

O neoconstitucionalismo e a atuação do poder constituinte difuso: uma análise crítica da mutação constitucional em decisões judiciais para a aplicabilidade dos direitos fundamentais

Neoconstitutionalism and the action of diffuse constituent power: a critical analysis of constitutional mutation in judicial decisions for the enforceability of fundamental right

DOI:10.34117/bjdv7n8-119

Recebimento dos originais: 07/07/2021

Aceitação para publicação: 02/08/2021

Vinícius Klock Scalzitti

Atualmente é Bolsista de Iniciação Científica PIBIC/CNPq (2021/2022) pela PRPPG-UNEMAT. Membro do Corpo Editorial da Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade (FIDES - ISSN 2177-1383). Acadêmico de Direito da Universidade do Estado de Mato Grosso Carlos Alberto Reyes Maldonado (UNEMAT), Campus Universitário Jane Vanini - Cáceres/MT. Acadêmico de Letras/Inglês da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Integrante do Grupo de Pesquisa Constitucionalismo Democrático Latinoamericano, Novas Intersubjetividades e Emancipação Social (MINGA) da PRPPG-UNEMAT. Membro Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Integrante do Grupo de Estudos Avançados em Sistema de Justiça Penal e Democracia (GEA-MT) pelo IBCCRIM.

E-mail: viniciusklock@hotmail.com

Gabriel Salazar Curty

Atualmente é Mestrando em Ciências Criminais (PPGCCRIM) pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), com bolsa de estudo integral concedida pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI). Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso Carlos Alberto Reyes Maldonado (UNEMAT). Integrante do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal (GPESC) e Grupo de Pesquisa em Gestão Integrada da Segurança Pública (GESEG). Integrante do Grupo de Estudos em Ciências Criminais e Direitos Humanos do IBCCRIM em Porto Alegre-RS. Membro Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).

E-mail: gabriel.curty@edu.pucrs.br

Me. Jefferson Antonione Rodrigues

Mestre em Direito, UNIVEM – Marília/S, Mestre em Teologia, Especialista em Direito Ambiental Urbano, Especialista em Segurança do Trabalho, Pós-graduando em Educação Indígena e História Afro. Membro do corpo docente da UNEMAT, Cáceres/MT e da FCARP, Araputanga/MT. Exerce liderança em grupos de pesquisas e estudos. Editor Geral de Revistas Informativa Acadêmica e Científica. Coordenador de Projetos de Responsabilidade Social.

E-mail: drjeffersonrodrigues@gmail.com

RESUMO

Trata-se de uma análise crítica sobre a forma que o exercício do Poder Constituinte Difuso, na manifestação do instituto da mutação constitucional em decisões judiciais, fortalece o movimento doutrinário pós-moderno, denominado de Neoconstitucionalismo. Assim, este movimento atual prega uma concepção de Constituição cujo valor não é apenas o hierárquico, mas sim o axiológico, de modo que exista um Estado Democrático Social que efetiva, na concretude, Direitos Fundamentais. Deste modo, esse artigo traz à tona a ideia de que quando a Constituição Federal de 1988 é interpretada pelo judiciário, de maneira informal, respeitando os limites hermenêuticos e os limites impostos pelo constituinte originário, ao passo que modifique o seu significado, mantendo-se a literalidade dessa norma suprema intacta, isso favorece, indubitavelmente, o cumprimento do que se busca nesse movimento constitucionalista atual. Além disso, este trabalho acadêmico também explica a maneira que a mutação constitucional se manifesta em algumas decisões judiciais, ao expor o risco quando um Estado, que é construído sob a ótica da democracia e dos fundamentos da fraternidade e da igualdade, não fortalece o movimento pós-positivista e, em razão disso, necessita-se de um controle mais rigoroso. Por fim, utilizou-se o método dedutivo com abordagem qualitativa, bem como o instrumento de coleta de dados descritos na bibliografia, ora pautados no referencial teórico adotado.

Palavras-chaves: Direito Constitucional, Mutação Constitucional, Novo Constitucionalismo.

ABSTRACT

This is a critical analysis of the way that the exercise of the Diffuse Constituent Power, in the manifestation of the institute of constitutional change in judicial decisions, strengthens the post-modern doctrinal movement, called Neoconstitutionalism. Thus, this current movement preaches a conception of Constitution whose value is not only hierarchical, but axiological, so that there is a Social Democratic State that effectively implements Fundamental Rights. Thus, this article brings to light the idea that when the Federal Constitution of 1988 is interpreted by the judiciary, in an informal way, respecting the hermeneutical limits and the limits imposed by the original constituent, while modifying its meaning, maintaining the literalness of this supreme rule intact, this undoubtedly favors the fulfillment of what is sought in this current constitutionalist movement. In addition, this academic work also explains the way that constitutional mutation manifests itself in some judicial decisions, by exposing the risk when a State, which is built from the perspective of democracy and the foundations of fraternity and equality, does not strengthen the movement. post-positivist and, as a result, more rigorous control is needed. Finally, the deductive method with a qualitative approach was used, as well as the data collection instrument described in the bibliography, now based on the adopted theoretical framework.

Keywords: Constitutional Law, Constitutional Mutation, Diffuse Constituent Power.

1 INTRODUÇÃO

A Teoria do Poder Constituinte foi inaugurada no período iluminista, particularmente, pelo texto publicado pelo eclesiástico Emmanuel Sieyès, no ano de 1789

(Revolução Francesa). Surgiram, então, diversas teorias a respeito da metodologia do poder constituinte, o que ocasionou o aparecimento, no Brasil, de sub-espécies desse poder, dentre elas: o Poder Constituinte Originário, o Poder Constituinte Derivado, este sub-classificado em Poder Reformador, Poder Decorrente e Poder Revisor, além, obviamente, da existência do Poder Constituinte Difuso, escopo principal deste trabalho.

Desse modo, este artigo será desenvolvido com o intuito de aprofundar nessa temática que interfere em todos os ramos do Direito, que é ligada, principalmente, junto ao Direito Constitucional – alicerce e sustento de todo o sistema jurídico. Diante disso, propõem-se uma reflexão sobre a importância do fortalecimento do movimento denominado de Neoconstitucionalismo em um Estado que se intitula, doutrinariamente, como sendo Democrático de Direito, em que a Constituição Federal de 1988 possui valor axiológico, especialmente no que diz respeito à concretização de Direitos Fundamentais. A preocupação central desta pesquisa, portanto, gira em torno da ligação entre o exercício do instituto da mutação constitucional e esse novo movimento do constitucionalismo pós-moderno.

Neste contexto, historicamente, o movimento doutrinário do Neoconstitucionalismo surge, de fato, no início do século XX, com o propósito de buscar-se uma eficácia concreta da norma de validade de todo o sistema jurídico. Em outras palavras, esse movimento não fixa apenas o ideário de que a Constituição exerce um mero poder político delimitador de condutas e promovedor de regras, mas sim um texto efetivo para a implantação do Estado Democrático de Direito. Importante ainda salienta que, além de possuir marcos históricos, filosóficos e teóricos, um dos institutos responsáveis para o fortalecimento desse constitucionalismo pós-moderno é o da mutação constitucional, a qual é um mecanismo utilizado pelo Poder Constituinte Difuso quando os fatores sociais, políticos e econômicos estão em estado de latência em um corpo social. Portanto, esse instituto previsto, de forma tácita, pela Constituição Federal de 1988 é exercido, de maneira representativa, pelos órgãos de poder criados pelo constituinte originário, em consonância com as reivindicações sociais, notadamente em que há indispensabilidade da (re) afirmação de alguns Direitos Fundamentais.

Sendo assim, com o intuito de apresentar neste estudo a relevância do exercício do instituto da mutação constitucional como meio fortalecedor de um movimento doutrinário pós-positivista, destaca-se o objeto central deste. Então, é a partir desta proposta reflexiva que se busca apresentar os principais aspectos do movimento doutrinário Neoconstitucionalista, bem como explicita-se os seus principais marcos fundamentais, seja

histórico, filosóficos e teóricos, ao instigar à compreensão da importância e fundamentação da real existência de um Estado Democrático de Direito Social.

Utiliza-se, portanto, para essas tarefas, o método dedutivo com abordagem qualitativa. Ou seja, são utilizados como instrumentos para a realização desta pesquisa a coleta de dados descritos na bibliografia, juntamente com a legislação brasileira, ao partir dos referenciais teóricos adotados. Além disso, foi feita uma análise bibliográfica por meio de obras de Hermenêutica e Direito Constitucional, especialmente no que tange à utilização da mutação constitucional para o fortalecimento do movimento constitucional pós-moderno intitulado como Neoconstitucionalista.

2 HIPÓTESES

Segundo Gil (2008), o papel fundamental na hipótese da pesquisa é sugerir explicação para os fatos, sendo estas verdadeiras ou falsas, mas, sempre que bem elaboradas, conduzem a verificação empírica que é o propósito da pesquisa científica.

Nesse sentido, o constitucionalismo democrático pós-positivista brasileiro teve o marco histórico, filosófico e político no sentido da construção de um sentimento constitucional, a despeito desse sentimento ser ainda tímido e a norma constitucional de 1988 ter um caráter de volubilidade.

De qualquer modo, é incontestável que o Poder Constituinte Originário de 1988 foi orientado por um princípio que “íntegra a identidade política, ética e jurídica da Constituição Cidadã” (BARROSO, 2018, p. 115), o qual denomina-se de dignidade da pessoa humana.

A partir desse vetor teórico-normativo, positivou-se meios assecuratórios de direitos fundamentais direcionados à pessoa humana na esfera do Direito Constitucional do Estado brasileiro, dentre eles a garantia dos Direitos Fundamentais.

Portanto, devido ao grau de amplitude e de especificidade dos Direitos Fundamentais na Constituição da República de 1988, ao ocasionar uma maior projeção desses direitos, aliado ao fato de existir, no atual movimento constitucionalista moderno, bases principiológicas de mudanças interpretativas da norma superior, ao gerar objetivo de garantia, não apenas formal, mas material do catálogo do Direitos Fundamentais, a hipótese da presente pesquisa possui caráter intuitivo, bem como é originada também em observação dos dados que versam e subsidiam a respeito do objeto pesquisado.

Assim, sabendo que a variável desta produção acadêmica é qualitativa não ordenável, pois possibilita a classificação na categoria, sem qualquer ordenação, de

efetivação ou não efetivação de Direitos Fundamentais através da atuação do Poder Constituinte Difuso frente ao movimento constitucionalista moderno, constitui-se a hipótese de que este movimento atual – neoconstitucionalista, favorece, por meio da mutação constitucional, uma ampliação e efetivação dos Direitos Fundamentais, ao transcender o caráter simbólico da Constituição Federal de 1988.

3 REFERENCIAL TEÓRICO

O entendimento das transformações do Direito Constitucional contemporâneo no tocante as mudanças de interpretação das normas constitucionais é o primeiro passo para que comece a compreender a complexidade e a densidade do problema desta pesquisa.

As transformações paradigmáticas em relação a teoria constitucional contemporânea estão tornando-se cada vez mais presente. Independentemente do motivo que ensejou essas transformações, a consequência disso é que surge um novo modelo de interpretação constitucional, intitulado de neoconstitucionalismo, que se aproxima da leitura ética (axiológica) da Constituição com a finalidade de garantir o princípio da dignidade da pessoa humana, ora o novo eixo epistemológico-axiológico do Estado neoconstitucional de Direito. (GÓES, 2018, p. 146).

O Neoconstitucionalismo conceitua-se como sendo um movimento doutrinário do constitucionalismo pós-moderno, o qual a Constituição Federal de 1988 se torna como centro do sistema (norma jurídica imperativa e superior), possuindo carga valorativa de eficácia irradiante em relação aos poderes e mesmo aos particulares, de modo que concretize valores constitucionalizados e garanta condições mínimas aos soberanos de um Estado cujo regime político é a democracia.

Assim, houve, no plano teórico, três grandes mudanças que subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (BARROSO, 2018).

O surgimento da busca de um novo poder, entendido como Neoconstitucionalismo, corresponde a um novo olhar para o Direito Constitucional, que deve ser compreendido como sendo um poder que “se aproxima da leitura ética (axiológica) da Constituição com a finalidade de garantir o princípio da dignidade da pessoa humana, aqui, agora, vislumbrado como o novo eixo epistemológico-axiológico do Estado neoconstitucional de Direito” (GÓES, 2018, p. 147). Assim, este mostra-se

como um novo paradigma junto à propositura para melhoria de vida junto ao meio social organizado – imersão ao sistema jurídico pátrio

Em outras palavras, a Constituição Federal de 1988, denominada de Constituição Cidadã, surgiu nesses aspectos e por causa desses aspectos supramencionados, ao passo que um dos seus princípios fundamentais, descrito em seu artigo 1º, inciso III, é a dignidade da pessoa humana, sendo também seu objetivo erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, conforme pressupõe o seu artigo 3º, inciso III (BRASIL, 1988).

Assim, a dignidade da pessoa humana funciona

Como valor e como princípio, [...] tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Na verdade, ela constitui parte do conteúdo dos direitos fundamentais. (BARROSO, 2018, p. 152).

Desse modo, traz-se o movimento constitucionalista pós-moderno na abordagem trazida nas obras de Flávio Martins (2019), Guilherme Sandoval Góes (2018), Luíz Roberto Barroso (2018), Pedro Lenza (2017), Flávia Piovesan (2010) e Celso Ribeiro Bastos e Samantha Meyer-Plug (2005).

Nessa mesma perspectiva, têm-se a ideia da busca por um novo paradigma, representado por uma possível mutação frente o que se propôs para a aplicabilidade do poder por parte do tão respeitável Poder Constituinte Originário, entendido como sendo “aquele que instaura uma nova ordem jurídica, rompendo por completo com a ordem jurídica precedente” (LENZA, 2017, p.195).

Com a criação/promulgação e publicação da Constituição Federal de 1988 surge fortemente o destaque ao relevante papel desta como Carta Magna e Suprema, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, como sendo a base de sustentação primordial ao desenvolvimento do bem viver social, ora exemplificado pelo uso do jargão “Estado Democrático de Direito Social”.

Falar em Estado Democrático de Direito Social é, antes de tudo, falar da figura e necessária formação do Estado, em sua nova concepção, a qual possui a missão de buscar igualdade social com o objetivo de para atingir, na concretude, essa finalidade. Além disso, a ideia é de que esse Estado deva intervir na ordem econômica e social para socorrer os que se substabelecem no último grau da estratificação social; a preocupação maior, então, desloca-se da liberdade para a igualdade e fraternidade, tendo um caráter revolucionário.

A este Estado cabe o exercício e a aplicabilidade prática do Poder Constituinte Difuso que, no que lhe concerne, é: “[...] um poder de fato e que serve de fundamento para os mecanismos de atuação da mutação constitucional” (LENZA, 2017, p. 210).

Sendo assim, o instituto da mutação constitucional, não previsto expressamente pelo Poder Constituinte Originário, mas legitimado por ele, institui um novo método de interpretação da norma constitucional, pois o Direito é um fato social e a sociedade não é, incontestavelmente, imutável. No que diz respeito ao fato social, Durkheim (2002, p.11) descreve que é: “[...] toda maneira, de agir, fixa ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior ou mais ainda, que é geral na extensão de uma sociedade dada, apresentando uma existência própria, independente das manifestações individuais que possa ter.”

Posto isso, nota-se que, em virtude de, ontologicamente, a Constituição ser um fenômeno complexo e não apenas a norma abstrata de controle do poder político que expressa, por meio de um protótipo linguístico, uma maneira de agir, a mutação constitucional fomenta essa ideia, de modo que a lei suprema atinja as suas finalidades, os quais são fundamentos basilares do movimento pós-moderno.

Logo, além da Constituição Federal de 1988 ser um instrumento de controle social e político, ela precisa ser um instrumento de manutenção de transformação da ordem social na medida em que Direitos Fundamentais precisem ser concretizados sem que haja um processo formal de reforma da Constituição, uma vez que “a norma tem a pretensão de conformar os fatos ao seu mandamento, mas não é imune às resistências que eles podem oferecer, nem aos fatores reais do poder” (BARROSO, 2018, p. 92).

Depara-se, por ora, com um mecanismo de atuação – a mutação constitucional – que atualiza, de forma prática e eficaz, as normas constitucionais com o seu tempo, isto é, com a realidade social, concretizando, de fato, o que prega o movimento neoconstitucionalista.

Portanto, em relação a esse mecanismo, esta pesquisa, em sua essência, foi norteada pelos trabalhos científicos de Georges Abboud (2011), Uadi Lammego Bulos (1997), Jorge Miranda (2015), Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2013), Virgílio Afonso da Silva (2005; 2006), Lenio Luiz Streck (2008), Guilherme Sandoval Góes (2018), Luíz Roberto Barroso (2018), Pedro Lenza (2017) e, igualmente, em decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal brasileiro quando, em seus votos, utilizou-se a mutação constitucional como justificativa basilar.

Destaca-se esses embasamentos teóricos, tanto a respeito do movimento constitucionalista pós-moderno, quanto do instituto da mutação constitucional, por acreditar que ao transitar, de maneira progressiva e assimilativa, nos estudos do movimento do neoconstitucionalismo, ao propor a noção do quão importante é este movimento em um Estado no qual é construído sob o prisma do princípio da dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal de 1988 deixa de ter um caráter meramente simbólico de norma hierarquicamente superior e passa a garantir, de fato, sua coerência com o gozo universal de todos os Direitos Fundamentais.

4 MATERIAIS E MÉTODOS

O conjunto de procedimentos intelectuais e técnicos adotados para esta pesquisa divide-se em: métodos que proporcionam as bases lógicas de investigação e os que indicam os meios técnicos de investigação e o quadro de referências, além de descrever o nível desta produção acadêmica e seu delineamento.

O método hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa, é o que irá fornecer as bases lógicas da investigação da garantia ou não dos direitos fundamentais sociais das pessoas em situação de rua, tendo em vista que, através de uma combinação de observação cuidadosa, hábeis antecipações e intuição científica, alcançará um conjunto de postulados que governam os fenômenos pelos quais está interessado e, a partir daí, deduzirá as consequências disso (GIL, 2008, p. 12).

No que lhe concerne, o método que indicará os meios técnicos de investigação é o observacional, pois analisará as obras descritas no referencial teórico a fim de responder o problema central desta pesquisa, juntamente com a coleta de dados descritos na bibliografia.

O nível que persegue esta pesquisa é a descritiva, posto que o objetivo primordial é a descrição das orientações doutrinárias das obras escolhidas em relação ao instituto da mutação constitucional e ao movimento constitucionalista pós-moderno com intuito de estabelecer uma análise crítica do fortalecimento ou não de Direitos Fundamentais na aplicabilidade do Poder Constituinte Difuso frente ao movimento constitucionalista pós-moderno.

Em relação ao planejamento da pesquisa em sua dimensão mais ampla, envolvendo tanto a sua diagramação quanto a previsão de análise e interpretação dos dados (GIL, 2008, p. 49), reside no tipo bibliográfico, pois esta pesquisa se utiliza fundamentalmente das contribuições dos diversos autores sobre assunto investigado.

O tipo bibliográfico reside na bibliografia descrita nas referências e no referencial teórico, compondo, inclusive, como fator inicial para a construção da hipótese desta produção.

5 RESULTADOS E DISCUSSÃO

O movimento do neoconstitucionalismo, também denominado de movimento pós-moderno ou pós-positivista teve três importantes marcos fundamentais para a sua consolidação doutrinária, quais sejam, histórico, filosófico e teórico. Diante disso, o marco histórico é evidenciado pelas:

Constituições do pós-guerra, na Europa, destacando-se da Alemanha de 1949 (Lei Fundamental de Bonn) e o Tribunal Constitucional Federal (1951); a da Itália de 1947 e a instalação da Corte Constitucional (1956); a de Portugal (1976) e a da Espanha (1978), toda enfocando a perspectiva de redemocratização e Estado Democrático de Direito. No Brasil, o destaque recai sobre a Constituição de 1988, em importante processo democrático; (LENZA, 2017, p. 73)

De igual modo, o marco filosófico foi pelo fato do:

[...] declínio do positivismo jurídico, dando ensejo ao chamado pós-positivismo. O positivismo foi a maneira perfeita encontrada pela burguesia para garantir suas pretensões, assim que assumiu o poder depois das revoluções burguesas. Antes disso, a burguesia baseava-se no jusnaturalismo para atacar as monarquias absolutistas e as injustiças praticadas pelo monarca. Não obstante, ao assumir o poder, não era mais necessário defender direitos não positivados. Bastava colocar seus valores na legislação”. (MARTINS, 2019, p.87).

O último marco da consolidação do movimento do constitucionalismo contemporâneo é o marco teórico, o qual se baseia nas seguintes ideias: “a) força normativa da Constituição; b) expansão da jurisdição constitucional; c) nova dogmática da interpretação constitucional”. (LENZA, 2017, p. 74).

Destarte, ao analisar os marcos fundamentais para o surgimento desse movimento, verificamos que os objetivos primordiais são: amplificação da jurisdição constitucional, aparecimento da hermenêutica constitucional, protagonismo soberano do Poder Judiciário e, o mais importante deles e o cerne da discussão desse trabalho, maior eficácia das normas constitucionais, sobretudo dos direitos fundamentais, o qual a mutação constitucional é um vetor imprescindível para tal.

No que lhe toca, a mutação constitucional é a ferramenta para o Poder Constituinte Difuso atuar, como descreve Flávio Martins em sua obra:

Nas palavras de José Afonso da Silva, “mutações constitucionais são mudanças não formais que se operam no correr da história de uma Constituição, sem alterar o enunciado formal, sem mudar a letra do texto. Segundo a doutrina tradicional, isso se dá por força da modificação das tradições, da adequação político-social, dos costumes, de alteração empírica e sociológica, pela interpretação e pelo ordenamento de estatutos que afetam a estrutura orgânica do Estado”. (MARTINS, 2019, p.449).

Nessa ótica, este denominado de Poder Constituinte Difuso é diferente dos demais, uma vez que a sua aplicabilidade ocorre por meio da atuação dos intérpretes da norma jurídica. Ou seja, o exercício desse poder difuso modifica a Constituição da República, norma parâmetro de validade de todo o sistema jurídico, sem que ela passe por algum procedimento formal de alteração.

Então, a manifestação desse poder ocorre por meio dos costumes e das convenções constitucionais, bem como por meio da mutação constitucional, alvo primordial para a elucidação do problema desta pesquisa.

Luís Roberto Barroso, em seu livro *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, exemplifica:

Com efeito, a modificação da Constituição pode dar-se por via formal e por via informal. A via formal se manifesta por meio da reforma constitucional, procedimento previsto na própria Carta disciplinando o modo pelo qual se deve dar sua alteração. Tal procedimento, como regra geral, será mais complexo que o da edição da legislação ordinária. De tal circunstância resulta a rigidez constitucional. Já a alteração por via informal se dá pela denominada mutação constitucional, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que são dotadas inúmeras normas constitucionais. (BARROSO, 2010, p. 147)

Desse modo, no que lhe concerne, a Constituição Federal de 1988 foi editada, ao menos em teoria, como meio de transformação da realidade nacional. Será assim na medida em que se cumpra e se realize na vida prática. Uma Constituição que não se efetive não passa de uma folha de papel, pois nada terá a ver com a vida subjacente. As normas que delas decorrem são as garras e as esponjas que a fazem grudar na realidade que ela visa a reger. Que se cumpra para durar e perdurar, enriquecendo-se da seiva humana que nutre e immortaliza, se antes disso o processo de reformas neoliberais, de interesse dos detentores do poder, não a liquidar, pela desfiguração sistemática. (AFONSO DA SILVA, 2000, p. 259).

Nas palavras de Jorge Miranda, se as Constituições na sua grande maioria se pretendem definitivas no sentido de voltadas para o futuro, sem duração prefixada,

nenhuma Constituição que vigore por um período mais ou menos longo deixa de sofrer modificações - para se adaptar às circunstâncias e a novos tempos ou para acorrer a exigências de soluções de problemas que podem nascer até da sua própria aplicação. (2015, p. 251).

O autor ainda continua:

(...) Nenhuma Constituição se esgota num momento único – o da sua criação; enquanto dura, qualquer Constituição se resolve num processo – o da sua aplicação – no qual intervêm todas as participantes na vida constitucional. Ou ainda: as Constituições podem suceder-se e cada tempo tem a sua Constituição, mas o tempo tem sempre de ser constitucionalizado. (MIRANDA, 2015, p. 251).

Logo, o ordenamento jurídico é um sistema dinâmico que interage com a realidade fática que visa a regular. As mudanças e as transformações ocorridas no seio da sociedade interferem diretamente no ordenamento jurídico, que deve, por sua vez, acompanhar essas alterações. Não se faz possível, nem muito menos viável, que as normas jurídicas, principalmente as normas constitucionais, se apresentem afastadas e defasadas da realidade fática. Se não é possível às normas jurídicas preverem ou até mesmo conterem as transformações naturais ocorridas na sociedade – tais como mudanças de ideologias, alteração de valores e avanços tecnológicos -, é necessário ao menos que o sistema constitucional possua mecanismos capazes de acompanharem essas evoluções. (BASTOS, Celso Ribeiro, 2005, p. 145).

Nota-se, então, que a mutação constitucional, ora exercício decorrente do Poder Constituinte Difuso, é um método de interpretação constitucional, contudo ela não se resume apenas a isso.

Ou seja, a mutação constitucional é uma mistura da reforma constitucional (poder constituinte difuso) com a interpretação, sendo sua especificidade a condição de modificar, de maneira categórica, a significação de uma norma constitucional, ao fundamentar sua natureza jurídica e diferenciando-a da simples interpretação.

De forma mais clara, para que se tenha a oportunidade de exercer a mutação constitucional (fator possibilitador) é necessário verificar algumas imposições, quais sejam: a) o lastro democrático; b) as possibilidades semânticas do texto; c) a possibilidade de alteração do sentido conforme os valores constitucionais em vigor.

Quando existentes tais imposições, tanto no novo sentido que se pretende obter ao texto quanto no próprio texto normativo, atinge-se um sentido hermenêutico possibilitador presente na nova perspectiva, isto é, existe, na dicção da alteração e no

texto normativo, uma possibilidade de interpretação naquele sentido. A interpretação, nesse caso, é o fator constitutivo.

Em síntese:

- a) Fator possibilitador: critérios de legitimidade da mutação constitucional;
- b) Fator constitutivo: é a via pela qual se constrói a mutação constitucional, que é a interpretação (instrumento de mutação) e/ou por via dos costumes constitucionais.
- c) Sentido hermenêutico: o texto normativo deve comportar no mínimo duas possibilidades legítimas de interpretação, sendo uma a que “vige” (norma) e a outra a que se quer dar ao texto, ou seja, a interpretação que irá alterar o sentido da norma (mutação).
- d) Poder Constituinte Difuso: é a natureza da mutação constitucional, ou seja, como consequência da mutação, e por via informal, alterou-se o sentido de uma norma constitucional, modificando, sem alteração do texto, a Carta Magna.

Portanto, percebe-se, então, que esse fenômeno de mudança interpretativa da Constituição é de maneira informal, alterando apenas o significado dessa norma suprema, ao auxiliar na efetivação de Direitos Fundamentais, tendo como exemplo o julgamento do ADPF 132 e da ADI 4.277 que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, a despeito do texto constitucional não fosse expresso desse modo.

De acordo com Denise Vargas:

[...] esse tipo de mutação via decisão de perfil aditivo se justificou, no caso do reconhecimento da união homoafetiva, pelo caráter contra majoritário da corte que, no papel de guardião da Constituição, tem a competência para desempenhar a proteção de vulneráveis e minorias contra omissões, exclusões ou excessos empreendidos pelas maiorias. (Op. cit., p. 100)

Barroso (2018, p.94) ainda exemplifica que “no caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente, seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do Direito”.

Sendo assim, quando se diz em garantia de Direitos Fundamentais, ora escopo do movimento neoconstitucionalista, não é necessário que a norma constitucional passe pelo processo de reforma constitucional, uma vez que é apenas utilizando a hermenêutica, através da interpretação judiciária, adequando a lei com a realidade social, é possível garantir direitos e garantias indisponíveis previstos, inclusive, em Tratados Internacionais cujo Brasil é signatário.

Por outro lado, essa mutação constitucional deve ser utilizada não de maneira discricionária e ilimitada, pois se ultrapassar seus limites violará o Poder Constituinte Originário e a soberania a qual pertence ao povo.

Em relação a esses limites, Barroso aponta:

[...] a mutação constitucional há de estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição. Se o sentido novo que sequer dar não couber no texto, serão necessários à convocação do poder constituinte reformador. E se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o poder constituinte originário. (BARROSO, 2018, p. 92).

De maneira mais crítica, no Brasil, a mutação é principalmente consciente, comissiva, realizada por órgãos públicos, tendo por pressuposto a prévia interpretação do texto constitucional. Esse tem sido o caminho mais usual para a definição de novos sentidos para a Constituição do Brasil.

Entretanto, ao observar o funcionamento dos órgãos de poder do Brasil, em especial o Poder Judiciário, o que se pode notar é a atuação tendenciosa do Poder Constituinte Difuso e, por consequência, a equivocada aplicabilidade da mutação constitucional em relação, por exemplo, ao Direito Penal, uma vez que a violação das regras impostas pelo constituinte primaz faz com que o Estado brasileiro se torne um Estado punitivo, arbitrário e despótico. Por ora, é incontestável que esses adjetivos jamais compactuam com um Estado Democrático de Direito, inclusive quando implica na restrição de um Direito Fundamental, que é o da liberdade.

Dessa forma, um exemplo que o Judiciário descumpriu a sua função de apenas julgador, interferindo na sistêmica divisão de poderes da república federativa brasileira, foi no julgamento do *Habeas Corpus* de n. 126.292 no ano de 2016, tendo como relator o Ministro Teori Zavascki, ao votar a favor da execução da pena antes do trânsito em julgado em uma sentença penal condenatória, o que é contrária o texto da norma constitucional, a qual traduz o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, CF/88). Segue a Ementa:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da

presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.

Percebe-se que o Supremo Tribunal Federal, teoricamente, utilizou o fenômeno da mutação constitucional no âmbito do Direito Penal, ao alterar severamente a interpretação do princípio da presunção de inocência, sem a modificação do seu texto. Incontestavelmente, essa conduta do órgão máximo do Poder Judiciário foi errônea, pois interferiu em um Direito Fundamental, e além de atacar diversas outras garantias fundamentais processuais penais, bem como princípios constitucionais penais (ampla defesa, devido processo legal e etc), atacou os princípios norteadores para a realização da interpretação jurídica constitucional. Por isso, é evidente que a limitação da aplicabilidade da mutação constitucional, a respeito do *jus puniendi* estatal, é de extrema importância para a estabilidade jurídica e a efetivação dos direitos e garantias relativos à seara penal.

Sobre a conduta do STF em questão, Bitencourt apontou que,

As garantias constitucionais são flagrantemente desrespeitadas, vilipendiadas, reinterpretadas e até negadas, como ocorreu no julgamento do HC 126.292, ocorrido no dia 17 de fevereiro de 2016. Nesse dia, afirmamos, numa linguagem um tanto inadequada, que “o STF rasgou a Constituição Federal e jogou no lixo” os direitos assegurados de todo cidadão brasileiro que responde a um processo criminal, determinando que aproximadamente uns terços dos condenados, provavelmente inocentes, cumpram penas indevidamente, segundo as estatísticas relativas a reformas pelos Tribunais Superiores. (BITENCOURT, Cezar, 2018, p. 75-76).

Por uma perspectiva interna ao direito, e que visa reforçar a normatividade da Constituição, o papel da jurisdição é o de levar adiante a tarefa de construir interpretativamente, com a participação da sociedade, o sentido normativo da constituição e do projeto de sociedade democrática a ela subjacente. Um tribunal não pode paradoxalmente subverter a Constituição, sob o argumento de a estar garantindo ou guardando. (STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto, 2008, p. 373-376).

Marcelo Andrade aponta que:

(...) O princípio da certeza jurídica requer decisões que podem ser consistentemente tomadas no quadro do Direito vigente e a pretensão de legitimidade da ordem jurídico-democrática requer decisões consistentes não apenas como tratamento anterior de casos análogos e com o sistema de normas vigentes, mas pressupõe igualmente que sejam fundadas nos casos concretos, de tal modo que os cidadãos possam aceitá-las como decisões racionais. (OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de., 2013, p. 154).

Em contrapartida, é imprescindível a consonância dos valores normativos tutelados pela Constituição da República com a realidade social para a legitimação do ordenamento jurídico. Logo, a modificação informal, oriunda do poder de fato, qualificador da mutação constitucional, emerge como mecanismo fundamental para atribuir a tangível aceção às normas constitucionais. Assim, a mutação constitucional, resultado do desenvolvimento deste poder, atua como função primordial na efetivação dos Direitos Fundamentais. Contudo, precisa haver uma limitação, sob pena de incorrer a condutas de um Estado absolutista, igualmente fez o STF no julgamento do *Habeas Corpus* exposto anteriormente.

Desse modo, a mutação constitucional encontra seus limites na própria expressão literal da lei (...). Note-se que não é permitido o emprego da interpretação com vistas a alterar completamente o sentido da norma constitucional. Esta alteração é proibida, na medida em que modifica a própria vontade da lei, violando flagrantemente a literalidade de seu próprio texto. Ao assim proceder, o intérprete está, na verdade, tornando-se um legislador positivo – o que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro. (BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha, 2005, p. 161-162).

Aliás, se tratar a mutação constitucional como uma forma de interpretação, tem-se o seguinte debate:

(...) A discussão mais urgente acerca da interpretação constitucional – que não guarda qualquer relação com uma discussão acerca de mertos métodos – diga respeito ao papel do STF na interpretação constitucional. Cabe a esse Tribunal fazer valer determinados valores constitucionais? Se sim, como decidir quais prevalecem em cada caso concreto? Ou ao STF cabe apenas zelar pelo bom funcionamento procedimental do regime democrático, deixando para o legislador a tarefa de decidir sobre os valores constitucionais a serem concretizados? Importante é ter em mente que a tarefa da interpretação constitucional irá variar de acordo com o enfoque acerca da função da Constituição e de seu guardião na vida política do país. E não há discussão metodológica que prescindida dessa discussão de base. (SILVA, Virgílio Afonso, 2005, p. 143)

Até porque a interpretação que viole o conteúdo essencial da Constituição será inconstitucional – e, portanto, não poderá ser empregada. (BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha, 2005, p. 161-162).

Faz-se necessário delimitar e precisar os limites da atividade do STF, principalmente no que se refere ao controle dos efeitos de sua decisão, mormente o vinculante. Em nenhuma hipótese, o Supremo pode perder de vista sua posição de servo da Constituição, nunca senhor dela. (ABBOUD, Georges, 2011, p. 474).

Diante disso, na medida em que a mutação constitucional, em decisões judiciais, interfere no âmbito de Direitos Fundamentais, e que, portanto, tais direitos devem ser sempre garantidos, bem como suas restrições devem ser evitadas, as decisões judiciais que versem sobre essa matéria devem revestir-se de maiores garantias materiais e processuais, juntamente com a ideia do controle de constitucionalidade estabelecido pelo constituinte originário, devendo a mutação constitucional ser controlada de forma rigorosa, tendo em vista a possibilidade de alto grau de ofensividade aos Direitos Fundamentais.

Em diversos termos, se a mutação constitucional no Direito Penal e Processual Penal constitui, *prima facie*, uma intervenção de alta intensidade em direitos fundamentais, a fiscalização do próprio Estado dessa atividade deve ser tanto mais exigente e rigorosa.

Conclui-se, nesse sentido, que os mecanismos de atuação do fenômeno interpretativo utilizado pelo Poder Constituinte Difuso, denominado de mutação constitucional, se utilizados de maneira democrática e dentro dos limites estabelecidos pelo Constituinte Originário, ao passar por uma espécie de controle de constitucionalidade, fortalecem todos os objetivos do que se busca no movimento do constitucionalismo contemporâneo, pois, conforme aponta Barroso, “a ideia do bem, do justo, do ético varia com o tempo. Um exemplo: a discriminação em razão da idade, que antes era tolerada, deixou de ser”. (BARROSO, 2018, p. 98).

Em síntese, esse novo movimento entendido como Neoconstitucionalismo, quando utilizado os mecanismos de atuação da mutação constitucional, dentro dos limites estabelecidos pelo Poder Constituinte Originário, bem como respeitando os princípios e regras da ciência hermenêutica, ocorrerá a concretização de Direitos Fundamentais, desenvolvendo a justiça distributiva e condensando a força normativa do Estado, motivo pelo qual a Constituição Federal passa-se a caracterizar por um instrumento de controle político cujo possui um valor axiológico, deixando de ser uma norma meramente simbólica e hierarquicamente superior.

Em outras palavras, se considerar que o esclarecimento desses conceitos são fundamentos principais para o conhecimento de que o fortalecimento do movimento doutrinário pós-moderno é uma ferramenta imprescindível para a implantação de um Estado Democrático de Direito, atingindo cinco principais objetivos, conforme expressa Walber de Moura Agra (p.31).: “a) positivação e concretização de um catálogo de direitos

fundamentais; b) onipresença dos princípios e regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva.”

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É evidente que, ao analisar a Teoria da Constituição, o atual movimento pós-positivista precisa ser fomentado em um Estado que se diz democrático de direito social, uma vez que se isso não ocorrer, acarretará uma sociedade não solidária, com poderes arbitrários, possuindo os fundamentos da injustiça.

Assim, a utilização da mutação constitucional, especificamente pelo Poder Judiciário – interpretação judicial -, é um instituto que vivifica o neoconstitucionalismo em virtude de atribuir o verdadeiro escopo desse movimento, pois conforme Barroso ela atua: “[...] em sintonia com as demandas e sentimentos sociais, assim como em casos de necessidade de afirmação de certos direitos fundamentais.” (BARROSO, 2018, p. 92).

Por outro lado, a despeito de constatar que a existência da manifestação do Poder Constituinte Difuso é essencial em uma sociedade que busca a efetivação de Direitos Fundamentais, percebe-se que a falta de definição do instituto da mutação constitucional pode acarretar uma instabilidade jurídica, bem como um desequilíbrio entre os órgãos de poder do Estado, contrariando, inclusive, o sistema de freios e contrapesos.

Logo, conclui-se que, além de necessitar de uma conceituação definitiva e didática da mutação constitucional, esta precisa passar por um controle quando utilizada em decisões judiciais, em consonância com a ideia do controle de constitucionalidade trazida pelo constituinte originário, juntamente com a ideia de ir a confronto com as arbitrariedades.

Portanto, um possível caminho a ser trilhado a fim de que evite essa arbitrariedade judicial na utilização da mutação constitucional, ao resultar no cumprimento dos objetivos do movimento constitucionalista pós-moderno, é o Poder Legislativo, por meio de sua função típica estabelecida pelo constituinte primário, estabelecer regras de aplicação do Poder Constituinte Difuso, bem como criar meios de controle nesta atuação, igualmente a ideia do controle de constitucionalidade das leis.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. **A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais**. In: SILVA, Virgílio Afonso (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luíz Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte geral 1**. 24ª edição atualizada. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BULOS, Uadi Lammego. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. 17. ed. Tradução de Maria Isaura Pereira de Queiroz. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2002.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GÓES, Guilherme Sandoval. **Direito Constitucional Avançado**. 1. Ed. Rio de Janeiro: SESES, 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo Constitucional**. Belo Horizonte: Pergamum, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 11. Ed. Ver. E. Atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácias**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico**. In: SILVA, Virgílio Afonso (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. In:

AGRA, Walber de Moura; CASTRO; Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (coord.). **Constitucionalismo**: os Desafios no Terceiro Milênio. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 126.292**, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ de 17.02.2016.