

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E (IN)SEGURANÇA JURÍDICA
CONSTITUTIONAL MUTATION AND LEGAL (UN)CERTAINTY

Thiago Miranda MINAGÉ¹

Caroline Vígano MATTAR ASSAD²

RESUMO

O presente artigo busca explicar o fenômeno da mutação constitucional e relacionar com a segurança jurídica. Para tanto, analisa a ocorrência do fenômeno em meio às Constituições rígidas, por meio de suas diversas formas de manifestação. Ao final, elabora-se crítica da ideia de democracia constitucional de forma a relacionar esta noção à necessidade de mutação e seus limites.

PALAVRAS-CHAVE: Mutação constitucional; segurança jurídica; democracia constitucional.

ABSTRACT

This article explains the phenomenon of constitutional mutation and relate to certainty It analyzes the occurrence of the phenomenon in the rigid Constitutions, through its various forms of manifestation. Make a critique of the idea of constitutional democracy is elaborated in order to relate this notion to the need for mutation and its limits.

KEY WORDS: Constitutional mutation; legal certainty; constitutional democracy.

INTRODUÇÃO

¹ Pós-doutorando em Direito pela UFRJ; Doutor e Mestre em Direito pela UNESA; Advogado Criminalista. E-mail: thiago@thiagominage.com.br.

² Graduanda em Direito pela FAE-Centro Universitário. E-mail: carolassadd@gmail.com.

Historicamente, sempre houve a necessidade de se ter um mecanismo de organização do Estado. Uma norma jurídica que trouxesse a estruturação estatal e limitação ao poder. Nos povos hebreus, as limitações ao poder político se pautavam no Estado Teocrático – período denominado Constitucionalismo Antigo.

Ao final do século XVIII, com a promulgação das Constituições dos Estados Unidos da América, de 1787, e da França, de 1791, surge o período chamado de Constitucionalismo Moderno, onde o texto constitucional foi concebido como documento que, a priori, deveria durar indefinidamente no tempo e, para assegurar essa duração, existia complexo processo de proteção ao texto, que tornava sua mudança uma hipótese mais distante. As Constituições francesas de 1791 e de 1795 trazem um modelo para essa inspiração: duração indefinida e rigidez. A Constituição de 1791, pautada nessa crença de permanência e imutabilidade, só permitia início da revisão após decorridos 18 anos da deliberação que inaugurava o percurso da Assembleia de Revisão. Superada pela dinâmica revolucionária, incompatível com tal dificuldade na mudança e lentidão no processo formal, a concepção da revisão ressurgiu na Constituição de 1795, que previu a instituição da Assembleia de Revisão nove anos após a aprovação da proposta. A cautela sobre a proteção não deteve as ondas do movimento revolucionário.

Nos movimentos ideológicos do Constitucionalismo Revolucionário de 1789, a religião tomou espaço e conduziu ao culto da Constituição. Infundiu-se nela a sobrenaturalidade da criação divina. A Constituição se assemelhava ao “Cristo Abstrato”.

Na Constituição dos Estados Unidos de 1787 (documento que inaugurou o Constitucionalismo escrito do século XVIII) não houve a previsão de um extenso formalismo envolvendo a revisão constitucional como na França de 1791 e 1795. Houve a formulação de regras mais comedidas, com efeitos mais práticos. No artigo

V foi descrito o quórum necessário para emendar, quando a iniciativa proviesse das Legislaturas Estaduais e a exigência da ratificação estadual da emenda – o que consagrou a defesa do texto constitucional.

1 SENTIMENTO CONSTITUCIONAL E VONTADE DE CONSTITUIÇÃO

Não é apenas no mundo das normas jurídicas que se assegura a permanência da Constituição. As normas jurídicas modelam e conduzem a supremacia da Carta, porém, é necessário seu acatamento. Logo, podemos dizer que tal acatamento ultrapassa seu comando supremo. A adesão à Constituição gera formas de obediência constitucional. É o chamado “sentimento constitucional” ou “vontade de Constituição”.

Para Konrad Hesse, o que legitima a força normativa da Constituição é a condição essencial chamada “vontade de constituição”. A ideia é de que somente a necessidade e vontade humana têm o necessário para que a Constituição perdure e logre êxito. E a eficácia vincula-se à sua incidência na realidade, ao acontecimento concreto – enquanto seus fundamentos forem cabíveis e aplicáveis aos fatos, a Constituição é eficaz. Para Hesse, também, a Constituição deve, em sua forma, ser concisa e, em seus poucos princípios fundamentais, se mostrar adequável às mudanças políticas sociais e econômicas. Deve também, igualmente, ser maleável e, em sua aplicação, a interpretação deve levar em conta as circunstâncias do caso concreto – pois quanto mais ela consiga se adaptar aos fatos, maior será sua eficácia.³

Karl Loewenstein observa que a Constituição se valoriza na medida em que favorecer mudanças na estrutura social sem alteração no processo político. O segredo da estabilidade da Constituição norte-americana, das Constituições monárquicas da

³ FIGUEIREDO, Rachel. O conceito de Constituição: análise comparativa das ideias de Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse.

Suécia, Noruega, Dinamarca, Bélgica, Luxemburgo e Holanda está na raridade de emendas constitucionais. Essa modificação infrequente não abala sua validade e reforça a segurança jurídica na alma de seu povo.

A expressão “sentimento constitucional” (Verfassungsgefühl) diz respeito ao comportamento psicológico e sociológico do existencialismo político⁴. Esse sentimento constitucional é incompatível com indiferença popular em relação à Constituição. A ignorância constitucional do povo nega o sentimento constitucional e fazem da Constituição mera folha de papel. Essa conduta de ignorância substitui a estabilidade pela fragilidade da Carta.

Pablo Lucas Verdú⁵ examina a relação da consciência com o sentimento constitucional, o qual corresponde na caracterização do sentimento constitucional como modo de integração política. Verdú diz que o sentimento constitucional se apoia no vínculo moral entre as instituições e os homens, sem o qual nada é sólido. O sentimento constitucional também corresponde a estar na Constituição, que sucede, historicamente, à aspiração de tener-Constitución, responsável pelo aparecimento do poder constituinte.

A propagação do sentimento constitucional deve ser compromisso dos professores de Direito (em geral) e dos professores de Direito Constitucional (em particular):

El concepto de Constitución es completo cuando a intelección teórica se une su comprensión emocional mediante el sentimiento que se adhiere al concepto. La enseñanza de Derecho Constitucional no se agota en la explicación de sus evidentes y necesarias conexiones lógicas y técnicas,

⁴ FIGUEIREDO, Rachel. Op. cit.

⁵ VERDÚ, Pablo Lucas. El sentimiento constitucional, Reus S.A., Madrid, 1985, p. 10-66.

requiere, además, que se insista en la necesidad de que la sociedad se adhiera a aquélla, sintiéndola como cosa propia.⁶

2 MUDANÇA CONSTITUCIONAL

Em uma perspectiva histórica, a mudança constitucional se realiza por meio de formas variadas, repercutindo, com maior ou menor intensidade, na validade e na vigência da Constituição. A mudança da Constituição é que tem a função do processo mais radical de mudança – seja mediante a substituição de uma Carta por outra; a destruição da Constituição ou a sua supressão, abrindo caminho ao Poder Constituinte originário.

Carl Schmitt⁷, em sua Teoria da Constituição, descreve formas históricas das mudanças constitucionais. Nela, abrange mudanças da Constituição e mudanças na Constituição – encontrando sentido na Destruição da Constituição, Supressão da Constituição, Reforma Constitucional, Quebra da Constituição e Suspensão da Constituição. A destruição e a supressão são formas radicais da mudança constitucional, enquanto a reforma constitucional, a quebra e a suspensão da Constituição significam mudanças parciais, atingindo “prescrição legal-constitucional”, sem resultar em uma substituição da Carta.

Um comportamento que repercute em grande medida na permanência da Constituição, é sua mudança. Cabe examinar tal mudança para identificar a natureza das relações entre permanência e mudança.

A mudança no texto não se resulta, obrigatoriamente, da falta de estima pela Constituição. Ela aparece, geralmente, para aperfeiçoar e corrigir o texto

⁶ VERDÚ, Pablo Lucas. El sentimiento constitucional, Reus S.A., Madrid, 1985, p. 69-70.

⁷ SCHIMITT, Carl. Teoría de la Constitución, tradução de Francisco Ayala, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934, p. 115-7.

constitucional. Juntamente com uma ideia de evolução. A mudança reflete insatisfação com o texto vigente, propondo alterá-lo.

Tais mudanças se fazem possíveis na reforma constitucional, em sentido amplo, abrangendo revisão e emenda, e a mutação constitucional. Na definição de HSÜ Dau-Lin, a mutação constitucional é a separação entre o preceito constitucional e a realidade – a realidade constitucional é mais ampla que a normatividade constitucional.

De acordo com José Carlos Francisco, a sociedade pode se transformar de duas maneiras distintas, quais sejam, por meio da evolução ou por meio da revolução.⁸

Em face das mudanças econômicas, sociais, políticas, tecnológicas e ideológicas do povo, as Constituições escritas e rígidas podem ser alteradas por mecanismos que não estão previstos expressamente no texto constitucional – são os mecanismos informais de alteração constitucional, também conhecidos pela doutrina como “mutações constitucionais”.

As mudanças das normas podem ocorrer de formas não perceptíveis, pelos costumes ou pelo efeito da conjuntura política, sem que exista, necessariamente, alteração em seu texto. Essas mudanças não têm efeito no plano do exercício da competência reformadora da Constituição, mas, conferem um novo significado e alcance às normas constitucionais.

3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

As Constituições têm vocação de permanência. É onde encontra-se abrigo para as matérias que, por sua relevância e transcendência, devem ser preservadas

⁸ FRANCISCO, José Carlos. Emendas constitucionais e limites flexíveis. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 35.

da política ordinária. A constitucionalização retirou das mãos de eventuais maiorias, determinadas decisões fundamentais. Porém, as Constituições não são eternas e nem podem ter como finalidade uma imutabilidade – uma geração não pode pretender que a próxima se submeta aos seus desígnios; na ideia de que “os mortos não podem governar os vivos”. Todas as Cartas Políticas preveem mecanismos para sua própria alteração e adaptação perante novas realidades, mas isso não quer dizer que esta seja a única hipótese de sua mudança.

A modificação da Constituição pode se dar por via formal ou informal. A formal se manifesta através da reforma constitucional – mecanismo previsto na própria Carta, com regras do modo pelo qual deve se dar sua alteração. Esse procedimento é mais complexo que o da edição da legislação infraconstitucional. Assim, resulta a rigidez constitucional. A alteração por via informal se dá pela mutação constitucional – mecanismo que permite uma transformação do sentido e do alcance das normas jurídicas, sem que se opere qualquer modificação em seu texto. A mutação está relacionada à plasticidade de que são dotadas muitas normas constitucionais.⁹

Para conceituar mutação constitucional, é necessário trazer ensinamentos de doutrinadores que tiveram relevância ao tratar do tema. Paul Laband, em 1895, no livro “Mutações da Constituição Alemã” fez a primeira diferenciação entre reforma constitucional (Verfassungsänderung) e mutação constitucional (Verfassungswandlungen). No livro, Laband traz como a Constituição do Reich era transformada sem que fossem acionados os mecanismos da reforma.¹⁰

Laband, em linhas gerais:

⁹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 145-146.

¹⁰ GOULART, Daiene Vaz Carvalho. Mutações constitucionais e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

(i) destaca que apesar das Constituições serem normas jurídicas em sentido estrito, a ação do Estado pode transformá-las sem necessidade de sua modificação formal;

(ii) classifica as mutações constitucionais em três tipos: a) regulação por parte das leis do Reich de elementos centrais do Estado não previstos na Constituição; b) modificação de elementos centrais do Estado por meio de leis que contradizem o conteúdo da Constituição e; c) alteração dos elementos centrais do Estado por meio de usos e costumes dos poderes públicos;

A mutação constitucional nem sempre se ajusta ao sistema da Constituição rígida e sua adoção se compatibiliza melhor com a plasticidade da Constituição e aos períodos iniciais de funcionamento do regime político. A mutação consagra o uso constitucional, que acaba se sobrepondo a norma escrita da Constituição.¹¹

O tema da mutação encontra seu ambiente natural na fronteira em que o Direito interage com a realidade. O Direito não é mais apartado do mundo fático – essa visão já foi superada pela teoria jurídica.

O Direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide. Em uma relação intensa e recíproca, o Direito influencia a realidade e sofre a sua influência. No caso das mutações, o conteúdo da norma é que sofre o efeito da passagem do tempo e das alterações da realidade de fato. (citar livro barroso p. 149) As teorias concretistas da interpretação constitucional, como constantes na obra “A força normativa da Constituição” de Konrad Hesse, enfrentaram e equacionaram esse condicionamento recíproco entre norma e realidade.

A mutação constitucional é feita por via da interpretação feita por órgãos estatais ou através dos costumes e práticas políticas aceitas na sociedade. Sua legitimidade se encontra no equilíbrio entre dois conceitos essenciais (mas, que

¹¹ HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na constituição. Revista de informação legislativa, v. 29, n. 115 (jul./set. 1992). P. 5/25.

guardam tensão entre si): a rigidez da Constituição e a plasticidade de suas normas. A rigidez busca resguardar a estabilidade da ordem constitucional e a segurança jurídica. A plasticidade procura adaptar as normas aos novos tempos e novas realidades/demandas.

Podemos concluir que além do poder constituinte originário e do poder de reforma constitucional, existe uma terceira modalidade de poder constituinte: o que se exerce em caráter permanente, por mecanismos informais, não previstos expressamente na Carta, mas, por ela admitidos – como são a interpretação de suas normas e o desenvolvimento de costumes constitucionais.¹² Georges Burdeau, na obra “Tratado de Ciência Política”, de 1969, denominou essa terceira via:

se o poder constituinte é um poder que faz ou transforma as Constituições, deve-se admitir que sua atuação não se limita Às modalidades juridicamente disciplinadas de seu exercício. (...) Há um exercício cotidiano do poder constituinte que, embora não esteja previsto pelos mecanismos constitucionais ou pelos sismógrafos das revoluções, nem por isso é menos real. (...) Parece-me, de todo modo, que a ciência política deva mencionar a existência desse poder constituinte difuso, que não é consagrado em nenhum procedimento, mas sem o qual, no entanto, a Constituição oficial e visível não teria outro sabor que o dos registros de arquivo.

A titularidade dessa terceira via tem sua titularidade no povo, mas, acaba tendo o seu exercício por via representativa pelos órgãos do poder constituído – em consonância com sentimentos sociais e demandas do povo.

4 LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

¹² BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 150.

A mutação constitucional tem limites e, se ultrapassá-los, estará violando o poder constituinte e a soberania popular. As normas jurídicas se libertam da vontade subjetiva que as criou e passam a ter, assim, uma existência objetiva que permite sua interação e atualização perante as novas realidades e evoluções. Porém, essa habilidade de interação não pode desnaturar o espírito da Constituição. Assim sendo, deve-se observar dois importantes limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma – os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela Constituição.

Caso o sentido novo que se deseja dar não caiba ao texto, será necessária a convocação do poder constituinte reformador. Se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar o poder constituinte originário do estado de inércia.¹³

Mutações que contrariem a Constituição serão mutações inconstitucionais e deverão ser rejeitadas pelos poderes competentes e pela sociedade. Caso tal rejeição não ocorra, acontece situação não comum, onde o fato se sobrepõe ao Direito. Se a persistência da inconstitucionalidade perdurar, é identificada a falta de normatividade da Constituição, uma usurpação ou um quadro revolucionário¹⁴. A inconstitucionalidade deverá se resolver por meio de sua superação ou por sua conversão em Direito vigente

5 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DA MUTAÇÃO

¹³ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 150.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 150.

Interpretação constitucional é, basicamente, a determinação do sentido e alcance de normas constantes na Constituição, visando sua aplicação. Onde o Direito se concretiza, há interpretação. A aplicação oriunda da interpretação poderá ser direta ou indireta – será direta quando se fundar em um dispositivo constitucional e indireta sempre que se basear em uma norma infraconstitucional. No segundo caso, a Constituição será parâmetro de validade da norma a ser aplicada e pautará a determinação de seu significado – que deverá corresponder a ela.

A existência de enunciados normativos de textura aberta, como conceitos jurídicos indeterminados (ordem pública, dano moral, calamidade pública, etc.) e os princípios (dignidade da pessoa humana, moralidade, igualdade, etc.) tornam o interprete um coparticipante do processo da criação do Direito. Não basta apenas capacidade técnica para aplicar o Direito, nesse caso. O interprete precisa se valer de uma dose de subjetivismo. O enunciado normativo oferece parâmetros, mas a inteireza de seu sentido dependerá da atuação integrativa do intérprete – quem fará valorações e escolhas se pautando no caso concreto.

Essa função do intérprete dá abertura a uma atividade criativa que se expressa em categorias como a interpretação construtiva e a interpretação evolutiva – vale dizer que nenhuma das duas se confunde com a figura da mutação constitucional –. A interpretação construtiva se pauta na ampliação de sentido ou alcance da Constituição (seus valores, seus princípios), com a finalidade de criar uma figura ou uma nova hipótese de incidência não prevista de forma expressa na Constituição. Já a interpretação evolutiva é a aplicação da Constituição a situações que não foram analisadas ou contempladas à época de sua criação pois não existiam, mas, que se enquadram no espírito e na possibilidade semântica do texto constitucional. A diferença essencial entre as duas é que na interpretação construtiva a norma alcança situação que poderia ter sido prevista, mas não foi; na interpretação

evolutiva, a situação não poderia ter sido prevista, mas, se fosse, deveria ter recebido o mesmo tratamento (referenciar livro do Barroso).

A mutação constitucional, com o viés interpretativo, consiste na mudança de sentido da norma em descompasso com o entendimento preexistente. Levando em consideração que só existe norma interpretada, a mutação ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. Em caso de interpretação judicial, ocorrerá mutação quando o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, decidir mudar entendimento sobre algo previamente interpretado – seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do Direito. O mesmo ocorre na interpretação administrativa que, inclusive, tem sua alteração prevista expressamente em normas positivas.

6 MUTAÇÃO PELA ATUAÇÃO DO LEGISLADOR

Existirá mutação constitucional por atuação do poder legislativo quando, por ato normativo primário, procurar-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional. É o caso de algum direito ou instituto previsto na Constituição sem que esta lhe atribua um conteúdo. A sua definição acaba se dando por meio de previsões legislativas e será alterada sempre que estas leis forem modificadas. Por exemplo, a Constituição faz referência ao “trânsito em julgado”, sem, no entanto, indicar de forma precisa, o momento em que ocorre ou por quais meios. Eventuais modificações na lei processual suprimindo hipóteses recursais implica, portanto, em alteração do sentido da norma constitucional. A última palavra sobre a mutação constitucional será sempre do Supremo Tribunal Federal.

7 MUTAÇÃO POR COSTUME CONSTITUCIONAL

A ideia do costume como fonte do direito posto, encontra sentido na adoção de uma prática reiterada e reconhecida como válida (e em certos casos como obrigatória). A existência de costumes constitucionais em países de Constituição escrita e rígida – como é o caso da nossa Constituição da República do Brasil –, não é pacífica. O costume traz em si a interpretação informal da Constituição e, algumas vezes, terá um papel atualizador do texto constitucional abarcando questões não previstas expressamente; em alguns casos, estará em contradição com a norma constitucional. A doutrina identifica três modalidades de costume: interpretativo (*secundum legem*), integrativo (*praeter legem*) e derogatório (*contra legem*).¹⁵

Exemplo de costume constitucional no direito brasileiro é o reconhecimento da possibilidade de o Chefe do Executivo negar aplicação à lei que fundadamente considere inconstitucional. O costume contra legem (contrário à Constituição) não deve receber batismo do Direito. O exemplo de um caso desse, que foi rejeitado em 2005, foi o do chamado nepotismo no Poder Judiciário (conduta de nomear parentes de juízes para cargos que independiam de concurso).¹⁶ Existem ainda casos onde os costumes inconstitucionais ainda não foram superados, como a inobservância por Estados e Municípios de regras constitucionais relativas ao pagamento de precatórios – em especial do dever de fazer a inclusão nos seus orçamentos de verba (CF, art.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 157.

¹⁶ Trata-se de resolução número 7, de 2005, do Conselho Nacional de Justiça, declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal – ADC 12, Revista de Direito do Estado, 1:371, 2006, Rel. Min Carlos Britto.

100, §1º); ou o descumprimento de regras orçamentárias, por exemplo, a que veda o remanejamento de verbas sem autorização legislativa (CF, art. 5º, VI)¹⁷.

Existe, na história brasileira, um importante caso de mutação constitucional por via de costume – a implantação do sistema parlamentarista durante o Segundo Reinado. O Poder Executivo passou a ser compartilhado pelo imperador com um Gabinete de Ministros, sem que houvesse qualquer dispositivo constitucional que fizesse tal previsão.¹⁸

8 A MUDANÇA NA REALIDADE DE FATO

É certo que os dispositivos normativos não contêm em sua estrutura a solução para os problemas a que se destinam resolver. É necessária a sujeição à interpretação, levando a uma análise subjetiva e adequação ao caso concreto. Não só a visão e interpretação, mas também, a realidade subjacente é decisiva neste processo. Conceitos como “ordem pública” ou “dignidade da pessoa humana” são exemplos que podem sofrer mudanças ou variações ao longo do tempo, assim, vindo a produzir consequências jurídicas diversas.

A mutação ocorrerá quando se alterarem os valores de determinada sociedade. A ideia do bem, do justo e do ético varia com o tempo.¹⁹ Na experiência brasileira, temos a mutação que sofreu o instituto do Habeas Corpus, que, no primeiro

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 158.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 158.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 159.

quarto do século se transmutou de um remédio processual penal em uma garantia geral dos direitos. Desenvolvida por Rui Barbosa, a doutrina brasileira do “habeas corpus”, precursora do mandado de segurança, serviu para assegurar a posse de governadores e outros ocupantes de cargos públicos, assim como para garantir a liberdade de imprensa, a imunidade parlamentar, o direito de greve e as prerrogativas da magistratura.²⁰

A mutação também se dará em razão do impacto de alterações da realidade sobre o sentido, o alcance ou a validade de uma norma. O que antes era tido como legítimo, pode deixar de ser. E vice-versa.²¹ Por exemplo, intervenções estatais a favor de mulheres, negros ou índios deixarão de ser legítimas se não houver mais qualquer situação objetivamente desfavorável que as justifique.

Em algumas situações, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a influência da realidade na determinação da compatibilidade de uma norma infraconstitucional com a Constituição. E admitiu que a mudança da situação de fato pode conduzir à inconstitucionalidade de norma anteriormente válida.²²

O fenômeno da mutação constitucional por alterações sociais tem várias implicações, inclusive no plano do controle de constitucionalidade.

9 O PRINCÍPIO GERAL DA SEGURANÇA JURÍDICA

O homem precisa de segurança para conduzir a vida. Por isso, consideram-se os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementares

²⁰ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*, 2003, p. 142-143.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 160.

²² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 160.

no Estado de direito. Esses dois princípios andam juntos, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio dentro do princípio da segurança jurídica. Considera-se, em geral, que a segurança jurídica está relacionada com elementos objetivos da ordem jurídica, como: garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito; enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, relacionadas com a previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos. Os dois princípios exigem, em suma: a. clareza, racionalidade e transparência dos atos do poder; b. de forma que em relação a eles, o cidadão tenha garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios atos. Os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança são exigíveis perante qualquer ato de qualquer poder – seja o legislativo, executivo ou judiciário.²³

O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo pode se compor do seguinte modo: o sujeito tem a certeza de que seus atos ou as decisões sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas postuladas em normas vigentes e válidas estão ligadas a normas previstas no ordenamento jurídico. Para José Afonso da Silva,

a segurança jurídica consiste no 'conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida'. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída.

²³ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina. P. 257.

O que se tem de mais importante dentro do princípio da segurança jurídica, é o seguinte: a. relativo aos atos normativos – proibição de normas retroativas restritivas de direitos ou interesses que são juridicamente protegidos; b. relativo a atos judiciais – inalterabilidade do caso julgado; c. em relação a atos da administração – tendencial estabilidade dos casos decididos através de atos administrativos que constituam direitos.²⁴

A segurança jurídica postula o princípio da precisão ou determinabilidade dos atos normativos, ou seja, a conformação material e formal dos atos normativos em termos linguisticamente claros, compreensíveis e não contraditórios.

O princípio da determinabilidade das leis reconduz-se a duas ideias fundamentais. A primeira é a da exigência de clareza das normas legais, pois de uma lei obscura ou contraditória pode não ser possível obter uma solução para o caso concreto, através da interpretação. A segunda é a exigência de densidade suficiente na regulamentação legal, pois um ato normativo que não contém uma disciplina suficientemente concreta – densa – não oferece uma medida jurídica capaz de: a. alicerçar posições juridicamente protegidas dos cidadãos; b. constituir uma norma de atuação para a administração; c. possibilitar, como norma de controle, a fiscalização da legalidade e a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos.²⁵

A mudança ou alteração frequente das leis pode prejudicar a confiança das pessoas. Sobretudo, quando as mudanças implicam efeitos negativos na esfera jurídica delas próprias. Isso rompe com o citado no tópico 2 do presente artigo, pois para o povo confiar na Constituição e esta passar a ter sua força normativa assegurada, é necessário que exista o sentimento constitucional. Com a sensação de

²⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina. P. 257.

²⁵ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina. P. 258.

insegurança jurídica, o povo não é passível de confiança, sentimento ou vontade de Constituição.

10 DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E SUA APLICABILIDADE EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

É no próprio texto constitucional que encontraremos a maioria dos princípios orientadores do processo como um todo, que têm como incumbência garantir os direitos fundamentais individuais de cada um dos integrantes de nossa sociedade. Inegável que nossa Constituição de 1988 veio como alicerce, que fundou um Estado Democrático de Direito, mesmo diante de várias forças com interesses distintos, conseguindo consolidar premissas democráticas que, até hoje, apesar de descritas com força vinculativa, percebe-se tamanha dificuldade de efetivação, seja direitos ou garantias descritas. Dessa forma, faz-se extremamente necessária a compreensão do que se entende por **estado democrático e estado de direito**.

Comumente, clama-se por uma premissa de que o povo é portador de um desígnio sacrossanto, que jamais se enganaria e seria sabedor de todas as coisas para o bem comum de uma sociedade. Uma retórica que permeia a narrativa dos consensos democráticos, de que, a bondade está no povo, afirmação esta, extremamente perigosa²⁶.

²⁶ DE OLIVEIRA. Marcelo Andrade Cattoni. Democracia Constitucional: um paradoxo? Um diálogo, ainda que breve, com Luhmann, Habermas e Derrida. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/democracia-constitucional-2/>>. Acesso em: 05 mar. 2017. 'O que é democracia? Nas tradições da teoria política, democracia não é aquela forma de governo cujas decisões são tomadas pela maioria? Todavia, mesmo onde uma maioria governa, a minoria não teria direitos assegurados? Se a resposta for sim, como assegurar direitos às minorias, em face das decisões da maioria governante? Atribuindo-se a uma instituição, ao judiciário, por exemplo, um poder contramajoritário? Assim, todas as vezes que a maioria lesasse direitos das minorias, o judiciário estaria autorizado a proteger esses direitos. Mas quem autorizaria, numa democracia, o judiciário, que sequer é eleito, a controlar as decisões majoritárias que supostamente violariam direitos das minorias? Resposta: A Constituição.'

A 'democracia' refere-se a um regime político que consente com o desenvolvimento pacífico dos conflitos e, a ideia de que, é através desses conflitos, que ocorrem as transformações sociais e institucionais, sempre prezando, de forma igualitária, todos os pontos de vistas externos e internos da sociedade. Ou seja, por meio do dissenso e do conflito legitima-se a mudança, momento em que a democracia, garante a luta pelos direitos, oferecendo espaços e proteção para o exercício dos direitos de liberdade e, esses, garantem à democracia, instrumentos sociais que legitimam uma efetiva tutela para o desenvolvimento e realização dos pleitos. Contrapondo-se totalmente a regimes autoritários que primam pela intolerância a qualquer forma de manifestação contrária aos interesses governamentais.

O fato de considerar que a liberdade, mesmo quando exercitada individualmente, equivale a uma forma de contra poder, demonstra que a democracia é fruto de uma constante tensão entre o poder político representativo, que se identifica com o estado; e poder social direto, que se identifica com o exercício da liberdade decorrente de sua condição permanente de oposição²⁷. Isso não aponta para uma contradição, entre democracia direta e representativa, pelo contrário, na ausência de uma democracia direta é a representativa, mediante um consenso vazio e passivo, que age²⁸. Em contrapartida, na ausência de uma democracia representativa, é a direta que, fundada em si mesma, reproduz formas de representação que tendem a sucumbir em longo prazo por falhas das garantias jurídicas e políticas²⁹.

Repudiar qualquer uma das duas formas de democracia leva-nos a um

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La lei del más débil*. Tradução: Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

²⁸ NETO, Alfredo Copetti. *A Democracia Constitucional Sob o Olhar do Garantismo Jurídico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 44.

²⁹ FERRAJOLI, 1999.

abismo de retorno aos preceitos autoritários, pois, o descontentamento na democracia direta, quanto aos conflitos e dinâmicas sociais, afronta o conservadorismo; de outra parte, a insatisfação pelas formas de democracia representativa remete ao desprezo pelas garantias jurídicas, como se um sistema social que se auto alimenta, fosse eficaz, desprezando, assim, as concepções de estado³⁰.

Sustentar a tese da democracia constitucional, em primeiro lugar, é romper com alguns dos pressupostos históricos que caracterizaram a ideia de democracia como se fosse o auge de um 'governo do povo', na medida em que esse mesmo povo, por sua vez, assumiria organicamente a posição de um pseudo macro sujeito, como um corpo moral e coletivo, que possuiria uma vontade homogênea. Na verdade, falar em democracia, como governo do povo, que se julga correto, deve ser entendido, na medida em que, se reconhece a soberania popular, assumindo-se como a liberdade positiva do povo de não ser sujeito a outras decisões, a não ser sobre aquelas estipuladas por si mesmo³¹.

A vontade da maioria encontra na democracia constitucional a impossibilidade de deliberar sobre leis constitucionais que conferem direitos fundamentais não pertencentes ao povo – como macro sujeito dotado de vontade unitária -, mas pertencem ao povo – enquanto sujeito coletivo -, cujos componentes estão unidos somente pela titularidade das mesmas modalidades constituintes ou expectativas constitucionalmente constituídas, o que supõe a igualdade em direitos, sobretudo, os individuais e fundamentais, pertencentes a todos os indivíduos que compõem o povo e que podem ser envergados, inclusive, contra as decisões tomadas pela representação majoritária. Isso é dizer que: se existe a unidade do povo, é aquela, e somente aquela, de igual titularidade em direitos³².

³⁰ FERRAJOLI, 2002, p.757-758.

³¹ NETO, 2016, p. 47-48.

³² NETO, 2016, p. 48.

Nesse sentido, para se falar em democracia constitucional, a soberania popular apresenta-se mediante duas vertentes, quais sejam: negativa e positiva. Pelo sentido negativo, a soberania não pertence aos representantes ou qualquer pessoa ou grupo de pessoas e, sim, aos sujeitos individuais que compõem o povo; do lado oposto, no sentido positivo, tais sujeitos são detentores de poderes e contra poderes, isto é, de direitos individuais e fundamentais – direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a todos os seres humanos, enquanto dotados do status de pessoas, compreendidos como fragmentos da soberania popular -, cuja violação, além de ser um atentado contra a pessoa que deles é titular, é uma violação à própria soberania popular³³.

De forma clara e objetiva Alfredo Copetti Neto³⁴, com base no garantismo elaborado por Ferrajoli, diz que:

Desse modo, uma redefinição da soberania popular redireciona o elo entre democracia e povo, o que conseqüentemente estabelece que as decisões da maioria, como vontade do povo, não são suficientes, embora necessárias, à definição de democracia; isso quer dizer que um sistema, para que possa ser democrático, deve limitar e vincular todos os poderes, inclusive o poder da maioria, haja vista que é o poder de todos – como soberania popular – que forma a democracia, da qual os direitos fundamentais estabelecem vínculos substanciais, contradizendo a tese clássica que determina a democracia como um método, garantido, evidentemente, pelo sufrágio universal e pelo princípio de maioria.

A complexidade das situações, por outro lado, permitiu e permite um jogo ideológico, sem tamanho, e um contexto que admite manipulações, das mais variadas, tornando difícil a decisão que conduz para o lado do qual se deve ficar ou entender,

³³ NETO, 2016, p.48-49.

³⁴ NETO, 2016, p.50.

mas, na verdade, a democracia, em resumo, tem o povo, não como um macro sujeito, dotado de vontade homogênea, mas é a soma de indivíduos, dotados de suas particularidades, titulares de direitos e dependentes de proteção.

Assim, podemos entender que o estado democrático de direito é o modelo de estado, que veio com a Constituição Federal de 1988, com a finalidade de tentar tornar a sociedade brasileira a mais organizada possível, subordinando os cidadãos a esta Constituição e tornando-a um meio para se buscar o alcance da igualdade e a organização dentro da própria sociedade.

Este estado democrático de direito é caracterizado pela democracia, onde o cidadão é o legítimo titular do poder, embora o exerça por representantes, o que significa a exigência de reger-se por normas democráticas, direta ou de forma representativa, com eleições periódicas, voto popular, bem como, o respeito aos direitos e garantias fundamentais pelas autoridades públicas. O denominado 'princípio democrático' está proclamado no *caput* do artigo 1º e, em seu parágrafo único, que afirma: "todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

A teorização do estado democrático de direito, parte de duas ideias básicas: **o Estado limitado pelo direito e o poder político estatal legitimado pelo povo**. O direito é o direito interno do Estado e o poder democrático é o poder do povo que reside no território ou pertence ao Estado³⁵. O Estado Constitucional molda-se pelos conceitos de direito fundamental, democracia, estado de direito, primazia do direito e distribuição de competências e poderes do Estado, formulando sua imagem integral³⁶. O estado democrático de direito, como forma de racionalização e generalização do

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra/Portugal: Livraria Almedina, 2002, p. 231.

³⁶ SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 305.

político das sociedades modernas, sendo a política o campo das decisões obrigatórias, que tem como objetivo o estabelecimento e a conservação da ordem, da paz, segurança e justiça na sociedade, devendo ser analisado ao pé da letra, pois, pressupõe uma pré-compreensão do conceito de direito fundamental como categoria básica do modelo constitucional ocidental³⁷.

CONCLUSÃO

Como vimos, portanto, a Constituição, em seu papel de norma definidora e limitadora do poder, necessita de permanência. Por outro lado, deve manter-se em compasso com a realidade social, sob pena de converter-se em um documento anacrônico e desconectado.

Para assegurar a sua correspondência à realidade, tanto quanto processos formais de alteração do seu texto, faz-se necessária a constante alteração do seu sentido, por meio de processos informais, genericamente designados como mutação constitucional.

A mutação constitucional, no entanto, não pode ser pensada como algo imune a limites e controles. E, tais controles devem se prestar, em especial, à preservação do mínimo de segurança jurídica imprescindível à vida em sociedade.

A segurança jurídica presta-se a assegurar alguma previsibilidade às relações humanas em sua dimensão jurídica. Nesse sentido, conclui-se, a mutação constitucional, vista sob uma ótica de preservação de um mínimo de segurança jurídica, é instituto indispensável para a realização da democracia constitucional, resolvendo, por meio de processos informais de atualização do texto, o tensionamento entre a rigidez constitucional e os anseios democráticos.

³⁷ SOARES, 2001, p. 201.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6. ed. Coimbra/Portugal: Livraria Almedina, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Democracia Constitucional: um paradoxo? Um diálogo, ainda que breve, com Luhmann, Habermas e Derrida. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/democracia-constitucional-2/>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías. La lei del más débil. Tradução: Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

FIGUEIREDO, Rachel. O conceito de Constituição: análise comparativa das ideias de Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse.

FRANCISCO, José Carlos. Emendas constitucionais e limites flexíveis. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GOULART, Daiene Vaz Carvalho. Mutação constitucional e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na constituição. Revista de informação legislativa, v. 29, n. 115 (jul./set. 1992).

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Direito Processual Constitucional, 2003.

NETO, Alfredo Copetti. A Democracia Constitucional Sob o Olhar do Garantismo Jurídico. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

SCHIMITT, Carl. Teoría de la Constitución, tradução de Francisco Ayala, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934.



REVISTA
DIREITO

FAE

SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

VERDÚ, Pablo Lucas. El sentimiento constitucional, Reus S.A., Madrid, 1985.