

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
PROGRAMA DE POS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITOS
E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

RAFAEL HENRIQUE GUIMARÃES TEIXEIRA DE FREITAS

**A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL VIA INTERPRETAÇÃO
NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE
TRATAM DA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS
FUNDAMENTAIS**

VITÓRIA
2013

RAFAEL HENRIQUE GUIMARÃES TEIXEIRA DE FREITAS

**A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL VIA INTERPRETAÇÃO
NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE
TRATAM DA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS
FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Dr. Samuel Meira Brasil Jr.

VITÓRIA
2013

RAFAEL HENRIQUE GUIMARÃES TEIXEIRA DE FREITAS

**A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL VIA INTERPRETAÇÃO
NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE
TRATAM DA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS
FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em ____ de _____ de _____.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Samuel Meira Brasil Jr.
Orientador

Prof(a). Dr(a).
Examinador(a)

Prof(a). Dr(a).
Examinador(a)

DEDICATÓRIA

Dedico essa conquista aos meus pais, que nunca mediram esforços e sacrifícios para propiciar-nos condições de adquirir conhecimento e boa educação.

À Bruna, a quem dedico essa obra e todo meu amor.

A todos os professores, do berçário aos cursos de pós-graduação, heróis pouco reconhecidos, profissionais mais importantes de qualquer nação, aos quais dedico essa obra nas pessoas de minhas amadas irmãs, professoras, Betina Guimarães Teixeira de Freitas e Claudia Guimarães Teixeira de Freitas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus.

Aos meus pais pela incessante dedicação à família, pelo amor e pelo exemplo de vida.

A Bruna pela compreensão e carinho durante o longo caminho percorrido até a conclusão desta obra.

À Suzana Strauch pelo estímulo sem o qual nada disso seria possível.

Ao Mestre Antonio José Ferreira Abikair pelo apoio e confiança de sempre e pela oportunidade que me foi dada.

Aos colegas, alunos e professores, do Grupo de Pesquisa “Efetivação de direitos fundamentais pelo Estado” da Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

A todos os colegas de mestrado, com quem conjuntamente enfrentei o árduo e gratificante desafio do curso, especialmente àqueles que acompanharam mais de perto a caminhada e contribuíram consideravelmente para o resultado: Alvaro Augusto Lauff Machado, Anna Paula Masiero Rigo Nass, Christiano Dias Lopes Neto e Jorge Abikair Neto.

Ao amigo e sócio Orlando Caliman, pela paciência, ajuda e incentivo fundamentais.

Ao professor e orientador Dr. Samuel Meira Brasil Jr., por partilhar com muito empenho e incessantemente lições impagáveis, e pelo implemento à pesquisa.

O mais importante da vida não é a situação em que estamos, mas a direção para a qual nos movemos.

Oliver Wendell Holmes

RESUMO

Em um contexto de grande participação do Poder Judiciário no cenário político, o presente trabalho propõe-se a analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro na ocorrência do fenômeno da mutação constitucional. Para tanto, será realizada inicialmente digressão acerca do fenômeno da mutação constitucional, desde a constatação de sua existência, passando pelas principais contribuições de estudiosos sobre o tema na elaboração da classificação do instituto em categorias, com destaque para a que melhor se enquadra ao nosso sistema jurídico. Dentre as categorias delimitadas a análise dará ênfase à discussão crítica do legítimo papel do Supremo Tribunal Federal na ocorrência da mutação constitucional por interpretação traçando, para tanto, o limite de sua participação no contexto do Estado Democrático de Direito. Estabelecidas as premissas teóricas, serão analisados dois julgados do Tribunal Constitucional que trataram da efetivação de direitos e garantias fundamentais, quais sejam: o julgamento do RE 466.343/SP que decidiu pela inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel (artigo 5º, inciso LXVII da CF) e a da ADI 4722/DF que equiparou as relações estáveis homoafetivas às heteroafetivas. Ao final, o presente trabalho propõe-se a concluir se nos aludidos julgamentos do Supremo Tribunal Federal ocorreu o fenômeno da mutação constitucional ou, ao contrário, trataram-se de decisões inconstitucionais.

Palavras-chave: Mutação Constitucional, Reconhecimento pelo STF, Limites, Estado Democrático de Direito, RE 466.343/SP, ADI 4722/DF.

ABSTRACT

In a context of great involvement of the judiciary in the political scenario, this paper proposes to analyze the performance of the Brazilian Supreme Court in the occurrence of the constitutional mutation. To do so, it will be initially performed digression on the phenomenon of constitutional mutation, since the discovery of its existence, through the main contributions of scholars on the subject in the development of the classification of the institute into categories, especially the one that best fits our legal system. Among the specific categories analysis will emphasize the critical discussion of the legitimate role of the Supreme Court in the occurrence of constitutional interpretation by mutation mapping, therefore, the limit of its participation in the context of a democratic state. Established the theoretical assumptions will be analyzed two rulings of the Constitutional Court dealt with the enforcement of fundamental rights and guarantees, which are: the trial of RE 466.343/SP which decided for the unconstitutionality of arrest of a unfaithful trustee (Article 5, paragraph LXVII of CF) and ADI 4722/DF that equalized stable homoaffectives relationships with the heteroaffectives ones. In the end, this paper proposes to conclude whether in the aforementioned rulings of the Supreme Court the phenomenon of constitutional mutation occurred or, on the contrary, they were unconstitutional decisions.

Keywords: Constitutional Mutation, Recognition by the Supreme Court, Limits, Rule of Law, RE 466.343/SP, ADI 4722/DF.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC - Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADIN – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade

ADI - Ação Declaratória de Inconstitucionalidade

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art. - Artigo

CF – Constituição Federal

HC – *Habeas Corpus*

Min. – Ministro

RE – Recurso Extraordinário

RISF – Regimento Interno do Senado Federal

RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	18
1.1. A FUNÇÃO PRECÍPUA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....	18
1.1.1 Controle difuso de constitucionalidade.....	19
1.1.2 Controle concentrado de constitucionalidade.....	20
1.2. A QUESTÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE QUANDO PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	23
1.3 A CONSTRUÇÃO DA NORMA JURÍDICA CONSTITUCIONAL.....	29
2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	33
2.1 A CONSTATAÇÃO DA MUTAÇÃO POR PAUL LABAND E A CONTRIBUIÇÃO DE GEORG JELLINEK.....	35
2.2 O CONCEITO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DESENVOLVIDO POR HSÜ DAU-LIN.....	37
2.3 DEFINIÇÃO E CATEGORIAS.....	41
2.3.1 Mutação pela impossibilidade de exercício de atribuições.....	46
2.3.2 Mutação por costume (desuso e uso constitucional).....	47
2.3.3 Mutação pela interpretação.....	49
2.4 INTEPRETAÇÃO, INTEGRAÇÃO E MUTAÇÃO.....	52
2.5 A MUTAÇÃO NA CONSTRUÇÃO DA NORMA JURÍDICA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	57
2.5.1 O reconhecimento da mutação via interpretação.....	57
2.5.2 A impossibilidade modificação da norma jurídica constitucional pelo judiciário.....	59
2.6 A LEGITIMAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECONHECIMENTO DA MUTAÇÃO NA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E A IMPORTÂNCIA DA DELIBERAÇÃO.....	61
2.6.1 Democracia: o exercício do poder pelo povo.....	61
2.6.2 O povo enquanto instância de legitimação.....	64
2.6.3 O exercício do poder pelo povo.....	67
2.6.3.1 Democracia Direta.....	68
2.6.3.2 Democracia Representativa.....	69
2.6.4 A atuação do Supremo Tribunal Federal e a participação do povo no reconhecimento da mutação constitucional.....	72
2.6.4.1 Democracia Deliberativa como forma de legitimação das decisões do Supremo Tribunal Federal que reconhecem a mutação constitucional.....	75
2.7 O RECONHECIMENTO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL VIA INTERPRETAÇÃO PELO STF E A <i>RATIO DECIDENDI</i>	79
3 A MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL NOS JULGADOS DO STF QUE DETERMINARAM OU RECONHECERAM A MODIFICAÇÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS QUE TRATAM DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	83

3.1 A CONSTRUÇÃO DO ACÓRDÃO E A VINCULAÇÃO PELA RAZÃO DE DECIDIR.....	83
3.2 OS JULGADOS DO STF QUE DETERMINARAM OU RECONHECERAM A MODIFICAÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS CONSTITUCIONAIS: MUTAÇÃO OU USURPAÇÃO DE FUNÇÃO?.....	87
3.2.1 A ADI 4722/DF que equiparou as relações estáveis homoafetivas às heteroafetivas.....	87
3.2.1.1 Análise dos votos individualizados.....	89
3.2.1.2 A ementa da decisão.....	102
3.2.1.3 Tabela comparativa dos votos proferidos no julgamento da ADI 4722.....	104
3.2.1.4 O reconhecimento jurídico da união homoafetiva, a razão de decidir e a questão da mutação constitucional.....	107
3.2.2 O julgamento do RE 466.343/SP que decidiu pela inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel (5º, inciso LXVII).....	111
3.2.2.1 Análise dos votos individualizados.....	112
3.2.2.2 A ementa da decisão.....	123
3.2.2.3. Tabela comparativa dos votos proferidos no julgamento do RE 466.343/SP.....	124
3.2.2.4 A razão de decidir e a mutação constitucional para a determinação da impossibilidade da prisão do depositário infiel.....	128
4 CONCLUSÃO.....	133
REFERÊNCIAS.....	139

INTRODUÇÃO

A Constituição da República do Brasil é tipicamente rígida, o que significa que a alteração dos dispositivos escritos deve ser precedida por um processo formal que dificulta a modificação textual e, de uma forma geral, faz com que ela ocorra lentamente. Tal característica, contudo, não obsta que a norma constitucional sofra alterações, mesmo que o texto não seja modificado. Muito pelo contrário, a formalidade e rigidez marcantes de nossa constituição são exatamente as características que justificam e evidenciam a ocorrência das mutações constitucionais, atuando o fenômeno em favor da estabilidade da Constituição.

As mutações legislativas surgiram em uma conjuntura na qual a dinâmica do desenvolvimento social, econômico, político, tecnológico e científico criou um problema prático, típico da modernidade, ao ampliar em elevado grau a quantidade, complexidade e variedade de questões submetidas ao Judiciário diariamente para as quais o texto legal nem sempre apresentava uma solução à demanda. A Constituição e as leis não são dinâmicas em tempo suficiente para acompanharem a realidade de modo a prescreverem condutas atinentes à todas situações da vida social que necessitem de normatização.

Crimes contra a humanidade, direitos e deveres cibernéticos, questões metafísicas, transexualismo, eutanásia, medicina preventiva, são exemplos, dentre outras muitas situações, que fogem às questões abarcadas diretamente pela Constituição na ocasião de sua promulgação no ano de 1988. Para determinados problemas o texto positivado, quando interpretado de forma literal, pouco ou em nada auxilia. Alguns conflitos sociais submetidos ao Judiciário exigem da justiça soluções que não constam direta e expressamente estabelecidas na Constituição vigente.

Em certos casos o legislador não dispõe de informações suficientes, ou prefere não sair da sua zona de conforto para legislar sobre temas polêmicos e impopulares. Ainda que o legislador seja informado e diligente no cumprimento de suas atribuições, as leis tornam-se obsoletas cada vez com maior rapidez, tendo em vista a acelerada evolução social e científico-tecnológica. De outro lado, o Executivo, em

situações polêmicas que são de sua incumbência, prefere despolitizar o conflito, remetendo a questão, por ação ou omissão, ao Judiciário (GARAPON, 2011, p. 59-70).

O Judiciário, entretanto, é obrigatório a proferir julgamento sobre qualquer que seja o tema da demanda. A necessidade de julgar nunca foi tão premente e enseja, com isso, uma adaptação do dispositivo escrito à inteligência do sistema constitucional como um todo para a construção da norma que deverá nortear a atuação dos julgadores no deslinde das questões que lhes forem submetidas.

Na conjuntura das manifestações sociais ocorridas no Brasil no ano 2013, que geraram inúmeras pautas de reivindicações de alguns movimentos organizados, evidenciaram o pluralismo e determinaram maior participação popular nas instâncias decisórias do Estado, a atuação do Supremo Tribunal Federal está em foco e a população tem depositado na Instância máxima do Poder Judiciário grande confiança e expectativa, especialmente se comparado aos demais Poderes, fato que resulta na avocação de um papel proativo pelo Judiciário, de amplitude antes impensada.

Se o Legislativo pode abster-se de legislar ou fiscalizar e o Executivo tem, dentro da magnitude da discricionariedade, uma vasta possibilidade de atuação (ou de omissão), ao contrário, ao Judiciário não se dá a faculdade de não julgar. Essa obrigação da qual não pode abster-se implica na necessidade de uma manifestação decisória sobre tudo aquilo que fora levado à sua apreciação.

A necessidade de julgar nunca foi tão premente. A modernidade trouxe consigo intensas e rápidas transformações sociais, políticas e econômicas que muitas vezes tornam obsoletos e/ou impróprios os textos constitucionais. Dada essa realidade, as mutações constitucionais ganham terreno e propiciam a modificação pontual e informal da norma constitucional sem que para isso seja necessária a alteração do texto normativo.

Por outro lado, com o aumento da incidência desse fenômeno, principalmente quando reconhecido pelo Judiciário, os riscos da mutação ser inconstitucional são

grandes. A adequação da norma à realidade da comunidade envolve, muitas vezes, exercício de conclusão subjetiva. Mais seguro seria que todas as mudanças normativas constitucionais pudessem ser formais. Ou ainda, que os textos positivados pudessem prever integralmente as situações fáticas possíveis. Mas hoje sabemos que isso é uma utopia.

Mesmo que o legislador conseguisse acompanhar as constantes modificações no cenário social, não haveria padronização na interpretação do texto legal de modo a conferir uniformidade de entendimento. A hermenêutica constitucional, por si, compreende vastas possibilidades, a depender do intérprete, afastando a unanimidade e tornando o processo interpretativo dinâmico.

Em termos de mutação constitucional, no âmbito decisório do STF, o seu reconhecimento decorrerá de um precedente, importante para a edificação de entendimento uniforme. Se processada de maneira legítima, confere segurança aos jurisdicionados. De maneira inversa, a mutação inconstitucional implica em total insegurança à população, pois, como será abordado adiante, resulta da uma ilegítima modificação de uma norma jurídica vigente.

Então, o exercício de interpretação jurídica é necessário para adaptação do texto positivado e extração do conteúdo da norma constitucional. As mutações constitucionais, seja por impossibilidade de exercício de atribuições, pelo costume (desuso ou uso constitucional) ou pela interpretação refletem essa realidade.

Diante disso, dentre muitas situações submetidas ao Supremo Tribunal Federal, algumas implicam na discussão acerca da ocorrência do fenômeno da mutação constitucional sobre a qual o Tribunal Constitucional, sendo o debate ventilado, deverá se posicionar, sendo defeso a ele transferir a tarefa a outro Poder, ou abster-se de julgar, mesmo nos casos mais complexos.

Dada essa realidade, as mutações constitucionais são mecanismos de reconstrução da norma constitucional, relevantes para a realidade social vivenciada no momento de prolação da decisão judicial e, assim, prescindem da modificação do texto legal que somente pode ser realizada mediante observância do procedimento legislativo

formal. Necessárias e recorrentes, corrigem uma falha peculiar e notável especialmente nas Constituições rígidas, garantido a apreensão de sua inteligência de acordo com a dinâmica das relações sociais.

Embora indispensável, o fenômeno da mutação não pode ser manejado para fundamentar decisões judiciais desvinculadas da legislação vigente. Com o aumento da incidência desse fenômeno, principalmente no que se refere às mutações processadas ou reconhecidas por iniciativa do Judiciário, os riscos de operar-se uma inconstitucionalidade na decisão supostamente fundada em uma mutação são elevados. A adequação da norma à realidade social e a modernização das relações abarca exercício de análises muitas vezes deveras subjetivas pelo julgador.

Mesmo frente a esse risco, o exercício de interpretação jurídica é necessário para adaptação do texto positivado à realidade social vivenciada e, assim, propiciar o adequado processo de construção do sentido da norma, condizente com o Estado Democrático de Direito.

É preciso que a interpretação, para ser legítima, adstrinja-se aos princípios fundamentais da ordem jurídica constitucional, o que significa que os princípios gerais precisam ser obedecidos e que a interpretação, para ser constitucional, limite-se aos parâmetros estipulados pela própria Carta Magna (VERDU, 1985, p. 115-116).

A ocorrência do fenômeno da mutação constitucional é indiscutível, assim como das decisões inconstitucionais equivocadamente fundadas em alegada, mas inexistente mutação. As constituições podem e efetivamente sofrem alterações que não decorrem do poder constituinte, desde que respeitados os limites dessa mutação ratificada pelo intérprete julgador.

Conquanto as limitações ao poder-dever-atividade de julgar seja tema antigo, merece ser revisitado e rediscutido, agora com uma visão contemporânea, com foco direcionado às mutações constitucionais adotadas a partir da interpretação do Supremo Tribunal Federal em recentes decisões proferidas que determinaram a aplicação de nova compreensão normativa a partir de textos normativos

constitucionais.

O tema em questão se apresenta como de imensa relevância na conjuntura política e social de instabilidade e crise de legitimação pela qual passa o Brasil, eis que trata do debate que circunda a atuação da mais alta instância do Poder Judiciário, pois, independentemente da pressão da opinião pública, da mídia e dos grupos instituídos, o Tribunal Constitucional está adstrito às prescrições da Carta Magna devendo a ela submeter-se ainda que tenha que adotar, para isso, posição contra majoritária.

Seus atos e decisões não podem ser desvinculados de fundamentação jurídico-normativa válida, razão pela qual a análise à qual nos propomos mostra-se como proeminente. Em que pese a crescente necessidade de atuação proativa e efetiva do Judiciário na concretização de direitos e garantias fundamentais, a questão da (i)legitimidade do STF para modificar a norma constitucional deve ser abordada e discutida na mesma proporção.

Mesmo na busca pela consecução dos direitos e garantias fundamentais, o STF tem que agir dentro dos seus limites e de acordo com a Constituição Federal. Logo, o legítimo papel do Judiciário na ocorrência da mutação via interpretação nas decisões judiciais merece ser analisado sob o prisma constitucional.

Para desenvolver o estudo proposto nesse cenário, previamente teremos que compreender elementos essenciais da Constituição brasileira e da atuação do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade e no processo de construção da norma constitucional.

Estabelecidas algumas premissas, a etapa seguinte tratará da análise conceitual do tema principal em debate, a Mutação Constitucional, desde a constatação da sua ocorrência, passando pelas primeiras sistematizações do fenômeno até a construção de uma classificação contemporânea aplicável ao sistema constitucional brasileiro vigente, adotada como matriz teórica. A análise voltar-se-á, então, preponderantemente às implicações práticas da incidência do fenômeno e dos

parâmetros de seu reconhecimento pelo Judiciário, sobretudo pelo Supremo Tribunal Federal, responsável pela proteção e controle de constitucionalidade.

Nesse panorama, será destacada a mutação constitucional via interpretação com atenção para os parâmetros de sua efetivação quando alcançada por intermédio do reconhecimento do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade.

Também serão traçados os e os limites de atuação do Tribunal Constitucional na ocorrência fenômeno e abordada a questão da legitimidade do judiciário para modificar a Constituição deve e será abordada, com o intuito de que possamos concluir pela (in)constitucionalidade da ocorrência da mutação via interpretação do julgador e pela (im)possibilidade de manipulação do instituto pelo Poder Judiciário na análise de casos concretos.

A pesquisa prosseguirá sendo desenvolvida com o estudo de um conjunto exemplificativo de duas decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da efetivação de direitos e garantias fundamentais, quais sejam: a proferida no exame do RE 466.343/SP que decidiu pela inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel (prescrita no artigo 5º, inciso LXVII da CF) e a prolatada no julgamento da ADI 4.277 que equiparou as relações estáveis homoafetivas às heteroafetivas. A escolha dos julgados pautou-se pela repercussão pública e relevância social das decisões e, principalmente, por terem efetivado a modificação da compreensão e aplicação de normas vigentes que tratam de direitos e garantias fundamentais. Para tanto, foi adotado para a elaboração da dissertação o método dialético de pesquisa.

Assim, verifica-se a importância e necessidade de aprofundamento do tema apresentado, ou seja, a dissertação será desenvolvida com o intuito de que possamos responder a seguinte questão: Nos julgamentos do RE 466.343/SP e da ADI 4.277 realizados pelo Supremo Tribunal Federal ocorreu de fato uma mutação constitucional ou, ao contrário, o Tribunal Constitucional realizou a alteração normativa de forma arbitrária e inconstitucional?

Serviram como base para confecção do trabalho: livros, artigos, dados de pesquisa empírica, e decisões judiciais. Para o desenvolvimento do presente ensaio foram

consultadas as seguintes fontes legais: Constituição da República Federativa do Brasil, Código Civil (Lei nº. 10.406/02) e Código de Processo Civil (Lei nº. 5.869/73).

1 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

1.1 A FUNÇÃO PRECÍPUA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O Supremo Tribunal Federal é a instância máxima do Poder Judiciário brasileiro. Como determina o artigo 102 da Constituição Federal, a ele compete precipuamente a guarda da Constituição.

Vale lembrar que o controle de constitucionalidade pode e deve ser realizado preventivamente pelo Chefe do Poder Executivo, pelo poder de veto, ou mesmo pelas Comissões de Constituição e Justiça do Poder Legislativo. A atuação do Judiciário dá-se de forma repressiva. Tal atividade é exercida pela determinação da devida aplicação das normas constitucionais, que passa pelo controle de constitucionalidade tanto em relação ao aspecto formal quanto ao aspecto material da norma em análise.

O controle formal de uma lei é exercido pelo Judiciário por excelência e visa verificar se uma determinada lei fora elaborada de acordo com a Constituição, ou seja, se satisfaz os critérios de competência estabelecidos pelo processo legislativo, bem como se não vai de encontro a nenhuma determinação constitucional alusiva à organização e atribuições dos Poderes. Já o controle material de constitucionalidade incide sobre o conteúdo da norma (BONAVIDES, 2009, p. 297-298).

Esta última forma de controle é revestida de um considerável potencial danoso e é no exercício dessa espécie que se verifica a mutação constitucional.

O controle material de Constitucionalidade é delicadíssimo em razão do elevado teor de *politicidade* de que se reveste, pois incide sobre o *conteúdo da norma*. Desde ao fundo da lei, outorga a quem o exerce competência com que decidir sobre o teor e a matéria da regra jurídica, busca acomodá-la aos cânones da Constituição, ao seu espírito, à sua filosofia, aos seus princípios políticos fundamentais (BONAVIDES, 2009, p. 299).

O controle material não é realizado necessariamente pelo Judiciário, mas quando é, sobretudo pelo Supremo Tribunal Federal na guarda da Constituição, confere aos julgadores a tarefa de aplicar a norma constitucional na sua concretização, interpretando-a, sopesando seus dois elementos, tais como relatados no tópico 1.3 (texto + contexto). Assim funciona o controle de constitucionalidade material pelo STF. Por ser um controle predominantemente político comporta uma margem de subjetividade muito grande, característica sempre avessa à segurança jurídica.

Especificamente o controle jurisdicional da constitucionalidade (seja formal ou material) este pode ocorrer tanto de forma difusa ou concentrada, haja vista que a Constituição de 1988 autorizou a coexistência de ambos.

1.1.1 O controle difuso de constitucionalidade.

O controle difuso de constitucionalidade, também chamado de controle por exceção ou concreto, dá-se quando no curso de um processo judicial uma das partes suscita a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo cuja aplicação o desfavorecerá (BONAVIDES, 2009, p. 302).

Como a própria denominação desta espécie já expõe, a declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do dispositivo especificamente suscitado por alguma das partes ocorrerá incidentalmente, de maneira a gerar efeito *inter partes*, não alcançando aqueles que não estejam envolvidos na lide.

A permissibilidade do controle difuso funda-se na premissa de que a norma inconstitucional jamais poderá gerar efeito. Será constitucional ou inconstitucional desde a sua origem. Assim, o julgador não pode olvidar-se de reconhecer essa inconstitucionalidade na concretização da norma, no momento de dizer o direito. É,

inclusive, uma obrigação imposta pelo próprio sistema constitucional e mais diretamente com guarida no artigo 5º, inciso XXXV¹ da Carta Magna.

Nesse caso, a decisão judicial que decidirá incidentalmente sobre a constitucionalidade da lei não a retirará do ordenamento. Os seus efeitos não serão estendidos para além do processo e cada julgador desde o primeiro grau até as instâncias superiores poderá entender e julgar sobre a questão de acordo com suas próprias convicções.

Se em um primeiro momento a possibilidade do controle difuso parece afinar-se com a segurança jurídica, ao permitir ao julgador de qualquer órgão e grau de jurisdição que impeça que normas inconstitucionais gerem efeitos, ou seja, conferindo-se pretensa segurança ao plano constitucional, por outro lado, abre a possibilidade de coexistência de entendimentos diversos sobre a constitucionalidade de leis ou atos normativos o que, inevitavelmente, gera insegurança jurídica.

Em vista disso, a atuação do Supremo Tribunal Federal é essencial para que determine abstratamente a retirada da norma jurídica inconstitucional do ordenamento, resultado que não é alcançado por via do controle difuso. A retirada da norma do ordenamento, em sede de análise constitucional, poderá ser realizada pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade.

1.1.2 O controle concentrado de constitucionalidade

O controle concentrado de constitucionalidade (ou por via de ação ou abstrato) encontra-se previsto no artigo 102 que atribui ao Supremo Tribunal Federal a função de guardar a Constituição cabendo a ele processar e julgar originariamente as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIN) genéricas, interventivas ou por

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

omissão, Ações Diretas (ou Declaratórias) de Constitucionalidade (ADC) e Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)

No controle concentrado, ao contrário do difuso, não há um conflito de interesses deduzido em juízo. Não há contraditório exercido diretamente por uma parte cujo interesse está diretamente no direito ou coisa discutidos judicialmente. A análise é marcada justamente pela impessoalidade² não havendo interesse jurídico específico ou subjetivo do autor (VELOSO, 2003, p. 75). O objetivo é garantir a proteção da soberania constitucional e impedir que normas inconstitucionais produzam efeitos igualmente inconstitucionais.

Essa peculiaridade processual conduziu o legislador constitucional a elencar um rol de legitimados e restringir a eles, guardada a respectiva pertinência temática³, a possibilidade de provocação do Supremo Tribunal Federal para a realização do controle constitucional concentrado⁴.

Não obstante seja necessária a pertinência temática entre autor e norma cuja análise de constitucionalidade é demandada, o processo do controle concentrado, por ser caracterizado pela abstração, prescinde da existência e demonstração de um interesse jurídico subjetivo dos legitimados. Não há um pedido direcionado a algum provimento específico (condenatório ou constitutivo) que não seja a declaração da

² “Não se discutem situações individuais no âmbito do controle abstrato de normas, precisamente em face do caráter objetivo de que se reveste o processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade.” (STF - ADI 1.254-MC-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-8-96, DJ de 19-9-97).

³ Para a o cabimento de ADIN, ADC ou ADPF os legitimados não precisarão demonstrar um interesse específico e objetivo para a declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma submetida à apreciação. Mas, a norma em relação à qual será requerida a manifestação do Supremo Tribunal Federal e as consequências da decisão declaratória do STF sobre a constitucionalidade da mesma devem guardar pertinência temática entre o pedido formulado pelo o Requerente e a repercussão a ser avaliada de acordo com a finalidade legal, estatutária ou institucional do autor. Nesse sentido o STF já se manifestou:

"O requisito da pertinência temática – que se traduz na relação de congruência que necessariamente deve existir entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato – foi erigido à condição de pressuposto qualificador da própria legitimidade ativa *ad causam* para efeito de instauração do processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade." (STF ADI 1.157-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-12-1994, Plenário, DJ de 17-11-2006).

⁴ Nos termos do artigo 103 da Constituição, poderão propor ADIN e ADC o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma e, excepcionalmente, seus efeitos (VELOSO, 2003, p.75).

Embora a Constituição de 1988 tenha ampliado o rol de legitimados ativos quando comparada com a anterior, não abriu a possibilidade de qualquer cidadão requerer o controle concentrado. Quanto a esse ponto a limitação restringe a participação direta do povo e transfere aos legitimados a incumbência de levar ao Judiciário a discussão acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo para um pronunciamento definitivo. A restrição aos legitimados ativos harmoniza-se com o efeito consequente de uma declaração de inconstitucionalidade cuja análise deve ser minuciosa o que requer um trabalho cuidadoso e, por conseguinte, em regra demorado.

O processo do controle concentrado caracteriza-se,

(...) por seu teor sumamente enérgico, pela sua agressividade e radicalismo, pela natureza fulminante da ação direta. Consente aos governados e com mais frequência a certas autoridades públicas a iniciativa de promover o ataque imediato e ofensivo ao texto eivado de inconstitucionalidade. Uma vez declarada a inconstitucionalidade a lei é removida da ordem jurídica com a qual se apresenta incompatível (BONAVIDES, 2009, p. 307).

No controle concentrado, então, a análise é da compatibilidade entre uma lei, em abstrato, e a Constituição. Logo, só um ato normativo geral e abstrato pode ser objeto deste tipo de controle.

O julgamento abstrato da constitucionalidade da norma posta em apreciação garante maior segurança jurídica aos jurisdicionados. Podemos concluir que a coexistência das duas formas de controle de constitucionalidade faz com que elas se complementem.

Pensando no sistema constitucional processual, o controle difuso funciona como uma tutela de urgência na proteção da Constituição enquanto o controle concentrado, a ser realizado pelo Tribunal Constitucional, determinará, finalmente, se a norma é constitucional ou inconstitucional.

O controle difuso garante que até o julgamento da constitucionalidade pelo STF nenhuma lei, a critério do julgador considerada inconstitucional, possa surtir efeito, prestigiando a efetividade em necessário detrimento da segurança jurídica. O controle concentrado, ao contrário, prestigia em primeiro lugar a segurança jurídica, pois, como adiante será mais bem explicitado, tem um efeito certamente vinculante e é, então, fonte do direito.

1.2 A QUESTÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE QUANDO PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Uma norma é ou não constitucional desde a sua origem. Assim, a decisão do STF que reconhece a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma é meramente declaratória.

Nesse caso, a decisão que declara a inconstitucionalidade em abstrato de uma norma tem eficácia *ex tunc* em regra, ou seja, retroage para extirpar qualquer efeito que a norma tenha causado e restabelecer o estado anterior. Lógico, uma norma inconstitucional não deveria, em nenhum momento, ter produzido efeitos.

É indiscutível, pelo exposto nos itens antecedentes, que a decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade possui eficácia *erga omnes*, naturalmente vinculando a todos, inclusive os demais órgãos do Judiciário e o Executivo.

Por outro lado, também é pacífico o entendimento de que o controle difuso quando realizado pelos Tribunais Superiores, Ordinários ou mesmo pelo magistrado em primeiro grau gerará um efeito *inter partes*.

Ainda quando se trata de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade, no atual sistema constitucional vigente,

prevalece o entendimento de que a decisão segue a regra do controle para o caso concreto, ou seja, tem efeitos meramente *inter partes* e não vinculam.

Seguindo a tradição jurídica vigente, o controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal também pode ter efeitos extensíveis além das partes envolvidas no processo.

Nos termos do artigo 52, inciso X⁵ da Constituição Federal, a extensão dos efeitos do controle concreto de constitucionalidade somente pode ocorrer mediante edição de Resolução do Senado Federal, com a peculiaridade de que terá os efeitos *erga omnes* a partir da edição da Resolução, ou seja, *ex nunc*.

O artigo 52, inciso X da Constituição Federal atribui competência exclusiva ao Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Igualmente, o artigo 97 da Carta Magna também, na mesma direção, prescreve que a declaração da lei ou ato normativo do Poder Público somente poderá ocorrer pelo voto da maioria absoluta dos membros do colegiado julgador⁶.

Assim, ocorrendo um controle difuso de constitucionalidade em decisão proferida pelo STF, a rigor, terá a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade efeitos meramente *inter partes*.

Como dito, nos termos da Constituição e da determinação contida no Regimento Interno do STF (Art. 178⁷), a ampliação dos efeitos da declaração de

⁵ **CF**

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal

[...]

X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

⁶ **Art. 97.** Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

⁷ **RISTF**

Art. 178. Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII, da Constituição.

inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, no todo ou em parte, depende de decisão do Senado Federal nesse sentido, cabendo ao STF comunicar a sua decisão de declaração incidental de inconstitucionalidade ao Senado Federal depois do trânsito em julgado.

Também o Regimento Interno do Senado Federal⁸, compatibilizando-se com a CF e com o RISTF, demonstra que o sistema normativo vigente não atribui eficácia *erga omnes* às decisões proferidas pelo STF em controle difuso de constitucionalidade. Igualmente demonstram as normas aludidas, conjuntamente, ser uma faculdade do Senado Federal a retirada definitiva da lei ou ato normativo do ordenamento jurídico.

De maneira especial, o legislador constitucional quis bem separar as atribuições do STF e do Senado Federal no que tange ao controle difuso de constitucionalidade, claramente produzindo uma norma que impede, em julgamentos difusos, mesmo pelo Tribunal Constitucional, a atribuição de efeitos *erga omnes*.

De fato, a opção do legislador constitucional não parece a melhor escolha, haja vista que, se a atribuição precípua do STF é o controle de constitucionalidade, pouco importa se a declaração ocorre em uma ação especificamente manejada para esse fim ou de forma incidental. A importância maior é a retirada do ordenamento da lei ou ato normativo inconstitucional e a fulminação de qualquer dúvida nesse sentido, garantindo, assim, maior segurança jurídica e, ao menos em tese, a necessária obediência à Constituição.

Conquanto particularmente nos pareça equivocada, sem dúvidas o legislador constitucional fez opção diversa e essa opção deve ser respeitada. Pelo

⁸ RISF

Art. 386. O Senado conhecerá da declaração, proferida em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade total ou parcial de lei mediante:

I – comunicação do Presidente do Tribunal;

II – representação do Procurador-Geral da República;

III – projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Art. 387. A comunicação, a representação e o projeto a que se refere o art. 386 deverão ser instruídos com o texto da lei cuja execução se deva suspender, do acórdão do Supremo Tribunal Federal, do parecer do Procurador-Geral da República e da versão do registro taquigráfico do julgamento.

Art. 388. Lida em plenário, a comunicação ou representação será encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que formulará projeto de resolução suspendendo a execução da lei, no todo ou em parte.

ordenamento constitucional vigente é indiscutível que não cabe ao STF, em controle difuso, determinar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em abstrato. O fato de ser uma escolha equivocada não autoriza seu descumprimento, sobretudo porque a conclusão pelo equívoco passa indiscutivelmente por uma construção deveras subjetiva.

Delineando pensamento diverso, parcela da doutrina e da jurisprudência, têm defendido a ocorrência de uma suposta mutação constitucional para, em verdade, justificar a alteração da norma constitucional prescrita a partir do texto normativo do artigo 52, X da Constituição.

Para o Ministro do STF Gilmar Mendes (2012, p. 1198) “o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão exclusivamente histórica”. Ainda para o Ministro, em razão de uma alegada mutação constitucional pode o STF, mesmo em controle difuso, determinar a inconstitucionalidade de lei ou ato (de forma abstrata) independentemente de Resolução do Senado Federal (2012, p. 1209).

A discussão teve início com a modulação dos efeitos, pelo Tribunal Constitucional, de decisões em controle de constitucionalidade⁹ e ganhou relevância pontualmente no que diz respeito à independência do STF em relação ao Senado Federal a partir do julgamento, ainda em curso¹⁰, da Reclamação 4.335/AC pela qual a reclamante alega o descumprimento de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concreto de constitucionalidade proferido no HC 82.959/SP¹¹.

Relator no julgamento da Reclamação 4.335/AC, o Min. Gilmar Mendes expressamente sustentou a ocorrência de mutação constitucional para motivar a superação do artigo 52, X da CF com o escopo de que o Tribunal determine a atribuição de eficácia *erga omnes* e vinculante aos julgados em controle concreto de constitucionalidade. Depois de proferido o voto, o Ministro Eros Grau aderiu ao entendimento de que ocorreu, então, a mutação constitucional para, segundo

⁹ Tais como o julgamento do RE 197.917/SP e o do HC 82.959/SP.

¹⁰ Até a conclusão deste trabalho o processo encontrava-se no Gabinete do Ministro Teori Zavascki em atendimento a pedido de vista.

¹¹ Pelo julgamento do HC 82.959/SP discutiu-se a constitucionalidade da progressão de regime na lei de crimes hediondos e, sob a Relatoria do Min. Marco Aurélio, foi afastada a vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, a despeito do prescrito na Lei nº. 8.072/1990.

sustentam, alargar os efeitos do julgamento do STF em sede de controle concreto de constitucionalidade.

Assim, no entendimento dos Senhores Ministros e daqueles que sustentam a mutação constitucional para fins de suspensão dos efeitos do inciso X do artigo 52 da Constituição, o texto normativo não mais condiz com a realidade atual para fins de concretização dos efeitos propostos, considerando o sistema constitucional vigente.

Nesse caso, considerando a composição da norma já apresentada em tópico antecedente, seria primordial que o voto-decisão proferido indicasse a modificação contextual sustentada, o que não ocorreu. Os Senhores Ministros citados não amparam a suposta mutação constitucional, mas sim uma intenção de modificação legislativa constituinte por razões de convencimento íntimo, atribuição que não lhes é dada.

Afinal, cabe ao Supremo Tribunal Federal “corrigir” a Constituição? A resposta é não. Isso faria dele um poder constituinte permanente e ilegítimo. Afinal, quais seriam os critérios de correção, uma suposta “ordem concreta de valores”, um “Direito Natural” no estilo de Radbruch?... (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2011, p. 27).

A decisão pela escolha legislativa não cabe ao STF cuja função se restringe a julgar e, mais especificamente, a julgar nos moldes e limites da Constituição Federal. Compreendendo a composição da norma, podemos concluir que a partir do texto normativo ao STF cumpre, no controle de constitucionalidade, concretizar o que está positivado conjugando o texto normativo com a realidade e contexto vivenciados na ocasião.

Não pode o Supremo Tribunal Federal, de maneira alguma, optar por um caminho, determinar uma escolha legislativa à critério da opinião da maioria dos julgadores, a despeito da norma constitucional de fato vigente inclusive à qual submetem-se.

Do ponto de vista do Controle de Constitucionalidade, podemos afirmar que o fenômeno da Mutação Constitucional impõe ao Supremo Tribunal Federal investigar o contexto social na ocasião da concretização da uma norma para apurar se a

alteração normativa de fato ocorreu. Nessa análise a atuação do STF restringe-se ao reconhecimento da modificação, processada pela transformação do contexto no qual se dará a concretização da norma.

O que determinará a diferença entre uma mutação constitucional e uma modificação inconstitucional na norma em razão de critérios subjetivos e injustificados do STF será a exposição fundamentada da razão de decidir. A razão da decisão deve demonstrar exatamente a ocorrência da modificação contextual de modo a produzir a modificação da norma então vigente para justificar, assim, a sua concretização como se apresenta ou mesmo a revogação do texto normativo.

Assim, podemos concluir que, pelo ordenamento vigente, os efeitos da decisão declaratória em controle de constitucionalidade concentrado será *erga omnes* e *ex tunc*. Do mesmo modo o reconhecimento da mutação constitucional. No controle difuso será *inter partes*, com caráter não vinculante aos demais órgãos do judiciário, salvo se a lei ou ato à qual se refere for suspenso¹² (em verdade revogado) pelo Senado Federal por Resolução.

Ao final, podemos concluir que a mutação constitucional via interpretação do STF é espécie de controle concentrado de constitucionalidade e, como tal, pressupõe uma mera declaração do Tribunal Constitucional em relação ao seu acontecimento.

Ademais, nota-se que a ocorrência da mutação é notável e necessária, mas para que seja constitucional pode e deve ser reconhecida via interpretação pelo Supremo Tribunal Federal, cabendo ao Tribunal Constitucional apresentar como fundamento da decisão a razão de decidir ancorada na modificação do contexto no qual está inserido o texto normativo em referência.

Portanto, a mutação precede à decisão. Ao revés disso, qualquer outra justificativa (razão de decidir) será inconstitucional, uma vez que se apresentará como nova opção legislativa, prerrogativa que no sistema democrático vigente não cabe ao judiciário.

¹² Termo utilizado pelo legislador.

Feita essa análise e em vista dessa conclusão, cumpre-nos analisar como se dá a construção da norma jurídica constitucional para, posteriormente, investigar com mais atenção o fenômeno da mutação constitucional e a sua ocorrência como dependente da justificação de modificação da norma, ou seja, atrelado à transcendência dos motivos determinantes.

1.3 A CONSTRUÇÃO DA NORMA JURÍDICA CONSTITUCIONAL

Atualmente, os sistemas jurídicos existentes organizam-se de duas formas que estão relacionadas, cada um a seu modo, à construção da norma jurídica, são eles: o *common law* e o romano germânico (*civil law*). Embora possuam configurações diferentes, muitos países adotam um sistema com mecanismos do outro. É o caso do Brasil onde, como será adiante exposto, há um predomínio da *civil law* com a adoção de alguns mecanismos do *common law*.

No *common law* o juízo formado para a sua concepção é de que o direito nasce e deve ser manejado para resolver questões concretas, se preocupando preponderantemente, portanto, com a solução dos casos apresentados ao judiciário (SOARES, 1999, p. 53). Na *civil law* a preocupação originária tinha como foco a codificação de um sistema legal, a determinação de regras de conduta às quais a sociedade e o próprio judiciário vinculam-se. Este, sua origem, se caracterizou pela cristalização, em textos harmônicos, de normas de costumes, normas escritas esparsas, decisões reiteradas e compreensões doutrinárias acerca dos conflitos sociais já enfrentados (SOARES, 1999, p. 27).

Sob o ponto de vista da concepção dos dois sistemas, temos duas origens e caminhos diametralmente opostos que pretendem, ao final, a obtenção do mesmo resultado. Originariamente, portanto, podemos concluir que o sistema *common law* prioritariamente busca remediar enquanto a *civil law* prevenir.

Esse traço distintivo marcante entre os dois sistemas determinou a impossibilidade da existência de um sistema de direito puro, ou seja, de um sistema unicamente

preventivo (*civil law*) ou exclusivamente repressivo (*common law*). O que temos hoje, em verdade, são sistemas mistos com preponderância de um ou de outro.

No Brasil, como dito, o sistema preponderante é a *civil law*, o que significa, grosso modo, que as normas jurídicas partem sempre de um texto legal. Por outro lado, a jurisprudência no Brasil, hoje, pode ser considerada como fonte de direito, ou seja, as decisões judiciais também são determinantes para a criação da norma e, por isso, podemos dizer que o sistema aqui adotado, embora com preponderância para a *civil law*, é um sistema misto. Exemplo disso é a possibilidade da edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal¹³.

Se a *civil law* aproxima-se do positivismo, eis que a codificação da norma é construída a partir do texto legal e isso subtrai do julgador parcela da possibilidade interpretativa, no *common law* a norma é construída a partir do caso concreto.

No que tange à construção da norma jurídica, em harmonia com o sincretismo entre os dois sistemas de direito, podemos concluir que a atividade jurisdicional não se resume a mero exercício silogístico de automática subsunção do texto legal ao fato ocorrido. Há sempre um exercício de interpretação que confere um significado ao texto normativo. O texto, sozinho, não guarda em si todos os elementos estruturantes de uma norma. Por essa razão o exercício interpretativo é imprescindível.

Um sistema misto, no caso do Brasil com preponderância para a *civil law*, expõe que há um complexo e amplo direcionamento do julgado. Ainda assim, o texto não guarda em si a norma. Somente quando o julgador aplicar o texto normativo ao caso concreto, em exercício de interpretação, ocorrerá a construção definitiva da norma jurídica.

¹³ Com a edição da Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, nos termos do seu Art. 103-A ainda vigente, a Constituição Federal, passou a prever e autorizar que o Supremo Tribunal Federal edite súmulas que vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário e, ainda, as Administrações Públicas Federal, Estaduais e Municipais, diretas e indiretas, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional. Atualmente encontram-se editadas e vigentes 32 (trinta e duas) súmulas vinculantes.

A distinção e a localização do sistema brasileiro mostram-se necessária para que sejam delimitados os limites da mutação constitucional. Embora tanto na *civil law* quanto no *common law* seja possível a mutação a transformação do sentido no primeiro é muito mais restrita que no segundo, este concebido justamente para que o Tribunal Constitucional realize constantes transformações informais no sentido da norma.

Ressalta-se, então, a clara diferenciação entre norma e texto normativo. Somente no positivismo científico-jurídico rigoroso poder-se-ia falar em aplicação do texto normativo diretamente ao caso concreto. O texto literal, tido na *civil law* puro como fonte única do direito, não pode ser adotado como premissa maior para silogismo do julgado vinculado à língua (MÜLLER, 2008, p. 192).

A norma jurídica, portanto, é construída a partir de sua aplicação. Há, nas palavras de Müller (2005, p.10) uma “temporalidade inerente da ‘*normatividade*’”. Não se trata a norma de um elemento pronto e acabado na codificação, como pretendia originariamente a *civil law*, mas sim “um processo real, concreto, de trabalho que deve ser assumido, socialmente e politicamente, com responsabilidade pelo operador do direito”.

Mesmo nos casos da *civil law* a codificação é um direcionamento, eis que é pacífica a conclusão pela impossibilidade de o texto normativo abarcar toda e qualquer situação da vida que exija uma regulamentação. O processo legislativo é imperfeito e inacabado, embora necessário na prevalência desse sistema. Como dito, o texto legal compõe a elaboração da norma o que o faz imprescindível para tanto. É o primeiro elemento dos dois que integram a norma.

O segundo elemento componente da norma é o contexto vivenciado na ocasião de sua aplicação. O texto normativo não é autônomo em face da realidade. Nenhum texto legal é completo o suficiente para abarcar todas as situações possíveis, às quais faz referência, de maneira satisfatória, especialmente o texto constitucional.

Assim o magistrado: não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmar,

com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o consideram autômato; e, sim, árbitro da adaptação dos textos às espécies ocorrentes, mediador esclarecido entre o direito individual e o social (MAXIMILIANO, 2006, p. 59).

Podemos concluir que, sob uma compreensão concretista, preconizada por Müller (2008, p. 244-250), a norma, enfim, é acabada quando materializada. A construção e concretização da norma ocorrem no mesmo momento. O texto normativo, isoladamente, não produz uma norma. A norma é construída a partir dele em conformidade com o segundo elemento, o contexto vivenciado no momento da concretização.

Assim, torna-se essencial a função dos operadores do direito, notadamente do judiciário e no plano constitucional do Supremo Tribunal Federal, pois, a rigor, como guardião da Constituição, participa do processo de estratificação da norma jurídica constitucional na ocasião de sua concretização.

2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

As constituições escritas e rígidas elaboradas por um poder constituinte, como a brasileira, trazem consigo a constante necessidade de atualização do seu sentido normativo por força da complexidade e dinamismo da sociedade contemporânea.

Essa atualização pode ocorrer formalmente, mediante a reforma ou revisão constitucional ou informalmente, admitindo-se a mutação em variadas modalidades. Ou seja, nesse último caso “muda o sentido sem mudar o texto” (CANOTILHO, 2010, p. 1.228).

A reforma da constituição tem duas acepções, uma formal e outra material. Já as mutações constitucionais são realizadas sem implicação formal e tampouco material, pois não afetam o texto normativo (LOEWENSTEIN, 1986, p. 165). As modificações do texto constitucional não são a única maneira de se modificar uma norma constitucional, sobretudo tratando-se das constituições rígidas.

Por mais que as constituições que possuem essa característica de rigidez estabeleçam processos formais voltados à sua modificação, com fins de acompanhar a evolução social enquanto possível, não conseguem impedir que adjacente às modificações formais prescritas aconteçam as mutações, ou seja, desenvolva-se um direito constitucional não escrito (FERRAZ, 1993, p. 16)

As Constituições são majoritariamente rígidas com aspectos de flexibilidade ou prioritariamente flexíveis, com alguma rigidez. Em verdade, a elasticidade relativa das Constituições rígidas, por mais paradoxal que possa parecer, é o que garante a sua estabilidade, pois absorve a dinamicidade das relações sociais (SILVA, E., 1998, p. 185-197).

De fato, não existe Constituição puramente rígida, como também não existe Constituição totalmente flexível. Justamente por isso, a mutação constitucional mostra-se como um fenômeno necessário e indispensável especialmente para

conferir elasticidade às Constituições preponderantemente rígidas, como a brasileira.

Embora a expressão *mutação constitucional* seja empregada com designios variados no tocante ao conteúdo da expressão, aos fenômenos e às modalidades que abrange, adota, de maneira geral, um único sentido, admitindo-se como a modificação da norma decorrente de processos informais, ou seja, de outros que não aqueles previstos na própria Constituição. A norma altera-se pela mudança no contexto e não pela alteração do texto (FERRAZ, 1993, p. 17-18)

Adotando o Brasil historicamente o sistema da *civil law*, pelo qual, em sua origem, as leis escritas, positivadas, são fonte principal e única do direito, fez-se combatido e mal visto, inicialmente, o fenômeno da mutação, que reconhece a modificação da norma independentemente da alteração do texto.

Com a “crise do positivismo jurídico” clássico do pós segunda guerra mundial o sistema exclusivamente pautado pela codificação, tal qual a *civil law* perdeu força e prestígio. O julgador, a partir de então e cada vez mais, passou a contar com a possibilidade interpretativa e a considerar a justiça da decisão na aplicação do texto normativo ao caso concreto. Desde então não se adstringe à subsunção do fato ao texto positivado.

Gradativamente, o sistema da *civil law* no mundo e também no Brasil foi flexibilizado e os precedentes judiciais passaram a ser considerados também como fonte do direito. No Brasil atualmente de fato uma fonte primária.

O texto legal tal qual positivado não consegue abarcar expressamente todas as situações cotidianas e possíveis conflitos existentes. Ao legislador é impossível prever e normatizar especificamente todas as situações de presumíveis conflitos sociais existentes e por existir, que dirá os que estejam por vir.

O reconhecimento dessa realidade resultou na convergência entre os sistemas de *common law* e *civil law* pelo sistema judiciário brasileiro (CAPPELLETTI, p. 46-47, 1993). Gradualmente e no mesmo sentido, o fenômeno da mutação constitucional

passou a ser mais frequente e debatido embora a constatação de sua ocorrência tenha precedido, em muito, a tendência de sincretismo entre os sistemas referidos.

Em vista disso, para melhor compreensão do instituto da mutação constitucional faz-se oportuna uma breve digressão, com o escopo de fixarmos compreensões basilares para um posicionamento embasado sobre a questão específica da mutação constitucional por interpretação do judiciário.

2.1 A CONSTATAÇÃO DA MUTAÇÃO POR PAUL LABAND E A CONTRIBUIÇÃO DE GEORG JELLINEK

Os autores da escola alemã de direito público foram os precursores no estudo específico do tema da mutação constitucional no período compreendido entre o fim do século XIX e início do XX. Dentre esses estudiosos, destacou-se Paul Laband, justamente por ter sido ele o primeiro a expressamente diferenciar reforma constitucional (*Verfassungsänderung*) de mutação constitucional (*Verfassungswandlung*), inclusive criando este termo para concretizar definitivamente a distinção entre um e outro. Em seus estudos, Laband constatou que a constituição vigente pode ter o seu significado alterado, em determinadas situações, mesmo que seu texto permaneça intacto. No momento histórico-espacial de sua análise a constituição objeto do estudo era formal (escrita) e ainda assim ele chegou a conclusão que ela transformava-se em determinadas situações, independentemente da modificação do texto através dos procedimentos formais de reforma (URRUTIA, 2000, p. 105-106).

A constatação de Paul Laband publicada na forma do livro *Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung* em 1900 circunscreveu-se na observação da modificação ocorrida na Constituição do *Reich* sem que fossem acionados os mecanismos de reforma constitucional prescritos na época (PEDRA, 2012, p. 80).

Visto isso, Laband consignou a Constituição como um documento normativo podendo, então, ser transformada pelo Estado informalmente e, baseado na

observação da mutação ocorrida na Constituição do *Reich* sistematizou três possíveis vias de transformação: a regulamentação por lei infraconstitucional de “elementos centrais” do Estado que não tenham sido previstos ou planejados pela Constituição, alteração de “elementos centrais” do Reich previstos na Constituição via norma infraconstitucional posterior ou a alteração dos “elementos centrais” do Estado por intermédio de usos e costumes das autoridades públicas. Cumpre aqui a ressalva conclusiva de que Laband atribuía às leis infraconstitucionais status hierárquico idêntico ao da norma Constitucional. (URRUTIA, 2000, p. 108-110)

Depois de constatada a ocorrência da mutação por Laband, Georg Jellinek (1991, p. 07) ampliou o estudo do acontecimento de maneira a prestar grande contribuição ao estudo deste então novo fenômeno apresentado. Ele estudou e sistematizou circunstâncias que refletiam na prática, a seu tempo, mutação da constituição.

Jellinek (1991, p. 07) descreveu e elencou situações ensejadoras de transformação da essência da constituição escrita sem a modificação de seu texto. E assim, diferenciou reforma constitucional de mutação constitucional, claramente distinguindo-a das modificações formais a partir da presença/ausência de intencionalidade na alteração:

Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación.

A contribuição de Jellinek é determinante ao ultimar que a mutação constitucional pode ocorrer independentemente da intenção de modificação. Como consequência, não tem que vir necessariamente acompanhada de ações ou omissões do Poder Legislativo, mas também como consequência de fatores sociais.

Em seus estudos sobre o tema Jellinek (1991, p.10), no início do século XIX e ainda sob a influência do positivismo, observou que a estabilidade das leis constitucionais não é superior à estabilidade das leis infraconstitucionais fazendo uma análise da realidade dos Estados constitucionais existentes à sua época.

Analisando a questão, estabeleceu que as reformas, diferentemente das mutações, podem ocorrer da mesma maneira tanto na lei constitucional quanto na ordinária, por revogação total, por alteração textual ou substituição por leis posteriores (JELLINEK, 1991, p. 11). Desse modo, quando trata de reforma, Jellinek considera que as situações elencadas decorrem da vontade deliberada de alteração da lei, seja constitucional ou ordinária. Por outro turno, quando essa alteração decorrer de uma ordem natural, como dito, tratar-se-ão de mutações constitucionais.

E, prosseguindo em sua análise, tendo como marco a constatação de Laband, em conferência realizada em 18 de março de 1906 Jellinek (1991, p. 15) apresentou situações genéricas de mutações constitucionais, quais sejam: pela prática parlamentar, administrativa ou judiciária; pela necessidade política; pela prática constitucional; pelo desuso de competências estatais (de sanção e veto).

Nota-se, portanto, que Jellinek (1991, p. 23-26) já observara a possibilidade de mutação constitucional decorrente de decisão judicial. E, embora o tenha feito citando o *Dred Scott Case*¹⁴ ocorrente nos Estados Unidos que já adotava o sistema do *Common Law* com suas peculiaridades características, bem observou que pode haver a mutação constitucional por decisão judicial, como também que o juiz que decide sobre a constitucionalidade de uma lei o faz mediante uma enorme pressão da opinião pública, dividida em partidos e partidários diversos, característica indissociável da democracia para aqueles que atuam na vida pública.

2.2 O CONCEITO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DESENVOLVIDO POR HSÜ DAU-LIN

Já na década de 1930 Hsü Dau-Lin (1998, p. 29-31) concluiu que a mutação ocorre lenta e gradativamente, como consequência da ausência de interferência do poder

¹⁴ O *Dred Scott Case*, como historicamente conhecido o julgamento da Suprema Corte Norte Americana que atribuiu a cidadania do país à questão étnica, e consignou que a Constituição vigente não protegeria as pessoas de ascendência africana. Jellinek (1991, p. 23) tratou o caso como exemplo de mutação relevando que a decisão proferida “influenciou na eclosão da guerra civil, uma lei promulgada no ano de 1820 foi declarada nula em 1857 – depois de 37 anos de vigência”.

de reforma. Resume-se à incongruência entre as normas constitucionais positivadas e a realidade constitucional vivenciada.

A partir de então, os diversos autores que estudaram o fenômeno, como Haug, H. Krüger, Heydte, Peter Lerche, Tomuschat, Scheuner, Rodolf Smend, Bilfinger, Hennis, Friedrich Müller e Kelsen, dentre outros, compartilharam o entendimento de que se trata de modificação de aplicação da norma constitucional incontestavelmente ocorrente, mas totalmente diferenciada da reforma, uma vez que as normas são modificadas lentamente, de maneira imperceptível, e sem qualquer instauração de procedimento formal para tanto (BULOS, 1997, p. 55).

A mutação constitucional afigura-se, portanto, como um fenômeno que se inicia e se desenvolve exatamente na edificação da norma constitucional, pois partimos da premissa de que a norma constitucional é construída a partir do texto constitucional interpretado para e de acordo com a realidade vivenciada no momento de sua subsunção.

Nesse sentido, o problema da mutação constitucional reside na relação entre a a “Constituição escrita” e a “situação constitucional real”. Considerando essa relação entre o texto constitucional e a realidade Dau-Lin (p. 31, 1998) desenvolveu um estudo que resultou na sistematização de quatro classes de mutação da constituição.

Antes de revela-los, entretantes, cumpre explicar que quando a realidade acompanha o texto, temos a situação normal de validade do direito constitucional como posto. Em sentido oposto, quando a norma segue a realidade, teremos a reforma da constituição, eis que haverá modificação do texto constitucional para adaptá-lo. São duas situações de congruência entre a realidade e a norma (DAU-LIN, 1998, p. 31).

Excetuadas as situações de normalidade e reforma, teremos então quatro situações de incongruência entre realidade e texto constitucional: (i) Quando existir um texto constitucional dissociado da realidade, fato que torna a prescrição ineficaz, (ii) Quando a relação texto constitucional x realidade for inapropriada, (iii) quando a

realidade contradiz a norma, sendo, então uma prática inconstitucional e, (iv) quando a realidade deturpa a norma, sendo esse um caso de interpretação que resulta em uma mutação (DAU-LIN, 1998, p. 31).

Nas situações (i) e (ii) acima indicadas temos uma relação de incompatibilidade entre realidade e texto constitucional, mas somente nas situações (iii) e (iv) essa relação é conflitante.

Como resultado dessa construção e embasado nela, Dau-Lin (1998, p. 31) criou uma sistematização diferenciando quatro classes de mutação constitucional:

1. Mutação da Constituição mediante uma prática estatal que não viola a Constituição.
2. Mutação da Constituição mediante a impossibilidade de exercício de certos direitos constitucionalmente estatuídos.
3. Mutação da Constituição mediante uma prática estatal contraditória   Constituição.
4. Mutação da Constituição mediante sua interpretação.

A partir de então o estudo do fenômeno passou a ser encarado de modo mais prático, dada a sistematização que relevou a compatibilização entre situação real e texto legal, mais condizente com a circunstância evidenciada ainda nos dias atuais.

A primeira modalidade apresentada (1) resume a situação na qual há uma condição real sem um texto constitucional. Aborda relações jurídicas não abarcadas pelo preceito constitucional exposto, mas, sim, por uma construção constitucional. “A tensão que se pode observar aqui se dá entre a situação real e a situação legal desenhada pela Constituição, não entre o existente e o prescrito” (DAU-LIN, 1998, p. 32).

No segundo caso (2) temos situações nas quais a própria prescrição constitucional   de exercício impossível. Frente a essa impossibilidade, o próprio direito se esvai. Equivale a uma variação mais abrangente da mutação constitucional pelo desuso elaborada por Jenillek com a ressalva de que não há uma mutação pelo desuso, mas, em verdade, pela impossibilidade de exercício do direito sendo o desuso uma das possíveis causas (DAU-LIN, 1998, p. 36).

Prosseguindo na ordem do elenco apresentado, temos a mutação constitucional mediante uma prática estatal contraditória ao texto constitucional. Aqui se situa a expressa contrariedade ao texto constitucional pela produção de um enunciado normativo pelo próprio estado, seja mediante reforma material da Constituição, seja pela promulgação de legislação infraconstitucional ou por regulamentos ou, ainda, pela efetiva prática contrária ao texto constitucional realizada pelos órgãos estatais superiores. (DAU-LIN, 1998, p. 39-40).

Por fim, e mais relevantes para o presente trabalho, temos a mutação constitucional em razão de sua interpretação (4). Nas palavras de (DAU-LIN, 1998, p. 45) esse tipo de mutação ocorre

(...) particularmente quando os preceitos constitucionais só são interpretados segundo considerações e necessidades que se alteram com o tempo sem atender particularmente a texto fixo da Constituição, ou sem que se considere o sentido originário que deu o constituinte às normas constitucionais em questão. A norma constitucional permanecerá intacta, mas a prática constitucional que pretende segui-la é distinta.

Nota-se que o texto constitucional será interpretado de acordo com a realidade vigente, sem relevar o sentido adotado pelo constituinte. O visível problema de considerarmos a interpretação da constituição como uma possibilidade de mutação tem origem na possibilidade de o julgador exceder-se no exercício de sua função e proceder à modificação da constituição ao seu livre alvitre.

A partir dessa conclusão e embora todos, órgãos estatais, cidadãos e grupos quaisquer estejam potencialmente vinculados ao processo de interpretação constitucional (HABERLE, 1997, p.13) o problema da mutação na forma desta última modalidade aufere peso ao autorizar que um julgador, sobretudo um Tribunal Constitucional, possua a faculdade de efetivamente designar a mutação via interpretação de uma constituição.

Essa autorização, de maneira especialmente perigosa, dá ao julgador a possibilidade de transbordar aos limites para proceder mudanças efetivamente inconstitucionais, situação que merece, portanto, análise mais cuidadosa como adiante nos proporemos a fazê-la.

2.3 DEFINIÇÃO E CATEGORIAS

Aglutinando as contribuições apresentadas nos tópicos anteriores, podemos caminhar no sentido de construir uma concepção hodierna e nacional acerca do fenômeno, sua natureza e adoção das categorias de forma a melhor contribuir para o desenvolvimento e compreensão prévia do tema proposto.

Para tanto, vale lembrar que o exercício do poder constituinte de reforma é balizado pelo próprio texto constitucional e deve seguir os procedimentos prévios devidamente constituídos. Em contraste, a mutação constitucional opera-se informalmente. Esse é o atributo que define a natureza jurídica da mutação. A modificação é decorrente, como exposto, de uma situação de fato e não de direito, opondo-se ao procedimento constitucional vigente instituído como pressuposto para qualquer modificação textual da carta magna.

Ocorre que, por vezes, em virtude de uma evolução da situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 263).

Ratificamos o entendimento já esboçado, em tempo, de que a norma, sobretudo a constitucional, é construída a partir do texto positivado e arrematada pela interpretação daquilo que está positivado ponderando a delimitação social, política e espacial à qual se aplica. Opera-se naturalmente, mediante modificações dos cenários político, social ou econômico, sem intervenções no texto escrito pelo constituinte.

Dado esse atributo peculiar, Bulos (1997, p. 61) indica tratar-se de um meio transformador difuso, exatamente pelo fato de não submeter-se a quaisquer procedimentos ou requisitos de validades anteriormente prescritos pela Constituição.

Logo, a transição, ou mutação constitucional, é a “revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional”

(CANOTILHO, 2010, p. 1.228). Há alteração do sentido da norma sem que o texto sofra modificação.

Apresentada essa premissa, alguns autores propuseram-se à tarefa de classificar em categorias as espécies de mutação constitucional. Certamente valendo-se da contribuição de Jellinek posteriormente redesenhada por Hsü Dau-Lin, Bulos (2009, p. 322-324) desenvolveu a classificação adaptando-a a realidade constitucional de nosso tempo e país para, didaticamente, concluir que, via de regra, o fenômeno se opera em razão de Construção Constitucional, Praxes Constitucionais, Interpretação ou por Influências dos Grupos de Pressão.

Primeiramente, por Construção Constitucional tem-se a atribuição do Judiciário, tratando-se de texto constitucional especificamente o STF, em suprir a deficiência normativa do texto para lograr êxito em abarcar a situação do caso concreto que demande resposta, em relação a qual não há evidente norma específica aplicável ao caso concreto. Em nosso sentir, a construção será técnica de integração da norma ou fruto da hermenêutica constitucional, espécies direta ou indireta da mutação constitucional por interpretação não persistindo razão para mantê-la como modalidade autônoma.

No que tange às *praxes* constitucionais, de forma simples e direta, podemos afirmar que são os costumes e usos que alteram a aplicabilidade das normas constitucionais sem que seja necessária a modificação textual. Ora, então a mutação ocorre, a contrario sensu, por costume (uso ou desuso).

Já por mutação via interpretação constitucional temos a adaptação do sentido da norma constitucional à realidade vivenciada. Essa leitura deve ser feita admitindo-se o sistema constitucional como um todo, mantida a coerência constitucional frente ao contexto histórico vivenciado na ocasião da aplicação de suas prescrições.

Por fim, em relação às influências dos grupos de pressão como situação geradora da mutação, embora aparente na classificação mais recente¹⁵ de Bulos, não deve

¹⁵ Em sua obra “Mutações Constitucionais” de 1997 (BULOS, 1997, p. 71) o autor apresenta uma classificação com o elenco de três espécies de mutações constitucionais: “operadas em virtude da interpretação constitucional,

ser tida por si efetivamente como uma situação autônoma. Se for autônoma, não será constitucional.

Para divergirmos do autor quanto a esse ponto, partimos da própria explicação de Bulos (2009, p. 323) para quem “(...) em certos momentos da vida constitucional dos Estados, os grupos de pressão podem influenciar na interpretação da carta maior ensejando, assim, processo informal de mudanças de seus preceitos”.

Nesse sentido, os grupos de pressão em verdade podem ser a causa da mutação via interpretação e não uma espécie autônoma. Excepcionalmente, os grupos de pressão refletem uma realidade de modo a tornar a transição legítima. Em regra, tratam de questões de seu interesse que não significam a ocorrência da mutação e não podem gerar a modificação da norma, se dissociadas da modificação da realidade de fato. O que interessa à mutação não é a modificação que se quer ter (no caso, determinado grupo de pressão, por exemplo) e sim o reconhecimento da modificação fática que já existe para a correta criação e aplicação da norma correlata.

Nessa última hipótese teremos uma mutação constitucional, mas indubitavelmente pela interpretação, mesmo que impulsionada por grupos ou segmentos específicos da sociedade em favor de reivindicações ou teses que lhes agrade, desde que reflita uma realidade já existente. O que vai ocasionar a mutação será a o contexto fático vigente. A interpretação será imprescindível para a constatação da modificação normativa e, a partir de então, com esse fundamento, propiciar a decisão que a reconheça. Essa, ao final, deverá ser a razão de decidir do Tribunal.

Em vista disso, a legitimidade dessa decisão poderá ser aferida pela consideração e resultado da deliberação com a sociedade, em nome de quem os poderes atuam em um Estado Democrático de Direito, intérpretes da constituição e destinatários de suas disposições.

nas suas diversas modalidades e métodos”, “decorrentes das práticas constitucionais” e “através da construção constitucional”. Já em 2009 (BULOS, 2009, p. 323, 324) o autor acrescenta mais uma categoria à classificação anteriormente apresentada, “influência dos grupos de pressão”.

Vale afirmar que ao intérprete julgador cumpre o papel de examinar a inteligência constitucional como um todo para a verificação da ocorrência, ou não, da mutação constitucional. O que desperta essa análise e deflagra esse processo não é relevante. Uma conversa de bar, uma petição ou um grupo de pressão podem incitar no intérprete (julgador ou não) uma nova interpretação harmônica com a realidade vivenciada, desde que legitimamente desenvolvida mediante deliberação.

Por outro lado, se não for causa e expressão da mutação constitucional via interpretação, a mutação exercida exclusivamente pelos grupos de pressão resultará, em verdade, na mutação inconstitucional, ainda que ratificada pelo julgador, mesmo quando efetivada pelo Supremo Tribunal Federal em análise de constitucionalidade.

Reafirmamos, a mutação será constitucional se o seu núcleo decisório – a *ratio decidendi* – fundamenta-se em uma transformação fática natural. A análise de constitucionalidade, portanto não está adstrita à origem da conclusão hermenêutica adequada, mas sim em seu conteúdo. A interpretação da lógica constitucional antecede à aplicação da norma e esse é o aspecto relevante à mutação.

Dito isso, cabe uma importante ressalva quanto a duas hipóteses classificatórias da mutação constitucional. Para alguns autores, o que caracteriza a mutação como constitucional é a ocorrência da modificação, de fato, da norma constitucional. Nesse caso o termo “mutação constitucional” abrange tanto as modificações que ocorram nos limites constitucionais quanto aquelas que se operem de fato, mas contrariando a própria Constituição. Como visto, Hsü Dau-lin é adepto desta terminologia abrangente.

Em sentido contrário, alguns autores adotam o termo “Mutação Constitucional” somente para aquelas situa es nas quais a modifica o ocorra dentro dos limites constitucionais estabelecidos. Para estes, qualquer altera o da norma constitucional fora dos limites existentes será, então, uma “Muta o Inconstitucional”.   adepta dessa distin o semântica Anna Candida da Cunha Ferraz (1986, p 10) que se posiciona firme e expressamente quanto a esta separa o semântico-conceitual.

A expressão *mutação constitucional* é reservada somente para todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido, o significado e o alcance da Constituição sem contrariá-la; as modalidades de processos que introduzem alteração constitucional, contrariando a Constituição, ultrapassando os limites constitucionais fixados pelas normas, enfim, as alterações inconstitucionais são designadas por *mutações inconstitucionais*.

Perfilamo-nos com o exposto na transcrição apresentada, adotando o que expõe para tratar de Mutações como constitucionais quando realmente o forem. Podem ocorrer mutações constitucionais e mutações inconstitucionais, portanto.

A abrangência dos limites da constitucionalidade da mutação para fins de definição da adequação e licitude do processo está exposta no próprio texto constitucional. A mutação está adstrita aos limites do texto constitucional como um todo. Não é um enunciado específico que determina essa limitação. Ela é estabelecida pela elasticidade do texto constitucional como um todo (PEDRA, 2010, P.17). Quando ocorre fora dos limites do sistema constitucional vigente, será a mutação uma modificação informal inconstitucional do sentido e alcance da norma.

E assim, novamente tratando daquelas mutações tidas como constitucionais, quanto aos tipos existentes, a partir da classificação apresentada por Bulos, a doutrina quando tratou do tema, instituiu diversas categorizações do fenômeno, pouco coincidentes entre si. Sopesando a classificação desenvolvida por Bulos, conseguiremos alcançar uma classificação própria, que sucintamente abarca a totalidade das mutações constitucionais tornando ainda mais fácil entender as possibilidades e formas de ocorrência do fenômeno.

Em síntese, obtemos três formas de realização da mutação constitucional: (i) Mutação pela impossibilidade de exercício de atribuições, (ii) Mutação pelo costume (desuso e uso constitucional) e (iii) Mutação pela interpretação.

Embora reducionista como qualquer sistematização, a contribuição maior dessa morfologia é o esclarecimento de que cada uma dessas categorias compreende uma maneira de se atingir informalmente, em regra de maneira natural, um desiderato comum a todas: a alteração de alcance, significado e/ou sentido da norma constitucional sem a modificação do texto e, principalmente, desde que respeitado o

macro sistema constitucional vigente. As mutações para serem constitucionais devem se processar justamente em respeito e obediência à inteligência constitucional.

Teremos aqui uma classificação didática suficientemente eficaz para nortear a compreensão das reais possibilidades e formas constitucionais de efetivação de mutação constitucional.

2.3.1 Mutação pela impossibilidade de exercício de atribuições

Como exposto, Jellinek foi o primeiro estudioso do tema a notar a ocorrência da mutação pela impossibilidade de exercício de atribuições com peculiaridade de tratá-la como “Mutação pelo desuso de faculdades estatais”.

Para explicar essa modalidade do fenômeno, Jellinek (1991, p. 45) inicia a análise da questão apontando que o exercício o poder estatal pode transformar a Constituição. Pela via inversa, o não exercício de uma competência, ou seja, por desuso de uma competência estatal, a Constituição também pode ser modificada.

Valendo-se de exemplos para indicar a forma de ocorrência deste meio de mutação, Jellinek (1991, p. 45-53) expõe que a efetivação da mutação, nesse caso, ocorrerá pelo não exercício de um veto ou voto/sanção.

A análise inicial de Jellinek foi revisitada por Dau-Lin que criticou a reunião da mutação pela impossibilidade de exercício de faculdades estatais com a mutação pelo desuso das faculdades estatais. Consoante apontado alhures, na visão deste o desuso é uma consequência da impossibilidade de exercício de uma atribuição.

Além disso, com visão mais específica, Dau-Lin (1998, p.36) apresentou definição adequada para esta modalidade, apontando que se trata de uma modificação derivada da efetiva impossibilidade de exercício de competência de poder que equivalham, em essência, à prescrições constitucionais. O direito constitucional

atribuído a determinado sujeito que não pode exercê-lo se perde afastando o texto constitucional da realidade, transmutando-o.

O fato de um direito constitucional não poder ser exercido, por uma impossibilidade alheia à vontade do seu titular faz com que o direito deixe de existir. Como consequência, esvaindo-se o próprio direito constitucional altera-se informalmente a norma constitucional. O desuso, portanto, é, de fato, uma consequência e não a causa da mutação pela impossibilidade de exercício de uma competência de poder constitucional.

2.3.2 Mutação por costume (desuso e uso constitucional)

Tratando do tema da interpretação constitucional, Peter Häberle (1997, P.11-15) transcendeu à discussão que se circunscrevia em analisar o objetivo e métodos da interpretação para promover o debate sobre quem são os intérpretes da constituição.

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente do processo hermenêutico.

A interpretação efetiva da constituição vai além dos processos formais estabelecidos para tanto e além da interpretação realizada pelos julgadores no exercício de sua atividade judicante.

Mais uma vez observamos que, também aqui, o que se apresenta para uma necessária análise são as divergências e convergências existentes entre a realidade vivenciada e o texto constitucional uma vez que “toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada” (HÄBERLE, 1997, p. 13).

Ampliamos, a partir de então, as possibilidades interpretativas acerca das normas constitucionais e, conseqüentemente, as possibilidades de mutação via interpretação.

Sendo as mutações modificações informais da Constituição, havendo diversos possíveis intérpretes, haverá diversas possibilidades, podendo as alterações provir de órgãos estatais que se utilizam da força normativa da Constituição para aplicá-la, sendo estas interpretações constitucionais oficiais ou orgânicas, como podem provir de órgãos não estatais, quando serão não oficiais, emanadas de juristas, da opinião pública, grupos de pressão, etc. Dada essa polarização classificatória, teremos na primeira espécie (oficial) as interpretações constitucionais legislativa, administrativa e judicial e na segunda (não oficial) teremos o costume (uso e desuso constitucional) (PEDRA, 2012, p. 113-117).

Se todos são intérpretes da constituição, tanto o caso do desuso quanto o do uso constitucional decorrem da prevalência da realidade sobre o texto constitucional mediante prévia interpretação não oficial por aqueles que realizam essa modalidade de mutação (omissiva ou comissiva). Enquanto o primeiro é um costume negativo, o segundo é um costume positivo. O costume importa na ocorrência reiterada de condutas (comissivas ou omissivas) que, quando realizadas de maneira uniforme pela sociedade, constroem a crença de sua obrigatoriedade.

Isso porque o costume congrega dois elementos: O objetivo, que determina a exposição da ação ou omissão reiterada e o subjetivo, que forma a convicção social de que a prática ou o não exercício são obrigatórios, possíveis e/ou necessários (GOMES, p. 64, 2012).

Em referência à mutação constitucional, o costume pode ser responsável pela ocorrência da mutação. É o direito consuetudinário em matéria constitucional. Como explica José Jairo Gomes (2012, p. 65), a doutrina divide o costume em três situações diversas:

Secundum legem é o costume previsto em lei, que simplesmente reitera sua eficácia. (...).

Praeter legem é o costume que supre lacunas legais (...) como fonte supletiva ou integrativa do Direito.

Contra legem é o costume que se choca com a lei, sendo-lhe, pois, contrário. A afirmação do costume *contra legem*, com desprestígio da norma jurídica, importa o reconhecimento da ineficácia desta.

O costume *contra legem* em matéria constitucional é o fato gerador da mutação constitucional que por costume positivo (uso) ou negativo (desuso) retira a eficácia de uma norma materialmente perfeita. É a prevalência da realidade face ao texto constitucional positivado no cotejo entre ambos.

O uso constitucional pode ser visto como um costume positivo, na medida em que, determinando a prevalência da realidade no cotejo com o texto positivado, impõe certas práticas agora constitucionais. Se o costume é um comportamento repetido, a omissão pode ser tratada como um costume negativo, portanto.

2.3.3 Mutação pela interpretação

Analisando as mutações causadas pelas interpretações oficiais, teremos três modalidades diversas, cada uma delas praticada por um dos poderes públicos na consecução do cumprimento das normas constitucionais, sendo elas a mutação via interpretação constitucional legislativa, via interpretação constitucional administrativa e via interpretação judicial.

Independentemente do método de interpretação utilizado, a mutação constitucional pode ser provocada, desde que o novo sentido atribuído ao texto constitucional esteja de acordo com a própria Constituição vigente e, principalmente, que reflita em regramento destinado à adequação da inteligência legislativa às novas situações sociais, econômicas e políticas da já vivenciadas pela comunidade. A interpretação da constituição "(...) em todas as suas formas de expressão, constitui um meio importante e eficiente para adaptar os dispositivos supremos do Estado às necessidades emergentes do cotidiano" (BULOS, 1997, 135).

A interpretação constitucional operada pelo órgão legislativo no exercício da sua atividade precípua pressupõe a busca do significado, sentido e alcance da norma constitucional pelo legislador para, feito isso, poder completa-la e dar-lhe aplicação (FERRAZ, 1986, p. 65).

A interpretação legislativa é realizada em regra por intermédio das leis e pelo Poder Legislativo podendo, também, ser efetivada pelo Poder Executivo na medida de sua competência legiferante, bem como da possibilidade de exercício da sanção/veto a que são submetidas as produções normativas do Poder Legislativo.

A interpretação constitucional legislativa implica processo de mutação constitucional quando, por via legislativa, se altera o sentido, o significado ou o alcance das disposições constitucionais sem que se lhe alterem a letra ou o espírito (FERRAZ, 1986, p. 92).

Por seu turno, a mutação por interpretação administrativa decorre do exercício interpretativo pelo Poder Executivo ou dos demais órgãos da administração na prática de atos administrativos que resultem direta ou indiretamente de imposição do Administrador que estenda ou restrinja o significado ou sentido da Constituição (PEDRA, 2012, p.122-123).

A interpretação administrativa, para que seja definida como tal, não poderá ter como escopo a elaboração de leis que integrem ou complementem à Constituição, tampouco se trata de decisões jurisprudenciais que visem a aplicação da própria norma constitucional vigente e até então subsumida à casos específicos, e, muito menos, também não se trata de declarações de inconstitucionalidade (FERRAZ, 1986, 148).

A interpretação constitucional administrativa configura processo de mutação constitucional sempre que, atuando para concretizar, integrar e aplicar a Constituição, conduz, permite ou possibilita a transformação do sentido, do significado e do alcance das disposições da Lei Fundamental, amoldando-a a realidades novas, a situações novas, novas necessidades sociais (FERRAZ, 1986, p. 92).

A interpretação administrativa, portanto, adstringe-se à realização de atos administrativos na atividade administrativa dos poderes não englobando a atividade legislativa nem a judicial.

Esta última atividade interpretativa, tratada por derradeiro por ser a espécie de mutação mais interessante ao tema desenvolvido no presente trabalho, apresenta-se como a mutação por interpretação constitucional judicial.

A mutação constitucional via interpretação judicial pressupõe que a norma – na acepção apresentada já debatida – promulgada pelo constituinte seja respeitada e, mais que isso, seja o fim a ser alcançado.

Cada constituição indica a função da interpretação constitucional para o sistema vigente. “Lei suprema, obra de um poder Constituinte e, em regra rígida, à Constituição submetem-se todos os poderes constituídos, Legislativo, Executivo e também o Judiciário” (FERRAZ, 1986, p.105-116).

A mutação via interpretação constitucional judicial é mais do que recomendável. É necessária para garantir o sucesso da constituição. O Judiciário tem o dever de julgar, de dizer o justo, e não pode, sob nenhum argumento, deixar de prestar resposta quando provocado. Para executar essa tarefa necessariamente deverá interpretar fatos e construir normas, inclusive constitucionais, sempre à luz da inteligência sistemática da Carta Magna.

Nesse sentido, a interpretação constitucional judicial revela-se nas decisões que aplicam a Constituição, o que pode ocorrer tanto mediante a aplicação pura e simples da norma constitucional para resolver a lide em um caso concreto, como nos casos em que o exercício da função jurisdicional visa ao controle abstrato de constitucionalidade de leis ou de atos normativos. (PEDRA, 2012, p. 127).

Há, portanto, como já dito, uma atuação do judiciário para determinar o reconhecimento da mutação na edificação da norma jurídica constitucional, aderindo à evolução da realidade que texto constitucional não consegue acompanhar instantaneamente por uma impossibilidade material legislativa. A hermenêutica constitucional, inclusive, presta-se a essa construção normativa, seja no controle abstrato de constitucionalidade, seja para determinar a adequada decisão ao caso concreto.

Cumpra uma ressalva em relação a esse ponto, para indicar que este trabalho, perfilando-se ao entendimento de Adriano Sant'Ana Pedra (2012, p. 128) e Anna Cândida da Cunha Ferraz (1867, p. 47-48) que admite a construção constitucional como uma forma interpretativa do texto constitucional, ainda que adotada como técnica de integração, pois para que seja correta, é evidente, deve ser fruto de uma hermenêutica constitucional.

Sendo assim, é forçoso concluir que a mutação via interpretação judicial (assim como via qualquer interpretação) restringe-se ao reconhecimento da modificação do contexto vivenciado que determina uma diferente configuração da norma constitucional que só pode ser obtida a partir da interpretação adequada, conforme, da Constituição.

Tal conclusão impõe ao julgador os limites para a “ocorrência” da mutação via interpretação. Em verdade, a ocorrência da mutação preexiste ao julgamento. É anterior à própria aplicação da norma pelo judiciário. O judiciário deverá apenas aplicar adequadamente a norma constitucional – como deve fazê-lo sempre – mediante a correta construção normativa que compreende a apreensão do verdadeiro sentido na conjunção texto constitucional, sistema constitucional e situação social, econômica e temporal vivenciada.

Logo, é injustificável que o ato interpretativo do julgador seja por si o elemento provocador da mutação constitucional. A mutação constitucional por interpretação judicial terá reflexos práticos a partir do momento em que o judiciário, exercendo seu *múnus* público de julgar, reconhecer que o julgamento deve condizer com a realidade da inteligência constitucional aplicável à comunidade naquele dado momento histórico.

2.4 INTERPRETAÇÃO, INTEGRAÇÃO E MUTAÇÃO

O reconhecimento da mutação constitucional via Judiciário não poderá ocorrer dissociada de um processo interpretativo complexo e que releve, como dito, a

adequação do texto positivado ao caso vivenciado relevando-se a situação corrente na decisão.

O texto legal não pode ser visto pelo julgador como portador de uma linguagem com função unicamente instrumental. Se a Constituição é aberta a todos os intérpretes, o judiciário, sobretudo, deve exercer o papel interpretativo exatamente para que possa julgar adequadamente, mas sempre de acordo com a norma correta e vigente.

Sendo a norma jurídica constitucional, a composição entre o texto positivado e a situação social temporal na qual é aplicada mediante a decisão judicial, a atividade interpretativa é essencial.

Além do mais, mesmo que imaginássemos, em um hipotético positivismo jurídico perfeito, que os textos positivados pudessem estar sempre atualizados e abarcassem todas as situações possíveis de lides, ainda assim veríamos decisões divergentes sobre os mesmos casos, pois a interpretação é inerente ao sujeito que interpreta.

Por mais que o intérprete se esforce para permanecer fiel ao seu 'texto', ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre; porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e nuances, para a criatividade interpretativa (CAPPELLETTI, 1993, p. 22)

Mesmo considerando essa realidade, entretanto, a interpretação não pode dissociar-se do sistema constitucional como um todo e, muito menos, da realidade social, política e econômica vigente. A compreensão do sentido, alcance e efeitos da norma constitucional condiciona-se a uma visão sistemática da própria constituição.

A interpretação da lei, para Paulo Bonavides (2009, p. 437), busca “estabelecer o sentido objetivamente válido de uma regra de direito”. Para ele, o objeto de interpretação é “a norma jurídica contida nas leis, regulamentos ou costumes”.

Com o acato merecido, não nos parece correta a identificação do objeto da interpretação. No que tange à questão, compartilhamos a compreensão de Luís Roberto Barroso (2009, p. 270) para quem a norma jurídica é o produto da

interpretação e não o objeto que se resume a um relato abstrato. Para que fique mais claro, nas palavras do acenado autor

A compreensão atual é a de que a atribuição de sentidos aos enunciados normativos - ou a outras fontes reconhecidas pelo sistema jurídico – faz-se em conexão com os fatos relevantes e a realidade subjacente. Daí a crescente utilização, pela doutrina, da terminologia *enunciado normativo* (texto em abstrato), *norma jurídica* (tese a ser aplicada ao caso concreto, fruto da interpretação texto/realidade) e *norma de decisão* (regra concreta que decide a questão).

Dada a repercussão prática da interpretação constitucional pelo judiciário, o julgamento tem que representar o ordenamento constitucional e o pressuposto da organização Estatal da separação entre os poderes.

É preciso que fique claro que a doutrina da interpretação, para ser legítima, deve adstringir-se aos princípios fundamentais da ordem jurídica constitucional, o que significa que os princípios gerais precisam ser obedecidos e que a interpretação, para ser constitucional, limita-se aos parâmetros estipulados pela própria constituição (VERDU, 1985, p. 115-116).

Ao passo que a interpretação é indispensável para alcançar o sentido da norma e correta aplicação, dentro dos parâmetros constitucionalmente fixados a partir do texto constitucional para todo e qualquer caso, haverá, por outro lado, situações de conflitos sociais apresentados ao judiciário para as quais ainda não haja nenhuma previsão legal expressa.

Ao reconhecer a insuficiência de leis para abarcar todas as situações conflituosas existentes o Estado admite um defeito inerente ao sistema da *civil law* que não pode afastá-lo a obrigação de julgar, seja qual for o caso.

A partir do momento no qual proibiu a autotutela como forma de resolução das lides, determinando o seu emprego como crime previsto no art. 345 do Código Penal, o Estado passou a apreender somente para si o poder de resolução dos conflitos

sociais e de garantia da ordem jurídica¹⁶. Ao trazer para si o monopólio do exercício jurisdicional o Estado, que passou a partir de então a deter o poder e a função jurisdicional, passou a ter, também, um dever institucional: o de julgar.

E essa é uma obrigação constitucional fundamental do Estado, determinada pela Constituição da República no inciso XXXV do art. 5º. O dispositivo, ao dar a todos o direito de acesso à justiça, por meio do direito de ação, impõe ao Estado a obrigação de julgar, ainda que não haja expressa previsão legal para a resolução imperativa dos conflitos.

A ausência de previsão legal configura as chamadas lacunas normativas, situações fatuais que se apresentam ao Judiciário, mas para as quais não há previsão legal que possa reger a relação constituída. “Em outras palavras, o conflito de interesses não encontra resposta precisa no Direito positivado, restando sem solução, sem amparo legal” (GOMES, 2012, p.60).

Em outras palavras, no sistema legal brasileiro haverá sempre casos para os quais o legislador não determinou uma conduta e, nesse caso, cumprirá ao julgador o exercício interpretativo para subsumir um dispositivo positivado ao alcance de um fato semelhante ao que se refere o texto, ressalvando que, como dito, esse exercício interpretativo na aplicação do texto legal possuirá limites e parâmetros previamente determinados.

Para os casos de omissão legal, deverá o julgador dar a solução¹⁷, impondo a adequada resolução do conflito em decisão substitutiva da vontade das partes. É este o caso de integração normativa e a adequada solução para situações de omissão legislativa, ou seja, haverá a integração pautada pela analogia, costumes e princípios gerais do direito¹⁸.

¹⁶ Os meios alternativos de solução de conflitos somente são possíveis pela prévia autorização estatal e pela concordância das partes. Sendo assim, entendemos não há a imposição da vontade do Estado como substitutiva da vontade das partes envolvidas na lide persistindo, então, a ideia de monopólio estatal.

¹⁷ Art. 126 do Código de Processo Civil: “Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

¹⁸ O artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei Federal nº. 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942) admite literalmente a possibilidade de omissão legislativa quando prescreve que

É de se ressaltar, todavia, que (...) o sistema jurídico é estruturado a partir da Constituição sendo inconcebível à margem dela. Como núcleo do sistema jurídico, a Constituição apresenta textura aberta, polinizando as demais normas. (...) Por ser sobremodo aberto, tal sistema dialoga permanentemente com o ambiente sociocultural circundante, o que lhe permite adaptar-se às mudanças da realidade e às novas concepções de verdade e justiça. O que se tem, portanto, hoje, são os *princípios*, notadamente os *princípios constitucionais* (GOMES, 2012, p. 62).

Quanto à integração de norma constitucional, podemos sem dúvidas constatar que a textura aberta da Constituição e a aplicação dos princípios constitucionais de maneira pouco objetiva pelo julgador (como tem sido usual) eliminam a supressão de uma lacuna por analogia ou pelos costumes, ao menos em matéria constitucional.

Com alguns princípios de ampla expressão e pouca objetividade (em razão da prática recorrente dos operadores do direito que os suscitam sem critérios conjugáveis), tais como da “dignidade da pessoa humana” e da “proporcionalidade”, é possível ao julgador proferir decisões variadas sobre quaisquer situações conflituosas (inclusive opostas, para o mesmo caso).

Podemos dizer, portanto, que a aplicação dos princípios constitucionais afasta a ocorrência de omissão legislativa, eis que, extraídos da Carta Magna, os princípios constitucionais também são normas quando interpretados/congregados ao caso e à situação da realidade social vivenciada. Sem entrar no mérito do acerto da decisão, exemplificando o exposto, o mesmo princípio da dignidade da pessoa humana que há alguns (poucos) anos impedia a interrupção da gestação de um feto anencefálico, hoje justifica sua autorização judicial.

E, afinal, a mutação constitucional, como já mencionado, trata da modificação informal da norma. Mas essa modificação não é realizada pelo Judiciário e sim reconhecida por ele.

A ocorrência da mutação pressupõe a existência de uma norma constitucional já concretizada (PEDRA, 2011, p. 27) situação que é prescindível ao exercício da

“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

interpretação. Por uma questão lógica, só será possível a mutação de algo que já existe. Tal fato reforça a tese de que o Judiciário não pode realizar a mutação, pois a mutação dependeria da desconstrução normativa vigente como resultado de uma nova construção. Essa nova construção trata de processo de criação da norma. O Judiciário, então, não tem legitimidade para a criação, mas somente para o reconhecimento, como será nos seguintes tópicos mais detalhadamente explicitado.

A mutação constitucional implica na alteração do conteúdo normativo de maneira informal, o que significa que não haverá alteração do texto legal. O objetivo e papel do Judiciário no fenômeno é reconhecer a alteração para propiciar o “acompanhamento da evolução do pensamento do corpo social, mantendo intacto o entrosamento entre soberania popular e Norma Fundamental.” (GALLO, 2006, p. 147)

Embora a mutação via interpretação seja apresentada como categoria do gênero mutação constitucional, é necessário que fique claro que a interpretação é indispensável apenas para reconhecer a mutação e aplica a norma já com a modificação determinada pelo contexto no qual se apresenta.

Logo, qualquer interpretação do judiciário que gere, por si, modificação da norma constitucional resultará em mutação inconstitucional.

2.5 A MUTAÇÃO NA CONSTRUÇÃO DA NORMA JURÍDICA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

2.5.1 O reconhecimento da mutação via interpretação

O intérprete julgador não pode, seja por convicção pessoal ou por pressão da opinião pública, distorcer ou alterar a prescrição dos textos que embasam a determinação da constituição vigente. Não pode deliberadamente romper com a

aplicação dos princípios informadores da ordem constitucional hodierna, sob pena de o ato e seu efeito padecerem de inconstitucionalidade.

A Constituição é soberana e necessariamente carregada de força normativa. A força normativa não está no interprete, mas sim na própria constituição (HESSE, 1991, p.25). Ao intérprete cabe a compreensão e o reconhecimento de tal força constitucional, mas, nunca, a sua elaboração.

Nem todos tem essa percepção. Inocêncio Mártires Coelho (2009, p. 95), em obra conjuntamente escrita com Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Ferreira Mendes, este Ministro do STF que também já demonstrou em voto proferido na Reclamação 4335-5/AC¹⁹ percepção prática equivocada acerca da mutação constitucional via interpretação judicial, defende a tese de que é salutar a “criação judicial do direito”. A justificativa apresentada não nos parece válida. Para ele “(...) os juízes, embora não possuam legitimidade de origem para produzir normas jurídicas, de certa maneira têm-na adquirida com a aprovação social de seu comportamento”. Trazida essa afirmação, não há sentido discutir a questão sem evidenciar a incompatibilidade da ideia com regime democrático de direito.

O argumento de que a legitimação do Supremo Tribunal Federal para a “criação judicial do direito” com o suposto respaldo de que os julgadores têm adquirido legitimidade “com a aprovação social de seu comportamento” não se mostra como um argumento válido. A subjetividade de tal afirmação é indiscutível, o fundamento é frágil e a conclusão é desprovida de qualquer embasamento válido.

A possibilidade defendida pelo Autor atenta a um mínimo de segurança jurídica essencial para a manutenção de um Estado de Democrático de Direito. A flexibilização é necessária nos limites de uma absorção fatural. Se as modificações formais possuem limites prescritos na própria Constituição, que dirá as informais.

¹⁹ O Ministro do STF, Gilmar Mendes, em voto proferido na Reclamação 4335-5/AC conferiu sentido totalmente diverso do constitucionalmente atribuído à norma contida no inciso X, artigo 52 da CF, esvaziando a indiscutível competência do Senado Federal de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Para ele ao Senado cumpre tão somente dar publicidade à suspensão efetivada pelo STF. O que ele chamou de mutação constitucional, nesse caso, para nós é um exemplo clássico de mutação **inconstitucional**.

A mutação é circundada por limites “de ordem moral, política, ideológica, social, religiosa, cultural, em suma, é determinado por todo o conjunto das circunstâncias que se manifestam na comunidade a qual pertence a Constituição” (ZANDONADE, 2001, p. 206-207).

Nenhuma geração pode sujeitar às gerações futuras às suas regras. O poder constituinte difuso acompanha o povo e é a ele inerente. A Constituição vigente deve adequar-se à evolução social e essa adequação informal é a mutação constitucional. O limite do judiciário quanto a esse fenômeno está no reconhecimento da mutação decorrente da adequação social, resultante do poder constituinte difuso da população.

2.5.2 A impossibilidade modificação da norma jurídica constitucional pelo judiciário

É necessário partir da lógica da coesão entre direito e democracia. O direito precisa da democracia e a democracia precisa do direito para ser realizada. A pretensa vontade do povo está em um Tribunal? Os juízes, então, devem decidir, assim como o Sr. Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Humberto Gomes de Barros, de acordo com as suas “consciências”?²⁰

A crença popular no judiciário como garantidor de liberdades e segurança fez com que este Poder se arvorasse na condição de superego da sociedade. Mas, por trás da principiologia da interpretação (in)constitucional mutante, pode esconder-se “a

²⁰ Em decisão no AgReg em ERESP n° 279.889-AL o Ministro assim se posicionou: "Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja”

vontade do domínio, a irracionalidade e o arbítrio cerceador da autonomia dos indivíduos e da soberania popular (...)" (MAUS, 2000, p.183).

É de extrema importância frisar que o problema não reside no Judiciário, Legislativo, ou Executivo, mas sim na usurpação das funções de um pelo outro e, com isso, a inviabilidade do controle externo.

É cogente a desconstrução da falsa crença de que o judiciário, no exercício da discricionariedade (in)constitucional, sempre buscará o fim social. O Estado se presta a realizar o fim estatal, que nem sempre coincide com o social. O Direito e as normas não podem ser encaradas como óbice à justiça, em primeiro lugar por não o serem. Em segundo, porque o conceito de justiça da decisão judicial é impreciso e subjetivo.

Adiante, para ilustrar a questão, apresentamos dados colhidos de pesquisa realizada pela revista *Época* (BARROS, 2003) e pertinente comentário de Alexandre de Castro Coura (2004, p. 405) sobre o resultado

- Pesquisa do Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo (Idesp) constatou que a politização, ou a não-neutralidade, do Judiciário é mais ampla do que supõe a crença de que a "Justiça é cega". Questionados se suas decisões são baseadas mais na visão política pessoal que numa interpretação rigorosa da lei, 50,9% dos juízes pesquisados responderam que isso ocorria ocasionalmente, 20,2% disseram que era freqüente e 3,9% que era muito freqüente, quase que uma norma.

- Já em 1995 a professora Maria Tereza Sadek, ouvindo 570 juízes, constatara que 38% deles acreditavam que "o compromisso com a justiça social deve preponderar sobre a estrita aplicação da lei". De lá para cá esse entendimento só fez aumentar.

- À questão se "o juiz tem um papel social a cumprir e a busca da justiça social justifica decisões que violem os contratos", em contraponto à interpretação de que "os contratos devem ser respeitados independentemente de suas repercussões sociais", 73,1% dos magistrados consultados pelo Idesp cravaram a primeira opção. (DE BARROS, 2003)

Se, por um lado, é possível perceber, de acordo com essa pesquisa, um aumento da preocupação dos juízes e tribunais para com as "questões de justiça", deve-se, por outro, estar atento para que o próprio Direito vigente não seja considerado um empecilho à solução de tais questões. Afinal, para que as sentenças sejam consideradas, pelos cidadãos, decisões racionais, aplacando-se, assim, o referido descontentamento social em relação ao Judiciário – que também repercute no interior deste órgão, impulsionando inclusive (auto)questionamentos dessa natureza – a tutela jurisdicional deve ser consistente e racionalmente fundada, o que requer decisões judiciais tanto coerentes com o Direito vigente quanto adequadas à respectiva situação de aplicação normativa.

A pergunta condiciona a resposta. Socialmente justo para quem? O que o juiz entende pelo direito vigente? Para dois juízes com paradigmas e vivências diferentes a mesma decisão pode estar amparada ou desamparada pelo Direito.

Essas são as razões da estipulação de limites ao exercício da interpretação para fins de mutação constitucional. Pelo judiciário, dar-se-á o reconhecimento da mutação que resultará na eclosão da eficácia prática da transformação. Entrementes, no sistema vigente ao judiciário não cabe modificar a constituição por via da decisão judicial. Isso não é interpretação, é criação normativa.

2.6 A LEGITIMAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECONHECIMENTO DA MUTAÇÃO NA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E A IMPORTÂNCIA DA DELIBERAÇÃO

2.6.1 Democracia: o exercício do poder pelo povo

Concomitante ao surgimento das primeiras formas de convivência organizada em sociedade, posteriormente originárias dos primeiros Estados, emergiram as diferentes espécies de governo e, gradativamente, o seu debate e desenvolvimento.

De maneira geral, a organização e administração nas primeiras sociedades era determinada com base em supostas premissas divinas. Os governantes eram estabelecidos mediante a crença de terem sido diretamente escolhidos pelo(s) deus(es). Não havia, nos primórdios, a participação dos governados na condução do Estado.

Com o surgimento das *Polis* gregas e da política houve de forma historicamente relevante a distinção entre governo e religiosidade, a negação de que o governante seria um eleito dos deuses. Foi na Grécia antiga que se originou a democracia com as peculiaridades da época, nascida do interesse e necessidade de tratar das coisas

interessantes à *Polis* grega. Foi o embrião do regime que hoje conhecemos e rege a forma de exercício do poder do povo pelo povo (GOYARD-FABRE, 2003, p.09-13).

Como é cediço, nem todas as pessoas que residiam nas *Polis* gregas eram consideradas como integrantes do povo. Na Grécia antiga, escravos, estrangeiros e mulheres, por exemplo, não podiam participar das decisões tomadas em praça pública.

Em verdade, apesar de originada na Grécia, a difusão da democracia deu-se de fato durante o Império Romano, no qual a ideia de república sobrepôs-se à de democracia. Ao fim dos séculos medievais o ideal democrático ganha força e o exercício do poder pelo povo é difundido.

Com o surgimento da burguesia, no entanto, a preocupação em obter lucro trouxe uma substancial transformação do exercício da democracia, alterando o ideal de sua concepção a partir da transição para a modernidade. Se antes a participação democrática e a liberdade estavam ligados ao sentimento de pertença à *Polis*, na modernidade a liberdade ligou-se ao acúmulo de riquezas (GOYARD-FABRE, 2003, p.09-13).

Entre a origem da democracia e a modernidade notamos a conturbada relação entre governança e os legitimados para governar, ou seja, entre povo e poder. A congregação desses dois elementos determina a realização da democracia e impinge a reflexão sobre a composição basilar da estrutura democrática.

O sujeito do poder é a comunidade de animais político-rationais vinculados a uma concepção comum do bem. O funcionamento do poder dá-se segundo uma concepção de justiça que se expressa em regras e decisões, e a finalidade do poder é o bem comum, que nada mais é do que o conjunto de condições que permitem a vida boa para cada um dos membros da comunidade (BARZOTTO, 2005, p. 83).

A percepção aristotélica de Barzotto sobre o tema indica que a construção política do bem comum passa pelo resgate do direito a partir da deliberação. Para que se chegue ao bem comum é necessário que haja deliberação. No Estado Democrático de Direito não deve prevalecer a vontade de um só. Isso afasta a perspectiva schmidiana do soberano como sujeito de poder na comunidade.

Ao mesmo tempo o povo é o detentor é o sujeito do poder – seja no aspecto positivo ou negativo que isso invariavelmente possa implicar. No geral, o que se busca é prestigiar o governo com vistas à prevalência do bem comum, ou seja, propiciar a todos os indivíduos a liberdade e felicidade coletivas e a defesa de direitos individuais fundamentais mediante regras gerais.

A questão controversa nos remete à etimologia da palavra Democracia, que em suas origens gregas significa o poder do povo (conjunção de *demos* e *kratos*), ideal apresentado como forma de exercício da soberania no século VI, na Grécia Antiga, e a partir de então desenvolvido. Essa noção inicial é deveras vaga e demonstra, ao final, que a questão não é tão simples quanto parece, uma vez que as definições de “povo” e “poder” são, e sempre foram, bastante complexas (GOYARD-BABRE, 2003, p.09).

A democracia, portanto, baseia-se no governo do povo que é quem, soberano, exerce o poder, resguardados os direitos individuais e das minorias estabelecidas. As democracias constitucionais, vale lembrar, determinam o governo do povo na forma de regras de maioria.

Nesse caso o próprio sistema democrático-constitucional garante o respeito e a proteção dos direitos individuais e das minorias, ainda que contra as majorias constituídas.

Quando tratamos da Democracia Constitucional brasileira, devemos relevar o fato de que o Poder Judiciário, embora independente, não pode estar alheio à tarefa de atuar, como Poder, para o povo – mesmo que contra a maioria.

Obviamente que não estamos aqui, de forma reducionista, defendendo a atuação política do Judiciário. Muito pelo contrário, ao judiciário cabe obrigatoriamente seguir os ditames e parâmetros de legalidade/constitucionalidade aos quais obrigatoriamente deve estar adstrito. É justamente essa obediência que confere legitimidade aos atos do Poder judicante.

2.6.2 O povo como instância de legitimação

Em sintonia com a originária concepção de democracia, o parágrafo único do artigo 1º da Constituição da República Brasileira vigente indica a conjugação entre os dois elementos componentes do conceito primitivo de soberania popular quando expressamente aponta que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

As alterações na Constituição resultam ou de mudanças nas circunstâncias sociais ou de modificações originadas dessas circunstâncias. ‘Não há Constituição imutável diante da realidade cambiante, pois não é ela apenas um instrumento de ordem, mas deverá sê-lo, também de progresso social’ (SILVA, J., 2012, p.48).

A delimitação Constitucional apontada confere a legitimidade de exercício do poder exclusivamente pelo povo, colocando à margem da legitimidade qualquer exercício de poder que não tenha sido, direta ou indiretamente, exercido pelo povo.

Embora não fique exatamente claro que parcela da sociedade compõe o “povo” e tampouco que “poder” é esse que dele emana, é relevante o fato de a Constituição reconhecer expressamente que, qualquer que seja esse poder, deve ser exercido pelo povo, diretamente ou por meio de seus representantes (eleitos ou não).

Assim, a Constituição nada mais faz que reconhecer a soberania popular. A formatação do Estado e da vida em sociedade implica no surgimento da soberania que é atributo indispensável e imperecível do próprio povo (GOYARD-FABRE, 2003, p. 181-182).

Mas, é preciso estabelecer que a visão minimalista de Povo não pode mais ser admitida. Povo não se restringe a um conjunto de nacionais. Para melhor compreender a questão, inicialmente precisamos rediscutir a questão da acepção de “povo” no cenário hodierno. Antes disso, há de ser feita a ressalva que a análise do cenário atual pressupõe que delimitação de “povo” está intrinsecamente ligada à democracia-constitucional, pressuposto do qual partimos para a continuidade do ensaio.

Inicialmente tratando da soberania do povo, Rousseau (1991 p. 175) atribuiu uma dupla qualidade a todo indivíduo: enquanto cidadão ativo, ator e partícipe da formação da vontade comum, autoridade soberana, e enquanto cidadão submisso, obediente à vontade do Estado, ou seja, súditos.

Logo, os cidadãos (individualmente considerados) devem concordar com a vontade comum, submetendo-se às leis vigentes, ainda que delas discorde. Há um pacto social determinante para a viabilização da vida em sociedade.

A partir da aludida concepção contratualista, Friedrich Müller desenvolveu a obra “Quem é o Povo?” indicando ser esta a questão fundamental da democracia. Desenvolvendo o tema, apresentou a percepção de povo sob diversos prismas, tais como *Povo Legitimante*, reconhecendo como tal aqueles que legitimam a atuação estatal, *Povo Ativo*, a parcela do povo titular da nacionalidade, *Povo como Ícone*, considerando a existência de uma figura imaginária e discursiva de um povo intocável, uno e indivisível construído pelo imaginário (inexistente) e *Povo Destinatório*, inserindo-se aqui todos os cidadãos, súditos das normas constitucionais e das regras democráticas estabelecidas durante o tempo, seja qual for, que se submeterem a elas. (MÜLLER, 2003).

Em primeiro lugar, podemos constatar que a determinação do povo não é uma questão estática, inflexível e tampouco um termo preexistente. É um conceito amplo e variável, a depender do tempo, realidade política, social e cultural na qual será avaliado.

Tanto para a teoria política quanto para a constitucional “povo” não se resume a uma figura conceitual. Muito pelo contrário, deve ser estabelecido como um conceito operacional. Não se trata da determinação do termo para designação de uma realidade específica da vida social. Não se trata de diagnóstico sociológico, por exemplo. O empreendimento relevante para identificação do povo em uma sociedade democrática, especialmente a alicerçada por uma constituição, como é a brasileira, deve pautar-se na busca pelos sujeitos aos quais são atribuídas certas prerrogativas e responsabilidades coletivas (COMPARATO, 2003, p. 13-14).

Por conseguinte, em termos de legitimação da democracia, para fins de delimitação do presente estudo consideraremos a *estrutura de legitimação* apresentada por Müller como fundamental à compreensão da questão ora debatida. Segundo o referido modelo de legitimação,

(...) o povo ativo elege os seus representantes; do trabalho dos mesmos resultam (entre outras coisas) os textos das normas; estes são, por sua vez, implementados nas diferentes funções do aparelho de Estado; os destinatários, os atingidos por tais atos são potencialmente todos, a saber, o “povo” enquanto população. Tudo isso forma uma espécie de ciclo [Kreislauf] de atos de legitimação, que em nenhum lugar pode ser interrompido (de modo não-democrático) (MÜLLER, 2003, 60).

A lógica da estrutura de legitimação direcionada pelo autor aos “poderes executantes”, ou seja, Executivo e Judiciário, pressupõe que a criação da norma, a partir do texto legal, seja coerente com a inteligência e objetivo da própria norma originária.

O único meio de se legitimar um ordenamento jurídico constitucional é o ajuste entre Direito e sociedade, sob pena de ver-se tolhido do fundamento que lhe garante a vivacidade. Nesse sentido, a mutação constitucional se apresenta como um mecanismo capaz de adequar a Constituição às realidades sociais mutantes (BENEVIDES, 2006, p. 123).

Assim, toda a construção normativa realizada pelo Judiciário mediante interpretação deve pautar-se, como já exaustivamente sustentado, pelo sistema constitucional vigente e, por via reflexa, pela norma que pode ser extraída da própria carta Magna sempre adotando como parâmetro a construção da norma pelo povo, intérprete e destinatário das garantias e direitos.

Por conseguinte, no que tange aos atos praticados pelos legisladores e governantes, o povo adquire uma posição de estância legitimadora. Justifica, ou não, o ordenamento jurídico em um sentido amplo, como ordenamento democrático e válido (MÜLLER, 2003, p. 61). A posição do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição é atribuir a correta interpretação para a construção da norma jurídica, inclusive para proteger e assegurar a consecução de direitos fundamentais às minorias. Nem sempre, então, adotará uma postura majoritária. Não é esse o conceito da Democracia, como visto.

Quando o povo destinatário - abrangidos os não eleitores, os vencidos nas eleições e toda e qualquer pessoa que esteja inclusa na jurisdição que autoriza a aplicação da lei, mesmo considerada individualmente – não é respeitado e observado pelo julgador e, de forma global, não participa de fato da mutação constitucional, a norma como emanada será criada inconstitucionalmente pelo Judiciário.

O povo não a reconhecerá como emanada de seu poder determinando uma crise de legitimidade do julgador e de legitimação do ato-decisão por ele praticado. A saída nos parece clara, permitir a participação popular aberta e a ampla discussão prévia, de forma que o debate possa de fato propiciar conclusões capazes de interferir na determinação e verificação da ocorrência – ou não – da mutação constitucional, sempre que o Supremo Tribunal Federal pretender julgar em vistas a (reconhecer) a modificação informal da constituição.

Para fugir do caráter idealista e utópico que a conclusão formulada poderia ensejar, desde logo indicamos que a forma de legitimação do reconhecimento da mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal deve se dar no plano prático por meio da democracia deliberativa , como será melhor abordado adiante.

2.6.3 O exercício do poder pelo povo

Na formatação de um Estado Democrático de Direito, o povo é a base e a justificativa para a sua existência. “Nestes termos, o povo passa a fundamentar, justificar e legitimar um regime. Ele é, em primeira instância, o agente do processo, mas também o destinatário das ações do Estado” (FABRIZ, 2003, p. 77).

A realização do poder pode ocorrer de três formas: direta, indireta e participativa. Na democracia direta poder é exercido pelo povo sem intermediação, em reuniões de assembleias abertas aos populares pelas quais a própria população instituída como tal deve legislar, administrar e julgar.

Na democracia indireta, o povo escolhe, pelo voto, representantes para exercerem por eles e em seu nome o poder. Já na participativa a característica marcante é congregação das duas formas, com a escolha de representantes e com a atribuição ao povo de parcela de administração direta na gestão da coisa pública e também na fiscalização dos representantes eleitos (PEDRA, 2002, p. 149-150).

Nos termos da Constituição da República, conforme determina o Art. 1º alíneas transcritas, o poder emana do povo e o exercício desse poder pode ocorrer, a rigor, de duas formas diferentes que não se excluem: por meio de representantes eleitos ou diretamente. Logo, de forma participativa.

2.6.3.1 Democracia Direta

Para Rousseau (1991, p. 270) a única forma de o povo exercer a sua soberania é de forma direta. A delegação dessa soberania põe-se, na visão do autor, com empecilho à própria soberania. A representatividade, para ele, retira do povo a possibilidade de exercício da sua vontade. Dessa maneira, na visão de Rousseau a democracia só o é enquanto exercida diretamente pelo povo.

Entretanto, trata-se de uma visão dissonante da realidade e do que a própria história já demonstrou. Com o incremento da complexidade política e social dos Estados modernos, o exercício da democracia diretamente pela participação dos cidadãos, tal como acontecia na Grécia antiga, berço do sistema democrático de governo, tornou-se inviável.

A eleição de representantes do povo foi a principal e primeira saída encontrada. Todavia, a democracia representativa, sozinha, ao transferir integralmente o poder popular aos representantes usurpa do povo o exercício da soberania implicando no cerceamento da liberdade a qual se vincula e visa proteger.

Nesse sentido, a democracia direta é usualmente pontual, exercida em situações específicas e procedimentos pré-determinados, como exemplifica Norberto Bobbio (2005, p. 155).

Sob o nome genérico de democracia direta entendem-se todas as formas de participação no poder, que não se resolvem numa ou noutra forma de representação (nem a representação dos interesses gerais ou política, nem a representação dos interesses particulares ou orgânica): a) o governo do povo através de delegados investidos de mandato imperativo e portanto revogável; b) o governo de assembleia, isto é, o governo não só sem representantes irrevogáveis ou fiduciários, mas também sem delegados; c) o referendun.

Assim, temos vigentes de forma concomitante dois tipos de democracia que se complementam em favor da soberania e liberdade popular a direta, já apresentada, e a representativa.

2.6.3.2 Democracia Representativa

Em oposição ao pensamento de Rousseau, Montesquieu (2000, p. 168) demonstra afinar-se com a ideia de que a representação política é a forma mais apropriada do exercício da soberania popular. Na sua visão, transferir o poder de gestão, escolha e decisão das questões atinentes ao Estado para representantes é a melhor maneira de se concretizar a democracia. A transferência total é sustentada na concepção de que o povo não tem competência, organização e conhecimento suficientes para bem exercer a sua soberania, ou seja, para administrar adequadamente o seu poder inerente.

Sendo assim, na visão de Montesquieu, para o bem da Democracia não resta alternativa a não ser o exercício do poder do povo via representantes. Os representantes do povo então, encontrar-se-iam em uma posição mais elevada, aptos e capazes de realizar a tarefa de governar, ao contrário do povo.

A democracia representativa inicialmente mostrou-se, ainda, como uma solução contra a tirania da maioria. Por mais paradoxal que pareça, a escolha de um

representante através do voto enseja, ao menos no sistema brasileiro, necessária participação das massas no processo de escolha. Assim, tanto as classes mais abastadas da sociedade, sempre representadas por uma minoria, quanto as classes mais pobres participam do processo de escolha dos representantes, fator que propicia, ao menos em tese, o impedimento da escolha de representantes que promovam exclusivamente interesses dos setores mais ricos, em detrimento da maioria da população (BOBBIO, 2000, p. 69). Na democracia representativa, então, a soberania popular pode ser exercida pelo voto direto do povo, mas não somente dessa maneira.

No caso dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, sua escolha é feita, indiretamente, pelo povo, eis que os representantes eleitos pelo povo o fazem de forma direta. Assim, são eles também representantes do povo. Mesmo os juízes de carreira, aprovados em concurso público e qualquer outro servidor público é, no exercício de suas atribuições, um representante do povo.

A representatividade, por certo, é forma de exercício do poder pelo povo mais tangível. É aquela realizada por meio de representantes eleitos ou não pelo povo ativo para que, legitimados, em nome do povo e em favor da soberania popular, possam tomar as decisões para a proteção do interesse comum²¹.

Tratando-se do Brasil duas questões relevantes merecem atenção em relação à representatividade. A primeira refere-se ao chamado “sufrágio universal” direito exclusivo do povo direto. Nos moldes determinados pela legislação nacional nem todos cidadãos componentes do povo (*destinatário*) participam do processo de escolha dos representantes do povo. Embora a participação seja ampla, não abarca a todos que se submetem às decisões dos representantes.

Nos termos do §1º do artigo 14 da Constituição da República (BRASIL, 1988) serão obrigados a votar os maiores de dezoito anos, sendo facultativo aos analfabetos, aos maiores de setenta anos e aos maiores de dezesseis e menores de dezoito

²¹ Tomando como principal característica da representatividade o fato de que a comunhão de interesses pode advir de uma coletividade abstrata ou mesmo de uma minoria coletiva, em termos absolutos, cujo direito de representação é garantido constitucionalmente e faz parte do sistema democrático.

anos. Inobstante, não podem votar os estrangeiros e, durante o período militar obrigatório, os conscritos. Além disso, o artigo 5º do mesmo diploma amplia a restrição ao voto por autorizar a suspensão e/ou interdição de direitos políticos.

Nesse sentido, podemos reafirmar que nem todos aqueles que se sujeitam às decisões dos representantes do povo participam do processo de escolha deles, ratificando a importância da delimitação do conceito de “povo” à luz do processo democrático-constitucional.

Outra questão crucial para o entendimento da democracia representativa é que a regra da maioria possui limites e diferenciadas formas de apuração. Constitui um conjunto de regras que são variavelmente aplicadas para a escolha direta dos representantes direitos do povo, tanto no plano do Poder Executivo quanto para a composição das Casas Legislativas.

Podemos nos referir a ao menos cinco delas: maioria simples (compreende metade mais um), maioria relativa (configurada por metade mais um dos votantes), maioria absoluta (metade mais um dentro do universo eleitoral), qualquer maioria (a maioria estabelecida entre as minorias) e maioria qualificada (qualificada por alguma quantidade fracionada de eleitores – dois terços, três quartos). A existência das variadas formas de apuração da maioria, tais como relacionadas, visa corrigir as mazelas que uma regra puramente abstrata ou numérica poderia causar, pois o conceito de maioria não se explica sem o seu oposto, minoria, a quem as regras visam garantir liberdade e segurança (CAMPILONGO, 2000, p.39).

Por outro lado, os demais servidores públicos, ocupantes de cargos efetivos e comissionados, são, também, representantes do povo, que exercem seu *múnus* público em favor da coletividade.

No cerne da questão que pretendemos enfrentar insta ressaltar que a escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal dá-se pelo “povo” (por escolha direta dos representantes eleitos pelo povo) fato que determina que a legitimação de suas decisões notadamente no reconhecimento de uma mutação constitucional, deverá passar pela deliberação popular, necessariamente.

Isso não significa que aqueles que no seu particular não se sentem representados e individualmente não reconhecem como legítima a decisão do Supremo Tribunal Federal devam viver à margem da política e da submissão às leis. Deverão submeter-se, igualmente, às normas construídas em favor da coletividade, enquanto povo destinatário, seja quando as decisões os favorecerem, seja quando considerarem contrárias aos seus interesses particulares.

Portanto, é patente que exercício da democracia dá-se, com maior vulto, através da representatividade. Mas, tal fato não exclui a possibilidade da concomitante realização da democracia direta, por mecanismos específicos. Pelo contrário, a junção das duas modalidades amplia a participação popular e possibilita, com maior acerto, o exercício do poder do povo pelo povo, sem intermediação.

Especialmente, em relação ao reconhecimento da mutação constitucional via interpretação, a questão que nos cumpre esclarecer é que a legitimação de uma decisão do STF, mesmo que devidamente fundamentada em argumentos válidos, depende da participação direta do povo, como veremos. Mesmo porque, fundamentação válida no plano constitucional, dada a adoção de princípios constitucionais subjetivos e deveras de interpretação aberta.

2.6.4 A atuação do Supremo Tribunal Federal e a participação do povo no reconhecimento da mutação constitucional

Embora haja divergência sobre a conceituação de democracia participativa, partimos do entendimento de que se trata de uma democracia “semidireta” que “caracteriza-se pela coexistência de mecanismos da democracia representativa com outros da democracia direta” (PEDRA, 2006, p. 150).

A Constituição da República estabelece nitidamente que o regime Democrático de Direito vige sob a forma participativa, pois mescla a democracia representativa com situações pontuais de democracia direta.

A presença da representatividade na democracia brasileira é muito mais visível e marcante. Já descrita em tópico antecedente, cumpre-nos neste momento o alerta de que para que seja possível a comutação entre democracia direta e indireta (representativa) devemos admitir tratar-se de uma Constituição dualista (ACKERMAN, 2006, p.07).

Quando em seu artigo 1º expressa que o poder emanado do povo será exercido “por meio de representantes eleitos ou diretamente” está afirmando que a Democracia do país será exercida de forma representativa e direta, concomitantemente.

Por outro lado, é inegável que a democracia direta é exercitável, consoante prescrito na Constituição da República como, por exemplo, as formas estabelecidas no Artigo 14, qual sejam: plebiscito, referendo e iniciativa popular.

Além das modalidades explícitas, mas espasmódicas, de democracia direta – o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular (art. 14) – a Constituição da República aventa oportunidades tópicas de participação popular na administração pública (v.g., art. 5º, XXXVIII e LXXIII; art. 29, XII e XIII; art. 37, § 3º; art. 74, § 2º; art. 187; art. 194, § único, VII; art. 204, II; art. 206, VI; art. 224). A Constituição não abriu ensanchas, contudo, à interferência popular na gestão da segurança pública (...).” (ADI 244, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 11-9-2002, Plenário, DJ de 31-10-2002.)

Especificamente tratando da questão das decisões do Supremo Tribunal Federal em referência a julgamentos que comportem o reconhecimento da mutação constitucional, a rigor teríamos, então, apenas uma possibilidade: na forma da democracia representativa, pelos Ministros, representantes do povo.

Há, contudo, a possibilidade, ainda não utilizada e sequer ventilada, de o próprio Supremo Tribunal Federal suscitar a realização (por intermédio do parlamento e, então, pelo próprio povo indiretamente) de plebiscitos e/ou referendos, quando a questão posta para a análise envolver a verificação da ocorrência de uma mutação constitucional, ressalvados, é claro, os direitos e garantias fundamentais individuais.

Entretanto, ainda que consideremos como válida essa possibilidade, dada a complexidade que a questão poderia requerer, os custos e a dificuldade de se atingir o objetivo pretendido, em raríssimas situações caber-se-ia o exercício da

democracia direta para fins de determinação ou embasamento das decisões do Supremo Tribunal Federal. Resta-nos concluir que embora no Brasil seja adotada a forma participativa de governo democrático, em quaisquer termos (inclusive de produção legislativa) o poder do povo é exercido exclusivamente por representação (tanto pelos eleitos para legislar quanto pelos eleitos para governar, como também por aqueles que não são eleitos).

Conseqüentemente, a não participação do povo na esfera legislativa determina, em inúmeras situações, a ausência de legitimidade dos representantes na promulgação de leis às quais o povo submeter-se-á. Da mesma maneira e pelas mesmas razões, tratando o julgamento do Supremo Tribunal Federal de uma suposta mutação constitucional, a ausência de participação popular resulta na ausência de legitimidade da decisão quando a mutação realmente houver acontecido, que dirá se a mutação houver sido realizada pelo STF, ou seja, de forma inconstitucional.

Se o poder é exercido pelo povo, por representantes, mas em favor do povo, a determinação do arcabouço positivo-normativo do Estado deve necessariamente passar pela apreensão da vontade racional soberana.

O problema é evidente, portanto, quando a atuação do STF, no que tange à averiguação e reconhecimento da mutação constitucional, ocorre exclusivamente pela representação, dispensando-se a efetiva e substancial participação do povo no processo.

O que indiscutivelmente podemos dizer, *a priori*, é que a legitimação da decisão judicial na produção da norma constitucional não é absoluta e que, dado o atual cenário político, vem sendo manejada para que o Judiciário, a despeito de sua função, proceda à mutação inconstitucional. Inevitavelmente, embora atualmente goze de prestígio, com a prática reiterada de decisões desprovidas de legitimidade, o Supremo Tribunal Federal terá sua atuação globalmente contestada.

Dentro da sistemática participativa há uma alternativa que confere legitimidade ao julgador guardião da Constituição e resulta em normas legais construídas à base de fundamentação válida, eis que oriundas de um reconhecimento e identificação

efetiva da mutação ocorrente. O processo legislativo pode ser conduzido mediante ampla discussão com participação popular, ou seja, pela deliberação. Nesse caso, o empreendimento de uma democracia deliberativa é indispensável.

2.6.4.1 Democracia Deliberativa como forma de legitimação das decisões do Supremo Tribunal Federal que reconhecem a mutação constitucional

Preliminarmente, é oportuno mencionar que a localização no presente estudo da democracia deliberativa como espécie de democracia participativa não é ao acaso. Desde logo fica evidente, primeiramente, que não tratamos de ambos como institutos idênticos, embora alguns autores os tratem como sinônimos.

Outro fator que contribui para o enquadramento do presente tópico como espécie do gênero democracia participativa é que a deliberação, ao contrário da representatividade e do exercício do poder diretamente pelo povo, não se sustenta sozinha no campo prático.

Após a deliberação, para efetivação do poder, deve haver a decisão, diretamente pelo povo ou por representantes eleitos. O debate prévio existente na democracia direta não a torna idêntica à deliberativa. Mesmo que na democracia direta possa haver o debate prévio ainda não se equivalerá à deliberativa, pois esta implica uma análise moral e a viabilização da participação de todos os possíveis interessados (povo destinatário) no debate, aquela não.

Dado o esclarecimento, a adoção do aludido posicionamento situacional da forma deliberativa da democracia como espécie de democracia participativa amolda-se ao conceito de ambas. Assim, a democracia participativa, na forma da compreensão já explicitada, pressupõe a coexistência com mecanismos da democracia direta e indireta. A democracia deliberativa é uma forma de especialização da participação popular no processo democrático.

Partindo de uma concepção dialógica, pressupõe que moral e política são indissociáveis, mas estabelecem o valor democrático. Carlos Santiago Nino (1996,

p. 273-277) ensina que na discussão é fundamental o conhecimento de posicionamentos diferentes, muitas vezes antagônicos. Para o autor, inclusive, a participação do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade deveria ser mínima. O Judiciário deve atuar realizando o controle de constitucionalidade para garantir a legitimidade do processo democrático. Por seu turno, a legitimidade do judiciário para garantir a legitimidade do processo democrático depende de um processo de discussão e decisão. O poder de um juiz é o mesmo poder de qualquer cidadão. O valor prático do processo democrático dependerá da substancial e efetiva participação do povo no processo decisório.

Ao final o que se pretende não é o esmagamento de uma posição pela outra, mas sim o consenso dialógico fundado em premissas morais. A deliberação é uma fórmula hábil e importante para o sucesso da democracia como instância e reflexo da vontade soberana do povo.

A discussão sobre o tema divide o pensamento e a prática política em três áreas: existem aqueles que, assim como Platão, pressupõem a existência da verdade política que dispensa o debate; há uma segunda corrente, capitaneada pelos sofistas, que afirma que não há lugar para a verdade na política, devendo o exercício do poder voltar-se à persuasão e à retórica centrada em interesses; e, por último, há aqueles que, assim como Aristóteles, confiam que política e verdade estão intimamente ligadas sendo que a verdade só pode ser alcançada no campo prático-político pelo diálogo (BARZOTTO, 2005, p. 40-43).

A concepção Aristotélica se adapta perfeitamente à possibilidade do exercício da democracia deliberativa na atuação do Supremo Tribunal Federal. O que se pretende é a busca pela verdade como construção conjunta dos partícipes, intérprete da Constituição. A democracia deliberativa defendida por Aristóteles surge da exposição coletiva de opiniões, que podem divergir e convergir.

Deve ser instituído um diálogo tão extenso quanto necessário para que seja alcançada a verdade prática que deve orientar a ação política. Há uma determinação da razão prática, ou prudência, como fundamento para a busca da verdade prática

(FRANÇA, 2007, p. 02). E ninguém discute, atualmente, que a atuação do Supremo Tribunal Federal é, também, política.

Assim, a democracia deliberativa é um regime que “pressupõe a racionalidade do diálogo, no qual os cidadãos reunidos ponderam os argumentos sobre ações e decisões coletivas, usando um discurso voltado ao futuro (...)” (BARZOTTO, 2005, p. 41).

Dito isso, novamente retornando à questão da legitimação da atuação do Supremo Tribunal Federal no processo de reconhecimento da mutação constitucional via interpretação, estamos aptos a concluir que a deliberação apresenta-se como meio hábil a extrair a verdadeira modificação da realidade social e a vontade do povo para a criação e aceitação das normas tais quais com a nova construção e conferir, como consequência, indubitável legitimidade e justificação aos resultados obtidos nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal.

O discurso de Müller, quando trata de legitimação da democracia, vai ao encontro da defesa da deliberação como processo de construção da norma constitucional, pois admite que afirmações formuladas em bloco e fechadas à dedução e às conclusões obtidas por intermédio de resultados antecipados são antidemocráticas. Além disso, a legitimidade é vista por ele como um processo e não como uma substância, tal como o processo de deliberação se oferece (MÜLLER, 2003 p. 108).

Desse modo, no processo de discussão acerca da incidência de uma mutação constitucional via interpretação do STF, é preciso todos possíveis afetados com o processo de deliberação e com a modificação normativa a ser reconhecida sejam incluídos na discussão. Assim, a construção da norma constitucional partirá de uma análise real da ocorrência da mutação que poderá ser, ou não, reconhecida pelo STF mediante interpretação na sua concretização.

Para que essa constatação seja possível e a decisão legítima, é imprescindível a deliberação que será válida, assim como seu resultado, somente se conferida a todos os partícipes igualdade material para a apresentação de seus argumentos.

Mas a igualdade material não basta. Em um Estado Democrático de Direito, é fator legitimante de qualquer decisão judicial a participação dos futuros destinatários da decisão. Para esses destinatários deve ser assegurada uma participação não meramente formal, mas uma participação que propicie efetiva possibilidade de influência no teor do ato decisório a ser proferido (DINAMARCO, 2008, p.107).

No processo dialógico, a participação dos interessados deverá ser dotada de potencialidade de influência na decisão, mormente no caso da mutação constitucional cujo reconhecimento passa necessariamente por essa análise. É em relação a esse aspecto que afirmamos que a participação popular no julgamento deve dar-se observando o contraditório substancial.

Em um Estado Democrático de Direito, a mera subsunção de fato à norma não corresponde a um provimento final legítimo. Cabe ao Estado, ao exercer sua função jurisdicional, buscar as soluções mais adequadas e justas após o exercício argumentativo e dialógico com todos os interessados. (ESTEVEZ; COLA, 2008, p.164).

Para fins de reconhecimento da mutação constitucional pelo STF, o processo dialógico tem que ser cuidadosamente conduzido, e a concretização da norma mutante somente se dará de forma legítima se enfrentados todos os pontos aventados, dada a complexidade e implicação do fenômeno quando operado na modalidade interpretativa pelo Tribunal Constitucional.

Embora seja discutível o entendimento pacificado pelos tribunais pátrios acerca da desnecessidade de o julgador rebater um a um os argumentos apresentados pelas partes²², certo é que no processo de julgamento da ocorrência de uma mutação constitucional, para a legitimação da decisão, todos os argumentos devem ser pontualmente enfrentados, eis que o que se pretende é identificar a ocorrência do fenômeno.

²² Dentre muitos, exemplificativamente podemos citar os seguintes julgados: (i) STF; ARE-AgR-ED 734.631; SC; Primeira Turma; Rel. Min. Luiz Fux; Julg. 26/11/2013; DJE 11/12/2013; Pág. 19 e (ii) STJ; AgRg-AgRg-REsp 1.200.762; Proc. 2010/0125146-2; AC; Primeira Turma; Rel. Min. Luiz Fux; Julg. 04/11/2010; DJE 22/11/2010).

Em qualquer atividade jurisdicional, à luz do Estado Democrático de Direito, sempre haverá a relação e dependência entre contraditório e democracia. A única forma democrática de efetivação da jurisdição é passando pelo contraditório substancial, alcançado mediante uma interação argumentativa com o escopo de que o resultado alcançado pelo debate seja a mais adequada solução para a demanda (ESTEVEVES; COLA, 2008, p.169).

A concretização da norma mutante, ou seja, a decisão do STF que reconhece a mutação de uma norma constitucional via interpretação, somente poderá ser prolatada depois do diálogo com a população, de forma substancial. Em outras palavras, não se resume à obediência de um procedimento *pro forma*, para manter a aparência legítima a um falso contraditório. A atenção ao diálogo tem que ser real e a decisão deve ser construída partindo de seu resultado, relevando tudo aquilo que fora deliberado.

2.7 O RECONHECIMENTO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL VIA INTERPRETAÇÃO DO STF E A *RATIO DECIDENDI*

Como exposto, é inegável que atualmente os precedentes judiciais detém a característica de serem um fonte do direito, especialmente aqueles com efeito indiscutivelmente vinculante. Em termos de controle de constitucionalidade, pode-se dizer que o precedente que não for vinculante será persuasivo.

A regra do precedente vinculante origina-se do sistema do *common law* e a do precedente persuasivo no sistema da *civil law*. Aspecto que caracteriza a regra do precedente vinculante é seu cunho coercitivo. O fundamento desta teoria impõe ao juiz o dever de julgar casos análogos da mesma maneira como já julgado pelo Tribunal hierarquicamente superior, mesmo que tenha apenas um pronunciamento pertinente (*precedent in point*). Já o precedente persuasivo, típico dos sistemas codificados, tem cunho revestido de valor moral que deve ser considerado subjetivamente para a construção da decisão (TUCCI, 2004, p. 12-13).

Em item anterior, já indicamos que o sistema brasileiro é híbrido, com prevalência para a codificação (*civil law*). Tal característica reflete na adoção do precedente judicial como fonte de direito. Sendo assim, será em momentos vinculante e em outros persuasivo.

Mas, afinal, o que podemos chamar de precedente judicial? Explica Tucci (2004, p. 11-12) que o núcleo dos pronunciamentos judiciais é que constitui, em princípio, o precedente judicial que não nasce como uma regra e cujo alcance só poderá ser depreendido em decisões posteriores. Ainda para o autor, o precedente não nasce como uma regra e “somente pode ser depreendido aos poucos, depois de decisões posteriores. O precedente então nasce como uma regra de um caso e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos”.

Todo precedente judicial é composto pelas “a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório” (*obiter dictum*) (TUCCI, 2005, P. 12). O efeito vinculante dos precedentes judiciais restringe-se à *ratio decidendi*, ou seja, a verdadeira razão de decidir. Da mesma forma, a eficácia persuasiva também advém da *ratio decidendi*.

O precedente nascerá, de fato, como regra de um caso quando não for vinculante, obviamente, quando não contiver o efeito *erga omnes*. Caso contrário, pela sistemática do nosso ordenamento, nascerá, sim, como uma regra²³. Então, no que se refere aos julgamentos proferidos pelo STF, quando forem realizados em controle difuso de constitucionalidade, nascerão como uma regra de um caso, que poderá tornar-se uma regra de uma série de casos análogos. Ao contrário, tratando-se de uma decisão proferida pelo Tribunal Constitucional em controle concentrado de constitucionalidade, terá efeito *erga omnes* e, automaticamente, determinará o surgimento de uma regra. Esta regra, seguindo o raciocínio construído, será uma regra de concretização da norma constitucional.

²³ “Esse princípio jurídico é denominado *stare decisis*, significando que a anterior decisão cria o direito” (TUCCI, 2004, p.12).

Portanto, no que concerne às decisões proferidas pelo STF em controle de constitucionalidade concreto, cujos efeitos não são, portanto, vinculantes, adquire o precedente uma força persuasiva.

Em outras palavras, tratando-se de uma decisão *inter partes* não terá ela o condão de vincular os demais órgãos do poder público. Quando a decisão em controle de constitucionalidade for, por seu turno, *erga omnes*, vinculará as demais autoridades públicas eis que adquire, então, característica de ser vinculante.

O modelo brasileiro vigente segue a uma tendência das Cortes de Cassação dos países europeus, “que lhes atribui, de um lado, a supremacia do controle da constitucionalidade das leis e, de outro, a hegemonia da interpretação e aplicação do direito” (TUCCI, 2005 p. 03).

Interessante à questão da Mutação Constitucional, especialmente aquela reconhecida pelo judiciário via interpreta o, a análise do precedente e de seus elementos   indispensável para a verifica o no caso concreto se a muta o de fato ocorreu ou se o que houve foi a altera o da norma de maneira inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Para isso, compreendendo que tanto o efeito persuasivo quanto o vinculativo partem da razão de decidir do julgado do STF, devemos separá-la da *obiter dictum* para, ao final, compreendermos qual o real entendimento do Tribunal Constitucional acerca da matéria.

Para a correta interferência da *ratio decidendi*, propõe-se uma opera o mental, mediante a qual, invertendo-se o teor do núcleo decisório, se indaga se a conclusão permaneceria a mesma, se o juiz divesse acolhido a regra invertida. Se a decisão ficar mantida, então a tese originária não pode ser considerada *ratio decidendi*; caso contrário, a resposta será positiva (TUCCI, 2004, p. 177).

Esse exercício é determinante para sabermos se a razão de decidir de fato expõe que a constru o da norma na concretiza o pelo STF, considerando o seu texto normativo e a conjuntura, justifica a modifica o informal da constitui o (muta o) e até que ponto vinculará os demais órgãos públicos na aplica o do direito.

Sem uma justificação adequada, motivos indiscutíveis, um estudo aprofundado, e prévia deliberação com a sociedade, instância última de legitimação, não há que se dizer em mutação constitucional. A deliberação prévia, mediante ampla participação popular nos julgados que discutam a ocorrência e reconhecimento de mutações constitucionais é importante no sentido de ser abstraído o contexto social vigente relacionando-o à questão em análise. Assim, o delineamento da razão de decidir das decisões do Supremo Tribunal Federal é o que vai estabelecer se o precedente reconheceu uma mutação constitucional ou procedeu a uma alteração normativa de forma inconstitucional.

Mudar a orientação de uma norma (texto normativo + contexto social) em sua concretização implica em grande abalo à segurança jurídica e ao Estado Democrático de Direito, principalmente quando processada pelo Supremo Tribunal Federal. Tanto os interesses públicos, quanto os privados, precisam contar com a estabilidade, ou seja, com a segurança jurídica.

Assim, a razão de decidir, para os casos de mutação constitucional reconhecida mediante interpretação do judiciário tem necessariamente que vincular-se à alteração do segundo elemento da norma.

3 A MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL NOS JULGADOS DO STF QUE DETERMINARAM OU RECONHECERAM A MODIFICAÇÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS QUE TRATAM DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.

3.1 A CONSTRUÇÃO DO ACÓRDÃO E A VINCULAÇÃO PELA RAZÃO DE DECIDIR

O Supremo Tribunal Federal é o órgão judiciário máximo do país, a quem compete, precipuamente, a “guarda da Constituição”, consoante estabelecido no artigo 102 da Constituição Federal. Quanto ao controle de constitucionalidade, como estabelecem os incisos do aludido artigo, cumpre ao Tribunal processar e julgar originariamente ADIN de lei ou ato normativo federal ou estadual e ADC de lei ou ato normativo federal²⁴.

Dito isso, cumpre-nos em breve análise compreender a sistemática da decisão do Tribunal Supremo e, ao final, absorver o conteúdo vinculante e as deliberações acessórias desinteressantes à utilização do precedente enquanto fonte vinculante do direito.

Como é cediço, todos os casos submetidos a julgamentos do STF são distribuídos para a relatoria de um dos Ministros, tanto nos julgamentos das Turmas quanto do Plenário. Os votos são sempre elaborados individualmente e, ao final, há a contagem final de dos votos para a obtenção da decisão do Tribunal que será devidamente publicada. A íntegra da decisão com toda a documentação correlata compõe o acórdão.

Vale dizer que ao primeiro Ministro que tenha manifestado o voto vencedor é

²⁴ O STF é composto por onze ministros que elegem, entre eles, um presidente e um vice-presidente com mandato de dois anos. Os ministros atuam conjuntamente em plenário ou divididos em duas turmas compostas por cinco membros cada, não participando de nenhuma delas o presidentes do STF.

Atualmente o presidente do STF é o Ministro Joaquim Barbosa e o Ministro Ricardo Lewandowski o vice-presidente. A Primeira Turma é composta pelos Ministros Luiz Fux (presidente da turma, por ser o mais antigo entre os membros), Marco Aurélio, Dias Toffoli, Rosa Weber e Roberto Barroso. A Segunda Turma é composta pelos Ministros Cármen Lúcia (presidente da turma, por ser o mais antigo entre os membros), Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Teori Zavascki.

atribuída a tarefa da elaboração da ementa, que também integra o acórdão. A ementa é um resumo daquilo que fora decidido pelo Tribunal, ou seja, é uma síntese do acórdão, com a exposição abreviada da decisão alcançada pelos votos vencedores.

Esta pequena ressalva inicial no que tange à composição do acórdão e ao conteúdo da ementa é de extrema relevância para fins de expor que a *ratio decidendi* não será necessariamente aferida pela análise da ementa. Em muitos casos ela sequer é mencionada na ementa que por vezes expõe o resultado sem revelar a razão da decisão.

Assim, sob o ponto de vista da vinculação do precedente, utilizar uma ementa para fins de pautar ou vincular julgamentos futuros é extremamente perigoso, eis que, tal conduta pode resultar no equívoco da desconsideração da verdadeira razão. O que vincula em uma decisão é a *ratio decidendi* cuja localização no acórdão em muitos casos não é de fácil percepção.

Posto isso, a ementa nunca possui efeito vinculante. Consoante exposto, ela nada mais é que o resumo da decisão do Tribunal, não podendo ser analisada isoladamente, dissociada do conteúdo decisório do acórdão.

Cada um dos votos vencedores elaborados por cada um dos Ministros é composto por vários argumentos e considerações que podem ser totalmente diferentes e/ou até divergentes, ainda que a conclusão seja a mesma. Inobstante, analisando coletivamente os votos, torna-se perceptível um conteúdo de fundamentação composto por embasamentos determinantes e argumentos marginais, estes dispensáveis e que não devem integrar a razão da decisão do Tribunal.

Feita essa ressalva, mostra-se deveras importante o estudo cuidadoso e compreensivo do acórdão, haja vista que será composto de diversos votos separadamente elaborados, dos quais ao final deve ser extraída a razão de decidir do Supremo Tribunal Federal, principalmente nas situações de controle de constitucionalidade ou qualquer outra decisão de efeito vinculante.

Nos termos assinalados, os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal podem ser compostos de fundamentos essenciais e/ou periféricos. No controle concentrado de Constitucionalidade e na Mutação Constitucional estes persuasivos e aqueles vinculantes.

Para a constituição da decisão do Tribunal e compreensão de sua utilização e alcance como fonte do direito é necessário analisar o julgamento com o devido delineamento dos fundamentos relevantes acessórios e da verdadeira razão de decidir.

A razão da decisão, ou *ratio decidendi*²⁵, como ensina José Rogério Cruz e Tucci (2004, p.175) “constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto”. É uma regra de direito e não uma regra de fato. Por ser uma regra de direito, será esse o conteúdo da decisão que vinculará os julgamentos futuros quando ocorrente tal efeito.

Tudo o que não for *ratio decidendi* na decisão proferida será “passagem da motivação do julgamento que contém argumentação marginal ou simples opinião, prescindível para o deslinde da controvérsia” e serão denominados de *obiter dicta* (TUCCI, 2004, p.177).

Em outras palavras, a razão de decidir do Tribunal é o núcleo decisório, é o alicerce firmado pelo precedente e que sustenta a conclusão alcançada. É o elemento sem o qual a conclusão da decisão será modificada. A aferição da razão de decidir se dá pela suficiência e necessidade do argumento para se chegar ao resultado apresentado. Devem ser dispensados os argumentos de persuasão de cada um dos votos para a verificação da razão de decidir do Tribunal e, sendo o caso, de qual parcela do *decisum* será revestida de caráter vinculante e *erga omnes*.

Para a correta inferência da *ratio decidendi*, propõe-se uma operação mental, mediante a qual, invertendo-se o teor do núcleo decisório, se indaga se a conclusão permaneceria a mesma, se o juiz tivesse acolhido a regra invertida. Se a decisão ficar mantida, então a tese originária não pode ser considerada *ratio decidendi*; caso contrário, a resposta será positiva (TUCCI, 2004, p. 177)

²⁵ O termo *ratio decidendi* é empregado na Inglaterra enquanto que nos Estados Unidos, com o mesmo conceito, é utilizada a expressão *holding*.

Vale advertir que, em regra, nem os votos e tampouco o acórdão trazem explicitamente em sua composição aquilo que foi a razão de decidir separando-a dos argumentos prescindíveis. A ausência dessa distinção expressa é um obstáculo à adequada utilização do precedente como fonte do direito. A confusão entre *ratio decidendi* e *obiter dicta* na compreensão da inteligência, efeitos e abrangência da decisão pode gerar a utilização do precedente enquanto fonte do direito indevidamente. É o que muitas vezes ocorre.

É preciso que fique clara qual é a *ratio decidendi* da decisão, a abrangência vinculativa da decisão proferida tem a amplitude limitada à razão da decisão. Os demais fundamentos da decisão, que não compõe a razão de decidir, terão efeito meramente persuasivo, ou seja, indicam a compreensão do Tribunal em relação a questões relevantes, mas não centrais.

Embora no campo teórico pareça simples a verificação da razão de decidir, na prática é algo deveras subjetivo, podendo comportar compreensões diversas, pois depende de um exercício interpretativo daquilo que fora escrito nos votos e no acórdão do Supremo Tribunal Federal.

Muito mais prudente seria, com o escopo da adequada utilização da decisão como precedente, fonte de direito, se na própria decisão houvesse o destaque da correta razão de decidir pelos próprios julgadores.

Em referência ao fenômeno da mutação constitucional, a aferição da razão de decidir do julgado, em referência àqueles proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, é fundamental para a verificação se a mutação ocorreu realmente, dentro dos parâmetros já traçados.

Além disso, tratando-se em verdade de um controle de constitucionalidade, uma vez que a mutação deve pautar-se sempre e completamente pelo ordenamento constitucional, a decisão do STF que reconheça a mutação será, evidentemente, vinculante.

Essa vinculação proveniente do reconhecimento de uma mutação constitucional

restringe-se ao núcleo da mutação, ou seja, à razão de ocorrência da mutação que, ao final, deverá ser a razão de decidir da decisão que reconheceu a ocorrência do fenômeno.

De acordo com a lógica apresentada, portanto, a mutação ocorre previamente à decisão do Tribunal Constitucional que a reconhece. A razão dessa decisão deverá ser a demonstração da transformação do contexto social de modo a propiciar a alteração da norma constitucional na ocasião da sua concretização. Assim, a *ratio decidendi* dessa decisão indicará a nova composição da norma constitucional a partir da aludida razão que é o núcleo decisório e o conteúdo vinculante.

Tais premissas são a base para a verificação dos julgados adiante avaliados e subsidiarão a conclusão acerca do problema que a dissertação se propõe a responder.

3.2. OS JULGADOS DO STF QUE DETERMINARAM OU RECONHECERAM A MODIFICAÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS CONSTITUCIONAIS: MUTAÇÃO OU USURPAÇÃO DE FUNÇÃO?

3.2.1 A ADI 4722/DF que equiparou as relações estáveis homoafetivas às heteroafetivas

A questão da possibilidade de equiparação das relações estáveis homoafetivas às heteroafetivas foi submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal por intermédio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 (protocolada na Corte inicialmente como ADPF 178) e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132. As ações foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral.

A Ação Direta de Constitucionalidade (ADI) 4277 teve como objeto a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, e pretendia, em decorrência do reconhecimento, que os mesmos direitos e deveres

dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Foram os seguintes pedidos formulados na Petição Inicial da ADI 4277:

Em face do exposto, espera a Requerente seja julgada procedente a presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para:

Declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher.

e

Declarar que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões do mesmo sexo.

Já na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, o governo do Estado do Rio de Janeiro (RJ) alegou que o não reconhecimento da união estável homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (que abrange a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal.

Com esses argumentos, o pedido direcionado ao STF pretendia o reconhecimento a união estável homoafetiva para a aplicação do regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro.

Não obstante, como o objeto da ADPF 132 estava contido pelo objeto da Adi 4.277 houve o encampamento dos fundamentos daquela por esta, acertadamente, e as ações foram reunidas para julgamento conjunto.

Dado o objeto da ação, a análise da norma estabelecida a partir do artigo 1.723 do Código Civil passou a ser o elemento central do debate, haja vista o que dispõe:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (Código Civil)

O texto do Código Civil expressamente determina que a união estável dar-se-á, dentre outros requisitos, pela união “entre o homem e a mulher”. A construção da

norma jurídica referente ao aludido artigo foi, portanto, o cerne do debate e da decisão do STF.

3.2.1.1. Análise dos votos individualizados²⁶

O voto do Ministro relator: Ayres Brito

A relatoria do julgamento ficou sob a responsabilidade do Ministro Ayres Brito que, segundo expôs, adotou a “técnica de interpretação conforme” do dispositivo legal impugnado (Art. 1.723 do Código Civil) para “viabilizar o descarte de qualquer intelecção desfavorecedora da convivência estável de homoafetivos”. De acordo com o relator, “os dispositivos em foco tanto se prestam para a perpetração da denunciada discriminação odiosa quanto para a pretendida equiparação de direitos subjetivos”. Logo no início do voto, então, o relator já se posicionou sobre a questão de maneira clara.

Avançando no seu voto, o relator apresentou um rol de dispositivos constitucionais para embasar seu entendimento de que as diferenciações Constitucionais (homem/mulher) são fruto de uma construção normativa da mais “elementar diferenciação entre as duas espécies do gênero humano: a masculina e a feminina. Dicotomia culturalmente mais elaborada que a do macho e da fêmea”. Foram os seguintes:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que

²⁶ Todas as transcrições realizadas nesse tópico referem-se a trechos extraídos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 (DF), Dje nº. 198, Divulgação em 13/10/2011 e Publicação em 14/10/2011 (Ementário nº. 2607-3).

preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

Pela leitura do voto, percebe-se que o relator concorda com a diferenciação entre homens e mulheres, mas assentou consignado que a diferença está nivelada “às contingências da origem social e geográfica das pessoas, assim como da idade, da cor da pele e da raça”, mas que nenhum desses “fatores acidentais ou fortuitos se põe como causa de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que seja”.

Prosseguindo, o voto curiosamente diz contraditoriamente que o sexo como fator de desigualação jurídica seria autorizado desde que houvesse, para isso, expressa disposição constitucional e cita o inciso IV do artigo 3º da Constituição da República como “explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos”. Vejamos do que se trata:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O relator parece esquecer que o texto constitucional claramente expressa que a união reconhecida será entre “homem e mulher” e não entre pessoas. Há uma diferenciação expressa que sempre havia sido considerada, até o julgamento em análise.

Pelo que expõe o artigo 3º, conclui o Sr. Ministro relator que “(...) na sua categórica vedação ao preconceito, ele nivela o sexo à origem social e geográfica das pessoas, à idade, à raça e à cor da pele de cada qual.” A partir dessa conclusão seria possível “conceber um “princípio de diferença”, também estudado pelo doutrinador citado no voto, Francesco Viola, sob o conceito de “similitude”

Ainda na visão do julgador, o inciso III do art. 1º da Constituição, que trata do princípio da dignidade da pessoa humana é uma “proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico” e proíbe a discriminação em razão do sexo sendo um “poderoso fator de afirmação e elevação pessoal”.

O voto prossegue indicando que o debate trata de um “direito potestativo que se perfila ao lado das clássicas liberdades individuais que se impõem ao respeito do Estado e da sociedade²⁷” e que a liberdade que se concretiza:

I - sob a forma de **direito à intimidade**, se visualizada pelo prisma da abstenção, ou, então, do solitário desfrute (onanismo);

II – sob a forma de **direito à privacidade**, se a visualização já ocorrer pelo ângulo do intercurso ou emparceirado desfrute (plano da intersubjetividade, por conseguinte).

Dentro dessas liberdades individuais está inserida, entende o julgador, a liberdade sexual que está inscrita na incidência dos dispositivos constitucionais do inciso X e parágrafo 1º do art. 5º da Constituição da República e só poderia ser considerada diversamente se existisse enunciação constitucional em direção oposta.

Expõe, em seu voto, que existe um direito constitucional à isonomia entre homem e mulher:

a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomofisiológica;

b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade;

c) de, nas situações de uso emparceirado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não;

Não existe impedimento. “tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido” (substância do inciso II, art. 5º da Constituição da República).

E, então, homens e mulheres:

²⁷ Liberdade de pensamento, de locomoção, de informação, de trabalho, de expressão artística, intelectual, científica e de comunicação, etc

- a) não podem ser discriminados em função do sexo com que nasceram;
- b) também não podem ser alvo de discriminação pelo empírico uso que vierem a fazer da própria sexualidade;
- c) mais que isso, todo espécime feminino ou masculino goza da fundamental liberdade de dispor sobre o respectivo potencial de sexualidade, fazendo-o como expressão do direito à intimidade, ou então à privacidade (nunca é demais repetir).

Por fim, o voto alude ao Art. 226²⁸ da Constituição, ao assentar que na “contemplada cláusula da especial proteção estatal à família”, “família” deve ser entendida em sentido amplo, “(...) em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas”.

Para que seja constituída família, que merece proteção constitucional, não há exigência que a formação de casais seja heteroafetivo, como não há exigência de que seja cumprida qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou exigência religiosa.

Assim interpretando por forma não reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indistigavelmente preconceituoso ou homofóbico.
(...)

Em vista disso, conclui pela impossibilidade de restrição da união familiar a casais heteroafetivos, ratificando que “Não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem”.

Vê-se pela decisão que o Sr. Ministro relator ateu-se à questão da igualdade/desigualdade de gênero e liberdade para fins de decidir pela possibilidade do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo sem se delimitar a amplitude e alcance do entendimento.

Claramente, a decisão do Sr. Relator propõe drástica modificação da norma constitucional vigente sem, contudo, explicitar a modificação do contexto que

²⁸ Art. 266 da Constituição: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

justificaria a mudança. Se transcrevêssemos a mesma decisão datando-a como sendo do século passado o seu conteúdo seria digno de elogio e aceitação daqueles que, assim como o relator, entendem que a liberdade deve prevalecer. No entanto, não seria suficiente para determinar a concretização da norma como pretende o Sr. Ministro. Isso expõe, entretanto, que a importância do debate do contexto social para o reconhecimento de uma mutação constitucional via Poder Judiciário é essencial para a legitimação do ato.

Em outras palavras, tratando-se da modificação de uma norma constitucional, o julgamento proferido pelo STF não pode adstringir-se à opinião dos julgadores, mas sim demonstrar as circunstâncias que justifiquem a desconstrução e reconstrução da norma dentro da sistemática constitucional vigente que no momento da decisão.

O voto do Ministro Luiz Fux

Em síntese, o Ministro Luiz Fux, julgou procedentes as ações para dar, assim como o relator, interpretação conforme ao dispositivo impugnado. Embasou o seu voto nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana²⁹, da igualdade e da segurança jurídica³⁰, “de modo a conferir guarida às uniões homoafetivas nos mesmos termos que a confere às uniões estáveis heterossexuais”.

Embora tenha adotado o entendimento do Ministro Relator para votar como procedentes as ações, expressamente mediante interpretação conforme, o Ministro Luiz Fux delimitou em seu voto, entretanto, as extensões da decisão àquilo que fora pedido, “sem qualquer outra extensão que não tenha sido cuidado nos autos”. Quanto a esse ponto, o Ministro Luiz Fux mostrou-se mais preocupado. No que tange à questão da demonstração da construção da norma em relação ao reconhecimento da mutação constitucional, não houve qualquer menção.

O voto do Ministro Ricardo Lewandowski

²⁹ Relevando especificamente a sua vertente de proteção às autonomias individuais.

³⁰ Para o Ministro, no sentido de conferir “previsibilidade e certeza dos efeitos jurídicos das relações estabelecidas entre indivíduos do mesmo sexo”.

Com uma visão diferente sobre o caso, o Ministro Ricardo Lewandowski afastou o enquadramento da união entre pessoas do mesmo sexo em qualquer das hipóteses de família sustentando que a relação “entre o homem e a mulher”, desenvolvida entre pessoas de diferentes gêneros, é a tratada no artigo 1.723 do CC e no parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal.

Assim, segundo penso, não há como enquadrar a união entre pessoas do mesmo sexo em nenhuma dessas espécies de família, quer naquela constituída pelo casamento, quer na união estável, estabelecida a partir da relação entre um homem e uma mulher, quer, ainda, na monoparental. Esta, relembro, como decorre de expressa disposição constitucional, corresponde à que é formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Para o Ministro a relação duradoura constituída entre pessoas do mesmo sexo, ancorada em laços afetivos, não se caracteriza como união estável, mas, para enquadrar o caso juridicamente propõe-se a uma leitura sistemática do texto constitucional.

(...) embora essa relação não se caracterize como uma união estável, penso que se está diante de outra forma de entidade familiar, um quarto gênero, não previsto no rol encartado no art. 226 da Carta Magna.

Ao considerar a efetiva existência de tais relações, na medida em que indica a ausência de proibição constitucional, determina que devem ser reconhecidas pelo Direito.

Por não inserir o caso sob análise em alguma das hipóteses expressas para a caracterização da união familiar, apresenta entendimento de que “Ante a ausência de regramento legal específico, pode o intérprete empregar a técnica da integração, mediante o emprego da analogia”.

É claro o posicionamento do Ministro pela ausência de regramento para o caso e pela adoção da integração analógica.

Convém esclarecer que não se está, aqui, a reconhecer uma “união estável homoafetiva”, por interpretação extensiva do § 3º do art. 226, mas uma União homoafetiva estável”, mediante um processo de integração analógica.

É, para o Ministro, uma espécie autônoma de entidade familiar não abarcada pelas espécies trazidas pela Constituição Federal (pelo casamento, pela união estável entre homem e mulher e por qualquer dos pais e seus descendentes).

Logo, uma vez existente de fato e reconhecida por integração à união homoafetiva como uma entidade familiar, pelo voto do Ministro deverão ser aplicadas a essa união as prescrições alusivas ao instituto a ela mais próximo, nesse caso a união estável heterossexual, (...) “mas apenas nos aspectos em que são assemelhados, descartando-se aqueles que são próprios da relação entre pessoas de sexo distinto, segundo a vetusta máxima *ubi eadem ratio ibi idem jus*”, adotando o emprego da analogia.

Insta ressaltar que o Ministro não detalhou em seu voto quais seriam esses direitos exclusivos de casais de pessoas do sexo oposto em relação aos quais se deve excluir a aplicabilidade em relação aos casais homoafetivos.

Importantíssimo ao tema da dissertação, destaque-se que o entendimento do Ministro não considerou tratar-se da modificação da norma então vigente. Segundo ele, não há regramento específico para a questão posta, situação que demanda a integração analógica da norma. Do ponto de vista da técnica do julgamento, nesse caso, não tratou o Ministro de uma alteração normativa. Portanto, pela visão dele, não seria um caso de mutação.

O voto da Ministra Carmen Lúcia

A Ministra Carmen Lúcia votou pela admissibilidade da união de pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar. Por consequência, expressamente posicionou-se pela atribuição de mesmos direitos e deveres dos companheiros em uniões estáveis heteroafetivas aos que optaram pela relação homoafetiva.

Em seu voto a Ministra sustenta que a norma do parágrafo 3º do art. 226 da Constituição deve ser interpretada inicialmente para, depois disso, haver uma conclusão sobre a aplicabilidade do art. 1.723 do Código Civil.

Considerando o quadro social contemporâneo, no qual se tem como dado da realidade uniões homoafetivas, a par do que se põe, no Brasil, reações graves de intolerância quanto a pessoas que, no exercício da liberdade que lhes é constitucionalmente assegurada, fazem tais escolhas, parece-me perfeitamente razoável que se interprete a norma em pauta em consonância com o que dispõe a Constituição em seus princípios magnos.

E para a Ministra, partindo do pressuposto que a Constituição é um sistema, deverá ser interpretada “como um conjunto harmônico de normas, no qual se põe uma finalidade voltada à concretização de valores nela adotados como princípios”.

E, dito isso, sem debater a questão da mutação, como fundamentação do voto de conteúdo já mencionado, apresenta como embasamento a observância aos princípios da “vedação ao preconceito”, “liberdade individual”, “vedação constitucional à discriminação (Art. 3º, inciso III)” e o “princípio da igualdade”, relevando a “igual cidadania” como um “direito fundamental posta na própria estrutura do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inc. III, da Constituição)”.

O voto do Ministro Joaquim Barbosa

O Ministro Joaquim Barbosa confronta a realidade vigente com as normas vigentes e aplicáveis como ponto de partida para seu voto.

Inicialmente, gostaria de ressaltar que estamos diante de uma situação que demonstra claramente o descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do Direito. Visivelmente nos confrontamos aqui com uma situação em que o Direito não foi capaz de acompanhar as profundas e estruturais mudanças sociais, não apenas entre nós brasileiros, mas em escala global. É precisamente nessas situações que se agiganta o papel das Cortes constitucionais, segundo o conhecido jurista e pensador israelense Aaron Barak. Para Barak, as Cortes Supremas e Constitucionais devem fazer a ponte entre o mundo do Direito e a Sociedade, isto é, cumpre-lhes fazer o que ele mesmo qualifica como BRIDGING THE GAP BETWEEN LAW AND SOCIETY.

O Ministro considera que a sociedade está se abrindo para o reconhecimento, respeito e aceitação para as uniões homoafetivas públicas.

Relações estas que em nada diferem das relações afetivas heterossexuais, a não ser pelo fato de serem compostas por pessoas do mesmo sexo. Essa realidade social é incontestável. Essas uniões sempre existiram e existirão. O que varia e tem variado é o olhar que cada sociedade lança sobre elas em cada momento da evolução civilizatória e em cada parte do mundo.

Dada essa compreensão de realidade na qual o problema em debate está inserido, o Ministro dá para a “dignidade humana” o sentido de que “é a noção de que todos, sem exceção, têm direito a uma igual consideração” E que, então, a Constituição "estabelece, de forma cristalina, o objetivo de promover a justiça social e a igualdade de tratamento entre os cidadãos".

Assim, o princípio da vedação de todo tipo de discriminação aplica-se ao caso, na apreensão do Ministro. “São inúmeros os dispositivos Constitucionais que afirmam e reafirmam o princípio da igualdade e da vedação da discriminação, como todos sabemos”.

Ainda para o Ministro, o artigo 3º da Constituição assume, ao incluir entre os objetivos fundamentais da república a promoção do bem de todos, independentemente de raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação, clara opção pela igualdade substantiva (ou material).

E, dito isso, acompanhou o voto do relator quanto ao resultado, indicando pontos divergentes. Para o Ministro os fundamentos jurídicos que permitem o reconhecimento da união estável homoafetiva não podem ser retirados do Artigo 1.723 do CC e tampouco do artigo 226, § 3º da CF, mas sim do direito fundamental à “liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia da não discriminação dessa liberdade de opção (art. 5º, XLI, CF)” além dos demais já destacados.

Divergindo do relator que conduziu seu voto como uma interpretação aos dispositivos vigentes, visualizou um problema de “lacuna valorativa ou axiológica

quanto a um sistema de proteção da união homoafetiva que de certa forma, demanda uma solução provisória”.

Após formular uma séria de indagações sobre a repercussão de uma equiparação irrestrita, o Ministro limitou-se a

(...) a reconhecer a existência da união entre pessoas do mesmo sexo, por fundamentos jurídicos próprios e distintos daqueles explicitados pelo Ministro Ayres Britto e, com suporte na teoria do pensamento do possível, determinar a aplicação de um modelo de proteção semelhante – no caso, o que trata da união estável –, naquilo que for cabível, nos termos da fundamentação aqui apresentada, sem me pronunciar sobre outros desdobramentos.

Pela primeira vez o debate passou pela verificação do contexto e relevância da aceitação social em relação a modificação cujo reconhecimento é proposto pela ADI 4277. Sob o aspecto de construção da norma constitucional, do ponto de vista da técnica de julgamento para fins de mutação constitucional, o voto do Ministro Joaquim Barbosa se aproximou do debate que deve ser travado em situações análogas. Pecou, contudo, pela ausência de demonstração da participação da sociedade no processo de identificação da transição, ou seja, pela ausência de diálogo.

O voto do Ministro Gilmar Mendes

Apesar de acompanhar o voto do relator, o Ministro Gilmar Mendes faz uma série de considerações acerca de questões pontuais de alegada divergência ressaltando prefacialmente que o tema não trata meramente da ausência de uma “disciplina que permita o desenvolvimento de uma determinada política pública, estamos falando de direitos fundamentais básicos”. Trata o reconhecimento da união estável como uma questão de “afirmação de direitos de minorias”.

Nessa direção, aponta como o principal fundamento de seu voto o “direito de liberdade” e em concordância com outros princípios e garantias constitucionais, destacando:

(...) os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III); os objetivos fundamentais de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e de se promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV); a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantida a inviolabilidade do direito à liberdade e à igualdade (art. 5º, caput); a punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); bem como a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º) e a não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime constitucional e dos princípios por ela adotados ou incorporados por tratados internacionais (art. 5º, §2º).

Posto isso, o Ministro Gilmar Mendes convergiu com o relator votando de igual maneira apenas no que referiu como “resultado básico” do voto inaugural. Alertou para a necessidade de determinação dos efeitos do julgado, para fins de outros direitos decorrentes no novo entendimento, tais como a adoção.

O voto do Ministro Marco Aurélio

De início, o Ministro Marco Aurélio já manifesta entendimento de que a questão é estritamente de cunho constitucional, esvaziando a importância do legislador e do texto infraconstitucional, pois decorre diretamente de direitos fundamentais, especialmente “do direito à dignidade da pessoa humana, sob a diretriz do artigo 226 e parágrafos da Carta da República de 1988, no que permitiu a reformulação do conceito de família”.

Para ele o princípio da dignidade da pessoa humana é o maior fundamento da República, pelo qual pauta seu voto. O citado princípio, aduz o Ministro, é mencionado no artigo 226, § 7º, no qual apresenta-se como indissociável ao planejamento familiar

Segundo ele, é igualmente também referido nos artigos 227 e 230, “quando da referência ao dever da família, da comunidade e do Estado de assegurarem, respectivamente, a dignidade da criança e do idoso”.

Destacando o caráter contra majoritário dos direitos fundamentais, o Ministro aponta que a interpretação isolada do parágrafo 3º do artigo 266 da Constituição fere a inteligência constitucional e que, por isso, deve ser relevado o estabelecido no inciso IV do artigo 3º da Carta Federal para repelir qualquer tipo de diferenciação constitucionalmente injustificável ou preconceito.

Com base nesses fundamentos conclui que “é obrigação constitucional do Estado reconhecer a condição familiar e atribuir efeitos jurídicos às uniões homoafetivas”. Essa conclusão, segundo o Ministro, foi extraída “do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana homoafetivas”.

Em conclusão diferente daqueles que apontaram no sentido da integração da norma, o Ministro finalizou seu voto conferindo interpretação conforme à Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, “a fim de declarar a aplicabilidade do regime da união estável às uniões entre pessoas de sexo igual”. Nesse caso, em verdade, propõe a alteração da norma. A construção do voto, então, deveria ter indicado a causa da modificação considerando a morfologia de construção da norma constitucional.

O voto do Ministro Celso de Melo

Para o Ministro Celso de Melo,

Toda pessoa tem o direito de constituir família, independentemente de orientação sexual ou identidade de gênero. Não pode um estado democrático de direito conviver com o estabelecimento entre pessoas e cidadãos com base em sua sexualidade. É inconstitucional excluir essas pessoas.

Não se justifica a diferenciação por questões morais e tampouco religiosas. Inexiste razão de peso suficiente para justificar a diferenciação que é discriminatória, explica o Ministro. “Pelo contrário, pela Constituição, há a valorização do afeto, do amor, da solidariedade. Não há razão alguma para exclusão da união homoafetiva.”

Com fundamento nos princípios fundamentais “da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade” o Ministro Celso de Melo votou pela procedência da ADI, votando, ainda, pela determinação de efeito vinculante, para

(...) declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher, além de também reconhecer, com idêntica eficácia vinculante, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros na união entre pessoas do mesmo sexo.

A exposição final do Presidente, Ministro Cezar Peluzo

Por fim, encerrando o julgamento do caso sob análise, o Ministro Cezar Peluzo aderiu ao resultado já determinado pelos votos anteriores de modo a concluir que o artigo 226, § 3º da Constituição não apresenta um rol taxativo de hipóteses de entidades familiares, permitindo a existência de outras modalidades, dentre elas a da união homoafetiva.

Tomando por base o princípio da dignidade, o princípio da igualdade e o princípio específico da não discriminação, o Ministro apresentou a razão pela qual entendeu ter sido correta a decisão do STF

Porque vários elementos de ordem afetiva, no sentido genérico, e de ordem material da união de pessoas do mesmo sexo, guardam relação de comunidade com certos elementos da união estável entre homem e a mulher. Esta a razão da admissibilidade da consideração da união de duas pessoas do mesmo sexo - não mais que isso -, na hipótese de que estamos cogitando, como entidades familiares para efeitos constitucionais e legais.

Divergindo do Relator e de outros Ministros que o acompanharam no entendimento de que se trata de uma questão de interpretação, o Ministro Cezar Peluso entendeu que o caso apresentou-se para o julgamento dada a existência de uma lacuna normativa que precisava ser preenchida pela aplicação da analogia, pelas normas já existentes, frente à similitude entre a união estável heteroafetiva e a união estável homoafetiva.

Com base nisso, sendo o caso de lacuna, o Ministro Cezar Peluzo indica que o caminho mais adequado após a decisão do STF sobre a questão seria de o Poder Legislativo regulamentar a situação das uniões homoafetivas.

Após curto debate final sobre a possibilidade de julgamento monocrático dos processos já distribuídos aos gabinetes, encerrou-se assim o julgamento da ADI 4277.

Os Ministros que não participaram da decisão.

A Ministra Ellen Gracie ausentou-se justificadamente da decisão.

Já o ministro Dias Toffoli não participou da sessão, pois se declarou impedido de se posicionar, já que atuou no processo quando era membro da AGU (Advocacia-Geral da União).

3.2.1.2 A ementa da decisão

A ementa da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4277 que tratou da constitucionalidade da união estável homoafetiva ficou redigida da seguinte maneira.

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA

AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não

pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219- PP-00212)

3.2.1.3. Tabela comparativa dos votos proferidos no julgamento da ADI 4722

Para melhor ilustrar a decisão em análise, adiante desenvolvemos uma tabela com os principais fundamentos apresentados por cada um dos Ministros.

Os nomes dos Ministros aparecem relacionados na primeira linha. As colunas abaixo de cada um dos Ministros indicam os fundamentos apresentados no seu respectivo voto. Fundamentos coincidentes de diferentes Ministros encontrar-se-ão na mesma linha.

	AYRES BRITO	LUIZ FUX	LEWANDOWSKI	CARMEN LÚCIA	MARCO AURÉLIO	JOAQUIM BARBOSA	GILMAR MENDES	CELSO DE MELO
1	As diferenças Homem/Mulher na CF estão adstritas “às contingências da origem social e geográfica das pessoas, assim como da idade, da cor da pele e da raça, na aceção de que nenhum desses fatores acidentais ou fortuitos se põe como causa de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que seja”							
2	Art. 3º CF – Vedação ao tratamento discriminatório.			Vedação ao Preconceito	Vedação ao Preconceito.	Vedação a qualquer tipo de discriminação	Vedação ao Preconceito e qualquer tipo de discriminação	Princípio da não discriminação.
3	Princípio de Diferença (similitude)							
4	Dignidade da pessoa Humana	Dignidade da pessoa Humana			Dignidade da pessoa Humana	Dignidade da pessoa Humana	Dignidade da pessoa Humana	Dignidade da pessoa Humana
5	Direito à liberdade			Liberdade individual			Inviolabilidade do direito à liberdade	Direito à liberdade
6	Direito à intimidade							Direito à intimidade.
7	Direito à privacidade							
8	Direito Constitucional de isonomia entre homens e mulheres.	Princípio da Igualdade		Princípio da Igualdade		Princípio da Igualdade	Princípio da Igualdade	Princípio da Igualdade
9	Não há proibição. “tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”		“Ante a ausência de regramento legal específico, pode o intérprete empregar a técnica da integração, mediante o emprego da analogia”.					
10		Segurança jurídica, “de modo a conferir guarida às uniões homoafetivas nos mesmos termos que a confere às uniões estáveis heterossexuais						
11					Reconhecimento pela Corte Internacional de Direitos Humanos.			
12					Promoção do bem de todos		Promoção do bem	

							de todos	
13							Sociedad e livre, justa e solidária.	
14							Prevalência dos direitos humanos	
15								Estado democrático de direito.
16								Direito à autodeterminação
17								Princípio da Busca felicidade
18								Princípio do pluralismo.

É possível, percebe-se, que uma decisão unânime seja atingida por fundamentos diversos e não coincidentes. Pior, pode ser que essa mesma decisão seja composta por votos com a mesma conclusão (declaração de constitucionalidade, por exemplo), mas ancorada em fundamentos diferentes e que cada um dos Ministros votantes discorde dos votos dos demais. Essa possibilidade hipotética ilustra a dificuldade e a importância de se extrair de cada julgado, sobretudo de natureza vinculante e/ou *erga omnes*, a *ratio decidendi*.

No caso sob análise, a leitura da tabela, privilegiada pela disposição visual apresentada, demonstra que a decisão do Tribunal, embora única, é composta de fundamentos diversos, determinados por cada voto individualmente considerado.

Em linhas 1 e 3 vemos fundamentos isolados, apenas utilizados por um dos Ministros. Em sentido oposto, não há nenhum fundamento unanimemente utilizado, embora tenha sido a decisão (conclusão) unânime.

Vale lembrar que a *ratio decidendi* não se resume à aglutinação de todos os votos e tampouco na verificação de qual fundamento foi utilizado por mais Ministros. O que determina a razão da decisão é o núcleo fundamental à conclusão. É o fundamento, ou fundamentos, sem os quais não é possível se chegar à decisão proferida.

Em vista disso, considerando os fundamentos apresentados, podemos concluir que a proteção aos princípios da igualdade (que compreende a vedação ao tratamento

discriminatório) e da liberdade formam a *ratio decidendi* do julgamento ora debatido. Todos os outros fundamentos listados representam discussões tangenciais sem as quais a conclusão teria sido a mesma.

No contexto da discussão acerca do reconhecimento da mutação constitucional, não houve o necessário destaque à modificação fática que deveria servir de fundamento para a alteração realizada. Não há qualquer registro da efetiva e substancial participação popular mediante prévio processo deliberativo.

3.2.1.4 O reconhecimento jurídico da união homoafetiva, a razão de decidir do STF e a questão da mutação constitucional.

Primeiramente, é importante frisar que a análise proposta pretende verificar se a decisão proferida obedeceu à Constituição vigente e ao Estado Democrático de Direito. Vale esse registro para expor que as convicções pessoais acerca da compreensão pela necessidade de modificação da norma visando expandir o direito ao reconhecimento do instituto da união estável às relações homoafetivas não é objeto de análise do presente estudo. O exame visa verificar se a alteração informal ocorreu como deveria e não se uma modificação formal, do ponto de vista da escolha legislativa, seria viável.

A subjetividade que permeia a intenção e o resultado consequente deve ser deixada de lado para que possamos aferir se a mutação processou-se de forma constitucional, dentro dos parâmetros já instituídos.

O poder da autoridade decorre sempre do povo que a confere direta ou indiretamente. Na sociedade atual na qual “(...) o Direito é autônomo e dogmático, não há a possibilidade de legitimar as decisões, que serão institucionalizadas no sistema, a partir de outras esferas que não seja a democrática” (DUARTE JÚNIOR, 2011, p. 103). É temerário conferir tal Poder ao órgão judicante sem que tenha nitidamente advindo do povo.

Dito isso preliminarmente, em apreciação do julgado do ponto de vista da mutação, cumpre afirmarmos que a decisão resultou em uma indiscutível alteração da norma

então vigente. O texto normativo do parágrafo 3º do artigo 266 da Constituição expressa claramente que “é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão”. A construção/concretização da norma a partir do texto normativo transcrito resultava na impossibilidade do instituto da união estável ou casamento entre pessoas do mesmo sexo.

O próprio relator expõe que o que se pretende é a modificação da norma, quando afirma que “os dispositivos em foco tanto se prestam para a perpetração da denunciada discriminação odiosa”. Entretanto, paradoxalmente, apresenta-se inicialmente indicando que o fio condutor do seu voto será a “interpretação conforme”.

A modificação normativa apresentada através da decisão do STF pretensamente somente poderá enquadrar-se em um caso de mutação. Resta saber, analisando a questão a partir da base teórica construída nos tópicos anteriores, se a mutação procedeu-se em consonância com o Estado Democrático de Direito, de acordo com a Constituição, ou não.

O primeiro ponto que deve ser questionado é se ocorreu uma mutação lenta e gradativa, como devem ser as constitucionais, ou abruptamente, a partir da visão de alguns julgadores. Quanto a isso, a falta de critérios objetivos para a determinação da lentidão/rapidez da modificação impede uma conclusão cogente, embora não haja nenhum indício ou dado que leve a crer ter havido uma transição paulatina.

Prosseguindo com a análise, a identificação da *ratio decidendi* da decisão deve ser o ponto de partida. A razão de decidir do julgado resume-se pela proteção e obediência aos princípios da igualdade (que compreende a vedação ao tratamento discriminatório) e da liberdade.

Todos os outros fundamentos listados representam discussões periféricas sem as quais a conclusão teria sido a mesma. Podemos constatar que não foi o cerne do julgamento a demonstração da modificação do contexto social para fins de reconhecimento da mutação constitucional.

Ainda que os princípios da igualdade e liberdade sejam, enquanto razões de decidir, apresentados em uma diferente perspectiva, a mudança do contexto deve ser demonstrada na fundamentação da razão, o que não ocorreu.

Além disso, não há qualquer menção a argumentos trazidos ao julgamento por quaisquer partícipes, nem em relação aos que argumentaram a favor e tampouco em relação aos que posicionaram-se contrários.

Tal constatação confirma a despreocupação do Tribunal Constitucional em garantir um contraditório substancial. Como tem sido comum em julgados de grande repercussão, sob a alegação de que não é necessário o enfrentamento de todos os pontos suscitados pelos partícipes, o STF desconsiderou a existência dos argumentos apresentados e decidiu com base, cada um dos Ministros, em suas convicções pessoais. Pelos votos proferidos, não há como sustentar que a decisão exarada partiu de um processo dialógico, com o escopo de verificar se a situação fática circundante gerou a alteração da norma em debate.

Diante disso, analisando as decisões e o quadro comparativo do item anterior, podemos concluir que a modificação normativa propiciada pelo julgamento não processou uma mutação constitucional, mas sim uma modificação normativa pelo STF, ilegítima e contrária ao ordenamento ainda vigente, ou seja, processou uma mutação inconstitucional.

Por consequência do equívoco na construção da decisão e da própria norma, não há delimitada a extensão da modificação inconstitucionalmente processada e a amplitude das consequências, que, no campo prático, já ultrapassam em muito os limites objetivos das demandas e a própria decisão do Supremo Tribunal Federal. Mais um fator que expõe o desajuste entre os julgadores, a falta de observância da técnica de julgamento adequada e a indesejada desconexão entre os votos.

No caso sob análise o reconhecimento da União estável entre pessoas do mesmo gênero procedeu-se de forma contrária ao dispositivo constitucional e sem nenhum

precedente em mesmo sentido, fato que amplia o problema e expõe a extrapolação dos limites do Estado Democrático de Direito pelo STF.

O parágrafo 3º do artigo 226 prescreve claramente que: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” e, até então, era esse o entendimento pacífico dos Tribunais pátrios e dos intérpretes da constituição, inclusive e principalmente do povo.

Nesse caso, não houve mutação constitucional que justificasse o entendimento do STF pelo reconhecimento da união estável entre iguais. Houve uma mutação inconstitucional. O Judiciário assumiu para si a ilegítima competência de legislar, e assim o fez pela mutação inconstitucional via interpretação judicial.

Insta frisar, novamente, que não se trata de uma análise do mérito da questão. O reconhecimento da união estável poderia e deveria ser efetivado, mas sob a observância do processo legislativo determinado na própria Constituição, deflagrado pelo Legislador, já que essa é sua atribuição, legitimada pela representatividade.

Da mesma maneira, ainda que a mutação constitucional tenha se processado, considerando a modificação do aspecto fatural da norma, o reconhecimento via interpretação do Supremo Tribunal Federal é imprescindível para a conferência dos resultados esperados. O julgamento como realizado, por inobservância do debate que deveria ter sido realizado, fragiliza a decisão e a aceitação popular da conclusão e suas consequências. Pior, confere ainda mais insegurança jurídica aos jurisdicionados, causando tensão social e descrédito nas Instituições do país.

Caso, como sugerido nos tópicos anteriores, houvesse sido o julgamento precedido de ampla participação popular, com divulgação prévia, inscrição para debates e, principalmente, para possibilitar um contraditório efetivo e substancial, com possibilidade de construção do entendimento, ao final, pela (in)ocorrência da mutação qualquer que fosse a decisão seria revestida de legitimação. A aceitação social seria muito maior e a crença nas Instituições fortalecida.

Nas palavras de Marcelo Cattoni (2004, p.51),

No Estado Democrático de Direito, a pretensão jurídica moderna de garantir certeza nas relações, através de padrões normativos, a um só tempo, dotados de caráter coercitivo e intersubjetivamente estabelecidos, manifesta-se no exercício da jurisdição como a pretensão de que a um só tempo as decisões judiciais sejam coerentes com o Direito vigente, e adequadas aos casos submetidos à apreciação judicial.

O problema apresentado é preocupante pelo papel ilegítimo que o Judiciário inconstitucionalmente avocou para si que, somado ao seu papel constitucional, dá-lhe atribuições incompatíveis com o sistema vigente.

Essa e outras mutações inconstitucionais estão instituindo uma ruptura gradativa e crescente do Estado Democrático de Direito que inevitavelmente levará à crise do sistema, uma vez que, nessa direção, não haverá freios e contrapesos para debatidas condutas do judiciário, especialmente do STF.

3.2.2 O julgamento do RE 466.343/SP que decidiu pela inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel (5º, inciso LXVII)

O julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº. 466.343 compreendeu a manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade da prisão civil do devedor fiduciante, depositário infiel. Com o mesmo objeto, foram julgados na mesma ocasião o RE nº. 349.703 e os Habeas Corpus (HC) nº 87.585 e nº 92.566.

O Recurso Extraordinário nº 466.343 fora interposto pelo Banco Bradesco S/A, irrisignado com julgamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, confirmando a sentença proferida, decidiu pela inconstitucionalidade da prisão civil do devedor fiduciante mesmo perante a não entrega do bem alienado.

Inicialmente o debate circundaria a questão de o Decreto Lei nº 911/69 equiparar o devedor fiduciante à figura do depositário, inclusive no que tange à possibilidade de prisão por circunstância da não devolução do bem objeto de depósito (prisão do depositário infiel). Como adiante será demonstrado, porém, a discussão aprofundou-se ao ponto de alguns Ministros terem estendido a análise (e o voto) no sentido de

determinar a inconstitucionalidade de qualquer prisão civil, exceto a por inadimplemento de dívida alimentícia.

Insta ressaltar que a decisão de primeiro grau confirmada em segundo grau de jurisdição julgou procedente a ação de depósito ajuizada em razão da existência de contrato de alienação fiduciária em garantia, embora tenha deixado de impor a cominação da pena de prisão demandada pelo banco requerente.

O entendimento pela inconstitucionalidade da prisão do requerido frente à situação exposta restou expressamente consignado na resposta do TJSP aos Embargos de Declaração opostos pelo banco recorrente.

Em razão da decisão do TJSP a instituição bancária recorreu ao Supremo Tribunal Federal mediante interposição do Recurso Extraordinário nº 466.343, com fulcro no art. 102, III da Constituição Federal, por ter entendido que o acórdão do TJSP havia sido contrário ao prescrito no artigo 5º, inciso LXVII do diploma constitucional.

Vale ressaltar que até o julgamento do RE em análise o STF posicionava-se no sentido da constitucionalidade da prisão do devedor fiduciante em caso de negativa de devolução do bem alienado, ou seja, nos termos demandados pelo banco recorrente.

3.2.2.1 Análise dos votos individualizados³¹

O voto do Ministro relator: Cezar Peluzo

Inicialmente, é importante que se faça esse registro, a análise do Ministro Relator cingiu-se à questão da inexistência de afinidade e de conexão teórica entre os contratos de depósito e de alienação fiduciária em garantia.

Perante a tipicidade de cada negócio, advertida doutrina e não menos sensível jurisprudência nunca descobriram, em nenhum aspecto estrutural

³¹ Todas as transcrições realizadas nesse tópico referem-se a trechos extraídos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1 (SP), Dje nº. 104, Divulgação em 04/06/2009 e Publicação em 05/06/2009 (Ementário nº. 2363-6).

da alienação fiduciária em garantia, a presença de verdadeiro contrato de depósito. A própria redação primitiva do art. 66 e seus §§ da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, não continha expressão correspondente, nem nos textos de direito processual.

Em síntese, para o Relator é impossível encontrar na relação estabelecida em razão da existência de um contrato de alienação fiduciária em garantia qualquer resquício de uma obrigação de depósito, tal qual determinada pelo ordenamento.

Alguma afinidade jurídica entre a alienação e outros contratos, essa pode encontrar-se com o negócio indireto, o simulado, a venda com reserva de domínio, ou a retrovenda. Não, todavia, com o depósito.

A equiparação é fruto de uma ficção jurídica, determinada pelo legislador infraconstitucional e a prisão não é, em verdade, decorrente de um contrato de depósito.

Assentada tal premissa, cumpre subir à norma do art. 153, § 17, da Emenda Constitucional nº 1/69, que, vedando a prisão civil por dívida, abre duas exceções, nos casos de depositário infiel e do responsável por inadimplemento de obrigação alimentar.

Sob esse aspecto, se a alienação fiduciária não guarda nenhuma relação com o depósito, trata-se de uma relação determinada pelo lucro e a prisão civil na alienação fiduciária, por consequência, é uma prisão por dívida de dinheiro.

Como a Constituição no inciso LXVII do artigo 5º veda a prisão civil excepcionando-a para somente dois casos específicos (por inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel) não pode haver interpretação extensiva da ressalva, principalmente para restrição de direitos fundamentais. A equiparação é possível, mas não absoluta e não se pode fazer equiparação para fins de prisão civil.

Estatuir que o contraente de negócio jurídico, que não mantém com o depósito convencional nenhuma identidade ou afinidade jurídica, fica exposto à prisão civil, em condição análoga à do depositário, é operação técniconormativa de inaceitável alargamento conceituai destinado tão-só a produzir fortíssima garantia indireta do cumprimento de obrigação de dar dinheiro, de todo estranha ao estatuto do depositário. E, com isso, entra em contraste aberto com a norma constitucional exceptiva, que, já se viu, por seus caracteres, não tolera interpretação expansiva, capaz de aniquilar o direito mesmo que se ordena a proteger sob o comando excepcionado.

Em suma, para o Ministro Relator a prisão civil é estrita e corretamente vedada pelo ordenamento constitucional que a excepciona para somente para duas situações com os seguintes sujeitos passivos: inadimplente de obrigação alimentícia e depositário infiel. Como a equiparação entre contrato de alienação fiduciária em garantia e de depósito é uma mera ficção jurídica, determinada pelo legislador infraconstitucional, tal equiparação não pode estender-se para autorizar a prisão do devedor fiduciante em caso de não devolução do bem alienado ao fiduciante.

Para o relator, tratando as exceções do artigo 5º LXVII de restrição ao direito fundamental à liberdade não pode ter sua aplicabilidade ampliada. Pelo contrário, a aplicação da regra, de vedação da prisão por dívida civil é que deve ser ampliada, inclusive para impedir a prisão do devedor fiduciante nos casos como o debatido no RE sob julgamento.

Percebe-se no primeiro momento que o Sr. Relator não trata a questão da proibição da prisão do devedor infiel diretamente. A análise resume-se a indicar a natureza diversa do depósito gerado via contrato de alienação fiduciária em garantia para concluir que esse tipo de relação não pode ocasionar uma prisão civil.

O voto do Ministro Gilmar Mendes

Começando a análise sob outra perspectiva em relação ao Relator, o Ministro Gilmar Mendes inicia o seu voto tratando do tema da prisão civil do depositário infiel em face dos tratados internacionais de direitos humanos.

Para ele, enquanto a possibilidade de prisão por inadimplemento de dívida alimentícia é incontroversa, o debate sobre a possibilidade de prisão por dívida contratual é controverso e necessário.

O Ministro ressalta que com a adesão do Brasil à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – o Pacto de San José da Costa Rica, de 1969 – e ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ambos no ano de 1992, iniciou-se um

debate sobre a relação hierárquico-normativa entre os tratados internacionais e a Constituição.

A depender da situação hierárquica dos Tratados Internacionais aos quais o Brasil aderiu, portanto, haverá a revogação da parte final do inciso LXVII do artigo 5º da CF, ou não. A saber, o Artigo 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o dispositivo constitucional mencionado, dispõe respectivamente e de maneira oposta o seguinte:

Art. 7º da CADH ³²	Art. 5º, inciso LXVII da CF do Brasil
“Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.	“Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Até o julgamento do RE em análise, o STF já havia se posicionado pelo reconhecimento dos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil como normas inseridas no ordenamento pátrio com o patamar de legislação ordinária. Essa era até então a interpretação conferida pelo STF ao disposto no artigo 5º, parágrafo 2º da CF.

Iniciando novo debate sobre a mesma questão, o Ministro aponta uma necessária revisão do entendimento do STF sobre o tema, em razão da modificação do contexto de “abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada”. Propõe a revisitação crítica da jurisprudência do STF quanto a esta matéria.

Para Gilmar Mendes, equiparar os Tratados Internacionais à legislação ordinária é “subestimar o seu valor especial no sistema de proteção dos direitos da pessoa humana”³³. Para ele, era preciso ponderar se a jurisprudência então dominante já não estaria defasada “no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada

³² Prescrição também contida no artigo 11 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos ao qual o Brasil também aderiu.

³³ Como exposto pelo Min. Gilmar Mendes em seu voto, o entendimento transcrito já havia sido apresentado pelo Ministro Sepúlveda Pertence em 2000, no julgamento do RHC nº 79.785-RJ.

vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos”.

Em vista disso, o Ministro vota no sentido de conferir aos Tratados Internacionais que versem sobre direitos humanos caráter especial, com “condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante”.

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969.

E, assim, divergindo do entendimento do STF que até então vigorava, o Ministro Gilmar Mendes atribuiu aos Tratados Internacionais *status* de norma “supralegal”. Em outras palavras, a localização dos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil passaria a situar-se acima da legislação ordinária e abaixo da legislação constitucional, também podendo, então, paralisar a eficácia de norma infraconstitucional posterior.³⁴

Sendo assim, para o Ministro os Tratados de direitos humanos mencionados, aos quais o Brasil aderiu, revogaram a legislação infraconstitucional que equiparou a alienação fiduciária em garantia com o contrato de depósito para fins de autorizar a prisão do devedor fiduciante no caso de não entrega do bem alienado.

Inobstante, prosseguindo com outros argumentos em seu voto, o Ministro avaliou que a prisão do devedor fiduciante viola o princípio da proporcionalidade, uma vez que há outros meios de cobrança, sendo sua autorização uma afronta à proporcionalidade como proibição de excesso, bem como considerando que a equiparação entre devedor fiduciante e depositário pelo Decreto Lei 911/93 foi uma

³⁴ No caso de conferência de status de legislação ordinária aos Tratados Internacionais, caso houvesse conflito entre este e leis infraconstitucionais, o que determinaria a eficácia de dispositivos conflitantes entre um e outro seria a temporalidade. Norma posterior revogaria a anterior.

ficção jurídica que desfigurou “o instituto do depósito em sua conformação constitucional” o que perfaz a violação “ao princípio da reserva legal proporcional”.

Para o Ministro, ainda, é necessário garantir o respeito ao núcleo essencial do dispositivo constitucional em comento. Embora o legislador constitucional tenha deixado a cargo do legislador infraconstitucional a regulamentação da prisão civil do depositário infiel,

A definição desse conteúdo pelo legislador há de preservar o direito de propriedade enquanto garantia institucional. Ademais, as limitações impostas ou as novas conformações conferidas ao direito de propriedade hão de observar especialmente o princípio da proporcionalidade, que exige que as restrições legais sejam adequadas, necessárias e proporcionais.

Por fim, e em conclusão, o Ministro Gilmar Mendes destaca que a prisão civil do devedor fiduciante “viola o princípio da reserva legal proporcional, inconstitucionalidade esta que, portanto, fulmina a norma em referência desde a sua concepção (...)”.

O voto do Ministro claramente direciona a análise para um debate muito mais amplo do que aquele proposto pelo relator. Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes inicia a discussão acerca da possibilidade de prisão civil do depositário infiel à luz da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – o Pacto de San José da Costa Rica, de 1969 – e ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, no ano de 1992.

Duas importantes questões inovam o debate, principalmente quando analisamos a questão do ponto de vista da mutação constitucional: há inserida na discussão a questão da modificação contextual estratificada, inclusive, pela assinatura dos tratados que vedam prisões decorrentes de inadimplementos civis, exceto aquelas alusivas a dívidas alimentícias. Por outro lado, embora não mencionado pelo Ministro, mas determinantemente importante para a análise proposta, a modificação supostamente implementada a partir dos Tratados procedeu-se pela ratificação do Chefe do Poder Executivo e mediante referendo do Congresso Nacional.

Com isso, podemos dizer que a homologação dos Tratados foi realizada pelo povo, mediante representação. Assim, na sistemática constitucional e em respeito ao Estado Democrático de Direito, a priori os tratados refletem o desejo coletivo.

O voto do da Ministra Carmen Lúcia

Acompanhando o relator a Ministra Carmen Lúcia destacou que a relação estabelecida pela alienação fiduciária em garantia, como demonstrou o Ministro Cezar Peluzo, difere de uma relação determinada em razão de um contrato de depósito. Para ela, “portanto, ainda que não se discutisse exatamente o ponto enfatizado pelo Ministro Gilmar Mendes, de toda sorte não poderia prosperar a pretensão do Recorrente”.

Faz um registro de passagem indicando que o artigo 4º do Decreto Lei 911/69 não foi recepcionado, para, de forma contundente, acolher inteiramente o que foi posto pelo Ministro Gilmar Mendes “no sentido de já não haver, inclusive, aplicação para a parte final do artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição de 1988”.

Ratifica, por fim, que acompanhou o voto do Ministro Relator.

O voto do Ministro Ricardo Lewandowski

Refirmando que as restrições aos direitos fundamentais, sendo excepcionais, devem ser interpretadas restritivamente. E, ao contrário, se deve dar interpretação proativa aos direitos e garantias constitucionais para que possam se concretizar efetivamente.

Ao final, sem expor nenhum ponto específico, acompanhou “a guinada histórica” do plenário, “nos termos dos votos dos Ministros” que o precederam.

O voto do Ministro Joaquim Barbosa

Acompanhando o relator, o Ministro Joaquim Barbosa pontualmente manifesta-se afirmando que a Constituição Federal “não inclui expressamente a alienação fiduciária em garantia entre as exceções ao princípio constitucional que veda a prisão por dívida”. E, sendo assim, a prisão é inconstitucional quando autorizada pelo legislador ordinário.

E transmite, ao final, o entendimento esboçado que, havendo conflito entre norma de Tratado Internacional de direitos humanos e norma “doméstica” deve prevalecer a que for mais favorável ao indivíduo.

O voto do Ministro Ayres Britto

No mesmo sentido do Relator, o Ministro Ayres Britto entende que o contrato de alienação fiduciária em garantia não se confunde com o contrato de depósito e, menos ainda, para forçar a incidência da prisão civil na forma da segunda ressalva do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal.

Para o Ministro as duas ressalvas que autorizam excepcionalissimamente a prisão civil trazidas na Constituição devem ser interpretadas restritivamente.

Também vota acompanhando o relator, mas antes, lembrando a tese apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes do status supralegal do Pacto de São José da Costa Rica, faz a consideração de que “quando uma lei ordinária vem para proteger um tema tratado pela Constituição como direito fundamental, essa lei se torna bifronte ou de dupla natureza”, dando a entender que essa discussão é irrelevante para o caso posto em julgamento, haja vista que, se inserido no ordenamento com status de Lei Ordinária, o Pacto de São José da Costa Rica teria natureza bifronte e, seria, portanto “ordinária formalmente, porém é constitucional materialmente”.

O voto do Ministro Marco Aurélio

Mais uma vez, o entendimento pela necessidade de interpretação restritiva de dispositivos que restrinjam direitos e garantias constitucionais é apresentado, agora pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto.

Também retoma o debate quanto à separação entre o contrato de depósito e o contrato de alienação fiduciária, ratificando que a figura do depositário infiel não se confunde com a do devedor fiduciante.

Expõe expressamente que ao a subscrição ao Pacto de São José da Costa Rica suplantou a legislação infraconstitucional que regulamenta a prisão civil do depositário infiel.

Por fim, acompanhou o relator para desprover o recurso interposto.

O Voto do Ministro Celso de Mello

Segundo o Ministro Celso de Mello, a vedação à prisão civil entabulada na Constituição da República prevê, ao mesmo tempo, a possibilidade de o legislador ordinário instituí-la em duas situações excepcionais: dívida de obrigação alimentícia e no caso do depositário infiel.

Mas, embora haja essa possibilidade, ressalta o Ministro que o legislador tem liberdade decisória para realizar a regulamentação da exceção, ou seja, não está obrigado nem vinculado a isso o que significa que ele pode “a) disciplinar ambas as hipóteses (...) , (b) abster-se, simplesmente, de instituir a prisão civil e (c) instituí-la em apenas uma das hipóteses facultadas pela Constituição”.

Prosseguindo com o seu raciocínio, indica que essa liberdade de normatização pode ser exercida internamente ou mediante a “normatividade emergente dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos”, quanto mais se receberem status de *supralegalidade* ou, mais ainda, de norma com hierarquia constitucional, como pretendem alguns.

Assim, tratando do tema da hierarquia normativa dos Tratados internacionais, o Ministro expõe três hipóteses a depender do momento da celebração, são elas:

(1) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição de 1988 (tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional, porque formalmente recebidas, nessa condição, pelo § 2º do art. 5º da Constituição);

(2) tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC nº 45/2004 (essas convenções internacionais, para se impregnarem de natureza constitucional, deverão observar o "iter" procedimental estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Constituição); e

(3) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu) entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC nº 45/2004 (referidos tratados assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade, que é 'a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados').

Logo, os Tratados, no sistema de proteção de direitos humanos, adotam um posicionamento hierárquico acima da legislação infraconstitucional "em ordem a outorgar-lhes, sempre que se cuide de tratados internacionais de direitos humanos, supremacia e precedência em face do nosso ordenamento doméstico, de natureza meramente legal".

De maneira diversa do entendimento do Ministro Gilmar Mendes, portanto, o Ministro Celso de Melo atribui qualificação constitucional às convenções internacionais referidas.

Desse modo, a relação de eventual antinomia entre os tratados internacionais em geral (que não versem o tema dos direitos humanos) e a Constituição da República impõe que se atribua, dentro do sistema de direito positivo vigente no Brasil, irrestrita precedência hierárquica à ordem normativa consubstanciada no texto constitucional, ressalvadas as hipóteses excepcionais previstas nos §§ 2º e 3º do art. 5º da própria Lei Fundamental, que conferem hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos.

Para Celso de Melo, se os tratados não tiverem a temática dos direitos humanos, nesse caso devem ser considerados em paridade hierárquica à leis internas infraconstitucionais, com a ressalva de que aquelas convenções realizadas antes da

EC 45/2004 tiveram conferida natureza materialmente constitucional, por incidência do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição, que promoveu sua integração tratados “fazendo com que se subsumam à noção mesma de *bloco de constitucionalidade*”.

Conclui o Ministro, em vista disso, que o Decreto Lei 911/69 no ponto em que autoriza a prisão do devedor fiduciante “não foi recebido pelo vigente ordenamento constitucional, considerada a existência de incompatibilidade material superveniente entre referido diploma legislativo e a vigente Constituição da República”.

Expressamente, deixou claro que, em seu entendimento, não cabe sequer a prisão do depositário infiel mesmo no contrato de depósito (e não só a do devedor fiduciante), subsistindo apenas a prisão do devedor de alimentos, uma vez que o Pacto de São José e Costa Rica revogou a legislação infraconstitucional que regulamentava a prisão do depositário infiel.

E, pelas razões expostas, votou no sentido de negar provimento ao Recurso Extraordinário.

O aditamento ao Voto pelo Ministro Relator Cezar Peluzo

Após o voto final o Ministro Relator Cezar Peluzo manifestou-se para aditar o seu próprio voto e aderir à conclusão do Ministro Celso de Melo no sentido do descabimento da prisão civil do depositário infiel em qualquer situação, mesmo nos casos fundados em contrato de depósito.

Absteve-se de votar quanto à questão da taxinomia dos Tratados por considerar irrelevante para o resultado do julgado. Também argumentou no sentido de que a observância ao princípio da dignidade da pessoa humana impede a prisão civil do depositário infiel.

O voto do Ministro Menezes Direito

Para o Ministro Menezes Direito os direitos humanos precedem à sua positivação. Existem antes e independentemente de formatação formal. Aderiu, com essa compreensão do tema, à modificação do status hierárquico dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Para ele, no que tange à questão da taxonomia, os tratados apresentam-se com posicionamento especial, não sendo equiparável nem à legislação ordinária, tampouco sendo supralegal ou de status constitucional. Na visão do Ministro Menezes Direito

(...) Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos passaram a integrar o ordenamento jurídico interno com hierarquia especial, embora infraconstitucional. Isso não quer dizer que o legislador não possa socorrer-se do § 3º do art. 5º para elevar a hierarquia desses atos internacionais ao plano constitucional.

Manifestação final do Ministro Gilmar Mendes

Em manifestação final do julgado, o Ministro Gilmar Mendes afirma que o Brasil aderiu “ao entendimento já adotado em diversos países no sentido da supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem jurídica interna”.

Os Ministros que não participaram da decisão

Ausentaram-se do julgamento, justificadamente, os Ministros Eros Grau e Sepúlveda Pertence. O julgamento foi realizado sob a Presidência da Ministra Ellen Gracie.

3.2.2.2 A ementa da decisão

EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº

87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

(RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165)

3.2.2.3 Tabela comparativa dos votos proferidos no julgamento do RE 466.343/SP

Assim como no item 3.2.1.4, com a mesma sistemática apresentada, novamente agrupamos os principais fundamentos dos votos de cada um dos Ministros, agora no julgamento do RE 466.343/SP, conforme tabela adiante exposta.

	CEZAR PELUSO	GILMAR MENDES	CARMEN LÚCIA	RICARDO LEWANDOWSKI	JOAQUIM BARBOSA	CARLOS BRITTO	MARCO AURÉLIO	CELSO DE MELLO	MENEZES DIREITO
1	A autorização de prisão do depositário infiel restringe-se aos contratos de depósito, não sendo extensível aos de alienação fiduciária em garantia.		A alienação fiduciária realmente não se trata de uma relação de depósito, não cabendo a prisão civil do devedor fiduciante.	Há distinção ontológica entre contratos de depósito e de alienação fiduciária em garantia, não se autorizando prisão civil para este caso.	A Constituição não inclui expressamente a alienação fiduciária como exceção à regra de proibição da prisão por dívida civil.	O contrato de alienação fiduciária em garantia não se confunde e não pode se confundir com o contrato de depósito.	Acompanhou o relator		
2	Prisão na alienação fiduciária ocorre por existência de dívida em dinheiro e não pelo desrespeito ao contrato de depósito.		Acompanhou o relator		Acompanhou o relator	Acompanhou o relator	Acompanhou o relator		
3	Restrição a direitos e garantias fundamentais não pode ser ampliada, pelo contrário deve ser da maneira mais limitada possível.		Acompanhou o relator	Restrições aos direitos fundamentais, excepcionais, devem ser interpretadas restritivamente.	Acompanhou o relator	Ressalvas da constituição para prisão civil devem ser interpretadas com restrição.	Dispositivos que restrinjam direitos e garantias constitucionais devem ser interpretados restritivamente		
4		Tratados Intern. de direitos humanos aos quais o Brasil adere possuem							

		status supralegal. Situam-se hierarquicamente abaixo da Constituição e acima da legislação infraconstitucional							
5		A convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos revogaram a Legislação Ordinária brasileira que permitia a prisão civil do depositário infiel em contrato de alienação fiduciária.						Concorda com Gilmar Mendes no sentido de que os Tratados Internacionais revogaram a legislação ordinária	
6		A prisão do devedor fiduciante viola o princípio da proporcionalidade: proibição ao excesso e obediência à "reserva legal proporcional".							
7		Na regulamentação infraconstitucional da prisão do depositário infiel, o legislador deve respeitar o princípio da proporcionalidade quanto à adequação, necessidade e proporção da prisão.							
8		A prisão do devedor fiduciante viola o princípio da reserva legal proporcional.							
9					Havendo conflito entre norma de Tratado de D. Internacional de direitos humanos e norma interna deverá prevalecer a mais favorável ao indivíduo.				

10								Atribui status constitucional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos	
11	Em sede de primeiro aditamento do voto, aderiu à conclusão do Min. Celso de Melo pela impossibilidade de prisão civil do depositário infiel em razão da revogação da norma regulamentadora.							Incabível a prisão do depositário infiel, pois a regulamentação da legislação infraconstitucional foi revogada pelo art. 7º do Pacto de São José da Costa Rica	Também afirma que houve a revogação da norma legal que autorizava e regulamentava a prisão do depositário infiel.
12	Também em primeiro aditamento afirmou que a prisão do depositário infiel vai de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana e à vedação ao retrocesso.								
13									Os Tratados não adquirem status constitucional, nem supralegal e tampouco de legislação ordinária. Trata-se de normas de hierarquia especial.
14	Em segundo aditamento do voto, aderiu à determinação de hierarquia material								

ente constituci onal aos Tratados Internacio nais.									
---	--	--	--	--	--	--	--	--	--

Apesar da convergência conclusiva pela inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel, há nítida divergência de fundamentos. Nas linhas 4,6,7,8,9,10, 12,13 e 14, por exemplo, encontramos fundamentos isolados, sustentados cada um uma única vez, por um único Ministro.

Ao contrário, há uma coincidência de um ponto crucial para a discussão, apesar de haver divergência quanto ao seu entendimento. Em verdade, a disposição dos fundamentos acima apresentada demonstra que a questão crucial para a decisão circunscreveu-se à análise da hierarquia normativa dos tratados internacionais no ordenamento brasileiro.

Na análise do caso específico da prisão do depositário infiel, a existência de Tratado Internacional com cláusulas assecuratórias de Direitos e Garantias Fundamentais deu início ao debate sobre o posicionamento hierárquico da aludida norma no ordenamento.

Pelo argumento Identificado na linha 4, o Ministro Gilmar Mendes sustentou a tese de que o Pacto de São José da Costa Rica, que em seu artigo 7º proíbe a prisão por dívida (com apenas uma exceção: a dívida cível proveniente de dívida alimentícia), deveria receber status supralegal, abaixo da Constituição e acima da legislação infraconstitucional. Já na linha 10 o Ministro Celso de Mello atribui ao Tratado status de norma constitucional.

Ao chegarem a essa discussão, contudo, de uma ou outra maneira (seja em razão da supralegalidade ou do status de norma constitucional), já entendia o Tribunal unanimemente pela inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel.

A *ratio decidendi*, especificamente da RE 466.343/SP, portanto, consistiu na existência de um tratado internacional de direitos humanos que se sobreponha hierarquicamente às normas infraconstitucionais e, desse modo, àquelas que

regulamentavam a prisão do depositário infiel que, portanto, passou a ser inconstitucional a partir do entendimento do Supremo Tribunal Federal³⁵.

3.2.2.4 A razão de decidir e a mutação constitucional para a determinação da impossibilidade da prisão do depositário infiel.

Até o julgamento em debate, a situação da prisão civil do depositário infiel encontrava guarida constitucional no Artigo 5º, inciso LXVII da CF cujo texto normativo ainda diz o seguinte: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Mais uma vez, insta frisar que interessa-nos saber se a mutação constitucional de fato ocorreu, em outras palavras, se o julgamento foi fruto da verificação e reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal de uma modificação no contexto normativo de concretização da norma capaz de determinar a sua modificação.

Vale lembrar, no caso da mutação constitucional a interpretação do Tribunal Constitucional cinge-se à leitura do contexto e a análise/constatação de tal situação.

A diferença entre o reconhecimento de uma mutação constitucional pelo STF e a ilegal modificação da norma pelo Judiciário pode ser limiar. Neste caso, dadas as peculiaridades fáticas e fundamentos da demanda, é necessária análise mais delicada e cuidadosa da questão, pois comporta um breve histórico de modificação contextual cujo diagnóstico é indispensável à boa conclusão sobre o tema.

Em 1992 o Brasil ratificou o “Pacto de São José da Costa Rica”, pelo qual, enquanto signatário, comprometeu-se, em defesa dos direitos humanos, a não aceitar prisões

³⁵ O debate acerca do posicionamento dos Tratados de Direitos Internacionais que tratam de direitos e garantias fundamentais iniciado no julgamento em análise (466.343/SP) prosseguiu posteriormente (no julgamento do Habeas Corpus HC 87585/TO, rel. Marco Aurélio, 03.12.2008) prevalecendo a tese do status de supralegalidade defendida pelo Ministro Gilmar Mendes, acompanhado pelos Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Vencida a tese do status constitucional apresentada pelo Ministro Celso de Mello que fora acompanhado pelos Ministros Eros Grau, Ellen Gracie e Cezar Peluso na ocasião.

civis senão aquelas decorrentes de inadimplemento de obrigação alimentar. Desde então, a discussão sobre a constitucionalidade da prisão civil ganhou relevo.

Embora o §2º do artigo 5º da Constituição, cujo texto àquela época já possuía a redação hoje vigente,³⁶ ensejasse uma “leitura *constitucionalizante* dos tratados de direitos humanos” (MOREIRA, 2012, p. 113), o STF mantinha seu entendimento pela prevalência da Constituição sobre o tratado. Em outras palavras, mantinha o entendimento pelo cabimento da prisão do depositário infiel.

As decisões do STF à época demonstravam um claro apego ao formalismo, pois a construção argumentativa cingia-se apenas ao cotejo entre as prescrições normativas da Constituição e do Tratado e a alegada superioridade hierárquica daquela em relação a este.

Quanto a esse fundamento, Nelson Camatta Moreira (2012, 119) teceu adequada crítica ao fato de os julgadores em nenhum momento terem se atinado para algum princípio, cânone ou ao “projeto proposto pela Constituição”. Nesse momento, nota-se uma mudança no contexto de concretização da norma, e a manutenção do anterior entendimento pelo Tribunal por uma questão puramente formal, ainda não superada pelo Judiciário.

Já no ano de 2004 a Emenda Constitucional nº. 45 inseriu o § 3º ao inciso 5º da Constituição Federal, pelo qual ficou posto que

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

O novo dispositivo adicionou mais um elemento favorável aos que franqueavam a tese da inconstitucionalidade da prisão. Mas, a ausência de previsão quanto à extensão dos efeitos da norma transcrita aos Tratados anteriores à sua promulgação ainda impediram o reconhecimento da transformação.

³⁶ “§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Dentro desse contexto teve início o julgamento em análise. Confrontando este julgado com o anteriormente analisado, nota-se aqui, diferentemente daquele, uma preocupação com o contexto normativo de concretização do preceito, fato que direciona no sentido correto a decisão para reconhecimento de uma mutação constitucional.

Sempre partindo da mutação constitucional como um fenômeno de integração entre a sociedade e norma, o primeiro pressuposto de sua autenticidade está ligada à modificação fática, que, como citado, mostrou-se como fundamento decisório.

A mutação constitucional processa-se “de fora do Direito Constitucional de uma forma explicável só politicamente, não juridicamente” (HESSE, 1992, p. 90), tornando a situação constitucional o próprio direito.

Há por parte dos votos de alguns ministros a preocupação de se demonstrar, na elaboração do texto normativo, a modificação do momento vivenciado desde a redação do dispositivo constitucional até o momento do julgamento.

O que não ficou claro, agora considerando a atuação do Tribunal inserido no Estado Democrático de Direito, em referência a legitimação da decisão, foi a observância do processo dialógico, conforme tratado nos tópicos anteriores relevante para a aferição e reconhecimento da mutação. Entretanto, o caso é peculiar e merece uma consideração particular quanto à questão da legitimação da mutação.

Como já divulgado, o objetivo do processo dialógico na conjuntura debatida está ligado à averiguação da legitimidade da modificação normativa, processada pelo poder popular soberano e reconhecida pelo Judiciário. A legitimação da decisão depende da exposição do julgado como consequência de uma realidade já presente.

Especificamente no julgamento da RE 466.343/SP, a *ratio decidendi* adstringe-se à existência de uma norma posterior, cuja hierarquia no sistema constitucional é o cerne da questão para a conclusão sobre a demanda.

Nesse caso, sempre situando o debate aos ditames do Estado Democrático de Direito, não podemos nos olvidar de uma peculiaridade que dispensa o processo dialógico defendido como legitimante, cuja utilidade é a demonstração da obediência do Tribunal aos limites fixados para o reconhecimento da mutação constitucional.

Isso porque a absorção do Pacto de São José da Costa Rica ao ordenamento pátrio procedeu-se por ato de representantes do povo, pelo Chefe do Poder Executivo e mediante referendo do Congresso Nacional. Tal prática desponta o exercício de um poder emanado pelo povo de acordo com o Estado Democrático de Direito.

Esse traço distintivo resulta na excepcional dispensa da participação direta do povo no processo dialógico para a de averiguação da modificação do contexto, eis que oriundo do povo indiretamente, por intermédio de um representante eleito.

Nesse caso, os votos apresentados muito bem demonstraram a modificação fática processada pela inserção de uma nova norma ao ordenamento, que, inclusive, tem o objetivo principal de proteção aos direitos e garantias fundamentais, apresentando-se como integrante do sistema constitucional.

As demais considerações, como a hierarquia do Tratado Internacional dentro do ordenamento, tratam de fundamentos periféricos. Seja com *status* supralegal ou constitucional, o que importa diretamente para a acertada conclusão alcançada é que a modificação contextual, gerada pela inserção de uma nova norma ao ordenamento, mediante ato de representante direto do povo propiciou a mutação constitucional, devidamente reconhecida pelo STF no julgamento do RE 466.343/SP que reconheceu a inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel (5º, inciso LXVII)

Consequentemente, já em 2008, o STF decidiu pela edição da súmula vinculante nº. 25, publicada em dezembro de 2009, entendendo como “ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

O entendimento pela constitucionalidade da prisão anterior à mutação reconhecida fundava-se em aspectos formais. Os julgamentos plenários subsequentes

consideraram os fatores apresentados e deram azo à edição as súmula vinculante nº. 25.

Paralelamente a isso, inegavelmente, a concepção mundial sobre o tema desde 1988 até 2008 mudou gradativamente. A mutação fora, então, somente reconhecida no julgado do STF. Embora tenha havido interferências normativas paralelas, a modificação dos efeitos do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição procedeu-se de maneira informal, gradativa e quase imperceptível. Restou ao STF reconhecer e ratificar a mutação constitucional já ocorrida.

4. CONCLUSÃO

O fenômeno da mutação constitucional é notável. De fato, as constituições sofrem alterações que não decorrem de um processo de modificação formal do seu texto. Esse fenômeno de modificação da norma sem modificação do texto normativo é o que se convencionou denominar “mutação constitucional”.

No Brasil, a tradição de Constituições rígidas, tal como é a de 1988, indica que a alteração da norma constitucional em regra é precedida por um demorado processo formal de modificação do texto, fato que torna a adaptação da Carta Maior à dinamicidade de alteração das relações sociais um problema. Tal problema pode e deve ser superado mediante a alteração informal da norma pela mutação constitucional, fenômeno que garante a estabilidade da Constituição rígida ao determinar a modificação do sentido normativo sem alteração do texto legal.

A mutação, como sistematizado, poderá ocorrer de três formas: (i) Mutações pela impossibilidade de exercício de atribuições, (ii) Mutações pelo costume (desuso e uso constitucional) e (iii) Mutações pela interpretação.

O estudo proposto empenhou-se na análise da atuação do Supremo Tribunal Federal em vista do o da mutação pela interpretação do Tribunal Constitucional, determinando, preliminarmente, que o reconhecimento do fenômeno está inserido na função precípua de controle de constitucionalidade de maneira concentrada, com efeito vinculante e *erga omnes*.

Nesse sentido, no atual sistema brasileiro vigente, caracterizado pela prevalência da *civil law* com mecanismos do *common law*, o precedente judicial adquire grande relevo, eis que confere o sentido da norma na ocasião de sua concretização, conjugando texto normativo e contexto (realidade vigente na ocasião da construção/concretização da norma).

Dada a composição da norma, delimitando o tipo de mutação em foco, “mutação pela interpretação”, poder-se-ia imaginar que a mutação por interpretação é o resultando da hermenêutica constitucional realizada pelo STF de maneira à gerar a mutação.

Entretanto, partindo do pacificado entendimento de que mutação constitucional implica na modificação da norma sem a modificação do texto, necessariamente a conclusão será diversa. Ora, se norma é composta de texto normativo e contexto vivenciado, quando dizemos que a mutação consiste em modificação da norma sem modificação do texto não há como chegar a outra conclusão senão a de que a mutação constitucional é o resultado da modificação contextual.

Em outras palavras, a “mutação pela interpretação” não tem como ator o Tribunal Constitucional, cabendo a este tão somente o reconhecimento da ocorrência, ou não, da mutação, mediante análise da alteração da situação fática com a qual será conjugado o texto normativo.

O judiciário não possui legitimidade que o autorize a promover, via interpretação, a mutação constitucional. Cabe a ele, no entanto, via exercício interpretativo, reconhecer a mutação da norma inserida na lógica do sistema constitucional.

Assim, o limite da mutação constitucional em relação à atuação do STF encontra-se na impossibilidade do Tribunal em determinar a modificação da norma. Cabe a ele apenas reconhece-la.

Seja por convicção pessoal ou por atendimento à opinião pública, é defeso ao intérprete julgador criar, extinguir, modificar ou restringir norma constitucional. Cabe a ele, tão somente, compreender que a norma constitucional poderá ser modificada pela realidade da comunidade e, dado esse fato, via decisão judicial, deverá reconhecer a mutação constitucional. O que é socialmente justo para o julgador pode não ser para a coletividade. Então o discurso de cotejo entre o justo e o Direito para fins de mutação constitucional não se sustenta.

Obviamente que não estamos pregando a dispensa do julgador como hermeneuta da constituição. Muito pelo contrário, essa é a nossa defesa e é a questão central deste trabalho. Ao Judiciário cumpre a difícil e indispensável tarefa de interpretar a norma e os fatos que a ele são postos.

Infelizmente, alguns julgadores têm distorcido o fenômeno para equivocadamente em nome da mutação (in)constitucional legislativa. O Direito e as normas não podem ser encarados como óbice à justiça, em primeiro lugar por não o serem. Em segundo, por que o conceito de justiça da decisão judicial é impreciso e subjetivo.

As instituições e seus membros são dinâmicos no tempo. Ao Judiciário cabe a fiscalização da atuação dos outros Poderes e não a tomada das respectivas atribuições para si. Por essa razão o judiciário está, sim, limitado a interpretar a norma conforme a constituição e, no exercício interpretativo, reconhecer a mutação constitucional quando houver ocorrido, revelando-se uma mudança informal determinada por questões do cotidiano, sociais, políticas ou econômicas.

A Democracia e o Direito devem andar alinhados para que o sistema vigente seja respeitado. A vontade do povo não está no Tribunal. O Tribunal deve servir ao povo dentro das suas atribuições, conforme legitimamente conferidas pela Constituição. O sistema de regime democrático de direito vigente – embora nem sempre respeitado –, por maiores que sejam suas imperfeições, é o que melhor se apresenta.

O problema da transferência de atribuições – nesse caso via avocação, pelo Judiciário – não está em quem vai exercê-la, mas em quem não vai fiscalizá-la. As pessoas são falíveis, assim como as Instituições. Essa é a questão central a ser respeitada para que o sistema de freios e contrapesos funcione como deve. Não podemos nos concentrar na escolha do iluminado, seja ele de que Poder ou setor for, pois, como a história nos mostra, o problema apenas é transferido de um escolhido para outro.

Considerando esse problema, a própria Constituição já determina os limites para o Judiciário no que concerne ao exercício da interpretação para fins de mutação constitucional. Como dito alhures, decisão, via interpretação, restringe-se ao

reconhecimento da mutação que resultará na transformação fática juridicamente reconhecida.

Portanto, a mutação constitucional via interpretação judicial acontecerá quando o julgador identificar sua ocorrência e reconhecê-la no julgamento. A mutação constitucional via decisão judicial, dissociada de sua realização prévia, é, na verdade, uma mutação inconstitucional.

Nesse caso, duas questões emergem: quem será, então, o ator da mutação constitucional? e; como saber se o STF extrapolou seu limite de atuação?

À primeira indagação reporta à origem do Poder soberano cuja análise determina a identificação do Estado como sendo Democrático de Direito. Em vista disso, o povo, real detentor de poder, deve participar do processo de identificação da alteração normativa.

De fato, a alteração do contexto dá-se no âmbito da comunidade, o que implica dizer que o povo, esse sim agora intérprete, é quem determina a mutação constitucional cujo reconhecimento deve ser realizado pelo STF.

Tal fato remete à segunda questão, mais prática. Para a verificação da obediência do STF aos limites do reconhecimento da mutação constitucional, faz-se necessária a participação popular no processo decisório. Essa participação não pode ser delegada, cumprindo ao STF abrir o debate sobre a demanda que poderá resultar em mutação constitucional à deliberação popular.

A deliberação, quando garantida a igualdade material dos partícipes e um contraditório substancial, propicia aos julgadores a averiguação da ocorrência de modificação da situação fática mediante um processo dialógico através do qual argumentos diversos, conflitantes e/ou convergentes, serão pontuados, relevados e discutidos.

Como resultado desse processo dialógico, a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheça uma mutação constitucional estará indubitavelmente legitimada.

Mais uma vez sob o ponto de vista prático, agora ao final do processo mutante, a aferição do acerto decisório pelo Tribunal somente poderá ser realizada através da verificação da *ratio decidendi* (verdadeira razão de decidir) do julgado, dispensados os fundamentos persuasivos/marginais (*obiter dicta*).

Desse modo, a verdadeira razão de decidir no processo da mutação constitucional deve indicar que o fundamento partiu da preexistência de uma modificação do contexto cuja constatação passou necessariamente pela deliberação, garantida a participação de todos os interessados, mantida a igualdade material entre eles e garantido o contraditório substancial.

Dito isso, ao final, em análise exemplificativa da atuação do Supremo Tribunal Federal no que tange ao fenômeno, dois julgamentos de grande repercussão, que resolveram questões alusivas a direitos e garantias fundamentais, pudemos verificar a atuação do Supremo Tribunal Federal na ocorrência do fenômeno para concluir, de acordo com o problema proposto, se nos julgamentos do RE 466.343/SP e da ADI 4.277 realizados pelo Supremo Tribunal Federal, ocorreu de fato uma mutação constitucional ou, ao contrário, o Tribunal Constitucional realizou a alteração normativa de forma arbitrária e inconstitucional.

Na análise da ADI 4.277 que equiparou as uniões homoafetivas às uniões heteroafetivas, percebemos que o STF extrapolou aos limites de sua atuação para, em verdade, realizar a modificação da norma em patente usurpação do poder legiferante. A modificação normativa processada pelo julgamento efetivou, de fato, uma mutação inconstitucional.

Ainda em relação ao julgamento da ADI 4.277, não houve a apresentação de argumentos, no núcleo decisório, capazes de demonstrar a modificação fática suficiente a propiciar o reconhecimento da alteração normativa. Além disso, não houve qualquer menção a processo deliberativo. O que aconteceu, de fato, foi na modificação da norma constitucional de maneira arbitrária pelo STF, em conduta incongruente com o Estado Democrático de Direito.

Já em relação ao julgamento do RE 466.343/SP que determinou a inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel, de maneira diversa, percebemos uma preocupação do Tribunal para situar o julgamento ao contexto social vivenciado, especificamente tratando da questão da evolução de compreensão acerca da assunção de direitos e garantias fundamentais universais pelo Estado, por intermédio de tratados.

Quanto ao ponto determinado para a verificação de modificação do contexto social, ou seja, a realização de um processo dialógico, vimos que o mesmo tem como escopo legitimar o julgamento, partindo da constatação da alteração da realidade para a concretização da norma.

No caso do julgamento do RE 466.343/SP, embora não tenha sido observado um processo dialógico eficaz e respeitante a um contraditório substancial, a legitimação da decisão partiu da excepcionalidade do caso.

Como visto, a razão da decisão admitiu a inserção do Pacto de São José da Costa Rica ao ordenamento. O Tratado internacional, por sua vez, ingressou no sistema jurídico por ato de representantes do povo, pelo Chefe do Poder Executivo e mediante referendo do Congresso Nacional. Em vista disso, a legitimação deu-se pelo exercício popular, por seus representantes, da assunção do Tratado à norma jurídica, seja constitucional ou supralegal.

Pudemos concluir, na análise do julgamento do STF que reconheceu a inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel, que a decisão fora proferida em favor do reconhecimento de uma situação fática que vinha se consolidando de maneira informal, gradativa e quase imperceptível. O STF reconheceu e ratificou a mutação constitucional já ocorrida.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: Fundamentos do direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BARROS, Antonio Machado de. **Sentenças Políticas**. Revista Época nº 272, 04 de agosto de 2003, disponível em Revista Época n. 272, 04 de agosto de 2003, disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI39218-15223,00-SENTENCAS+POLITICAS.html>> acesso em 10 de novembro de 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Consultor Jurídico, 2008. Disponível em: <www.conjur.com.br/static/text/72894?display_mode=print>. 18p. acesso em 26 de outubro de 2012.

BARZOTTO, Luis Fernando. **A democracia na Constituição**. São Leopoldo: Unisinos. 2005.

BENEVIDES, Letice Santos de Sá e. **Alteração da Constituição por mutação constitucional**. In. Estudos Jurídicos: Revista da Procuradoria-Geral da Universidade Federal Fluminense, n.3, Niterói: EdUFF, 2006. p. 123-137.

BOBBIO, Norberto. Estado, Governo, **Sociedade: para uma teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra 12ª ed. 2005.

_____. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Lei nº. 10.406/02. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em 10 de outubro de 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 de outubro de 2013.

BRASIL. Lei nº. 5.869/73. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em 10 de outubro de 2013.

BRASIL. Lei nº. 2.848/40. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em 10 de outubro de 2013.

BRASIL. RISTF **Regimento Internodo Senado Federal**: Resolução nº. 93, de 1970. Brasília: Senado Federal, 2011. Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao/regs/RegInternoSF_Vol1.pdf. Acesso em: 05 de novembro de 2013.

BRASIL. RISTF maio 2013. **Regimento Interno do STF**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Maio_2013_versao_eletronica.pdf>Acesso em 10 de outubro de 2013.

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

_____. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva. 2009.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e Democracia**. São Paulo: Max Limonad. 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Almedina: Coimbra. 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. Friedrich Müller: O autor e sua obra. In Müller, Friedrich. **Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2003 p. 9-29.

COURA, Alexandre de Castro. **Limites e possibilidades da tutela jurisdicional no paradigma do estado democrático de direito**: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores”. In Jurisdução e hermenêutica constitucional. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (coordenação), Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 403-440, 595p.

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la constitución**, Oñati: IVAP, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira. **O problema da legitimidade nas sociedades complexas**. In. Revista de Direito Constitucional e Internacional. ano 19. vol. 74, jan./mar. São Paulo: RT, 2011. p. 81-104.

ESTEVES, Carolina Bonadiman; COLA, Felipe de Souza. **O juízo de terceira via sob a luz do contraditório substancial**: proposta de aplicação do princípio da cooperação como forma de se assegurar um acesso à justiça qualitativo. In. Depoimentos: Revista de Direito das Faculdades de Vitória, n.14, jul./dez., 2008. p. 147-174. Disponível em <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n14/7.pdf>>

FABRIZ, Daury César. **Qual democracia?** In. Depoimentos: Revista de Direito das Faculdades de Vitória, v.4, n.7, jul./dez., 2003. p. 57-95.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição**. Série jurídica Max Limonad nº 01 (Org. Ada Pelegrini Grinover, Anna Candida da Cunha Ferraz, Candido Rangel Dinamarco, Paulo Salvador Frontini e Zelmo Denari). 1ª ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 1986.

_____. **Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, ano 02, nº. 05, outubro/dezembro de 1993.

FRANÇA, Patrícia da Silva. **Os fundamentos da democracia**: análise das teorias democráticas de Aristóteles, Kelsen e Bobbio. Disponível em <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_2/Patricia_Silva.pdf>. Acesso em 30 jul. 2013.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia? a genealogia filosófica de uma grande aventura humana**. São Paulo: Martins Forense, 2003.

GOMES, José Jairo. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: LINDB**. São Paulo: Atlas, 2012.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Tradução de Pedro Cruz Villalon. Madrid: *Centro de Estudios Constitucionales*, 1992.

_____. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

GALLO, Ronaldo Guimarães. **Mutação Constitucional**. In. Revista da AGU – Advocacia Geral da União, Ano V, n. 9. Brasília, 2006. p. 137-155.

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutacion de la constitucion**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade**: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Revista Novos Estudos, nº. 58, novembro 2000, 183-202p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTESQUIEU, Charles Louis. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Forense, 2000.

MOREIRA, Nelson Camatta. **Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MÜLLER, Friedrich, 1938. **Teoria estruturante do direito**. tradução Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____, Friedrich. **Entrevista com Friedrich Müller**. Entrevistadores: Martonio Mont'Alverne Barreiro Lima, Gilberto Bercovici. In. Revista Seqüência, n. 51, dez. 2005. p. 9-30. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_80/pareceres/Martonio_EntrevistaFrederichMuller.pdf?tid=8&idioma=esp&pid=332&cid=234>.

_____, Friedrich. **Quem é o povo?** a questão fundamental da Democracia. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of Deliberative Democracy**. New Haven: Yale University Press, 1996.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. In Jurisdução e hermenêutica constitucional. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (coordenação), Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 47-76.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

_____. **Mutação Constitucional e teoria da concretização**. In. Revista de Direito Constitucional e Internacional. ano 19. vol. 74, jan./mar. São Paulo: RT, 2011. p. 15-35.

_____. **As mutações constitucionais e o limite imposto pelo texto da Constituição**: uma análise da experiência latino-americana. Trabalho apresentado na Mesa Temática "13. Novas tendências do direito constitucional na América Latina", realizado durante o "VII Congresso Mundial da Associação Internacional de Direito Constitucional", na cidade do México, entre os dias 6 e 10 de dezembro de 2010. (disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/240.pdf>) p. 08-35.

_____. **A democracia que temos e a democracia que queremos**: uma análise da democracia participativa na construção cidadã. In: Estudos Jurídicos.

Revista da Procuradoria-Geral da Universidade Federal Fluminense, n. 3, Niterói: EdUFF, 2002. p. 147-160.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Nova cultura, 1991.

SILVA, Eduardo Diamantino Bonfim e. **Poder Constituinte derivado e seus limites materiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 06, nº. 22, janeiro/março de 1998.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso**: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Publicada (04/10/2011) e Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/4.pdf>. Acesso em: 05 de novembro de 2013.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Variações sobre precedentes judiciais vinculantes persuasivos**. Artigo Publicado na Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil n  05, Mar/Abr. de 2005.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. **Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución**. Una aproximación al origen del concepto, Revista Espa ola de Derecho Constitucional, Ano 20,. Núm. 58. Janeiro-Abril 2000. (disponível em: http://revistas.cepc.gob.es/revistas_sf42.aspx?IDR=6&IDN=360&IDA=25497&strApplicationPath=) p. 105-138.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional De Constitucionalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VERDU, Pablo Lucas. **El sentimiento constitucional**. Madrid: Reus. 1985.

ZANDONADE, Adriana. **Mutação Constitucional**. In. Revista de Direito Constitucional e Internacional. ano 9. n. 35, abr./jun. São Paulo: RT, 2001. p. 195-227.