

MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS NA “ESCOLA DE SMEND”: DIVERGÊNCIAS ENTRE AS PERSPECTIVAS DE HSÜ DAU-LIN E KONRAD HESSE

CONSTITUTIONAL CHANGES IN THE “SMEND SCHOOL OF THOUGHT”: DIFFERENCES BETWEEN THE PERSPECTIVES OF HSÜ DAU-LIN AND KONRAD HESSE

Pedro de Oliveira Alves*

RESUMO: Trata-se de investigação sobre as diferenças e semelhanças nas teorias de Hsü Dau-Lin e Konrad Hesse sobre a mutação constitucional no século XX. Na literatura brasileira, há uma crítica sobre o uso da teoria de Hsü Dau-Lin na jurisprudência constitucional. Por meio do método hipotético-dedutivo (Popper), a presente pesquisa contrapõe-se à crítica da desatualização teórica e desenvolve uma hipótese diferente: embora compartilhem pontos de partida em comum, as teorias de Hsü Dau-Lin e Konrad Hesse possuem problemas e propósitos diferentes. Para discutir e buscar refutar a hipótese, são desenvolvidas análises sobre o contexto teórico da “Escola de Smend”, além de realizar um exame detalhado dos argumentos dos dois juristas. Ao final, o artigo desenvolve uma análise comparativa sobre as teorias da mutação e reflete sobre possíveis repercussões para a fundamentação de decisões judiciais no Brasil. Dentre os resultados alcançados, além da contribuição bibliográfica, o artigo expõe possibilidades dogmáticas de alerta para os riscos de fundamentações jurídicas inadequadas quando não compreendidas tais distinções nas teorias utilizadas, orientando a prática da Jurisdição Constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Mutação constitucional. Interpretação jurídica. Escola de Smend.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Contextualização da “Escola De Smend” no Direito Público Alemão. 2 A mutação constitucional como problema de pesquisa: contribuições originais de Hsü Dau-Lin. 3 Possíveis contribuições de Konrad Hesse para o debate sobre os limites da mutação constitucional. 4 Análise comparativa das duas abordagens e potenciais reflexos no Direito Brasileiro. 5 Conclusões finais. Referências.

ABSTRACT: This is an investigation about the differences and similarities in the theories of Hsü Dau-Lin and Konrad Hesse about informal constitutional changes in the 20th century. In Brazilian literature, there is a critical argument about the use of Hsü Dau-Lin's theory in constitutional jurisprudence. By means of the hypothetico-deductive method (Popper), the present research opposes the criticism of theoretical outdatedness and develops a different hypothesis: although they share common starting points, Hsü Dau-Lin's and Konrad Hesse's theories have different problems and purposes. In order to discuss and seek to refute the hypothesis, an analysis of the theoretical context of the "Smend School" is developed, as well as a detailed examination of the arguments of the two jurists. At the end, the article develops a comparative analysis of the constitutional theories and reflects on possible repercussions for the reasoning of judicial decisions in Brazil. Among the results achieved, besides the bibliographical contribution, the article exposes dogmatic possibilities of alerting to the risks of inadequate juridical reasoning when such distinctions are not understood in the theories used, guiding the practice of Constitutional Jurisdiction.

KEYWORDS: *Informal constitutional changes. Legal Interpretation. Smend School of thought.*

103

INTRODUÇÃO

O presente texto é uma proposta de reflexão sobre duas construções teóricas da mutação constitucional do século XX. Apesar de partirem das influências da “Escola de Rudolf Smend”, os juristas Hsü Dau-Lin e Konrad Hesse desenvolveram caminhos muito diferentes, com possíveis repercussões práticas para o debate brasileiro.

Na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, é possível encontrar referências sobre a obra quase centenária de Hsü Dau-Lin em torno das mutações constitucionais. Uma das

* Doutor e Mestre em Direito pela UFPE (Recife). Professor Substituto de Direito Constitucional da Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Professor de Teoria do Direito na Uninassau Recife. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6801-4383>.



citações mais simbólicas ocorreu no âmbito da polêmica Reclamação 4335/AC, quando se rediscutiu a competência do Senado Federal para suspender a execução de leis declaradas inconstitucionais (art. 52, X, da Constituição Federal).

Apesar de ainda serem raras as citações de juristas asiáticos no âmbito do STF, a presença constante de Hsü Dau-Lin (em geral, como argumento de autoridade) reforça a necessidade de melhor exame das teorias que sustentam a mutação constitucional na argumentação jurídica. Um dos argumentos mais destacados na literatura nacional é desenvolvido por Lenio Streck (2018, p. 181-183): a teoria de Hsü Dau-Lin “não leva em conta aquilo que é central para o pós-segunda guerra”, especialmente “o caráter principiológico do direito e a exigência de integridade”. Mas a suposta desatualização ou caducidade da teoria realmente justifica a quase completa ausência de discussão sobre a obra do jurista asiático? Seria, de fato, uma teoria insustentável para as fundamentações jurídicas?

Para compreender o desenvolvimento germânico da teoria da mutação constitucional, é preciso aprofundar os esforços de Rudolf Smend e de sua “Escola”. Além de Smend, muitos de seus alunos tornaram-se autores populares também fora da Alemanha (como Konrad Hesse, Horst Ehmke e Peter Häberle). Para os fins deste artigo, no entanto, procedemos a um exame delimitado à análise dos trabalhos de Hsü Dau-Lin e Konrad Hesse, que foram traduzidos para línguas latinas no final do século passado e já são muito citados na jurisprudência e na doutrina nacionais.

Em exame mais aprofundado, é possível identificar um problema de pesquisa ainda não respondido de forma satisfatória: quais as diferenças, aproximações e distanciamentos entre as teorias da mutação constitucional desenvolvidas por Hsü Dau-Lin e Konrad Hesse (ex-alunos de Rudolf Smend e influenciados por este)? Essa é uma questão que, potencialmente, pode sugerir olhares diferentes para o fenômeno constitucional geral, cujas repercussões no Brasil podem ser refletidas de modo crítico.

De início, para responder à questão levantada, parte-se da necessidade de aprofundamento sobre o tema, na medida em que as análises tradicionais costumam apontar para uma superação da teoria de Hsü Dau-Lin (argumento de Streck). Por meio do método hipotético-dedutivo (Popper), pretende-se discutir uma hipótese diferente: não houve superação ou combinação entre as duas teorias no plano metodológico, uma vez que cada construção teórica tenta responder a problemas possivelmente distintos. Enquanto interpretação científica



do direito, a doutrina constitucional poderia, portanto, alertar para os riscos de fundamentações jurídicas inadequadas quando não compreendias tais distinções.

No desenvolvimento das reflexões, a pesquisa estrutura-se em três eixos principais: a) um primeiro tópico para contextualização da chamada “Escola de Smend” e compreensão dos principais pressupostos dos autores analisados; b) descrição e breve análise das teses apresentadas por Hsü Dau-Lin no contexto teórico do início dos anos 1930; c) no terceiro tópico, a análise dos argumentos de Konrad Hesse e de sua preocupação em torno dos limites da mutação constitucional; d) avaliação geral das distinções ou semelhanças entre as duas argumentações e seus potenciais reflexos no direito brasileiro.

Ao final, apresentamos uma análise crítica das limitações e possibilidades atingidas pela pesquisa, buscando contribuir às futuras pesquisas que continuarão sendo produzidas sobre a temática.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO DA “ESCOLA DE SMEND” NO DIREITO PÚBLICO ALEMÃO

105

Conforme lembra Jo Eric Murkens (2013, p. 9-65), a República de Weimar foi marcada pelo enorme desafio de tentar integrar o contexto da vida real nas teorias jurídicas. A falsa premissa dualística – na expressão de Hans Brunkhorst – que marcou a teoria jurídica alemã em na época imperial não era mais satisfatória. Por isso, teorias muito diferentes ganharam força: a teoria pura do direito (Hans Kelsen), o decisionismo (Carl Schmitt), a teoria do Estado como integração (Rudolf Smend) e, em menor extensão, a teoria sociocultural de Hermann Heller.

Ao longo do século XX, no cenário de crise do direito público, a doutrina de Rudolf Smend conseguiu relevante visibilidade e influenciou gerações de constitucionalistas dentro e fora da Alemanha. Especialmente nas primeiras décadas após 1945, pois Carl Schmitt foi rechaçado, Hermann Heller havia falecido precocemente e Hans Kelsen não retornara à Alemanha (MURKENS, 2013, p. 55-63). Embora a carreira acadêmica de Smend tenha sido afetada com a ascensão do nazismo (teve que abandonar sua Cátedra em Berlim e foi realocado em Göttingen), constitucionalistas alemães e estrangeiros tiveram contato com seu pensamento por meio de seminários, eventos acadêmicos e diversas publicações. Nas palavras de Peter

Häberle (2016, p. 81), Rudolf Smend foi “canonizado” pelo Tribunal Constitucional Federal e pela comunidade dos representantes do Direito Público.

Durante a República de Weimar, as primeiras análises robustas de Rudolf Smend (1882-1975) culminaram na célebre obra *Verfassung and Verfassungsrecht* de 1928, quando enfatiza o Estado como processo constante de integração e reintegração dos cidadãos na comunidade. Esse novo olhar para o direito constitucional também irá repercutir na análise das mutações constitucionais sob um viés não formalista. Era uma resposta às antigas análises que rigidamente separavam o direito da realidade social prática (CALDWELL, 1997, p. 123).

A teoria da integração de Smend influenciaria, em diferentes graus, diversos juristas na Alemanha e em outros continentes. No Brasil, segundo Gilberto Bercovici (2015, p. 272-293), a teoria da integração influenciaria o pensamento e o estilo de escrita de Pontes de Miranda. A teoria, no entanto, sempre foi alvo de críticas, inclusive por um suposto caráter antidemocrático (OOYEN, 2014).

Alguns dos argumentos principais de Rudolf Smend partem de um “princípio da integração ou da coesão social” (SMEND, 1985, p. 40). Em uma perspectiva não formalista, Smend (1985, 93) busca compreender como a “comunidade cultural ativa” efetivam e desenvolvem as regras jurídicas.

Forte crítico da doutrina de Smend, Hans Kelsen dedicou uma obra inteira para apontar os graves equívocos do rival teórico. Para Kelsen (1930, p. p. 45-48), a teoria da integração tenta justificar a realidade natural do Estado, mas ignora a relação estabelecida pela ordem normativa (“... *natürliche oder ‘tatsächliche’ Realität des Staates zu begründen*”). Nos conceitos desenvolvidos pelos trabalhos de Smend, segundo Kelsen, há pleonasmos, trivialidades e conceitos oscilantes que não o permitem alcançar seu objetivo. Argumenta que a ênfase em palavras como “integração”, “síntese” e “união” pretende simplesmente tornar nítido o caráter não estático do Estado com uma nova terminologia (desnecessária): é apenas um processo dinâmico que se atualiza e se conecta com os diferentes segmentos da sociedade.

Apesar das críticas, a chamada “Escola de Smend” ganhou importância crucial após o final da II Guerra Mundial por diversos motivos. Apesar de serem influenciados pela perspectiva de Smend, seus ex-alunos também desenvolveram análises próprias. Nos casos de Hsü Dau-Lin e Konrad Hesse, a importância teórica desses autores para o tema da mutação constitucional na doutrina brasileira revela a necessidade de uma análise mais detalhada.



2 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO PROBLEMA DE PESQUISA: CONTRIBUIÇÕES ORIGINAIS DE HSÜ DAU-LIN

Sob a supervisão de Rudolf Smend, Hsü Dau-Lin obteve o grau de doutor em direito em 1931 com seu trabalho “*Die Verfassungswandlung*”, que aprofunda o tema das mutações constitucionais a partir de uma nova perspectiva. No ano seguinte, seu trabalho seria publicado como livro em Berlim e o jurista retornaria para a China como assistente de Chiang Kai-shek. Dau-Lin havia nascido no ano da conferência de Georg Jellinek sobre mutações (1906), na cidade de Tóquio durante os anos de serviço oficial de seu pai, um importante general do Império Chinês (WALRAVENS, 2005, p. 151-174). Após receber uma educação privilegiada, buscou conhecimentos administrativos e jurídicos na Europa, algo que quase foi interrompido quando seu pai, General Hsü Shu-tseng, faleceu em 1925.

A contribuição do jurista chinês, com aproximadamente 25 anos de idade, é considerado um estudo consolidador da matéria, sendo citado por todos os juristas brasileiros que se debruçaram sobre a matéria posteriormente. Dau-Lin havia estudado nas universidades de Heidelberg, Frankfurt e Berlim, trabalhando diretamente com Rudolf Smend entre 1929 e 1931. No entanto, após sua defesa sobre as mutações, retornou para a China, onde assumiu cargos políticos e acadêmicos. Sem retomar os novos debates sobre a mutação constitucional, destacou-se como professor em universidades de Xangai, Taiwan e também na América.

Além da influência de Rudolf Smend, Hsü Dau-Lin (1932, p. 27) sustentou uma argumentação não formalista do direito constitucional baseada em seu ponto de partida filosófico confucionista: não é o direito (a lei) que governa a humanidade, mas sim homens governantes. Com clara desconfiança do positivismo jurídico, o jurista desenvolve uma delimitação ao tema da mutação. Em suas palavras, “desgraciadamente, no es posible basarse en una clasificación ya existente, porque cada autor construye su esquema según su propia formación conceptual y sus propios presupuestos” (HSÜ DAU-LIN, 1998, p. 31-32).

Em contraposição ao argumento de Julius Hatschek (1915), Hsü Dau-Lin critica a tentativa anacrônica de buscar indícios do problema da mutação constitucional na obra de Aristóteles, que tratou da existência de mudanças da constituição a partir de pequenas transições. Em verdade, Aristóteles trataria da constituição principalmente como forma de



estado em sua análise sobre regimes de governo. Seria necessário refletir sobre o problema das mutações constitucionais a partir dos preceitos jurídicos das Constituições escritas.

Diante das classificações vigentes da mutação constitucional, Hsü Dau-Lin (1998, p. 32) questiona o argumento de Walther Hildesheimer (1918), no sentido de que a mutação constitucional poderia ocorrer de dois modos: pelo direito consuetudinário e pela interpretação. Tal argumento seria baseado na doutrina do jurista James Bryce que descreveu três modos de aperfeiçoamento do direito constitucional norte-americano: *amendment, usage, interpretation*. Ao excluir as emendas, restariam dois modos informais de mudança constitucional. Mas Hsü Dau-Lin estava insatisfeito com esse tipo de classificação.

Com base nos estudos de S. Spier (1911), Hsü Dau-Lin (1998, p. 30) considera que as mutações ocorrem apenas em Constituições formais rígidas, a mutação pode ser vista, em princípio, como uma contraposição entre normas jurídicas escritas e situação constitucional real. Seria, assim, uma relação desconforme entre normas e realidade. Nesse sentido, Hsü Dau-Lin sistematiza quatro tipos de mutações constitucionais:

1. Mutación de la Constitución mediante una práctica estatal que no viola formalmente la Constitución¹;
2. Mutación de la Constitución mediante la imposibilidad de ejercer ciertos derechos estatuidos constitucionalmente²;
3. Mutación de la Constitución mediante una práctica estatal contradictoria con la Constitución³;

¹ Exemplos dados por Hsü Dau-Lin: Competências do Chanceler do Império no Bundesrat (exemplo tratado por Laband); a substituição do Chanceler Imperial; a existência de mandatários suplentes no Bundesrat com importantes direitos e obrigações. Nada disso era uma contradição explícita ao texto constitucional, embora este tivesse previsões diferentes.

² Essa categoria foi chamada de “mutação por desuso” por Jellinek. No entanto, Dau-Lin aponta que isso seria incorreto. Não é o desuso que modifica o direito constitucional, mas sim a impossibilidade de cumprir o comando normativo! O desuso seria uma de suas causas. Para exemplificar, é apresentado o caso do direito de dissolução do Parlamento pelo Presidente da França. Embora com previsão na Constituição de 1875, somente foi utilizado pelo Presidente Marechal Mac-Mahon em 1877 e, após a repercussão política do episódio que levou à renúncia do Marechal, nenhum outro presidente ousou aplicar o dispositivo. O dispositivo normativo caiu em desuso, nunca mais foi utilizado e “já não existe na realidade”. Também na França, é discutida se a não reeleição presidencial seria um caso de mutação porque apenas Jules Grévy conseguiu o feito em 1885 e, até o encerramento da obra de Dau-Lin, nenhum outro presidente tentou a reeleição prevista na Constituição em razão de fatores políticos. Mas o autor não chega a uma conclusão definitiva. Acrescentamos, no entanto, que os franceses reelegeram o Presidente Albert Lebrun em 1939 (ainda sob a vigência do texto constitucional de 1875).

³ Dentre os vários exemplos de leis, regras estatais e práticas que não seriam compatíveis com o texto constitucional, Dau-Lin fornece o exemplo da lei alemã que proibiu a liberdade de reunião nos edifícios públicos do Reichstag e dos Landstage. Também o caso da lei sobre o Tribunal Supremo (1921) que exige a aprovação do Reichstag para o indulto presidencial quando o indivíduo foi condenado por este Tribunal - enquanto o texto constitucional diz que é uma decisão apenas do Presidente. Também é mencionado o exemplo de Jellinek sobre o

4. Mutación de la Constitución mediante su interpretación⁴.

Por se tratar de uma relação de congruência ou incongruência entre norma e realidade, Dau-Lin (1998, p. 31-32) enfatiza que a problemática atinge as discussões sobre validade jurídica. Quando existe congruência, a realidade social segue a norma, garantindo a validade normal do direito constitucional; e a norma jurídica segue a realidade social, por meio da reforma da Constituição.

O problema da mutação surge, portanto, quando há incongruência. Nesse cenário, podemos ter: a) uma “realidade sem norma”: mediante práticas que não violam formalmente a Constituição; b) uma “norma sem realidade”: quando há a impossibilidade fática de exercer direitos estatuídos pelas normas; c) norma e realidade existem, mas se relacionam incorretamente: quando a realidade contradiz a norma (prática inconstitucional) e quando a realidade força uma reinterpretação da norma (HSÜ DAU-LIN, 1998, p. 31).

Em geral, esse é o trecho de sua obra que é apresentado pelos constitucionalistas latinos (URRUTIA, 2000, p. 126-130). No entanto, é fundamental aprofundar mais os esforços teóricos de Dau-Lin para atingir os objetivos deste artigo, inclusive para afastar críticas não aprofundadas com base em citações indiretas (*apud*) presentes até mesmo em teses de doutorado no Brasil (AJOUZ, 2018, p. 94-95).

Após realizar uma ampla discussão sobre cada categoria de mutação constitucional, Hsü Dau-Lin (1998, p. 49-183) desenvolve um amplo estudo em busca dos fundamentos teóricos: i) insuficiência e inadequação das teorias tradicionais das lacunas jurídicas para a compreensão da mutação; ii) a produção de mutações constitucionais por meio de proposições jurídicas que se tornaram obsoletas e perderam sua “validade social”; iii) a experiência alemã das “reformas materiais” da Constituição; iv) a produção de mutações na experiência norte-americana da interpretação constitucional pela *Supreme Court*; v) insuficiência da doutrina do direito

funcionamento permanente do Bundesrat, que deveria ser, pelo texto constitucional, apenas um órgão eventual quando convocado.

⁴ Segundo Dau-Lin, quando os preceitos constitucionais são interpretados segundo considerações e necessidades que mudam com o tempo ou quando não se adota mais o sentido originário do constituinte, há mutação constitucional. São exemplos: a interpretação restritiva do princípio da igualdade perante a lei na Constituição da Prússia de 1848 que era delimitada para as questões públicas e era considerada compatível com a lei que proibia o casamento entre nobres e campesinos. Na Constituição austríaca de 1867, apenas decretos poderiam ser objeto de controle de validade pelos tribunais; não as leis. Mas, por meio da interpretação, entendeu-se que “decreto” era apenas o decreto não imperial; decretos imperiais deveriam ser protegidos tal como as leis.

consuetudinário para explicar o problema das mutações constitucionais; vi) insuficiência da doutrina de Julius Hatschek sobre “regras convencionais” para resolver o problema teórico; vii) a deficiência dogmática das teorias positivistas que apresentam as mutações como simples infrações da Constituição e viii) a compreensão das mutações a partir da análise da “essência” da Constituição e de suas transformações a partir da teoria de Smend.

Hsü Dau-Lin propõe muito mais do que uma “sistematização das mutações constitucionais”. Além de analisar uma série de casos específicos na história constitucional europeia e norte-americana, o jurista chinês tenta refutar diferentes teorias do direito e da Constituição. Dentre os destinatários de suas fortes críticas, diversos juristas como Paul Laband, Georg Jellinek, Maurice Hauriou, Hans Kelsen, Julius Hatschek, Walther Hildesheimer, Ferdinand Lassalle, Max von Seydel, dentre vários outros.

Em seu conceito de validade, o jurista afirma que há um sentido técnico-jurídico e outro sentido filosófico-jurídico. No primeiro, se discute questões sobre positividade, produção e publicação válida de normas para estabelecer obrigações; mas o segundo sentido discute o cumprimento e a aplicação do direito (eficácia na vida social). Após levantar a questão de saber se o direito apenas formalmente válido seria “*direito real*”, Hsü Dau-Lin (1998, p. 68-70) apresenta forte crítica contra o “método normológico” de Kelsen e afirma que a ciência do direito é uma “ciência do direito vivo” e “ciência da realidade jurídica”. Em sua conclusão, afasta qualquer doutrina da ideia jurídica abstrata ou de uma “teoria pura do conhecimento do direito”.

Uma das teses desenvolvidas é a clara distinção entre a questão da formação do direito e a verificação da existência ou inexistência da proposição jurídica real. São, portanto, dois elementos distintos: a “autoridade” (garantia externa de sua imposição) e “racionalidade da proposição jurídica” (fundamentação frente à sociedade). Afinal, a ausência de existência formal não significa negar uma proposição jurídica existente (caso do costume e direito consuetudinário), então a “existência formal” não poderia ser o único critério para fundamentar a “existência *real* de uma proposição jurídica *real*”. Portanto, argumentos como os de Georg Jellinek sobre a derogabilidade da Constituição pelo direito consuetudinário teriam desenvolvido apenas teses insustentáveis que desconsideram o desenvolvimento real do direito (HSÜ DAU-LIN, 1998, p. 70-71).

Ao mesmo tempo em que identifica elementos gerais para a validade do direito, o jurista também reconhece a aprofunda o exame da diferenciação das mutações em diferentes países e culturas. Segundo Hsü Dau-Lin (1998, p. 75), as mutações constitucionais se desenvolveram principalmente por meio da interpretação judicial nos Estados Unidos, mas a Alemanha desenvolveu uma prática única que não era conhecida na América, na França ou na Suíça: a “reforma material da Constituição”.

Demonstrando familiaridade com o tema do controle judicial norte-americano (*judicial review upon the constitutionality of the law*), Hsü Dau-Lin (1998, p. 90-95) traça um breve histórico desde a rejeição do Plano Randolph de 1787 que sugeria a criação de uma função revisora das leis pelos juízes (*revisionary power*) no processo de elaboração da Constituição americana. Ou seja, como bem destaca o autor, os constituintes americanos conscientemente não desejaram uma competência de controle judicial para tornar inoperantes as leis aprovadas pelo Congresso. Apesar disso, explica que o *Chief Justice* John Marshall pode ser considerado o “segundo criador da Constituição” na medida em que conseguiu consolidar o controle de constitucionalidade a partir do julgamento *Marbury vs. Madison* (1803) até 1835 (ano de sua morte).

Na verdade, o julgamento americano de 1803 não é apenas emblemático, mas também problemático (DIMOULIS; LUNARDI, 2016). Tratava-se de um caso em que não havia um confronto real entre lei e Constituição, mas houve a declaração de inconstitucionalidade para não chocar a opinião pública que era amplamente favorável ao controle judicial de constitucionalidade das leis. Apesar do amplo desenvolvimento criativo da interpretação constitucional com o juiz Marshall, houve certo recuo dessa doutrina criativa entre a posse do *Chief Justice* Roger Tenay (1836) e a Guerra de Secessão. Enquanto os federalistas apoiavam uma interpretação mais restrita da Constituição (“*narrow interpretation*”/ “*interpretation in the strict sense of the term*”), os unionistas defendiam uma aplicação mais dinâmica das normas constitucionais para resolver questões não totalmente contempladas pelos autores da Constituição (“*loose construction*”). Esta última posição sairia vitoriosa após a Guerra Civil (HSÜ DAU-LIN, 1998, p. 94-97).

Importante notar que a interpretação constitucional norte-americana mostra-se desde sempre sensível aos elementos políticos. A doutrina da “*loose construction*” sustentava-se, em conjunto com a teoria dos poderes implícitos (*implied powers*), com base no postulado político

de centralização e soberania do Governo Nacional. Não apenas a *Supreme Court* foi fortalecida com o direito de controle judicial, mas também houve reforço nas limitações constitucionais dos Estados e amplo fortalecimento das competências do Congresso Nacional. Por isso acentua-se uma importância crucial da interpretação jurídica para a realidade política norte-americana, mantendo uma “relação direta e viva” entre a Constituição de 1787 e a “natureza viva do Estado” americano (HSÜ DAU-LIN, 1998, p. 95-99).

Após demonstrar surpresa com a ausência de debates teóricos sobre a licitude/validade das interpretações jurídicas evolutivas que adaptam as normas da Constituição americana, Hsü Dau-Lin (1998, p. 101-102) enfatiza que não devemos generalizar o fenômeno americano e seus debates sobre a “verdadeira constituição”, “constituição viva” ou seu significado atual. Em suas palavras, a mutação pela via interpretativa é um fenômeno raro fora dos Estados Unidos. Porém, está claro que essa possibilidade de mutação existe. Assim, a “interpretação transformadora da Constituição” produz mutações e se deve à instância habilitada para isso, sua “posição na vida estatal”, sua função social e sua doutrina desenvolvida paulatinamente.

Mais problemático é o tema da “reforma material” alemã, cuja compreensão é essencial. Para além de uma mera questão semântica de saber se a reforma da constituição (*Verfassungsänderung*) é necessariamente idêntica à alteração no texto (*Textänderung*), a tradição jurídica alemã pré-1914 vivenciou uma prática de reforma do conteúdo da Constituição por meio de “leis especiais” (aprovadas com quórum especial que não alteravam o texto da Constituição). Segundo Hsü Dau-Lin (1998, p. 79-85), a prática era vista como “normal” em razão da necessidade política (Escola de Laband) ou pelo menos “tolerada” pela doutrina em geral. Ainda assim, foi objeto de muitas críticas após a I Guerra Mundial por juristas como Hugo Preuss, Bilfinger e Heinrich Triepel (este em sua fase posterior).

Em 1924, o Regramento Conjunto dos Ministérios de 1º de maio estabeleceu a exigência de publicação expressa sobre as alterações materiais da Constituição pela lei alemã. Na verdade, a prática já era realizada, porém sem a obrigatoriedade de publicação expressa. A partir disso, juristas como Max Jeselsohn (1871-1937) e Ernst Jacobi (1867-1946) categorizaram três tipos de reforma material da Constituição alemã: a) reformas expressas ou explícitas (lei especial que modifica conteúdo constitucional), b) reformas silenciosas ou não expressas (prática possível antes de 1924), c) reformas eventuais ou inconscientes (leis aprovadas com quórum especial,



mas que a incompatibilidade com a Constituição somente foi percebida posteriormente: caso da Lei de Salários de 1927) (HSÜ DAU-LIN, 1998, p. 79-85).

Por fim, Hsü Dau-Lin (1998, p. 109-125) enfrentou diferentes teorias do direito consuetudinário e suas explicações para o fenômeno da mutação. Sua abordagem é bastante singular na medida em que o autor se empenha em analisar as fortes críticas contra a “Escola Histórica” e o desenvolvimento das teorias positivistas (teoria da autorização dos costumes), teorias que sustentavam a “força normativa dos fatos” (como Jellinek) e o reconhecimento limitado da “força derogatória dos costumes” (como Gerber e Stier-Somlo), dentre várias outras perspectivas. E arremata: “cada teoria do direito consuetudinário é o resultado de uma teoria jurídica geral”. Em seguida, apresenta uma série de críticas que apontam para a insustentabilidade da teoria de Georg Jellinek, cuja solução “facilmente manipulável” seria apenas uma “fórmula imaginativa e cômoda” para tornar alguns fatos como jurídicos.

Muitas práticas alemãs apontadas geralmente como “costumes”, em verdade, somente se justificavam por uma necessidade política de adaptação pontual e não por um “exercício permanente de costume”. A obsolescência de regras constitucionais na França, as experiências de reforma material na Alemanha e a prática interpretativa americana estavam todas baseadas em circunstâncias sociopolíticas de cada país. O fundamento das mutações constitucionais não estava na teoria das fontes jurídicas ou do direito consuetudinário – muito menos na distinção britânica entre direito consuetudinário e regras convencionais (HSÜ DAU-LIN, 1998, p. 120; 162-163).

A busca pela explicação teórica das mutações na experiência britânica seria algo inadequado, segundo o jurista asiático. São sistemas profundamente diferentes, especialmente em razão da “forma geral de pensar”. Além do contexto cultural, também o processo de formação e desenvolvimento do direito, as concepções sobre direito e a “estrutura geral da vida política estatal” não podem ser confundidas. Após apresentar um breve estudo sobre as características do direito inglês (como a função dos tribunais no desenvolvimento de princípios a partir das leis e o “princípio da soberania parlamentar”), é realizada a distinção entre *law* (normas que podem ser aplicadas como fundamento válido pelos tribunais ingleses) e *conventions* (práticas e entendimentos dinâmicos sobre o funcionamento dos órgãos que não é aplicado pelos tribunais). Seriam, portanto, regras “morais” modificadoras do direito público



que ainda estão em processo de transformação em norma jurídica (HSÜ DAU-LIN, 1998, p. 127-136).

Um dos pontos altos da monografia de Hsü Dau-Lin, porém pouco explorado na literatura brasileira, é o momento em que ele passa a analisar a mutação constitucional a partir da teoria constitucional de Rudolf Smend, propondo também um desenvolvimento original.

A partir de Smend, Hsü Dau-Lin (1998, p. 157-158) apresenta a constituição como “regulação jurídica da totalidade da vida estatal” que indica como a vida jurídica e social de cada Estado deve realizar-se e desenvolver-se. Nesse sentido, as constituições escritas *precisam* de “formulações pouco claras, ambíguas, de interpretação elástica” porque são incapazes de planejar completamente todas as situações jurídicas em sua dinâmica.

Além da necessidade política de elasticidade das proposições constitucionais e do conceito de Estado como processo integrativo dinâmico, Hsü Dau-Lin (1998, p. 155-161) formula o terceiro elemento: a limitação da dinâmica constitucional pela própria constituição. Ou seja, a garantia da Constituição não se dá por algo externo, mas realiza-se “segundo sua própria legalidade axiológica” porque o objetivo das constituições é a conservação e a integridade de seu âmbito operativo. Consequentemente, a autoconservação constitucional do Estado é “imprescindível como princípio regulador”. Portanto, podemos visualizar o que Hsü Dau-Lin chama de “tripla posição especial da constituição” (*Ergebnis der dreifachen Sonderstellung der Verfassung*): a) insuficiência das proposições constitucionais diante da necessidade vital estatal e da elasticidade de sua regulação; b) autofinalidade do Estado em sua qualidade de objeto de regulação jurídica mediante sua própria constituição; c) limitação da constituição a respeito de sua eficácia sobre as forças e garantias que lhe são imaneses.

Perceptível, portanto, que a visualização do desenvolvimento dinâmico da Constituição permite a identificação de alguns princípios regulatórios que são atualizados e detalhados pela vida social. Evidentemente, os argumentos do autor devem ser considerados em seu contexto histórico e político (pouco antes da ascensão do nazismo).

A crítica de Lenio Streck (2018, p. 181-183) pode ser útil enquanto constrangimento epistemológico que serve para lembrar que nem todas as respostas para os problemas brasileiros de hoje são respondidos pela obra de Hsü Dau-Lin (e, na verdade, não são respondidos de modo definitivo por nenhuma teoria ou escola teórica). Porém, a crítica desacompanhada de diálogo real com o autor também não é produtiva. Partir de uma pré-compreensão influenciada por



Ronald Dworkin para apontar uma desatualização dos argumentos de Smend não parece ser o melhor caminho.

Mas, para além da “tripla posição especial da constituição”, como Hsü Dau-Lin poderia realmente contribuir para o debate em torno das mutações?

Ao considerar a impossibilidade de um conceito estático e fixo do Estado constitucional, a mutação encontra fundamento empírico na natureza especial do Estado como “realidade vital”. As constituições são feitas para serem adaptadas! Caso não seja possível ou desejável a reforma formal do texto, a vida estatal se encarregará de adaptar a constituição de algum modo. Então, os artigos constitucionais servem para indicar, sugerir e estimular a vida estatal em conformidade com o “sentido da constituição”. Evidentemente, essa demarcação coordenada de todas as forças vitais políticas não é fruto de um cálculo matemático e não pode ser efetuado de forma fixa, exata e completa pelas regras escritas no texto constitucional. Isso porque o papel da constituição é exatamente desenhar certas diretrizes e sua adaptação é necessária diante das tarefas vitais do Estado. Não se trata de regulação rígida e heterônoma que pretende ser válida a todo custo. Seguindo as lições de Smend, seria preferível a adesão ao “sentido da constituição” do que o mero “seguimento [supostamente] fiel de seus parágrafos” com “déficit de vida constitucional” (HSÜ DAU-LIN, 1998, p. 161-165).

Nessa linha, não seria correto afirmar que o direito é insuficiente frente à realidade. Trata-se do desenvolvimento próprio da dinâmica constitucional. Em razão da singularidade axiológica das constituições, o processo de transformação é um processo jurídico e não apenas fático. Não basta a necessidade política em si, mas também um reconhecimento das forças vitais do Estado. Ademais, inexistiria órgão capaz de vigiar e conter a atividade estatal em conformidade com sua constituição porque as mutações não podem ser impedidas, eliminadas ou corrigidas. Seria impossível a perfeita fiscalização dos órgãos estatais. Seguindo as lições de Erich Kaufmann, a garantia das constituições não se encontra em uma ordem superior, mas seu fundamento radica principalmente na confiança (HSÜ DAU-LIN, 1998, p. 165-168; 176).

Por fim, Hsü Dau-Lin (1998, p. 169-176) conclui que há dois sentidos para constituição e para mutação constitucional. Esse ponto é central para a compreensão de sua perspectiva. A constituição poderia ser entendida enquanto conjunto de normas jurídicas positivas especiais ou como modo de existência do Estado. No caso das mutações constitucionais, sua dupla natureza conceitual (*Doppelnatur*) é visualizada do seguinte modo:

a) Mutações constitucionais em sentido formal: incongruência entre texto constitucional e direito constitucional efetivamente válido (situação constitucional real). Foi esse o sentido visualizado na literatura pré-1914. Porém, não há necessariamente um abandono do sentido da constituição. As instituições reguladas são ampliadas ou complementadas de forma contrária ao texto constitucional, mas em conformidade com o sentido fundamental atribuído pela constituição.

b) Mutações constitucionais em sentido material: transformação do sistema ou de seu significado por meio do desenvolvimento de relações jurídicas contrapostas ao sistema pela vida estatal. Também os fundamentos básicos da constituição podem mudar e não apenas suas proposições escritas (doutrina presente nas obras de Hans Helfritz e Friedrich Giese). A incongruência é entre “realidade da vida estatal” e “intenção valorativa da constituição” (escrita ou não). Porém, o fato de não corresponder às intenções originais da constituição não significa necessariamente falha no funcionamento das normas constitucionais. Exemplos: a prática interpretativa norte-americana; a ressignificação da confiança parlamentar como elemento necessário para o Governo no art. 54 da Constituição de Weimar; e o novo sentido aplicado para a separação entre Estado e Igreja do art. 137 da Constituição de Weimar.

Embora os dois conceitos não precisem coincidir sempre (porque são fenômenos distintos), há muitos casos em que ocorrem mutações nos dois sentidos. É o caso do desuso do art. 5º da Lei Constitucional da França de 1875 (os franceses desejavam uma Presidência forte capaz de dissolver o Parlamento quando necessário, mas o cargo se desenvolveu com importância muito diminuta e mais contida).

Por fim, diante da impossibilidade de atuação do sistema constitucional para “desaconselhar” as mutações, Hsü Dau-Lin (1998, p. 176-180) pontua a revolução política como “caso limite” ou fronteira da mutação. Se não podem ser impedidas, são “as constelações da política prática e da vida real do Estado” e seguem seu próprio caminho.

3 POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES DE KONRAD HESSE PARA O DEBATE SOBRE OS LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Esclarecidos os pressupostos e argumentos de Hsü Dau-Lin sobre a mutação constitucional, resta verificar a perspectiva de um jurista ainda mais citado no Brasil: Konrad

Hesse. Na opinião de Manuel García-Pelayo (1984, p. 137), as primeiras compreensões sobre a mutação constitucional no Direito Público alemão (de Laband até Dau-Lin) apresentaram uma ideia demasiadamente ampla de mutação: fatores diversos que levam a uma relação de desconformidade entre os textos constitucionais e a realidade constitucional. No entanto, com todo respeito ao jurista espanhol, não é adequado tentar encaixar tantos pensamentos diferentes apenas em uma ideia vaga ou ampla de incongruência entre prática efetiva e textos constitucionais. Não podemos simplificar e uniformizar pensamentos tão diferentes.

Segundo pesquisa de Antônio Carlos de Pádua (2006, p. 50-57), com o fortalecimento do controle de constitucionalidade após a queda do nazismo na Alemanha, o tema da mutação constitucional ganhou novos contornos: não era mais tratado como a supremacia de uma realidade diante das proposições constitucionais, mas sim como uma questão hermenêutica relacionada com a pretensão normativa de realização da constituição (“força normativa”).

Também ex-aluno de Smend, o jurista alemão Konrad Hesse (1919-2005), defendeu um conceito mais restrito de mutação constitucional: transformação da interpretação das normas constitucionais, sem alteração dos textos. A “mudança”, portanto, ocorre no interior da norma constitucional, transformando seu conteúdo (HESSE, 2009, p. 25-29; 81 e ss.).

Konrad Hesse não é popular no Brasil apenas “por acaso”. No semestre de verão de 1956, ele iniciou seus famosos seminários (*Seminar-Hesse*) em Freiburg. Nas palavras de Peter Häberle (2014, p. 1048-1048), os eventos eram inimitáveis, marcados pelo pluralismo e rigor científico na coordenação - e só encontravam alguma comparação com os seminários de Smend em Göttingen. Nos anos seguintes, com a criação dos seminários de Horst Ehmke nos anos 1960, a agora chamada “Escola [jurídica] de Freiburg” se tornava cada vez mais popular e promissora. Além disso, a presença significativa de pesquisadores portugueses, espanhóis, japoneses e coreanos foi essencial para a internacionalização do seminário.

Após tornar-se juiz constitucional em 1975, Konrad Hesse ganhou mais projeção internacional e viu alguns de seus principais livros serem traduzidos para o japonês, russo, coreano e espanhol nos anos 1980. Posteriormente, surgiram as versões portuguesas de seus principais trabalhos nos anos 1990 e 2000, o que favoreceu sua forte presença na doutrina e jurisprudência brasileiras.

Embora a doutrina alemã reconhecesse a possibilidade de mutação constitucional na vigência da Lei Fundamental de 1949, Konrad Hesse (2009, p. 147-148) estava insatisfeito pela



pouca importância dada ao tema em sua época. Em sua opinião, a doutrina não explicava o fenômeno de forma satisfatória e, no máximo, recorria à apresentação de premissas vagas sobre “dinâmica interna”, “historicidade” e vontade constitucional estável cambiante. Sob a égide do novo modelo de reforma constitucional e controle de constitucionalidade a partir de 1949, a mutação constitucional também foi reduzida por parte da doutrina ao problema alteração interpretativa do significado de certos preceitos presentes na constituição escrita.

A questão das alterações fáticas é enfatizada por Konrad Hesse como um problema prático significativo na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão⁵.

Em outro trabalho, Hesse (1995, p. 265) lembra uma investigação de Peter Lerche sobre as “mutações constitucionais silenciosas enquanto problema político” (1971) e registra: além de natural, a mudança é uma necessidade para que a constituição não se torne obsoleta. A constituição deve permanecer sendo capaz de cumprir sua tarefa enquanto fundamento da ordem jurídica e garantia da liberdade e dignidade humana, mas o mundo muda rápido. A Constituição alemã em 1994 já não era a mesma de 1949 e tenderia a ser diferente no futuro. Tal como Peter Lerche, embora tal mudança tácita ou silenciosa (*stille*) seja possível, o autor conclui que é preciso atentar para os perigos e buscar fixar limites.

Segundo Hesse (2009, p. 149-150), a evolução constitucional da República alemã sob a égide da Lei Fundamental de Bohn (1949) não é comparável com os “profundos processos de mudança que Laband e G. Jellinek qualificaram”. Argumenta ainda que, na nova fase do constitucionalismo alemão, a prática de reformas formais do texto constitucional tornou-se mais frequente e foi decisiva para a não admissão necessária de mutações constitucionais (ainda que essa prática possa repercutir no prestígio e na força normativa da constituição). Porém, e o futuro? Inexistindo maioria qualificada para reformas constitucionais futuras e polêmicas, “o recurso à afirmação de uma mutação constitucional não ficará distante”.

O problema torna-se mais acentuado quando inexistem parâmetros para estabelecer contornos das mudanças constitucionais. Como consequência, nem sempre será fácil distinguir atos constitucionais e inconstitucionais, sendo difícil provar ou refutar uma mutação perante o Tribunal Constitucional. Esse é o cenário teórico encontrado por Konrad Hesse (2009, p. 150-151) que o leva a tentar traçar limites do fenômeno interpretativo.

⁵ Cf. alguns julgamentos do TCF: BVerfGE 2, 380 (401); 3, 407 (422); 7, 342 (351).



Dentre os “elementos definitórios” da mutação constitucional, Hesse descarta a necessidade de lapso temporal extenso. As mudanças, na verdade, podem produzir-se ao longo de muitos anos, “mas também ao cabo de pouco tempo”. Também não necessariamente as mudanças ocorrem de forma silenciosa ou “implícita”, elas são perceptíveis em algum momento. Segundo Hesse (2009, p. 151-154), um intérprete atento perceberá conscientemente a modificação criada pela interpretação. Logo, também o elemento anímico parece não ser essencial. O fato de estar presente em muitos casos não significa que seja elemento necessário para sua definição. Com isso, afasta-se o elemento da durabilidade e o caráter inconsciente. Por fim, a busca por uma concepção satisfatória das mutações impõe um conceito restrito para as mudanças do conteúdo da norma constitucional quando o texto não é modificado.

Ao observar a antiga teoria das mutações (muito mais ampla), Hesse reconhece que não existem limites para a mutação nesta abordagem, pois o critério é a imposição de fatos “difícilmente explicáveis” que não podem ser condicionados pelo direito. Muitos exemplos trazidos por Laband não eram modificações interpretativas do conteúdo dos artigos da Constituição de 1871, mas sim uma profunda reforma constitucional realizada às margens dos processos jurídicos previstos. A partir de Georg Jellinek, os casos são categorizados (não apenas com base na prática alemã) e a “necessidade política desempenha um papel relevante como motor das mutações constitucionais”: o decisivo é o fato consumado. Assim, a “mutação constitucional” era tratada muito mais como mudanças profundas da situação constitucional do que simples alterações interpretativas sobre o conteúdo da norma jurídica (HESSE, 2009, p. 154-156).

Konrad Hesse (1998, p. 45-47) defende uma distinção teórica entre três expressões: a) modificação constitucional (como reforma formal do texto); b) mutação constitucional (como mudança de interpretação do texto constitucional, sem confrontá-lo); c) rompimento constitucional (desvios do texto constitucional em situações específicas, tal como ocorreu na República de Weimar para atender ao “pressuposto da realização das maiorias necessárias”).

Por um lado, Konrad Hesse (1998, p. 51-52) reconhece uma espécie de “mutação constitucional permanente, mais ou menos considerável, que não se deixa compreender facilmente” por conta das alterações históricas do “âmbito da norma”. Por outro lado, a realização das normas constitucionais deve estar vinculada ao programa da norma. Se há contradição com o texto constitucional, não se deve falar em “realidade constitucional” como



Constituição realizada. Ou seja, “não existe realidade constitucional *contra constitutione*”. Tal equívoco acabaria por legitimar uma força normativa de tal realidade.

Em análise sobre os trabalhos de Smend e Hsü Dau-Lin, o problema das mutações era associado como à natureza específica do Estado. Hesse argumenta que o princípio regulador do processo evolutivo do Direito Constitucional seria “a realização do sentido da constituição como sistema de integração”. Com isso, Hesse reconhece na argumentação do jurista asiático seus pontos de partida: o caráter inacabado e elástico das normas constitucionais frente às necessidades vitais do Estado, o caráter de fim em si mesmo do Estado (*Selbestzweckhaftigkeit*), dentre outros. Nesse sentido, mutação não é quebra da constituição, mas algo admitido (e exigido) pelo Direito Constitucional. No entanto, Hsü Dau-Lin não teria colocado adequadamente a questão de saber se as necessidades vitais do Estado e o sentido da constituição não suporiam um limite à mutação.

Apesar dos méritos da “única monografia ampla sobre o tema” em sua época, Hesse (2009, p. 158-161) acusa o trabalho de Hsü Dau-Lin de chegar à conclusão semelhante dos positivistas: não há limites fixos dentro do sistema constitucional para as mudanças informais. Mas tal conclusão seria insatisfatória frente aos elementos teóricos do “Estado constitucional” com força normativa e máxima efetividade das normas constitucionais. Então, para que a constituição não seja um mero “instrumento de dominação”, é preciso não sacrificar a “função racionalizadora, estabilizadora e limitadora” do poder que a constituição assume.

Na argumentação desenvolvida por Hesse (2009, p. 166-170), a mutação precisaria ser pensada como fenômeno intranormativo (“no interior da norma”) e não como consequência dos desenvolvimentos produzidos “fora da normatividade da constituição”. Embora reconheça proximidade com os pontos de partida de Smend e Hsü Dau-Lin, acredita que é preciso ter maior clareza e diferenciação sobre norma e realidade. Para isso, Hesse reconhece a importância dos trabalhos de Friedrich Müller sobre a estrutura da norma. Considerando que as normas não são mandatos abstratos (*Sollensätze*) e que a realidade integra e constitui a norma jurídica, é preciso saber identificar se um “fato novo” repercute no âmbito normativo (setor de realidade regulado pela norma) de acordo com o programa normativo. Assim, embora ainda seja possível a invocação de mutações constitucionais com diferenças de apreciação, essa dogmática jurídico-constitucional pode permitir um ponto de partida (e não uma teoria completa) em torno dos limites da mutação constitucional.



Apesar de todo esse esforço, Hesse (2009, p. 169-171) conclui com a afirmação de que uma teoria da mutação constitucional possui a “função de desenvolver critérios aplicáveis à situação normal”. Ainda que o texto seja uma garantia-limite para as mutações, não é uma garantia absoluta. E aquilo que transborda os limites da mutação já é outra coisa: quebra ou anulação da constituição. Mas não se poderia, a priori, renunciar à elaboração de limites que sejam praticáveis em defesa da constituição; ou apenas se legitimará fatos consumados.

4 ANÁLISE COMPARATIVA DAS DUAS ABORDAGENS E POTENCIAIS REFLEXOS NO DIREITO BRASILEIRO

Conforme apontado nos tópicos anteriores, alguns pontos de aproximação entre as teorias Hsü Dau-Lin e de Konrad Hesse podem ser visualizados: assumindo a teoria de Rudolf Smend como um de seus pontos de partidas, os dois teóricos desenvolvem análises sobre as práticas interpretativas do direito constitucional por entenderem que a “elasticidade” do texto constitucional é necessária para a atualização do conteúdo normativo.

Os dois autores valorizam o aspecto da realidade social na compreensão da prática constitucional, mas com algumas diferenças. Konrad Hesse assume um papel normativo no sentido de que devemos “ter vontade de Constituição”, buscar efetivar seu texto ao máximo no cotidiano, com atenção para as mudanças históricas e sociais do âmbito normativo. Hsü Dau-Lin, por seu turno, elabora um conceito de validade jurídica com dupla face: é preciso observar os requisitos formais para a produção de normas e também como tais regras são desenvolvidas pela prática social e institucional. Na obra de Hsü Dau-Lin, há certa clareza no sentido de que uma prática social distante do texto constitucional não necessariamente viola o sentido da Constituição. Ou seja, o conjunto de princípios básicos que originaram a Constituição pode ganhar um desenvolvimento diferente na realidade jurídica.

Se o direito é visto como uma ciência da realidade jurídica, os dois autores compreendem que as modificações podem ocorrer a qualquer momento (ambos descartaram a exigência de um longo lapso temporal). Por uma reconhecida influência da obra de Friedrich Müller, Konrad Hesse preocupa-se em estabelecer limites na interpretação da Constituição para evitar que a concretização constitucional seja uma reelaboração dos textos. Tal premissa indica uma necessidade de uma dogmática jurídica criteriosa que atenda a uma primazia dos textos.

Por outro lado, Hsü Dau-Lin aponta para um critério de “racionalidade da proposição jurídica” como fundamentação da prática constitucional frente à sociedade, uma espécie de reconhecimento racional que lhe permite ganhar efetividade.

Uma diferença básica está no tratamento que deve ser dado às realidades políticas e sociais que se distanciam dos textos constitucionais. Konrad Hesse é enfático na defesa de que tal situação não poderia ser chamada de “realidade constitucional diferente dos textos”, mas sim de realidade inconstitucional! Vilipendiar os textos constitucionais (que fornecem o programa da norma) não poderia corresponder a uma “mutação constitucional”.

Diferente de Konrad Hesse, Hsü Dau-Lin sempre enfatizava que cada país com Constituição escrita rígida poderia desenvolver diferentes tipos de mutações constitucionais. Há elementos históricos e políticos de cada povo que podem influenciar na questão. Não seria apenas uma questão de “estrutura da norma”.

O objetivo traçado por Konrad Hesse para fornecer uma interpretação constitucionalmente adequada e socialmente atualizada é uma premissa geral que deve ser acolhida pela dogmática jurídica, que tem uma preocupação central de orientar a prática jurídica. Porém, na prática, textos legislativos e constitucionais podem ser superados na argumentação jurídica (analogias e interpretações extensivas ou restritivas que, em alguns casos, “corrigem” o programa da norma). Talvez seja uma premissa geral aceitável, mas de difícil controle no plano concreto. Trilhar esse caminho poderia ser não só uma atitude ingênua, mas também falsa em alguns casos: existem termos vagos no texto constitucional que não correspondem a um dado objetivo; textos são dados linguísticos que assumem papel relevantíssimo para o início da atividade interpretativa, mas seriam realmente capazes de prender o intérprete?

Aliás, a rigor, uma reformulação dos fatos abarcados pelo texto constitucional não seria uma “mutação *da* Constituição”, mas talvez uma mera “mutação *na* Constituição” ou mudança da interpretação constitucional. Neste caso, precisaríamos repensar os mecanismos de uniformização jurisprudencial e ampliação de segurança jurídica na Justiça Constitucional. Caso contrário, será possível falar em “mutações” em cada nova interpretação. Aliás, segundo crítica de Peter Häberle (1974, p. 111-137), outro ex-aluno de Rudolf Smend, as normas constitucionais são sempre únicas no tempo de sua concretização... logo, despiendo recorrer a um conceito autônomo de mutações constitucionais. E, de certo modo, esse não seria um



problema exclusivo do direito constitucional, mas de interpretação do direito positivo, embora possa ter consequências distintas.

No entanto, a perspectiva trazida por Hsü Dau-Lin ressalta a “relação viva” das Constituições com a vida social, de modo que os fatos sociais não devem ser vistos como algo “fora” da Constituição como se esta fosse adaptada pela sociedade. Em verdade, não se trata de uma adaptação externa, mas sim do desenvolvimento da própria Constituição. Isso porque o fundamento das mutações constitucionais residiria na “essência” ou peculiaridade da Constituição: como a vida estatal é regulada e desenvolvida naquela sociedade? Cabe ao jurista compreender como a Constituição está sendo e como ela poderá ser desenvolvida na vida social. É por essa razão que os textos são vagos!

Outro ponto a ser refletido é a perspectiva autônoma do debate constitucional em Hsü Dau-Lin. Quem controla a regulação da vida estatal? A própria vida estatal. Quem garante a Constituição? A dinâmica desenvolvida pela mesma Constituição. Esta não é um texto pronto, definitivo e completo. Logo, existe uma questão relevante que parte da noção do “Estado como processo integrativo”: o princípio regulador da autoconservação constitucional. Consequência: caso exista uma tentativa de desvio do texto constitucional, cabe refletir se a própria vida estatal consegue produzir efeitos necessários e suficientes para a proteção desse texto sem quebrar o processo de integração (baseado em R. Smend). Desse modo, a análise desenvolvida por Hsü Dau-Lin aproxima-se de uma preocupação muito mais ampla sobre a “vida constitucional concreta” orientada pelo “sentido da Constituição”. E se este for abandonado, as mutações em sentido material reconfiguram a vida estatal. É um processo circular, dinâmico e não centralizado em um órgão específico.

No fundo, a teoria de Konrad Hesse estava voltada para a elaboração de postulados interpretativos mais amplos que servem como pontos de partida, mas não oferecem todas as respostas. Para orientar a aplicação prática do direito constitucional, requer a complementação de uma análise dogmática e técnica dos dispositivos relacionados no caso concreto. Um caminho possível seria adoção de uma presunção pragmática em favor da interpretação tradicional dos textos, havendo um ônus argumentativo para refutar a antiga tradição e demonstrar a necessidade de uma nova prática constitucional. De outro lado, a teoria de Hsü Dau-Lin apresenta um propósito teórico-filosófico que rediscute o fundamento da mutação constitucional e que exige um olhar atento aos elementos da “realidade vital estatal”.



Por essa “realidade vital”, não se deve entender que Hsü Dau-Lin seja um “realista”, pois o autor também enfatiza a importância de observar as regras e procedimentos estabelecidos para a produção normativa do Estado. O que ocorre, porém, é que as normas constitucionais transformam-se de modo muito mais intenso do que aquilo que é previsto originariamente nas Constituições escritas.

Uma aplicação prática dessa perspectiva de Hsü Dau-Lin (1998, p. 179) é apresentada quando o autor confronta o argumento de que a “forma de Estado” poderia ser um possível limite às mudanças. Segundo o jurista, se isso realmente for verdade, ainda assim não é possível determinar com total certeza o que se deve entender por essa forma estatal. Afinal, a individualização do Estado é, na atualidade, um problema sobre o “modo real de governo” e não a mera discussão abstrata sobre a forma aparente prevista em textos.

Paulo Bonavides (2013, p. 494-496) ponderou que, apesar da importância na exigência de uma leitura adequada da “realidade da vida”, as teorias desenvolvidas a partir de Rudolf Smend podem estar muito próximas de uma teoria política decisionista do direito: “de Smend a Schmitt vai apenas um passo”. Além disso, os abusos do princípio majoritário durante o período nazista foram muito discutidos na época de Konrad Hesse, mas ocorreram em momento posterior à obra de Hsü Dau-Lin.

Conforme crítica de Ernst-Wolfgang Böckenforde (2000, p. 196), a “desculpa” de promover a “integração” (Smend e Hsü Dau-Lin) ou o “aperfeiçoamento” (Habermas) das Constituições estaria transformando o Direito Constitucional em um processo meramente político e incontrolável.

Uma possível resposta ao alerta de Bonavides e à crítica de Böckenforde encontra-se neste debate entre Hsü Dau-Lin e Konrad Hesse. Ambos os autores se rebelam contra o cenário doutrinário da Alemanha Imperial, quando os juristas enalteciam o direito positivo vigente e admitiam a ocorrência de processos extrajurídicos que “deslocavam” a realidade jurídica (STOLLEIS, 2018, p. 95-99). Agora, as mudanças constitucionais passavam a ser vistas não como simples fenômenos políticos e sociais, mas sim como uma realidade jurídica desenvolvida pela própria Constituição. Hsü Dau-Lin não diz que os juristas e a sociedade devem se conformar ou assumir um papel de omissão frente às decisões políticas e sociais tomadas pelas instituições. Nem que as mudanças constitucionais serão decididas por uma autoridade competente em casos limite. Pelo contrário, trata-se de alertar para o fato de que não existe um



único “Guardião da Constituição” e que o debate sobre mutação constitucional é um debate que deve ser levado a sério pelo direito, pois é um fenômeno jurídico e não meramente político. Um dos papéis a serem desempenhados pelas instituições e pela comunidade jurídica é pressionar a “realidade vital estatal” para que esta se desenvolva em congruência com os valores perseguidos pelo interesse público social.

Agora, compreendidas as zonas limítrofes entre as duas abordagens, algumas breves hipóteses para uma contribuição ao processo constitucional brasileiro.

A partir de Hsü Dau-Lin, o debate teórico sobre o fundamento da mutação constitucional ganha contornos interessantes. A questão tratada aqui não foi sobre os critérios dogmáticos para a interpretação constitucional, mas um problema diferente: após refutar as mais diversas teorias constitucionais de sua época, a conclusão do autor em defesa da teoria de Rudolf Smend expõe a importância de uma relação viva entre Constituição e vida estatal. Os juristas precisam recordar que as Constituições escritas sugerem pontos de partida que regulam a validade de todo processo normativo, tanto do ponto de vista técnico-formal como também do ponto de vista da realidade institucional e social. O processo de defesa constitucional é um processo de autorrealização e autorreferência constitucional, no sentido de que a realidade estatal é regulada por uma Constituição que ela mesma deseja e garante.

Primeiro, há uma dificuldade na formação jurídica em torno da identificação da teleologia constitucional brasileira. A quase ausência de análise da história constitucional brasileira, seguida por uma dificuldade de método, indica que é preciso melhorar a compreensão sobre o sentido democrático e pluralista da Constituição Federal. Para identificar mutações materiais, mais do que o texto/referente normativo, é preciso conseguir identificar eventuais incongruências entre o sentido constitucional e a realidade estatal que está sendo desenvolvida. Isso é importante também para evitar que textos normativos sejam lidos a partir de categorias estáticas herdadas de outras culturas jurídicas.

Segundo, a obra de Hsü Dau-Lin aponta também para a importância de o jurista ficar atento ao desenvolvimento estatal do direito, buscando analisar a realidade institucional brasileira. Não para se conformar, mas para lembrar que o direito não é um dado fixo em tradições ou textos rígidos. De que adianta conhecer as regras técnicas de validade se elas são interpretadas de modo diferente na vida prática? A ideia de que “na prática, a teoria é outra” apenas aponta que é provável que a teoria precise mudar.

Veja-se, por exemplo, os polêmicos casos sobre a recondução dos Presidentes da Mesa Diretora do Congresso Nacional no Brasil (art. 57, § 4º, da Constituição Federal). Tanto o argumento sobre a não aplicação da vedação constitucional ao caso de mandatos residuais (mandato tampão) como também o argumento de que a vedação insere-se apenas para os momentos de uma mesma legislatura decorreram da própria prática institucional brasileira (ADI 6524). Poder-se-ia, inclusive, argumentar que o Supremo Tribunal Federal brasileiro apenas poderia intervir no Legislativo em hipóteses claramente expressas pela Constituição, o que não seria o caso. Assim, a própria dinâmica estatal criou uma diferença não prevista pelo texto que poderia ser considerada por muitos uma violação à Constituição.

Pelo menos em princípio, também o núcleo das argumentações dos Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes no famoso julgamento da Reclamação 4335 não são absurdas, se compreendida a perspectiva de Hsü Dau-Lin. De fato, a previsão histórica da competência do Senado Federal para suspender a eficácia de leis inconstitucionais, embora tenha sido mantida pelo constituinte originário, pode ter perdido muito de seu sentido no modelo atual de controle de constitucionalidade. Nesse caso, é válido lembrar que não seria o caso de uma “mutação constitucional material”, tendo em vista que o sentido fundamental de controle de constitucionalidade no modelo trazido em 1988 ainda estaria sendo mantido. Também não seria necessário recorrer às construções teóricas mais antigas de Georg Jellinek ou Paul Laband em torno de fatos extrajurídicos que forçaram o sistema constitucional a mudar.

A partir de Konrad Hesse, é possível traçar uma perspectiva normativa: a comunidade jurídica precisa desenvolver práticas que valorizem os textos das Constituições democráticas, promovendo o “processo permanente” de unidade política na medida em que possa “unir a pluralidade de interesses, aspirações e modos de comportar-se” (HESSE, 2008, p. 29). Se a força normativa das Constituições é condicionada pela “vontade atual dos participantes da vida constitucional”, então é preciso haver “consenso fundamental que assegure à ordem jurídica existência duradoura” (HESSE, 2008, p. 49).

Dentre as práticas a serem adotadas pela comunidade jurídica para alcançar os objetivos descritos por Konrad Hesse, está também o debate metodológico e dogmático sobre como deve ser a interpretação adequada das normas constitucionais. Esses contornos, porém, não aparecem de forma clara na argumentação do autor. Desse modo, um possível caminho pode ser apontado



por meio de um maior respeito às interpretações originais, tradicionais ou vigentes sobre as normas constitucionais.

Ou seja, eventuais mudanças sobre a realização constitucional devem ser procedidas com ampla refutação das interpretações injustas, demonstrando a necessidade real de uma nova compreensão dos textos (ALVES, 2019, p. 130-136). Assim, a comunidade jurídica, especialmente por meio da ciência jurídica, pode desempenhar uma função de crítica e advertência (*Warnfunktion*) sempre lembrada por Bernd Rüthers (BIRK, 2017, p. 52).

Ao final, há um problema claro sobre a fundamentação adequada das decisões jurídicas quanto ao critério da coerência teórica. Conforme desenvolvido neste artigo, as divergências entre as perspectivas de Hsü Dau-Lin e Konrad Hesse não são antagônicas, mas se diferenciam quanto aos objetivos e às conclusões. As aproximações derivadas de seu ponto de partida, porém, permitem que a argumentação jurídica produza um relevante diálogo sobre as mutações constitucionais.

Problema maior é quando a fundamentação judicial do direito, em busca de uma suposta legitimidade teórica, se vale de uma coletânea de citações reunidas em obras muito distintas. No âmbito do processo constitucional, porém, as decisões judiciais não precisam realizar um levantamento bibliográfico doutrinário. Pode-se optar por seguir a perspectiva de Hsü Dau-Lin ou de Konrad Hesse – ou de um terceiro autor. No entanto, deverá também demonstrar que, no caso concreto, a perspectiva adotada é a melhor para solucionar os problemas constitucionais específicos.

127

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final, este artigo apresentou algumas das diferenças e aproximações entre as teorias da mutação constitucional desenvolvidas por Hsü Dau-Lin e Konrad Hesse, resultando em três possíveis contribuições: a) maior divulgação e aprofundamento dos argumentos de Hsü Dau-Lin (pouco lido, mas já criticado na literatura brasileira) em contraponto ao pensamento de Konrad Hesse; b) refutação de argumento *ad absurdum* sobre a superação de teorias anteriores à Segunda Guerra Mundial por não haver considerado o debate contemporâneo sobre princípios e integridade; c) visualização de um possível programa de pesquisa para o exame das mutações constitucionais na fundamentação judicial do direito.



No primeiro caso, a pesquisa se preocupou com a potencial existência de “caricaturas” na literatura jurídica nacional. Só parece ser possível falar em “superação teórica” quando há um efetivo esforço de diálogo e refutação pelos novos teóricos. Inclusive, o próprio Konrad Hesse buscou se diferenciar de Hsü Dau-Lin, propondo uma reelaboração da teoria preocupada com o debate sobre seus limites. O debate sobre a fundamentação teórica das mutações e seus diferentes modos de ocorrência em diferentes sociedades, porém, manteve-se vivo ao longo do tempo. Assim, uma exploração mais ampla dos argumentos dos dois autores e de seu ponto de partida (a Escola de Smend) não deve significar uma defesa de seus argumentos, mas, principalmente, uma necessidade de conhecer melhor os autores antes de rebatê-los ou apresentá-los como algo *démodé*.

Há sempre um risco em qualquer tradução, leitura e interpretação. Mas, além de não ser academicamente produtivo, há certo equívoco em reduzir a obra de qualquer jurista para exagerar uma potencial falha, pregando logo seu abandono (*Reductio ad absurdum*). Ainda que a conclusão futura venha a ser o abandono de uma teoria, deve haver um esforço dialético com ônus argumentativo que, de forma transparente, aponte as supostas falhas. Em seguida, o debate poderá continuar com novas contestações e defesas de argumentos. Essa atitude acadêmica de diálogo é essencial, ainda mais quando a teoria atacada é mencionada em decisões relevantes da Jurisdição Constitucional brasileira.

Por fim, ao mapear as principais diferenças teóricas entre as duas perspectivas, também são refletidas questões relacionadas ao dever de coerência teórica nas fundamentações judiciais, apresentando um potencial caminho para que novas investigações venham a ser desenvolvidas, especialmente para apontar se os usos das categorias e conceitos teóricos estão sendo aplicados nos casos concretos com responsabilidade intelectual.

REFERÊNCIAS

AJOUZ, Igor. *Constitucionalismo democrático e hermenêutica constitucional: parâmetros para a sedimentação das mutações constitucionais*. Tese (doutorado em direito), UVA, 2018.

ALVES, Pedro de Oliveira. *Limites da interpretação jurídica no controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BADURA, Peter. *Die Methoden der neueren allgemeinen Staatslehre*. Erlangen: Palm & Enke, 1959.



BIRK, Axel. Der kritische Rationalismus und die Rechtswissenschaft: Bernd Rüthers und Karl-Heinz Fezer – ein Ausgangspunkt, unterschiedliche Folgerungen. *Rechtstheorie*, n. 48, p. 43-75, 2017.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CALDWELL, Peter C. *Popular sovereignty and the crisis of german constitutional law: the theory and practice of Weimar constitutionalism*. Durham and London: Duke University Press, 1997.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

HÄBERLE, Peter. Konrad Hesse (1919-2005). In: HÄBERLE, Peter; KILLIAN, Michael; WOLFF, Heinrich Amadeus. *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts: Deutschland - Österreich - Schweiz*. Berlin: De Gruyter, 2014, p. 1039-1052.

HÄBERLE, Peter. *Textos clássicos na vida das constituições*. Trad. Peter Naumann. Saraiva, 2016.

HÄBERLE, Peter. Zeit und Verfassung: Prolegomena zu einem “zeit-gerechten” Verfassungsverständnis. *Zeitschrift für Politik, Nomos*, v. 21, n. 2, p. 111-137, jun. 1974.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar F. Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HESSE, Konrad. Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel. *JuristenZeitung*, v. 50, n. 6, 17 mar. 1995.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Cap. 3: Limites da mutação constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

HSÜ DAU-LIN. Formalistischer und anti-formalistischer Verfassungsbegriff. *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. 61 (N.F. 22), n. 1, p. 27-53, 1932.

HSÜ DAU-LIN. *Mutación de la constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Instituto Vasco de Administración Pública: Oñati, 1998.



KORIOETH, Stefan. Introduction. Prologue: The shattering of methods in late Wilhelmine Germany. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard. *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Los Angeles: University of California Press, 2000.

MURKENS, Jo Eric Khushal. *From Empire to Union: conceptions of German Constitutional Law since 1871*. Parte I: Constitutional Law as discipline. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 9-65.

SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Trad. José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

STOLLEIS, Michael. *O direito público na Alemanha: uma introdução a sua história do século XVI ao XXI*. Trad. Gercélia B. de Oliveira Mendes. São Paulo: Saraiva, 2018.

STRECK, Lenio. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000.

WALRAVENS, Hartmut. Hsü Dau-Lin 徐道鄰 (1906-1973) im Briefwechsel mit Hellmut Wilhelm. *NOAG* 177-178, 2005, p. 151-174.

130

Submissão: 11/10/2021

Aceito para Publicação: 11/04/2022

DOI: 10.22456/2317-8558.119238