V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

TEORIA CONSTITUCIONAL

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

RUBEN CORREA FREITAS

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314
Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM /Univali/ UPF/FURG;

Coordenadores: Lucas Gonçalves da Silva, Ruben Correa Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-271-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Teoria constitucional. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

O V Encontro Internacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – em conjunto com a Faculdade de Direito da Universidade da República e outras seis universidades brasileiras (Unisinos, URI, UFSM, Univali, UPF e FURG), ocorreu em Montevidéu entre os dias 8, 9 e 10 de setembro de 2016, e teve como tema central “Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina”.

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção e estabelecendo um fio condutor evolutivo para os mesmos.

No caso concreto, assim aconteceu com o GT TEORIA CONSTITUCIONAL I. Coordenado pelos professores Lucas Gonçalves da Silva e Ruben Correa Freitas, o referido GT foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados no presente e-book, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira e internacional.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes e diversos países da América Latina, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Finalmente, deixa-se claro que os trabalhos apresentados no GT TEORIA CONSTITUCIONAL I, foram contemplados na presente publicação, uma verdadeira contribuição para a promoção e o incentivo da pesquisa jurídica, consolidando o CONPEDI, cada vez mais, como um ótimo espaço para discussão e apresentação das pesquisas desenvolvidas nos ambientes acadêmicos das pós-graduações.

Desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - Universidade Federal de Sergipe/UFS

Prof. Ruben Correa Freitas - UDELAR

MUTACIÓN CONSTITUCIONAL Y LA DECISIÓN EN LA ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO DE PRECEPTO FUNDAMENTAL Nº 132: EL ALCANCE DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL BRASILEÑA Y LA TEORÍA DE NORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES

CONSTITUTIONAL MUTATION AND THE DECISION IN "ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO DE PRECEPTO FUNDAMENTAL Nº 132": THE EXTENT OF THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND THE THEORY OF CONSTITUTIONAL UNCONSTITUTIONAL LAW

Vinícius Oliveira Braz Deprá [1]
Josias Michel Schott [2]

Resumo

Es posible que la mutación constitucional, por ser una reforma informal de la Constitución, ¿tenga los mismos efectos que la declaración de inconstitucionalidad? Para tanto, cuyo tema se inserta en el tema de la Teoría de la Constitución, se adopta el metodo hipotetico deductivo, y como procedimiento el monografico. Al final, se concluyó que a pesar de que no se puede declarar formalmente la inconstitucionalidad de normas constitucionales originarias, se puede cambiar el contenido de esas normas por la mutación de su significado, serviendo como parámetro para la interpretación creativa de un nuevo significado de las normas constitucionales incluso originarias.

Palavras-chave: Control de constitucionalidad, Normas constitucionales inconstitucionales, Jurisdicción constitucional, Mutación constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

Can be posible the constitutional mutation, being an informal revision of the Constitution, has the same effect as the declaration of unconstitutionality? For this, the theme that is inserted into the subject of the Theory of the Constitution, use the hypothetical deductive method, and too the monograph process. In the end, it was concluded that even though it is not posible to declare unconstitutional original rules, can be change the content of these rules by mutation of its meaning, serving as a parameter for creative interpretation of a new meaning by originally constitutional law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional control, Constitutional unconstitutional rules, Constitutional jurisdiction, Constitutional mutation

[1] Maestrando en Derecho – UNISC. Especialista en Derecho Tributario. Bacharel en Derecho y Bacharel en Ciencias Militares - Área de Defensa Social. Capitán de la Brigada Militar. E-mail: depra@mx2.unisc.br

[2] Maestrando em Derecho – UNISC. Especialista en Proceso y Derecho Publico. Bacharel en Derecho. E-mail: josiasschott@gmail.com

1 INTRODUCCIÓN

La garantía jurisdiccional de la Constitución se desarrolla a partir de la revisión judicial, debido a que la actividad de aplicación de la ley presupone la necesidad de mantener la armonía de ese orden a través de la Constitución.

Además, esse control presupone la garantía de la Constitución como garantía de Constitucionalidad, dependiendo del objeto sobre el que se examina la constitucionalidad. Como resultado, sería posible la identificación de normas constitucionales originarias en contradicción con la Constitución, en el sentido de insuficiencia interna de cualquier disposición, por ejemplo, con los derechos fundamentales.

Esta teoria, de normas constitucionales inconstitucionales, fue desarrollada por Otto Bachoff, pero fue rechazada por el Supremo Tribunal de Brasil (STF) ao juzgar la Acción Directa de Inconstitucionalidad - ADI 815-3 / DF.

Sin embargo, el fenómeno del la mutación constitucional, que es un cambio informal de la Constitución, ha demostrado la posibilidad de una nueva mirada sobre este problema.

En efecto, a juzgar la Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental ADPF Nº 132, el STF consideró que el artículo 1723 del Código Civil Brasileño, al establecer que la unidad familiar es formada por la unión del hombre y de la mujer, debe interpretarse a través de la Constitución Federal y sus principios, en el sentido de que la literalidad del texto implica un perjuicio a la libertad sexual.

Resulta que el artículo 226, § 3º de la Constitución de la Republica Federativa de Brasil, que es una norma constitucional originaria, tiene una redacción identica com el citado articulo 1723 del Código Civil Brasileño.

Por lo tanto, el problema de la pesquisa es: a pesar de que no se puede admitir el control de constitucionalidad de las normas constitucionales originarias, como en el caso del artículo 226, § 3, de la Constitución Federal, la misma regla puede estar sujeto a uma mutación y tiene, como resultado final, ¿los mismos efectos de la declaración de inconstitucionalidad?

Considerando que la investigación es de naturaleza bibliografica y jurisprudencial, el método utilizado es el hipotético deductivo. Además, el método de procedimiento que es el monográfico.

El objetivo general de la investigación es verificar se la mutación constitucional tiene el mismo efecto de una declaración de inconstitucionalidade, que surge de una revisión judicial sobre normas constitucionales inconstitucional. Para este propósito, los objetivos específicos

son presentar los aspectos generales del control de constitucionalidad, verificar la teoría de las normas constitucionales inconstitucionales y su aplicación en Brasil, identificar el origen y el alcance de la jurisdicción constitucional, describir el fenómeno de la mutación constitucional y su relación con la decisión del Supremo Tribunal Federal de Brasil en la Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental - ADPF 132.

Así, la investigación está orientada a la comprensión de la mutación constitucional y sus relaciones com el control de constitucionalidad.

La justificación de este tema surge por su relevancia en el escenario jurídico brasileño, y, en particular, la reciente decisión del Tribunal Supremo de Brasil trabajado en el texto.

Por otra parte, la importancia de la investigación viene principalmente en el debate sobre el constitucionalismo contemporáneo como la interpretación del ordenamiento jurídico y los derechos fundamentales y sus principios, incluso en casos en que habitualmente no se admite el control de constitucionalidad, lo que permite comprobar una lectura por la mutación constitucional y sus funciones en la Teoría de la Constitución.

2 El CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: ASPECTOS GENERALES

El control de constitucionalidade de las leyes se asocia con la garantía judicial de la Constitución, para garantizar el ejercicio regular de las funciones estatales de carácter legal, buscando mecanismos para resolver la armonía del sistema jurídico: “têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais. Essas funções também têm um caráter jurídico: elas consistem em atos jurídicos. São atos de criação de direito, isto é, de normas jurídicas já estabelecidas.” (KELSEN, 2003 p. 123-124)

Es decir, el significado de la Constitución y de su control viene de la garantía de los derechos fundamentales, asociados con el proceso hermenéutico y el sentido a los textos normativos en cada contexto de aplicación, a la luz del paradigma que se basa la jurisdicción constitucional. (COURA, 2009, p. 265)

Sin embargo, es importante diferenciar la garantía de la constitucionalidad y la garantía de la Constitución, porque mientras el primero tiene como objetivo garantizar la Constitución tomada en su conjunto, la segunda se refiere a la garantía de cada dispositivo en la Constitución (MIRANDA, 1996 - a, p. 237).

Por lo tanto, el control constitucional resulta ser de tema fundamental en el Estado Democrático de Derecho, en particular para trascender su naturaleza jurídica y política, así,

“la constitucionalidad de las normas resulta fundamental en un Estado de Derecho y que la declaración de inconstitucionalidad e inaplicación de una norma reviste especial trascendencia jurídica y política, el manejo de este asunto debe realizarse con particular cuidado.” (PRAELO, 2004, p. 477)

Así, lo que garante la constitucionalidad asume la garantía de la Constitución, ya que el objetivo es, en última instancia, la integridad de la Constitución Federal, pues la garantía de constitucionalidad, por inconstitucionalidad, es la medida contra el comportamiento de los órganos de poder político subordinada a la Constitución. (MIRANDA, 1996 - b, p. 351)

Además, para la comprensión de la Constitución, se debe verificar que el plan del derecho positivo concibe a la organización del sistema legal de un sistema de reglas, con la Constitución encuanto fundamento de validez de todo el sistema normativo. Eso porque, el fundamento de validez de todo el sistema se deriva de la verticalidad fundamentadora de la Constitución. (TEMER, 2007, p. 22).

El control de constitucionalidad tiene un carácter bivalente: se refiere tanto a la observancia de la Constitución y también una seguridad preventiva, que tiene una política para los actos de los Estados, que no pueden violar las disposiciones constitucionales (CANOTILHO; MOREIRA. 1991, p. 236).

Se debe asegurar que la constitucionalidad de la disposición legal estea de acuerdo con los componentes orgánicos de los preceptos dogmáticos de la Constitución: “Al tener toda Constitución una doble connotación, por ende todo Tribunal Constitucional, o quien ejerza sus funciones, debe garantizar la constitucionalidad de todo acto” (SANDINO, 2009, p. 39), es decir “que se deben amparar íntegramente los componentes dogmáticos orgânicos de la Constitución.” (SANDINO, 2009, p. 39)

Es decir, la supervisión significa que toda la ley debe ser de acuerdo con la Constitución, que se presenta como una realidad normativa, ya que dicha supervisión significa que la Constitución es la ley fundamental del País y de todo el sistema jurídico, es un corolario de la Constitución encuanto hecho jurídico, como realidad normativa (CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 236). Es importante recordar que esta supremacía de la Constitución es un corolario de la Prevalencia de Principio, que nace del escalón normativo superior del orden juridico (CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 983).

En este sentido, la Constitución no prevé expresamente que una ley inconstitucional sea inaplicable, pero la Corte Constitucional tiene el poder de declarar su inaplicabilidad “sino que es la Suprema Corte que expresa su voluntad —mandamiento— de querer como resultado

[del] proceso [...] lógico de su pensamiento, la inaplicabilidade" (MORETTI apud GALLICCHIO, 2008, p. 122)

La relación entre la rigidez constitucional y la jerarquía debe ser entendida como la obligación de obediencia al estándar más alto, pero no sólo eso, sino que, "embora todos os ordenamentos tenham a forma de pirâmide, nem todas as pirâmides tem o mesmo número de andares" (BOBBIO, 1999, p. 52-53), lo que significa que si no había una jerarquía derivada de la rigidez constitucional, no habría necesidad de hablar de la supremacía de la Constitución, porque inexistiriam los límites que describen las normas infra-constitucionales. Con efecto, "a ideia de controle liga-se, assim, à ideia de rigidez constitucional. Sem rigidez, a legislação inferior subsequente revogaria a norma constitucional, e não haveria o que controlar." (MARTINS, 2004, p. 19)

Por lo tanto, para establecer la supremacía de la Constitución, se debe analizar las formas en que se produce la obediencia de las reglas por debajo de ella. Esto se debe a los límites formales y materiales impuestos a las normas infraconstitucionales definen el ámbito de aplicación de dichas normas en cuanto a su constitucionalidad (CARVALHO, 2007, p. 361).

El control constitucional se confunde con el control de la supremacía de la Constitución, pues "Si no existe control, la supremacía es un simple enunciado y el derecho existe bajo la condición de que sus prescripciones se impongan de forma tal que si existe violación de la supremacía constitucional" (TERRILE, 2001, p. 407), con eso, "el control de la supremacía de la Constitución tiene por objeto desplazar las normas jurídicas que la contraríen a través de la declaración de inconstitucionalidad, que torna a la norma transgressora en ineficaz." (TERRILE, 2001, p. 407)

Por esta razón, se dice que la preocupación de control formal de la obediencia a las normas infra-constitucionales debe tener con respecto al proceso legislativo por el que fueron presentadas, mientras que un material de control dice con la armonía del contenido real de las normas con la Constitución (BONAVIDES, 2007, p. 299).

En cualquier caso, el control judicial implica nueva concepción de la propia soberanía del Parlamento y también la separación de los Poderes, como ahora, la declaración de inconstitucionalidad (o actuando como legislador negativo) corresponde al poder judicial, distinta de la producida la norma (CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 243). Esta situación no es meramente negativa, sino resultado para asegurar la supremacía de la Constitución y su fuerza normativa:

> Porque los postulados sobre los que se asienta el control de la constitucionalidad de las leyes, como lo son la garantía de la supremacía de la Constitución y de su fuerza normatica, y los principios que le imponen limitaciones, como la división de los poderes y el principio democrático, no exigen que los jueces o tribunales constitucionales actuén sólo negativamente, con pronunciamentos de efectos ablativos o supresores sobre la ley. (CASAL H., 2004, p. 195)

A partir de este contexto, puede parecer incongruente invocar la Constitución, que se refiere al procedimiento de declaración de inconstitucionalidade, a justificar la desobediencia a sus propias normas, es decir, para elevar la inconstitucionalidad de las normas constitucionales originarias (MIRANDA, 2001, p. 17).

Por lo tanto, se habla de que no se puede identificar normas inconstitucionales dentro de una Constitución original, pues viene del poder constitucional originario (MIRANDA, 2001, p.18). En cualquier caso, la violación de la norma constitucional, por actos internos, revela una afrenta a la integridad de la Constitución, por lo que el cuerpo de garantía debe tratar de analizar la inconstitucionalidad de la norma y el acto y también saber cual norma constitucional que se debe aplicar. A partir de esto, sería posible identificar la existencia de normas constitucionales inconstitucionales?

3 NORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES?

El título de este capítulo coincide con la obra más conocida del jurista alemán Otto Bachof, que comienza su libro con la misma pregunta: ¿Hay normas constitucionales inconstitucionales (Verfassungswidrige Verfassungsnormen)?

De este modo, se busca identificar la existencia de requisitos constitucionales no válidos, así como la facultad de ejercer este control, que es un problema legal y constitucional porque es un integrador para eficacia de la Constitución.

Además, bajo el control de constitucionalidad, es normal el análisis del cumplimiento de las leyes infraconstitucionales, ya que la Constituición es su parámetro de constitucionalidad. Sin embargo, en el campo hipotético sería posible que una norma constitucional sería contraria a esta misma Constitución, ya que la norma de referencia se insertó en el mismo plano de análisis?

Esta hipótesis abre el debate sobre el examen de las disposiciones constitucionales contrarias a la ley natural (Naturrecht), en el sentido de que las normas constitucionales originalmente no podían cubrir violaciónes de los derechos a partir del plano del derecho suprajurídico (übergesetzliches Recht) garantizados. Según BACHOF, hay casos de tribunales

alemanes sobre el tema, especialmente la decisión del Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, 02/02/1949, que excluye la posibilidad de ser reconocido como normas constitucionales inconstitucionales. Por otro lado, el Bundesverfassungsgericht decidió, en su sentencia de 13.3.1951, que podría haber un control por parte de los tribunales de un principio supra-legal de la igualdad (BACHOF, 2008, p. 19-20).

Sin embargo, fue a partir de la Bayerischer Verfassungsgerichtshof, en la decisión de 04.24.1950, que se observó que existe la necesidad de respetar un derecho anterior a la propia Constitución, bajo la pena de romper la fuerza de la ley (BACHOF, 2008, p. 23-24).

Ya en las conclusiones de su trabajo, BACHOF responde afirmativamente a la pregunta del libro, a ser posible controlar la constitucionalidad de las normas constitucionales:

> Como resultado do que fica dito, deve por consequência assentar-se em que aos tribunais constitucionais também compete o controlo da *constitucionalidade de normas da Constituição*, e da constitucionalidade no mais amplo sentido da validade (Geltung) das normas constitucionais à luz de todo o direito incorporado na Constituição (Lei fundamental ou Constituição de um Estado federado) ou por ela pressuposto (2008, p. 86).

Sin embargo, este entendimiento no se encontró refugio en nuestra jurisprudencia brasileña. En efecto, el Tribunal Supremo tuvo la oportunidad de hablar sobre este tema, y para juzgar la Acción Directa de Inconstitucionalidad - ADI 815-3 / DF, se convirtió en la incapacidad de reconocer la inconstitucionalidad de las normas constitucionales originarias (BRASIL, 1996).

Por otro lado, la "fosilización" del derecho no es admitido antes del ejercicio de la jurisdicción constitucional, en la medida en que los derechos fundamentales son importantes en la trayectoria de guía de interpretación de las normas legales, incluso constitucionales. Por lo tanto, el origen y el alcance de la jurisdicción constitucional se abordarán en el próximo capítulo.

4 ORIGEN Y ALCANCE DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Para entender el origen de la jurisdicción constitucional, se debe hacer un breve histórico de la Revolución francesa, que se considera como el origen del nuevo constitucionalismo contemporáneo. A partir de ese momento, la primera vez que el estado se visualiza mientras se crea el pacto entre los hombres libres e iguales. Esta idea se ve reforzada por el hecho de que el Estado es el servicio del hombre (LEAL, 2007, p. 8).

Así, “o Estado passa a ter competências e atribuições bem delimitadas, sendo que o melhor instrumento para ordenar estes regramentos […] é a lei” (LEAL, 2007, p. 10). Debido a esto, el principio de legalidad se destaca como una condición del Estado de Derecho, con exclusión de otras fuentes para construir la Constitución.

El control es jurisdiccional porque la inconstitucionalidad surge del poder judicial, que no crea un nuevo derecho, sino “a haver eficaz, en el caso, la norma inconstitucional y a viabilizar el ejercicio del derecho violatorio.” (TERRILE, 2001, p. 410)

De la ley se derivan, por lo tanto, los atributos específicos, los cuales están relacionados con la abstracción y generalidad. La abstracción indica una creación racional en la estabilización de los comportamientos predefinidos, mientras que la mayoría se relacionan con el alcance de su aplicación. En este sentido, el legislador no puede tomar por sí mismo la decisión de la mayoría, en el sentido de que el derecho finalmente se puede integrar a un elemento de estabilidad para el desarrollo de una ley específica para las generaciones futuras.

Todo esto culminó con el colapso del modelo positivista alemán y la consagración de los valores y principios que marcaron la Constitución de Weimar, pues este aspecto puede estar relacionado, ante el fracaso provocado por el positivismo nazi, con la búsqueda de nuevos terrenos para también uma nueva República (República Federal), asociados con la búsqueda de la base de sus propios derechos fundamentales a los aspectos de evaluación que marcaron las discusiones acerca de la República de Weimar (LEAL, 2007, p. 53).

Por lo tanto, la Constitución es la condición material para la consecución de un orden social, apalancada por la concepción del Estado Democratico de Derecho. En este sentido, para asignar un significado legal de las relaciones sociales, hay que señalar una relación directa entre las potencias, en particular debido a la posición de que el derecho subjetivo asume en la defensa de los derechos fundamentales:

> Se se trata de atribuir, finalmente, um significado jurídico às relações entre Estado e cidadãos em termos de uma vinculação directa dos poderes constituídos pelos direitos fundamentais, então a qualificação jurídica que imediatamente se sugere para a restrição de direitos fundamentais será a de sua compreensão como constituindo, essencialmente, uma compreensão/amputação de faculdades integrantes de uma posição jurídica subjetiva reconduzível à categoria de direito subjectivo, fazendo assentar nessa natureza jurídica os pressupostos processuais do acesso dos particulares ao direito para defesa dos seus direitos fundamentais. (NOVAIS, 2003, p. 57).

En este contexto surgen los tribunales constitucionales, que están destinados principalmente a “interpretar la Constitución y de controlar la constitucionalidad de las leyes”.

(CALVO, 2014, p. 74). Sobre el rendimiento de estos tribunales, hay que tener en cuenta que su acción se desarrolla con la necesidad de la aplicación de los principios y derechos fundamentales:

> La actual actividad jurisdiccional de esos Tribunales sobrepasa, en cierta medida, la función meramente 'negativa' de control, adquiriendo una dimensión constructiva y creativa, asentada en la necesidad de concreción de los principios y de los derechos fundamentales inscritos en los textos de las constituciones, donde figuras como las sentencias interpretativas y las sentencias manipulativas se tornan cada vez más frecuentes, así como los recursos a instrumentos hermenéuticos que viabilizan su realización, aun cuando eso implique una transposición de las funciones que originariamente le fueron reservadas. (LEAL, 2012, p. 433)

Por cierto, no puede exigirse de los jueces una postura neutral como el propio poder judicial es una institución que desarrolla una actividad política, es que no hay nada nuevo en la defensa que no se puede exigir a los jueces una postura políticamente neutral debido a que el poder judicial es una institución cuya función es dirigir la actividad política de importancia fundamental: la aplicación de la ley, que no es una función científica, aunque el discurso judicial hacer un gran esfuerzo para calificar como tal. (COSTA, 2013, p. 12)

A partir de la jurisprudencia sociológica, no fue el aumento de los conflictos permeados por los valores sociales de la época, lo que permite la noción idealista de la resolución de conflictos a través de la ley. En este contexto, el poder judicial sólo podía liberarse de la autoridad legislativa si había hueco, ya que “A autoridade judicial somente se libertava dos textos definidos pela autoridade legislativa nos casos em que fosse possível a caracterização de uma lacuna, pois não parecia compatível com um sistema democrático que os juízes substituíssem os legisladores nas decisões políticas do Estado” (COSTA, p. 14).

Además, la condición de la aceptación de la propia corte constitucional se deriva de su representación argumentativa:

> A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram um eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão então reconciliados. (ALEXY, 1999, p. 12)

Tanto es así que la mayoría de los países cuentan con un sistema de control constitucional, que incluso depende del orden público:

> Actualmente, la mayoría de los países en el mundo tienen algún sistema de control de constitucionalidad, sea judicial, no judicial o un órgano "sui generi". Vale decir que una sociedad organizada no puede prescindir de dicho control, del cual depende

> de el mantenimiento del orden público basado en una autoridad legítima que ejerce poderes limitados por la Constitución y por los tribunale. (PEREDO, 2010, p. 16)

Se observa, por tanto, que los derechos fundamentales y la democracia se reconcilian precisamente este papel de la jurisdicción constitucional con respecto a su representación argumentativa en la realización de estos derechos.

Así que incluso cuando se trata de un original de norma constitucional, la jurisdicción constitucional impide, o debería evitar, que una norma de esta naturaleza ha previsto la violación de cualquier derecho fundamental. Esta situación, de hecho, se produjo, a pesar de que se ha asignado a otro fenómeno legal, que se presenta a continuación.

5 MUTACIONES CONSTITUCIONALES: EL CASO DE ADPF 132 Y "LA MUTACIÓN" DEL ARTÍCULO 226, PÁRRAFO 3º, DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL

El Tribunal Supremo Federal de Brasil (STF), en el juzgamiento de la Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental - ADPF nº 132, decidió que el articulo 1.723 del Código Civil brasileño debe ser interpretado a través de la Constituición Federal y sus principios. El articulo previa que la unidad familiar es estabelecida por la unión del hombre y de la mujer, pero la literalidad del texto implica un perjuicio en lo que se refiere a la libertad sexual.

Como resultado, el STF entendió que el articulo 1723 del Código Civil debe considerar como una unidad familiar la unión estable no sólo del sexo opuesto, sino también de personas del mismo sexo.

Por cierto, ver el resumen de esa decisión:

> […] UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA". A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia "entidade familiar", não pretendeu diferenciá-la da "família". Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de

> constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado "entidade familiar" como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. [...]. (BRASIL, 2011)

Como puede verse, esta decisión establece el protagonismo del papel judicial y se convierte en la garantía de los derechos fundamentales en el sentido de que debe haber una conformación de bienes jurídicos, pois la sexualidad está directamente vinculada a la autonomía de la voluntad, la intimidad y la privacidad, con el fin de cumplir con las disposiciones constitucionales, sobre todo porque, en el caso de los derechos fundamentales, se refiere a una "cláusula de piedra" que protege el cumplimiento constitucional. Por lo tanto, es una verdadera decisión aditiva de mutación constitucional. (Vargas, 2014, p. 101)

Sin embargo, el artículo 1723 del Código Civil brasileño tiene la misma redación que el artículo 226, párrafo 3º, de la Constitución Federal (norma constitucional originaria): "Art. 226. 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."

Así, el texto constitucional "deve ser visto em sua substancialidade, com toda a principiologia que assegura o Estado Social e o plus normativo que é o Estado Democrático de Direito, que aparece já no art. 1º do seu texto." (STRECK, 2014, p. 930)

Como puede verse, se marcó una nueva comprensión del texto original de la propia Constitución, en la que hubo una reforma informal la interpretación del artículo 226, párrafo 3, ya que considera que "entidad familia" no es lo que se expresa literalmente en dispositivo, sino que incluye la libertad sexual como se decidió en ADPF 132.

Por lo tanto, cuando se asigna un nuevo significado a una expresión cuya literalidad aprobado por el STF, ha habido una mutación constitucional del significado de "entidad familiar". La mutación es un fenómeno que se produce a partir del cambio de dirección dada por la interpretación, sin una modificación expresa y formal de la Constitución: "sin modificación expresa del texto de la Constitución, se produce de manera relativamente discreta y sin formalización (HÄBERLE, 2003, p. 62)

Además, la mutación permite la alteración del significado de una disposición de la Constitución, de acuerdo con el mecanismo previsto constitucionalmente para las enmiendas y, además, sin que haya habido ninguna modificación de su texto (BARROSO, 2009, p. 127), Por lo tanto, las constituciones son considerados organismos vivos y están en constante cambio: "como organismos vivos que são, acompanham o evoluir das circunstâncias sociais,

políticas, econômicas, que, se não alteram o texto na letra e na forma, modificam-no na substância, no significado, no alcance e nos seus dispositivos" (BULOS, 2010, p. 118).

Así, la mutación constitucional se evidencia cuando "da a un precepto constitucional una interpretación diferente a la que inicialmente tuvo y no existen vías jurídicas para corregir esa nueva interpretación." (CUADRADO, 2002, p. 75)

Es una doctrina que se extiende desde G. Jellinek, y que se produce cuando hay una transubstanciación de los requisitos constitucionales a través de una transformación de su contenido:

> El concepto de mutación constitucional se perfila y consolida en la obra de G. Jellinek, a partir de la conferencia que pronuncia en Viena, en 1908, justamente sobre la reforma y la mutación de la Constitución. [...] Las mutaciones realizan una transubstanciación de normas constitucionales en la medida en que transforman su contenido normativo respetando la literalidad de su texto, mostrando así cierto aspecto misterial al operar silenciosa, invisiblemente; misterio y secreto, que explican la longevidad de la Constitución de los EE. UU. (ALFONSO, 2005, p. 22)

El fenômeno de la mutación es evidenciado "diante de alterações semânticas da constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico - social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação" (MENDES, 2010, p. 188).

Como puede verse, aunque no se puede declarar la inconstitucionalidad del artículo 226, párrafo 3 de la Constitución Federal, siendo dispositivo que surge del poder constituyente originario, su contenido ha pasado de ser una actividad creativa del intérprete, dando un nuevo significado su provisión literal antes de una mutación constitucional de lo que se entiende por "entidad familiar".

Es decir, el mismo contenido literal de las normas constitucionales pueden haber cambiado su dirección de una mutación de su significado, con el cumplimiento de la realidad constitucional de una interpretación integradora del sistema constitucional, sin que haya habido una revisión judicial formal y directa sobre el dispositivo de constitucionalidad originaria.

6 CONCLUSIÓN

Esta investigación ha demostrado que la garantía de la constitucionalidad presupone la armonía del sistema normativo con la Constitución, para dedicar su supremacía sobre el seguimiento de las normas infraconstitucionales.

Como resultado, cuando se viola la norma constitucional, hay una violación de la integridad de esta norma en sí, ya que la necesidad de investigar la posibilidad de que los requisitos constitucionales internos a la Constitución es la falta de armonía de sus disposiciones.

Así, surge la posibilidad de normas constitucionales inconstitucionales, teoría desarrolada por Otto Bachof, cuyo trabajo estabeleció la existencia de requisitos constitucionales invalidos. Sin embargo, esta teoría no fue reconocida formalmente por el Supremo Tribunal Federal de Brasil (ADI 815-3 / DF).

Por otro lado, el origen y el alcance de la jurisdicción constitucional permiten una constante evolución de comprensión sobre las normas constitucionales y sus efectos a través de los derechos fundamentales y sus bases principiológicas.

Por lo tanto, el estudio encontró que existen formas de mutación, incluyendo las normas constitucionales originarias, incluso sin que se manifiesta en su inconstitucionalidad atribuyendo nuevo sentido a ellas.

De hecho, se llevó a ejemplo la decisión proferida por el Supremo Tribunal Federal de Brasil en la Acción de Incumplimiento de Preceptos Fundamentales - ADPF 4277 / DF, que cambió el sentido literal del concepto entendido por "entidad familiar " de una norma ordinaria cuya redación es la misma del artigo 226, §3, de la Constituición de la Republica Federativa de Brasil.

Por lo tanto, se observa que a pesar de que no se puede declarar formalmente la inconstitucionalidad de normas constitucionales originarias, se puede cambiar el contenido material de esas mismas normas a través de una mutación de su significado, es decir, el establecimiento de la integridad del sistema constitucional sirve como parámetro para la interpretación creativa de un nuevo significado de las disposiciones constitucionales.

REFERENCIAS

ALEXY, Robert. Os direitos fundamentais no Estado Constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. In: *Revista de Direito Administrativo.* jul./set. 1999. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413/45319> Acesso em 10 dez. 2015.

ALFONSO, Luciano Parejo. *Las mutaciones constitucionales. Algunos ejemplos extraídos de la experiencia española y europea.* GÓMEZ, Javier Celis. (Coord) Congreso Internacional - Reforma de la constitución y control de constitucionalidad. Bogotá: Facultad de Ciencias Jurídicas, 2005.

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.* 2 d., São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico.* 10ª edição. Brasília: UNB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Prefeito Fundamental 132/RJ.* Publicação em 14.10.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> Acesso em: 05 dez. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815-3/DF.* Publicada em 10.05.1996. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266547> Acesso em 15 dez. 2015.

BULOS, Uadi Lâmmego. *Curso de Direito Constitucional.* 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CALVO, Alberto Pérez. *El Estado Constitucional Español.* Madrid: Reus, 2014.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional* – Teoria do Estado e da constituição, Direito Constitucional Positivo. 13ª edição, revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: DelREy, 2007.

CASAL H., Jesús María. Constitución y justicia constitucional. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição.* Coimbra: Coimbra, 1991.

COSTA, Alexandre Araújo. *Judiciário e interpretação:* entre Direito e Política. Pensar, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 9-46, jan./abr. 2013. Disponível em: <https://www.unifor.br/images/pdfs/Pensar/v18n1_artigo1.pdf> Acesso em: 10 dez. 2015.

COURA, Alexandre Castro. *Hermenêutica Jurídica e Jurisdição (In)Constitucional:* para análise crítica da "jurisprudência" de valores à luz da teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

CUADRADO, Antonio Maria García. El ordenamiento constitucional - un enfoque histórico y formal de la teoría de la constitución y de las fuentes del derecho. Alicante: Club Universitario, 2002

GALLICCHIO, Eduardo Gregorio Esteva. *Efectos de las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay en materia de control de regularidad constitucional de los actos legislativos.* Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, num. 12. Madrid, 2008. Disponível em: http://www.cepc.gob.es/. Acesso em: 20 de maio de 2016.

HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional.* Cercado de Lima: Fondo, 2003.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta*: Reflexões sobre a legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿existe realmente "un activismo" o "el" activismo?* Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Estudios Constitucionales, Año 10, nº2, 2012, pp. 429-454. Disponível em: http://www.cecoch.cl/website/www.cecoch.cl/uploads/pdf/revistas/2012-2/la-jurisdiccion-hennig.pdf. Acesso em 12 de maio de 2016.

MARTINS, José Renato. *O controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional.* 5 ed. São Paulo. Saraiva. 2010.

MIRANDA, Jorge. *Contributo para Uma Teoria da Inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra, 1996 - a.

_____. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II – Constituição e Inconstitucionalidade. 3ª edição, reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1996 - b.

_____. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI – Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. Coimbra: Coimbra, 2001.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

PEREDO, Pablo Dermizaky. *La Justicia Constitucional.* La Paz: Plural, 2010.

PRAELO, Francisco Eguiguren. *Algunas distorsiones frecuentes en la utilización del amparo.* COSTA, Raúl Ferrero. (Org) Derecho Constitucional General - Materiales de enseñanza. Lima: Fondo, 2004.

SANDINO, Diego Fernando Tarapués. *La Naturaleza Institucional del Tribunal Constitucional en América del Sur.* Bogotá: USC, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Judicial*. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TERRILE, Ricardo Alejandro. *Interpretación judicial de la Constitución Nacional - Supremacía constitucional y control de constitucionalidad.* Rosario: Editorial Juris, 2001.

VARGAS, Denise Soares. *Mutação constitucional via decisões aditivas*. Saraiva: São Paulo, 2014.