###### FRANCISCA VÍVIA TEIXEIRA COSTA

A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO MECANISMO DE ADEQUAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL AOS ANSEIOS SOCIAIS HODIERNOS

SUMÁRIO

[INTRODUÇÃO 3](#_Toc360563845)

[**1.** **O FENÔMENO MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL** 7](#_Toc360563846)

[1.1. DEFINIÇÃO E APLICAÇÃO 7](#_Toc360563847)

[1.2. Os Tipos De Mutação Constitucional 9](#_Toc360563848)

[1.3. Parâmetros e Limites da Mutação Constitucional 9](#_Toc360563849)

[**2.** **A CONSTITUIÇÃO SIMBOLICA E SUA EFICÁCIA** 11](#_Toc360563850)

[2.1. Os Sentidos da Constituição 11](#_Toc360563851)

[2.2. Os Métodos de Interpretação 13](#_Toc360563852)

[2.3. Neoconstitucionalismo e o Ativismo Judicial 15](#_Toc360563853)

CONCLUSÃO.............................................................................................................20

BIBLIOGRAFIA ..........................................................................................................21

# INTRODUÇÃO

A constituição da republica federativa do Brasil de 1988 é classificada como: promulgada quanto à origem, formal quanto ao conteúdo, escrita quanto à forma, dogmática quanto à elaboração, rígida quanto à estabilidade e analítica quanto à extensão.

Diante de toda essa necessidade de sistematização e positivação nota-se que tal documento fora elaborado segundo o máximo ideal de segurança jurídica, até mesmo como forma de prevenir arbitrariedades e golpes como houvera no passado, deixando a maior parte da população às margens das decisões que regiam o Brasil.

É possível afirmar que após a constituição de 1988, houve um processo de redemocratização da sociedade e sistemas brasileiros, visto que tal diploma legal foi à precursora da mudança político governamental que gerou a transição do regime autoritário ditatorial e abusivo para um regime democrático, participativo, popular.

Analisando principalmente o conteúdo elencado em seus dois primeiros títulos da Carta Magna de 1988 percebe-se que se trata de uma constituição garantista que visa primordialmente à dignidade da pessoa humana e seu bem-estar social protegido através dos princípios e direitos fundamentais.

Ressalte-se ainda seu caráter rígido, que conta com as clausulas pétreas, conteúdos imutáveis e imodificáveis por sua natureza e relevância, tão logo nota-se que se trata de uma constituição única, singular, diferente de todas as demais já instituídas, marcada principalmente pela garantia dos direitos inerentes a condição humana.

Atualmente muito se discute a cerca da possibilidade de mutação constitucional quando da incidência de relevantes anseios sociais gerados por novas situações fáticas e jurídicas que regem a sociedade contemporânea e não foram previstas pelo legislador originário sendo aplicada mediante a ponderação dos princípios da adequação e razoabilidade diante da realidade social a fim de aproximar a Carta Magna do dinamismo social, de modo a procurar evitar que esta torne- se apenas uma folha de papel com sentido vago e ultrapassado face às necessidades hodiernas, promovendo sua adequação pautada numa nova perspectiva da hermenêutica a fim de alcançar o referido objetivo.

Busca- se o sentido axiológico da norma partindo da efetivação da dignidade da pessoa humana, através da relativização e ponderação de direitos a fim de se chegar a uma verdadeira isonomia, proporcionando a eficácia da belíssima constituição de 1988, que apesar de sua característica tão garantidora e protecionista, faz-se carente do instituto em tela, justamente pela impossibilidade do legislador originário prever o dinamismo social.

A partir de então, surge à doutrina e jurisprudência apontando no sentido da possibilidade não de alterar o texto constitucional, mas sim de ampliar os horizontes da hermenêutica possibilitando a adequação do texto constitucional à realidade social contemporânea de modo a preservar valores supremos e evitar que a carta magna se torne obsoleta ou ultrapassada para sociedade para qual vige.

Uma expressão bastante utilizada nos últimos anos é “constitucionalização simbólica” que defende o ideal de constituição feita para uma sociedade fixa que não mais existe e por tanto a carta magna carece de eficácia, todavia mutação constitucional objetiva dar efetividade a norma constitucional ao passo que se apresenta como um mecanismo ainda informal, mas eficiente de suprir as lacunas constitucionais ou mesmo ponderar direitos em face dos anseios sociais mediante adequação do fato oriundo do dinamismo social, que não fora previsto pelo legislador constituinte possa ser regulando segundo a aplicação dos valores e princípios constitucionais que norteie esta sociedade.

Bem verdade é que, como já dito, o legislador não teve nem teria a possibilidade de prever o sentido da condução social relativo à suas necessidades e relações futuras, entretanto não se constitui este o aspecto aqui explanado.

Busca-se com este trabalho apenas mostrar que a mutação constitucional nos tempos atuais se apresenta com solução pertinente e viável a promover a eficácia constitucional, quando o caso não for previsto ou apresentar aparente conflito, pois o que não se pode admitir, nem deixar que ocorra a ineficácia da Carta Magna, pois esta desde sua promulgação reza pela dignidade e defende fielmente a proteção aos direitos básicos a existência de uma sociedade democrática.

Em suma, o fenômeno mutação constitucional se define como um mecanismo informal do poder reformador, baseado nos anseios sociais contemporâneos, ecorrentes da dinamicidade social. A aplicação do instituto em tela ocorre, em regra, pelo STF de modo a reinterpretar a norma sem alterar seu conteúdo gramatical, mas realizando uma interpretação constitucional sistemática

Há autores como os elencados ao longo deste trabalho que realizam uma classificação de acordo com a finalidade da mutação aplicada, sendo as principais classificações fundadas na alteração do sentido da literalidade, pela necessidade de regulação de novas situações fáticas que anseiam regulação jurídica.

Os parâmetros da mutação constitucional residem na gramática do texto, ou seja, na inalterabilidade da escrita, assim apresenta-se também como limite na aplicabilidade do fenômeno em tela. Desta forma a mutação constitucional se caracteriza como uma alteração informal porque tem o poder de alterar meramente o norte do sentido da interpretação ficando restrita ao texto positivado.

A constituição assume atualmente um papel simbólico perante sua eficácia no que tange alguns de seus dispositivos, gerando a necessidade de pronunciamento do STF de modo a orientar na interpretação que mais aproxime a carta magna à sociedade atual, em razão de suas constantes mudanças que geram novas situações invocando uma adequação normativa de modo a manter vivo e eficaz o texto constitucional evitando que este se torne inócuo.

Ao longo deste trabalho serão apresentados os sentidos da constituição apresentada segundo características sociológicas, políticas, racionais e culturalista, justamente para demonstrar que esses elementos se completam e, portanto, devem ser vistos e aplicados não de maneira isolada de modo a se excluírem,mas sim de forma integralizada de modo a se completarem em prol do bem estar social e da busca pela proximidade da justiça.

Faz- se necessário mencionar os diversos métodos de interpretação normativa, qual sejam: o gramatical e o literal, que se prende integral e restritivamente a letra da norma não admitindo expansão de sentido ou interpretação, o método teleológico e o axiológico ou sistemático que admite o dialogo das fontes, que no tocante a carta magna diz respeito ao dialogo entre normas constitucionais originarias de modo a promover uma interpretação uniforme de acordo com a finalidade preponderante da constituição, a fim de assegurar a eficácia normativa, mas se jamais se desprender do texto positivado.

Neste sentido surge o neoconstitucionalismo e o ativismo judicial, que se caracterizam pela vinculação,quer seja esta direta por meio de súmula vinculante do STF, quer seja indireta por meio de sumulas e precedentes dos tribunais superiores, essas decisões auxiliam o magistrado na definição do sentido a ser interpretado de um determinado dispositivo normativo, fato procura uniformizar o judiciário de modo a busca a melhor adequação da norma constitucional aos anseios sociais, ressalte-se que não engessa o judiciário, pois as únicas decisões judiciais que vinculam os órgão do judiciário são as com eficácia erga omnes e as sumulas vinculantes que até a presente data só foram editadas 33.

1. **O FENÔMENO MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL**
   1. DEFINIÇÃO E APLICAÇÃO

A Teoria da mutação constitucional surge como um mecanismo informal e célere de adequação entre os anseios sociais contemporâneos, oriundos da dinamicidade social, e a Carta Magna de 1988, de modo a reinterpretar o texto constitucional sem alterar seu dispositivo, alcançando apenas e tão somente a sua hermenêutica de modo a garantir-lhe a real eficácia diante das novas relações constituídas que estão a margem de sua tradicional interpretação, todavia neste primeiro momento faz-se necessário estabelecer a diferença entre reforma constitucional e mutação constitucional, com bem aduz Almeida (2003, p.1.128):

Reforma constitucional diz respeito à alteração da constituição, por meio da promulgação das chamadas emendas constitucionais. As mutações constitucionais dizem respeito, isto sim, a alterações na interpretação do texto constitucional.

Agora já se torna possível analisar os conceitos e definições da mutação constitucional, que em sua essência se caracteriza pela reinterpretação do texto constitucional, sem que se altere sua estrutura, a fim de proporcionar a adequação da norma aos anseios sociais que vivem a margem da regulação jurídica. Neste sentido observam-se as definições apresentadas por Bulos (1997, p. 197) e Canotilho (2003, p. 1228), em:

A mutação constitucional é o fenômeno pelo qual os textos constitucionais são alterados sem revisões ou emendas. trata-se do processo informal de mudança das constituições que atribui novos sentidos aos seus preceitos, significados e conteúdos dantes não contemplados.

Considerar-se-á como transição constitucional ou mutação constitucional a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto.

Ainda a cerca da conceituação que norteia a mutação constitucional é valido citar a visão de José Afonso (2000, p. 61) ao afirmar que tal instituto:

Consiste num processo não formal de mudanças das constituições rígidas, por via da tradição, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetem a estrutura orgânica do estado.

Assim observa-se que a mutação constitucional possui caráter informal, vez que não ha previsão expressa em nenhuma legislação, desta forma sua interpretação é realizada pelo judiciário, sendo oriunda do entendimentojurisprudencial dado a norma constitucional primordialmente pelo órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, a saber, STF.

Eugen Ehrlich (1986, p. 374) ensina que a constituição visa primordialmente atender e refletir os anseios sociais existentes principalmente a época de sua elaboração, entretanto não é possível prever as relações fáticas e jurídicas das gerações futuras nem prever o sentido da dinâmica social, por isso é indispensável que haja mecanismos de adequação das novas situações não previstas pela constituição, mas respaldada em sua integralidade.

Desta forma a mutação constitucional surge como mecanismo informal e célere de adequação segundo critérios de ponderação, razoabilidade e proporcionalidade a fim de garantir a eficácia constitucional perante as novas relações sociais e evitar que o texto constitucional se torne inócuo, vago, ineficaz, assim bem afirma aquele autor que:

[...] querer aprisionar o direito de uma época ou de um povo nos parágrafos de um código corresponde mais ou menos ao mesmo que querer represar um grande rio num açude.

Por fim, por sua relevância ressalta-se o conceito de mutação constitucional elabora por Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p.10/11):

Assim, em síntese, a mutação constitucional altera o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito. [...] Trata-se, pois, de mudança constitucional que não contraria a Constituição, ou seja, que, indireta ou implicitamente, é acolhida pela Lei Maior. [...] Em resumo, a mutação constitucional, para que mereça o qualificativo, deve satisfazer, portanto, os requisitos apontados. Em primeiro lugar, importa sempre em alteração do sentido, do significado ou do alcance da norma constitucional. Em segundo lugar, essa mutação não ofende a letra nem o espírito da Constituição: é, pois, constitucional. Finalmente, a alteração da Constituição se processa por modo ou meio diferentes das formas organizadas de poder constituinte instituído ou derivado.

* 1. Os Tipos De Mutação Constitucional

No tocante a este tema que tange os tipos e classificações da mutação constitucional, nota-se uma dissonância doutrinaria, assim sendo vale ressaltar os principais expoentes doutrinários neste trabalho abordados e suas definições.

UadiLammêgoBulos (1997, p. 198) admite que a mutação constitucional possa originar-se de três hipóteses, sendo elas; por interpretação, por construção ou por usos e costumes.

Porém apenas constitui objeto deste estudo as originarias das interpretações, ressalte-se que apesar do autor citado subdividir em três espécies, na verdade a construção, que se refere às decisões jurisprudenciais também estaria elencada no conjunto das mutações por interpretações como bem lembra Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 128), ao afirmar que:

Fala-se, assim, em interpretação evolutiva, ou adaptadora e adequadora quando se procura, por intermédio da interpretação judicial, adaptar o conteúdo, alcance ou significado da disposição constitucional (a) à mudança de sentido da linguagem nela inserida, (b) a novas situações, (c) à evolução dos valores positivados na Constituição, (d) à mudança da intenção dos intérpretes (válida porque dentro dos limites impostos pela Constituição aos poderes constituídos), (e) a resolver obscuridades do texto constitucional. Menciona-se, ainda, a construção jurisprudencial quando se cogita de aplicar a norma constitucional a situações não previstas expressamente no texto constitucional, mas que dele decorrem ou emanam por imperativos lógicos ou do próprio sistema constitucional. Fala-se em interpretação criativa e analógica quando a atividade jurisprudencial preenche lacunas ou corrige omissões do texto constitucional, previstas ou não pelo constituinte.

Desta forma é possível como já explanado definir apenas duas espécies, subdivisões que originam a mutação constitucional sendo elas a por interpretação e a por usos e costumes. Onde a primeira surge como meio de alcance da eficácia jurídica a fim de adaptar a norma as situações fáticas- jurídicas que decorrem do dinamismo social.

Neste sentido ensina José Afonso da Silva (2000, p. 280), que “um povo tem sempre o direito de rever, reformar e mudar sua Constituição. Uma geração não pode submeter a suas leis as gerações futuras.”

* 1. Parâmetros e Limites da Mutação Constitucional

Diante do explanado torna-se indispensável o conhecimento de alguns dos principais limites a fenômeno mutação constitucional, vez sua aplicabilidade está condicionada a observância de requisitos como: ser fundamentada nos preceitos e valores constitucionais interpretados, mediante um caráter racional, devendo ser aceito pela comunidade como meio célere, hábil, legitimo e necessário e por fim não contrariar expressamente a letra ou o espírito da constituição.

Nota-se que tal instituto limita-se a interpretação do texto constitucional a luz dos anseios sociais, não podendo, todavia alterar a letra da norma, mas sim apenas dar-lhe sentido diferente de acordo com a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade objetivando a verdadeira eficácia constitucional de modo a evitar que esta se torne obsoleta, ultrapassada. Consoante relata Kublisckas (2009, p. 155), que:

Interpretações que nitidamente não são acolhidas pelo programa normativo e que, portanto, contrariam o texto e/ou o espírito da Constituição não podem ser aceitas como legítimas mutações constitucionais. Por outro lado, não basta que o ato ou a decisão que introduz uma mutação constitucional seja motivado. Ele também deve ser racional de modo a que seja possível fazer o seu controle.

Observa Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 10), que “trata-se, pois, de mudança constitucional que não contraria a Constituição, ou seja, que, indireta ou implicitamente, é acolhida pela Lei Maior.”

Outro importante expoente doutrinário é Konrad Hesse apud SILVA (2000, p. 297), que delineia os limites das mutações constitucionais conforme o exposto a seguir:

A mutação constitucional e seus limites só se consegue entender com clareza quando a modificação do conteúdo da norma é compreendida como mudança "no interior" da norma constitucional mesma, não como conseqüência de desenvolvimento produzido fora da normatividade da Constituição, e cuja "mutação" em normatividade estatal tampouco se pode explicar satisfatoriamente quando se parte de uma relação de coordenação correlativa entre normalidade e normatividade. [...] Onde a possibilidade de uma compreensão lógica do texto da norma termina ou onde uma determinada mutação constitucional apareceria em clara contradição com o texto da norma, terminam as possibilidades da interpretação da norma e, com isso, as possibilidades de uma mutação constitucional.”

Desta forma é possível compreender que a mutação constitucional tem como principal parâmetro a letra da norma, assim apesar de o STF se o órgão de cúpula do judiciário e de ser-lhe atribuída a função de guardião da constituição, cabendo-lhe preservar a sua eficácia e desta forma caracterizando-se como legitimado para realizar a mutação constitucional, até mesmo ele deve se submeter ao limite do conteúdo positivado o texto constitucional.

Logo não se admite que a interpretação oriunda da mutação constitucional contrarie o disposto na norma. Assim, este se apresenta como limite para as alterações hermenêuticas.A vedação a interpretação que contrarie a gramática do texto, se fundamenta no principio da segurança jurídica, pois se admite que o STF se posicione a cerca da interpretação que mais se adéqüe aos anseios sociais contemporâneos.

O limite para esta interpretação é justamente a letra da norma, pois uma hermenêutica contraria a esta estaria indo de encontro com a própria constituição e por isso tal interpretação seria inconstitucional, tal logo não se admite que o próprio judiciário se pronuncie contra a Carta Magna.

Desta forma observa-se que a mutação constitucional se mostra como mecanismo informal de reforma, que proporciona a adequação constitucional os anseios sociais hodiernos através da interpretação atribuída pelo Supremo Tribunal Federal, mecanismo que oportuniza a adequação de modo célere e ao mesmo tempo se limita aos moldes do princípio da segurança jurídica, vez que limita o instituto em tela ao disposto na norma constitucional originária.

Assim nota-se que toda e qualquer mutação constitucional deve obedecer ao texto da norma originária, pois seu limite encontra-se neste e desta forma averigua-se um instituto ainda novo, com aplicação que observe e respeite o texto positivado, alterando-lhe tão somente a interpretação a fim de promover a adequação constitucional de modo a reavivar o texto Maior, garantindo sua pertinência e aplicabilidade.

1. **A CONSTITUIÇÃO SIMBOLICA E SUA EFICÁCIA**
   1. Os Sentidos da Constituição

O autor Ferdinand Lassale (1998, p.64) ao afirmar o sentido sociológico da constituição defende que esta deve representar o efetivo poder social, sob pena de ser considerada ilegítima e restando- se apenas como uma mera folha de papel, ineficaz. Logo de acordo com o mencionado autor uma constituição deve ser o resultado da somatória dos fatores reais dopoder existente numa sociedade.

Já na visão de Carl Shmitt (2003, p.24) a constituição seria fruto de uma decisão política oriunda do titular do poder político, ainda faz-se pertinente analisar as definições de constituição em formal e material, onde a primeira se refere ao conteúdo da norma, logo admite-se encontrar tal norma também em outros diplomas legais que não a constituição, ao passo que a definição de constituição formal diz respeito ao procedimento dificultoso em razão de sua localização na Carta Magna, não importando o seu conteúdo.

O sentido jurídico é defendido por Hans Kelsen (1987, p.39) e baseado no escalonamento das normas segundo uma verticalidade hierárquica, onde a Constituição se localiza no topo desta sistematização, como norma positivada suprema, fruto da vontade racional do homem.

O sentido culturalista da constituição se apresenta como um produto social, sendo produzida e influenciada pela sociedade e aproximando-se dos anseios sociais.

Desta forma é possível extrair a partir da união dos elementos citados que a constituição é fruto do processo histórico, representando os anseios sociais principalmente da época de sua elaboração, mas também trazendo normas que visem a sua abrangência e força norteadora das futuras relações sócio- jurídicas, mesmo ciente que não é possível prever o sentido da dinâmica social, nem os fatos e situações originário das transformações e valores sociais.

Ferreira (2004, p. 127) conceitua e completa tais afirmações ao definir a Constituição como:

Lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas respeitantes à formação dos poderes públicos, forma de governo, distribuição de competências, direitos e deveres dos cidadãos, etc.; carta constitucional, carta magna.

Consoante ensina o constitucionalista lusitano, Canotilho(1993, p. 888):

A constituição é a norma das normas, a lei fundamental do Estado, o estalão normativo superior de um ordenamento jurídico. Daí resulta uma pretensão de validade e de observância como norma superior diretamente vinculante em relação a todos os poderes públicos

José Afonso da Silva (2000, p. 259) define a Constituição afirmando que:

A Constituição de 1988 foi feita com características de instrumento de transformação da realidade nacional. Será assim na medida em que se cumpra e se realize na vida prática. Uma Constituição que não se efetive não passa de uma folha de papel, tal como dissera Lassalle, porque nada terá a ver com a vida subjacente. As leis que ela postula serão as garras e as esponjas que a fazem grudar na realidade que ela visa a reger, ao mesmo tempo que se impregna dos valores enriquecedores que sobem do viver social às suas normas.

* 1. Os Métodos de Interpretação

Para interpretação constitucional faz- se necessário o conhecimentodos métodos interpretativos da constituição, os quais são o método jurídico onde cabe ao interprete descobrir o sentido da norma.

O método tópico- problemático, que se inicia do caso concreto para a norma posta;o método hermenêutico concretizador, que se inicia da constituição como normas e princípios gerais para o caso concreto; O método cientifico - espiritual, que analisa a norma constitucional de acordo com a realidade social; o método normativo-estruturante, através do qual a norma deve ser analisada a partir da adequação da norma a estrutura jurídica em sua amplitude a fim de concretizar a norma a sua realidade fática e jurídica; O método da comparação constitucional, que proporciona a comparação entre diplomas legais e ordenamentos diversos;

Ressalte-se independente do método escolhido para a interpretação, sua aplicação está condicionada a uma analise de maneira integralizada consoante a observância dos princípios da interpretação constitucional a fim de interpretar-se segundo uma ótica axiológica com vistas na unidade constitucional, em seu efeito integrador, buscando sua máxima efetividade, em conformidade funcional, promovendo a harmonização da força normativa de modo a ponderar valores e direitos segundo um ideal de proporcionalidade e razoabilidade a fim de aproximar-se da efetivação do principio da dignidade da pessoa humana. Neste sentido afirma Paulo Bonavides (1998. p.398), em:

As relações que a norma constitucional, pela sua natureza disciplinar, são de preponderante conteúdo político e social e por isso mesmo sujeitas a um influxo político considerável, senão essencial, o qual se reflete diretamente sobre a norma, bem como sobre o método interpretativo aplicável. Não vamos tão longe aqui a ponto de postular uma técnica interpretativa especial para leis constitucionais, nem preconizar os meios e regras de interpretação que não sejam aquelas válidas para todos os ramos do Direito, cuja unidade básica não podemos ignorar nem perder de vista, mas nem por isso devemos admitir se possa dar à norma constitucional, salvo violentando-lhe o sentido e a natureza, uma interpretação de todo mecânica e silogística, indiferente à plasticidade que lhe é inerente, e a única aliás a permitir acomodá-la a fins, cujo teor axiológico assenta nos princípios com que a ideologia tutela o próprio ordenamento jurídico. O erro do jurista puro ao interpretar a norma constitucional é querer exatamente desmembrá-la de seu manancial político e ideológico, das nascentes, da vontade política fundamental, do sentido quase sempre dinâmico e renovador que de necessidade há de acompanhá-lo. Atado unicamente ao momento lógico da operação silogística, o interprete da regra constitucional vê escapar-lhe não raro o que é mais precioso e essencial: a captação daquilo que confere vida à norma, que dá alma ao Direito, que o faz dinâmico, e não simplesmente estático. Cada ordenamento constitucional imerso em valores culturais é estrutura peculiar, rebelde a toda uniformidade interpretativa absoluta, quanto aos meios ou quanto às técnicas aplicáveis.

Busca a interpretação, portanto, estabelecer o sentido objetivamente válido de uma regra de direito. Questiona a lei, não o direito. Objeto da interpretação é, de modo genérico, a norma jurídica contida em leis, regulamentos ou costumes. Não há norma jurídica que dispensa interpretação. Por onde se conclui improcedente o aforismo romano “in claris non fitiinterpretatio”.

Em verdade, a interpretação mostra o direito vivendo plenamente a fase concreta e integrativa, objetivando-se na realidade. Esse aspecto Felice Battaglia o retratou com rara limpidez: “O momento da interpretação vincula a norma geral às conexões concretas, conduz do abstrato ao concreto, insere a realidade no esquema.”

Ainda neste contexto ensina Dirley da Cunha e Marcelo Novelino (2012, p.162), que:

Dentre os fundamentos do Estado brasileiro, a dignidade da pessoa humana possui um papel de destaque. Núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo, constitui o valor constitucional supremo que irá informar a variação, a interpretação e a aplicação de toda a ordem normativa constitucional, sobretudo, o sistema de direitos fundamentais. Como conseqüência da consagração da dignidade da pessoa humana no contexto constitucional impõe-se o reconhecimento de que a pessoa não é simplesmente o reflexo da ordem jurídica, mas, ao contrario, deve constituir o seu objetivo supremo, sendo que na relação entre o individuo e o Estado deve haver sempre uma presunção a favor do ser humano e de sua personalidade.

A cerca dos princípios norteadores da interpretação constitucional, acrescenta Canotilho (1998, p. 1.148) que:

Princípio da unidade da Constituição, que exclui contradições, 2) princípio do efeito integrador, ou seja, deve-se preferir a interpretação que dá reforço à unidade política; 3) Princípio da máxima efetividade, quer dizer, deve-se preferir a interpretação que dê maior efetividade à norma; 4) princípio da justeza ou conformidade funcional, que impede a alteração da repartição de funções; 5) princípio da concordância prática ou harmonização, pelo qual se deve evitar o sacrifício (total) de um bem jurídico em favor de outro; 6) princípio da força normativa, em razão do qual se deve procurar dar eficácia óptima à lei constitucional etc.

Observa-se também o posicionamento de Gilmar Ferreira Mendes(2008, p. 132) a cerca da interpretação que delineia a mutação constitucional, ao afirmar que:

Levadas a tais extremos, ou aceitas sem maior cuidado pela lei do menor esforço – afinal, todos sabem que novas interpretações, assim como as chamadas recepções, são formas abreviadas de criação do direito – essas mutações constitucionais acabam afetando o núcleo duro das constituições, aquele conteúdo essencial que as próprias cartas políticas, para não perder a identidade, cautelosamente protegem contra tudo e contra todos, mas, em especial, contra as tentações dos seus reformadores de plantão.

De acordo com Maximiliano (1965. p. 13.) a hermenêutica consiste em:

A Hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. As leis positivadas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem norma, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positivada; e , logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão.

* 1. Neoconstitucionalismo e o Ativismo Judicial

A Constituição da República Federativa Brasileira representou o marco de transição dos processos totalitários e autoritários para o processo de democratização e participação popular, trazendo em seu núcleo expressamente a defesa da dignidade da pessoa humana, priorizando o bem estar social na completude de seu sentido de modo a garantir condições dignas mínimas, buscando a aproximação entre ética, moral, justiça e direito, através da garantia dos princípios, direitos e garantias fundamentais.

Desta forma é plenamente possível afirmar que a constituição de 1988 tornou-se a precursora do processo de redemocratização, trazendo o ideal de pós- positivismo em razão da diversidade e extensão dos princípios e valores por ela trazidos e defendidos, caracterizando-se pelo alcance além da legalidade estrita no tocante ao sentido, todavia sem se desgarrar do ordenamento posto, até mesmo como maneira de assegurar a segurança jurídica.

Assim surgiram elementos garantidores da eficácia axiológica, mediante a atribuição de força normativa aos princípios, definindo os valores e regras de modo a promover uma nova hermenêutica constitucional aproximando a constituição dos anseios sociais. De acordo com o aqui explanado reafirma Mendes (***2008, p. 186)***, que**"a Constituição não tem função de limite ou de garantia [...], não podendo restringir a expressão do povo soberano."**

No que tange ao ativismo judicial faz-se oportuno ressaltar as omissões constitucionais, visto serem estas as justificativas para a atuação normativa da jurisprudência principalmente em se tratando de posicionamento do STF.

Assim observa-se na Constituição Federal a presença que normas de eficácia limitada, as quais exigem do legislativo a sua atividade típica a fim de dar completude ao sentido e eficácia da norma constitucional.

Todavia em alguns casos fez-se necessário a intervenção do STF a fim de assegurar direitos garantidos pela própria CF que foram inviabilizados pela inércia do legislativo, a qual originou omissões que são inconstitucionais.

As normas constitucionais de eficácia limitada não são capazesde produzir sozinhas todos os seus efeitos essenciais, logo carecem de regulamentação, é possível observar no Ordenamento Jurídico Brasileiro dois instrumentais teóricos capazes de coibir tais vícios, lacunas, qual sejam o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

O mandado de injunção se apresenta como um remédio constitucional de criação brasileira, que inicialmente adotava a tese não concretista pelo STF e desta forma se limitando apenas a declarar e reconhecer a omissão inconstitucional, recentemente o STF alterou se posicionamento e passou a adotar a tese concretista geral, através da qual ale de ser reconhecida a omissão inconstitucional também era viabilizado o exercício da direito prejudicado pela ausência de lei complementar regulamentadora.

Assim o STF em razão do principio da repartição dos poderes, apenas declara a existência de uma omissão, tese que perdurou por 18 anos.

Realizando uma analise exemplificadora é possível notar que o art. 8° em seu parágrafo 3° do ADCT, constitui norma que consagra direito individual, que não fez uma recomendação, mas sim uma determinação normativa. Todavia a lei complementar que é de iniciativa do congresso nacional não foi editada, logo tal situação ficou prejudicada pela omissão.

Na década de 90, com o julgamento do mandado de injunção n° 283, o STF fixou prazo de6 meses para que a lei fosse editada, sob pena de a parte poder ir buscar sua reparação econômica no judiciário em primeira instância independente de existência da referida lei.

No ano seguinte foi impetrado mandado de injunção n° 284, o qual não estipulou prazo, mas concedeu de logo o direito a indenização, numa tentativa de dar efeitos concretos a esse remédio constitucional.

O Art.195, §7°, também necessita que uma lei seja editada para regulamentar sua aplicação, contra este foi impetrado o mandado de injunção n° 232, seguindo a mesma linha de fundamentação do MI de n° 283.

Em outubro de 2007, houve uma mudança paradigmática com os mandados de injunção de números 670, 708 e 712, sendo estes os responsáveis pela revisão jurisprudencial no STF, que decidiu revisar o art. 37, inciso VII da CF de 1988 e 0 MI 107, revendo a tese fixada neste remédio a Corte declarou a mora decorrente da omissão.

Então a partir destes três instrumentais o STF resolve substituir a tese anteriormente aplicada e adota ao serviço público a lei já existente para o servidor privado, lei 7783-89. Proferindo uma sentença com caráter normativo.

Ressalte-se que a sentença de caráter normativo tem o intuito de suprir a omissão de modo temporário a fim de concretizar um direito fundamental dando efetividade a Carta Magna.

A partir de então se tem a adoção da tese concretista geral, que permite que a decisão tenha eficácia erga omnes. Decisão que gera uma coisa julgada temporária, pois terá validade e força normativa até a entrada em vigor de uma lei regulamentadora.

A ADI por omissão foi inspirada no direito português na constituição de 1976. Introduzida no ordenamento brasileiro pela CF de 1988, sendo prevista no art.103, § 2°.

Sendo uma ação do controle concentrado que tendente a coibir vício omissivo sem pretensão subjetiva, buscando unicamente a defesa da harmonização do ordenamento jurídico e não necessária e primordialmente de viabilizar o exercício de um direito.

No controle concentrado, efeito erga omnes deve atingir a todos, possuindo eficácia geral e efeito vinculante, segundo o qual a força da decisão vincula a administração pública e o judiciário e em regra ex tunc, retroativo.

Os efeitos da ADI por omissão concedida pelo STF antigamente era simplesmente a comunicação da decisão quanto à omissão ao legislador competente, a partir de 2007, com as ADI 2240, 3316, 3489, 3689 houve uma mudança paradigmática dos efeitos da ADI por omissão.

O art.18, §4° foi alterado pela emenda constitucional n° 15 de 1996, a cerca da fusão, criação, desmembramento e incorporação de municípios dentro do prazo de uma lei complementar federal a ser editada.

Desta forma os municípios criados após esta emenda estariam afrontando a constituição, visto que a lei não foi criada.

Em 2007 as ADI de números 2240, 3316, 3489e 3689, no que tange a questão dos municípios inconstitucionais, concluiu o STF que os municípios existem de fato e não se anulam situações de fato.

Assim a Corte concedeu uma sobrevida de 24 meses a estes municípios, prazo dado para adequação aos requisitos constitucionais, logo ainda seria necessária a edição da lei regulamentadora.

A lei complementar continuou a não ser criada, então o STF na ADI de n° 3682 estabeleceu um prazo razoável para que o legislador criasse uma norma para que os municípios se organizassem segundo os requisitos constitucionais.

Assim em maio de 2007 o STF estabeleceu um prazo de 18 meses como prazo razoável para que o legislativo editasse tal lei, vencido este prazo e ainda não editada esta lei.

O legislativo tornou constitucional de modo superveniente os municípios que estavam na situação citada editando a EC 57 de 2008, todavia esta emenda não regulamentou nem tratou da matéria, pois apenas regulou a situação dos municípios já criados de modo inconstitucional.

Na ADI de n° 3682 o STF fez um apelo ao legislador, aguardando a edição da Lei Complementar Federal, passando a entender que a simples apresentação e tramitação do projeto na casa legislativa não constituem meio suficiente para impedir a ADI por omissão, pois somente a lei teria a força de suprir a lacuna.

Assim como explanado já existe no direito brasileiro um histórico de alterações interpretativas realizadas pela Suprema Corte, fatos que são justificáveis não pela mudança de valores adotados, mas sim pelas necessidades sociais que surgem em momento posterior a norma e ficam as margens desta.

Fatos sociais que geram a necessidade de pronunciamento do STF, por sua atribuição e encargo de guardião da constituição, de modo a atender as necessidades sociais contemporâneas, viabilizando o exercício de direitos garantidos pelas normas constitucionais originárias.

CONCLUSÃO

Observa-se que o fenômeno mutação constitucional não se apresenta como um instrumento de reforma constitucional, pois seria essa a sua pretensão, vez que este pensamento vai de encontro aos princípios e valores da própria constituição, desta forma tal teoria e mecanismo se apresenta como meio informal, visto que não há previsão legal de sua existência, definição e incidência, mas que comporta um caráter de celeridade visto tem por fim assegurar os valores constitucionais de forma integrada, desprendendo do ideal fechado de interpretação meramente gramatical ou literal.

No primeiro capítulo foi abordado a definição, a aplicação, as classificações, os parâmetros e os limites do fenômeno mutação constitucional, considerando tal instituto como meio de reavivar o texto constitucional, a partir de uma nova postura hermenêutica pautada numa interpretação sistemática, que viabilize a eficácia constitucional diante das transformações sociais, de modo a adequar a norma as necessidades sociais hodiernas a partir de uma interpretação axiológica pautada pelos anseios sociais e limitada pela literalidade do texto normativo.

No segundo capítulo comentou-se a cerca dos sentidos da Constituição, relembrou-se os métodos de interpretação e ressaltou-se o neoconstitucionalismo e o ativismo judicial como meio que justificaria a mutação constitucional, momento em que foi exposto de que modo o judiciário se posicionou diante das omissões constitucionais, principalmente no que tange ao mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Ao final do presente trabalho resta demonstrado que atualmente o STF adota um posicionamento concretista que prioriza a efetivação de direitos, a exemplo das mudanças ocorridas ao longo de décadas com o mandado de injunção.

Logo se averigua que a finalidade da mutação é promover a concretização jurídica de modo que o espírito constitucional possa realmente estar presente nas decisões, evitando dessa forma que a Constituição torne- se apenas mais um texto que vige mas não produz eficácia, nem acompanha a dinâmica de sua sociedade.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Carlos Ferreira de*, Introdução ao Direito Comparado*, Coimbra: Almedina, 2003.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do (1988)* . Brasil São Paulo: Saraiva, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

BULOS, UadiLammêgo. *Mutação Constitucional*. Editora Saraiva. São Paulo, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra. Almedina, 1993.

Decreto 678/1992, *Pacto de São José da Costa Rica*, disponível em [*http://www.senado.gov.br/*](http://www.senado.gov.br/)*.*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| |  | | --- | |  | | DIRLEY, Cunha da; NOVELINO, Marcelo. *Constituição Federal para Concursos*. 3° Ed. São Paulo. 2012. | |

EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Cadernos da UnB. Brasília: Editora UnB. p. 373-388. 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2004.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais.* São

Paulo. Max Limonad, 1986

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 2°ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. Emendas e Mutações Constitucionais. São Paulo: Atlas, 2009.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 1998

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

MENDES, Gilmar Ferreira*. Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, José Afonso da. Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2000.

SCHMITT, Carl. *Teoría de La Constitución*. Presentación de Francisco Ayala. Primera edición em “Alianza Universidad Textos” 1982. Cuarta reimpresión em “Alianza Universidad Textos”. Madrid. España. 2003.

GALANTE, Marcelo, *VadeMecum prática OAB: constitucional*.São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2012.