

# Mutação constitucional dos direitos fundamentais versus insegurança jurídica

Recebido em 13|07|2011 | Aprovado em 20|10|2011

*Cíntia Cleusa Costa*

Habilitação em Direito Empresarial pela Universidade do Sul de Santa Catarina.

## Sumário

**Introdução. Introdução 1. Delimitação terminológica 2 Conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais. 3 conteúdo essencial dos direitos fundamentais 4 .Constituição 4.1 Estrutura normativa da constituição: princípios e regras 4.2 A constituição como um sistema aberto de regras e princípios 5. O princípio da segurança jurídica 6 mutação constitucional 6.1 Fenômeno da mutabilidade das normas constitucionais 7. Ocorrência da mutação constitucional dos direitos fundamentais versus insegurança jurídica conclusão referências bibliográficas**

## Resumo

Os direitos fundamentais presentes na Constituição brasileira de 1988, em uma ordem constitucional aberta, possuem, dada sua estrutura, capacidade para captar as mudanças da realidade. Dessarte, o artigo objetiva o estudo da flexibilidade e do conteúdo relativo dos direitos fundamentais e, a partir disso, a ocorrência da mutação constitucional desses direitos. Além disso, pretende-se verificar se, quando da mutabilidade das normas indispensáveis para o homem e para a sociedade, há insegurança no ordenamento jurídico. Para tanto, far-se-á a análise do conceito, inclusive materialmente aberto, bem

como do conteúdo essencial relativo dos direitos fundamentais. Em seguida, discorrer-se-á sobre a Constituição como um sistema aberto de regras e princípios, passando-se a investigar o princípio da segurança jurídica, como expressão inarredável do Estado de Direito, nas suas dimensões objetiva e subjetiva. Por derradeiro, aprecia-se a ocorrência da mutação constitucional dos direitos fundamentais.

## Palavras-chave

Direitos fundamentais. Constituição. Princípio da segurança jurídica. Certeza do direito. Mutação constitucional.

## Abstract

*The fundamental rights present in the Brazilian Constitution of 1988, in an open a constitutional order, have, given their structure, the capacity to capture the changing*

*reality. Therefore, the article aims to study the flexibility and the relative content of fundamental rights and from this the mutation occurring to these constitutional rights. In addition, we intend to verify if, when the mutability standards are necessary for man and society, there is uncertainty in the legal system. To do so, there will be an analysis of the concept, including the physically open approach, as well as the essential content for fundamental rights. Then*

*it will focus on the Constitution as an open system of rules and principles, investigating the principle of legal certainty, as an expression of unwavering the rule of law in its objective and subjective dimensions. Finally, it will analyze the occurrence of fundamental constitutional rights mutation.*

#### **Key words**

*Fundamental Rights. Constitution. Principle of legal certainty. Certainty. Constitutional mutation.*

### **Introdução**

As normas constitucionais, especialmente as que se referem aos direitos fundamentais, apresentam disponibilidade e capacidade de aprendizagem para captar as mudanças da realidade social.

Por conta disso, a evolução do meio social e o momento histórico permitem que sejam atribuídas interpretações, sem, necessariamente, incluir modificação do texto dos dispositivos constitucionais. Isso, contudo, pode ocasionar incertezas que distanciem o eixo principal em torno do qual deve o Estado gravitar: segurança jurídica.

Desse modo, considerando o conflito permanente dos valores sociais e em virtude do caráter altamente principiológico e estrutural da Constituição de 1988, o presente artigo tratará da questão da insegurança jurídica com a mutação constitucional dos direitos fundamentais.

No primeiro momento, será abordada a questão dos direitos fundamentais, sua delimitação conceitual, inclusive materialmente aberta, como também analisa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais a partir das teorias absoluta e relativa.

Em seguida, será verificado no que consiste a

Constituição Federal, para, posteriormente, aferir-se a sua estrutura normativa. Com isso, tratar-se-á da Constituição como um sistema aberto de regras e princípios, com o intuito de comprovar que os direitos fundamentais estão inseridos em uma ordem constitucional aberta. Além disso, será abordado o princípio da segurança jurídica.

Por fim, examinar-se-á a mutação constitucional, identificando-se, a par das considerações na doutrina brasileira contemporânea, seu conceito, seus pressupostos, seus limites e seus elementos característicos. Para encerrar, dedicar-se-á ao estudo do fenômeno da mutabilidade das normas de direitos fundamentais dentro da ordem constitucional aberta e a questão da insegurança jurídica.

### **1 Delimitação terminológica dos direitos fundamentais**

O termo “direitos fundamentais” não é unívoco, nem na doutrina nem no direito positivo. Isso porque coexistem diferentes locuções da expressão “direitos fundamentais”, tais como “direitos natu-

rais; “direitos humanos;” “direitos do homem;” “direitos subjetivos públicos;” entre outras.<sup>1</sup>

Não difere a Constituição Brasileira de 1988 referindo-se aos direitos fundamentais, uma vez que traz em seu corpo as seguintes expressões: direitos humanos (art. 4º, inc. II), direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II e art. 5º, § 1º), direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inc. LXXI) e direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, inc. IV).<sup>2</sup>

Nesse sentido, aviva-se confusão entre as expressões. Entretanto, em que pesem as estreitas diferenças entre os gêneros, a cada um são reservados traços dentro da ordem estatal.

Importa dizer que os direitos vinculados a uma ordem constitucional que foram reconhecidos e positivados são tidos como “direitos fundamentais”.<sup>3</sup> São direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo – pois assegurados na medida em que cada Estado os consagra.<sup>4</sup>

No mesmo sentido, é o entendimento de Fileti, para quem os direitos fundamentais são “os direitos do ser humano que foram reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”.<sup>5</sup>

Alexy, contudo, ressalva que “uma definição geral sustenta que normas de direitos fundamentais são todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais”.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007., p. 175.

<sup>2</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 34.

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 35-36.

<sup>4</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 393.

<sup>5</sup> FILETI, Narbal Antônio Mendonça. A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 31.

<sup>6</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva, da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 76.

Nessa senda, é esclarecedora a lição de Miranda:

[...] admitir que direitos fundamentais fossem em cada ordenamento aqueles direitos que a sua Constituição, expressão de certo e determinado regime político, como tais definisse seria o mesmo que admitir a não consagração insuficiente ou a violação reiterada de direitos como o direito à vida, a liberdade de crenças ou a participação na vida pública só porque de menor importância ou desprezíveis para qualquer regime político [...].<sup>7</sup>

Assim, os direitos fundamentais não podem ser considerados tão somente como aqueles direitos e liberdades garantidos em um rol fechado nas constituições, mas sim como aqueles direitos da natureza da pessoa humana, de modo a protegê-la em sua dignidade.

## 2 Conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, por si só, pressupõem a fundamentalidade de direitos, portanto, “apontam para a especial dignidade e proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material”.<sup>8</sup>

A fundamentalidade formal associa-se à positividade dos direitos fundamentais no direito constitucional. Já a fundamentalidade material decorre do fato de os direitos fundamentais estarem ligados às estruturas básicas do Estado e da sociedade, consagra-se por intermédio do direito constitucional, mas não está associada à ideia de fundamentalidade formal<sup>9</sup>. Pode oferecer suporte, segundo Canotilho para:

(1) abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente mas não formalmente fundamentais; (2) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; (3)

<sup>7</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional: direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, t. 4, p. 9.

<sup>8</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 378.

<sup>9</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 379.

a abertura a novos direitos fundamentais.<sup>10</sup>

A par disso, como já constatado alhures na doutrina de Alexy e Miranda, os direitos fundamentais não se resumem apenas ao rol fechado constante nas Constituições. De salutar completude ao conceito primordialmente elencado, Sarlet os define:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhe ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aquí considerada a abertura material do Catálogo).<sup>11</sup>

No direito pátrio, a abertura dos direitos fundamentais materialmente é verificada no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, que apresenta a existência de direitos não constantes no catálogo, mas pertencentes ao corpo fundamental da Constituição por seu conteúdo e substância e os torna passíveis de identificação e construção jurisprudencial.<sup>12</sup>

Assim, os direitos fundamentais como direitos positivados constitucionalmente devem ser contemplados amplamente para que não se excluam os direitos integrantes da categoria em virtude do conteúdo e significado, dado conceito materialmente aberto a eles atribuído.

### 3 Conteúdo essencial dos direitos fundamentais

A definição do que pertence ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais é um desafio, espe-

<sup>10</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 379.

<sup>11</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 91.

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 101.

cialmente em razão do seu caráter aberto.

Virgílio apresenta duas teorias acerca do conteúdo essencial dos direitos fundamentais: conteúdo essencial absoluto (conteúdo essencial absoluto-dinâmico e absoluto-estático) e conteúdo essencial relativo.

Na teoria do conteúdo essencial absoluto-dinâmico, o conteúdo dos direitos fundamentais não sofre relativizações com urgências e contingências, mas somente com o decurso do tempo.<sup>13</sup> Na teoria do conteúdo essencial absoluto-estático os direitos, são absolutos em sentido material-temporal, ou seja, independentemente da realidade vigente, a concepção de direitos fundamentais não se altera.<sup>14</sup>

Por sua vez, na teoria do conteúdo essencial relativo os direitos fundamentais a serem protegidos “dependem das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesse no caso concreto”.<sup>15</sup> Isso significa dizer que, para a proteção de determinado direito fundamental, dadas as circunstâncias do momento, em nada será afetado o conteúdo essencial de outro direito fundamental que fora restringido.

Assim, extrai-se que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é vinculado diretamente à regra da proporcionalidade, enquanto restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos<sup>16</sup>.

As teorias absoluta e relativa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais possuem como fim a proteção máxima desses direitos contra uma ação legislativa desarrazoada<sup>17</sup>. Todavia, a teoria

<sup>13</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 188.

<sup>14</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 189.

<sup>15</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 196.

<sup>16</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 197.

<sup>17</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio

que assegura efetivamente a proteção dos direitos essenciais, vitais, indispensáveis é a teoria da qual trata o conteúdo dos direitos fundamentais como relativo, por conferir maior flexibilidade à proteção do núcleo essencial, conforme cada caso concreto.

#### 4 Constituição

O termo Constituição apresenta múltiplos sentidos<sup>18</sup> e, como compreensão no ordenamento jurídico, remete à ideia de um conjunto de normas ou leis superiores que versam sobre a organização política da sociedade<sup>19</sup>.

Com a necessidade de revelar como se daria a atualização do texto normativo em razão da realidade social, duas correntes doutrinárias se formaram na tentativa fiel de explicar, o que de fato é, uma Constituição: a teoria formalista e a teoria materialista.

A teoria formalista propaga que a Constituição é composta de normas enunciadas por um órgão constituinte, que possuem força de lei formalmente superior e, por isso, somente podem ser alteradas ou revogadas com um processo de reforma mais complicado, além de serem fontes de legitimidade para elaboração de outras normas do sistema jurídico.<sup>20</sup>

A seu turno, a teoria materialista defende que a Constituição é um conjunto de normas apenas com os conteúdos mais importantes (organização do poder, distribuição de competência, exercício da autoridade, forma de governo, direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais)<sup>21</sup>.

Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000, p. 44.

<sup>18</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.

<sup>19</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 5.

<sup>20</sup> KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988*, São Paulo: Atlas, 2009, p. 14-15.

<sup>21</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 80-81.

Seus defensores se subdividem em dois grupos: teoria materialista pura e teoria materialista moderada.

Na teoria materialista a Constituição é, em essência, a soma dos fatores reais do poder que regem um país, não passando a Constituição escrita de mera folha de papel, e consiste em decisão política fundamental, não passando de decisão concreta do conjunto sobre modo e forma de existência da unidade política, respectivamente<sup>22</sup>.

Já a teoria materialista moderada preconiza um conceito de Constituição que “reúna elementos formais, materiais e normativos”. Foi adotada por inúmeros juristas dentre eles, Smend, Müller, Häberle, Hesse.<sup>23</sup>

A teoria materialista moderada, a nosso ver, é a que melhor conceitua a Constituição, inclusive a Constituição pátria. Isso porque cuida de uma concepção estrutural da Constituição que coaduna a norma com a realidade social, como elementos “que se enlaçam num todo unitário”, enquanto as demais concepções pecam pela unilateralidade<sup>24</sup>.

Finalmente, a par dessas considerações, Silva define Constituição como

[...] algo que tem, como forma, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas, etc.); como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, como causa criadora e recriadora, poder que emana. Não pode ser compreendida e interpretada, se não se tiver em mente essa estrutura, considerada como conexão de sentido, como é tudo aquilo que integra um conjunto de valores.<sup>25</sup>

Assim, a Constituição Federal, além de ser um

<sup>22</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 38.

<sup>23</sup> KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988*, São Paulo: Atlas, 2009, p. 21.

<sup>24</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 39.

<sup>25</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 39.

conjunto de normas escritas, hierarquicamente superior, que reflete os desígnios da unidade política a ela subjacentes e os direitos e garantias fundamentais, é instrumento de realização dos valores alçados pela comunidade que rege e isso decorre da sua estrutura normativa.

#### 4.1 Estrutura normativa da Constituição: princípios e regras

O Direito como condição e expressão da experiência de convivência não se esgota nos diplomas e preceitos mutáveis, constantemente publicados e revogados pelos órgãos do poder. Assim, forçoso é o reconhecimento acerca da existência de algo específico e permanente que permita explicar e fundar a validade e efetividade de todas e de cada uma das normas. Por consequência, o Direito não é a soma de regras avulsas articuladas entre si, mas um conjunto significativo que implica coerência ou consistência; projeta-se em um sistema; é unidade de sentido; é valor incorporado em regra. Esse valor projeta-se ou traduz-se em princípios<sup>26, 27</sup>.

A par disso, o entendimento lógico seria que os princípios se colocam além ou acima do Direito, o que não é, porquanto fazem parte do complexo ordenamental.<sup>28</sup>

Miranda, contudo, afirma que os princípios “não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e normas-regras”.<sup>29</sup>

Alexy explica que

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos

<sup>26</sup> “Princípio: ponto de partida e fundamento de um processo qualquer”. Cf. ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. Tradução Alfredo Bosi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 792.

<sup>27</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional: constituição. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. 2. p. 225.

<sup>28</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional: constituição. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. 2. p. 226.

<sup>29</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional: constituição. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. 2. p. 226-227.

podem ser formulados por meio das expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.<sup>30</sup>

Com efeito, imperativo diferenciar essas espécies da norma, não somente para a compreensão da norma constitucional como inclusive para a compreensão da estrutura dos direitos fundamentais.

Na doutrina são inumeráveis os critérios para a distinção entre as duas espécies de normas e, na sua maioria, apresentam classificações baseadas em algum tipo de gradação. Entretanto, Alexy pontua que a diferença entre princípios e regras não é somente uma distinção de grau, mas uma diferença qualitativa.<sup>31</sup> Isso porque princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas; portanto, são mandamentos de otimização.<sup>32</sup>

Por outro lado, prossegue Alexy, definindo que as regras são normas que podem ser sempre satisfeitas ou não satisfeitas; sendo válidas, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige ou determina. Assim, regras contêm determinações daquilo que é fático e juridicamente possível.<sup>33</sup>

Em síntese, Silva apresenta como principal traço distintivo entre regras e princípios a estrutura dos direitos que essas normas garantem. Para tanto, regras garantem direitos (ou impõem deveres) definitivos e princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva, da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87.

<sup>31</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva, da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

<sup>32</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva, da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

<sup>33</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva, da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91.

<sup>34</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros,

Assim, constata-se que coexistem no ordenamento jurídico, em especial na Constituição, um conjunto de normas compostas por regras e princípios e que esses não se igualam.

#### 4.2 A Constituição como um sistema aberto de regras e princípios

Para a consagração de um Estado Democrático de Direito pautado na igualdade jurídico material, a Constituição deve estar preparada para respeitar todas as ideologias, o que, por si só, aponta para a não aceitação de uma Constituição como um sistema fechado.

Nesse contexto, a existência de regras e princípios é que “permite a descodificação, em termos de um constitucionalismo adequado da estrutura sistêmica, isto é, possibilita a compreensão da constituição como sistema aberto de regras e princípios”<sup>35</sup>.

Com esse sistema aberto e dinâmico é que as normas constitucionais possuem disponibilidade e “capacidade de aprendizagem” para captar as mudanças da realidade<sup>36</sup> e amoldam-se aos reclamos da sociedade.

A Constituição Federal do Brasil é um sistema aberto de regras e princípios<sup>37</sup>, uma vez que apresenta em sua estrutura geral a possibilidade de interação entre a ordem interna e ordem internacional, especialmente no que toca aos direitos fundamentais (art. 5º, § 2º, e art. 4º), consagra princípios ímpares dentro do sistema normativo, em especial o princípio democrático e o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º), eleva os direitos fundamentais à categoria de normas balizadores do sistema (art. 5º), inclusive veicula-os com cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados (art. 5º, inc. LXXVIII, art. 34, inc. III, art.

2010. p. 45.

<sup>35</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1162.

<sup>36</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p.1159.

<sup>37</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1164.

62), entre outros.

## 5 Princípio da segurança jurídica

O direito à segurança vem sendo lançado genericamente nas Constituições sem qualquer contorno acerca da sua dimensão, no sentido de não terem precisado o seu âmbito de aplicação. A par disso, a doutrina constitucional contemporânea tem considerado a segurança jurídica expressão inarredável do Estado de Direito<sup>38</sup>, conferindo a ela a condição de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito.

Leciona Mello:

Este princípio não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo. [...] Esta ‘segurança jurídica’ coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso –, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana.<sup>39</sup>

Assim é que a segurança jurídica assume a figura de princípio da ordem jurídica estatal e de direito fundamental.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 434.

<sup>39</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de direito administrativo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 123-124.

<sup>40</sup> Ingo Sarlet liga a segurança jurídica à noção de dignidade da pessoa humana: “Considerando que também a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização, desde logo é perceptível o quanto a ideia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada à própria noção de dignidade da pessoa humana. [...] a dignidade não

Na Constituição Federal de 1988, o princípio da segurança jurídica irradia como diretriz a ser perseguida, no preâmbulo e no art. 5º, *caput*, inc. XXXV, inc. XXXVII e inc. XL, prevendo a observância do direito adquirido, ato jurídico perfeito, da coisa julgada, da não retroação da lei penal e da proibição de criação de juízo ou tribunal de exceção. Entretanto, a isso não se reduz, porque toda a atividade estatal tem sua conduta vinculada à segurança jurídica, em face da própria democracia, que tem por requisito a certeza e a estabilidade nas relações sociais.<sup>41</sup>

No mais, depreende-se que a segurança jurídica está estritamente associada ao princípio da proteção da confiança e esse, muitas vezes, é tido como subprincípio daquele.<sup>42</sup>

A segurança jurídica associa-se aos elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito; enquanto a proteção da confiança está conexada aos elementos subjetivos da segurança – calculabilidade, previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos.<sup>43</sup>

O princípio da segurança jurídica, além dos estreitos laços com o princípio da proteção da confiança, desenvolve-se em torno dos conceitos de estabilidade ou eficácia *ex post* e previsibilidade ou eficácia *ex ante*.<sup>44</sup>

A estabilidade ou eficácia *ex post* significa que, quando observados a forma e o procedimento legalmente exigidos, as decisões emanadas dos

restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas” Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 11.

<sup>41</sup> NACARINI, Rosa Maria dos Santos. Segurança jurídica. Revista Jurídica “9 de Julho”, São Paulo, n. 3, p. 216, 2004.

<sup>42</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 257.

<sup>43</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 257.

<sup>44</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 264.

poderes públicos “não devem ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes”. Já a previsibilidade ou eficácia *ex ante* cuida da “exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos”<sup>45</sup>

Pode-se, portanto, concluir que a segurança, na sua dimensão objetiva, exige um patamar mínimo de continuidade do direito, isto é, estabilidade. Mas também que, na sua dimensão subjetiva, exige a proteção da confiança do cidadão nesta continuidade de ordem jurídica, no sentido de uma segurança individual das suas próprias posições jurídicas, isto é, previsibilidade.<sup>46</sup>

Segundo a lição de Rocha, a segurança é o direito da pessoa à estabilidade das relações jurídicas, articulando-se com a garantia de certeza de que essas não serão modificadas em uma imprevisibilidade que as deixe instáveis e inseguras em relação ao seu futuro, quanto ao seu presente e inclusive quanto ao passado.<sup>47</sup>

Cumprе ressaltar que é diferente falar em segurança jurídica de um caso já julgado e em segurança jurídica quando está em causa a estabilidade da jurisprudência. Não há um direito de manutenção de jurisprudência nos tribunais, mas o princípio da proteção da confiança condiciona ao menos certa estabilidade na orientação dos tribunais, cabendo aos juízes a obrigação de decidirem segundo a lei, responsabilidade e convicção.<sup>48</sup>

<sup>45</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 264

<sup>46</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Revista de Direito Constitucional, São Paulo, n. 57, p. 10, out./dez. 2006.

<sup>47</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 168.

<sup>48</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 265.



Desse modo, o princípio da segurança jurídica é corolário do Estado Democrático do Direito, previsto de modo geral implicitamente nas Constituições, no sentido que assegura aos indivíduos estabilidade e previsibilidade das relações jurídicas.

## 6 Mutação constitucional

A mutação constitucional é identificada primeiramente pelo jurista alemão Laband, a partir da análise das mudanças para acompanhar a situação do império alemão, sem reformas constitucionais, ocorridas, frequentemente, na Constituição alemã de 1871.<sup>49</sup>

Jellineck, aprofundando o estudo sobre o tema, apresenta o conceito de mutação constitucional, em suma, como um processo involuntário<sup>50</sup> de alteração da constituição, sem a mudança expressa do texto.

Posteriormente, Dau-Lin propõe que o Estado pode possuir necessidades além das limitadas pela norma. Portanto, poderiam ocorrer mudanças na norma sem alteração dos seus respectivos textos para suprir essa necessidade. Desse modo, a mutação seria privilégio tão somente do Estado.

Com efeito, a definição de mutação constitucional não estava plenamente consolidada, sendo reconhecida apenas como um fenômeno involuntário de transformação do Direito para acompanhar o desenvolvimento do Estado. Assim, com o reconhecimento de que as Constituições são normas jurídicas especiais, vinculantes e obrigatórias, contudo abertas às modificações ocorridas na sociedade, o conceito acerca do tema em comento foi aperfeiçoado.<sup>51</sup>

Nessa senda, o fenômeno das mutações consti-

tucionais passa a ser entendido como resultado da combinação entre o programa normativo (expressão literal da norma) e o âmbito da norma (realidade que pretende normar). As alterações no âmbito da norma e comportadas pelo programa normativo, em razão do seu caráter aberto, resultam na mutação constitucional.<sup>52</sup>

Hesse explica:

A concretização do conteúdo de uma norma constitucional e sua realização são, por conseguinte, somente possíveis com o emprego das condições da 'realidade', que essa norma está determinada a ordenar. As particularidades, muitas vezes, já moldadas juridicamente dessas condições, formam o 'âmbito da norma' que, da totalidade das realidades, afetadas por uma prescrição, do mundo social, é destacado pela ordem, sobretudo expressada no texto da norma, o 'programa da norma', como parte integrante do tipo normativo. Como essas particularidades, e com elas, o 'âmbito da norma', estão sujeitas às alterações históricas, podem os resultados da concretização da norma modificar-se, embora o texto da norma (e, com isso, no essencial, o 'programa da norma') fique idêntico. Disso resulta uma 'mutação constitucional' permanente, mais ou menos considerável, que não se deixa compreender facilmente e, por causa disso, raramente fica clara.<sup>53</sup>

Entretanto, Canotilho ressalva:

[...] uma coisa é admitirem-se alterações do âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar susceptíveis de serem abrangidas pelo programa normativo (normprogram), e, outra coisa, é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma realidade constitucional inconstitucional, ou seja, alterações manifestamente inconstitucionais pelo programa da norma constitucional. Uma constituição pode ser flexível sem deixar de ser firme. A necessidade de uma permanente adequação dialéctica entre o programa normativo e a esfera normativa justificará a aceitação de transições constitucionais que, embora traduzindo a mudança de sentido de algumas normas provocado pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contrariam os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da constituição.<sup>54</sup>

<sup>49</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. Mutação constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 54

<sup>50</sup> KUBLISCKAS, Wellington Márcio. Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988, São Paulo: Atlas, 2009. p. 71.

<sup>51</sup> KUBLISCKAS, Wellington Márcio. Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988, São Paulo: Atlas, 2009. p. 72.

<sup>52</sup> KUBLISCKAS, Wellington Márcio. Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988, São Paulo: Atlas, 2009. p. 73.

<sup>53</sup> HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 50-51.

<sup>54</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1229.

De acordo com essa definição mais restrita, a mutação constitucional mantém seu fundamento de alteração da norma sem mudança no seu texto, em virtude de uma modificação no plano fático e, além disso, é um fenômeno legítimo de evolução constitucional condicionado aos limites impostos pela própria ordem constitucional.

No direito pátrio, Ferraz estuda o fenômeno como processo informal de mudança na Constituição, que atinge o significado, o sentido e o alcance do texto constitucional.<sup>55</sup> Parte a autora das premissas de que (1) é difícil reconhecer adequadamente a estrutura fundamental de um Estado, pela leitura da Constituição, porque essa se modifica sem qualquer alteração no texto;<sup>56</sup> (2) a capacidade da Constituição de se enquadrar às vontades que a sustentam é que a tornam eficaz;<sup>57</sup> (3) a rigidez e supremacia da Constituição decorrem da conjugação de estabilidade e mudança<sup>58</sup>; (4) a Constituição não é um monumento histórico, é regra viva<sup>59</sup>.

A par disso, seguindo o raciocínio de Hesse, Canotilho e Müller, a mencionada autora ensina que a expressão *mutação constitucional* é reservada somente para designar as alterações de significado, sentido e alcance da Constituição sem contrariá-la, isto é, sem lhe violar a letra e o espírito.<sup>60</sup>

Bulos, por sua vez, denomina a mutação constitucional como sendo:

O processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da Lex Legum, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (construction), bem como dos usos e costumes constitucionais.<sup>61</sup>

<sup>55</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da constituição. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 9.

<sup>56</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da constituição. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 3.

<sup>57</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da constituição. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 5.

<sup>58</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da constituição. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 6.

<sup>59</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da constituição. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 6.

<sup>60</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da constituição. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 10-11.

dos à letra da Lex Legum, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (construction), bem como dos usos e costumes constitucionais.<sup>61</sup>

Por fim é a definição de Kubliskas:

Fenômeno por meio do qual, sem emendas ou revisões (processos formais de mudança da Constituição), são introduzidas, no processo de concretização/aplicação, por meio da interpretação constitucional e/ou integração pelos costumes, alterações no sentido, significado ou alcance de determinadas normas constitucionais (que tenham conteúdo minimamente aberto/elástico), desde que estas alterações sejam comportadas pelo programa normativo, ou seja, promovam o desenvolvimento, complementação, esclarecimento, etc., das normas constitucionais escritas, mas não violem nem a sua letra e tampouco seu espírito.<sup>62</sup>

Assim, a partir das definições propostas, tem-se que a mutação constitucional é um fenômeno de alteração informal no sentido, no significado ou no alcance das normas constitucionais decorrente de mudanças no plano fático e da textura aberta da estrutura normativa constitucional, sem modificação da sua letra e vinculada ao seu espírito.

## 6.1 Fenômeno da mutabilidade das normas constitucionais e suas características

A mutação constitucional é um fenômeno de mudança informal nas normas constitucionais sem alteração do seu texto e reside em dois fundamentos: um de ordem jurídica e outro de ordem lógica.<sup>63</sup>

O fundamento de ordem jurídica se dá em razão da manifestação inorganizada do Poder Constituinte, por intermédio do Poder Constituinte difuso, pois as alterações constitucionais são ope-

<sup>61</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. Mutação constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 57.

<sup>62</sup> KUBLISCKAS, Wellington Márcio. Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988, São Paulo: Atlas, 2009. p.78.

<sup>63</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da constituição. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 10.

radas fora das modalidades organizadas do poder constituinte instituído ou derivado.<sup>64</sup>

Já o fundamento lógico do fenômeno da mutabilidade decorre da necessidade de se buscar mecanismos efetivos de fazer valer a vontade e o espírito do Poder constituinte originário.<sup>65</sup>

Assim, o fenômeno da mutabilidade das normas constitucionais é pautado no poder constituinte difuso que, respeitando o texto escrito, complementa, preenche vazio e sana obscuridades do texto constitucional, de modo a criar condições efetivas para aplicação da norma constitucional no caso concreto e favorecer sua máxima efetividade.<sup>66</sup>

Além disso, a mutação constitucional se caracteriza pelo(a): informalidade; pluralidade de agentes; distanciamento no tempo; manutenção do texto/modificação da norma; e, sujeição a limites.<sup>67</sup>

Isso porque as mutações constitucionais são processos informais de mudança na Constituição, porquanto não há previsão formal para sua finalidade, podendo ser operadas tanto pelos órgãos responsáveis pela interpretação e concretização da Constituição, quanto pela sociedade civil.<sup>68</sup>

Em relação ao seu processamento no decurso do tempo, considerando que o fenômeno decorre de mudanças no plano fático e que a realidade social não se modifica em momentos muito próximos, é necessário um lapso temporal para sua percepção. Contudo, nada impede que assim ocorram,

por exemplo, “nos casos em que um determinado tribunal fixa um novo entendimento sobre uma matéria já pacificada – o chamado *overruling*”<sup>69</sup>.

No que toca à manutenção do texto e à modificação da norma, tem-se que a mutação constitucional se caracteriza por manter o texto escrito e mudar apenas o significado, sentido ou alcance da norma constitucional.<sup>70</sup>

Finalmente, outra peculiaridade da mutação constitucional reside nos seus limites. A temática retoma também a definição do fenômeno, pois remete ao fato de que a mutação constitucional será legítima desde que não atinja o espírito da constituição, ou seja, quando introduzidas de modo a desenvolver, atualizar ou complementar as normas constitucionais escritas, mas sem contrariá-las.<sup>71</sup>

Desse modo, as mutações constitucionais não são ilimitadas, já que vinculadas às normas postas, sob pena de perda dos efeitos racionalizador, estabilizador e limitador da Constituição. Assim, o limite das mutações constitucionais é atingido quando determinada situação entra em conflito com o programa normativo da Constituição, sendo o caso de reforma constitucional ou rejeição da mutação constitucional por atitude do aplicador.<sup>72</sup>

O reconhecimento da existência de limites jurídicos às mutações constitucionais é de salutar importância, de modo que evita que o fenômeno da mutabilidade das normas constitucionais viole o espírito da Constituição constante no seu progra-

<sup>64</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da constituição. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 10.

<sup>65</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da constituição. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 10.

<sup>66</sup> KUBLISCKAS, Wellington Márcio. Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988, São Paulo: Atlas, 2009. p. 97.

<sup>67</sup> KUBLISCKAS, Wellington Márcio. Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988, São Paulo: Atlas, 2009. p. 80-81.

<sup>68</sup> KUBLISCKAS, Wellington Márcio. Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988, São Paulo: Atlas, 2009. p. 80.

<sup>69</sup> KUBLISCKAS, Wellington Márcio. Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988, São Paulo: Atlas, 2009. p. 81.

<sup>70</sup> KUBLISCKAS, Wellington Márcio. Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988, São Paulo: Atlas, 2009. p. 81.

<sup>71</sup> KUBLISCKAS, Wellington Márcio. Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988, São Paulo: Atlas, 2009. p. 81.

<sup>72</sup> KUBLISCKAS, Wellington Márcio. Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988, São Paulo: Atlas, 2009. p. 151.

ma normativo.

### **7 Ocorrência da mutação constitucional dos direitos fundamentais versus insegurança jurídica**

A Constituição Federal do Brasil de 1988 é um conjunto de normas as quais se subdividem em normas-regras e normas-princípios, hierarquicamente superiores às demais e sua essência é regulada conforme a realidade a ser concretizada.

Nesse cenário, os direitos fundamentais plasmados na Constituição Federal de 1988, de melhor sorte, em uma ordem constitucional aberta, são fruto de reivindicações humanas e do aprimoramento da sociedade às necessidades de proteção a certos bens e valores inerentes à pessoa humana.

Entretanto, tem-se que as aspirações humanas e principalmente os valores consagrados na sociedade não são estanques, uma vez que consoante as transformações sociais sofrem involuntariamente alterações. Assim, os direitos fundamentais autorizados pela estrutura aberta da Constituição não se esgotam em um rol fechado no texto constitucional.

Desse modo é que os direitos fundamentais apresentam na sua estrutura normativa expressões, muitas vezes vagas e abstratas, com somente o núcleo daquilo que deva ser garantido, de modo que não há como precisar, da simples leitura do texto, o alcance de suas expressões: porém possuem papel fundamental no ordenamento jurídico, pois radicam a ideia de justiça social.

Dada essa incompletude, não raro o significado, o alcance e o sentido dos direitos fundamentais deverão ser aclarados, mediante uma atividade criativa por parte dos seus intérpretes e aplicadores.

Por conta disso, os direitos fundamentais são variáveis no 'espaço' e no 'tempo' e não é possível exaurir seu rol de proteções, pois assim como inexistente elenco exaustivo de possibilidades de tutela,

também não há rol fechado dos riscos para a pessoa humana e os direitos que lhe são inerentes.<sup>73</sup>

Outrossim, eles dependem de mecanismos que definam a extensão e o sentido de suas normas, especialmente daquelas com caráter altamente principiológico.

A título exemplificativo cita-se o direito à vida, encontrado no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988, talvez o mais importante dos direitos fundamentais. A delimitação de seu conteúdo, significado e extensão para certas situações não está preconcebida e depende de uma valoração por parte do aplicador da Constituição de acordo com os paradigmas predominantes na sociedade.

Desse modo, não raro pelo momento histórico, pelos valores concebidos na sociedade, pelos costumes e práticas, o alcance do direito à vida pode variar. Como por exemplo, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF, em trâmite do Supremo Tribunal Federal, na qual se debate a possibilidade de interrupção terapêutica da gestação de criança acometida de anencefalia, pode aquela Corte, e aqui sem a pretensão de emitir qualquer espécie de opinião, apresentar uma decisão no sentido de que a interrupção terapêutica ofende o direito à vida, mas nada impede que futuramente seja dado novo alcance ao referido direito fundamental, no sentido de que não há ofensa ao direito à vida.

Essa possibilidade de mudança decorre justamente da abertura da Constituição Federal de 1988 e flexibilidade das normas de direitos fundamentais.

Nesse pensar é notório que os direitos fundamentais são passíveis de mudança de significado, sentido e alcance, sem alteração da letra do texto. Assim, quando essas alterações não rompem o seu conteúdo essencial definido pelo próprio espírito da Constituição, sofrem os direitos fundamentais

<sup>73</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 98-99.

mutação constitucional.

A par disso, imperioso registrar os seguintes casos concretos de mutação constitucional dos direitos fundamentais pela via interpretativa, no Supremo Tribunal Federal: o HC nº 90.450/MG, que dispõe sobre a prisão civil por depositário infiel, e o HC nº 82.959-7/SP, que dispõe sobre a progressão de pena nos crimes hediondos.

Seguem as ementas das referidas decisões:

HABEAS CORPUS - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO JUDICIAL - A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA - CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, n. 7) - HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS - PEDIDO DEFERIDO. ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. - Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como o é o depósito judicial. Precedentes. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA. - A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. - Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º). Precedentes. - Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? - Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos. A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO. - A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idóneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, 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. HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO

DO PODER JUDICIÁRIO. - Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. - Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano. (grifou-se)<sup>74</sup>

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (grifou-se)<sup>75</sup>

Da decisão que versa sobre a impossibilidade de

<sup>74</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 90450/MG. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 23 de setembro de 2008. Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em:** <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000001694&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 22 maio 2011.

<sup>75</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 82959/SP. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000007924&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 22 maio 2011.

prisão civil do depositário infiel, retira-se que com as novas necessidades e exigências resultantes de processos sociais, econômicos e políticos, especialmente pelo momento histórico vivido no cenário internacional, não mais subsistiu a necessidade dessa modalidade de prisão. Por tais razões, ao direito fundamental em debate foi dado novo alcance e significado, permanecendo o texto constitucional intacto, aplicando-se a mutação constitucional.

Igualmente, ocorreu com a progressão de regime no cumprimento de pena nos casos de crime hediondos, quando o Supremo Tribunal Federal atribuiu novo alcance ao direito fundamental da individualização da pena, mudando o sentido anterior atribuído para o caso (HC nº 69.657-1/SP<sup>76</sup>), considerando os reclamos por novas políticas criminais de ressocialização do apenado.

Com a mutação constitucional dos direitos fundamentais, as soluções aos casos concretos da atualidade poderão não ser as mesmas de um futuro não tão longínquo, dada a velocidade das transformações sociais, políticas e até mesmo ideológicas. Nessa seara, é natural que se revele uma determinada sensação de insegurança jurídica à sociedade, sob o fundamento de que os direitos fundamentais pautados na Constituição Federal de 1988 são instáveis, porque passíveis de alteração de sentido, significado e alcance.

Isso porque, ao contrário, a segurança jurídica garante a estabilidade e a certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta sem mantém estável.<sup>77</sup>

Igualmente porque a segurança jurídica, na sua

<sup>76</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 69657/SP. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator p/acórdão: Min. Francisco Rezek. Brasília, DF, 18 de dezembro de 1992. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em:** <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71896>>. Acesso em: 22 maio 2011.

<sup>77</sup> SILVA, José Afonso. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Rosa Antunes. (Coord.). Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 17.

dimensão subjetiva assegura a calculabilidade, previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos.<sup>78</sup>

Para Sarlet,

a plena e descontrolada e disponibilização dos direitos e projetos de vida pessoais por parte da ordem jurídica acabaria por transformar os mesmos (e, portanto, os seus titulares e autores) em simples instrumento da vontade estatal, sendo, portanto, manifestamente incompatível mesmo com uma visão estritamente kantiana da dignidade. Para além disso, há que levar em conta que especialmente o reconhecimento e a garantia de direitos fundamentais têm sido consensualmente considerados uma exigência inarredável da dignidade da pessoa humana (assim como da própria noção de Estado de Direito), já que os direitos fundamentais (ao menos em princípio e com intensidade variável) constituem explicitações da dignidade da pessoa, de tal sorte que em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa. Portanto, a proteção dos direitos fundamentais, pelo menos no que concerne ao seu núcleo essencial e/ou ao seu conteúdo em dignidade, evidentemente apenas será possível onde estiver assegurando um mínimo de segurança jurídica.<sup>79</sup>

Entretanto, estabilidade e previsibilidade não significam imutabilidade. Ao contrário, estabilidade e mudança são componentes articulados para a permanência da norma constitucional. Mais ainda para a eficácia da própria Constituição.

Assim, registra Ferraz: “A eficácia das Constituições repousa, justamente, na sua capacidade de enquadrar ou fixar, na ordem constitucional, as vontades e instituições menores que a sustentam.”<sup>80</sup>

Outrossim, substituindo os termos estabilidade e imutabilidade, mas com o mesmo sentido, Kubliskas afirma: “ambos os elementos – o estático e o dinâmico – não podem ser vistos como

<sup>78</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 257.

<sup>79</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Revista de Direito Constitucional, São Paulo, n. 57, p. 7-8, out./dez. 2006.

<sup>80</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da constituição. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 5.

elementos dissociados e até mesmo autoexcludentes, mas como elementos complementares a atuar conjuntamente no desenvolvimento constitucional.<sup>81</sup>

Pode-se dizer, então, que a adaptação dos direitos fundamentais à realidade social, aos fatos que o circundam, de modo a consagrar efetivamente eficácia àquilo que pretende o programa normativo do Texto Supremo, é o que assegura a estabilidade da Constituição.

Por consequência, somente quando se esgotarem as possibilidades para a mutação constitucional apresentar o sentido, o significado e o alcance dos direitos fundamentais, ou seja, quando tiver que ultrapassar os limites do espírito da Constituição e acabar por alterar seu texto, surge a instabilidade e necessidade de reforma constitucional ou até de instituição de uma nova Constituição.

Isso, por si só, já afasta qualquer sentimento de insegurança jurídica por mutação constitucional dos direitos fundamentais, já que inaceitável na ordem jurídica, a mutação constitucional *contra constitutionem*.

Não há insegurança, mais ainda, porque a mutação constitucional dos direitos fundamentais busca é “a firmeza das condições segundo as quais se dá a viver todas as instituições no espalho das relações humanas e das relações jurídicas.”<sup>82</sup>

Com efeito, imperioso consignar que não há insegurança jurídica, também porque a mutação constitucional dos direitos fundamentais não retroage para atingir direitos ou interesse juridicamente protegidos, não altera a coisa julgada. Ao contrário, quando incidente, garante a continuidade das relações jurídicas naquele sentido e oferece aos indivíduos a previsão de como serão re-

guladas suas ações, de modo que só pode ocorrer nova mutação constitucional com nova alteração no plano fático, emanada da própria sociedade como um todo.

## Conclusão

Os direitos fundamentais, como direitos e liberdades da natureza humana, reconhecidos e positivados na constituição de determinado Estado, são fruto de reivindicações da sociedade e de lutas sociais no decorrer da história.

A fundamentalidade desses direitos na Constituição brasileira consiste, além da positivação constitucional, na possibilidade de reconhecimento de outros direitos não constantes no catálogo como fundamentais, em razão do conteúdo, significado, importância, dada a feição materialmente aberta por eles assumida. Portanto, os direitos fundamentais não são, por si só, um rol fechado de garantias.

A definição do conteúdo dos direitos fundamentais é relativa, em razão do caráter materialmente aberto desses direitos, e somente será aferida no caso concreto, com base na proporcionalidade.

Isso porque a Constituição é, sobretudo, um instrumento de realização dos valores alçados pela comunidade que rege, com sua estrutura normativa formada por normas-princípios e normas-regras.

O princípio da segurança jurídica, nesse contexto, figura como princípio da ordem jurídica estatal e estruturante do Estado de Direito, com vista à proteção de estabilidade e previsibilidade das relações jurídicas e sociais.

Feitas essas considerações, tem-se que a mutação constitucional está diretamente relacionada à abertura da estrutura normativa da Constituição brasileira e, por conseguinte, dos direitos fun-

<sup>81</sup> KUBLISCKAS, Wellington Márcio. Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Atlas, 2009. p. 38.

<sup>82</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 191.

damentais que figuram como maior elemento de elasticidade dentro da ordem constitucional aberta.

Os direitos fundamentais sofrem mutação constitucional, pois são passíveis de mudança de significado, sentido, alcance, sem alteração da letra do texto, dada sua abertura e caráter altamente principiológico. Isso pode revelar na sociedade a sensação de insegurança jurídica, pois a qualquer momento pode ocorrer mudança na aplicação da norma.

Entretanto, ao contrário, tem-se que a mutação constitucional dos direitos fundamentais assegura a estabilidade da Constituição e, diante da alteração dos valores sociais no contexto que a circunda, a previsibilidade de amparo desses pelo texto normativo fundamental. Assim, satisfeitas as dimensões 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.

### Referências bibliográficas

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução Alfredo Bosi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva, da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habe-**

**as corpus n. 69657/SP. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator p/ acórdão: Min. Francisco Rezek. Brasília, DF, 18 de dezembro de 1992. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em:** <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71896>>. Acesso em: 22 maio 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 82424/RS**. Relator: Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2882424%2ENUME%2E+OU+82424%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 11 maio 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 82959/SP**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000007924&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 22 maio 2011.

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

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Ale-



gre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

KUBLISCKAS, Márcio Wellington. **Emendas e mudanças constitucionais**: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Atlas, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: Constituição. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. 2.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito constitucional**: direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. 4.

NACARINI, Rosa Maria dos Santos. Segurança jurídica. **Revista Jurídica "9 de Julho"**, São Paulo, n. 3, p. 216, 2004.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. (Coord.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 57, p. 11, out./dez. 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito cons-**

**titucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.