

1 INTRODUÇÃO

Na pesquisa levada a cabo ao longo da cota 2009-2010 do Programa Institucional de Iniciação Científica UEPB/CNPq, a partir do projeto intitulado *A reconstrução normativa do Poder Constituinte Derivado: uma análise das pressões políticas contemporâneas sobre os limites do poder de reforma da Constituição de 1988*, foi possível analisar a integridade do vínculo entre a normatividade da Constituição de 1988 e seu mecanismo de reforma constitucional através de situações limítrofes entre a coerência jurídico-constitucional e imperativos políticos contemporâneos, dentre os quais se destacava a previsão do Art. 5º, § 3º, introduzido através da Emenda Constitucional 45/04. No decorrer desta pesquisa verificou-se que o legislador inseriu uma legítima cláusula de abertura constitucional à dimensão internacional, permitindo que tratados sobre direitos humanos ingressassem na ordem interna com a qualidade de normas constitucionais.

A mencionada pesquisa, por sua vez, abriu espaço para questionamentos mais profundos, envolvendo a relação entre a abertura constitucional à dimensão normativa internacional e o princípio de separação e equilíbrio entre os Poderes, o que constitui objeto de mais um projeto de pesquisa, dessa vez na cota 2010-2011 do Programa Institucional de Iniciação Científica UEPB/CNPq, intitulado *Globalização, supremacia da Constituição e equilíbrio entre os Poderes: uma análise do papel do Supremo Tribunal Federal no controle da abertura à dimensão normativa internacional proporcionada pelo Art. 5º, § 3º da Constituição Federal*.

Ao cabo desses estudos, observamos a estreita relação existente entre a sociedade aberta e o fenômeno da mutação constitucional, o que nos levou a novos questionamentos. Desta feita, considerando que o presente trabalho é um dos resultados das mencionadas pesquisas, temos como objetivo geral, analisar como a interpretação constitucional levada a cabo pelos diversos intérpretes da constituição pode contribuir para o fortalecimento da normatividade constitucional. A pesquisa se desenvolverá por meio do estudo bibliográfico, e tem o método dialético como parâmetro de abordagem. Em relação ao procedimento, será utilizado o método teórico-reflexivo, a fim de abordar o fenômeno a mutação constitucional inserido na sociedade aberta de intérpretes.

2 REFORMA INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO: AS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS

A expressão escrita e o mecanismo de rigidez constitucional são a consequência direta de uma constituição formal e perpetuam a ação do Poder Constituinte sobre a Constituição, dando abertura para eventuais adaptações. O Poder Constituinte Originário, ao estabelecer o Poder Constituinte Reformador instituiu os mecanismos de reforma a que este se submeteria frente às adaptações porventura necessárias na Constituição.

A partir daí observamos que o Poder Constituinte Reformador verifica-se basicamente através das Emendas Constitucionais. Além desse mecanismo, o Poder Constituinte Originário também instituiu o Poder de Revisão, sendo este ainda mais limitado que o Poder de Reforma propriamente dito. Quanto às Emendas Constitucionais, fruto da atividade do Poder Reformador, nota-se que elas podem acrescentar, modificar ou suprimir normas impostas pelo Poder Originário, salvo as que estão protegidas pelos limites intangíveis impostos por este último.

Ocorre que, toda reforma constitucionaliza o câmbio da Constituição, mas nem toda mudança vem de uma alteração formal da Constituição, e isso nos leva à análise do conceito da mutação constitucional, fenômeno que está intimamente relacionado com a teoria da sociedade aberta de Peter Habermas, uma vez que as mutações são mais prováveis no âmbito de uma constituição aberta.

As chamadas mutações constitucionais são a possibilidade de alterações não formais na Constituição, que seriam fruto do que chamamos de Poder Constituinte Difuso. A mutação nada mais é do que uma modificação espontânea, produzida por um poder decorrente de fatores sociais, demonstrando, portanto, o caráter dinâmico da norma. Nas palavras de Konrad Hesse, a mutação se dá quando surgem em determinado âmbito, fatos novos, não previstos ou desconhecidos, e como consequência de sua inserção no curso geral de um processo evolutivo, se mostram como um novo significado ou uma nova relação. (HESSE, 1992, pg. 88)

As mutações são admissíveis porque a vontade de Constituição não é algo imutável, senão uma vontade estável cambiante, de tal modo que diante de uma mudança das circunstâncias, cabe acudir novas interpretações. Determinadas mudanças na realidade constitucional podem produzir uma mudança no significado de certos preceitos da Constituição escrita, no sentido de preservar a força normativa da Constituição. Dessa forma, em certas ocasiões a Constituição sofre modificações que não advêm das normas formalmente impostas e a teoria constituinte não pode ignorar os fatos sociais, dando especial atenção para este fenômeno. Encarando a Constituição como uma norma que deve se projetar para o futuro, mantendo a sua eficácia, não se pode ignorar o fato de que nem todos os fenômenos sociais

podem acompanhar o mecanismo formal de reforma da Constituição, resultando nas mutações constitucionais.

O fenômeno da Mutação Constitucional não é algo imposto pelo Estado como sua regulação jurídica, mas são necessárias e em parte favorecidas pela Constituição mesma. Isso se dá pelo fato de as normas Constitucionais serem incompletas frente às exigências vitais do estado e pela elasticidade de sua normatização. Assim, a Constituição é uma espécie de recipiente jurídico em que cada época introduz seu conteúdo na medida em que sua extensão e forma o permitem. Sendo algo permitido intencionalmente pela Constituição, a mutação não é uma ruptura com a Constituição, mas direito. É direito, apesar de não estar expresso no texto da lei, apesar de não poder ser compreendido mediante os conceitos e construções jurídicas formais.

Quando as normas positivas de uma Constituição escrita já não guardam congruência com a situação constitucional real, surgindo uma diferença entre o direito constitucional escrito e o efetivamente válido, estamos falando de uma mutação constitucional em sentido formal ou mutação de seu texto. Em contraponto, falamos em mutação constitucional material quando na realidade da visão do Estado se desenvolvem relações jurídicas contrapostas ao sistema.

Jellinek estabelece um conceito de mutação em contraposição ao de reforma da Constituição e desenvolve uma tipologia das mutações constitucionais começando por atos levados a cabo pelas instancias político-institucionais. Destacam-se como fontes de mutações a prática parlamentar, a administrativa e a jurisdicional, destaca ainda mutações decorrentes do desuso de faculdades constitucionais previstas. Dessa forma, a reforma da Constituição é a modificação dos textos constitucionais produzida por ações voluntárias e intencionais. Enquanto que a mutação constitucional é a modificação que deixa ileso seu texto, sem que haja mudança formal, produzindo-se através de fatos que nem sempre são acompanhados de intenção ou consciência da modificação. O que em determinado tempo é inconstitucional, posteriormente mediante a mudança de sua interpretação torna-se constitucional. (JELLINEK, 1991). A mudança de interpretação produz uma mutação que pode ser realizada por várias instâncias governamentais

lo que parece en un tiempo inconstitucional emerge más tarde conforme a la Constitución y así la Constitución sufre, mediante el cambio de su interpretación, una mutación. No solo el legislador puede provocar semejantes mutaciones, también pueden producirse de modo efectivo mediante la practica parlamentaria, la administrativa o gubernamental y la de los tribunales. (JELLINEK, 1991, pg.16)

O conceito de mutação constitucional trazido por Hsu Dau-Lin é de uma contradição existente entre a constituição escrita e a situação jurídica real. Uma incongruência entre as normas constitucionais de um lado e a realidade constitucional de outro. A realidade para qual se emanavam as normas constitucionais não coincide com a realidade constitucional, causando uma tensão entre a Constituição escrita e a situação constitucional real, fato que não acontece com as constituições não escritas. Nesse sentido, o fundamento das mutações se encontra na necessidade política, nas exigências e expressões da vitalidade que se realiza no desenvolvimento do Estado. (DAU-LIN, 1998, p. 9)

Tanto Jellinek quanto Hsu Dau-Lin destacam a relação que existe entre as lacunas do direito às mutações constitucionais. Para o autor uma lacuna na lei não significa uma lacuna no direito, pois o direito não tem lacunas, só as leis as têm. Partindo desta reflexão de Hsu Dau-Lin é possível verificarmos que as lacunas no ordenamento são extremamente positivas, uma vez que permitem a interpretação e integralização da constituição e do ordenamento como um todo através de uma rede de intérpretes constitucionais.

Segundo a tipologia desenvolvida por Hsu Dau Lin, podemos diferenciar quatro tipos de Mutação Constitucional: Mutação da Constituição mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição; Mutação da Constituição mediante a impossibilidade de exercer certos direitos estatuídos constitucionalmente; Mutação da Constituição mediante uma prática estatal contraditória com a Constituição; Mutação da Constituição mediante sua interpretação. Observando detidamente a clássica diferenciação estabelecida por Hsu Dau-Lin, é importante frisar que as modalidades mais presentes no nosso ordenamento são a mutação mediante a interpretação e a mutação pela impossibilidade de exercer direitos estatuídos pela própria constituição, a primeira, por sua vez, é que constitui alvo desse trabalho. Em relação a esta última modalidade, observa-se que uma proposição constitucional pode experimentar uma mutação pela impossibilidade de exercer os direitos que a constituição estatui. Por sua inaplicação, a proposição jurídica perde sua validade porque não se aplica, de modo que se converte em uma proposição jurídica obsoleta.

Nesse momento vale fazer um parêntese e destacar que existem dois tipos de validade. A validade em sentido técnico- jurídico e validade em sentido filosófico-jurídico. A primeira significa a positividade de uma proposição jurídica, a obrigatoriedade para as pessoas a que se aplicam as normas. Enquanto que a segunda é o efeito, a eficácia de uma proposição jurídica na vida e na realidade social. Mas a validade jurídica não apresenta problemas, o que importa é

a validade social. Assim, uma proposição jurídica pode perder seu caráter jurídico, mesmo que sua existência formal permaneça sem mudanças.

Além de todas as possibilidades, a mutação pode ainda ser derivada da modificação da própria língua, que obriga novas leituras. Ou ainda derivadas de uma interpretação evoluída e distinta do texto das normas, segundo Kelsen. Na maioria das vezes, porém, a mutação se impõe para atribuir a certa norma um sentido que esteja em conformidade com o resto das normas constitucionais, para que não entre em contradição com o próprio ordenamento ao qual pertence, Pedro de Vega afirma que *“La contraposición entre realidad jurídica y realidad política, está en la base de la problemática de las mutaciones constitucionales.”* (VEGA, 1985, p.208)

Se o ordenamento for submetido a reformas contínuas a mutação deixa de ter sentido, uma vez que ela permite uma maior estabilidade do texto da constituição. Dessa forma, ela se torna uma forma de equilibrar o ordenamento, já que permite uma mudança de significado na norma sem que seja necessária uma mudança formal. Na reforma propriamente dita ocorre o processo inverso, pois se opera a modificação do texto e só a partir daí se opera a mudança de percepção da norma, do seu sentido. Já na mutação ocorre um longo processo de mudança de percepção e de significado da norma para que só então se consolide, conservando o texto em si e provocando a sua estabilidade. Mais uma vez o ilustre professor Pedro de Vega assevera que, *“A traves de la interpretación de la norma se puede, por lo tanto, ir operando su adaptación a las necesidades y urgências de la realidad y de la historia, sin necesidad de operar su reforma.”*(VEGA, 1985, p. 93).

Para Hesse a constituição tem uma força normativa que estimula e ordena as relações entre os cidadãos e o Estado. Diante disso, ele entende que, a constituição deve corresponder à realidade atual da sociedade para que seja posta em prática e deve proporcionar uma certa abertura a uma eventual mudança da sociedade, pois é muito perigoso para a força normativa da constituição a freqüente reforma/revisão constitucional, visto que isso demonstra a fragilidade de sua estrutura. Nesse mesmo sentido, Hsu Dau-Lin afirma que

la Constitución existe para la nación y no la nación para la constitución. Una Constitución sin cambios no solo se convierte en protetora de derechos adquiridos, sino también de injusticias obrevenidas. Por lo tanto, - dado que el cambio es necesario – debe procederse mediante la interpretación constitucional, puesto que la reforma formal de la constitución ni es buena ni necesaria. (HSU DAU-LIN, 1998,p.100)

Diante disso observamos que, para os defensores da mutação, uma constituição necessita de certas mudanças, sendo que essas adaptações devem se operar por meio da interpretação constitucional, visto que mudanças formais e periódicas prejudicam a normatividade da Constituição.

Por último, vale destacar a contribuição de Konrad Hesse para a teoria da mutação constitucional. O eminente autor trouxe para a doutrina da mutação constitucional a problematização quanto aos limites da mutação, afirmando que falta a resposta se existem ou não limites à uma mudança desse tipo ou onde, eventualmente resta situá-las, pois quando faltam tais parâmetros não é possível distinguir entre atos constitucionais ou inconstitucionais porque a afirmação sempre possível de uma mutação constitucional não pode ser refutada ou comprovada. Dessa forma

no hay limites a la mutación constitucional y es imposible trazarlos. Las mutaciones constitucionales son, en esencia, el resultado de la actuación de fuerzas elementales difícilmente explicables y en todo caso irresistibles cuyo sometimiento al Derecho sería un esfuerzo inútil.(...) La mutación constitucional encuentra su limite en la normatividad de la Constitución. (Hesse, 1992, p. 88 e 97)

Hesse esclarece ainda que, uma mutação constitucional modifica o conteúdo das normas constitucionais de modo que a norma, conservando o mesmo texto, recebe uma significação diferente. Os processos que dão lugar a uma mutação constitucional não têm relação alguma com o caráter mais ou menos remoto da entrada em vigor da constituição, podendo produzir-se ao cabo de muitos anos ou ao cabo de pouco tempo. Tampouco depende a mutação de se produzir de forma implícita ou explícita. O conceito deve manter-se limitado a modificações do conteúdo de normas constitucionais que não tenham sofrido modificações em seu texto.

3 A TEORIA DE PETER HABERLE

Exposto o conceito de mutação constitucional, observamos tratar-se de um fenômeno tipicamente neoconstitucional, que relativiza os conceitos mais tradicionais e rígidos da teoria constitucional, pressupondo uma constituição rígida, porém aberta aos novos anseios da sociedade. Nesse contexto, cabe acudir aos ensinamentos de Peter Haberle, o constitucionalista contemporâneo que nos traz os conceitos de sociedade e constituição aberta. Sob esse prisma nos será permitido enxergar que, estando inseridos em um Estado Constitucional Democrático e Pluralista não podemos ficar à margem do processo de

transformação por que passa o mundo globalizado, e por isso a sociedade em seus mais diversos âmbitos, interage e adapta a nossa constituição a esta nova realidade.

A concepção de Constituição, segundo Peter Haberle, tem um sentido amplo, relacionando-se estreitamente com o sentido que lhe é dado culturalmente. Esta concepção de Constituição é uma construção do Estado Constitucional Democrático, que por sua vez, é pautado no pluralismo. Assim, percebemos que o Estado Constitucional Democrático e Pluralista somente se concretiza a partir do conceito de Constituição em sentido amplo e de Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição. Nesse sentido, Haberle assevera que

la Constitución no es solo un ordenamiento jurídico para los juristas, los que tienen que interpretarla conforme a las antiguas y la profesión, sino que actúa esencialmente también como guía para los juristas: para el ciudadano la Constitución no es sólo un texto jurídico o un 'mecanismo normativo', sino también expresión cultural del pueblo ante sí mismo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas. (Haberle, 2001, p.5)

A concepção de Constituição defendida por Haberle tem um sentido amplo, aberto, posta no campo de tensão entre o real, o possível e o necessário, que por sua vez está inserida dentro de uma sociedade aberta, pautada em uma democracia pluralista e fundamentando o Estado Constitucional. Por estruturar-se no pluralismo, a política e o direito fazem a sociedade interagir através da cidadania ativa e participativa. Essa sociedade, a qual chamamos de pós-convencional, será mais plural quanto mais complexa for a sociedade, pois haverá diferentes valores e visões de mundo.

Os cidadãos que integram esse tipo de sociedade são autores e destinatários da norma, e são integrados através do processo democrático. O processo político democrático, por sua vez, institucionaliza a vontade coletiva ao mesmo tempo em que congrega as diferenças existentes na sociedade plural, de forma tolerante. (HABERLE, 2002, p.103)

Por tratar-se de uma sociedade aberta e pautada na idéia de possibilismo, sempre haverá novas possibilidades de interpretação. Essa interpretação não é exclusiva dos órgãos oficiais, dos tribunais, mas de toda a sociedade, e não de uma forma apenas, mas de todas as formas que se enxergar, pois a norma permite a pluralidade de pontos de vista, inclusive opostos, numa compreensão dinâmica. Nas palavras de Marcelo Casseb Continentino

a Constituição integra um projeto em constante construção pela comunidade de cidadãos livres e iguais que intenciona, a um só tempo, ser autora e destinatária de suas próprias normas. (...) A Constituição,

antes, institui procedimentos políticos com base nos quais os cidadãos vêem-se aptos a exercer seus direitos de autodeterminação como membros livres e iguais, permitindo-se-lhes levar adiante o projeto de estabelecer formas justas de vida. (Continentino, 2008, p.194 e 129)

Em uma sociedade aberta, a Constituição é interpretada pelo próprio povo, através dos órgãos estatais, poderes públicos, cidadãos e grupos, pois não há um *numerus clausus* de intérpretes. Não há limitação de quem ou como se deve interpretar a constituição plural, podendo ser interpretada por sujeitos diferentes, pertencentes aos mais diversos grupos, na medida em que vivenciam a norma, participando, mais ou menos ativamente enquanto destinatário da norma, de uma forma sempre plural. Os intérpretes precisam vivenciar a norma, porque as possibilidades contidas nas normas jurídicas apenas podem ser conhecidas mediante confrontação com a realidade. (HABERLE, 2002, p. 72)

Esses intérpretes podem ser, por exemplo, um peticionário, um recorrente em um recurso constitucional, um demandante que obriga um tribunal a adotar uma posição, os meios de comunicação, a imprensa, o rádio e a televisão, os partidos políticos, igrejas, instituições culturais, entre outros grupos da sociedade.

Os critérios de interpretação são abertos em conformidade com o grau de pluralismo da sociedade, mas sempre concretizando-se através de um processo aberto e não uma submissão passiva ou aceitação de uma ordem. Nesse sentido, Haberle esclarece que

finalmente el ciudadano tiene que tomar parte activa en la positivación de las libertades existentes en el Estado y en la sociedad, contribuyendo a asegurarlas y afianzarlas, siendo todo ello precisamente uno de los objetivos primordiales que tiene encomendados en su papel de interprete constitucional.
(HABERLE, 2002, p.103)

Conforme já destacado, a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da constituição passa necessariamente pelos conceitos de pluralismo e possibilismo. O possibilismo é uma forma de pensar onde sempre há várias possibilidades e que está intimamente ligado a uma sociedade plural, pois em um ambiente cheio de diversidade é necessária abertura a novas alternativas.

el pensamiento posibilista- léase, si se quiere, pluralista alternativo – amplia el horizonte visual para dar cabida en su seno o otras nuevas realidades, ya que considera que estas corregirán la trayectoria de las del ayer, especialmente por lo que respecta a las que se engloban bajola dimensión de lo temporal a nivel que ello signifique que necesariamente tengan que resultar mejores por el mero hecho de su novedad. (HABERLE, 2002, p.63)

O pensamento possibilista funciona como meio e não como fim em si mesmo. Enquanto os pensamentos realista e necessário são como âncoras, o possibilista atua como meio para explorar o caráter inovador do ordenamento. No âmbito das liberdades públicas, a alternatividade possibilista se mantém firme sem sair da realidade. O pensamento possibilista pressupõe um modelo de constituição aberto de Estado e de sociedade, criando dialeticamente condições de abertura. Outro aspecto que merece ser destacado quando falamos em sociedade aberta relaciona-se com a democracia, senão vejamos

sin embargo, la democracia no se desenvuelve solamente a través de la relación de delegación y responsabilidad formalizada, canalizada, en sentido estricto, entre el pueblo y los órganos del Estado (legitimación a través de las elecciones)(...) El pueblo no es solamente una magnitud uniforme que (solamente) emana el día de las elecciones, las cuales transmiten legitimación democrática como tales. En tanto magnitud pluralista, el pueblo no se encuentra menos presente ni es menos legislador en las interpretaciones del proceso constitucional. (...) En la democracia liberal el ciudadano es intérprete de la Constitución! Por ello se vuelven más importantes las medidas de garantía de la libertad real: política de bienestar, libertad de opinión, constitucionalización de la sociedad, por ejemplo, mediante una estructuración de división de poderes en el ámbito publico y particularmente en el económico. (HABERLE, 2002, p. 159)

Diante de todo o exposto, podemos observar que o Brasil se encaixa na definição de sociedade plural, proposta por Haberle, e vem se consolidando enquanto um Estado Constitucional Democrático. Sendo uma sociedade verdadeiramente plural, resta apenas à Constituição consolidar-se como uma Carta que possibilite ser vivenciada e interpretada, de forma plural, pela sociedade aberta de intérpretes. Na medida em que haja abertura suficiente para esse processo, a interpretação levada a cabo pelos diversos intérpretes consolida as chamadas mutações constitucionais, como veremos a diante.

4 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL MEDIANTE INTERPRETAÇÃO

Conforme preconiza a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da constituição, a interpretação constitucional não se reserva exclusivamente aos Tribunais. Visto que, cada um que levanta uma questão constitucional está interpretando a Constituição. E toda autoridade Estatal que decide se uma questão em conflito é constitucional ou somente política, está interpretando a Constituição e também contribuindo para o processo de mutação constitucional. Diante desse quadro, fica claro que as mutações são o resultado natural do processo de interpretação, intensificados no caso de uma sociedade aberta de intérpretes. Ademais, consideramos esse processo benéfico, pois demonstra o grau de pluralismo e dinamicidade da sociedade ao mesmo tempo em que preserva a Constituição, permitindo apenas as mudanças extremamente necessárias, que emanem da vontade popular, sem fragilizar a normatividade constitucional.

(...) em geral, o debate em torno da interpretação constitucional não será travado sobre a possibilidade de supressão de direitos historicamente conquistados, e sim em torno da melhor interpretação dos princípios constitucionais, que estão em constante modificação. (Continentino, 2008, p. 103)

O primeiro passo dado para concretizar a norma é buscar o seu real significado, porém, isso não significa apenas buscar o seu sentido linguístico, mas sim adequar a norma ao contexto histórico e sócio-cultural. Neste sentido, afirma Hsu-Dau Lin:

pero puesto que siempre existe la necesidad de un cambio- el crecimiento y decadencia son condiciones necesarias de la vida de las instituciones, así como del organismo individual, entonces una interpretación que les fue dado originariamente, aunque correspondiendo, a las necesidades y opiniones dominantes, es el camino más natural para mantener la relación directa y viva entre la constitución y la comunidad estatal. (HSU DAU LIN, 1998,p.90)

Conforme salientamos, a mutação constitucional pode ocorrer de várias formas, inclusive através da interpretação dada pelos tribunais às normas constitucionais. Esta é talvez a forma mais comum de dar à norma um novo significado. Isso ocorre porque, a despeito da interpretação diária a que a constituição é submetida, em conformidade com a teoria de Haberle, é nos tribunais que ocorrem as transformações mais significativas, tangíveis, que podem ser mais facilmente observadas. Assim, a abertura da Constituição democrática termina com a atividade de interpretação, pois toda ação dos intérpretes, corresponde a uma permanente mutação constitucional criadora de direitos. (CONTINENTINO,2008, p.101)

Ocorre que, aos tribunais, especialmente ao tribunal constitucional ou à instância guardiã da constituição, é submetida a apreciação de celeumas em que é preciso entender a norma não de forma literal, mas de forma compatível com os anseios sociais, em consonância com o entendimento que lhe é dado pelos mais diversos intérpretes da Constituição. Ou seja, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal tem o condão de delegar à norma o sentido que a sociedade já lhe conferiu, legitimando essa nova interpretação. Além desse poder legitimador, o Supremo Tribunal Federal ainda pode atuar como órgão contramajoritário, como demonstraremos mais à frente.

Quando falamos em mutação mediante interpretação, é importante esclarecer o sentido em que utilizamos o conceito, pois acreditamos que inseridos dentro de uma sociedade aberta, a mutação é mais frequente e emana diretamente do povo, para só então ser levada aos tribunais, vejamos a explicação de Haberle sobre o exposto de

*dicho concepto dice: quien “vive” la norma, también la interpreta. Toda actualización de la Constitución (por cualquiera) es, cuando menos, un pedazo de interpretación constitucional anticipada. Tradicionalmente se entiende por “interpretación” una actividad que está encaminada, consciente e intencionalmente, a la comprensión y explicación de una norma (un texto). La utilización de un concepto de interpretación así definido también tiene sentido, ya que la cuestión del método, por ejemplo, solamente puede plantearse ahí donde se interpreta de manera consciente. Sin embargo, un examen realista del surgimiento de la interpretación más amplia, para el cual los ciudadanos y los grupos, los órganos del Estado y la opinión pública son fuerzas productivas de la interpretación, es decir, intérpretes de la constitución en sentido amplio. **Estos intérpretes actúan al menos como intérpretes previos; la responsabilidad permanece en la jurisdicción constitucional como intérprete de última instancia** (a reserva de la fuerza normativa de los votos de minoría). Si se quiere, se trata de la democratización de la interpretación constitucional, en la medida en que la teoría de la interpretación tenga que obtener respaldo en la teoría democrática y viceversa. No hay interpretación de la constitución sin los ciudadanos activos y los poderes públicos citados.” (HABERLE, 2001, p. 150)*

Diante disso, observamos que a mutação constitucional que se dá através da interpretação, se opera de forma discreta e sem formalização. Essa interpretação se produz através de uma combinação entre a prática dos tribunais, a opinião pública, a doutrina, dando à norma uma nova significação. Nesse contexto, porém, aos tribunais, ou aos órgãos institucionalizados da justiça cabe o papel de intérprete último da Constituição, mas sem extirpar da sociedade a sua autonomia de participar desse processo.

Marcelo Casseb Continentino destaca em sua obra o papel do Tribunal Constitucional enquanto órgão responsável pelo equilíbrio entre a normatividade constitucional e a interpretação desencadeada pelos intérpretes da constituição em uma sociedade aberta ao afirmar que

é preciso ter bem claro que a jurisdição constitucional procedimental não coloca o tribunal constitucional na função de estar, permanentemente, definindo e dizendo o significado das normas constitucionais. O tribunal deve adotar o papel de “tutor” da cidadania emancipada de intérprete da Constituição, à luz do olhar crítico do espaço público-jurídico politizado. Deve, enfim, preservar a participação pública no processo de especialização das normas constitucionais, de forma que as questões surgidas e discutidas no espaço público, atingindo os foros formais de discussão e produção legislativa, não venham a ser vulneradas em sua autoridade e legitimidade.(...)A prática constitucional deve está pautada na supremacia constitucional, de uma forma que Suprema corte não seja o intérprete último e definitivo da constituição, e sim mais um dos integrantes da comunidade de intérpretes, mostrando-se mais adequado a função da formação da vontade política. (Continentino, 2008, p.136 e 186)

Neste fragmento diferencia-se a essência e o verdadeiro significado de um tribunal constitucional dentro de uma sociedade aberta, demonstrando a sua função de legitimar a autonomia social por meio de suas decisões, fomentando o debate e fortalecendo a legitimidade social das normas constitucionais.

5 A FORÇA NORMATIVA

A partir do conceito de mutação constitucional e de sociedade aberta, somos naturalmente direcionados à discussão da força normativa e da efetividade constitucional. A teoria de Konrad Hesse, analisada a seguir, apresenta um importante elemento para a realização constitucional, que possui conexão com as temáticas aventadas anteriormente: a Vontade de Constituição, a qual possibilita e responsabiliza todos os membros de uma sociedade pela efetivação da Constituição mediante a conformação direta de seus comportamentos ao contido na Lei Fundamental.

Haberle, por sua vez, ao apresentar sua teoria da “Sociedade Pluralista de Intérpretes da Constituição” contribui nessa discussão quando amplia o círculo de interpretação constitucional para toda a sociedade, responsabilizando a todos pela vivência da Constituição e reconhecendo nesta vivência uma legítima interpretação constitucional.

Convém destacar que, Haberle foi discípulo de Hesse e embora situados em perspectivas diferentes, ambos os autores, possuem uma importante característica em comum:

ampliam a discussão sobre a interpretação constitucional para além dos limites estatais, responsabilizando toda a sociedade pela vivência constitucional. No sentido de entrelaçar os conceitos examinados, vejamos o que significa a Força Normativa da Constituição, segundo Konrad Hesse,

La fuerza que yace en la naturaleza de las cosas, que le lleva a actuar y orientar su actividad y ser además ella misma fuerza actuante, en eso consiste la naturaleza y la eficacia de la fuerza normativa de la constitución. De ahí resultan, como se ha visto, sus límites; pero también se derivan de ahí los presupuestos bajo los cuales la constitución puede alcanzar la medida óptima de la fuerza normativa. Estos presupuestos conciernen tanto a la conformación material como la praxis de la Constitución. (HESSE, 1992, p.67)

Hesse se contrapõe a ideia de Lassale, segundo a qual existe uma constituição jurídica e uma constituição real, e segue destacando a chamada força normativa da constituição. No seu entender, a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A essência da constituição reside justamente na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada deve ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas de sua realização, devendo ser contempladas as condições naturais, técnicas, econômicas, políticas e sociais.

Para que a constituição possa ser vista como uma força ativa, é preciso que nela esteja presente uma tendência de orientar o comportamento humano de acordo com a ordem nela estabelecida. Deve existir também uma consciência geral de “Vontade de Constituição”. Para Hesse, a constituição tem uma força normativa que estimula e ordena as relações entre os cidadãos e o Estado. E para tornar-se evidente a força normativa da constituição devem-se observar, três condições: uma adaptação mútua entre realidade político-social e constituição jurídica; devem-se observar os limites e as possibilidades de atuação da constituição jurídica; e deverá ser investigado o propósito e a eficácia da constituição.

Nesse sentido, a teoria de Hesse demonstra que quanto melhor conseguir uma constituição, em seu conteúdo, corresponder à realidade atual, maior será o desenvolvimento da força normativa. Ademais, a constituição deverá proporcionar abertura a adaptações e eventuais mudanças da sociedade, porém sem que seja preciso recorrer frequentemente à reforma/revisão, sob pena de enfraquecer o mecanismo normativo da constituição.

Assim, a constituição deve estar condicionada a uma realidade histórica, levando-se em consideração as situações concretas vivenciadas pela sociedade que procura regular. Mas não é somente a expressão de uma realidade em dado momento, visto que, ela coordena e

ajusta a realidade social e política a sua vontade. Dessa relação entre o ser e o dever ser emergem as possibilidades e os limites da força normativa da constituição.

A eficácia da constituição, assim como os seus propósitos, não está relacionada apenas ao seu conteúdo, mas também à prática constitucional. A obediência aos princípios constitucionais precisa ser priorizada, devendo ser observada mesmo que traga algum prejuízo individual ao cidadão, pois ela é uma norma de interesse público e, portanto, superior aos interesses e pretensões individuais.

A Constituição Federal de 1988 atende às premissas teóricas apresentadas por Hesse, uma vez que reflete os valores, a cultura e as necessidades sociais do povo. Porém, a força normativa da Constituição não se resume na adaptação a uma dada realidade. Para que a Carta tenha força ativa, é preciso que exista na sociedade, disposição em orientar-se de acordo com a ordem estabelecida, ou seja, é necessário ter *Vontade de Constituição*. Assim entende Hesse,

a Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa, se fizerem-se presentes na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional - não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Versaffung*). (Hesse, 1991, p.19)

O autor desenvolve seu argumento de efetividade constitucional baseando-se na Vontade de Constituição, originada em três fundamentos: compreensão da necessidade e do valor de uma ordem jurídica inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme; compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos, logo, precisa estar em constante processo de legitimação; e, consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência por meio de atos de vontade. (HESSE, 1991, p.19).

Na teoria de Hesse, o desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do conteúdo da norma, mas de sua *práxis*. Nesse sentido, a teoria de Peter Haberle é extremamente relevante. Conforme já salientado, embora partam de fundamentos teóricos distintos, as teorias de Hesse e Haberle se relacionam, vez que Hesse afirma que a intensidade

da força normativa da Constituição, reside, primeiramente na Vontade de Constituição, que é a adaptação dos comportamentos, mediante atos de vontade, ao consagrado constitucionalmente. Haberle, com sua tese sobre a “Sociedade aberta aos intérpretes da Constituição”, assevera que, tendo em vista o papel da Constituição para a sociedade e para o Estado, todo aquele que vive a Constituição é seu legítimo intérprete, atribuindo legitimidade ainda maior à “Vontade de Constituição” de Hesse.

A hermenêutica constitucional proposta por Haberle é adequada à sociedade pluralista ou à chamada sociedade aberta. Uma concepção que exige a revisão da jurisdição tradicional, desvinculando-se do modelo de sociedade fechada, onde a interpretação constitucional é de responsabilidade apenas dos juízes, dentro de procedimentos e contextos formalizados. Ao invés disso, cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituiriam forças capazes de interpretar, atuando, ao menos, como pré-intérpretes do texto constitucional.

Os dois autores, Hesse e Haberle, trabalham com um argumento comum de efetividade constitucional, fundado na possibilidade da sociedade, composta pelos partícipes da vida constitucional, de efetivar a Constituição mediante sua interpretação. Efetivação que se opera sem dirigir a responsabilidade da efetividade constitucional apenas aos Poderes Públicos, mas abarcando a sociedade como um elemento primordial para a salvaguarda do conteúdo constitucional.

Sendo assim, temos que, a efetividade e a intensidade da força normativa da constituição depende não só de seu conteúdo, mas principalmente de como a norma é vivenciada. Além disso, conforme já expusemos no início deste trabalho, a manutenção da força normativa da Constituição, pressupõe que ela acompanhe as transformações da sociedade, sob pena de tornar-se obsoleta. A despeito disso, embora seja necessária uma constante atualização, não é recomendável o freqüente recurso à revisão/reforma da constituição, sob pena de enfraquecer a normatividade e trazer insegurança, uma vez que o texto da constituição estaria em permanente mudança.

Diante disso, o mecanismo mais adequado nesse contexto, é a mutação constitucional, visto que, permite que a carta esteja sempre atualizada, sem necessidade de alterações formais em seu texto, preservando, portanto a sua força normativa. Nesse ponto, observa-se que numa sociedade pluralista, é necessário que haja Vontade de Constituição por parte dos intérpretes para que legitimem e estimulem o processo de mutação das normas constitucionais. Por todo o exposto, verifica-se que, a intensidade da força normativa depende

da Vontade de Constituição exercida pela sociedade aberta de intérpretes constitucionais, que por sua vez, desencadeará o processo de mutação constitucional por interpretação social.

6 UNIÃO HOMOAFETIVA COMO EXEMPLO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Pelo exposto até o presente cabe acudir a um exemplo recente de como a Constituição foi vivenciada e de como a “Vontade de Constituição” fortalece a Carta e efetiva os direitos fundamentais.

Os ministros do Supremo Tribunal Federal, ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade –ADI 4277/DF e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF- 132/RJ, deram um passo à frente e reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. As ações foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral.

O ministro relator das ações, Ayres Britto, votou no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que preenchidos os mesmos requisitos das uniões entre casais heterossexuais. Argumentando o supracitado Ministro de que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua orientação sexual. Para melhor esclarecimento o Art. 1.723 do Código Civil contém a seguinte redação “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. ”

Ocorre que o art. 1.723 do Código Civil tem sua base no Art. 226, §3º da CF, que por sua vez dispõe ser “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Como podemos observar do Art. 226, § 3º, a Constituição confere o status de família às uniões estáveis, sendo que, a sua redação só prevê esse tipo de união entre homem e mulher. Apesar disso, essa norma não mais transmitia o real significado da família em nossa sociedade. Uma vez que pessoas do mesmo sexo tem convivido de forma duradoura e com o intuito de constituir família, da mesma forma que os casais heterossexuais.

Em razão dessa redação aparentemente restritiva, o direito brasileiro não assegurava aos casais homoafetivos os direitos civis inerentes a qualquer entidade familiar, fossem eles

patrimoniais ou extra-patrimoniais. Isso porque ainda se entendia a constituição de forma engessada, considerando casamento ou união estável apenas a união entre homem e mulher, excluindo assim os casais constituídos por pessoas do mesmo sexo. Sendo que, esse texto negava e contradizia quase que todos os princípios explícitos e implícitos da Constituição, negando direitos básicos e expondo os casais homoafetivos a uma situação vexatória, legitimando o preconceito e a discriminação.

Eis que, por meio da ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF pleiteavam o reconhecimento da união estável como verdadeira entidade familiar e diante de uma situação de inércia legislativa, o Supremo Tribunal Federal exerceu de forma brilhante o seu papel de órgão contra-majoritário, de forma a proteger uma minoria, conferindo-lhe uma série de direitos fundamentais, tais como a liberdade e o direito de “buscar a felicidade”. Frise-se que todos os Ministros proferiram votos favoráveis a essa pretensão, amparados principalmente no pluralismo social e nos princípios da liberdade e da igualdade, terminando por estabelecer uma interpretação não-reducionista acerca do conceito de família. Diante disso, observamos que na mencionada decisão houve a consolidação de uma clara mutação constitucional por interpretação do Art. 226, §3º da CF.

Assim, considerando que estamos inseridos em uma Sociedade Plural, conforme os ensinamentos de Haberle, incontestável é o fato de que existem diversos tipos de personalidade e inevitavelmente, vários tipos de família, além disso, havendo diversas leituras da constituição, não podemos limitar a família a apenas uma espécie. Deprendemos que, a partir do real significado do termo “família” é que podemos interpretar o dispositivo relativo à união estável e de forma nenhuma podemos ler no caput do Art. 226 da Constituição um conceito fechado, que excluísse outras modalidades de entidade familiar, uma vez que a nossa Carta Magna em sua totalidade, é extremamente inclusiva.

Assim, o Art. 226 da CF era o obstáculo invocado contra a possibilidade de reconhecimento da união estável homoafetiva, e os defensores desse tipo de interpretação, que se apega apenas à literalidade do texto, defendiam que qualquer mudança nesse contexto só poderia ser realizada através de emenda constitucional. A despeito disso, como já foi explicitado no decorrer deste trabalho, mudanças formais não são benéficas para o ordenamento constitucional, uma vez que enfraquecem a normatividade da Carta, na medida em que expõe as suas fragilidades.

Considerando a inviabilidade de se emendar a carta cada vez que um de seus dispositivos não mais corresponder à realidade social, se impõe o fenômeno da mutação

constitucional por interpretação, que confere ao dispositivo em questão um sentido mais amplo e em consonância com os princípios constitucionais.

Os indivíduos que mantêm relações homoafetivas são na verdade minoria, no sentido de que são excluídos, marginalizados e diminuídos. Além disso, o Poder Legislativo influenciado por valores arraigados na sociedade, tem se mostrado inerte na defesa de suas garantias. Sendo assim, e considerando que o princípio democrático não permite a opressão da maioria, mas objetiva a igualdade plena dos cidadãos, o Supremo Tribunal Federal atua como poder verdadeiramente contra-majoritário, protegendo a minoria de uma imposição indigna da maioria, promovendo o equilíbrio entre os poderes e a efetivação dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal foi provocado a zelar pela supremacia constitucional, através de uma minoria, que segundo Haberle, vivenciou a Constituição. Isso é o que chamamos de Sociedade Aberta de Intérpretes, que graças a “Vontade de Constituição” buscou a garantia de resguardar-se de uma opressão da maioria.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mutação constitucional é um fenômeno que opera uma discreta modificação no sentido das normas constitucionais, por meio de um processo informal, que pode se concretizar de várias formas, inclusive por meio do processo de interpretação, seja ela judicial ou social. Dizemos que o processo de mutação é informal porque ele se constitui ao longo do tempo e se consolida através da reiteração desse entendimento. Além disso, esse processo deixa ileso o texto constitucional, alterando apenas a forma como se compreende aquela norma, em conformidade com a realidade atual de uma dada sociedade.

Diante da constante mudança de paradigmas que a sociedade enfrenta, é necessário adaptar a Constituição. Apesar disso, não é recomendável que se recorra constantemente ao mecanismo de reforma/revisão constitucional, sob pena de descaracterizar a vontade constituinte e desestabilizar a Força Normativa da Constituição.

Por esta razão, a mutação constitucional é extremamente benéfica ao sistema, uma vez que fortalece o mecanismo normativo, mantendo inalterado o texto constitucional ao tempo em que adapta a Carta aos novos anseios sociais.

Além de explorar o conceito de mutação constitucional, o principal objetivo desta pesquisa nos levou a percorrer a doutrina e a examinar a postura de constitucionalistas como Konrad Hesse e Peter Haberle. Por meio da teoria de Haberle, nos foi possível constatar que estamos inseridos em uma sociedade plural, na qual toda a sociedade desempenha o papel de

intérprete constitucional por meio de mecanismos políticos e sociais, interagindo e favorecendo os processos de mutação constitucional levados a cabo pelos tribunais superiores mediante a interpretação judicial e social.

Ademais, analisamos o mecanismo da força normativa da constituição e percebemos que, para desenvolver a efetividade constitucional, ou seja, para que ela desempenhe seu verdadeiro papel, é preciso que a sociedade tenha o compromisso de vivenciar a norma, tenha “Vontade de Constituição”.

Por fim, observamos que a sociedade de intérpretes constitucionais age por meio de “atos de vontade” que vão desencadear e legitimar os processos de mutação constitucional, que por sua vez possibilitarão o fortalecimento da Força Normativa da Constituição.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 nov. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 de outubro 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 02 nov. 2011.

_____. STF (Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>

_____. STF (Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Requerente: Procuradora Geral da República. Relator Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica prática judicial brasileira. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

DAU-LIN, Hsu. **Mutación de la Constitución**, trad. de Pablo Lucas Verdú y Christian Förster, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1998.

GUSMÃO, Hugo César A. de . Uma reflexão sobre o exercício do Poder de Reforma da Constituição de 1988 à luz da análise do fenômeno de mutação constitucional. **Revista Jurídica** (FIP), v. IV, p. 104-124, 2009.

HÄBERLE, Peter. Derecho Constitucional Común Europeo. In: **Revista de Estudios**

Políticos (Nueva Época). N.º 79, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Enero – Marzo, 1993.

_____. **El Estado Constitucional**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

_____. El Estado Constitucional europeo. In: **Cuestiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional**. N.º 2, Mexico, DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Enero-Junio, 2000.

_____. Europa como comunidad constitucional en desarrollo. In: **Revista de Derecho Constitucional Europeo**. N.º 1, Granada: Universidad de Granada, Enero-Junio, 2004.

_____. **Pluralismo y Constitución**. Madrid: Tecnos, 2002.

_____. **¿Tienen España y Europa una Constitución?** Sevilla: Fundación El Monte, 2004.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

_____. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre. Ed. Sérgio Fabris, 1991.

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutacion de la constitucion**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991

VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**. Madrid: Editorial Tecnos, 1985.