

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A EXPANSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Giovanna Rossetto Magaroto Cayres*

Glauco Marcelo Marques**

Teófilo Marcelo de Area Leão Júnior***

Resumo: O presente artigo irá abordar a questão da Mutação Constitucional, conhecido como fenômeno social/jurídico de alteração informal da Constituição Federal. Se por um lado temos uma Constituição rígida com processos rigorosos para qualquer alteração (EC), por outro, é necessário atender os anseios sociais que exigem mudanças e adaptações diante da evolução da sociedade. No entanto, observamos que os direitos fundamentais possuem capacidade para adaptações às mudanças. Assim, importante observar os efeitos no conteúdo e a flexibilidade desses direitos para a ocorrência da mutação constitucional, e a partir daí, analisar se haverá evolução ou insegurança no ordenamento jurídico. Contudo, diante das alterações informais da Constituição Federal (Supremacia e força normativa) é necessário observar que não pode chegar ao ponto de desconfigurar a solidez

* Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM (2017). Bolsista CAPES/PROSUP. Advogada. Realiza Estágio Docência no Mestrado- UNIVEM.

** Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM (2020). Advogado desde 2000. Pós Graduado em Direito Tributário na Univem em Marília/SP.

*** Pós-doutor em Direito pelo Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2015). Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE, Bauru-SP (2012). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP (2001). Graduado pela Faculdade de Direito de Marília.

constitucional (maleabilidade), sob pena de se incorrer ao ativismo judicial ou discricionariedade, com nefastas consequências para a normatividade da Constituição, especialmente em tempos de crescente relativismo e extrema instabilidade.

Palavras-Chave: Mutação Constitucional; Direitos Fundamentais; Segurança Jurídica.

Abstract: This article will address the issue of Constitutional Mutation, known as the social / legal phenomenon of informal amendment of the Federal Constitution. If, on the one hand, we have a rigid Constitution with rigorous processes for any change (EC), on the other, it is necessary to meet the social anxieties that demand changes and adaptations in the face of the evolution of society. However, we note that fundamental rights have the capacity to adapt to changes. Thus, it is important to observe the effects on the content and the flexibility of these rights for the occurrence of constitutional change, and from there, analyze whether there will be evolution or insecurity in the legal system. However, in the face of informal changes to the Federal Constitution (Supremacy and normative force) it is necessary to note that it cannot go so far as to dismantle constitutional strength (malleability), under penalty of incurring judicial activism or discretion, with harmful consequences for normativity of the Constitution, especially in times of growing relativism and extreme instability.

Keywords: Constitutional Mutation; Fundamental rights; Legal Security

Sumário: Introdução. 1- Do Poder Constituinte; 2- Da estrutura das Normas Constitucionais: Princípios e Regras; 3- A Mutação Constitucional; 4- A expansão de Direitos Fundamentais; 5- O Princípio da Segurança Jurídica frente a Mutação

Constitucional; Conclusão; Referencias Bibliográficas.

INTRODUÇÃO



complexidade desse fenômeno social/jurídico chamado de Mutação Constitucional é evidente, pois atinge para além da norma a moral, a  tica, a política e diversos outros processos sociais. As mudanças da era digital e o processo natural de evolu o da sociedade conduzem a constante releitura das normas, com conseqüente inova o de seus significados.

Atualmente vivemos na era do pós positivismo jurídico, ultrapassada a fase do simples positivismo, que vigendo diante de fen menos como o fascismo e o nazismo fazia prevalecer somente o direito isolado como uma ilha, tendo daí as conseq ncias nefastas tão conhecidas. Hoje sabemos que o direito deve vir acompanhado dos valores, da filosofia moral e  tica e da política.

Em voga a evolu o da sociedade moderna com relevância dos direitos fundamentais na medida em que são direitos básicos, essenciais e garantidores de um respeito mínimo a pessoa humana, são muitas vezes ameaçados e desrespeitados por abusos do poder estatal pela não efetiva o dos mesmos. Ou seja, os direitos fundamentais são direitos civis, políticos e sociais ao mesmo tempo, imprescindíveis ao desenvolvimento de uma na o e desenvolvimento do indivíduo.

Não obstante, haverá um enfraquecimento no ordenamento jurídico se a Constitui o for revisada incessantemente em decorrência de necessidades momentâneas e de ocasião, razão pela qual deve ser estabelecido um alto grau de motiva es para que altera es substantivas possam ter lugar na ordem constitucional, sem alterar as clausulas pétreas que são imutáveis, mais trazer novas formas de interpreta o do texto constitucional de acordo com a evolu o da sociedade.

Portanto inegável que deve haver limites para à mutação constitucional. Se por um lado, é necessária a conformação da Constituição à realidade social, por outro, deve-se ter a prudência de não cair em estado de anomia social.

A segurança jurídica é uma das razões de ser do Estado, motivo pelo qual é inaceitável que se atue em descompasso com suas exigências ou que se pretenda desobrigar-se da tarefa de protegê-la.

Mais na nova era, marcada pela tecnologia da informação e da era digital com sua incrível velocidade inovadora, e também o relativismo e a incerteza; são necessários mecanismos capazes de refrear as tendências a polarização e a descrença, a fim de não causar insegurança jurídica e sim trazer melhores condições atendendo os anseios sociais dentro da normalidade jurídica.

A metodologia de pesquisa foi à bibliográfica, com abordagem crítica. O método foi o hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa e objetivos exploratórios. Os estudos foram embasados pelos pressupostos constitucionais, perpassando pelos aspectos da dialética como contribuição crítica à análise.

1- DO PODER CONSTITUINTE.

O Poder Constituinte no Brasil é exercido pelo povo de forma democrática e direta (plebiscito e referendo), ou indireta (assembleia constituinte). A Doutrina Nacional classifica o Poder Constituinte em três grandes espécies: Originário; Derivado ou Difuso.

O Originário, também conhecido como inicial ou inaugural, como o próprio nome diz se dá pela elaboração de uma primeira Constituição, digamos que ocorre quando “nasce” um Estado, ou quando há o rompimento por completo de uma determinada ordem jurídica para instauração de uma outra totalmente nova, instaurando-se uma nova *Constituição*, portanto

caracteriza-se por ser ilimitado, autônomo e incondicionado.

A segunda espécie do Poder Constituinte é o Derivado, também chamado de segundo grau, deriva do Poder Constituinte Originário, tendo seu exercício limitado pois está disposto na própria Constituição, tendo como características um poder subordinado; condicionado e limitado.

É subordinado porque respeita os fundamentos estabelecidos pelo Poder Constituinte Originário disposto na Constituição. É condicionado pois qualquer reforma deverá ser realizada sem ferir a Constituição vigente. É limitado porque deve obediência as normas de elaboração impostas, bem como, ao conteúdo da própria Constituição Federal que não pode sofrer alteração (cláusulas pétreas).

É conhecido também como um Poder Reformador pela necessidade de acompanhar e atender a constante evolução da sociedade, e nesta condição lhe compete alterar normas constitucionais através das Emendas Constitucionais (arts. 59, I e 60 da CF/88).

No tocante as Emendas Constitucionais elas são aplicadas de acordo com quatro requisitos básicos: procedimental, circunstancial, temporal e material.

No primeiro, conforme previsto no caput do artigo 60 da Constituição Federal incisos, I, II e III, de competência relativa concorrente, só poderá ocorrer a partir de proposta apresentada por no mínimo um terço dos deputados ou um terço dos senadores, Presidente da República, ou de mais da metade das Assembleias Legislativas.

No segundo requisito a Constituição Federal dispõe em seu art. 60, § 1º, determinadas circunstâncias onde não poderá ocorrer o trâmite de Emenda Constitucional como em caso de estar ocorrendo intervenção federal ou estado de defesa ou estado de sítio. Já os requisitos Temporais estão previstos no artigo 60, § 5º da CF/88, que a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou prejudicada não pode ser objeto de nova

proposta na mesma sessão legislativa.

Por fim, os requisitos dispostas no art. 60 § 4º da Constituição Federal de 1988, são denominados limites materiais e decorrem do próprio sistema constitucional. Referem-se as vedações expressas na Constituição Federal, o legislador originário, impôs limites às reformas constitucionais evitando alterações nas bases da Constituição, constituem as chamadas cláusulas pétreas.

Por todos estes requisitos ou limites a Constituição Federal atual é considerada rígida e não flexível, por suas diversas solenidades de alteração do texto constitucional, devendo ainda respeitar todo um rito estabelecido pela própria Constituição.

E finalmente a terceira espécie de Poder Constituinte, o Difuso que é o que mais nos interessa neste estudo, pois se caracteriza pelo poder atribuído aos agentes políticos de adequação da Constituição Federal de maneira menos formal.

Assim, é neste contexto de alteração da CF que se insere a Mutação Constitucional, que para além daquelas modificações formais, são reconhecidas as modificações informais, isto é, aquelas que modificam não o texto da Constituição, mas seu significado e interpretação.

Ou seja, no Poder Constituinte Difuso ocorre a Mutação Constitucional que altera o significado de determinada norma sem observância dos mecanismos formais; sendo portanto diverso de reforma constitucional, a partir de nova interpretação, pode ser dividida em duas espécies: Interpretação Construtiva com a extensão do alcance da constituição (ex.: art. 5º, LXIII, CF – direito ao silêncio não restrito ao preso) e a interpretação evolutiva abrangendo situações que não foram contempladas (ex.: art. 5º, XII, CF – inviolabilidade das comunicações pela internet, email).

Mas também existem métodos ainda polêmicos, como a mutação pela atuação do legislador, neste caso, o legislador edita uma norma infraconstitucional que modifica a interpretação de

determinada norma da Constituição. É menos comum e tem gerado críticas na doutrina (ex.: art. 102, I, b, CF – competência especial por prerrogativa de função).

Neste ponto vale destacar a aproximação entre o poder constituinte difuso e o chamado neoconstitucionalismo, o paradoxo constitucional, uma vez que a Constituição dotada de força normativa e vinculante, precisa, ter resguardada sua normatividade mas também se adaptar às novas realidades sociais.

A força da ideia do neoconstitucionalismo como evolução constitucional cresce no Brasil. O constitucionalismo de origem na antiguidade clássica que se traduz pela limitação do poder do Estado fica para trás, e o neoconstitucionalismo entendido como a busca de uma reaproximação entre direito e moral e da preocupação com a justiça do direito se fortalece.

O chamado neoconstitucionalismo se enquadra como uma doutrina do Direito onde a Constituição está no centro do ordenamento jurídico, e interpreta o direito a partir dos Direitos Fundamentais. Essa corrente de pensamento se contrapõe ao anterior constitucionalismo que, baseado em uma visão meramente positivista, defendia uma interpretação dura e fria das normas constitucionais.

2- DA ESTRUTURA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: PRINCÍPIOS E REGRAS

Tem-se que o direito se expressa por meio de normas. E as Normas Constitucionais em síntese são formadas por regras e princípios que, o nosso Legislador Constituinte elegeu e elevou a nível constitucional, para estruturar o Estado através de direitos e garantias fundamentais.

Sobre o conceito de Norma Jurídica diz o autor Humberto Ávila, em sua obra *Teoria dos Princípios* (2014, p. 30):

“Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no

objeto de interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte”.

Segundo afirma o autor há diferença entre o texto e norma, pois nem sempre quando existir um texto existirá também uma norma, ou seja, na interpretação de um texto é possível verificar uma norma, e ainda se terá que analisar se dessa norma é possível haver uma regra ou um princípio. Pois, segundo este autor, as normas podem ser princípios ou regras, ou seja, norma é o gênero da qual derivam as espécies normativas regras ou princípios.

As regras são rígidas e inflexíveis e não podem ser objeto de interpretação e análise. Já os princípios devem e precisam ser interpretados e analisados, e isso não implica em exclusão de um deles do dispositivo uma vez que, dependendo do caso concreto, um pode ter peso maior e acabar prevalecendo.

Já quando duas regras se colidem ocorre o conflito e apenas uma poderá prevalecer e ser aplicada, ou seja, são incompatíveis entre si. Havendo conflito entre regras deverá ser resolvido pelos meios clássicos de interpretação como aquele que determina que a lei especial derroga a lei geral e a lei posterior afasta a anterior.

Já os Princípios pelo contrário, sendo diretrizes gerais do ordenamento jurídico, seu campo de incidência é bem mais amplo, entre eles pode haver colisão e convivência, ou seja, quando colidem não necessariamente se excluem.

O jurista Luís Roberto Barroso em seu Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Constituição do Novo Modelo, 2009; resume os critérios de classificação das normas de três formas, conforme o conteúdo, a estrutura normativa e o modo de aplicação:

“Quanto ao conteúdo, as normas-princípios exprimem decisões políticas fundamentais (República, Democracia, Estado Federativo, etc), valores a serem observados (dignidade da pessoa

humana, segurança jurídica, razoabilidade, etc) ou fins públicos (desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza, busca do pleno emprego, etc). Por sua vez, as normas-regras são prescrições deontológicas objetivas (obrigações, permissões ou vedações).”

“Princípios são normas predominantemente finalísticas, e as regras são normas predominantemente descritivas”. Por fim, com relação ao modo de aplicação, as normas-regra são mandados definitivos, aplicados na modalidade “tudo-ou-nada”, mediante subsunção conforme sua validade, enquanto as normas-princípio são mandados de otimização, que exprimem direitos *prima-facie*, podendo ser ponderados conforme sua dimensão de peso.”

Ainda, tratando sobre esta questão podemos concluir que:

“Delimitamos normas constitucionais como sentido extraído de um ou mais enunciados normativos constantes da Constituição Federal de 1988, podendo ser classificado quanto à estrutura em duas espécies: as normas-regra e as normas-princípio. O diferencial entre as duas espécies de normas é sua maneira de aplicação, sendo as normas-regra aplicadas via subsunção e as normas-princípio via ponderação (conforme máxima da proporcionalidade). Sendo assim, as normas-regra são normas cujo valor maior é o da segurança jurídica (onde os valores já foram previamente ponderados pelo legislador, não cabendo ao intérprete ou ao aplicador ponderá-los novamente), enquanto as normas-princípio são normas cujo valor maior é a justiça, servindo de guia para o intérprete e aplicador da norma (dando unidade e sentido ao sistema). (MEINBERG, 2014, p. 37)

Assim, as normas-regra são aplicadas mediante subsunção e as normas-princípios mediante ponderação, as primeiras são inflexíveis, são aplicadas ou não, sem espaço para maleabilidades. Já as segundas contêm uma dimensão de importância e peso que permite sua aplicação de forma mais ponderada. No entanto, os princípios sempre são aplicados, porém nem sempre na sua integralidade.

O critério diferenciador de princípios e regras é a função desempenhada por cada um na ordem jurídica como um todo, ressaltando que os princípios desempenham uma função mais importante do que as regras, pois eles servem para interpretá-las.

Podemos afirmar que os princípios são normas gerais, abstratas e indeterminadas, dotadas de valores que desempenham função de elevado grau de importância no ordenamento jurídico, com o fim de serem aplicadas através de juízo ponderação voltado as peculiaridades fáticas e jurídicas do caso concreto.

Ou seja, normatividade e realidade se intercalam de tal modo que há uma recíproca influência de uma sobre a outra. Daí a importância do fato de os textos não poderem estar descolados da realidade, sob pena de desuso e esquecimento, daí a necessidade de acreditar na força que possui a norma de influenciar a realidade, a mudança social, operando mudança dos comportamentos. A mutação constitucional caminha nessa estrada sinuosa entre realidade e normatividade.

A abertura semântica de muitos dos conceitos presentes na Constituição decorrem da estrutura aberta ao pensamento em diferentes tempos e espaços da sociedade, pela rigidez constitucional, pois há limites a essa abertura semântica, fincado na estabilidade da ordem constitucional, pautado pela segurança jurídica.

3- A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Há uma natural tensão entre permanência e mudança no Direito, isso nas mudanças formais previstas na Constituição Federal. Mais quando tais mudanças se dão no plano da informalidade, presentes o dualismo, a contradição, a oposição entre conservadores e progressistas, garantistas e legalistas, enfim, o debate acalorado será sempre travado sob altas tensões na construção de uma sociedade plural e democrática.

Nesse sentido, como já expressava o filósofo e jurista italiano Norberto Bobbio:

“A história se apresenta então como um complexo de ordenamentos normativos que se sucedem, se sobrepõem, se contra-põem, se integram. Estudar uma civilização do ponto de vista

normativo significa, afinal, perguntar-se quais ações foram, naquela determinada sociedade, proibidas, quais ordenadas, quais permitidas; significa, em outras palavras, descobrir a direção ou as direções fundamentais em que se conduzia a vida de cada indivíduo. Perguntas do gênero: Junto a determinado povo, eram permitidos ou proibidos os sacrifícios humanos? Era proibida ou permitida a poligamia, a propriedade dos bens imóveis, a escravidão? Como eram reguladas as relações de família e o que era permitido e o que era proibido ao pai ordenar aos filhos? Como era regulado o exercício do poder e quais eram os deveres e os direitos dos súditos diante do chefe, e quais os deveres e direitos do chefe diante dos súditos?" (2004, p. 25)

Diz o autor Adriano Sant'Ana Pedra, em sua obra: *As mudanças informais na constituição pela evolução da jurisprudência constitucional, condições e limites mutação constitucional*, que:

"A Mutação Constitucional cumpre um papel de grande relevância no processo de concretização constitucional, pois harmoniza a busca do sentido normativo com a segurança jurídica exigida pelo Estado Constitucional. O fenômeno das mutações constitucionais constitui uma constante na vida dos Estados e a Constituição deve ser compreendida dentro de seu tempo". (2018, p. 16)

Às vezes o significado de uma palavra é aparentemente claro, mas ela adquire um sentido próprio distinto daquele atribuído originalmente quando inserida em um contexto, que leva em conta localidade, época e os valores do povo a qual se destina.

Um interessante estudo sobre o conceito de Mutação foi realizado por Carlos Victor Nascimento dos Santos, em sua obra *Reconstruindo o conceito de mutação constitucional* (2015), mencionando autores estrangeiros que se debruçaram sobre o tema, destaca:

(...) o alemão Jellinek (1991, p. 1-90), em obra escrita no final do século XIX, diz que a mutação constitucional é fundada na teoria do fato consumado, em que se demonstra uma situação já consolidada no tempo. A partir da existência de um fato consumado vem a possibilidade de alteração de sentido de um texto normativo, considerando que o ali disposto poderia não

mais atender às demandas da realidade social vigente.

(...) Hsü Dau-Lin, em 1932, ao escrever sobre as transformações constitucionais disse que a mutação constitucional é um fenômeno que revela uma nova ordem política, demonstrando um distanciamento entre as normas constitucionais e a realidade social.

(...) o espanhol Manuel García-Pelayo, entendia a mutação constitucional como uma situação excepcional que tende a se tornar rotina, convertendo-se em norma e transformando a estrutura da norma constitucional. Destaca quatro formas de manifestação das mutações constitucionais: (i) a prática não regulada pelo texto constitucional e que não se opõe às suas regras escritas; (ii) impossibilidade do uso ou desuso de determinado mandamento constitucional; (iii) práticas que se opõem aos preceitos constitucionais; e (iv) práticas ou leis que esvaziam os direitos e garantias individuais a partir das transformações causadas por interpretações das normas constitucionais (García-Pelayo, 1951, p. 126, 137-138)

Dos autores nacionais que se debruçaram sobre o tema destaca-se como pioneira Anna Cândida Ferraz em sua obra *Processos informais de mudança da Constituição* (2015, p. 09-11), dizendo que a mutação constitucional é a alteração do significado, do sentido e do alcance da norma, sem a modificação do texto. Explicando sobre sua ocorrência afirma que:

“(...) 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”.

Nesse sentido, afirma o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso em seu *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo* (2011, p. 148-149), que a mutação enquanto fenômeno pelo qual a Lei Fundamental é transformada em seu sentido, sem qualquer modificação da letra da lei:

“(...) a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem

observância do mecanismo constitucionalmente, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. (...)”.

No entanto, no Brasil a mutação constitucional é exercida mais comumente pelo Poder Judiciário e na prática pelo Supremo Tribunal Federal. Que a exerce ao aplicar a Constituição, o STF atualiza o sentido do texto constitucional sem alterá-lo.

Com as decisões do STF aplicando a Mutação Constitucional forma-se importante evolução da jurisprudência contribuindo para atualização da própria Constituição, e assim permite manter sua harmonia com a realidade social. De tal forma que ainda que o texto constitucional permaneça o mesmo, a norma que daí emana é atualizada para estar em consonância com a sociedade do seu tempo.

A interpretação da Constituição sempre ocorrerá em um determinado contexto social e político, assim, ela decorrer  de um processo informal de uma nova atribuição do sentido normativo, que leva em conta elementos da vida real, fatores e valores advindos da sociedade que a deseja e a exige, aos olhos do interprete.

A Mutação constitucional ocorre sempre a partir da nova interpretação que os órgãos estatais d o as normas constitucionais, seja pela interpretação construtiva de extensão do alcance da Constituição. Ex: art. 5^a LXIII - *o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;* (O direito ao silêncio não é restrito aos presos).

Seja pela interpretação evolutiva que abrange situações que não foram contempladas. Ex. Art. 5^a XII - *  inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telef nicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;* (abrange a internet, e-mail, etc.)

A guisa de exemplos práticos, na área dos costumes a

questão dos direitos da mulher, a expressão “mulher honesta” foi finalmente retirada do Código Penal Brasileiro apenas em 2009, após sofrer mutações, e ainda é utilizada por alguns operadores do direito como forma de desqualificar mulheres vítimas de violência, no que alguns se contrapõe chamando de “cultura do estupro”.

Nosso Código Penal de 1940 ao tratar dos crimes contra a dignidade sexual abordou com a ideologia machista, moralista e paternalista da época. Historicamente, o Direito Penal apenas se preocupou com a mulher para classificá-la, na condição de sujeito passivo dos crimes sexuais, como “virgem”, “honesto”, “prostituta”.

Por Lei, nem todas as mulheres eram protegidas quando vítimas de atentado ao pudor. O Código Penal previa reclusão somente para quem, mediante fraude, agisse para: “induzir mulher honesta a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso”. As demais mulheres, tidas como “desonestas”, não podiam recorrer aos tribunais nessas circunstâncias.

Ficava evidente na Lei a ideologia do Estado de repressão da sexualidade e não de proteção a mulher. O bem jurídico protegido era “o costume” e o “senso moral”, havia a criminalização da liberdade da vida sexual em contraposição com questões religiosas, de fora a dignidade da pessoa humana. Isso, evidentemente, tornou-se insuportável, não somente sob a nova ordem constitucional, como do próprio amadurecimento social sobre a sexualidade.

O conceito de mulher honesta sofreu ao longo dos anos uma mutação, de forma que o que entendemos hoje como sendo “mulher honesta”, não obstante a subjetividade vaga da palavra, certamente não se confunde com o utilizado pelos nossos antepassados, razão pela qual, inclusive, referida expressão foi suprimida do Código Penal.

Um caso específico onde o nosso Supremo Tribunal Federal exerceu a mutação Constitucional foi no Habeas Corpus

91.361-0 SP, relator ministro Celso de Mello. Este Habeas Corpus trazia para o judiciário um grande conflito que existia entre o dispositivo constitucional que estabelecia a prisão civil de depositário infiel e um tratado internacional sobre direito humano a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em seu artigo 7º, que dispunha: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente, expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”, e que foi aquiescido pelo Brasil. Pois bem, a questão foi resolvida pelo STF., que entendeu que a prisão civil não atendia as novas perspectivas em termos de direitos humanos, sendo necessário atribuir ao dispositivo constitucional nova interpretação.

Vejam-se trechos do voto do ministro relator:

“Em uma palavra, Senhores Ministros: interpretação judicial há de ser vista como instrumento juridicamente idôneo de mutação informal da Constituição, revelando-se plenamente legítima a adequação da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea”. [...]

Outros exemplos de Mutação Constitucional é o conceito de família prevista no art. 226,  3 da CF., onde a União Estável entre homem e mulher foi reconhecida pelo STF como entidade familiar, e mais recentes decisões denotam relevante amplia o do conceito de família com inclusão de novas espécies familiares não dispostas na norma positiva, a exemplo da união homoafetiva.

Além desse exemplo, podemos ver a muta o constitucional ocorrendo na expressão “casa” prevista no artigo 5 , inciso XI, da Constitui o Federal de 1988, que estendeu o conceito para local de trabalho e de estadia como hotel, entre outros, para efeitos legais.

Em suma, diante do evento da Muta o Constitucional

cabará sempre ao interprete da Lei conhecer a função que tem o sistema normativo de uma dada sociedade para que consiga extrair a essência da norma, com expansão dos direitos fundamentais. Assim, o STF entrega um importante trabalho através da Mutação Constitucional, de adequar a norma constitucional a realidade social, política e econômica da sociedade atual brasileira.

4- A EXPANSÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Vivemos na Nova República (1985), cujo marco importante desse período foi a Constituição de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, sendo um Estado Democrático de Direito. O nome República vem do latim *res publica* que significa "coisa pública", "coisa do povo". Nesse sentido, um governo republicano é aquele que põe ênfase no interesse comum, no interesse da comunidade, em oposição aos interesses particulares e aos negócios privados.

Portanto, república combina com democracia que por sua vez combina com justiça, são conceitos intrincados, que nem sempre caminham juntos. Em outras palavras, liberdade, igualdade e fraternidade combinam com Justiça Social.

Em outras palavras, República tem por objetivo a aplicação da JUSTIÇA GERAL, a aplicação da sonhada justiça social. Segundo Aristóteles a Justiça Geral é a VIRTUDE e segundo o autor Tomas de Aquino, a Justiça Geral tem por objetivo o BEM COMUM.

Pois bem, no Título II especialmente nos artigos 5^a e 6^a da atual Constituição constam os chamados Direitos Fundamentais, que são direitos individuais de cada cidadão e coletivos, ou seja, destinados a todos de forma indeterminada e indivisível.

Aqueles previstos no artigo 5^o são os Direitos a Liberdade Individual. Já no artigo 6^a trata dos Direitos Sociais onde os remédios ou as ações judiciais não bastam para garanti-los,

tratam-se de situações que precisam ser criadas, normalmente por políticas públicas que na maioria das vezes para ser efetivado é necessário a atuação do poder judiciário.

A prestação do serviço público depende da real existência dos meios, como exemplo o direito de propriedade é diferente do direito à moradia, a educação é mais do que o direito a vaga e as condições de estudar, como efetivá-lo a todos indistintamente? Não existindo escolas, hospitais e servidores capazes e em número suficiente como prestá-los, o que fazer? Prestá-lo somente a quem tiver a oportunidade e a sorte de obter uma decisão judicial e abandonar a imensa maioria na fila se espera?

A exploração mercantil dos serviços públicos, mesmo os essenciais, frequentemente vem sendo louvada como um valor da iniciativa privada; “privatize já” para a educação, segurança, fornecimento de águas, e até para a saúde dizem os que têm condições financeiras. Ao mesmo tempo em que proliferam os serviços particulares de saúde, decaem os serviços públicos da área. As seguradoras e prestadoras de serviços de saúde atendem os que têm emprego fixo, ou os que têm renda suficiente para filiar-se a um plano de saúde.

O que dizer dos trabalhadores informais, dos que estão em setores menos dinâmicos da economia, dos que não podem pagar um plano de saúde? Quem os defende?

Do outro lado também há contradição, considerar que o Estado Republicano deva se responsabilizar por todos os prejuízos, deva comportar-se como uma agência seguradora geral de cidadãos e instituições, enquanto fica impossibilitado de dar soluções as demandas populares, configura um Estado meramente assistencialista que mantém os menos favorecidos eternamente presos e usados como massa de manobras de projetos de poder nada Republicanos.

A realidade se impõe amarga, pois foi amplamente divulgado pela mídia nos últimos dias que segundo dados do IBGE - em 2018, o país tinha 13,5 milhões pessoas com renda mensal

per capita inferior a R\$ 145,00, critério adotado pelo Banco Mundial para identificar a condição de extrema pobreza. Seguidos de mais 25 milhões de pessoas com renda mensal per capita de até R\$ 402,00, estes vivendo na linha da pobreza. Tem-se que a pobreza atinge a população preta ou parda, que representa 72,7% dos pobres, em números absolutos 38,1 milhões de pessoas. E as mulheres pretas ou pardas compõem o maior contingente, 27,2 milhões de pessoas abaixo da linha da pobreza.

Essa rápida digressão dos dias atuais, serve para vermos que no Brasil pouco se evoluiu na concepção de que o poder emana do povo e para o povo, onde por consequência lógica os direitos fundamentais estariam em total grau de sintonia para atender aos anseios deste povo, infelizmente não é assim.

Por isso, imprescindível a necessidade de um ordenamento jurídico que atenda a finalidade do bem comum, com o devido respeito às instituições democráticas e à dignidade da pessoa humana, devendo sempre ser buscado a exegese, ainda que informal e decorrente de mutação, que considere o homem com um fim em si mesmo, na busca da sua felicidade.

Importante destacar que atualmente, existe uma discussão tanto acadêmica como política no tocante à implementação de direitos fundamentais na sociedade. Portanto, torna-se premente a caracterização do momento em que se iniciou a inserção de políticas públicas no ordenamento jurídico, tendo em vista que ela compõe um elemento que garante os direitos fundamentais (DANTAS; LEÃO JUNIOR, 2014, p.71), em vista da sua expansão em torno da mutação constitucional.

Não podemos olvidar que a busca da organização da vida política e da estruturação das sociedades em torno de regras, tem sua origem na preocupação com o bem comum. Como bem ensina Pozzoli, ao estudar o pensamento de Maritain sobre o bem comum:

Considerando a sociedade humana comunitária, seu fim é o bem comum. Conceito-chave da doutrina social tomista aprofundado por Maritain. Esse bem comum é diferente da simples

soma dos bens individuais e superior aos interesses da pessoa como indivíduo, enquanto parte do todo social. Essencialmente, ele é a íntegra da humanidade reunida, de um todo composto de pessoas humanas, ou seja, ao mesmo tempo material e moral. (POZZOLI, 2001, p. 87)

Ou seja, todo o agir e o fazer precisam de adequação às necessidades humanas, que além da dignidade, o bem comum resulta da unidade e da igualdade das pessoas e que se relacionam em todos os aspectos da vida social. Assim como funciona a legislação brasileira em busca de alcançar os avanços e anseios da sociedade.

Sabemos que os Direitos fundamentais são normas jurídicas auto exigíveis, não são meramente preceitos balizadores, eles têm efetividade, ou seja, eficácia jurídica. Sendo imperativo assegurar a exigibilidade dos direitos fundamentais, ou seja, quando qualquer pessoa tem seu direito fundamental atingindo, este tem o direito de tê-lo efetivado. Pode, então, provocar a atividade jurisdicional do Estado para que este direito seja defendido, exigido.

A Constituição de 1988 prevê (art. 5^a §2º) que os direitos e garantias expressos em seu texto não excluem outros decorrentes dos princípios e regime por ela adotados, além dos tratados internacionais que o Brasil seja parte. Reconhece a fundamentabilidade material dos direitos fundamentais, de modo a admitir a existência desses direitos de forma implícita e decorrentes dela ou até mesmo fora do texto constitucional.

Assim, o autor Dieter Grimm em sua obra *Constituição e Política* afirma que:

“Os direitos fundamentais não são apenas direitos subjetivos de defesa contra o Estado, sendo também princípios objetivos, pelos quais deve se orientar a ordem jurídica, eles produzem para o Estado não só efeito limitador, mas também efeito intimativo.” (2006, p. 277)

Os direitos fundamentais são normas e, mais que isto, a atual Constituição Federal elevou os direitos fundamentais à categoria de normas constitucionais. Em outras palavras qualquer

norma ou ato normativo que se oponha aos direitos fundamentais afronta diretamente a Constituição e sua supremacia, por isso, eivado de inconstitucionalidade, este ato ou norma deve ser expelido do ordenamento jurídico brasileiro.

As características dos direitos fundamentais é um tema de grandes discussões jurídicas entre os doutrinadores. Os estudiosos têm procurado estabelecer um maior rol possível das referidas características, mas nunca deixando de existir divergências entre eles.

De acordo com a doutrina dominante podemos citar algumas características importantes dos direitos fundamentais: Universalidade; Indivisibilidade; Inviolabilidade; Indisponibilidade; Aplicabilidade imediata; Inalienabilidade; Interdependência; Irrenunciabilidade; Vedação ao retrocesso; Efetividade; Limitabilidade ou relatividade; Imprescritibilidade; Historicidade.

Dentro das normas de Direitos Fundamentais estão condensadas as diversas características acima elencadas e outras, que se constituem em elementos de limitação e de estímulo as alterações constitucionais, são eles os principais vetores que devem direcionar a interpretação de todo o sistema jurídico. Em outras palavras, os Direitos Fundamentais são a fonte que direcionam e alimentam a Mutação Constitucional, ao mesmo tempo em que são limite de atuação.

A guisa de exemplo da complexidade de aplicação da Mutação frente aos direitos fundamentais o conceito de direito à vida, encontrado no caput do art. 5º da Constituição Federal de 1988, um dos mais importantes direitos fundamentais. A delimitação de seu conceito para certas situações não está preconcebida e depende de uma valoração por parte do aplicador da Lei de acordo com os paradigmas predominantes na sociedade. Não raro pela localização, a situação, pelos valores concebidos em tal sociedade, pelos costumes e práticas, o alcance do direito à vida pode variar.

Assim foi na Arguição de Descumprimento de Preceito

Fundamental nº. 54 que garantiu, no Brasil, a interrupção terapêutica da gestação de feto anencéfalo. A ação relatada pelo ministro Marco Aurélio Mello, foi julgada apenas oito anos depois, numa votação com a participação dos 11 ministros e aprovado com placar de 8 votos a favor, e 2 votos contra. Foi o voto do Ministro Marco Aurélio que atuou como relator:

“A questão posta nesta ação de descumprimento de preceito fundamental revela-se uma das mais importantes analisadas pelo Tribunal. É inevitável que o debate suscite elevada intensidade argumentativa das partes abrangidas, do Poder Judiciário e da sociedade. Com o intuito de corroborar a relevância do tema, faço menção a dois dados substanciais. Primeiro, até o ano de 2005, os juízes e tribunais de justiça formalizaram cerca de três mil autorizações para a interrupção gestacional em razão da incompatibilidade do feto com a vida extrauterina, o que demonstra a necessidade de pronunciamento por parte deste Tribunal. Segundo, o Brasil é o quarto país no mundo em casos de fetos anencéfalos. Fica atrás do Chile, México e Paraguai. A incidência é de aproximadamente um a cada mil nascimentos, segundo dados da Organização Mundial de Saúde, confirmados na audiência pública. Chega-se a falar que, a cada três horas, realiza-se o parto de um feto portador de anencefalia. Esses dados foram os obtidos e datam do período de 1993 a 1998, não existindo notícia de realização de nova sondagem”. Os tempos atuais, realço, requerem empatia, aceitação, humanidade e solidariedade para com essas mulheres. Pelo que ouvimos ou lemos nos depoimentos prestados na audiência pública, somente aquela que vive tamanha situação de angústia é capaz de mensurar o sofrimento a que se submete. Atuar com sapiência e justiça, calcados na Constituição da República e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, obriga-nos a garantir, sim, o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em eventual ação por crime de aborto. Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro.

A decisão do STF não descriminalizou o aborto, bem como não criou nenhuma exceção ao ato criminoso previsto no Código

Penal Brasileiro, a ADPF 54 decidiu, porém, que não deve ser considerado como aborto a interrupção terapêutica induzida da gravidez de um feto anencéfalo.

A decisão do STF mudou a interpretação que a Justiça deve ter sobre tais casos. Essa possibilidade de mudança decorre justamente da abertura da Constituição Federal de 1988 e flexibilidade das normas de direitos fundamentais frente a mutação constitucional.

5- O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A rigidez constitucional e todo o sistema de hierarquia normativa garantem estabilidade e segurança jurídica, especialmente as cláusulas pétreas; mas são significa dizer que tais mecanismos visem a imobilização constitucional; pelo contrário, são institutos jurídicos voltados a preservação de valores fundamentais, mas que permitem a maleabilidade pois a Constituição é aberta e sensível a evolução social, política, econômica e cultural.

A segurança jurídica é instituto de suma importância na análise da mutação constitucional, pois ela está dentro do grupo dos direitos fundamentais que compõem a base da Constituição Federal e na qualidade de direito fundamental e princípio constitucional, é uma garantia do Estado, de forma que não se admite que qualquer ato administrativo ou judicial atue sem observá-la e sem protegê-la.

“Qualquer tentativa de solução da tensão entre permanência e mudança não pode deixar de considerar aquilo que reclama a segurança jurídica. Por tais motivos, o Poder Público está obrigado a promover as condições necessárias para a sua concretização”. (BLANCO, apud CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 142).

Identifica-se no princípio da segurança jurídica duas importantes dimensões, uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A dimensão objetiva impõe limites à retroação e

busca guardar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, nos termos do Art. 5º, XXXVI da CF. A dimensão subjetiva tem abrangência na proteção e na confiança dos indivíduos em relação a atos, procedimentos e condutas derivadas da atuação estatal.

A mutação constitucional será legítima desde que não despreste o espírito da constituição, sua utilização deve visar o desenvolvimento, a atualização e a complementação das normas constitucionais positivas, mas sem contrariá-las.

A mutação constitucional dos direitos fundamentais assegura a estabilidade da Constituição e, diante da alteração dos valores sociais há possibilidade de renovação desses pelo texto normativo fundamental. De forma que satisfeitas as dimensões subjetivas e objetivas da segurança jurídica pelo fenômeno da mutabilidade das normas de direitos fundamentais, não há que se falar em insegurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro com a sua incidência.

Os direitos fundamentais, portanto são passíveis de sofrer mutação constitucional, pois são passíveis de mudança de significado, sentido, alcance, dada sua maleabilidade, abertura e caráter principiológico.

Mas deve sempre passar pelo crivo da segurança jurídica, valendo desde que haja respeito e cumprimento de seus próprios mandamentos, que tenha caráter evolutivo, jamais de retrocesso, desde que se assegure a estabilidade da Constituição e, diante da alteração dos valores sociais no contexto em que é analisada haja amparo desses pelo texto normativo fundamental.

As normas de Direitos Fundamentais são o vetor interpretativo das demais normas constitucionais, de forma que, quando uma norma comportar mais de um entendimento, deverá prevalecer aquele que melhor preservar a carga dos Direitos Fundamentais que eventualmente possam ser atingidos.

Sabendo-se que os efeitos das normas de Direitos Fundamentais não se restringem apenas a Constituição, por conta da

supremacia da Constituição, tais normas influenciam todo ordenamento jurídico infraconstitucional.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto acima, temos que o poder difuso e o ordenamento jurídico é formado por um conjunto de normas que se sucedem e se contrapõem e pode sofrer alterações informais, nas normas-regra mediante subsunção e nas normas-princípios mediante ponderação, tais alterações se relacionam com a demanda por segurança jurídica, em especial no âmbito dos direitos fundamentais. A evolução cada vez mais rápida da sociedade tem que refletir avanços nos direitos fundamentais, observando limites e buscando preservar sua essência, mínimo vital e a dignidade da pessoa humana.

A mutação constitucional que envolve direitos e garantias fundamentais é um caminho de via única, no sentido de que admite apenas avanços nas mudanças informais, não apenas proibição de retrocesso, mas também uma exigência de avanços para a sociedade plural e democrática.

Há limites para as mutações constitucionais e são imprescindíveis. Se por um lado, é necessária a conformação da Constituição à realidade social, por outro, deve-se ter a prudência de não cair em estado de anomia e propiciar a insegurança jurídica.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.
- BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- _____. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CLÈVE, C.M. e LORENZETTO, B.M. *Mutação constitucional e segurança jurídica: entre mudança e permanência*. 2015. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. Unisinos. Paraná.
- COSTA, Cíntia Cleusa. *Mutação constitucional dos direitos fundamentais versus insegurança jurídica*. *Revista Acadêmica Direitos Fundamentais*, Osasco, SP, v. 5, n. 5, p.115-131, 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/613-1930-1-pb.pdf>> Acesso: em dezembro 2019
- DANTAS, Lucas Emanuel Ricci; LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. A inclusão da pessoa com deficiência: o nexo entre o direito e as políticas públicas. *Revista Direito Mackenzie*, v. 8, n. 1, 2014.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. 2ª. Ed. Osasco: Edifício, 2015

- GRINOVER, Ada. *Controle da constitucionalidade*, RePro 90/11.
- HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. 1991. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris.
- KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Emendas e Mutações Constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Editora Atlas, 2009.
- MEINBERG, Marcio Ortiz. *Direitos fundamentais e mutação constitucional*. 2014. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível:<<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6611/1/Marcio%20Ortiz%20Meinberg.pdf>> – Acesso em dezembro 2019.
- PEDRA, Adriano Sant’ana; *As mudanças informais na constituição pela evolução da jurisprudência constitucional: condições e limites*, Editora Podivm – Capítulo I do Livro Separação dos Poderes aspectos contemporâneos da relação entre executivo legislativo e judiciário, 2018.
- POZZOLI, Lafayette. *Maritain e o Direito*. São Paulo: Loyola, 2001.