitos fundamentais uma prioridade. Essas escolhas somente se tornam claras quando se observa que o sistema constitucional delineado pelos Federalistas era um sistema de poderes enumerados. Isso significa que o Estado Federal norte-americano não é detentor de plenos poderes: a ele pertencem apenas os poderes concedidos pela Constituição. Nesse sentido, Philip Bobbitt bem sumariza ao dizer que "a Constituição – de fato o corpo da Constituição não emendado – não precisava declarar essas proibições porque o poder afirmativo para realizar tais atos não existe"[308].

Essa observação é fundamental para que se apreenda porque, desde o princípio, a saga de John Marshall para expandir os poderes da União encontrou tamanha resistência, porque o inimaginável alcance atingido pela teoria dos poderes implícitos ao longo da história constitucional norte-americana somente pode ser compreendido como uma mudança no conteúdo, e de fato no próprio cerne, da Constituição. É claro que o alcance das mudanças constitucionais informais nos Estados Unidos não se esgota nesse tema. De fato, ela se tornaria significativamente mais complexa após a introdução das Emendas da Reconstrução no sistema constitucional, e significativamente mais frequente ao longo do século XX.

2.1. O contexto norte-americano

[307] **The Constitution of the United States**, disponível em: <http://constitutionus.com/>, acesso em: 11 dez. 2016, Tradução nossa.
[308] BOBBITT, **Constitutional Fate**, p. 145.

Por todos esses motivos o interesse pelo tema das mudanças constitucionais informais nunca foi tão intenso do que entre os doutrinadores contemporâneos. Uma das mais proeminentes teorias, nesse sentido, certamente foi a já explorada teoria dos momentos constitucionais de Bruce Ackerman[309], segundo a qual a Constituição dos Estados Unidos vem sendo informalmente e legitimamente alterada desde o século XIX. A premissa do autor para sustentar essas afirmações é a teoria da democracia dualista, que divide o exercício da política em dois momentos distintos e bem delineados: a política normal (*normal lawmaking*) e a política constitucional (*higher lawmaking*)[310].

A lógica por trás da divisão proposta pelo autor se pauta na mais fundamental premissa da tradição constitucional norte-americana: a soberania popular. Somente o povo tem autoridade para contrair compromissos constitucionais. Assim, a importância de separar a política normal da política constitucional reside no fato de que nos momentos de política constitucional – pois Ackerman constrói a imagem de duas pistas que correm paralelamente mas que não podem ser utilizadas concomitantemente – o povo está se expressando, está no comando das decisões. Nos momentos de política normal, o povo está ausente, silencioso[311].

Isso porque Ackerman se preocupa em esclarecer que o sistema de representação política não é um sistema de substituição. De fato, o autor aduz residir aí um dos maiores erros da teoria política moderna: permitir que a vontade dos representantes do povo seja confundida com a vontade do povo. Segundo observa:

> A tentação é grande de simular a antiga *polis* reunindo algumas centenas de pessoas para 're-presentar' o todo e reencenar o antigo ritual da democracia direta. Eles, e não nós, se reunirão em um local, discutirão os prós e os contras, contaram cabeças, e declararão a maioria vencedora em nosso nome. Os retóricos tem um nome para essa solução do problema de representação: sinédoque. Nesse modo de falar, a parte (o Congresso) representa o todo (o Povo dos Estados Unidos): 'os representantes do povo, em assembleia popular, parecem acreditar que eles são o próprio povo, e demonstram fortes sinais de impaciência e desgosto ao menor sinal de oposição de qualquer lugar...'. Tudo está perdido se formos capturados por esse ingênuo sinédoque... A representação não apenas promete uma solução para o antigo problema da democracia mas proporciona uma solução para um problema inteiramente novo – a concretude ou personalização indevidos. Não se pode permitir

[309] Ver nota 29, supra.
[310] ACKERMAN, **We the People, Volume 1**, p. 3–7.
[311] *Ibid*., p. 6–7.

> que nenhuma instituição da política normal se transubstancie no Povo dos Estados Unidos.[312]

A chave da teoria de Ackerman, portanto, está na assunção de que, em uma democracia estabelecida, o Povo se manifesta ativamente apenas em momentos extraordinários, estabelecendo a estrutura básica para o desenvolvimento do direito nos momentos de política normal[313]. As perguntas fundamentais, nesse contexto, se tornam *quando* e *como* o Povo se manifesta. A regra de reconhecimento eleita por Ackerman naturalmente desvia da proposta positivista clássica de reconhecer apenas as normas produzidas pela "autoridade legal"[314] – afinal, o autor defende veementemente que as autoridades legais, via de regra, não declaram a vontade do povo em tempos de política normal – e, nesse sentido, não está restrito apenas a exercícios de criação constitucional formais.

Para determinar os momentos em que a voz do povo é ouvida, Ackerman recorre então à construção de uma complexa teoria, aduzindo que "o sistema de política constitucional impõe um teste especialmente rigoroso a movimentos políticos que tem esperança de merecer o elevado senso de legitimidade democrática garantido aos porta-vozes do Povo"[315]. Apesar de rigoroso, o teste proposto por Ackerman não limita a expressão da vontade do povo ao sistema formal de reforma constitucional previsto no Artigo V[316].

De fato, as *emendas constitucionais informais* – para utilizar a expressão que mais se aproxima do conceito tradicional de mutação constitucional no contexto norte-americano –

---

[312] *Ibid*., p. 181–182, Tradução nossa.

[313] Para uma defesa desse mesmo ponto, ver os argumentos de Jack Balkin, segundo o qual a Constituição estabelece "a estrutura inicial que coloca a política em andamento", e que deve ser completada e concretizada ao longo do tempo através de um processo que chama de "construção constitucional" o qual deve observância à estrutura constitucional, assim como as decisões tomadas no âmbito da política normal, segundo Ackerman, devem observância à estrutura definida nos momentos de política constitucional. BALKIN, **Living Originalism**, p. 3–4.

[314] Ver nota 22, supra. Sobre o conceito da regra de reconhecimento, remete-se ao pensamento clássico de Hart, segundo o qual a regra de reconhecimento provê os critérios de validade jurídica ao determinar quais atos criam o direito. HART, **The Concept of Law**, p. 94–95.

[315] ACKERMAN, **We the People, Volume 1**, p. 67.

[316] "Rigoroso" e "complexo" são descrições exatas. A dinâmica institucional proposta por Ackerman para a aprovação de transformações constitucionais passa por cinco fases: sinalização, proposta, gatilho, ratificação e consolidação; não seria o caso de dissecar aqui cada uma delas. Basta observar que o talento de Ackerman para identificar e classificar fatos da história constitucional americana pode ser o único capaz de seguir o raciocínio proposto até o fim e identificar uma mudança constitucional legítima. ACKERMAN, Bruce, **We the People: Volume 2: Transformations**, Cambridge: Belknap Press, 2000, p. 23–25.

constituem um elemento particularmente importante da narrativa construída por Ackerman acerca do desenvolvimento constitucional norte-americano a partir do século XX, na medida em que os Estados Unidos "perderam a capacidade de escrever seus novos compromissos constitucionais do modo tradicional"[317]. Na medida em que emendas constitucionais formais se tornaram inatingíveis, o Povo teve que buscar novos canais para o estabelecimento de seus compromissos fundamentais em momentos extraordinários.

Os meios através dos quais o Povo americano logrou expressar novos compromissos constitucionais foram, na extensa narrativa de Ackerman, variados. As tentativas de sistematização desses fenômeno são tão distintas ao que verifica no resto do mundo quanto a jurisdição constitucional norte-americana é única; leis extraordinárias (os chamados *super-statutes*[318]) e indicações transformadoras para a Suprema Corte[319][320] foram apenas algumas dessas expressões. Essas e outras emendas constitucionais informais são, na construção Ackermaniana, exercícios legítimos de política constitucional porque elas satisfazem o seu critério como expressões da soberania popular, tanto quanto o processo formal de criação de emendas constitucionais.

A teoria de Ackerman exerce significatica influência sob a doutrina constitucional norte-americana, e naturalmente recebeu uma enorme variedade de críticas. Uma das mais agudas, e mais problemáticas para as propostas do autor, é a de que o processo de emendas constitucionais informais criado por ele é tão rigoroso que se torna tão inatingível quanto o processo formal de emenda que é tão criticado em sua obra[321]. Por mais de vinte anos

---

[317] Ver nota 122, supra. ACKERMAN, The Living Constitution, p. 1740, Tradução nossa.

[318] Sobre os super-statutes e seu papel no constitucionalismo americano, ver ESKRIDGE, William N.; FEREJOHN, John, Super-statutes, **Duke Law Journal**, v. 50, n. 5, p. 1215–1276, 2001.

[319] Sobre o papel das indicações ao cargo de Justice da Suprema Corte norte-americana e suas consequências, ver também os apontamentos de Balkin e Levinson em BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford, Understanding the Constitutional Revolution, **Virginia Law Review**, p. 1045–1109, 2001, p. 1076 e ss.

[320] Sobre o papel das indicações para a Suprema Corte como instrumentos de transformação constitucional, Post e Siegel esclarecem que "Aqueles que se opuseram aos precedentes da Corte Warren, por exemplo, foram atraídos pela promessa do Presidente Reagan de interromper a decida em direção "ao egalitarianismo radical e o libertarianismo civil expansivo da Corte Warren". Eles forneceram seu apoio a Reagan porque ele prometeu nomear justices que adotariam uma "filosofia de autocontenção judicial". POST; SIEGEL, Democratic Constitutionalism, p. 28, Tradução nossa.

[321] Ver, especialmente, a crítica de Jack Balkin ao último livro da série We the People, que trata da revolução dos direitos civis. BALKIN, Jack M., **Bruce 3.0**, Balkinization, disponível em: <http://balkin.blogspot.com/2014/05/bruce-30.html>, acesso em: 19 nov. 2016.

Ackerman sustentou a existência de apenas três momentos constitucionais em mais de duzentos anos de vigência do sistema constitucional norte-americano: a Fundação, a Reconstrução e o New Deal[322].

Um dos principais objetivos de sua teoria de adaptações não-convencionais, segundo o próprio autor, era diminuir o risco, identificado no método formalista de mudanças constitucionais de um *falso negativo* que poderia "sufocar a expressão de momentos constitucionais que, após anos de debate mobilizado, penetraram profundamente na consciência dos cidadãos comuns, conquistando o apoio efetivo de uma maioria decisiva e sustentada"[323]. Ao sugerir que as emendas constitucionais informais, nos moldes propostos, podem recair sobre o mesmo problema, a crítica atinge o cerne das preocupações de Ackerman.

Por outro lado, seria certamente impossível que alguém observasse o estado em que o arcabouço constitucional norte-americano se encontra nos dias atuais e acreditasse que ele não mudou fundamentalmente desde 1937[324]. A teoria dos momentos constitucionais de Ackerman, em sua composição tradicional, parecia definitivamente estar deixando escapar alterações constitucionais informais que ocorreram desde então; a doutrina passou a sugerir, nesse sentido, que a versão ackermaniana dos momentos constitucionais estabelecera uma distinção excessiva entre as pistas da política normal e da política constitucional, aprisionando o exercício da soberania popular em momentos tão extraordinários que gerações inteiras poderiam viver sem jamais conquistar a chance de revisitar os compromissos fundamentais da ordem constitucional[325][326][327].

O Ackerman do século XXI reconheceu algumas das falhas de seus escritos anteriores e promoveu uma relativização parcial de seus critérios altamente exigentes para classificar os

---

[322] ACKERMAN, **We the People, Volume 2**, p. 20–23.

[323] ACKERMAN, Bruce, Higher Lawmaking, *in*: LEVINSON, Sanford (Org.), **Responding to Imperfection: the theory and practice of constitucional amendment**, Princeton: Princeton University Press, 1995, p. 74, Tradução nossa.

[324] BALKIN, **Bruce 3.0**.

[325] *Ibid*.

[326] LEVINSON, Sanford, Popular Sovereignty and the United States Constitution: Tensions in the Ackermanian Program, **Yale Law Journal**, v. 123, p. 2644, 2013.

[327] KLARMAN, Michael J., Constitutional Fact/Constitutional Fiction: A Critique of Bruce Ackerman's Theory of Constitutional Moments, **Stanford Law Review**, v. 44, n. 3, p. 759–797, 1992.

momentos constitucionais no último da série *We The People*, que trata da revolução dos direitos civis a partir dos anos 1950 nos Estados Unidos. Ali o autor reconheceu o caráter da revolução constitucional que se iniciou com *Brown vs. Board of Education* como um momento constitucional – algo que ele havia se recusado expressamente a fazer em seus escritos anteriores[328].

De modo fundamental para a presente discussão, Ackerman passou a admitir que as emendas constitucionais informais podiam ser mais sutis e menos dramáticas, tanto em relação ao processo que as concretizava quanto em relação ao seu alcance, do que suas obras anteriores sugeriam[329]. Isso porque, enquanto a teoria tradicional de Ackerman acerca das emendas constitucionais informais pouco tinha em comum com o conceito de mutação constitucional que vem sendo aqui analisado – se mostrando complexas demais, longas demais, veículos exclusivos para mudanças sistêmicas profundas e radiais e, ademais, aplicáveis unicamente às vicissitudes do sistema constitucional norte-americano – essa nova teoria oferece caminhos para que se formem conexões com aquela.

Os critérios para o reconhecimento da verdadeira expressão da vontade popular puderam, assim, ser suavizados, sem ser inteiramente dispensados. O Povo, nesse novo cenário, pode estar menos consciente das mudanças às quais está lentamente consentindo no âmbito da ordem constitucional. Há mais espaço para manobrar ao redor do requerimento de um movimento que só pode ser canalizado através de um partido e de um presidente (*movement-party-presidency*[330]); nesse novo cenário, ecoando os doutrinadores alemães de uma outra era, Ackerman falava e mudanças constitucionais informais que poderiam ser efetivadas *ao longo do tempo* e por *todos os três* poderes do Estado: "Enquanto diferentes

---

[328] ACKERMAN, **We the People, Volume 3**, p. 1–19.

[329] Existem muitas maneiras através das quais Ackerman se viu obrigado a relativizar seus critérios para encaixar a revolução dos direitos civis como um momento constitucional. Um aspecto interessante é a caracterização da revolução dos direitos civis como uma evolução dos postulados constitucionalizados no New Deal (tornando, a um só tempo, o seu alcance menor e emprestando um pouco da legitimidade constitucional do New Deal, já defendida em outro momento, à revolução dos direitos civis). Outro aspecto interessante é a diminuição, ainda que parcial, da importância da figura do Presidente, um dos elementos centrais da teoria Ackermaniana. Lyndon B. Johnson tem um papel de destaque na narrativa do autor, mas certamente não é o protagonista isolado como foram Abraham Lincoln (na Reconstrução) e Franklin Delano Roosevelt (no New Deal) em outras eras. Além de dividir o palco com outros líderes, especialmente Martin Luther King, Johnson sequer é o responsável por iniciar o movimento. *Ibid*., p. 37–82.

[330] *Ibid*., p. 39.

poderes assumiram papéis de liderança na luta por mudanças no regime, o seu desafio é sempre o mesmo – adquirir apoio público suficiente para sua revisão constitucional para que, ao longo do tempo, *os três poderes endossem repetidamente* a legitimidade dos avanços iniciados pelo novo regime."[331]

Essa construção se mostra significativamente mais familiar: práticas reiteradas, aceitação tácita, endosso dos três poderes do Estado. Carlos Blanco de Morais, partindo da base fornecida pela doutrina alemã, chegou a descrever as mudanças constitucionais informais em termos extremamente similares[332]. O que diferencia o tratamento de Ackerman daquele que pode ser extraído das reflexões acerca da mutação constitucional na doutrina alemã é que, por todo o arcabouço teórico exposto, quando o processo de *constitucionalização* das mudanças constitucionais informais se completa, essas não atingem apenas legalidade, mas legitimidade.

2.2. Um retorno ao contexto alemão

Ackerman enxerga nos movimentos canalizados – como o autor passou a aceitar – por uma série de instrumentos a voz do Povo Soberano que, quando se apresenta em espírito, abafa as vozes de seus representantes, e estabelece compromissos fundamentais sob os quais esses representantes, posteriormente, deverão se pautar. No contexto em que o conceito de mutação constitucional foi criado, muito embora nenhum dos autores que o explorou tenha sequer tentado estudar esse aspecto, essas ideias estavam longe de ser desconhecidas.

Numa fórmula que soará familiar, Carl Schmitt dividiu a democracia em dois grandes momentos: sua diferenciação entre e o extraordinário e o ordinário, entre o supra-politizado e o despolitizado, está refletida nas pistas separadas do desenvolvimento político na democracia dualista Ackermaniana[333][334]. Mas Schmitt se mostrava especialmente preocupado com a 'morte' do Soberano em tempos políticos ordinários; o seu conceito de poder constituinte não

---

[331] *Ibid*., p. 4, Grifo nosso, Tradução nossa.

[332] MORAIS, As mutações constitucionais implícitas e seus limites jurídicos, p. 64.

[333] SCHMITT, **Constitutional Theory**, p. 268 e ss.

[334] Comparações entre as teorias de Ackerman e Schmitt são notadamente comuns na doutrina. Para uma versão objetiva e particularmente relevante no contexto ora analisado, ver ARATO, Carl Schmitt and the Revival of the Doctrine of the Constituent Power in the United States.

comportava permanecer dormente por longos períodos de tempo – as vezes por décadas – como a teoria original de Ackerman permitia. Ele conceituava, ao revés, o soberano sempre pronto para agir, mesmo quando sua falta de ação caracterizava tempos políticos normais[335].

Essa perspectiva levou Schmitt a teorizar acerca do terceiro momento da democracia (em contraponto aos momentos de política extraordinária e de política ordinária), no qual o autor imaginava que o Soberano poderia continuar a agir de maneira mais moderada ou contida do que no primeiro momento, de integral criação constitucional. Schmitt visualizava essas *intervenções soberanas* – atos apócrifos de soberania[336][337] – na política ordinária se realizando através de formas políticas e canais institucionais inautênticos, como os plebiscitos e os referendos[338]. Mas Schmitt foi além dessas conhecidas ferramentas de democracia direta e definiu uma esfera pública para o terceiro momento da democracia, na qual o Povo Soberano poderia se organizar em assembleias populares e trabalhar para alterar a ordem constitucional sem substituí-la. Conforme observa Andreas Kalyvas, nessas "esferas públicas informais e espontâneas" Schmitt esperava que o povo pudesse "expressar a sua vontade soberana e recuperar parte do seu poder constituinte"[339].

Apesar das fascinantes possibilidades que a teoria cerca do terceiro momento da democracia oferece, a maior crítica a ser lançada sob Schmitt nesse contexto é a de que ele dedicou muito pouco espaço para desenvolve-la[340]. O autor nunca esclareceu integralmente a ideia das assembleias populares, exceto para diferencia-las dos espaços institucionalizados e dos partidos políticos[341]. Enquanto instrumentos, as assembleias deveriam engajar o povo de forma direta (e não através de representação) porque o seu objetivo era o de manter o poder

---

[335] SCHMITT, **Constitutional Theory**, p. 140.

[336] *Ibid*., p. xvi.

[337] Conforme explica Andreas Kalyvas em relação ao uso do termo "apócrifas" por Schmitt para descrever tais intervenções soberanas, "Elas são apócrifas porque, embora não signifiquem uma manifestação consciente e explícita da auto-constituição da sociedade, elas recuperam algo do seu caráter extraordinário quando emitem, ocasionalmente, decisões constitutivas, enquanto ainda mediadas e afetadas pela passividade e despolitização generalizadas". KALYVAS, Andreas, **Democracy and the Politics of the Extraordinary: Max Weber, Carl Schmitt, and Hannah Arendt**, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 176, Tradução nossa.

[338] SCHMITT, **Constitutional Theory**, p. 155–156.

[339] KALYVAS, **Democracy and the Politics of the Extraordinary**, p. 176.

[340] *Ibid*., p. 180.

[341] SCHMITT, **Constitutional Theory**, p. 156.

constituinte vivo – ou, para usar a construção de Ackerman, manter a *cidadania* viva[342] – mesmo que apenas em áreas específicas, e para cidadãos específicos de cada vez.

Em essência, o conceito do terceiro momento da democracia transmite a ideia de soberania que é exercida em setores; nesse sentido, o elo mais fraco dessa corrente argumentativa é a falha do autor em teorizar *como* essas forças divididas poderiam adquirir influência suficiente para alterar a lei constitucional, mesmo que informalmente. O conceito de mutação constitucional estava sendo desenvolvido ao mesmo tempo, e no mesmo contexto em que Schmitt explorava os apontamentos sobre o terceiro momento da democracia; embora o autor jamais tenha traçado paralelos entre os temas, as conexões estão presentes – conexões entre aceitação e espontaneidade, na relação entre a informalidade e a necessidade de se proteger o caráter da política constitucional em tempos de política normal.

Seria possível, assim, traçar duplos paralelos para responder, reciprocamente, às falhas das construções Ackermaniana e Schmittiana – a dificuldade inerente de ultrapassar os momentos de criação constitucional radical e teorizar acerca de momentos mais sutis de expressão do poder constituinte[343][344] – e aos questionamentos que o conceito de mutação constitucional gera acerca da legitimidade de mudanças constitucionais informais? O paradoxo da legitimidade das mudanças constitucionais informais certamente encontra apoio na estrutura estabelecida por essas teorias. Conforme observa Kalyvas em relação à teoria tridimensional da democracia de Schmitt:

> Ao manter abertos diversos espaços para expressões mais diretas de poder popular contra as tendências imperialistas da democracia estatal, dos interesses organizados, das elites política e dos procedimentos impessoais que colonizam o campo da política em tempos normais, as assembleias populares auto-organizadas poderiam se

[342] ACKERMAN, **We the People, Volume 1**, p. 234–235.

[343] Em relação à teoria de Schmitt, essa crítica é bem desenvolvida por Kalyvas quando o autor observa que "o problema está na inabilidade do poder constituinte [como conceituado por Schmitt] de agir de outra forma que não produzindo novas normas constitucionais e emitindo leis fundamentais. Muitos aspectos importantes da política, relacionados à estrutura econômico-social, ao campo simbólico, às lutas por reconhecimento, são deixados de fora". KALYVAS, **Democracy and the Politics of the Extraordinary**, p. 185, Tradução nossa.

[344] Em relação à teoria de Ackerman, é Jack Balkin que observa que "o modelo de mudança [constitucional] de Ackerman não é gradual, mas revolucionário. As mudanças de regime devem ocorrer num espaço muito curto de tempo, normalmente dentro de dez anos. Portanto, o modelo de Ackerman não se propõe a explicar as mudanças intermediárias ou menores dentro do regime, ou entre grandes trocas de regime, exceto na medida em que ele pode descrever essas mudanças como a consequência dos compromissos maiores do regime, ou como a síntese dos compromissos dos regimes anteriores." BALKIN, **Living Originalism**, p. 309, Tradução nossa.

> tornar repositórios de vitalidade e legitimidade democráticas. É nesses auditórios informais que os cidadãos podem exercitar, ainda que de forma mitigada, parte de seus poderes extraordinários fora dos mecanismos de representação e de eleições regulares. Como defendeu Schmitt: 'o povo não perde nada de sua importância para a vida pública' depois de estabelecer uma nova ordem constitucional.[345]

Concretizar a expressão desses momentos *sutis* de construção constitucional representa um desafio maior; a teoria acerca da mutação constitucional já forneceu elementos suficientes para demonstrar como a realidade inconstitucional pode se transformar em norma constitucional. O que falta ser definido é porque – ou se – essas práticas inconstitucionais podem ser transubstanciadas em expressões da vontade popular.

3. Mudanças informais e movimentos sociais

A construção de Schmitt acerca do terceiro momento da democracia e a revisão conferida por Ackerman aos próprios critérios para a identificação de momentos extraordinários de mudança constitucional remetem a outras premissas e questionamentos. Existe um resultado fático – a alteração informal do texto constitucional – que está conectada a uma prática tacitamente aceita ao longo do tempo. Existe uma necessidade periódica de que o povo exerça sua soberania, em nome da sobrevivência do sistema constitucional[346]. Essa necessidade demanda responsividade (*responsiveness*) e ajustes, mas não substituição do conteúdo constitucional como um todo. A pergunta é como conciliar essas questões.

Robert Post e Reva Siegel desenvolveram o conceito de constitucionalismo democrático como a expressão "do paradoxo de que a autoridade constitucional depende tanto de sua responsividade democrática quanto de sua legitimidade enquanto lei"[347]. A tentativa de reconciliar a necessidade de segurança que advém da formalidade e o caráter democrático da

---

[345] KALYVAS, **Democracy and the Politics of the Extraordinary**, p. 179, Tradução nossa.

[346] Enquanto Schmitt contava como principal preocupação com a "dormência" do poder constituinte o seu arrefecimento, Ackerman procura encontrar equilíbrio entre o espírito dos políticos e o espírito dos cidadãos comuns, dividindo os atos da vida política desses últimos entre os já conhecidos dois momentos: política normal e política constitucional. Na maior parte do tempo, diz o autor, as pessoas exercerão seus direitos políticos egoisticamente; mas é preciso que siga viva a possibilidade de que, pelo menos em alguns momentos, elas possam decidir com vistas ao bem comum. ACKERMAN, **We the People, Volume 1**, p. 234 e ss.

[347] POST; SIEGEL, Democratic Constitutionalism, p. 27, Tradução nossa.

política extraordinária (e muitas vezes informal) leva os autores a defenderem a prática da 'contestação normativa' (*norm contestation*) como um instrumento adequado para a efetivação de mudanças constitucionais informais[348].

A contestação normativa representa mais um instrumento encontrado pela doutrina constitucional norte-americana para contornar a dificuldade de emendar formalmente a Constituição, e assim continuar o exercício fundamental de traduzir os anseios sociais em normas constitucionais[349]. Os autores reconhecem que outras formulações nesse sentido incluem a já mencionada nomeação de membros da Suprema Corte e a *política presidencial* descrita na teoria tradicional de Ackerman. Através do instrumento da contestação normativa, "mais democraticamente disperso e contínuo", sugerem que movimentos sociais levam suas batalhas para as cortes de maneira consistente e organizada, construindo a jurisprudência que poderá instar a Suprema Corte a resolver a controvérsia[350].

A doutrina constitucional norte-americana aponta como questões polêmicas e fundamentais, como as decisões sobre o aborto (*Roe vs. Wade*)[351] e o casamento homossexual (*Obergefell vs. Hodges*)[352], foram produtos dessas técnicas de organização social que canalizaram suas demandas através do judiciário e lograram efetivamente (e informalmente) alterar a Constituição. É particularmente interessante que os autores se utilizem desses exemplos para tratar do tema, porque a questão da proteção dos direitos individuais nos Estados Unidos está intrinsecamente ligada ao tema das mudanças constitucionais informais.

3.1. O caso da Emenda XIV e a proteção dos direitos fundamentais

A história começa muito antes desses temas emergirem à superfície do debate constitucional norte-americano. O debate acerca da proteção dos direitos individuais passou a

---

[348] POST, Robert; SIEGEL, Reva, Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash, **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, p. 373, 2007, p. 381.
[349] Ver, supra, nota 252.
[350] POST; SIEGEL, Roe Rage, p. 381 e ss.
[351] SIEGEL, Reva B., Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the De Facto Era, **California Law Review**, v. 94, n. 5, p. 1323–1419, 2006.
[352] NEJAIME, Douglas; SIEGEL, Reva, **What Obergefell v. Hodges Should Have Said, Concurring Opinion**, Rochester: Social Science Research Network, 2016.

integrar o centro das discussões constitucionais nos Estados Unidos à época da Reconstrução. Com o fim da Guerra Civil e a abolição da escravidão através da XIII Emenda, a maior preocupação do Congresso republicano passara a ser a proteção dos negros recém-libertos. Nesse objetivo estava ancorada a necessidade de promulgar a XIV Emenda e garantir-lhes cidadania, os direitos que acompanham a liberdade e igualdade. Entre o partido republicano e seus objetivos, no entanto, se posicionava firmemente o Sul, recém derrotado, reintegrado à União e pronto para garantir que a única consequência da Guerra Civil seria o fim da escravidão[353].

O problema que se colocava diante dos republicanos era grave: inadvertidamente, incrivelmente, o Sul saíra politicamente fortalecido da Guerra Civil em relação ao governo federal. Isso porque com a abolição da escravidão a famosa cláusula dos três quintos (segundo a qual um escravo contava como três quintos de uma pessoa para fins de representação) restava esvaziada. Com os ex-escravos agora contados como pessoas inteiras, o Sul recebera um significativo acréscimo em sua população, e consequentemente em sua representação no Congresso e, indiretamente, no Colégio Eleitoral.

Era algo que os vencedores não poderiam permitir. Diante da possibilidade de ver a continuidade do projeto da Reconstrução impedida pelo retorno dos estados sulistas à União, os republicanos orquestraram uma manobra política para simplesmente impedir que os deputados e senadores sulistas tomassem posse dos cargos para os quais foram eleitos em 1865. A justificativa do Congresso foi a de que os negros não haviam participado do processo eleitoral que elegera os deputados e nomeara os senadores. Assim, a aprovação da XIV emenda à Constituição americana, reconhecidamente a mais importante emenda constitucional de sua história, foi conduzida pelo que Bruce Ackerman chamou de "*rump Congress*", um corte do Congresso americano[354].

A emenda recebeu desse Congresso parcial os dois terços dos votos requeridos: exatamente cento e vinte votos na Câmara e trinta e três votos no Senado. Mas se a composição dos órgãos estivesse completa, a aprovação requereria cento e sessenta e dois

---

[353] ACKERMAN, **We the People, Volume 2**, p. 102–103.

[354] ACKERMAN, Bruce, Constitutional Politics/Constitutional Law, **The Yale Law Journal**, v. 99, n. 3, p. 453–547, 1989, p. 503.

votos na Câmara e quarenta e oito votos no Senado. E essa fase era apenas a inicial, e a mais fácil do processo de ratificação proposto pelo Artigo V. Agora os republicanos precisavam que vinte e sete estados ratificassem a emenda proposta no âmbito de suas assembleias legislativas para atingir o quórum de três quartos dos estados exigido pelo texto constitucional.

Seria impossível atingir esse quórum sem que pelo menos alguns dos estados sulistas se dispusessem a ratificar a Emenda, algo que, naturalmente, não tinham nenhum interesse em fazer. Mas os republicanos se mostraram implacáveis; para garantir a ratificação da XIV emenda, o Congresso condicionou o retorno dos representantes dos estados do Sul à Câmara e ao Senado à complacência de suas assembleias legislativas, e mesmo assim apenas quando o quórum de três quartos tivesse sido atingido. Obteve-se, nesses termos, a capitulação do Sul, e a Emenda XIV à Constituição americana foi ratificada[355].

Esse processo de legalidade no mínimo duvidosa foi o objeto de incontáveis debates pela doutrina americana. Bruce Ackerman reconhece o caráter ilegal das manobras realizadas pelo Congresso republicano[356], mas reconhece a legitimidade da XIV Emenda empregando seu processo informal de concretização de mudanças constitucionais, e aduzindo que a Emenda, embora não tenha cumprido os requisitos do Artigo V, estava sustentada pela vontade soberana do Povo, representado a essência de um verdadeiro momento constitucional. Outros autores discordam. Akhil Amar defende que as manobras utilizadas pelo Congresso republicano não eivaram a Emenda com o vício da ilegalidade, pois o Congresso estava defendendo a Constituição ao rejeitar a participação dos representares eleitos por processos eleitorais que excluíram os negros. Para Amar, a força da XIV Emenda advém do cumprimento do processo estabelecido no Artigo V da Constituição americana[357].

---

[355] ACKERMAN, **We the People, Volume 2**, p. 110–113.

[356] Ackerman aduz que a única justificativa constitucional possível a ser aplicada no caso seria seção 4 do Artigo IV da Constituição, que coloca sobre o governo dos Estados Unidos a responsabilidade de garantir que os estados respeitem a forma republicana de governo. Mas, conforme o autor observa, as discussões anteriores acerca dessa cláusula de garantia não parecem sustentar o argumento de que ela se aplicaria à situação dos estados sulistas, uma vez que o Congresso antes da Guerra Civil jamais aceitara aplicar essa cláusula para excluir os estados escravocratas do Congresso. *Ibid*., p. 104–105.

[357] Contrariamente, Amar aduziu que havia justificativa suficiente para o Congresso se utilizar da cláusula de garantia do Artigo IV nesse caso - principalmente porque esses estados sulistas, para além da própria exclusão dos negros do processo eleitoral, haviam cometido a mais anti-republicana de todas as violações - a Secessão. O Congresso, segundo Amar, estava em seu direito ao impedir que esses representantes tomassem seus assentos nas casas até que ficassem garantido que não haveriam novas violações por parte dos estados. No mais, o autor aduz

Essa discussão é naturalmente fundamental sob o prisma das mudanças constitucionais informais – afinal, se a XIV Emenda não respeitou o procedimento estabelecido no Artigo V ela configura, de fato, uma alteração informal da Constituição americana. Mas expor esse tortuoso e profundamente divisor processo de aprovação também é fundamental para que se compreenda o destino de algumas das mais fundamentais provisões trazidas pela XIV Emenda, que por sua vez afetaram o debate sobre a proteção dos direitos individuais ao longo do século XX.

As Emendas de Reconstrução – XIII, XIV e XV – alteraram profundamente a dinâmica constitucional norte-americana em razão de uma cláusula, inserida ao final de cada uma delas, que determinava que "O Congresso terá o poder de garantir, através de legislação adequada, as provisões dessa Emenda". Com esse texto simples, a Reconstrução invertia o eixo do constitucionalismo nos Estados Unidos, garantindo que caberia ao governo federal regular questões como igualdade, devido processo, direitos fundamentais e direitos políticos. A promessa feita pelos Federalistas, de que caberia ao governo dos estados regular as "vidas, liberdades e propriedades" de seus cidadãos, estava desfeita.

Eis que a mais polêmica e mais fundamental das Emendas de Reconstrução, em sua primeira seção, determinava que:

> Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e dos estados em que residem. Nenhum estado fará o aplicará nenhuma lei que limite os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem qualquer estado privará qualquer pessoa de vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negará a qualquer pessoa em sua jurisdição a igual proteção das leis.[358]

O Congresso republicano procurava garantir aos ex-escravos, assim, tudo que lhes havia sido até então negado: cidadania ("cidadãos dos Estados Unidos e dos estados"), direitos fundamentais ("nenhuma lei que limite os privilégios ou as imunidades"), a proteção da lei ("sem o devido processo legal") e igualdade ("igual proteção das leis"). Mas a XIV Emenda se

---

que a ameaça e a promessa do Congresso de readmitir os membros dos estados ratificadores seria vazia: não poderia ser a ratificação o critério para readmissão - e oficialmente, de fato, não foi. A manobra foi de natureza política, mas segundo o autor não torna a ratificação da Emenda XIV ilegal. AMAR, Akhil Reed, **America's Constitution: A Biography**, Nova York: Random House, 2006, p. 364–380.

[358] **The Constitution of the United States**, Tradução nossa.

equilibrava sob uma frágil conjectura social: a intensa reprovação por boa parte da população, mascarada pela impossibilidade política de se posicionar frontalmente contra o conteúdo da Constituição. A resposta viria da Suprema Corte.

Em 1873, chegou à Suprema Corte um caso proveniente do estado da Louisiana, que havia passado uma lei determinando, por motivos de saúde pública, que todo o abate de animais teria de ser realizado em um único abatedouro, construído a uma distância segura da concentração urbana. Os açougueiros da cidade de Nova Orleans arguiam que esse monopólio prejudicava o livre exercício de sua atividade comercial, e que portanto deveria ser declarado inconstitucional por violação à disposição da XIV Emenda de que nenhuma lei estadual poderia limitar "os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos"[359].

Essa foi a primeira vez que a Suprema Corte foi instada a se pronunciar sobre o alcance da XIV Emenda, e dizer que o caso representava uma situação estranha era dizer o mínimo. Embora textualmente a XIV Emenda não faça nenhuma alusão à escravidão, era de conhecimento público e consensual que o objetivo da Emenda era proteger os negros ex-escravos de abusos que pudessem vir a sofrer por parte do governo dos estados. Pois bem. Os proponentes do caso *Slaughterhouse* eram, em sua integralidade, homens brancos. A Louisiana possuía uma população negra tão significativa que mesmo com todos os obstáculos empregados para o acesso dos negros ao voto, uma quantidade notável das autoridades e representantes políticos do estado eram negros. Eis, portanto, uma situação com a qual ninguém – dos membros da Suprema Corte aos representantes do Congresso que formularam a XIV Emenda – jamais imaginou se deparar: um grupo de homens brancos se utilizando das Emendas de Reconstrução para reclamar da violação de seus direitos por um legislativo estadual (parcialmente) negro[360].

A estranheza do caso forneceu à Suprema Corte uma oportunidade que uma outra conformação de fatos não lhe tivesse, talvez, permitido. Em uma decisão por 5 a 4, a Corte rejeitou a demanda, aduzindo que a Emenda XIV não protegia o direito dos açougueiros da intervenção estadual. Para tanto, a decisão do *Justice* Miller interpretou a cláusula dos

[359] BREST, Paul *et al*, **Processes of Constitutional Decisionmaking**, Nova York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014, p. 373–375.
[360] As anomalias da situação fática sob a qual se desenvolveu o caso Slaughterhouse são observadas por Bruce Ackerman em ACKERMAN, **We the People, Volume 2**, p. 244–251.

privilégios ou imunidades da seguinte forma: observou, primeiramente, que a cláusula direcionava sua garantia para os "cidadãos dos Estados Unidos"; em seguida, demonstrou que o texto da Emenda reconhece claramente a distinção entre os cidadãos dos estados e os cidadãos dos Estados Unidos; aduziu, então, que quando a emenda quis abarcar, a um só tempo, direitos dos cidadãos dos estados e dos cidadãos da União, o fez expressamente, como na cláusula da cidadania; conclui, assim, que a cláusula dos privilégios ou imunidade quis proteger apenas os privilégios ou imunidades inerentes à cidadania nacional[361].

A construção é tão peculiar e até então absolutamente desconhecida à doutrina constitucional que o Justice sequer conseguiu esclarecer quais direitos, por sua natureza, seriam inerentes à cidadania nacional – que privilégios, ou imunidades, um cidadão poderia possuir apenas pela qualidade de ser cidadão dos Estados Unidos, mas não por ser cidadão de um dos estados dos Estados Unidos. Mas o objetivo da Corte não era, de fato, definir que direitos seriam esses, mas excluir do alcance da cláusula todos os direitos fundamentais – à liberdade, à privacidade, à propriedade, à liberdade de expressão – contidos no *Bill of Rights*, que seriam, segundo essa construção, pertencentes aos cidadãos dos estados, mas não aos cidadãos dos Estados Unidos. Estava aniquilada a cláusula dos privilégios ou imunidades da Emenda XIV sem que nunca tivesse sido aplicada[362].

Diante de todas as discussões já traçadas sobre os limites da interpretação constitucional, essa excursão da Suprema Corte norte-americana se apresenta como um exemplo gritante de interpretação contra constitucional. Não apenas pelo fato de que a Emenda XIV foi a produção legislativa mais importante do seu tempo – discutida e rediscutida, aos olhos da opinião pública, antes, durante e após sua ratificação; pelo fato de que todos conheciam o objetivo com o qual ela foi criada. Dizer que o texto permitia a interpretação conferida pela Suprema Corte seria absurdo porque os supostos direitos "dos cidadãos dos Estados Unidos" não existem, jamais foram uma categoria jurídica relevante,

---

[361] BREST *et al*, **Processes of Constitutional Decisionmaking**, p. 376–379.

[362] Essas conclusões estão expostas nos comentários dos autores ao caso, aonde aduzem, inclusive, que a cláusula dos privilégios ou imunidades "foi formulada para ser a peça central da nova Décima-Quarta Emenda, e se transformou virtualmente em letra morta após a decisão". *Ibid*., p. 386, Tradução nossa.

antes ou depois desse julgamento ocorrido há mais de cento e quarenta anos[363]. O que a Suprema Corte logrou fazer foi mutilar a mais progressista de todas as cláusulas das Emendas de Reconstrução, retirando do governo federal o poder de proteger os direitos fundamentais dos cidadãos das violações infringidas pela legislação estadual.

A decisão proferida em *Slaughterhouse* – que, incidentalmente, jamais foi revertida – teve efeitos duradouros sobre a esfera de proteção dos direitos fundamentais nos Estados Unidos. A Emenda XIV segue sendo o instrumento constitucional fundamental na proteção de direitos até os dias atuais, e foi operada, praticamente desde sua promulgação, com a amputação promovida pela Suprema Corte. É de conhecimento geral, naturalmente, que os constitucionalistas americanos promoveram soluções alternativas para a proteção de direitos individuais em face de leis estaduais violadoras. Mas sem sombra de dúvida nenhum tema no direito constitucional contemporâneo é e foi tão polêmico quanto o *devido processo legal substantivo*, a doutrina criada para cumprir a função que deveria ter sido da cláusula de privilégios ou imunidades.

O caso paradigma para essa nova doutrina foi *Lochner vs. New York*, julgado em 1905. Uma lei estadual de Nova York limitava em sessenta horas semanais a jornada permitida para os trabalhadores de padarias. John Lochner, condenado por empregar um padeiro por mais de sessenta horas semanais, alegava que a lei estadual interferia com seu direito de livre contratação e exercício de atividade comercial, e deveria ser considerada inconstitucional por violação à cláusula do devido processo legal da Emenda XIV. A Suprema Corte concordou com as alegações e declarou a lei nova-iorquina inconstitucional[364].

A criticadíssima leitura que a Suprema Corte conferiu à cláusula do devido processo legal da Emenda XIV pode ser resumida nas até então inimagináveis expansões conferidas aos significados dos termos "liberdade" e "processo". Em relação à liberdade, a opinião majoritária da Corte aduziu que o termo não significaria apenas o direito do cidadão de conservar sua liberdade de ir e vir e de não ser encarcerado, mas o termo também deveria ser

[363] Nesse ponto, os autores aduzem que, enquanto as tentativas da opinião da maioria de estabelecer o que seriam os "direitos dos cidadãos dos Estados Unidos" "não foram muito esclarecedoras", os quatro dissidentes defenderam que a cláusula dos privilégios ou imunidades "tinha a intenção de dar efeito prático à declaração dos direitos inalienáveis de 1776, direitos que são presentes do Criador, que a lei não confere mas apenas reconhece". *Ibid*., p. 386–387, Tradução nossa.
[364] *Ibid*., p. 483–486.

entendido como abarcante do "direito do cidadão de ser livre do gozo de todas as suas faculdades; de ser livre para usá-las de todos os modos legais; de viver e trabalhar aonde quiser; de ganhar a vida através de qualquer profissão legal; de perseguir qualquer profissão ou vocação, e para tal propósito adentrar em quaisquer contratos que sejam adequados..."[365].

Toda sorte de crítica foi dirigida a essa construção, mas a mais simples e direta é que, não apenas na época em que foi decidido Lochner, mas na época em que foi formulada a Emenda XIV e por séculos antes disso – pois se trata de um tradição herdada do *common law* britânico – a expressão *liberty* significou simplesmente, e apenas, o direito de ser livre de restrições físicas[366]. Porém ainda mais curiosa se mostra a "interpretação" da expressão da "devido processo", que foi entendida por significar algo que *não* processo – nem legislativo nem judicial. O caso simplesmente não dizia respeito a uma violação procedimental de qualquer tipo, mas a uma violação *substantiva* – na visão da maioria – de um direito constitucional.

Como se sabe, com o advento do New Deal e com a ajuda de uma significativa demonstração de força por parte de Franklin Delano Roosevelt, Lochner foi revertido. Um enorme estigma se instalou sobre a doutrina do devido processo substantivo, sempre conectada com as repercussões políticas negativas geradas pelo comportamento ativista da Suprema Corte nas décadas de 1910 a 1930[367]. Mas quando a Revolução dos Direitos Civis se tornou o estopim de novas lutas para garantir os direitos substantivos das minorias, as Cortes se viram mais uma vez sem saídas constitucionais adequadas.

3.2. Direitos fundamentais e mudanças informais

Nesse sentido, quando nos anos 1960 as mulheres começaram a apelar às Cortes para obter o direito de abortar nos estados em que a legislação não o permitia, a dúvida que pairava sobre o debate jurídico era clara: sob que fundamento constitucional poderia ser garantido o direito ao aborto nos 50 estados americanos? Com a chegada dos anos 1970, no entanto, a

[365] PECKHAM apud *Ibid*., p. 490, Tradução nossa.
[366] *Ibid*.
[367] Sobre o tema, ver o resumo e a crítica de John Hart Ely em ELY, John Hart, **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**, Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 15–21.

questão deixou de ser meramente jurídica e foi adotada pelo campo político, com o aborto se tornando um divisor acirrado entre as plataformas republicana e democrata[368]. Por um lado, movimentos feministas e de direitos civis se uniram aos representantes das profissões médicas para argumentar e litigar no sentido de que a proibição do aborto feria as liberdades fundamentais da mulher, invadindo sua privacidade e limitando seu controle sobre a própria integridade corporal; por outro, o Partido Republicano vislumbrou no apoio aos grupos pró-vida a possibilidade de angariar o apoio de grupos que tradicionalmente apoiavam os democratas, principalmente os católicos. O Presidente Nixon incorporou em sua campanha presidencial a plataforma anti-aborto, solidificando a partir de então a natureza partidária do debate.

Em 1973 a Suprema Corte colocou para julgamento o caso *Roe vs. Wade*, em que uma mulher que se viu grávida e solteira questiona a constitucionalidade das leis texanas que criminalizavam o aborto, sob os fundamentos (i) da cláusula do devido processo legal da Emenda XIV; e (ii) do direito à privacidade inferido da Emenda IX[369]. Isso porque, além da considerável dificuldade apresentada pelo fato de que não havia um instrumento constitucional adequado através do qual os direitos constitucionalmente garantidos pudessem ser impostos aos estados, um segundo e grave problema se apresentava: não havia na Constituição um direito que pudesse ser analogicamente aplicado ao direito de abortar. Tudo que havia era a vaga declaração da Emenda IX, que dizia apenas "A enumeração na Constituição de certos direitos não será construída para negar ou limitar outros mantidos pelo povo"[370].

A partir dessa colocação foi desenvolvida no âmbito de outro caso – *Griswold vs. Connecticut*, no qual se discutiu a proibição do uso de contraceptivos – uma argumentação que extraía dos direitos textualmente garantidos outros implícitos no que foram chamadas de "áreas de penumbra" do *Bill of Rights*, e reconheceu entre esses o direito à privacidade[371]. A estranheza dessa linha argumentativa já rendeu muito menosprezo por parte da doutrina, mas o

---

[368] Sobre as repercussões políticas da questão do aborto nos Estados Unidos, ver GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva B., Before (and After) Roe v. Wade: New Questions About Backlash, **The Yale Law Journal**, p. 2028–2087, 2011, p. 2052–2058.

[369] BREST *et al*, **Processes of Constitutional Decisionmaking**, p. 1544.

[370] **The Constitution of the United States**, Tradução nossa.

[371] BREST *et al*, **Processes of Constitutional Decisionmaking**, p. 1511 e ss.

fato é a raiz constitucional do direito pleiteado não é muito distinta da expansão exacerbada do termo "liberdade" vista em Lochner. Apenas foi preciso buscar outra construção para fugir do estigma daquela decisão. Sob o prisma *interpretativo*, os esforços da Suprema Corte seguiam inadequados, mas, enquanto isso, o maior problema continuava a ser a inadequação da cláusula do devido processo enquanto instrumento para a imposição de *qualquer* direito constitucional aos estados.

A decisão da Suprema Corte de reconhecer que a proibição do aborto pelos legislativos estaduais violava o direito constitucional à privacidade da mulher, com base nas Emendas IX e XIV, foi uma das mais explosivas da história constitucional americana, mas surpreendentemente a força de sua notoriedade ajudou a protege-la durante mais de quatro décadas. Em 2015, o debate acerca do proteção dos direitos fundamentais em face da legislação estadual voltaria ao primeiro plano num outro contexto.

Em *Obergefell vs. Hodges*, quatorze casais homossexuais questionavam leis dos estados de Michigan, Kentucky, Ohio e Tennessee que determinavam o casamento como a união entre um homem e uma mulher, argumentando que a Emenda XIV lhes garantia o direito de contrair casamento. A opinião da maioria, assinada pelo *swing Justice* Anthony Kennedy, mais uma vez fez uso da cláusula do devido processo substantivo, dessa vez retornado a Lochner e inferindo da expressão "liberdade" um direito fundamental ao casamento[372]. A minoria dissidente se manifestou violentamente, traçando paralelos com Lochner, acusando a maioria de "inverter o sentido da cláusula de liberdade" e, de maneira sarcástica decretando o princípio da "não transformação social sem representação"[373].

Toda essa gama de transformações constitucionais, desde a duvidosa formalidade da adição da Emenda XIV a todo o arcabouço jurisprudencial que se seguiu, alterou a Constituição de forma profunda e persistente, sem que essas mudanças fossem refletidas no texto. A jamais utilizada cláusula dos privilégios ou imunidades continua em vigor, silenciosa em sua ineficácia, assim como a cláusula do devido processo continua a possuir a mesma redação de quando foi despretensiosamente incluída na Emenda V (e depois repetida na

[372] BREST, Paul *et al*, **Processes of Constitutional Decisionmaking: 2015 Supplement**, Nova York: Wolters Kluwer Law & Business, 2015, p. 83–98.
[373] SCALIA apud *Ibid*., p. 115, Tradução nossa.

Emenda XIV), ainda no século XVIII. Nem o direito fundamental ao casamento nem à privacidade perante as autoridades estatais foram incluídos no texto nem são logicamente deduzíveis de nenhuma de suas proposições.

Os constitucionalistas americanos travam debates acerca da legitimidade de cada uma dessas mudanças constitucionais desde o seu surgimento, sem atingir consenso. Para cada questão há um grupo para condenar as continuas violações ao texto da Constituição, e outro para justifica-las. Foi assim com a própria tortuosa adição da Emenda XIV; surpreendentemente, o mesmo Ackerman que advogou por sua legitimidade enquanto momento constitucional defendeu em parte a aniquilação da cláusula dos privilégios e imunidades aduzindo que a enormidade da transformação que sua absorção pelo sistema constitucional significaria simplesmente não podia ser absolvido por uma Suprema Corte que ainda vivia os choques retardatários da Reconstrução[374].

Tenham os republicanos tentado dar um passo maior do que sua própria capacidade ou não, o fato é que essa simples alteração no legado da Reconstrução impôs imensos desafios à concretização de direitos fundamentais nos Estados Unidos um século depois. Talvez, como parece sugerir Ackerman, as mudanças precisassem de fato ser mais graduais; talvez o povo do Estados Unidos em 1868 de fato não estive pronto para dar o seu apoio a tão radical inversão da lógica federalista que marcara seu constitucionalismo até então. Mas ninguém poderia contar com o fato de que emendar formalmente a Constituição se tornaria virtualmente impossível nos Estados Unidos do século XX.

Constitucionalistas progressistas estavam, assim, diante de um problema. Eles aprovavam as decisões da Suprema Corte que lograram proteger direitos fundamentais e reconhecer avanços sociais importantes como o aborto e o casamento homossexual, mas ao mesmo tempo não podiam ignorar o fato de que a Constituição estava sendo constantemente alterada por um tribunal não eleito. A solução encontrada foi a de reconhecer o poder constitucionalizante do vasto apoio popular obtido por esses movimentos sociais, que lograram conquistar o apoio das instituições estatais até atingir a Suprema Corte. Em todos esses casos, o sucesso dependeu da tenacidade de grupos de interesse que se uniram para

[374] ACKERMAN, **We the People, Volume 1**, p. 94–99.

defender uma visão particular da Constituição – uma visão inconstitucional da Constituição – engajando-se em mobilizações e protestos, campanhas e litigância estratégica até atingir seus objetivos.

Trata-se de um dinâmica constitucional 'de baixo para cima' (*bottom-up*): do povo para suas assembleias organizadas, das assembleias para as instituições do Estado, até que, um por um, todos os poderes institucionalizados passam a reconhecer uma certa visão constitucional como norma, e ela se torna lei. Esse movimento está presente na teoria de Ackerman de forma mais rigidamente organizada – o povo precisa do poder institucionalizado, que lhe oferece a opção de defender um posicionamento como fundamento de uma eleição. Na construção sugerida por Post e Siegel, esse intermédio não é necessário[375].

O processo de contestação normativa tampouco é uma exclusividade da teoria formulada por esses autores. Ao longo do tempo, esse instrumento tem sido reconhecido por ampla parcela da doutrina como um veículo de mudanças constitucionais. A escolha das palavras e os títulos podem ser distintos; mas esse fenômeno é uma parte tão grande da realidade constitucional norte-americana que seria impossível que ele passasse despercebido por qualquer estudioso da Constituição. A mesma perspectiva pode ser apreendida das colocações de Jack Balkin:

> Eu argumento que o reconhecimento judicial da igualdade entre os sexos nos anos 1970 emergiram a partir de mudanças significativas na opinião popular trazidas pela segunda onda do feminismo americano , dos esforços das legislaturas estaduais e dos poderes políticos federais – que começaram a colocar garantias de igualdade entre os sexos nas regulações legais e administrativas – e da submissão pelo Congresso da *Equal Rights Amendment* aos estados em 1972. As decisões acerca da igualdade sexual das Cortes federais nos anos 1970 *reconheceram* e *racionalizaram* essas mudanças na cultura constitucional; as decisões ganharam legitimidade *por causa* de sua conexão com a mudanças na cultura constitucional e com construções constitucionais contemporâneas pelos poderes políticos.[376]

O engajamento sério dos constitucionalistas modernos com essas forças descentralizadas e sutis de criação constitucional reconhece que elas se infiltram no exercício da política normal para trazer exercícios extraordinários de soberania, efetivamente – ainda

[375] POST; SIEGEL, Roe Rage, p. 381 e ss.
[376] BALKIN, **Living Originalism**, p. 311, Grifo nosso, Tradução nossa.

que informalmente – alterando a Constituição. Se esse movimento é alimentado, por um lado, pela necessidade, por outro impera o reconhecimento de o frágil balanço entre a estabilidade e a responsividade do sistema constitucional será mais efetivamente mantido se for possível abrir espaço para a criatividade constitucional. O formalismo jurídico tem se provado cada vez mais ineficiente na satisfação das demandas da sociedade moderna. Uma conexão mais sofisticada entre o ordinário e o extraordinário é necessária para a preservação da legitimidade constitucional ao longo do tempo.

4. Mutação constitucional e a percepção da realidade social

Se os anseios populares puderem ser percebidos pelas autoridades estatais como comandos ao ajuste da estrutura sob a qual a vida social se desenvolve, então o reconhecimento de uma mudança informal do sistema constitucional não carecerá da legitimação exigida pela teoria democrática, na medida em que puder ser relacionada àqueles. Construir essas pontes não é uma tarefa simples – se a teoria de Ackerman peca pelo excesso nesse sentido, a narrativa ali construída é um excelente exemplo do quão complexo pode ser relacionar a vontade do povo a uma ação do estado. Mas a dificuldade da tarefa não deve desencorajar doutrinadores e operadores do direito.

Deve-se, ao revés, dar peso às palavras de Robert Cover, um dos primeiros constitucionalistas dessa geração contemporânea a observar a capacidade dos movimentos sociais e das comunidades para a criação do direito. Olhar com a devida atenção para as leis produzidas por essa fonte não deve ser uma influência do 'romance da rebelião', diz Cover. Pelo contrário. Se o constitucionalismo é marcado pela concomitante desconfiança e reconhecimento pelos atos do Estado, então a mesma desconfiança e reconhecimento deveriam ser estendidos à realidade do poder dos movimentos sociais e das comunidades. E, complementa o autor, assim como o constitucionalismo cumpre um papel no processo de legitimação do Estado, pode cumprir um papel para legitimar comunidades e movimentos, e as normas constitucionais que eles produzem[377].

[377] COVER, Robert M., Foreword: Nomos and Narrative, **Harvard Law Review**, v. 97, p. 68, 1983, p. 68.

Em última instância, o texto de Cover expressa a esperança de que as Cortes se mostrem capazes de absorver a narrativa que permeia a formação do direito através dos movimentos sociais que resistem à ordem estabelecida[378]. Se o judiciário se abrir à possibilidade de compreender verdadeiramente as razões por trás de tal resistência, e trata-las com o devido respeito – seja para conceder o que requerem, seja para nega-lo – ele poderia se transformar em um instrumento valioso na tradução dos anseios sociais em direito, através do reconhecimento da força dos fatos que possuem raízes na vontade popular.

Nesse sentido, a todos que estimulam o reconhecimento cabe receitar a cautela. Isso é ainda mais verdadeiro quando se pisa fora do terreno romântico da defesa dos direitos fundamentais. É fácil imaginar que um tema como o aborto ou os direitos dos homossexuais angarie multidões em sua defesa, simbólica e literalmente. A cultura brasileira é muito diferente da norte-americana, mas movimentos organizados na defesa dos direitos de minorias também existem entre nós, com milhares de pessoas dedicadas a trabalhar para o atingimento de metas que incluem as mudanças constitucionais. Esses elementos também fizeram parte do caminho que levou a questão da união homoafetiva ao Supremo Tribunal Federal.

Mas outros temas, menos propensos a despertar paixões, não se mostram menos fundamentais na construção do sistema constitucional. Muito mais sutil, por exemplo, é o apoio que poderia ser atribuído à ampliação do poder do Supremo Tribunal Federal no exercício do controle de constitucionalidade. É possível que a lua-de-mel entre o Supremo e a sociedade brasileira esteja chegando ao fim. Mas a instituição ainda goza de maior favor social do que os demais poderes políticos. As últimas décadas foram marcadas pelo impacto de decisões como a união homoafetiva, a pesquisa com células-tronco embrionárias, o aborto de fetos anencefálicos, as cotas universitárias e pelo julgamento do mensalão. É inegável o protagonismo exercido pelo Supremo Tribunal Federal no período. O que diria a sociedade brasileira se instada a conceder ao Supremo Tribunal Federal ou ao Senado o poder de conferir eficácia erga omnes a decisões tomadas em sede de controle difuso?

A pergunta é, naturalmente, retórica. E a resposta é dúbia. Também é dúbio que um plebiscito acerca da legalização do casamento homossexual no Brasil obtivesse a mesma

[378] *Ibid*., p. 1–11 e 67–68.

resposta positiva que foi conferida pelo Supremo. Nos Estados Unidos, seria impossível prever a resposta de um plebiscito sobre o aborto, com as pesquisas variando ao longo dos anos mas mostrando uma firme divisão de por volta dos 50% para cada posição[379] – em um país em que quóruns de dois terços e três quartos são necessários para alterar a Constituição. Mas a democracia não é plebiscitaria. Ela não se resume a reunir o povo, ou seus representantes, em uma sala e contar cabeças.

A dinâmica do constitucionalismo moderno demonstra que mudar a Constituição depende de muito mais do que a obtenção de quóruns. A tendência de crescimento do fenômeno das mudanças informais comprova que o sistema formal de alteração da Constituição se mostra inadequado, ou ao menos insuficiente, em alguma medida. Nos Estados Unidos, o argumento mais comum e mais forte para justificar a ocorrência de mudanças constitucionais informais é a imensa dificuldade apresentada pelo intricado processo formal de emenda. Mas como a história da cláusula dos privilégios e imunidades da Emenda XIV demonstra, às vezes mudanças informais ocorrem mesmo quando o processo formal está disponível, mesmo quando ele é recente. Nos dias atuais, as mudanças constitucionais informais são comuns mesmo em países cujo processo formal de emenda é facilmente executado, como no Brasil.

Não há uma resposta pronta quando se trata desses temas. A ideia de que as instituições estatais possam responder aos anseios sociais é ao mesmo tempo necessária e incerta. Certamente é de difícil comprovação. Boa parte das construções propostas pela doutrina norte-americana são profundamente específicas à situação inimitável formada pela combinação do desenho institucional e da dinâmica política dos Estados Unidos, nenhum dos quais são ou poderiam ser perfeitamente reproduzidos em outras partes do mundo. Mas em qualquer caso não seria o caso de transporta-la ao nosso contexto. A cada sistema constitucional cabe encontrar suas próprias respostas.

A lição duradoura é a de que em tempos de evolução social rápida e dinâmica, a qualidade imaterial do povo não deve se tornar uma barreira entre suas necessidades e a

---

[379] **Americans' Attitudes Toward Abortion Unchanged**, Gallup.com, disponível em: <http://www.gallup.com/poll/191834/americans-attitudes-toward-abortion-unchanged.aspx>, acesso em: 13 dez. 2016.

estrutura institucional que, afinal, existe para servi-las. Se o sistema formal de atualização constitucional, por qualquer motivo, se mostra insuficiente para a tarefa, outras alternativas devem ser buscadas. Superar essas dificuldades é fundamental para o desenvolvimento e a sobrevivência da Constituição. Vista sob esse prisma, a mutação constitucional pode representar uma alternativa viável.

CONCLUSÃO

"É necessário sair da ilha para ver a ilha,
não nos vemos se não saímos de nós."[380]

Antes de tudo, esse trabalho foi um exercício de como olhar para dentro. O uso do direito comparado pode ser uma ferramenta poderosa para a melhor compreensão do sistema jurídico, seus limites e suas possibilidades. Na era da ascensão do constitucionalismo mundial – para usar mais uma expressão ackermaniana – seria dispendioso ao extremo prescindir da experiência de outros sistemas, e perder a oportunidade de estudar seus erros e seus triunfos, apreendendo como problemas similares aos enfrentados pela nossa realidade constitucional foram superados.

Mas encontrar o tom certo para fazer uso dessas experiências distintas não é tarefa fácil. O direito constitucional brasileiro há muito tem sofrido as consequências dos equívocos envolvidos na transposição descontextualizada de conceitos estrangeiros para sua realidade. Não compreendemos o uso do direito comparado como uma ferramenta que nos permite melhor enxergar nossa própria realidade; olhamos para fora e não para dentro. Em muitos aspectos, aí está o cerne do problema com o tratamento que vem sido conferido à mutação constitucional.

Nesse sentido, estudar a fundo a gênese do conceito se mostrou tarefa essencial – a necessidade é a mãe da invenção. Somente através da compreensão do contexto político, jurídico e social que impulsionou doutrinadores alemães da virada do século XX a cunharem um termo destinado a descrever o fenômeno das mudanças constitucionais informais foi possível apreender o verdadeiro alcance do conceito. O mesmo poderiam ser dito da análise do tratamento conferido por doutrinadores alemães modernos ao termo. Uma nova cultura jurídica foi responsável pela decisão de abandonar o conceito original e cunhar a descrição de

[380] José Saramago, em *Ensaio Sobre a Cegueira*.

um novo fenômeno jurídico. Esses estudiosos tomaram a decisão consciente de adotar um conceito que lhes parecera útil na resolução de problemas jurídicos concretos. Podemos dizer que adotamos o mesmo discernimento ao adotar o conceito moderno de mutação constitucional na esfera jurídica brasileira?

A primeira contribuição do trabalho se fez por essas linhas: (i) a diferenciação, por um lado, entre os conceitos tradicional e moderno – como convencionamos chama-los – de mutação constitucional, cada qual vinculado a um momento histórico, a um arcabouço teórico e a um corpo doutrinário próprios; e por outro, entre os conceitos de mudança constitucional e interpretação. Somente através dessas diferenciações é possível refletir de forma esclarecida sobre os méritos e ônus de adotar uma ou outra vertente doutrinaria da mutação constitucional.

De fato, a análise da jurisprudência constitucional reascendeu o debate entre emenda e interpretação. O desconforto com a extensão de algumas decisões atribuídas ao Supremo Tribunal Federal, conforme se verificou, não carece de fundamento. O que existe é um notável nível de confusão entre o permitido e o não permitido, entre o interpretado e o verdadeiramente alterado. Mesmo quando essa questão resta esclarecida, percebe-se que o tratamento adotado pela doutrina não tem muito a acrescentar nem a um grupo de casos, nem ao outro.

Assim, a lembrança da doutrina constitucional alemã sugere um novo exercício; uma nova transposição, pautada pela necessidade de nossa realidade constitucional. A necessidade de compreender as instâncias em que a constituição é efetivamente alterada por canais informais está presente, e a doutrina nacional não oferece possibilidades concretas para supri-la. Mais um uso para o direito comparado se revela: outros sistemas fizeram essa escolha diante da mesma necessidade. Se não por outro motivo, a análise daquela transposição demonstra que é possível adaptar um conceito de outra era ao constitucionalismo moderno.

A segunda contribuição do trabalho se resume nessa sugestão: (ii) o retorno à doutrina e ao conceito tradicionais de mutação constitucional, não apenas pela inadequação observada na adoção do conceito moderno, mas também pelos benefícios que essa adoção traria ao desenvolvimento teórico e à compreensão prática da esfera constitucional brasileira.

Qual seria a face dessa mutação constitucional entre nós? A pergunta permeia as recorrentes conceituações e classificações sugeridas ao longo do texto. A imposição da

realidade sobre a norma, o fenômeno fático que se transmuta em fenômeno jurídico, depende a um só tempo de atos conscientes e inconscientes. Os primeiros estabelecem a prática inconstitucional; os segundos as reconhecem como tais, e em reconhece-las não as rejeitam. A facilidade com as emendas constitucionais formais de concretizam em nosso sistema sugerem que o legislativo seria um canal menos comum para a concretização de práticas inconstitucionais do que se verificou em outros sistemas. A preocupação do judiciário com sua própria reputação sugere que ali o reconhecimento será custoso. Em todos os casos, a mudança se torna mais confortável quando um poder reconhece a aquiescência do outro.

O sistema brasileiro já foi palco de todas as práticas sugeridas. Existe, na dinamicidade de nosso sistema, o potencial de comportar diferentes instrumentos de concretização das mudanças constitucionais informais. As mutações constitucionais autênticas parecem viáveis; mas seriam também desejáveis? Esse questionamento, separado e independente, não implica, por sua resposta negativa, o abandono da transposição proposta. Para criticar é preciso compreensão; um fenômeno sem nome e sem limites delineados não pode ser combatido. Mas a escolha aqui não foi a de combater. Na seleção entre dois caminhos, escolheu-se buscar justificações para o fenômeno da mutação constitucional.

Mais uma vez se utilizou da experiência comparada. A experiência constitucional norte-americana é regida pelas mudanças constitucionais informais. Há muito aquele sistema assegura sua sobrevivência e atualização através de caminhos alternativos ao processo formal de emenda. Ali também estão presentes insurgências e críticas. Mas uma parcela da doutrina encontrou maior valor na tentativa de compreender o fenômeno das emendas constitucionais informais como uma consequência da própria natureza do sistema estabelecido pela Constituição.

Tratava-se ali de uma questão de sobrevivência: descobrir as mudanças constitucionais informais como ilegítimas seria condenar o sistema constitucional como um todo, tamanha sua presença nos dias atuais. No entanto, em realidade no âmbito da busca por justificativas a doutrina norte-americana redescobriu a razão de ser da evolução constitucional, e encontrou mais um modo de reafirmar a soberania popular. Se o poder constituinte pertence ao povo, esse pode escolher como exerce-lo, dentro ou fora das amarras formais. A conexão foi criada entre as mudanças constitucionais informais e a expressão da vontade popular, através dos

mais diversos canais, que podem se utilizar em maior ou menor grau das instituições do estado. De importância fundamental no processo estava apenas a manutenção aberta do canal que termina por transubstanciar a vontade popular em lei constitucional.

A transposição dessas ideias ao ordenamento jurídico pátrio pode ser o maior dos desafios apresentados, mas tampouco se sugere que os instrumentos empregados pela doutrina estudada, tão específicos à realidade constitucional norte-americana, sejam reproduzidos no todo ou em parte. O que se pode retirar da análise daquela experiência são possibilidades para novas formas de atualização – e assim, de supervivência – do sistema constitucional.

Dessa feita, a terceira contribuição do trabalho está fundada nessa tentativa: (iii) o oferecimento de uma rota para a justificação do fenômeno da mutação constitucional, em homenagem ao princípio da soberania popular que permeia nosso sistema constitucional.

Entretanto, por mais que o trabalho procure persuadir a doutrina constitucional brasileira do valor dessas experiências, é preciso reiterar que delas não depende o sucesso da empreitada. Se o fenômeno das autenticas mudanças constitucionais informais for reconhecido como parte integrante da realidade constitucional brasileira, o objetivo terá sido atingido. Os méritos da transposição da doutrina alemã tradicional, para utilizar o termo *mutação constitucional* na descrição do fenômeno, foram apresentados. Acredita-se que ela pode trazer benefícios reais ao debate; mas ninguém pode determinar o futuro da doutrina constitucional sozinho.

Se a academia e a prática jurídicas se engajarem no debate acerca da legitimidade da mutação constitucional, essa conversa já será uma contribuição muito mais significativa para o futuro desenvolvimento de nosso sistema jurídico do que aquelas que até agora envolveram o conceito. Cabe a nós enfrentar as mutações constitucionais por seus próprios méritos, apreendendo o lugar que ocupam na estrutura criada pela Constituição, e não disfarçar as práticas inconstitucionais como se sua mera existência pudesse levar nosso sistema à ruína. Ele estará seguro enquanto formos capazes de entender onde pisamos. Não existem prescrições fixas no direito constitucional; ele é o que fazemos dele.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Obras:

ACKERMAN, Bruce. Constitutional Politics/Constitutional Law. **The Yale Law Journal**, v. 99, n. 3, p. 453–547, 1989.

ACKERMAN, Bruce. Higher Lawmaking. *In*: LEVINSON, Sanford (Org.). **Responding to Imperfection: the theory and practice of constitucional amendment**. Princeton: Princeton University Press, 1995, p. 63–88.

ACKERMAN, Bruce. The Living Constitution. **Harvard Law Review**, v. 120, n. 7, p. 1737–1812, 2007.

ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitutionalism. **Virginia Law Review**, v. 83, n. 4, p. 771–797, 1997.

ACKERMAN, Bruce. **We the People, Volume 1: Foundations**. Cambridge: Belknap Press, 1993.

ACKERMAN, Bruce. **We the People: Volume 2: Transformations**. Cambridge: Belknap Press, 2000.

ACKERMAN, Bruce. **We the People, Volume 3: The Civil Rights Revolution**. Cambridge: Belknap Press, 2014.

ALBERT, Richard. Constitutional Handcuffs. **Arizona State Law Journal**, v. 42, p. 663, 2010.

AMAR, Akhil Reed. **America's Constitution: A Biography**. Nova York: Random House, 2006.

AMAR, Akhil Reed. Philadelphia Revisited: Amending the Constitution outside Article V. **The University of Chicago Law Review**, v. 55, n. 4, p. 1043–1104, 1988.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis. **Revista dos Tribunais, São Paulo**, v. 868, p. 53–68, 2008.

ARATO, Andrew. Carl Schmitt and the Revival of the Doctrine of the Constituent Power in the United States. **Cardozo Law Review**, v. 21, p. 1739, 1999.

BALKIN, Jack M. **Bruce 3.0**. Balkinization. Disponível em: <http://balkin.blogspot.com/2014/05/bruce-30.html>. Acesso em: 19 nov. 2016.

BALKIN, Jack M. **Living Originalism**. Cambridge: Belknap Press, 2014.

BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. Understanding the Constitutional Revolution. **Virginia Law Review**, p. 1045–1109, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BELLAMY, Richard; CASTIGLIONE, Dario. Constitutionalism and Democracy - Political Theory and the American Constitution. **British Journal of Political Science**, v. 27, n. 4, p. 595–618, 1997.

BOBBITT, Philip. **Constitutional Fate: Theory of the Constitution**. Nova York: Oxford University Press, 1984.

BOBBITT, Philip. Is Law Politics? **Stanford Law Review**, v. 41, n. 5, p. 1233–1312, 1989.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Trad. Rafael de Agapito Serrano. [s.l.]: Trotta Editorial, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BREST, Paul *et al*. **Processes of Constitutional Decisionmaking**. Nova York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

BREST, Paul *et al*. **Processes of Constitutional Decisionmaking: 2015 Supplement**. Nova York: Wolters Kluwer Law & Business, 2015.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BULOS, Uadi Lamêgo. Da Reforma à Mutação da Constituição. **Revista de Informação Legislativa**, v. 33, n. 129, p. 25–43, 1996.

CALDWELL, Peter C. **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism**. Durham: Duke University Press Books, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CERF, Barry. **Alsace-Lorraine since 1870**. Nova York: The Macmillan, 1919. Disponível em: <http://archive.org/details/alsacelorraines00cerfgoog>. Acesso em: 23 nov. 2016.

COVER, Robert M. Foreword: Nomos and Narrative. **Harvard Law Review**, v. 97, p. 68, 1983.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. **The Endurance of National Constitutions**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

ESKRIDGE, William N.; FEREJOHN, John. Super-statutes. **Duke Law Journal**, v. 50, n. 5, p. 1215–1276, 2001.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivum, 2014.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. [s.l.]: Max Limonad, 1986. (Série Jurídica Max Limonad, 1).

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Mutação. *In*: **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. [s.l.]: Nova Fronteira, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Da validade e legitimidade das mutações constitucionais. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Orgs.). **Mutações Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 327–331. (Série IDP/Saraiva).

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma, Revisão e Emenda Constitucional, no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, n. 223, p. 53–74, 2001.

GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva B. Before (and After) Roe v. Wade: New Questions About Backlash. **The Yale Law Journal**, p. 2028–2087, 2011.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta Dos Interpretes Da Constituição: contribuição para a interpretação plutalista e "procedimental" da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HAILBRONNER, Michaela. Rethinking the rise of the German Constitutional Court: From anti-Nazism to value formalism. **International Journal of Constitutional Law**, v. 12, n. 3, p. 626–649, 2014.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist**. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2005.

HART, H. L. A. **The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

HARTMANN, Bernd. The Arrival of Judicial Review in Germany Under the Weimar Constitution of 1919. **Brigham Young University Journal of Public Law**, v. 18, n. 1, p. 107–130, 2003.

HELLER, Hermann. The Essence and Structure of the State. *In*: JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard. **Weimar: A Jurisprudence of Crisis**. Berkeley: University of California Press, 2002, p. 265–279.

HESSE, Konrad. Grenzen der Verfassungswandlung. *In*: EHMKE, Horst *et al*. **Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag.** Berlim: Duncker & Humblot, 1973, p. 123–141.

HESSE, Konrad. Limites da Mutação Constitucional. *In*: **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Trad. Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 147–171. (Série IDP/Saraiva).

HSÜ, Dau-Lin. **Mutación de la Constitución**. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard (Orgs.). **Weimar: A Jurisprudence of Crisis**. Berkeley: University of California Press, 2002.

JELLINEK, Georg. Constitutional Amendment and Constitutional Transformation. *In*: JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard. **Weimar: A Jurisprudence of Crisis**. Berkeley: University of California Press, 2002, p. 54–57.

JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la Constitución**. Trad. Christian Förter. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=63067>. Acesso em: 5 nov. 2015.

JELLINEK, Georg. **Verfassungsänderung und Verfassungswandelung: Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung**. Berlim: Häring, 1906.

KALYVAS, Andreas. **Democracy and the Politics of the Extraordinary: Max Weber, Carl Schmitt, and Hannah Arendt**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? *In*: KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 239–292.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. Wer soll der Hünter der Verfassung sein? *In*: KLECATSKY, Hans; MARCIC, Rene; SCHAMBECK, Herbert (Orgs.). **Die Wiener rechtstheoretische Schule**. Viena: Europa-Verlag, 1968, p. 1873–1922.

KLARMAN, Michael J. Constitutional Fact/Constitutional Fiction: A Critique of Bruce Ackerman's Theory of Constitutional Moments. **Stanford Law Review**, v. 44, n. 3, p. 759–797, 1992.

KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russell A. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. Durham: Duke University Press Books, 2012.

LABAND, Paul. **Das Staatsrecht des Deutschen Reiches**. 1. ed. Tübingen: H. Laupp, 1876. 3v.

LABAND, Paul. **Die geschichtliche Entwicklung der Reichsverfassung seit der Reichsgründung**. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1907.

LABAND, Paul. Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung. **Collections | Kyushu University Library**, 1895. Disponível em: <http://hdl.handle.net/2324/1000130530>. Acesso em: 22 nov. 2016.

LABAND, Paul. **Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung (Vortrag gehalten in der Gehe-Stiftung zu Dresden am 16. März 1895)**. Collections | Kyushu University Library. Disponível em: <http://hdl.handle.net/2324/1000130530>. Acesso em: 22 nov. 2016.

LABAND, Paul. **Le Droit Public de l'Empire Allemand, v. 2**. Paris: V. Giard & E. Brière, 1901.

LEVINSON, Sanford. **Constitutional Faith**. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2011.

LEVINSON, Sanford. How Many Times has the Unites States Constitution been Amended? (A) < 26; (B) 26; (C) 27; (D) > 27: Accounting for Constitutional Change. *In*: LEVINSON, Sanford (Org.). **Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment**. Princeton: Princeton University Press, 1995, p. 13–36.

LEVINSON, Sanford. Introduction: Imperfection and Amendability. *In*: LEVINSON, Sanford. **Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment**. Princeton: Princeton University Press, 1995, p. 3–12.

LEVINSON, Sanford. Popular Sovereignty and the United States Constitution: Tensions in the Ackermanian Program. **Yale Law Journal**, v. 123, p. 2644, 2013.

LEVINSON, Sanford (Org.). **Responding to Imperfection - The Theory and Practice of Constitutional Amendment**. Princeton: Princeton University Press, 1995.

LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack M. Constitutional Crises. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 157, n. 3, p. 707–753, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1979.

LOEWENSTEIN, Karl. **Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten**. Heidelberg: Springer-Verlag, 1959.

MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. **O guardião da Constituição na polêmica Kelsen-Schmitt: Rechtsstaat como referência semântica na memória de Weimar**. Dissertação de Mestrado, UnB, Brasília, 2007. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/3525>. Acesso em: 11 dez. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. Limite entre interpretação e mutação: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Orgs.). **Mutações Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 175–256. (Série IDP/Saraiva).

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 41, n. 162, p. 149–168, 2004.

MIRANDA, Jorge. Caducidade das Normas Constitucionais. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Orgs.). **Mutações Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 279–291. (Série IDP/Saraiva).

MIRANDA, Jorge. Os limites materiais da revisão constitucional. **Revista Juridica**, v. 13-14, 1990.

MORAIS, Carlos Blanco de. As mutações constitucionais implícitas e seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso. **Jurismat**, n. 3, p. 55–90, 2013.

NEJAIME, Douglas; SIEGEL, Reva. **What Obergefell v. Hodges Should Have Said, Concurring Opinion**. Rochester: Social Science Research Network, 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/abstract=2849644>. Acesso em: 11 dez. 2016.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, p. 373, 2007.

POST, Robert; SIEGEL, Reva B. Democratic Constitutionalism. *In*: SIEGEL, Reva B.; BALKIN, Jack M. (Orgs.). **The Constitution in 2020**. Nova York: Oxford University Press, 2009, p. 25–34.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROGEIRO, Nuno. Da Revisão Controlada: notas sobre o problema das cláusulas constitucionais irreformáveis. **Polis**, v. 1, p. 89–113, 1994.

SCHLINK, Bernhard. German Constitutional Culture in Transition. **Cardozo Law Review**, v. 14, p. 711, 1992.

SCHMITT, Carl. **Constitutional Theory**. Trad. Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press Books, 2008.

SCHMITT, Carl. **Crisis of Parliamentary Democracy**. Trad. Ellen Kennedy. Cambridge: The MIT Press, 1988.

SCHMITT, Carl. **Hüter der Verfassung**. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1931.

SCHMITT, Carl. **Legality and Legitimacy**. Trad. Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press Books, 2004.

SIEGEL, Reva B. Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the De Facto Era. **California Law Review**, v. 94, n. 5, p. 1323–1419, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular (Estudos sobre a Constituição)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SMEND, Rudolf. Constitution and Constitutional Law. *In*: JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard. **Weimar: A Jurisprudence of Crisis**. Berkeley: University of California Press, 2002, p. 213–248.

STOLLEIS, Michael. **A History of Public Law in Germany 1914-1945**. Trad. Thomas Dunlap. Oxford: Oxford University Press, 2004.

STOLLEIS, Michael. **Public Law in Germany, 1800-1914**. Nova York: Berghahn Books, 2001.

STRAUSS, David A. **The Living Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um "terceiro turno da constituinte". **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 1, n. 2, p. 75–83, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Argumenta Journal Law**, n. 7, p. 45–68, 2007.

SUNSTEIN, Cass R. **A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before**. Princeton: Princeton University Press, 2011.

TREVINO, A. Javier. **Classic Writings in Law and Society**. Londres: Transaction Publishers, 2011.

TUSHNET, Mark V. **Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law**. Lawrence: University Press of Kansas, 2015.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución: Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, v. 20, n. 58, p. 105–135, 2000.

VERMEULE, Adrian. The Atrophy of Constitutional Powers. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 32, n. 3, p. 421–444, 2012.

VINX, Lars; KELSEN, Hans; SCHMITT, Carl. **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, v. 115, n. 6, p. 1346–1406, 2006.

Sites e outras fontes:

Americans' Attitudes Toward Abortion Unchanged. Gallup.com. Disponível em: <http://www.gallup.com/poll/191834/americans-attitudes-toward-abortion unchanged.aspx>. Acesso em: 13 dez. 2016.

History - Heidelberg University. Disponível em: <http://www.uni-heidelberg.de/university/history/history.html>. Acesso em: 10 nov. 2016.

Mutação. *In*: **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

Necrology: Hsü Dau-Lin. Sung Studies Newsletter. Disponível em: <http://www.humanities.uci.edu/eastasian/SungYuan/JSYS/Archive/SSN09.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2016.

The Constitution of the United States. Disponível em: <http://constitutionus.com/>. Acesso em: 11 dez. 2016.

Weimar Constitution. PSM database for preparing lessons in history. Disponível em: <http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php#Third Chapter>. Acesso em: 30 nov. 2016.