

TEORIA DA EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA ORIGINÁRIA

Marcelo Luciano Pereira da Silva Batista FALCÃO¹

RESUMO: O presente trabalho tem como finalidade a análise da teoria do poder constituinte e o debate acerca da possibilidade ou não da incidência de controle de constitucionalidade sobre norma constitucional originária. Para isso, aponta características do poder constitucional e traça um paralelo com as mutações constitucionais e. Traçaremos um paralelo entre a teoria da evolução constitucional e a jurisprudência de valores como ferramentas na mutação constitucional.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Poder Constituinte. Mutações Constitucionais. Hermenêutica Jurídica.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho tem o condão de trazer a tona a discussão inerente ao tema do controle de constitucionalidade de norma decorrente do poder constituinte originário. Sempre foi pacífico na doutrina brasileira, bem como nas lições ministradas nas cadeiras das graduações espalhadas pelo país acerca da impossibilidade do exercício deste controle. Contudo, conforme trataremos no presente trabalho, é plenamente possível identificar dentro do ordenamento jurídico brasileiro uma forma encontrada pela Corte Constitucional de exercer o controle de constitucionalidade sobre tais normas, a pretexto de atualização da norma ao contexto vivido pela sociedade.

Em nosso roteiro, traçaremos um breve panorama acerca da teoria do poder constituinte originário, inicialmente idealizada à época da Revolução Francesa, bem como a sua implantação dentro da doutrina constitucionalista brasileira, com seus nuances e peculiaridades. Ainda atrelado a isso debateremos as características do poder constituinte, dentre elas a ilimitabilidade (que resultará na

¹ Discente do 10º termo do curso de direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Aluno-monitor de Direito Civil e Direito Processual Civil no Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente/SP – CAET/PP. Curriculum Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9890166705700046>. E-mail: marcelobatista@toledoprudente.edu.br

presunção de constitucionalidade), no aspecto da sua ligação com o tema central deste trabalho.

Em um segundo momento, trataremos a questão da presunção de constitucionalidade das normas, bem como a posição do Supremo Tribunal Federal acerca dessa presunção inerentes as normas originárias. Posteriormente trataremos das mudanças de posicionamento da Corte Constitucional brasileira que permitiram a implantação da teoria da evolução constitucional dentro do ordenamento jurídico brasileiro, bem como a sua ligação com as chamadas jurisprudências de valores.

Isso porque, a possibilidade da ocorrência da mutação constitucional através da hermenêutica jurídica sem que haja alteração no texto legal é indiscutível em nosso ordenamento jurídico, e trata-se de tema pacificado na doutrina. Contudo, é impreterível entendermos as razões e fundamentos jurídicos que embasam a ocorrência desse instituto dentro do arcabouço positivo constitucional.

Traçaremos um prisma que nos permita entender e delimitar a aplicação da teoria da evolução constitucional dentro do ordenamento jurídico brasileiro, de modo a apontarmos o campo material de atuação do Supremo Tribunal Federal na interpretação da norma constitucional, bem como o instrumento jurídico adequado – os meios formais e procedimentais – que ensejam a provocação da corte suprema a fim impor a evolução da norma constitucional.

2 A TEORIA DO PODER CONSTITUINTE

Neste tópico teremos o cuidado de fazer um estudo inicial no contexto histórico que se liga a criação do conceito de poder constituinte, e sua criação e evolução durante o período denominado de Revolução Francesa. Tudo isso, a fim de que tenhamos embasamento para analisar suas características e especialidades, que são fatores essenciais a este trabalho no que tange a uma posterior análise da mutabilidade via controle de constitucionalidade das normas constitucionais originárias.

2.1 Emmanuel Joseph Sieyès: o abade

A teoria do poder constituinte que atualmente estudamos nas cadeiras de direito constitucional, tem seus primórdios por ocasião da revolução francesa

(século XVIII), onde um abade, conjuntamente com indivíduos desertores da classe privilegiada (clero e nobreza), inconformados com a exploração econômica realizada pelos privilegiados, em detrimento do chamado “terceiro estado”, por meio da tributação excessiva de seu trabalho, bem como da vedação ao exercício do direito ao voto, buscaram o rompimento da classe oprimida com a classe opressora.

A revolução não é um marco apenas na história do estado francês, mas um marco na história dos direitos fundamentais e sociais de todos os estados. O constitucionalismo contemporâneo tem por base as premissas fixadas pela revolução francesa. A França pré-revolucionária era um estado governado pela monarquia absolutista e caracterizada pela sua forma despótica de divisão de privilégios e deveres sociais. Um estado nitidamente dividido em classes sociais, e com extremas desigualdades sociais entre estas, as principais eram os Privilegiados e o Terceiro Estado.

O “terceiro estado” é a denominação utilizada a fim de identificar todos aqueles cidadãos franceses do século XVIII, da França pré-revolução, que não estivessem inclusos no grupo do clero e da nobreza (insere-se nesse grupo, inclusive, a burguesia francesa, que à época ainda não se encontrava em seu auge). O critério de separação social era da exclusão: desde que não integrante do clero ou da nobreza, integrava automaticamente o terceiro estado. E os franceses integrantes do clero e da nobreza, dava-se o nome de privilegiados (justamente pelos privilégios sociais e econômicos que detinham em detrimento da classe trabalhadora, como veremos adiante).

Historicamente a insatisfação da classe oprimida tem como origem a grave crise financeira que sobreveio sobre a França do século XVII e XVIII. Como dissemos, o regime político adotado era a monarquia absolutista, e por consequência disso, onde o rei detinha todo o poder em suas mãos, cabendo a ele o governo do reino. Paralelamente a isso, a França do século XVIII é assolada por uma forte crise econômica que decorreu de sua agricultura, onde houve um déficit em sua safra, que não correspondeu às expectativas e gerou fome em alguns lugares do país e o apoio econômico fornecido às colônias inglesas na Revolução de Independência.

A má gestão dos recursos, agregado ao crescimento populacional da época e decréscimo na produção agrícola francesa foi o suficiente para instaurar o caos no país. E com isso, a fim de tentar respirar em meio a crise, como de

costumo, fez-se utilização dos meios de gestão de crise, dentre eles, a fixação de altos índices tributários pela classe francesa dos privilegiados sobre o terceiro estado, bem como a imposição de pagamento somente a estes.

Basicamente a fim de tentar retirar a França da crise econômica vivida, fixou-se a premissa de que caberia aos trabalhadores a manutenção dos privilegiados. O poder de instituição de impostos era dos Estados Gerais, que deliberava em assembleia, razão pela qual os privilegiados, por serem maioria de votos, acabavam por impor sua vontade, isentando suas classes do pagamento dos impostos.

O terceiro estado inegavelmente tratava-se da maioria esmagadora da população francesa. Entretanto, mesmo sendo maioria que não era possível impor suas vontades dentro do estado francês, pois esbarravam no modelo instaurado pelos privilegiados. Segundo 'as regras do jogo' cada estado (clero, nobreza e povo) teria direito a um voto na Assembleia dos Estados Gerais, o que colocava o terceiro estado em desvantagem diante dos demais (isso porque cada estado, independente da quantidade de integrantes de suas trincheiras, tinha direito a um voto - clero e nobreza totalizavam dois votos).

Diante deste quadro de altos índices tributários impostos pelos privilegiados ao terceiro estado, acrescido da insatisfação de representatividade do terceiro estado, deu-se origem aos primórdios da revolução francesa.

A teoria de Sieyes para tratar o poder de representação da nação francesa tomou por base a ideia de poder de tributação sobre o terceiro estado. Não poderia ser diferente. O contexto de exploração tributária que sofria o terceiro estado não lhe permitia idealizar uma ideia de representação diferente disto. Em sua concepção, todo aquele cidadão que exercesse trabalho e auferisse renda deste fim, por tratar-se de potencial contribuinte francês, teria também direito a votar e ser votado (direito de voto).

Para por fim a exploração que o terceiro estado era submetido, perceberam que a luta deveria buscar uma mudança na forma de representação do terceiro estado perante os estados gerais. E para tanto, pleiteavam três grandes mudanças: que os seus representantes deveriam ser eleitos dentre seus membros; que houvesse igual de número de deputados representantes de cada estado; e que a votação nos estados gerais fosse por cabeça e não por classe.

Diante destas reivindicações, os revolucionários perceberam que somente uma nova constituição, promulgada pelos estados gerais da França, em igualdade de representação para todos os estados, teria poder suficiente para por fim ao modo de exploração que era submetido o terceiro estado. Isso porque, o poder de estruturar o seu estado, bem como as formas de sua representatividade, e estabelecer sua ordem jurídica, são direitos da nação, anteriores inclusive a própria constituição. Desde a existência da nação como estado há poder de estabelecimento de sua própria ordem jurídica e social, existe materialmente poder constituinte.

A partir destas premissas trazidas ainda durante a revolução francesa, observadas e evoluídas com o tempo e experiências, agregada a própria evolução do estado de direito liberal para o status de estado democrático de direito, extraiu-se a ideia de que somente uma nova constituição tem condição para trazer um novo estado de direito. É plenamente perceptível o meio político que toma esse poder em sua criação. E por isso dizemos que se trata de um poder político capaz de gerar um poder jurídico (a constituição). A isso, dá-se o nome de poder constituinte.

2.2 O Poder Constituinte: características e temas conexos

Ao iniciarmos um estudo, após a identificação do nosso objeto, indispensavelmente teremos de nos debruçar sobre as suas características. E aqui não será diferente, muito em razão da importância destas características para o nosso debate. Pois bem, ao observamos a teoria do poder constituinte, e o seu desenvolvimento doutrinário ao longo do tempo, é plenamente possível encontrarmos fatores que o caracterizam.

Dentre eles estão o seu caráter inicial (nome dado ao poder de instituir um novo estado de direito, sem qualquer vínculo jurídico com o anterior). A constituição inaugura um novo estado de direito, é a norma máxima de um estado de direito, é ela quem tem o poder de instituir todos os demais poderes, e anteriormente a ela só há um poder: o de organização do estado. Outra característica é ser incondicionado, ou seja, não estar submetido a nem um formalismo que prenda sua forma de elaboração própria. Cabe a ele determinar sua forma e métodos de estruturação.

Destas características apenas destacamos que, para que haja legitimidade na atuação do poder constituinte precisa haver o fim de uma constituição anterior. O poder constituinte não pode estabelecer-se com uma constituição ainda vigente, isso porque sua função é trazer um novo ordenamento jurídico onde não havia nenhum anterior. Logo, para que haja legitimidade no campo de atuação do poder constituinte originário, é necessária uma atuação do poder constituinte derivado a fim de dar cabo a ordem jurídica anterior, oportunizando a atuação do poder originário. Entretanto, essa necessidade não retira, ou sequer afeta, o poder constituinte originário e suas características.

E aqui ressaltamos a característica de maior importância ao nosso estudo: o poder constituinte é ilimitado. Isso implica dizer que o poder de instituição de uma nova ordem jurídica não guarda relação com a ordem jurídica anterior, não há limites impostos pela ordem jurídica anterior para sua elaboração. Pode o estado estruturar-se com as premissas que entender necessárias. A elaboração de uma nova constituição implica aceitar o abandono à ordem jurídica que a antecede. É um momento de novos paradigmas. Por consequência, as normas oriundas do poder constituinte – leia-se nova constituição – trazem consigo a chamada presunção de constitucionalidade.

Isso porque, há presunção de que a vontade do constituinte está engendrada de forma concisa em todo o texto constitucional; é a certeza de que as normas decorrentes do poder constituinte nascem de acordo entre si. Não há “pontas soltas” na constituição. Isso implica em dizer que as normas constitucionais originárias são constitucionais por presunção e não podem sofrer manutenção em seus textos via controle de constitucionalidade, por exemplo.

Veja. A nova constituição, ao nascer, estabelece as premissas do controle de constitucionalidade, ao passo que será ela o parâmetro para aferição da inconstitucionalidade das normas, e não o contrário. Logo, podemos então perceber que, por consequência da presunção de constitucionalidade, as normas originárias, que são parâmetros para a constitucionalidade de todo o ordenamento jurídico, não se sujeitariam ao controle de constitucionalidade, na qualidade de objeto deste.

Paralelamente a essa ideia de ilimitabilidade das normas constitucionais, e servindo como supedâneo para essa afirmação, é possível percebermos que historicamente as constituições são criadas para que durem anos a fio. Um estado não se estrutura para que sua carta de direitos dure um curto

espaço de tempo. Aliás, a constituição do estado democrático de direito brasileiro já alcança a marca de 26 anos de sua promulgação. É isso que a história nos ensina. Ao exemplo dos textos constitucionais ingleses iniciais que remontam o século XIX (1884); a constituição americana tem sua criação por volta de 1727, ainda no século XVII, dentre outros.

Contudo, contrapõe-se à longevidade que permeia a constituição, a assertiva de que as constituições não são eternas, a ideia de que a realidade social é extremamente variante. As fontes materiais do direito (os fatos e transformações ocorridos em cada sociedade) ao contrário das constituições têm como principais características a sua volatilidade e flexibilidade. Os fatos sociais existentes em cada sociedade (e também numa visão global ou regionalizada de sociedade) são a demonstração da facilidade que detém a modificação do contexto social. É isso que caracteriza a sociedade como um organismo vivo, e não um ser ou objeto que permaneça estático. Bem resume o que queremos dizer, as palavras de BULOS (1997, p. 3), ao dizer que as “constituições são organismos vivos, em íntimo vínculo dialético com o meio circundante”.

Nesse contexto, mostra-se estritamente necessário que, desde logo, tenhamos em mente a diferença basilar entre constituição estática e constituição estável, isso porque, a constituição federal como norma máxima de organização do Estado, deve dispor àquele que se submete aos seus efeitos uma estabilidade (no aspecto de que encontre nela um ponto de certeza, um ponto de segurança em face da ingerência estatal – ou mesmo privada – na sua esfera de direitos e deveres). Já o vetor que deve ser combatido é o da rigidez, que implicará em uma constituição estática, que não traz segurança alguma, e que em verdade de estável não tem nada.

Portanto, analisando essas duas ideias (‘longevidade’ constitucional versus flexibilidade dos fatos sociais) podemos perceber, mesmo que sem muito esforço hermenêutico, que em um curto espaço tempo, teremos que lidar com a ideia de que haverá choque entre valores: as constituições estáveis e os fatos sociais caracterizados por constantes modificações em curto lapso temporal.

O que poderá ser feito quando uma constituição, promulgada sob a égide do poder constituinte ‘violar’ (no aspecto abstrato) direito de cidadão nacional, que por sua vez, entende que a constituição, por força de meios de interpretação de que atualmente dispomos (dentre elas a mutação constitucional – ou poder

constituente difuso, como queira), encontra-se desatualizada e não pode ser aplicada para regular sua situação fática? Poderá este afastar a incidência da norma fundamental do estado democrático de direito? Esse é o tema central do nosso trabalho e que debateremos neste próximo tópico.

3 EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL, A TEORIA

Neste tópico do presente trabalho terminaremos por cuidar da análise e estudo do objeto central deste trabalho, qual seja, aquilo que denominados de Teoria da Evolução da norma Constitucional, por meio da qual, como veremos, será possível o efetivo controle de constitucionalidade de norma constitucional de caráter originário.

Pois bem. Diante das premissas fixadas no tópico anterior, no qual tratamos do surgimento e características do poder constituinte, podemos evoluir a ideia de inegavelmente as normas decorrentes do poder constituinte originário são dotadas de presunção de constitucionalidade. Isso porque, o poder constituinte originário tem como principal função – ou consequência – romper com o ordenamento jurídico constitucional anterior.

Logo, ao extinguir a ordem jurídica anterior, e trazer uma nova, não haverá restado parâmetro para que se possa auferir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma originária a não ser a nova constituição. Será ela que balizará o novo ordenamento jurídico. A constituição passa a ser a lei suprema dentro ordenamento jurídico do estado muito em razão da sua natureza, do seu modo de existir.

Contudo, por meio de instrumentos jurídicos desenvolvidos doutrinariamente – merece destaque a mutação constitucional e a jurisprudência de valores, os quais veremos tão logo – e aplicando-se a hermenêutica da norma, é possível que com o decorrer do tempo, seja perceptível que o valor social (dentro da ideia de uma teoria tridimensional da norma – fato, valor e norma) que antes era de conteúdo “X”, com a evolução dos fatos sociais, passou ao conteúdo “Y” (mudança, *v.gr*, de entendimento a respeito de um comando legal; ou de posição antes predominante acerca de determinado tema dentro dos tribunais).

Desta forma, cabe-nos analisar os institutos da mutação constitucional, bem, a jurisprudência de valores, os quais servem a alterar o sentido, o valor; ou

aquilo que os mestres da teoria do direito chamaram de norma, incursa no texto constitucional, a fim de adaptar o texto rígido aos fatos sociais que já não são os mesmos.

3.2 Mutação Constitucional e Jurisprudência de Valores

Ainda na seara das ideias que plantamos anteriormente, conseguimos estabelecer a premissa de que os valores que encontraremos em choque (dentro da análise das características do poder constituinte) é a estabilidade que se espera do texto constitucional como regra de organização de todo o Estado que vivemos, bem como a característica da mudança inerente aos fatos sociais que são base para as constituições dos Estados.

Diante disto, a doutrina percebeu então que no decorrer da existência dos Estados, não raras vezes, é perceptível que um texto constitucional sofre mudanças além das quais previstas formalmente em seu texto. Essa análise não é recente. Muito ao contrário. Os primeiros textos a tratarem do assunto foram produzidos ainda no fim do século XIX, por doutrinas alemãs que conseguiram perceber a existência deste fenômeno dentro de seu ordenamento jurídico. E não poderia ser diferente, visto que os textos alemães destacam por sua perspicácia com a hermenêutica jurídica.

Os estudos perduraram por décadas, inclusive adentrando o século XX, tendo por fruto a conclusão alemã de que mutação constitucional é a modificação da norma constitucional pelo tempo, com a finalidade de suprir o hiato criado por este entre a realidade social e a norma suprema. Entenderam que a mutação constitucional consiste na modificação desintencionada da norma constitucional, por meio de interpretação, ou mesmo costumes, a fim de adequar a norma à realidade social. Trata-se de um fenômeno frequente e que somente afeta os estados que adotam constituições escritas, visto que a existência de texto escrito faz-se necessário para a modificação da norma (caso contrário, não se tratará de mutação constitucional, mas de mudança de costume ou conduta).

Vale ressaltar autores que afirmam a necessidade de um longo lapso temporal, ou de recente promulgação de uma constituição, para que ocorra a mutação constitucional. Contudo, o fazem de forma errada. As mutações constitucionais não estão ligadas (aqui, no aspecto de serem ou não dependentes)

deste lapso temporal longo, ou de uma nova constituição. O que podemos atrelar como sua causa (ou, por analogia, denominar de seu fato gerador), é a mudança da realidade social, que gerará afastamento da norma constitucional, seja em nova ou velha constituição, em curto ou longo espaço de tempo. Esta dialeticidade entre realidade social e norma não se trata de nada novo, muito ao contrário.

Decorre da Teoria Tridimensional do Direito, bem desenvolvida pelo Mestre Miguel Reale, sob qual o tema de nosso trabalho esplendidamente assenta-se. Oportunamente, já tratamos do tema (FALCÃO, 2014, p. 14 *et seq*):

A filosofia jurídica, ao debruçar-se sobre o tema, na tentativa de explicar esse fenômeno de construção histórica de institutos, vem através de Miguel Reale, e sua conhecida e difundida teoria denominada “Teoria Tridimensional do Direito”, conceituar por meio de elementos (fato, valor e normal, que veremos adiante), as transformações sociais sofridas pelo ordenamento jurídico.

Bem desenvolvida e propagada pelo jurista brasileiro MIGUEL REALE, a Teoria Tridimensional do Direito afirma acerca da possibilidade de que os fatos sociais, decorrentes de condutas individuais ou coletivas dos agentes (fato), sejam capazes de transformar o coletivo social de forma a criar na coletividade uma normal moral (valor), que posteriormente seja positivado em norma jurídica (norma).

Dessa forma, pela concepção de sua teoria, um fato histórico é plenamente capaz de transformar o contexto social, através de mudanças no pensamento moral da sociedade (a normal moral que existe dentro de cada indivíduo) que, por sua vez, pela tensão natural da relação entre fato e valor, dá origem ao resultado norma.

Assim também ocorreu com as diversas sociedades que se sucederam desde os primórdios da existência humana, e também com fatos sociais diversos que implicaram em modificação social, como por exemplo, a normal moral a respeito da discriminação (separação) por raças e etnias culturais. Em razão de fatos sociais coletivos (período de escravidão mundial e brasileira), o subconsciente social passa a normatizar de forma a coibir essas classificações, o que posteriormente passa a categoria de norma jurídica (hoje com status constitucional). Em mesma obra, Reale afirma ainda que essa dialética e elementos, sempre estarão presentes na composição do jurídico em razão de que o direito é nitidamente um ‘*fato histórico*’, ou produto da soma de historicidade e valores morais de uma sociedade.

A teoria consiste em analisar os fatos e acontecimento em três perspectivas: a do *ser*, que consiste em analisar as ocorrências e fatos reais que de fato existem; um grupo de valores e ideias aceitos por determinada sociedade; e por fim um modelo de sociedade (valores e ideias) a ser alcançada, denominado este por *dever ser*. O direito (norma) é sempre o produto de um valor moral, estabelecido no subconsciente social, que por sua vez tiveram por origem um fato social (em razão de que os fatos sempre carregam consigo certa carga valorativa, porque a realidade assim o é).

Uma importante observação que deve ser feita no que tange a Teoria Tridimensional do Direito, é que este nem sempre será o procedimento adotado pela norma jurídica. Isso porque, por exemplo, o descontentamento social em relação a algum tema (fato), não leva necessariamente a mudança normativa a respeito do tema. Veja que, por vezes, a teoria se aplica de forma plena, em outros, não. Isso porque a relação entre fato e norma, não é constante. DWORKIN afirma ainda que a norma sempre teve

(e sempre terá) a finalidade de tentar atender objetivos sociais de cada indivíduo específico.

Outro problema encontrado em nossas doutrinas constitucionais, no tratamento do tema da mutação constitucional, tem como ponto crítico o seu conceito e nome (terminologia) a serem adotados. Isso porque, os diversos autores brasileiros que dissertam sobre o tema optam por nomeá-lo diferentemente, o que gera uma saturação terminológica do instituto, seguida por uma confusão conceitual. O melhor estudo sobre o tema assenta-se em obras e autores clássicos, que por sua vez decorrem do estudo do direito constitucional alemão, local de origem do estudo da mutação constitucional. Em razão disto, veremos o tema nomeado como poder constituinte difuso; reforma informal da constituição; transições constitucionais, dentre outros.

Pois bem, independentemente do termo adotado, podemos avançar no nosso estudo, a fim de que percebamos que as mutações constitucionais podem atingir a norma constitucional de alguns modos². Dentre os tipos de mutação existentes na doutrina (e que são de diversos modos, origens, executores, etc. , uma verdade infinidade doutrinária, derivada da criatividade autoral), o que interessa ao nosso estudo é o modo da interpretação (ou comumente denominado de hermenêutica), realizada por órgãos estatais de natureza jurisdicional (as decisões judiciais). Isso porque o sistema jurídico adotado em nosso ordenamento brasileiro permite que o Poder Judiciário tenha a possibilidade de interpretação e revisão das normas (constitucionais ou não). Há extrema correlação com o tema das jurisprudências valorativas.

² BULOS, Uadi Lammêgo, *Mutações Constitucionais*; São Paulo: Saraiva, 1997, p . 63 et seq.), baseado na doutrina alemã de Hsü Dau-Lin (*Die Verfassungswandlung*, Berlin, 1932), destaca que há essencialmente 4 modos de mutação constitucional, quais sejam: “1) mutação constitucional através de prática que não vulnera a constituição; 2) mutação constitucional por impossibilidade do exercício de determinada atribuição constitucional; 3) mutação constitucional em decorrência de prática que viola preceitos da Carta Maior; 4) mutação constitucional através da interpretação”. O autor ainda pontua, agora baseado na doutrina mexicana de Paolo Biscaretti Di Ruffia (*Introducción al derecho constitucional comparado*, México, 1975), que há dois ramos para realização da mutação constitucional, quais sejam: “no primeiro, encontramos as modificações operadas em decorrência de atos elaborados por órgãos estatais de caráter normativo (leis, regulamentos etc.) e de natureza jurisdicional (decisões judiciais, principalmente em matéria de controle de constitucionalidade das leis). No segundo ramo, estão as mudanças ocorridas em virtude dos fatos de caráter jurídico (como os costumes); de natureza político-social (normas convencionais ou regras sociais de conduta correta frente à Carta Suprema); ou, simplesmente, as práticas constitucionais (tais como a inatividade do legislador ordinário que, não elaborando normas de execução, logra substancialmente, impedir a realização efetiva de disposições constitucionais)”.

A hermenêutica jurídica em nosso trabalho não será a mesma, sem análise de uma de suas fontes: a jurisprudência. Em uma curta análise, a jurisprudência como meio de hermenêutica detém 3 fases: conceito, interesses e valores, esta última na qual nos encontramos. A jurisprudência como conceito, traduz-se na ideia de que o juiz é mero aplicador do texto legal; o julgador tem a função de subsumir o fato da vida, ao texto legal; assim, simples, sem a possibilidade de nenhuma outra conduta. Houve então um avanço – oportuno, diga-se de passagem – chegando a segunda espécie, a jurisprudência de interesse, numa fase onde o magistrado estaria ‘autorizado’ então a extrair a ideologia da norma, uma análise com base no meio teleológico de interpretação. Um último estágio da hermenêutica jurisprudencial trata da interpretação valorativa da norma, onde o conteúdo material da norma ganha ênfase.

Pois bem. No exercício da função jurisdicional, o poder judiciário realiza a interpretação da carta magna, podendo atribuir a ela nova interpretação. É uma sequência lógica, um sistema altamente orgânico e organizado. É extremamente impossível, por exemplo, não relacionarmos a inafastabilidade da jurisdição, princípio constitucional, com o tema das mutações constitucionais. “– Como assim?”, perguntarão os mais afoitos! “– Simples!”. Concomitante ao momento que o Estado resguarda para si o monopólio jurisdicional, transmite a mensagem de que será ele o pacificador de conflitos. Será ele o responsável pela responsabilidade de dizer o direito, dentro de ‘seu’ ordenamento jurídico. Por vezes o faz de maneira implícita, por vezes não. Traz de maneira explícita no texto constitucional, por exemplo, ao dizer que ao Supremo Tribunal Federal compete a guarda da constituição. Em resumo, é a interpretação realizada por órgão com poder jurisdicional que acarreta a mutação normativa dos textos constitucionais.

Com a ampla possibilidade de modificação dos costumes constitucionais, bem como o afastamento da realidade social com a norma constitucional, as diversas interpretações que decorrem da análise das normas constitucionais, percebermos estarmos na terceira fase de análise da jurisprudência como meio de hermenêutica jurídica. A questão é que alguns entendem que o controle de constitucionalidade de norma originária, não é possível – o que seria um atentado aos valores positivistas – visto que colocaria em xeque a segurança jurídica do ordenamento constitucional.

Entretanto, não é verdade. Para que possamos desmitificar as mutações constitucionais e sua – suposta – afronta a segurança jurídica, necessitaremos então de uma análise sobre do que se trata a tal segurança jurídica. Em uma análise, a segurança jurídica nada mais é do que o caráter de garantia, de previsibilidade, dos atos e das relações travados em um aspecto vertical de vida em sociedade. A atuação estatal de forma concisa e não contraditória. Logo, há um sério problema nessas jurisprudências valorativas: não há tratamento desigual entre juízes dentro do território nacional.

Ao furtar-se de declarar a inconstitucionalidade de norma mesmo que originária, a Corte Constitucional permite que juízes singulares emitam seus entendimentos acerca da norma (via controle difuso de constitucionalidade), gerando dentro do ordenamento uma incerteza, uma insegurança jurídica. Isso reflete na insegurança jurídica de forma que, o não pronunciamento por parte da Corte Constitucional traz a possibilidade de que diversos magistrados emitam pareceres diferentes acerca da interpretação constitucional de uma norma, afetando a possibilidade de segurança jurídica, e não o contrário.

O judiciário, em uma fria análise, tornou-se o pacificador de conflitos individuais *prima ratio*. O acesso à justiça que tanto se pregou, traz como consequência um estado extremamente dependente de decisões e provimentos estatais, estes caracterizados pela cisão ideológica (pois trata-se de uma análise difusa, que permite a pluralidade de pensamentos, e a consequente insegurança no resultado). Desta forma, torna-se necessário que o controle de constitucionalidade seja efetivo a ponto de manter a sociedade em seus eixos, sem que a insegurança pela não legislação sobre determinado assuntos – seja pela ausência de certeza decorrente da ausência de lei ou da aplicação do direito de forma difusa – sejam pacificados com o controle jurisdicional pela Corte Constitucional.

José Eduardo Faria (1995, p. 14/15), dissertando sobre os pecados da magistratura despreparada para o uso da interpretação como forma de análise das questões sociais, traz:

O excessivo individualismo e o formalismo na visão de mundo: esse individualismo se traduz pela convicção de que a parte precede o todo, ou seja, de que os direitos do indivíduo estão acima dos direitos da comunidade; como o que importa é o mercado, espaço onde as relações sociais e econômicas são travadas, o individualismo tende a transbordar em atomismo: *a magistratura é treinada para lidar com as diferentes formas de*

ação, mas não consegue ter um entendimento preciso das estruturas socioeconômicas onde elas são travadas. Já o formalismo decorre do apego a um conjunto de ritos e procedimentos burocratizados e impessoais, justificados em norma da certeza jurídica e da 'segurança do processo'. Não preparada técnica e doutrinariamente para compreender os aspectos substantivos dos pleitos a ela submetidos, ela enfrenta dificuldades para interpretar os novos conceitos dos textos legais típicos da sociedade industrial, principalmente os que estabelecem direitos coletivos, protegem os direitos difusos e dispensam tratamento preferencial aos segmentos economicamente desfavorecidos.

A insegurança sempre usada como 'muleta' a evasão de julgamento: "– Não se faz, pois fere a segurança jurídica". Pois bem, o 'não fazer' também. Com isso, devemos concluir a ideia de que a mutação constitucional pode afetar norma originária, e ensejar seu controle de constitucionalidade. A forma e motivo deste controle, trataremos no próximo tópico.

3.4 O Efetivo Controle da Constitucionalidade

Pois bem, postos todos esses pressupostos, chegamos ao ponto de interesse de nosso trabalho. A fim de que seja mantida a congruência do ordenamento jurídico, bem como a segurança jurídica das relações de fato e direito, por vezes necessitamos de determinado provimento jurisdicional que declare constitucional ou não determinada norma, sendo este emitido por uma Corte Constitucional, a fim de evitar a análise valorativa difusa da norma.

Com base em tudo que até aqui expusemos, entendemos que, por vezes, a necessária declaração de constitucionalidade incide sobre a norma originária, havendo extrema resistência acerca do controle de sua constitucionalidade, em especial àqueles que guardam em suas raízes o positivismo como fonte. Para estes, não há possibilidade de controle de constitucionalidade de norma originária sob pena de afronta à segurança jurídica. Contudo, no tópico anterior tentamos superar esse entendimento, e demonstrar que o não controle, esse sim, pode gerar insegurança jurídica.

Neste tópico então, cuidaremos de analisar as hipóteses de cabimento do controle de constitucionalidade da norma originária, por meio da hermenêutica jurídica jurisprudencial, bem como a ferramenta processual adequada a realização deste controle.

Inicialmente, é importante frisarmos que a possibilidade de controle de constitucionalidade da norma originária não pode ser utilizada em nosso ordenamento de forma desenfreada, ou banalizada. Trata-se de uma ferramenta, uma exceção permissiva, e não a regra a ser utilizada. Dessa forma, como exceção, entendemos que somente comportaria aplicação nos casos em que houvesse a violação, ou afronta, a direitos fundamentais do cidadão.

Como ressalta Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p. 49), a interpretação acerca de normas constitucionais não pode ser igual à interpretação dos demais textos legais. Vejamos:

As peculiaridades inerentes à interpretação da Constituição defluem, essencialmente, da particular natureza de suas normas, as quais se diferenciam das demais normas jurídicas sob vários aspectos. Assim, para entender o porquê da necessidade de se estabelecerem pautas interpretativas próprias para a Constituição, é preciso esclarecer quais são os caracteres que a distinguem do ordenamento infraconstitucional. A primeira diferença que estrema as normas constitucionais das demais normas jurídicas é de ordem formal (...). Outro aspecto de diferenciação, usualmente apontado em doutrina, é a natureza da linguagem empregada nas normas constitucionais, as quais, de forma geral, veiculam proposições que contêm conceitos indeterminados, sendo dotadas de alto grau de abstração e baixa densidade semântica.

O texto constitucional, assim como os direitos fundamentais, caminha sempre em direção futura, em sentido de avanço, e não de retrocesso. Os direitos fundamentais avançam, evoluem, e dia mais surgem como bens a serem defendidos dentro de nosso ordenamento jurídico. Pois bem, a sua defesa deve ser exercida mesmo que a custo do formalismo jurídico, ou a segurança do processo.

Com relação a ferramenta processual adequada, entendemos que a melhor maneira de garantir direitos fundamentais violados é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

4 CONCLUSÃO

Entendemos por fim que o afastamento das normas constitucionais originárias, muito em razão do tempo, com a realidade vivida por uma sociedade, acrescida ao apego ao extremo formalismo (muito bem disfarçado de segurança jurídica), não pode prevalecer. A fim de que seja mantida a congruência do ordenamento jurídico, bem como a segurança jurídica das relações de fato e direito,

por vezes necessitamos de determinado provimento jurisdicional que declare constitucional ou não determinada norma. Se a norma encontra distância da realidade social e, portanto, causa insegurança jurídica na função pacificadora que detém o direito, necessita da análise de sua (in)constitucionalidade pelo judiciário.

Com base em tudo que até aqui expusemos, entendemos que, por vezes, a necessária declaração de (in)constitucionalidade incide sobre a norma de caráter originário, o que tem sido um problema aos tribunais na declaração dessa estado de inconstitucionalidade. Ressaltamos que a questão a ser analisada não é tratar-se de texto originário ou não, mas sim de texto que viole direitos fundamentais, ensejando a aplicação do controle.

Destacamos que para a análise da constitucionalidade da norma, deve ser atendido alguns pressupostos como, por exemplo, o bem jurídico e a via processual. O bem jurídico, como destacamos, trata-se do choque de garantia fundamental de cada cidadão, é a afronta a direito fundamental. Não é plausível atuarmos no campo da exceção, como se regra fosse. Isso porque, não podemos admitir que se declare a inconstitucionalidade de norma originária a qualquer custo. O valor a ser tutelado deve ter peso.

No que tange a via processual adequada, entendemos que a por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, mecanismo jurídico já existente e presente em nosso ordenamento, e destinado à análise da violação de direitos fundamentais, possa ser exercido o controle de constitucionalidade. A sociedade evolui, e as normas jurídicas que a estruturam também o devem fazer.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?**. Tradução de Manuel Cardoso da Costa. São Paulo: Editora Almedina, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BOTTINO, Marco Túllio (Org.). **Segurança jurídica no Brasil**. São Paulo: RG, 2012.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição** – 6ª edição. Coimbra: Almedina, 2002.

DÍAZ RICCI, Sergio Miguel. **Teoría de la reforma constitucional**. Buenos Aires: Ediar, 2004.

FALCÃO, Marcelo Luciano Silva. **Cargas Probatórias Dinâmicas e o Processo Civil Brasileiro**. Presidente Prudente, 2014. 70 f. Monografia (Graduação) – Centro Universitário 'Antônio Eufrásio de Toledo', Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2014.

FARIA, José Eduardo. **O Poder Judiciário no Brasil**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995. 88 p. (Série monografias do CEJ; 3)

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38. ed., ver. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Alterações Constitucionais e Limites do Poder de Reforma**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada : a questão da relativização da coisa julgada**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4. ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Editora Método, 2010.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SIEUÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa: Que é o Terceiro Estado?**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1997.

SOARES, Carlos Henrique. **Coisa julgada constitucional: teoria tridimensional da coisa julgada: justiça, segurança jurídica e verdade**. Coimbra: Almedina, 2009.