



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DA PARAÍBA
PRÓ-REITORIA DE PÓS GRADUAÇÃO E PESQUISA
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO LATO SENSU EM PRÁTICA JUDICANTE

SANÚBIA CABRAL ARAÚJO DE OLIVEIRA

O FENÔMENO DA MUTAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 SOB O
PRISMA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA

JOÃO PESSOA
2017

SANÚBIA CABRAL ARAÚJO DE OLIVEIRA

O FENÔMENO DA MUTAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Monografia apresentada à Coordenação do Curso Preparatório à Magistratura - CPM, promovido pela Escola Superior da Magistratura - ESMA, como parte dos requisitos exigidos para a obtenção do título de especialista em Prática Judicante.

Área de Concentração: Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Bianor Arruda Bezerra Neto.

JOÃO PESSOA
2017

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

O48f Oliveira, Sanúbia Araújo de.
O fenômeno da mutação na Constituição Federal de 1988 sob o prisma da hermenêutica jurídico contemporânea [manuscrito] : / Sanúbia Araújo de Oliveira. - 2018.
68 p.

Digitado.
Monografia (Especialização em Prática Judicante) - Universidade Estadual da Paraíba, Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa, 2018.
"Orientação : Prof. Dr. Bianor de Arruda Bezerra Neto, Coordenação do Curso de Direito - CCJ."

1. Mutação Constitucional. 2. Poder Constituinte. 3. Hermenêutica Jurídica Contemporânea. 4. Processo Informal.

21. ed. CDD 342.023

SANÚBIA CABRAL ARAÚJO DE OLIVEIRA

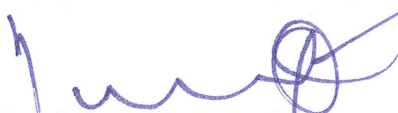
O FENÔMENO DA MUTAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 SOB O PRISMA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Prática Judicante da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Especialista.

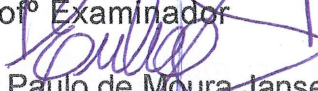
Área de Concentração: Direito Constitucional.

Aprovada em 11 / 04 / 2018.

BANCA EXAMINADORA


Dr. Bianor Arruda Bezerra Neto
Profº. Orientador


Me. Manuel Maria Antunes
Profº. Examinador


Esp. Euler Paulo de Moura Jansen
Profº. Examinador

NOTA: _____

Ao Juiz Soberano: Deus. Com verdadeira justiça julga os homens, e com infinita sabedoria os conduz à retidão.

AGRADECIMENTO

Àquele que detém toda a Sabedoria: À Deus, todo o meu reconhecimento e gratidão.

Aos meus pais Rubens Carneiro e Maria do Socorro por serem exemplos de fé e coragem me incentivando a acreditar que o melhor está sempre prestes a acontecer, ainda que os problemas e dificuldades tentem desvirtuar a nossa esperança.

Aos meus filhos Sanniely Geriz e Yan Samir Cabral por ver neles o reflexo de mim refletido na mais pura realização do dom de ser "mãe".

Ao meu esposo Jarlon Cabral pela compreensão ante o meu projeto de produzir e realizar sonhos!

Aos meus irmãos Ruberlins e Rustaygson pelo carinho incondicional!

Ao meu chefe e amigo TC Roberto Alves pelo apoio e incentivo de sempre!

A minha amiga Joseane Flôr, cujo papel teve grande importância sendo instrumento de Deus a impulsionar esta conquista.

A minha amiga Ana Fabíola Wanderley pela paciência de instruir-me na estrutura e aplicação da metodologia aplicada, bem como na correção das normas;

Ao meu professor Dr. Bianor Arruda pela honra de tê-lo como orientador.

À ESMA, pela amplitude dos conhecimentos adquiridos, lembrando que todos na sua mais simples essência sempre têm algo a ensinar... desde o vigilante daquela casa até o seu mais renomado representante; aos amigos que ali conquistei e aos que advieram da oportunidade de ser aluna da referida Instituição, tendo sido selecionada como conciliadora/mediadora para atuar no Cejusc-TJPB.

Afinal, a todos que contribuíram direta ou indiretamente pra a realização deste trabalho.

Obrigada!

"Abre a tua boca; julga retamente; e fazes
justiça aos pobres e aos necessitados."
(Provérbios 31:9).

RESUMO

Este trabalho monográfico aborda o processo "informal" de mudança na Constituição Federal de 1988, mais comumente conhecido por mutação Constitucional, cujo fenômeno provoca modificação das normas constitucionais sem modificar expressamente o seu texto. Sendo, pois, considerado, pela corrente majoritária, como alteração na forma de interpretação em seu sentido e significado. Utiliza-se de metodologia com base teórica consubstanciada na Carta Política vigente, doutrinas e Jurisprudência para se chegar à finalidade a que se propõe a presente pesquisa, que é entender essas mudanças dentro do contexto social pelo qual o Brasil vem passando. Recorreu-se a Hermenêutica jurídica contemporânea, pois, diferentemente da hermenêutica jurídica tradicional, cujo papel é estudar as regras de subsunção dos fatos à norma, àquela se afasta dos métodos tradicionais para adotar uma postura mais voltada às condições reais do intérprete. Autores tradicionais costumavam defender a existência de apenas dois poderes: O Poder Constituinte Originário e o Poder Derivado. Contudo, a doutrina constitucionalista mais moderna já começa a defender uma terceira espécie de Poder Constituinte, atribuindo-lhe, por sua vez, à origem desse fenômeno. De tal arte, busca-se analisá-lo, predominantemente, sob três aspectos: em face do Poder Constituinte Originário, em face do Poder Constituinte Derivado, e por fim, em face do Poder Constituinte Difuso. Os estudiosos destacam a insubsistência do limite formal previsto na Constituição Federal pelo legislador ordinário, uma vez que não se pode deter a evolução da sociedade, e também mostram a premente necessidade de uma releitura da Carta Política frente aos processos formais de mudança, manifestando-se no sentido de impulsionar à uma nova ordem Constitucional, resultado de fatores exógenos, os quais provocam significativas alterações em vista da forte influência do Poder Difuso em face da Soberania da Constituição. Assunto relevante em decorrência das implicações que afetam o mundo do Direito. Esta leitura não tem o condão de exaurir-se em si própria, entretanto, fornece aos operadores do Direito e também aos menos letrados elementos básicos, porém, não menos suficientes para a compreensão do processo "informal" de mudança na Constituição, com foco na Carta Política brasileira de 1988.

Palavras-chave: Mutação Constitucional. Poder Constituinte. Hermenêutica jurídica contemporânea. Processo informal.

ABSTRACT

This monographic work deals with the "informal" process of change in the Federal Constitution of 1988, more commonly known as Constitutional mutation, whose phenomenon causes modification of constitutional norms without expressly modifying its text. Therefore, it is considered, by most, as a change in the form of interpretation in its meaning. It uses a methodology based on theoretical principles inserted in the current Constitution, doctrines and Jurisprudence to achieve the purpose of this research, which is to understand these changes within the social context that Brazil has been going through. Contemporary legal hermeneutics was used because, unlike traditional legal hermeneutics, whose role is to study the rules of subsumption of facts to the norm, it departs from the traditional methods to adopt a posture more directed to the real conditions of the interpreter. Traditional authors used to defend the existence of only two powers: the Original and the Derived Constituent Power. However, the most modern constitutionalist doctrine is already beginning to defend a third kind of Constituent Power, attributing to it, therefore, the origin of this phenomenon. Thus, it is sought to analyze it, predominantly, in three aspects: due to the Original Constituent Power, to the Derived Constituent Power, and finally, due to the Diffuse Constituent Power. Experts emphasize the insubstantiation of the formal limit written in the Federal Constitution by the ordinary legislator, since it is not possible to stop the evolution of the society, and also show the urgent necessity of a re-reading of the Political Chart before the formal processes of change, being manifested in the sense of impelling to a new Constitutional order, result of exogenous factors, which provoke significant alterations due to the strong influence of Diffuse Power in Sovereignty of the Constitution. Relevant subject due to the implications that affect the Law. This reading does not have the power to finish up all the studies, however, it provides lawmakers and also the least literate people, however, no more than the enough to understand the "informal" process of change in the Constitution, with a focus on Brazilian Political Chart of 1988.

Keywords: Constitutional Mutation. Constituent Power. Contemporary legal hermeneutics. Informal process.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
1.2 OBJETIVOS	14
1.2.1 Geral.....	14
1.2.2 Específicos.....	14
2 TERMINOLOGIA E CONCEITO DE MUTAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO	15
2.1 ORIGEM E NATUREZA JURÍDICA.....	17
2.2 CONSTITUIÇÃO.....	18
2.3 OBJETO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA E O QUE SE ENTENDE POR "INTERPRETAR" NO CAMPO JURÍDICO	19
2.4 HERMENÊUTICA JURÍDICA TRADICIONAL E HERMENÊUTICA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA	21
2.4.1 Hermenêutica Jurídica Tradicional.	21
2.4.2 Hermenêutica Jurídica contemporânea	22
3 BREVES LINHAS SOBRE AS ESPÉCIES DE PODER CONSTITUINTE	23
3.1 PODER CONSTITUINTE	23
3.1.1 Poder Constituinte Originário.....	24
3.1.2 Poder Constituinte Derivado	24
3.1.3 Poder Constituinte Difuso - Seria a Terceira espécie de poder constituinte responsável pelo processo de mutação na Constituição?.....	25
4 FATORES QUE PODEM ACARREJAR A MUTAÇÃO INFORMAL NA CONSTITUIÇÃO E MODOS DE ATUAÇÃO	27
4.1 POR VIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	28
4.2 POR VIA DE INTERPRETAÇÃO LEGISLATIVA OU ATUAÇÃO DO LEGISLADOR.....	29
4.3 POR VIA DE INTERPRETAÇÃO ADMINISTRATIVA	30
4.5 MUTAÇÃO POR VIA DE CONSTRUÇÃO CONSTITUCIONAL	31
4.6 INTERPRETAÇÃO POR VIA DE INFLUÊNCIA DOS GRUPOS DE PRESSÃO	31
5 MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO - QUAL O MAIS ADEQUADO À LUZ DA NOVA HERMENÊUTICA EM FACE DO PROCESSO INFORMAL DE MUDANÇA NA CONSTITUIÇÃO?	32
5.1 MÉTODO INTEGRATIVO OU CIENTÍFICO-ESPIRITUAL	32
5.2 MÉTODO DA CONCRETIZAÇÃO.....	33
5.3 MÉTODO AUTÊNTICO	34
5.4 MÉTODO POPULAR	34
5.5 MÉTODO DOUTRINÁRIO	35
5.6 MÉTODO EVOLUTIVO	35
5.7 MÉTODO DE TÓPICA	36

6 CRÍTICA AOS MÉTODOS MODERNOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL SEGUNDO PAULO BONAVIDES	37
7 JURISPRUDÊNCIA.....	38
7.1 DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA	38
7.2 DA UNIÃO HOMOAFETIVA.....	40
7.3 DA PROGRESSÃO EM REGIME PRISIONAL NA HIPÓTESE DE CRIME HEDIONDO.....	42
7.4 DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA.....	43
7.4 DA DEFINIÇÃO E ALCANCE DO TERMO "RACISMO" - "CASO ELLWANGER".....	44
7.5 DA ABRANGÊNCIA DO TERMO "CASA"	45
7.6 DO DEPOSITÁRIO INFIEL.....	46
8 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL/INCONSTITUCIONAL.....	47
9 LIMITES AO PROCESSO DE MUTAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO.....	49
10 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
REFERÊNCIAS	56
ANEXO A	62
ANEXO B	64

1 INTRODUÇÃO

A sociedade vive em constantes transformações em vista da evolução de novos tempos, cuja conjuntura social tem influenciado, sobremaneira, nas Constituições e provocado intensas modificações, através do fenômeno da mutação na Constituição, objeto de apreciação da presente pesquisa. Destarte, para acompanhar tal dinamismo, nem sempre, as Constituições são alteradas através do processo formal de mudança, cuja previsão se encontra em seu próprio texto.

Bulos (2014) defende que foi a Doutrina Alemã quem primeiro se deparou com o problema, tendo percebido que a Constituição de 1871 passava, com frequência, por modificações quanto ao funcionamento das instituições do *Reich*, e que tais mudanças não se davam através das reformas legítimas. Sendo assim, Laband citado por Bulos (2014) constatando a existência de mudanças informais no texto germânico passou a diferenciar a reforma da "mutação constitucional". E mais tarde, na década de 30, Hsu Dau-lin também citado por Bulos (2014) passou a entender a mutação como uma simbiose entre a carta maior e a realidade, sem, contudo, sofrer modificações através do Poder Reformador. Nesse mesmo aspecto, corrobora Pedra (2014) ao afirmar que a mutação constitucional atua no sentido de aproximar a Constituição da realidade.

Achou-se complexo escolher o tema aqui proposto em vista da existente divergência entre autores em definir um conceito sobre o assunto, bem como, as terminologias encontradas foram das mais diversas, dentre elas: mutação constitucional, processo informal de mudança, vicissitude constitucional, mutação inconstitucional ou mutação constitucional/inconstitucional, processos indiretos oblíquos, mudança constitucional tácita, processos não formais, mudança não textual, dentre outros.

Foi preferível não atribuir ao tema à denominação de constitucionalidade ou inconstitucionalidade para se referir a tais mudanças. Todavia, Ferraz (2015) faz interessante interpretação quando desenvolve a obra: Processos informais de mudança na Constituição, contemplando-a sob

dois enfoques: mutação constitucional e mutação inconstitucional, dividindo-a, ainda, em subespécies.

Entende-se, porquanto, tratar-se de um fenômeno capaz de transformar a Constituição sem que dela se altere a fórmula, ou seja, sem que seja alterado o que nela está positivado. Embora, há quem entenda que não se trate apenas disso, mas muito mais que isso, a exemplo de Pizarro (2014), que defende ser uma ruptura com o próprio texto constitucional.

O entendimento majoritário é de que o dispositivo constitucional sofre alteração sem revisões ou emendas, em contrassenso ao rigor preestabelecido pelo Poder Constituinte Originário, conforme preveem as Cartas Políticas escritas e rígidas, cujo processo formal de mudança compete aos Poderes instituídos, ou melhor, ao Poder Constituinte Derivado, possibilitando alterá-la.

Uma vez delimitado o tema, fora necessário perceber quem e qual o método interpreta esse comportamento, e qual o seu alcance. Para isso se fez uso da Hermenêutica Jurídica contemporânea como uma ferramenta para se compreender o fenômeno. Segundo Bonavides (2000) a "Velha Hermenêutica" interpretava a lei exaustivamente, utilizando-se de operações lógicas, já na "nova hermenêutica" busca-se interpretar com criatividade o preceito constitucional. Embora, passível de severas críticas.

Para a construção do referencial teórico, apesar de literatura ainda escassa, buscou-se revisão literária através de livros, sites, artigos, manuais, períodos, todos de caráter científico, leis e jurisprudência. Desenvolveu-se, sobretudo, fundamentação teórica consubstanciada na Carta Política vigente, tomando-se por parâmetro o entendimento de que o texto constitucional se encontra afrontado ora pelo ativismo judicial, ora pela força de grupos externos aos poderes vinculados do Estado.

Recorreu-se a autores como Ferraz, pioneira no Brasil, cujo tema de Doutorado transformou-se em grande obra de cunho didático e necessário para a compreensão do referido fenômeno; Pedra (2014), o qual tenta explicar o fenômeno a partir da Teoria da evolução; Pizarro (2014), cuja leitura mostrou - se divergente quanto ao conceito do fenômeno aqui tratado, ao afirmar que não se trata apenas e simplesmente de uma alteração de sentido e significado,

mas é muito mais que isso, por entender que se trata de uma ruptura com o próprio texto normativo.

Fora invocada, também, a inteligência de renomados nomes do Direito Constitucional, como: Uadi Lammego Bulos, Luís Roberto Barroso, André Ramos Tavares, dentre outros; outrossim, Jurisprudência e precedentes dos Tribunais Superiores. Realizado, pois, o resgate literário, iniciou-se outra etapa, que foi a organização de ideias, fazendo, comparação sistemática de autores que corroboram e dos que se opunham ao conceito de mutação constitucional para se construir bases sólidas almejando um desenvolvimento inteligível. Foi empregado procedimento bibliográfico de natureza qualitativa, tendo por base seu objetivo geral e finalidade básica exploratória.

Guimarães (2003) ensina que os procedimentos metodológicos correspondem às etapas mais concretas da investigação e seu objetivo é proporcionar ao pesquisador os meios técnicos para garantir a objetividade e a precisão da pesquisa. Enquanto, Fachin (2006) afirma que a revisão da literatura, em termos genéricos, é o conjunto de conhecimentos reunidos em obras de toda natureza e tem como finalidade conduzir o leitor à pesquisa de determinado assunto, proporcionando o saber. Para a autora, ela é a base para as demais pesquisas.

Dentre os tipos de classificações existentes, a Constituição Federal de 1988 tem forma escrita, característica das Constituições rígidas, isto significa dizer que somente pode sofrer alteração por intermédio de um processo legislativo mais solene e dificultoso, diferentemente das demais espécies normativas. Esse processo mais rigoroso de edição das normas constitucionais tem o fito de assegurar a estabilidade constitucional e resguardar os direitos e garantias fundamentais, frente à soberania das Constituições.

Fato é, apesar de toda essa rigidez imposta pelo Poder Constituinte Primário, a Constituição de 1988 tem sofrido mudanças que têm causado sérias implicações no campo do Direito e das relações sociais, aliás, decorrente destas, justamente porque a sociedade não se encontra desta

separada. Daí o brocardo latim: "*ubi societas, ibi jus*¹". Eis o motivo precípua, pelo qual se justifica o interesse pelo tema aqui apresentado.

Em face das significativas mudanças oriundas desse fenômeno, comumente tratado, pelos autores, de mutação constitucional, doutrinadores têm se utilizando de uma Hermenêutica mais voltada a realidade atual, e por sua vez defendido a existência de uma terceira espécie de Poder Constituinte para lhe atribuir tais alterações, a exemplo de Uadi Lamego Bulos, Ana Candida da Cunha Ferraz, apesar de autores mais conservadores como Michel Temer, Alexandre de Moraes e outros defenderem apenas uma dupla acepção, qual seja: Originária e Reformadora, entendido este, como uma espécie do Poder Constituinte Derivado, cuja atribuição é de modificar a Constituição Federal através de Emendas, e àquele como o Poder que elabora ou cria a Constituição. A terceira espécie de Poder Constituinte, muito embora, não esteja formalizado na Constituição, contudo, está presente nos ordenamentos jurídicos, uma vez que se acha na vida em sociedade, e as Constituições como Organismo vivo, deve acompanhar a evolução da Sociedade, conforme afirma Bulos,(2014). E como dito, desta o Direito não se pode apartar.

Diante disso, pergunta-se: A que se deve o fenômeno da Mutaçã nas Constituições, mais precisamente da mutaçã informal? Qual seu sentido, alcance e limites? Aliás, existem limites? A qual Poder Constituinte tal fenômeno estaria vinculado? O que é mutaçã constitucional e inconstitucional? Quais os reflexos e mudanças na Constituição Federal de 1988 em decorrência de tal fenômeno? Existe algum método próprio para melhor compreender o fenômeno? Eis algumas das perguntas a que este trabalho está voltado a responder.

A humanidade vem passando por metamorfoses político-sociais, e justamente por isso é impossível ao legislador prever todas as hipóteses de mudanças, traçando um rol taxativo, ou melhor, *numerus clausus*², embora ainda se tente encontrar métodos mais apropriados de interpretação para entender a Constituição e seus processos de alteração, cada qual defendendo suas teorias em face da aplicabilidade das normas.

¹ Onde está a Sociedade, ali está o Direito.

² Rol taxativo.

A Constituição tem sofrido em vista de novas concepções, do substrato de dinamização da sociedade contemporânea, pelo uso, costumes, interpretação judicial, bem como, pela adequação normativa à nova realidade. Um exemplo recente fora o reconhecimento da união estável homoafetiva, pelo STF, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), de nº 4277, cujo entendimento veio atingir diretamente a interpretação do dispositivo 226, § 3º da Constituição Federal, com reflexos significativos no artigo 1723³ do Código Civil, gerando muita polêmica, repercutindo sobre preceitos religiosos e sociológicos enraizados à letra da lei, valores arraigados, traduzidos ao olhar do legislador, à época. Essa decisão veio implicar diretamente no conceito de família e na forma de aceitar novos modelos de poder familiar. Hodiernamente, já se fala até em poliamor, que se trata do casamento de 03 ou mais pessoas.

Outro grande e questionável exemplo, não menos polêmico, fora a recém-nascida decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), ao conferir provimento à execução provisória da pena, contrariando a própria Corte, que desde 2009, mantinham-os quase petrificados, o que levou a muitas críticas por parte do universo jurídico, uma vez que se entende ter atingido frontalmente uma garantia fundamental, cujo princípio basilar cristaliza-se através do princípio constitucional da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, insculpido no artigo 5º, inciso LVII⁴.

O entendimento anterior à decisão proferida no HC 126.292, era de que a presunção da inocência vigorava até que se alcançasse o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, até que se esgotassem os recursos interpostos às instâncias superiores, isto de forma mais inteligível, significa dizer que deveria esperar a prolação de sentença penal irrecorrível, porém, passou-se a adotar o entendimento de que o princípio constitucional da inocência não é violado com o início da execução da pena antes que todos os recursos sejam atingidos. Enquanto isso, o agente deverá aguardar a decisão final cumprindo a pena que fora imposta pelo juízo de primeira instância e

³ 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.

⁴ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

confirmada em segunda instância. E não se trata de uma medida cautelar com fundamento na prisão preventiva, de acordo com Códex Processual Penal.

Além dessas duas polêmicas decisões relevantemente destacadas por serem as mais recentes, outros exemplos de mutação na constituição de 1988, também, merecem ser mencionados: como o da fidelidade partidária; o da abrangência do termo "casa"; o da definição e alcance do termo "racismo" conhecimento como "caso Ellwenger", o do depositário infiel, o da progressão de regime prisional em crime hediondo, dentre outros.

Esta leitura não tem o condão de exaurir-se em si própria, entretanto, consegue fornecer aos operadores do Direito e também aos estudantes de outras áreas, ou interessados no assunto, elementos básicos, porém, não menos suficientes para a compreensão do tema ainda escasso em literatura, não obstante, instigante e complexo.

Por consequência, a constituição sofre em vista dos mecanismos de adaptação aos fatores sociais, que causa intensas mudanças socioculturais, causando metamorfoses que afetam, sobremaneira, o universo do Direito.

1.2 OBJETIVOS

1.2.1 Geral

- Analisar o fenômeno da mutação na Constituição de 1988.

1.2.2 Específicos

- Identificar qual seria o Poder Constituinte responsável pelo fenômeno da mutação na Constituição Federal de 1988;
- Constatar a que se devem tais mudanças no texto Constitucional;
- Entender o que é o processo informal de mudança;
- Verificar o sentido, alcance e limite do fenômeno da mutação;
- Averiguar se existe mutação constitucional/inconstitucional;
- Pontuar alguns dos reflexos advindos do processo da mutação na Constituição Federal de 1988;

2 TERMINOLOGIA E CONCEITO DE MUTAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO

A questão terminológica começa pela impossibilidade de se encontrar uma terminologia uniforme, embora autores convirjam no sentido de que tais mudanças aconteçam sem ser operacionalizadas pelo Poder reformador. Nesse prisma, defendem que os processos informais de mudança nasceram a partir da necessidade de adaptação dos preceitos constitucionais aos fatores socioculturais. Assim tendem a sugerir como termo apropriado para demarcar ou definir tais mutações como: "meios difusos". (BULOS, 2014).

Cumprido dizer que, apesar do caráter rígido das Constituições escritas não se pode pretender à imutabilidade, conforme aclara Barroso (2013, p.145), corroborando com a seguinte frase: "Os mortos não podem governar os vivos.", fazendo, por sua vez, referência a Thomas Paine (1971) citado por Barroso (2013, p. 145) mediante a célebre expressão: "A vaidade e a presunção de governar para além do túmulo é a mais ridícula e insolente das tiranias".

Dito isto, passa-se ao conceito de mutação na Constituição conforme as melhores doutrinas:

Na concepção de Lenza, (2009, p.90):

As mutações, por seu turno, não seriam alterações "físicas", "palpáveis", materialmente perceptíveis, mas sim alterações no significado e sentido interpretativo de um texto constitucional. A transformação não está no texto em si, mas na interpretação daquela regra enunciada. O texto permanece inalterado.

Nesta mesma linha, Bulos (2014, p. 435) faz a seguinte preleção:

Mutação constitucional, portanto, é o processo informal de mudança das constituições que atribui novos sentidos aos seus preceitos significados e conteúdos dantes não contemplados.

Ensina Afonso (2007, p. 61), o instituto da mutação constitucional:

[...] consiste num processo *não formal de mudança* das constituições rígidas, por **via da tradição, dos costumes**, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetam a estrutura orgânica do Estado (grifo nosso).

Preleciona Pedra, (2014) que a mutação constitucional indica mudança no processo interpretativo, causando uma alteração informal na Constituição, de forma que se atribui um novo sentido para o mesmo enunciado, causando distanciamento da interpretação anteriormente adotada, uma vez que esta restou inadequada aos fatores reais. (economia, moral dominante, interesses políticos, ideologias).

Kubliskas (2009), citado por Pizarro, (2014, p.27), faz a seguinte leitura a respeito do assunto:

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

Já Pizarro (2014), mostra entendimento divergente do conceito dominante, esclarecendo que tal fenômeno significa muito mais que uma alteração do próprio texto, ele acredita que há um rompimento do texto anterior que independe de quaisquer limites impostos pela própria Constituição, cuja modificação vai muito mais além de uma mudança de julgamento, posta a uma efetiva mudança no texto, bem como, no significado e significante, a ponto de transformar o signo linguístico, conseguindo preferir de tal forma, diferente do que está posto, pois não aceita um elasticamento semântico em correlação ao texto anterior, por isso, há um rompimento com este. Ele entende, ainda, que não se trata de uma simples alteração semântica do texto literal, ou tão somente, de sentido ou significado, uma vez que a própria Corte Suprema abarca o mister de dar outra interpretação para o mesmo dispositivo constitucional, utilizando-se das mesmas possibilidades linguísticas que comportem o texto legal.

Na interpretação de Ferraz (2015); o conceito de mutação Constitucional está reservado apenas para as alterações que modificam o sentido, significado

e alcance das normas constitucionais sem provocar contradições ou violar a letra da lei e o espírito das mesmas, pois, as que ultrapassarem os seus limites constitucionais, alterando-os, serão definidos como mutações inconstitucionais.

2.1 ORIGEM E NATUREZA JURÍDICA

Acredita-se ter sido a doutrina alemã, em 1871, que tenha primeiro detectado o fenômeno da mudança informal dos seus dispositivos, percebeu-se que não se mantinham originariamente intactos; no que pese a rigidez do texto germânico as mudanças eram frequentes para se ajustar ao *Reich*⁵. Tendo sido constatada por Laband que passou a definir a *reforma da mutação constitucional*, (*Wandlugen der deutschen Reichverfassung*), e posteriormente examinada Por *Hsu Dau-Lin*, tendo este concluído que tais alterações seriam uma espécie de simbiose entre a carta maior e a realidade apresentada, lentamente modificada, mas sem intervenções do poder reformador. (BULOS, 2014).

Aponta-se que, no Brasil, teve início com a obra de Anna Cândida da Cunha Ferraz, publicada no ano de 1986, sendo referência no assunto até hoje. (FERRAZ, 2015).

Preleciona Bulos (2014) que o Poder Constituinte difuso tem natureza fática; em vista de suas características peculiares, eclode dos fatos que acontecem em âmbito sócio, político e econômico.

Diante disso, subentende-se: o Poder Constituinte é um Poder de fato, e a mudança informal na Constituição provém deste, por consequência a natureza jurídica da mutação, é, também, fática. Assim grafa o mencionado autor: "As mutações Constitucionais não seguem procedimentos expressos. Do mesmo modo que o poder constituinte difuso, possui natureza fática" (BULOS, 2014, p. 436). De tal arte, aponta quanto à idêntica semelhança entre suas características, quais sejam: latência, permanência, informal e continuidade.

⁵ reino

2.2 CONSTITUIÇÃO

Segundo Paulo e Alexandrino (2008), a mais relevante concepção de Constituição para o Direito moderno é a jurídico-positiva, entendida como norma fundamental, donde se extrai a estrutura básica do Estado, cujo parâmetro implica validade para todas as demais normas.

Neste mesmo contexto, lê-se o ensinamento de Pinho Rabello (2011, p. 28):

A Constituição é a lei fundamental de organização do Estado, ao estruturar e delimitar os seus poderes políticos. Dispõe sobre os principais aspectos da sua estrutura. Trata das formas de Estado e de governo, do sistema de governo, do modo de aquisição, exercício e perda do poder político e dos principais postulados da ordem econômica e social. Estabelece os limites da atuação do Estado, ao assegurar respeito aos direitos individuais.

Todavia, ensina Afonso (2007) que estes são conceitos parciais, não expressando a realidade, haja vista a existência de um conjunto de valores que cabe dentro da estrutura normativa. Nesse aspecto, a Constituição pode adotar vários outros sentidos, concebendo a densas divergências doutrinárias. A doutrina aborda, pelo menos, três sentidos diferentes, distinguindo-se da acepção estatal de constituição:

Sentido sociológico: Cunhado por *Ferdinandi Lassale*, em sua acepção sociológica, defende que a Constituição tem que corresponder a soma dos fatores reais de poder, conseguindo, desta forma, ser a Constituição real e efetiva, do contrário, não passaria de mera folha de papel.

Nesta mesma linha, Paulo e Alexandrino (2008) acrescentam que a Constituição só terá eficácia se tiverem em conformidade com os poderes: econômico, militar, político, etc., senão, terá efeito, puramente, retórico.

- **Sentido político:** defendido por *Carl Schmitt*, este considera a Constituição a decisão política fundamental, a decisão concreta, carregando em seu bojo o modo e a forma da unidade política e

sua existência. Esclarecendo que decisão política fundamental é aquela cujo conteúdo envolva forma de Estado, regime de governo, Órgãos do Estado, direito individuais, democracia, etc. Dessa forma, o que não conferir tratamento adstrito a essa estrutura posta, ou seja, o que não tratar de matéria de decisão política fundamental, será considerado, apenas, lei formalmente constitucional.

Corroboram Paulo e Alexandrino (2008) este conceito de constituição traça o perfil primordial do Estado, cujo objeto é a forma de Estado e o regime de governo.

- **Sentido Jurídico:** Cunhado por *Hans Kelsen*. O autor considera a Constituição, apenas, como norma pura, é o "dever-ser", inoperando qualquer escopo sociológico, filosófico e político, cujos fundamentos são defendidos nos sentidos anteriormente explicitados.

2.3 OBJETO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA E O QUE SE ENTENDE POR "INTERPRETAR" NO CAMPO JURÍDICO

Ensina Maximiliano (2000, p. 01) que "A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar." cujo objeto "é o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito".

Segue explicando:

Interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma contém. (MAXIMILIANO, 2000, p.13)

Entende-se, portanto, que o executor deve extrair da norma tudo que está contido nela, uma vez que "é tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o concreto, entre a norma jurídica e o fato, isto é aplicar o Direito." (MAXIMILIANO, 2000, p. 01).

Na concepção de Kelsen (2002), "interpretar" é verificar o sentido da norma executada dentro de uma moldura, reconhecendo as várias possibilidades que ali estão inseridas.

Com teor semelhante, escreveu Camargo (2001):

A idéia é que o interprete busque desvelar os valores protegidos no texto que traduz o comando legal, explorando todas as suas possibilidades gramaticais, bem como, o que constaria nas suas entrelinhas, de forma a conhecê-los antes mesmo de aplicar ao caso concreto. (CAMARGO, 2001, p.06).

De igual modo explana Tavares (2013, p.178): "A interpretação é 'atribuição' de conteúdo, sentido e objetivo, por parte daquele que procede na delicada tarefa hermenêutica".

Corroborando Lawrence Schimdt (2012) citado por Pizarro (2014, p.135): "A Hermenêutica é a compreensão interpretativa das estruturas e os existenciais, do modo de ser do '*dasein*'. Um desses existenciais é a própria compreensão".

Por seu turno, Gonçalves, apregoando os ensinamentos de L. Streck (1999) fundamenta que a nova hermenêutica constitucional tem índole participativa, com esquete subjetivo dotada de características da viragem linguística. Para ilustrar traz a concepção de vários autores:

Nessa hermenêutica, o sentido é dado pela compreensão (M. Heidegger). Propugna-se que "ser" que pode ser compreendido é "linguagem" (H-G Gadamer). Essa, por sua vez, não é simplesmente "objeto", mas "horizonte aberto e estruturado onde a interpretação faz surgir o sentido" (STRECK, 2000). Por seu turno, esse sentido é produzido de acordo com o que é sentido (na acepção, aqui, do que é percebido), pensado e apreendido pelo sujeito, pois o que rege o processo de interpretação dos textos (inclusive os de ordem legal) são as condições de sua produção que, difusas e ocultas, aparecem como se tivessem proveniência de um lugar fundamental. Tal hermenêutica entende que do processo interpretativo não decorre a descoberta (desvelamento) de um correto sentido, mas sim, a produção de um sentido, originado de um processo de compreensão em que o sujeito, em uma situação hermenêutica, faz uma "fusão de horizontes" (STRECK, 2000) a partir de sua historicidade; a interpretação tem, pois, estrita relação com o meio social. (GONÇALVES, ano, p. 06).

Tomando por base o objeto da Hermenêutica e a definição de "interpretar", nota-se que entre eles permeia a mesma essência, e que até se misturam. Já no que atine a função do exegeta, verifica-se que a

"interpretação" é imanente ao intérprete, e por essa razão, a Constituição tem sentido os abalos das motivações que elevam o status informal, atingindo, frontalmente, a forma soberana da Constituição. (PIZARRO, 2014).

2.4 HERMENÊUTICA JURÍDICA TRADICIONAL E HERMENÊUTICA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA

2.4.1 Hermenêutica Jurídica Tradicional.

No modelo de Hermenêutica clássica ou tradicional, cabiam aos juízes a mera aplicação do Direito, voltada a vontade do legislador. "Partindo do pressuposto de que o juiz recebe do legislador as normas, e que o jurista conhece os fatos do mundo, resta-lhe apenas realizar uma operação quase mecânica para verificar a adequação entre o fato e a norma.". Reduzindo a aplicação do direito, "(..) a uma operação lógico dedutiva, que infere da norma jurídica a solução aplicável aos fatos que nela se encaixam". MAGALHÃES, 1989, p. 48).

O Pensamento hermenêutico clássico tem como ponto crucial ponderar a interpretação do Direito e sua aplicação em momentos distintos. Nesse sentido, corrobora Drumond (2001) ao citar Reale que a hermenêutica tradicional fazia separação entre o descobrimento do sentido do texto e a aplicação do caso concreto.

No modelo clássico, o sentido seria imutável, não deveria haver valor cambiante, não era permitido ao intérprete à interpretação da norma, posto que a vontade do legislador e o sentido da norma é que deveriam prevalecer. "haveria *sempre*, a subsunção de um concreto estado de coisas a uma *lei universal* _ a plenitude e suficiência do modelo subsuncional de aplicação do direito" (ARANHA, 1999, p.76).

Enquanto os autores da hermenêutica clássica prestavam-se à formulação de regras para a atividade interpretativa, os pensadores contemporâneos estão mais preocupados em adequar o texto normativo à realidade hodierna.

2.4.2 Hermenêutica Jurídica contemporânea

Inicialmente, faz-se mister analisar o seguinte pensamento de Bonavides (2010, p.512):

A interpretação da Constituição, havida até então, como um ato consciente, deliberado, formal, do jurista de profissão, como coisa da "sociedade fechada", deve, porém na realidade considerar-se pela nova metodologia como obra da "sociedade aberta".

Diferentemente da Hermenêutica Jurídica tradicional, cujo papel é estudar as regras de subsunção dos fatos à norma, a hermenêutica Jurídica contemporânea se afasta dos métodos tradicionais, os quais se utilizavam de operações lógicas, interpretando a lei em sua exaustão. A "nova hermenêutica" passa a adotar uma postura mais voltada à realidade do intérprete, abrindo espaço, também para a sociedade aberta, não havendo *numerus clausus* de interpretes, conforme adverte Bonavides (2010, p.511).

Destarte entende-se que a nova Hermenêutica ou Hermenêutica jurídica contemporânea tem papel crucial na interpretação da norma, uma vez que este método ou arte de interpretar consegue adotar uma nova sistemática com abertura para um novo espaço no mundo jurídico favorecendo a mudanças de entendimento da Carta Política vigente, cedendo, pois, a todos os que quiserem adotar a postura de intérprete o direito de discordar do que está positivado. Não raramente já se consegue perceber o resultado dessa evolução, refletida por uma cadeia global de informações e pensamentos que se unem para provocar as mudanças que considerarem necessárias ou que precisem se ajustar a uma nova realidade e que afetam, sobremaneira, o Poder Judiciário; notadamente, percebida nas manifestações dos grupos de pressão, tendo como relevante exemplo o julgamento da união homoafetiva, que modificou o entendimento do texto constitucional, para se adequar a um novo contexto.

3 BREVES LINHAS SOBRE AS ESPÉCIES DE PODER CONSTITUINTE

3.1 PODER CONSTITUINTE

Precipuamente, faz-se necessário entender o que é o Poder Constituinte, quais suas espécies e a maneira como se apresentam no ordenamento jurídico, para, posteriormente, obter-se melhor compreensão sobre a complexidade do processo de mudança informal da Constituição e qual seria o tipo de Poder constituinte que teria provocado a mutação nas Constituições, mais comumente nas Constituições que possuem característica rígida.

Segundo Bulos (2014, p. 394), "Poder Constituinte é a força propulsora que fornece as diretrizes fundamentais do Estado". Tem por finalidade propiciar a criação, estabelecer os mecanismos de reforma e atuar na mutação das cartas Políticas.

Nesse mesmo sentido, entende Paulo e Alexandrino (2009, p. 75), "[...] é o poder de elaborar e modificar normas constitucionais".

Moraes, (2010, p. 26), ensina: "O poder Constituinte é a manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado." Para ele, o Poder Constituinte está intimamente associado ao surgimento das cartas políticas escritas, que permite limitar o Poder estatal sobre os Direitos Fundamentais, preservando-os.

O Poder Constituinte, segundo a Doutrinária majoritária, se divide em Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado, este se subdividindo em duas espécies: Poder Constituinte Derivado Reformador e Poder Constituinte Derivado Decorrente.

Da leitura retromencionada, pode-se basicamente resumir que o Poder Constituinte é o Poder que elabora uma nova Constituição, e, portanto, inaugura uma nova Ordem jurídica, como também é o Poder de alterar uma Constituição vigente, promovendo alterações ou aprimoramentos através dos Processos Formais de Reforma ou Emenda.

Todavia, em que pese às mudanças na Constituição sem o devido respeito aos processos formais de mudança tem-se observado uma terceira espécie de Poder Constituinte, que seria responsável por toda essa transformação à guisa das novas interpretações que a Constituição tem sofrido, e que serão observadas no decorrer deste estudo.

3.1.1 Poder Constituinte Originário

De acordo com Moraes (2010), Mendes e Branco (2014), dentre tantos outros doutrinadores, o Poder Constituinte é àquele que cria a Constituição de um País, fazendo nascer um novo Estado. É o poder elaborado pelo legislador primário que detém em si mesmo um Poder autossuficiente, por sua vez, inicial, ilimitado, autônomo, incondicionado, em vista da inexistência de quaisquer parâmetros preestabelecidos que os obrigassem a regras determinadas ou limites, e, portanto, não está sujeito a qualquer condição para seu exercício.

Em Países democráticos, as Constituições advêm de uma Assembleia Constituinte, cujos representantes são escolhidos pelo povo. Desse mesmo modo fora criada a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada em 05 de outubro deste mesmo ano, sétima Constituição do Brasil, tendo sido elaborada pelo Congresso Constituinte, composto por deputados e senadores eleitos democraticamente em 1986 e empossados em fevereiro de 1987. Período marcante para a nação brasileira, posto que naquele momento, o Brasil estaria se libertando do período da Ditadura militar que perdurou de 1964 a 1985, partindo para uma nova era, um novo tempo: o processo de redemocratização do País. (BRASIL, 1988).

3.1.2 Poder Constituinte Derivado

Seguimento o mesmo raciocínio da maioria dos doutrinadores, Moraes (2013), defende que o poder Constituinte Derivado, é denominado pela doutrina majoritária de competência reformadora, cuja finalidade é alterar a

Constituição, que será exercida por determinados Órgãos dotados de representatividade. No Brasil é exercido pelo Congresso Nacional.

Diferentemente do anterior, o Poder Constituinte Derivado tem como características não ser inicial, é subordinado, limitado, condicionado. Sendo assim, está adstrito as formalidades da Carta Política elaboradas pelo legislador primário.

Ainda na acepção majoritária, que o mesmo autor encontra-se inserido, o Poder Constituinte derivado, acha-se subdividido em duas espécies:

- Poder Constituinte Derivado de Reforma ou Revisão;
- Poder Constituinte Derivado Decorrente.

O Poder Constituinte Derivado de Reforma ou Revisão acontece através das emendas ou revisões, com previsão no artigo 60 *caput* da CF e art. 3º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), respectivamente. Já o Poder Constituinte Derivado Decorrente é o Poder atribuído aos Estados membros de poderem criar suas próprias Constituições, sem se desvirtuarem da Carta Política maior. Essa possibilidade está intrinsecamente ligada a sua autonomia político-administrativa de autoorganização e elaboração de suas Constituições Estaduais.

Atualmente, autores têm adotado uma postura mais moderna, como Barroso (2013); Bulos (2014); Ferraz (2015) para atribuir a responsabilidade pelo Processo informal de mudança na Constituição a uma terceira espécie de Poder Constituinte, que será abordado no próximo tópico.

3.1.3 Poder Constituinte Difuso - Seria a Terceira espécie de poder constituinte responsável pelo processo de mutação na Constituição?

De acordo com Bulos, (2014, p. 434): "O Poder difuso é aquele que atua na etapa da mutação constitucional".

O autor pontua que o Poder Constituinte difuso, assim é chamado porque não está formalizado nas Constituições, ainda que preexistente no ordenamento jurídico, sendo capaz de alterar informalmente os preceitos contidos nas constituições sem que seja necessária a intervenção do Poder Derivado. Esclarece que o Poder Originário seria a potência que cria a

constituição, o Poder Derivado, a competência que a reformula e o Poder Difuso, a força invisível que a altera sem que uma vírgula sequer seja modificada ou introduzida, cujas características são latência, permanência, informalidade, e continuidade. Isso significa dizer que é o resultado dos fatos que acontecem na sociedade, cuja natureza fática intervém no âmbito social, político e econômico.

Acresce explicando: "O poder Constituinte difuso é um poder de fato, em virtude do estado de latência em que se encontra." (BULOS, 2014, p.434).

Corroborando Ferraz (2015), ao ressaltar o entendimento do constitucionalista francês *Burdeau*, que as alterações nas Constituições executadas fora dos moldes organizados, inerente ao poder Constituinte instituído ou Derivado justifica-se pela manifestação de uma espécie inorganizada de Poder Constituinte, chamado de Difuso.

Barroso (2013) enfatiza o entendimento deste mesmo célebre publicista francês, ao afirmar que essa terceira modalidade de poder Constituinte fora por este denominada de poder constituinte difuso, cujo titular é o povo, porém, que termina sendo efetivado por via representativa, ou seja, por meio dos órgãos do Poder instituído em relação harmônica às demandas e sentimentos da sociedade, e também, quando há necessidade de que se afirmem determinados direitos fundamentais. Destarte, pode-se concluir que além do Poder Constituinte Originário e do Reformador, existe essa terceira modalidade de poder constituinte, ativo e permanente, não previsto na Constituição, porém, reconhecido.

4 FATORES QUE PODEM ACARRETAR A MUTAÇÃO INFORMAL NA CONSTITUIÇÃO E MODOS DE ATUAÇÃO

Adverte Reale (1986, p.278): "Feita a lei, ela não fica, com efeito, adstrita às suas fontes originárias, mas deve acompanhar as vicissitudes sociais."

Nesta mesma linha de pensamento Barroso (2013) concorda que as constituições precisam se adaptar a novas realidades, que acontecem através de ações estatais ou por condutas sociais. Àquelas seriam através dos órgãos e agentes públicos, estas através dos costumes conforme demanda atual.

Na ótica de Pizarro (2014), as mutações acontecem em decorrência da aceleração de informações em que a sociedade se encontra inserida. Ele defende que é o resultado do tempo da globalização, da pressão por mudanças tão rápidas quanto à imediaticidade das informações, da incorporação de novos costumes, e tantos outros fatores que contrariam a Constituição nos seus mais diversos aspectos, seja de cunho sociológico, político, cultural e religioso. O autor atribui à "sociedade da informação", cujo acontecimento está ligado a outro fenômeno, conhecido entre os historiadores, por "**aceleração do tempo histórico**".

Acrescenta, ainda, que a aceleração do desenvolvimento da sociedade se choca com a premente necessidade de se criarem mecanismos de equilíbrio e estabilidade, sobretudo, adequação dos processos formais de mudança, reforma e revisão da Constituição, e se manifestam no sentido de que, mesmo que tais mudanças se projetem, apenas, no campo informal, elas funcionam como molas propulsoras de uma nova Ordem Constitucional que se estabelece por consequência de fatores exógenos.

Afonso (2007, p. 61) ao citar Pinto Ferreira (1956) ensina que o processo não formal de mudança acontece "[...] por via da tradição, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetam a estrutura do Estado".

Sem intenção de esgotar as possibilidades, escritores do assunto acentuam que a mutação informal pode ocorrer:

4.1 POR VIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Bulos (2014) escreve que a interpretação em suas mais distintas modalidades e métodos pode ocasionar mutações constitucionais, tendo na exegese constitucional o veículo de adaptação, sem fazer uso do processo formal de mudança, conforme fez o STF ao conferir novo sentido ao signo: "casa", inserto no artigo 5º, XI da Carta vigente, ampliando o seu significado.

Do mesmo modo; ensina Barroso (2013, p.153): "A mutação por via de interpretação por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente." O mesmo autor explica que é o caso da interpretação judicial, quando, por exemplo: o STF atribui sentido diferente de dantes, seja em decorrência da adequação à realidade social ou em virtude de nova acepção do Direito. Para ilustrar seu entendimento, cita a questão do foro privilegiado, o qual a Suprema Corte entendia subsistir ainda que o agente público não estivesse mais ocupando o cargo ou a função, com enunciação da Súmula 391. No entanto, cancelou este entendimento passando a firmar o entendimento de que se dará, apenas, quando o agente estiver atuando na mesma função ou cargo que ocupava no momento do cometimento do delito.

Nesse diapasão, merece destaque o excelso julgamento proferido pelo Ministro Celso de Melo no HC 94695 - RS, que conferira pleno reconhecimento a interpretação judicial como instrumento de mutação informal da Constituição, colacionado a título representativo:

A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO. A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A **INTERPRETAÇÃO** DO PODER JUDICIÁRIO - Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio

hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. - Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano. (BRASIL, 2009, p. 01).

4.2 POR VIA DE INTERPRETAÇÃO LEGISLATIVA OU ATUAÇÃO DO LEGISLADOR

Segundo Barroso (2013, p.155): "Haverá mutação constitucional por via legislativa quando, por ato, normativo primário, procurar-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional." O mencionado autor explica: "A mutação terá lugar se, vigendo determinado entendimento, a lei vier a alterá-lo." (2013, p. 155). Seria, portanto, a possibilidade de conceber a mesma norma mais de uma leitura ensejando ao legislador escolher a que bem aprouver. Ainda exemplifica trazendo o dispositivo 226, § 3º da Constituição Federal de 1988, cujo reconhecimento da união estável entre homem e mulher, fosse interpretado no sentido de considerar vedada a união homoafetiva. Deixando claro que se a lei ordinária viesse a disciplinar tal entendimento, modificaria o sentido da norma e estaria passível de sofrer controle de constitucionalidade através do Supremo Tribunal Federal.

Todavia, o que vem acontecendo, é justamente o contrário, pois, o reconhecimento da união homoafetiva já é uma realidade nos ordenamentos jurídicos, inclusive, no Brasil através do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 4.277/DF, que será mais adiante abordada em tópico específico.

4.3 POR VIA DE INTERPRETAÇÃO ADMINISTRATIVA

Um exemplo citado por Barroso (2013) fora a Res. Nº 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça, a qual conferiu ilegitimidade à investidura de parentes de magistrados, até ao alcance de terceiro grau em cargos comissionados e funções com gratificação atinentes do Poder Judiciário. Trata-se do famigerado nepotismo.

4.4 MUTAÇÃO POR VIA DE COSTUME

Bulos (2014, p.437) ao tratar sobre o assunto, refere-se a: "Praxes Constitucionais", que segundo ele "abarcam as convenções, os usos e os costumes". Na mesma linha, ensina Barroso (2013) que o costume possibilita uma interpretação informal da constituição, ao mesmo tempo em que também tem função atualizadora de seu texto, quando surgem situações que não são possíveis prever ao seu tempo. O autor menciona, ainda, que há 03 modalidades: "*Secundum legem* ou interpretativo, *praeter legem* ou integrativo e *contra legem* ou derogatório" (BARROSO, 2013, p. 157). Como exemplo do primeiro, no direito brasileiro, cita que é possível reconhecer ao chefe do Executivo a negativa de aplicação à lei que, fundamentadamente considerar inconstitucional. Já como exemplo do segundo, tal qual não merece guarida do Direito, por se tratar de um costume inconstitucional, fora o caso do nepotismo, no ano de 2005. De tal arte mereceu ser rejeitado de forma expressa por ato administrativo e judicialmente chancelado. Adverte que há ainda outros casos não superados, por exemplo, o caso das regras dos precatórios, a que estão subordinados Estados e Municípios, no tocante aos mesmos fazerem incluir em seus orçamentos de verba o respectivo pagamento conforme aduz o artigo 100, §1º da Constituição Federal, dentre outros. Todavia, merece destaque, a implantação do sistema parlamentarista que aconteceu durante o Segundo Reinado que faz parte da história brasileira. Com efeito, Barroso (2013, p.160) declara: "A mutação constitucional dar-se-á, também, em razão do impacto de

alterações sobre o sentido, o alcance, ou a validade de uma norma. O que antes legítimo pode deixar de ser. E vice-versa".

4.5 MUTAÇÃO POR VIA DE CONSTRUÇÃO CONSTITUCIONAL

Acentua Bulos, (2014, p. 437): "Serve para suprir as deficiências da ordem jurídica, e especial, da Constituição." Afirma, portanto, que diante do caso concreto é possível ao Poder Judiciário, a elaboração e recomposição do direito, sempre que for imperativo. Menciona como exemplo dessa "construção", no Brasil, o remédio constitucional do *Habeas corpus* que antigamente era utilizado, apenas, como garantia da liberdade para os casos de coação física, e tutela dos direitos pessoais, mas hoje teve seu uso mais abrangente, podendo, também, ser usado para contenção de qualquer conduta que enseje abuso de autoridade.

4.6 INTERPRETAÇÃO POR VIA DE INFLUÊNCIA DOS GRUPOS DE PRESSÃO

Bulos (2014) defende que os grupos de pressão têm profunda influência na interpretação da Constituição, quando aliados a determinadas posições exercem força sobre os Poderes Públicos, dentre estes, o Judiciário. Não têm previsão na Carta Magna, mas Impulsionam, sobremaneira, as mudanças informais nesta.

Bulos, (2014, p. 438) defende não ser possível enumerar todas as hipóteses possíveis de gerar as mutações, sejam elas constitucionais ou não, no entanto, afirma que: "Até uma omissão inconstitucional, oriunda da inércia do legislador, bem como o desuso no plano constitucional, detectado pela inaplicabilidade consciente e repetida de um preceito supremo, ocasionam o fenômeno".

5 MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO - QUAL O MAIS ADEQUADO À LUZ DA NOVA HERMENÊUTICA EM FACE DO PROCESSO INFORMAL DE MUDANÇA NA CONSTITUIÇÃO?

O objetivo desta seção é identificar o método mais apropriado, se houver, para interpretação e entendimento do processo informal de mudança na Constituição; levando-se em consideração a concepção de Hans Kelsen (2002) na alusão de que interpretar, significa verificar o sentido da norma a ser executada, cujo resultado está no reconhecimento das várias possibilidades dentro da "moldura".

Encontra-se na doutrina vários métodos para a interpretação das normas Constitucionais, desde os métodos formais clássicos até os considerados modernos.

Todavia, aqui, serão, ligeiramente, analisados, apenas, alguns. Iniciando-se, pois, pelos métodos: integrativo ou científico espiritual e concretista ou da concretização, cuja doutrina majoritária classifica em métodos modernos de interpretação constitucional.

Segundo Bonavides (2010), a moderna interpretação advém da não aceitação daqueles juristas ao positivismo lógico-formal, difundido na época do Estado liberal. De forma tal que, segundo ele:

Redundou assim na busca do sentido mais profundo das Constituições como instrumentos destinados a estabelecer a adequação rigorosa do Direito com a Sociedade; do Estado com a legitimidade que lhe serve de fundamento; da ordem governativa com os valores, as exigências, as necessidades do meio social, onde essa ordem atua dinamicamente, num processo de mútua reciprocidade e constantes prestações e contraposições, características de todo sistema político com base no equilíbrio entre governantes e governados (BONAVIDES, 2010, p. 476).

Eis alguns dos métodos que podem ser utilizados para compreender o processo de mutação na constituição:

5.1 MÉTODO INTEGRATIVO OU CIENTÍFICO-ESPIRITUAL

Ferraz (2015) defende o que Bulos (1997) já preconizava: o objetivo deste método confere ao intérprete uma postura altamente crítica ao conteúdo

da norma constitucional, com aporte teleológico e material, observando, acima de tudo, à realidade, a concretude existencial, sobretudo, no que esta tem em seu espírito como processo que une e renova que se submete à integralidade da lei. Admite que o intérprete possa determinar o conteúdo material da norma constitucional para sanar obscuridade, de tal forma que só se completa ou concretiza no exato momento em que é interpretada, independente de problemas concretos, impossibilitando a formulação de construções abstratas. Nesse mesmo prisma, inviabiliza a explicação da Constituição através de fundamentos lógicos à guisa clássica dos silogismos jurídicos. Essa forma de interpretação possibilita a Constituição a afeiçoar-se aos fatos sociais. Conforme o autor mencionado, este método interpretativo somente dá azo à "**interpretação sistêmica**", uma vez que não deve ser fatiada em pedaços isolados para ser interpretada.

5.2 MÉTODO DA CONCRETIZAÇÃO

De acordo com Bulos (1997, p.45), "O método da concretização envolve três elementos: a norma que se vai concretizar, a compreensão prévia do intérprete e o problema a se resolver." Ele aduz que este método consiste em colocar, em estreito vínculo, o problema e a norma que se pretende compreender.

Semelhante entendimento registra Ferraz (2015, p.52), ao citar Bonavides (1972), que o método concretista: "gravita ao redor de três elementos básicos: a *norma* que se vai concretizar, a *compreensão prévia* do intérprete e o *problema* concreto a resolver". Segundo Lenza (2009), para este tipo de interpretação deve levar em conta pressupostos: a) **subjetivos** (a compreensão prévia do intérprete sobre o tema no intuito de se buscar o sentido da norma); b) **objetivos** (utilizando-se como "**pano de fundo**" a realidade social, o intérprete se põe na condição de mediador frente à norma e a situação concreta apresentada; c) **Círculo hermenêutico** (é o ciclo em permanente movimento, envolvimento dos pressupostos anteriormente mencionados, até que o intérprete consiga compreender a norma.

Corroborando Pedra (2014), a norma não pode se isolar dos fatos reais, uma vez que estes não podem dissociar-se daquela, por constituírem partes integrantes. A teoria concretista fundamenta que as normas constitucionais são resultados da conexão do programa normativo e do âmbito normativo, produzindo a decisão. O que explica ser a norma construção do intérprete no processo de concretização. Por outro lado, considera que apesar da facticidade integrar o âmbito normativo, não significa dizer que a Constituição deva sucumbir à força do que efetivamente acontece.

5.3 MÉTODO AUTÊNTICO

Bulos (1997) afirma que essa interpretação provém do próprio Órgão que elabora a Lei. Efetua-se quando outra lei executa a interpretação, sem causar alteração à letra da norma interpretada. Ele afirma que, na Constituição do Brasil, é exercida pelo judiciário, através dos magistrados e tribunais e, tipicamente, pelo Supremo Tribunal Federal, em última instância, com fundamentação legal nos artigos 102, I e III, 5º XXXV e 97 da Carta Maior de 1988. Entretanto, o autor assevera que não é possível fazer a interpretação autêntica propriamente dita, nem mesmo no momento em que se elabora a Constituição, uma vez que se este tipo de interpretação é feita por quem elaborou a lei, (legislativo) ou regulamento (autoridade administrativa). Desta forma, entende que não seria possível proceder com a interpretação autêntica, pois, o Poder Constituinte, ou melhor, somente a Assembleia Constituinte poderia realizá-la, embora, naquela fase, fosse, apenas, para elaborar uma nova ordem jurídica. De tal arte, declara inexistente a interpretação autêntica diante da Constituição.

5.4 MÉTODO POPULAR

No que concerne a este método, defende Bulos (1997), que é a interpretação que envolve o povo, grupos de pressão, partidos políticos, sindicatos, associações, e entidades de classes, dentre outros, influenciando em seu sentido, alcance e significado. Que se concretiza com a participação,

mediante instrumentos de reconhecida consagração na ordem jurídica, a exemplo do plebiscito, referendo, recall e o veto popular.

5.5 MÉTODO DOUTRINÁRIO

Segundo Bulos (1997), esse é o método que mais confere autenticidade a norma jurídica, uma vez que é exercido pela meditação dos juristas servindo de substrato para interpretação do texto constitucional.

5.6 MÉTODO EVOLUTIVO

Conforme assevera Bulos (1997, p. 51): "A interpretação constitucional evolutiva está vinculada ao fenômeno das mudanças informais operadas no texto da constituição, isto é, às mutações constitucionais". Segundo Ferraz (2015), trazendo ensinamentos de Li Bassi, esse tipo de método interpretativo, teve reconhecimento na Itália pela Corte Constitucional. Tem uma atuação mais livre e admite vários conteúdos ao mesmo tempo. É também conhecido por interpretação evolutiva ou critério evolutivo, e por sua vez, encontra guarida em razão de mudanças históricas ou de fatores sociopolíticos, que não eram previsíveis, à época, àqueles que elaboram o texto normativo. Salienta que o método evolutivo se baseia em conceito de conteúdo elástico, de forma não determinada, a exemplo de: bons costumes, ordem pública, interesse público, bem como, as lacunas e os costumes capazes de assumir interpretação de sentido amplo, aberto, que influem na interpretação do texto normativo, levando a mutação. Ela, ainda, esclarece que de acordo com Ramon Leal, o método aqui tratado, está inserido dentro de limites legítimos, não contrariando o texto normativo nem ferindo o sistema constitucional, mantendo-se vivo e adaptado às necessidades do povo e do governo.

Tavares (2013) ilustra o pensamento de Zagrebelsky, no sentido de que a interpretação evolutiva se destina à reconstrução do direito de forma dinâmica na medida das exigências cambiantes face à realidade social. Nesse mesmo sentido, àquele assevera que só é possível falar em interpretação evolutiva dentro da opção conceitual de Constituição aberta, exemplificando a

Constituição brasileira. Opondo-se as interpretações desenvolvidas nos EUA, cuja ideologia tem vinculação extrema à previsão contida no texto normativo, não sendo permitida a evolução por meio de sua interpretação. Enfatiza que a interpretação evolutiva mostra-se mais adequada à Constituição do Brasil quanto àquelas atuais que trazem em seu bojo diferentes finalidades, dependente do contexto histórico, adequando aos fatos emergentes, permitindo sua evolução material.

5.7 MÉTODO DE TÓPICA

Defendido por Mendes e Branco (2014), cujo foco é encontrar através do problema o artifício para o deslinde que se possa adequar à determinada questão prática. Sendo assim, preleciona:

O '**método de tópica**' como um conjunto aberto de regras e princípios, dos quais o aplicador deve escolher aquele que seja mais adequado para a promoção de uma solução justa ao caso concreto que analisa. (MENDES; BRANCO (2014, p. 92) (**grifo nosso**)).

Todavia, Kelsen (2002) já advertia, naquela época, não ser possível resolver o conflito que há entre a vontade e expressão da norma. Apesar de toda a preocupação e empenho da doutrina Jurídica tradicional em buscar um método ou um critério para a "correta" compreensão ou interpretação da norma constitucional. Não há como se posicionar contra ou a favor de quaisquer dos métodos de interpretação, pois, apesar de eles direcionarem a vários resultados, não pode ser adotado, apenas um, como o único resultado justo. Por tal razão, resta o entendimento de que eles se coadunam e se locupletam.

6 CRÍTICA AOS MÉTODOS MODERNOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL SEGUNDO PAULO BONAVIDES

Bonavides (2010, p.486), ao criticar os modernos métodos de interpretação, afirma que "compõem uma metodologia de crise, são métodos por excelência afeiçoados ao Constitucionalismo periclitante, métodos para os dias turvos de mudança de transição(...)". No mesmo contexto afirma que esses métodos vieram fragilizar os elos jurídicos da norma, que levará a um colapso de racionalidade das Constituições. Contudo, mostra-se contradizente ao afirmar que "Não é possível, todavia, dispensar os préstimos dessa metodologia, nomeadamente naqueles países onde a democracia não resolveu ainda a questão social." Conclui esclarecendo: "(.) Uma vez que "a plenitude da velha hermenêutica faria estremecer ou explodir os fundamentos da ordem social, cuja correnteza desce vertiginosa para um leito que ainda não se acha de todo definido e escavado."

7 JURISPRUDÊNCIA

7.1 DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Vigorava até 2009, conforme decisão em plenário no julgamento do HC 84.078 de 05/02/2009, cujo Relator fora o Ministro Eros Grau, sob o entendimento de que não se podia executar a pena antes do trânsito em julgado.

Segue, a título ilustrativo, pequeno trecho da ementa:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" [...] (BRASIL, 2009).

Nos ensinamentos de Afonso (2007), entende-se por trânsito em julgado a decisão que não comporta mais recurso especial ou extraordinário.

Predominava, naquela época, o princípio da não culpabilidade ou como o é mais conhecido: princípio da presunção de inocência, insculpido no artigo 5º da Constituição Federal, que aduz: "LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (BRASIL, 1988). Em plena harmonia com o artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, a qual o Brasil fez adesão.

Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. 2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que

aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso (BRASIL, 1840).

O Brasil também é signatário de mais dois outros tratados que seguem a mesma linha de Direitos humanos: O pacto de Direitos Cíveis e Políticos, incorporado através do Decreto nº: 592/92, em seu artigo 14, e o Pacto de São José da Costa Rica, incorporado pelo Decreto nº: 678/92, com status supra legal, firmado pelo Supremo em 2008.

Prevalecia a garantia de que enquanto não se esgotassem todos os recursos, ninguém poderia ser tido por culpado, muito menos sofrer antecipadamente a execução da pena, exceto, as decorrentes da prisão cautelar, desde que presentes os requisitos autorizadores do artigo 312 do Código de Processo Penal (CPP)⁶, sob pena de violação do direito de defesa, da garantia da dignidade da pessoa humana, e do princípio da presunção de inocência por vezes mencionado. Transcendendo, inclusive, o Direito internacional, conforme grafado no parágrafo retromencionado.

Entretanto, esse entendimento sofreu significativas mudanças com o julgamento histórico da Suprema Corte em sede de HC 126.292, proferido em 17 de fevereiro de 2016, que se discutiu a legitimidade do acórdão proferido pelo TJ/SP, o qual negou provimento ao Recurso de defesa, determinando o início imediato da execução da pena. (VER ANEXO A).

Observa-se pequeno excerto:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE." (BRASIL, 1988).

O que teria causado uma assimetria no sistema, sobretudo, no que diz respeito à segurança jurídica, esse é o pensamento dos juristas de visão garantista.

⁶ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

7.2 DA UNIÃO HOMOAFETIVA

As uniões homoafetivas já se apresentam na conjuntura social brasileira, agrupando-se na forma de família, e por vez elemento das relações do Estado, embora, muito diferente do modelo convencional. E como tal, buscam ser reconhecidos em direitos e deveres. Do contrário, correm o risco de se tornarem indivíduos não identificados, ainda que inseridos no mesmo cenário jurídico brasileiro.

Contrariamente, trata o artigo 226, § 3º, cujo conceito de família está bem distante do modelo da realidade atual.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º 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. (BRASIL, 1988).

O instituto é tratado como sendo a união estável entre homem e mulher, corroborado com o que aduz o artigo 1.723⁷ do Código Civil vigente.

Embora o Poder Reformador não tenha alterado o texto constitucional, houvera, recentemente, uma complexa e significativa mudança, que será analisada adiante.

Objetivando minimizar os efeitos da inexistência de previsão legal e, por consequência sanar as divergências até então existentes sobre o reconhecimento de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 4.277/DF, da relatoria do Ministro Ayres Britto, ampliou o conceito de família, consagrando interpretação favorável, (ANEXO B). Segue pequeno excerto jurisprudencial a título de melhor ilustração e entendimento:

Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE

⁷ 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.

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. [...] (BRASIL, 1988).

Conforme entendimento de Pizarro (2014) a mutação é muito mais que simples processo informal de mudança de interpretação, sentido ou significado, ele defende uma ruptura do texto normativo.

No dizer do autor, tem-se nítido exemplo de mutação:

O reconhecimento da união homoafetiva no Direito brasileiro (STF, ADIN 4277) resolve-se numa legítima e clara mutação constitucional, no sentido de que a nova interpretação é muito mais do que uma simples interpretação - antes disso e mais que isso: a mudança constitucional operou-se no nível dos signos linguísticos, alterando significante e significado e também o referencial linguístico, sem que fosse alterado o texto constitucional (no sentido de alteração formal do texto). Essa é a legítima mutação constitucional, na conceituação que ora apresentamos. (PIZARRO, 2014, p. 128).

O autor entende que o reconhecimento da união estável homoafetiva, é um incidente acessório de como a soberania do texto formal pode ser "modificado" à luz da evolução histórica, levando-se em conta o lapso temporal relativamente exíguo de como aconteceram tais transformações, sem que fosse examinado o arcabouço ordinário previsto na Carta Política.

7.3 DA PROGRESSÃO EM REGIME PRISIONAL NA HIPÓTESE DE CRIME HEDIONDO

O STF, por muito tempo, entendeu que o regime prisional de cumprimento de pena nos crimes hediondos deveria ser integralmente fechado, corroborando com a Lei 8.072/90. Em sessão plenária do dia 23 de fevereiro de 2006, esse entendimento fora modificado com o julgamento do **HC 82.959 - SP**, da Relatoria do Ministro Marco Aurélio, conforme excerto:

EMENTA

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (BRASIL,1988).

Apesar de o julgamento ter sido declarado *incidenter tantum*, ou seja, de forma incidental, acabou recebendo interpretação como sendo declaratória de inconstitucionalidade com efeito *erga omnes*, segundo se pode entender da leitura integral do referido julgado.

O STF passou, portanto, a entender que o regime integralmente fechado era inconstitucional, pois feria de tal forma o princípio da individualização da pena, garantia constitucional prevista no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal. No ano seguinte, com o advento da Lei 11.464/07, o artigo 2º, §1º da Lei 8.072/90 ganhou uma nova redação, passando a adotar a seguinte prescrição: "A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado".(BRASIL, 1988). Apesar de o apenado iniciar o cumprimento da pena em regime fechado, terá a possibilidade de progressão de pena, desde que preenchidos critérios preestabelecidos, como por exemplo: bom comportamento no cárcere e cumprido parte de sua pena imposta pela sentença condenatória.

7.4 DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA

Durante muito tempo o STF entendeu que a fidelidade partidária era muito mais que um princípio jurídico, era um postulado ético, cuja violação não ensejava eventualmente qualquer consequência prática para àquele que se mostrasse infiel ao partido político que o fez ser eleito. E assim entendia porque no artigo 55 do inciso I ao VI da Constituição Federal, estavam enumeradas de modo exaustivo as hipóteses de perda de mandato parlamentar, dentre as quais, até hoje, não se inclui a infidelidade partidária. Diante de um novo contexto social, o STF passou a entender que a infidelidade partidária pode ensejar a perda do mandato parlamentar, conforme se depreende da ementa do Mandado de Segurança - MS/ DF 26.602:

CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. DESFILIAÇÃO. PERDA DE MANDATO. ARTS. 14, § 3º, V E 55, I A VI DA CONSTITUIÇÃO. CONHECIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, RESSALVADO ENTENDIMENTO DO RELATOR. SUBSTITUIÇÃO DO DEPUTADO FEDERAL QUE MUDA DE PARTIDO PELO SUPLENTE DA LEGENDA ANTERIOR. ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA QUE NEGOU POSSE AOS SUPLENTE. CONSULTA, AO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, QUE DECIDIU PELA MANUTENÇÃO DAS VAGAS OBTIDAS PELO SISTEMA PROPORCIONAL EM FAVOR DOS PARTIDOS POLÍTICOS E COLIGAÇÕES. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MARÇO TEMPORAL A PARTIR DO QUAL A FIDELIDADE PARTIDÁRIA DEVE SER OBSERVADA [27.3.07]. EXCEÇÕES DEFINIDAS E EXAMINADAS PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. DESFILIAÇÃO OCORRIDA ANTES DA RESPOSTA À CONSULTA AO TSE. ORDEM DENEGADA. 1. Mandado de segurança conhecido, ressalvado entendimento do Relator, no sentido de que as hipóteses de perda de mandato parlamentar, taxativamente previstas no texto constitucional, reclamam decisão do Plenário ou da Mesa Diretora, não do Presidente da Casa, isoladamente e com fundamento em decisão do Tribunal Superior Eleitoral. 2. A permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade partidária do próprio mandato. Daí a alteração da jurisprudência do Tribunal, a fim de que a fidelidade do parlamentar perdure após a posse no cargo eletivo. 3. O instituto da fidelidade partidária, vinculando o candidato eleito ao partido, passou a vigorar a partir da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398, em 27 de março de 2007. 4. O abandono de legenda enseja a extinção do mandato do parlamentar, ressalvadas situações específicas, tais como mudanças na ideologia do partido ou perseguições políticas, a serem definidas e apreciadas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitoral. 5. Os parlamentares litisconsortes passivos no presente mandado de segurança mudaram de partido antes da resposta do Tribunal Superior Eleitoral. Ordem denegada.(STF - MS: 26602 DF, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 04/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-197

O STF tem entendido infidelidade partidária como sendo a atitude de sair de um partido político para ingressar em outro sem que haja justa causa; e esta como sendo a mudança de ideário partidário, perseguição política, ou criação de legenda nova. Fato é que a Constituição Federal em seu artigo 55 e respectivos incisos não contempla essas hipóteses. Todavia, o STF passou a sustentar que aquela enumeração não seria exaustiva, mas sim meramente exemplificativa e que poderia haver a inserção de novas situações de perda de mandato parlamentar, por construção principiológica em se tratando de fidelidade partidária.

Posteriormente o TSE seguindo essa mesma linha de entendimento, e tendo em vista os Mandados de Segurança nºs: 26.602; 26.603 e 26.604 editou a Resolução Nº 22.610, de 25 de outubro de 2007, a qual veio disciplinar o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária.

7.4 DA DEFINIÇÃO E ALCANCE DO TERMO "RACISMO" - "CASO ELLWANGER"

Sob o ponto de vista do Ministro Marcos Aurélio, o **Habeas Corpus HC 82424 RS**, fora considerado como um dos mais importantes julgamentos realizados pelo STF até àquele ano - (2003). No referido HC, o Supremo Tribunal Federal manteve a condenação do editor Siegfried Ellwanger imposta a este pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sob o entendimento de que o fato de escrever ou editar livros com conteúdo antissemita constitui crime de racismo à luz do artigo 5º e artigo 20 da Lei nº 7.716/89, com redação dada pela Lei nº 8.081/90.

Embora a defesa tenha alegado direito a liberdade de expressão, sobretudo, a alegação de que os judeus não são uma raça, mas sim um povo, o STF ampliou a interpretação do termo "racismo", aparentemente indeterminado, previsto naquele dispositivo constitucional, cujo sentido semântico teria sido alargado em virtude de o projeto Genoma ter cientificamente considerado a inexistência de subdivisão da raça humana, tomando por base milhares de amostras genéticas de pessoas espalhadas

pelo mundo todo, tendo descoberto que : "Somos todos um só". Sendo assim, levou-se em conta que a divisão dos seres humanos em raças deriva de um processo de conteúdo meramente político-social. Atenta-se para o entendimento de que o termo "racismo" comporta mais de uma interpretação, permitindo-se não sofrer qualquer modificação textual, embora diante de um contexto diferente.

7.5 DA ABRANGÊNCIA DO TERMO "CASA"

O artigo 5º, XI da CF, aduz que: "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;". (BRASIL, 1988).

Observando o referido texto normativo, temos que, tão somente, a "casa", espaço no qual as pessoas fazem suas moradias não poderia ser violado, mas para fins de proteção constitucional o aludido dispositivo, revelou-se abrangente, passando a ser entendido que "casa" seria qualquer compartimento privado onde alguém exerça profissão ou atividade, esta foi a interpretação firmada no Recurso Extraordinário RE 251445 GO, da relatoria do Ministro Celso de Mello, conforme se observa de pequeno trecho extraído da ementa:

[...]Doutrina.GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º,XI). CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DE CIRURGIÃO-DENTISTA. ESPAÇO PRIVADO SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CP, ART. 150, § 4º, III).NECESSIDADE DE MANDADO JUDICIAL PARA EFEITO DE INGRESSO DOS AGENTES PÚBLICOS. JURISPRUDÊNCIA. DOCTRINA.- Para os fins da proteção constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Carta Política, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III),compreende os consultórios profissionais dos cirurgiões-dentistas.- Nenhum agente público pode ingressar no recinto de consultório odontológico, reservado ao exercício da atividade profissional de cirurgião-dentista, sem consentimento deste, exceto nas situações taxativamente previstas na Constituição (art. 5º, XI).[...]. (BRASIL, 1988).

Dessa forma, mostra-se claro que o sentido semântico do termo recebeu conotação diferente para conferir proteção ao réu, no caso um dentista que detinha fotos ilícitas de menores, cujo material teria sido furtado de seu

consultório profissional e que estava sendo usado como prova para incriminá-lo.

7.6 DO DEPOSITÁRIO INFIEL

Outro exemplo de mutação Constitucional verifica-se da leitura do artigo 5º, inciso LXVII, donde se extrai que é totalmente possível a prisão do depositário infiel, entretanto, sem que houvesse qualquer emenda para alteração do referido dispositivo o Supremo Tribunal Federal, desde dezembro de 2008, reformulou sua jurisprudência a partir do julgamento dos Recursos Extraordinários (RE 349703) e (RE 466343) e o do Habeas Corpus (HC 87.585-8) passando a entender que a prisão civil somente se aplica aos casos de descumprimento inescusável de pensão alimentícia.

8 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL/INCONSTITUCIONAL

No prólogo do livro de Pedra (2014, p. XIX), o Doutor Michele Carducci, fez interessante observação que merece ser transcrita: "**A mutação é "constitucional" porque *deriva de uma Constituição.***"(grifo nosso). E observa que não se trata de absoluta factualidade, justamente ao contrário, ela vem determinar e coincidir com o "modo de ser" acerca da realidade, de forma a contribuir, sobremaneira, para a efetivação da norma constitucional.

Todavia no entendimento de Bulos (2014, p. 436): "Para serem *constitucionais*, não podem gerar deformações maliciosas nem subversões traumatizantes".

De maneira semelhante fundamenta Barroso (2013, p.151): "As mutações que contrariarem a Constituição podem, certamente ocorrer, gerando mutações inconstitucionais". As quais deverão, em condições normais do Estado serem rejeitadas pelos Poderes competentes e pela sociedade. Do contrário, opera-se uma situação de anomalia, cujos fatos se colocam acima do Direito.

Nesta mesma linha de pensamento preleciona Pedra, (2014): ocorre *mutação constitucional*, quando houver apenas alteração informal, cujos limites não desrespeitem a letra Constitucional, trazendo a título de exemplo o artigo 42 da Constituição de 189, donde se podia extrair que no caso de vacância, por qualquer que fosse o motivo, e desde que não transcorridos dois anos do período presidencial, dever-se-ia proceder à nova eleição, e apesar de tal previsão, o Congresso Nacional autorizou que o vice-presidente tomasse posse, ainda que a renúncia do presidente da República tivesse acontecido em tempo inferior aos dois anos, prazo este que a Constituição impunha. Nesta acepção defende:

Pode-se chamar de *mutação constitucional* apenas a alteração informal da Constituição que respeitar os parâmetros anteriormente analisados. Caso contrário, a situação será de uma *mutação constitucional inconstitucional* (doravante chamada simplesmente de *mutação inconstitucional*), que ocorre quando o resultado da alteração informal afronta o sistema constitucional. (PEDRA, 2014, p. 300).

E segue fazendo menção a Pedro Vega e a Carl Schmitt, os quais denominam esse mesmo fenômeno como sendo falseamento ou quebramento da Constituição, cujo valor axiológico tem sentido distinto do que a norma realmente tem:

Quebramento da Constituição: Violação de prescrições legal-constitucionais para um ou vários casos determinados, porém, a título excepcional, quer dizer, sob o suposto de que as prescrições quebrantadas segue inalteradas nos demais, e, portanto, não são nem suprimidas permanentemente nem colocadas temporalmente fora de vigência (suspensas). a) Quebramento inconstitucional da Constituição: violação a título excepcional de uma prescrição legal-constitucional sem atender ao procedimento previsto para reformas constitucionais. b) Quebramento constitucional da Constituição: violação a título excepcional de uma prescrição legal-constitucional para um ou vários casos concretos, quando, ou é permitido dito quebramento excepcional por uma lei constitucional (por exemplo: art. 44, § 2º, C.a.), ou se observa para isto o procedimento previsto para as reformas da Constituição. (PEDRA, 2014, p. 301).

Também esclarece que a mutação inconstitucional pode acontecer por omissão, quando o legislador deixa de elaborar norma imprescindível para torná-la eficaz e plena.

Idêntico raciocínio é o do Ferraz (2015), ao afirmar que as mutações que violarem expressamente a Constituição, serão tratadas de mutações inconstitucionais, e por isso não são legítimas; ao passo que as mutações que não violarem a letra constitucional serão consideradas mutações legítimas. Estas se perfazem pela interpretação, pela inércia do legislador, pelo desuso da norma constitucional, mutação implícita e mutação que viole expressamente a letra da lei. E para àquelas seriam os casos das alterações manifestas pela interpretação judicial, legislativa, administrativa e da mutação pelo costume constitucional.

De forma idêntica Mendes, (2014) ratifica que a nova interpretação deve se amoldar à norma, de modo tal que não se deve buscar violentar os princípios que estruturam a Lei Maior, senão, consistirá, tão somente, em mera interpretação constitucional.

9 LIMITES AO PROCESSO DE MUTAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO

Precipuamente, toda e qualquer alteração que pudesse ensejar mudança na constituição, encontraria limite que, de imediato, esbarraria no artigo 60 da Constituição Federativa de 1988, no qual o legislador originário introduzira uma forma solene para que os seus dispositivos viessem ser alterados. O que se daria, tão somente, através de Emendas Constitucionais, conforme preceitua o excerto da Carta Política vigente:

Art. 60 _ A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
II - do Presidente da República;
III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. (BRASIL, 1988)..

Consta, ainda, na doutrina, o processo de revisão da Constituição, muito embora a maioria dos doutrinadores defenda não ser mais possível posta à força normativa já inoperante em face da cronologia, apontada conforme se verifica do artigo 3º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), *in verbis*: "Art. 3º- A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral". (BRASIL, 1988).

Em que pese tais disposições, as constituições têm sofrido modificações não provenientes do processo por via formal, conforme preveem os dispositivos retromencionados. De tal arte, já considerava Hesse (1991), se houver uma modificação fática, isto pode ou deve implicar mudanças na interpretação da Constituição. Consequentemente, nasce uma nova proposição jurídica, e esta vem estabelecer o limite da interpretação e por sua vez, o limite para qualquer mutação da norma. Continua esclarecendo que não é porque a situação muda, que deve ser posta em sacrifício a vontade normativa, mas adverte que se o sentido de determinada proposição normativa não tem mais como ser realizada, imperando-se a revisão Constitucional, caso

contrário, opera-se a supressão, permitindo tencionar a norma e a realidade em face do Direito.

Para Barroso (2013) existe limites à mutação Constitucional, não podendo ser ultrapassados, sob pena de haver violação ao Poder Constituinte, e em derradeira análise à soberania. No mesmo prisma, acentua que a mutação constitucional está estancada em dois limites, quais sejam:

"a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou alterado; b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica constituição". (BARROSO, 2013, p.150)

O mesmo autor consigna que se a nova interpretação, que confere um sentido novo, não puder se adequar ou não couber no texto, será, portanto, necessário convocar o poder constituinte de reforma. E caso, não seja possível caber dentro dos princípios fundamentais será então necessário retirar do estado latente o Poder Constituinte Primário.

Já para Bulos (2014), não há limites para as mutações constitucionais, uma vez que a sociedade vive em constante transformação, resultado da atuação de forças elementares, por isso não se reproduzem pelos meios convencionais, reflexos dos acontecimentos na normatividade constitucional. Contudo, afirma que o único limite que poderia haver, está ligado à subjetividade do interprete, antes, porém, usando de ponderação no sentido de não extrapolar a sua condição de exegeta, para não ocasionar deformidades nas Constituições, e estas não se tornarem inconstitucionais.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, reputa-se criticar: como tal mudança pode ser considerada informal, se, de fato é consolidada por intermédio das decisões do Poder judiciário, cujo Órgão tem previsão expressa na Constituição e por tal razão notadamente formal? Parece contraditório. Ainda que tais mudanças sejam provenientes de fatores exógenos ao processo formal de reforma ou revisão previsto no próprio texto normativo. Todavia, a doutrina majoritária mostra-se confortável em afirmar que se trata de um processo informal de mudança na Constituição. Embora, obviamente, seja possível entender que, precipuamente, possa ser originada de outros fatores.

A nova hermenêutica abriu espaço para um novo modelo de interpretação, de tal modo que a arte de interpretar passa a ser tarefa, também, da sociedade como um todo. As chamadas "sociedades abertas", dando azo à multiplicidade de intérpretes, independente dos métodos de interpretação preexistentes. E os estudos comprovam isso, uma vez que o processo de interpretação se expandiu, o que era, apenas, adstrito a uma comunidade elitizada, ou seja, tão somente, a Órgãos vinculados do Estado, agora alcança, também, a sociedade.

Diferentemente do modelo tradicional ou clássico, conduzido pela "velha Hermenêutica" donde se extrai que a lei era interpretada à exaustão, e talvez nem interpretada fosse, uma vez que não era permitido ao intérprete a efetiva interpretação da norma. O que havia era pura e simplesmente à adequação da vontade do legislador voltada ao inequívoco sentido da norma. Nessa época os juízes eram considerados como meros aplicadores da lei, executando a aplicação da norma de forma mecânica, conforme preleciona Magalhães (1989). Com o passar do tempo, entendendo-se, entretanto, que fosse possível interpretá-la, tal papel era restrito a um seleto grupo, ou seja, aos Órgãos vinculados ao Estado, conforme apontou o presente estudo.

Com a evolução da Sociedade nasceu um novo modelo de interpretação, nesse novo modelo não só o juiz pode questionar a aplicação do direito. No mesmo compasso surge a "sociedade aberta" que por meio de movimentos de pressão vem "obrigando" o Poder Judiciário a rever à vontade

do legislador originário, refutando a exegese normativa constitucional. Destarte, as transformações socioculturais passaram a ser preponderantes e significativas na interpretação constitucional, e ainda que nada mude em sua fórmula, ou seja, ainda que não comprometa a letra da lei outrora positivada, os estudos evidenciam que mais cedo ou mais tarde precisará haver uma reformulação no texto normativo, uma vez imposto por novos preceitos, sob pena de não mais subsistir, uma vez tornando-se ultrapassada ou obsoleta, porque não mais se adéqua a realidade atual.

Tal entendimento faz recordar do grande sociólogo alemão *Ferdinand Lassale*, considerado como um dos precursores da Socialdemocracia. Ele trouxe o sentido sociológico de Constituição, afirmando que a constituição é a soma dos fatores reais de poder, e que se assim não o for, não passa de simples folha de papel, de cunho meramente retórico.

Todavia, uma corrente jurídica tem defendido que quando acontece a mudança "informal", há uma aproximação da realidade com o texto normativo, no entanto, há quem afirme justamente o contrário, ou melhor, de que não há aproximação alguma, havendo, portanto, uma ruptura com o texto legal afetada aos campos social, político e econômico, conforme preleciona Pizarro.

Enquanto, seja ruptura do texto legal, ou mera alteração de valor semântico, a soberania da Constituição encontra-se ameaçada, seja pela força de grupos de pressão ou pelo ativismo judicial. Em vista disso, o princípio da interpretação conforme a Constituição vai ficando para trás, dando azo a outras interpretações. Causando premente preocupação entre os pesquisadores, os quais vêm tentando entender e explicar o que, de fato, está acontecendo. Com isso, a questão da interpretação da Constituição ganhou uma repercussão ainda maior no estudo da mutação na constituição, e por sua vez, no Brasil, tendo, inicialmente surgido no seio da Alemanha com as transformações percebidas por *Laband* na Carta política Germânica de 1871, segundo explicou Bulos (2014).

Notadamente, as "metamorfoses" pelas quais passam a sociedade resvalam na Constituição, interferindo ou implicando, sobremaneira, na sua interpretação, causando alterações "não formais", sejam através dos grupos de pressão ou das decisões judiciais, ou simplesmente resultado de preceitos de

uma pluralidade de intérpretes, fruto de uma sociedade aberta, conforme defende Pizarro.

Nessa conjuntura, como se sabe, a sociedade é elemento fundamental para a existência do Direito não podendo deste se apartar. Por consequência surge uma necessidade latente de as normas continuamente se adequarem a uma nova realidade, ainda que lenta e sutilmente, mas sempre sendo levada a tomar uma nova forma ou a adquirir uma nova "moldura", apesar de o legislador originário ter introduzido no texto constitucional as limitações pelas quais deva sofrer a Constituição antes de ser efetivamente alterada, devendo antes de tudo, ser operacionalizada por Emendas ou revisão, por intermédio do Poder Constituinte Derivado, conforme preceitua o artigo 60 do Diploma Constitucional de 1988, ainda vigente. Contudo, essa imposição constitucional não se mostra suficiente para afastar a possibilidade de alteração através do Processo "informal" de mudança, decorrente das manifestações da sociedade. Por sua vez, permanentes!

Obviamente, não seria possível ao legislador primário prever todas as hipóteses que viessem gerar alteração no aludido texto, contudo, como muito bem, definiu Bulos (2014), a Constituição é um organismo vivo, por tal razão deve acompanhar a evolução da sociedade e suas circunstâncias.

Quanto às limitações do fenômeno da mutação constitucional, aduz Pedra (2014), que encontram barreiras quando se obedece a um programa normativo. Contrariamente Bulos (2014), afirma que o único limite possível está na ponderação do exegeta, explicando que "assim como os fatores exógenos estão para a mutação; a ponderação do exegeta está para os limites." Entretanto, parece que se assim o for, tudo leva a crer que não há limites para tal fenômeno, levando em conta que o poder de interpretação do intérprete vai muito além do que podemos imaginar. Todavia, ele explica que as interpretações que deformam os princípios fundamentais, afetam de tal forma a carta maior que passam ao campo da mutação inconstitucional, esta por sua vez considerada como processo informal que viola a carta magna, citando como exemplo a inércia legislativa no controle de constitucionalidade.

Nesse prisma, Ferraz mostrou que isso é totalmente possível. A primeira é aquela que a mutação ocorre de maneira sutil, espontânea e que vai se

adequando a realidade sem causar defloramento ao texto legal, proveniente da evolução de novos tempos, dos costumes ou transformações da sociedade. Já que no que se refere à mutação inconstitucional, verificou-se que se trata de um tipo de mudança que fere frontalmente o texto legal, violando os limites, quer seja de maneira manifesta ou pouco perceptível. Geralmente acontece por via das interpretações judicial, legislativa e administrativa, que dão ao texto legal novo sentido, também podendo ocorrer quando o legislador se omite. No que se refere a essa questão, restou entendido que quando o intérprete não pondera sua interpretação ele extrapola o que poderia ser considerado apenas mutação constitucional passando ao campo da mutação inconstitucional.

Os estudos mostraram que além de a mutação encontrar guarida na pluralidade de interpretes da norma, que hoje em dia, não alcança apenas os juízes ou Órgão vinculados do Estado, mas a sociedade como um todo. Apontaram, também, que é o Poder Constituinte Difuso que tem a função de locupletar e atualizar o texto normativo primário, sob o amparo da facticidade. Destarte, se as mutações constitucionais se manifestam através do poder difuso, e tendo este natureza fática conforme aduz Bulos (2014).

Observa-se, sobremaneira, uma evolução contemporânea da sociedade em contrassenso a concepções ultrapassadas, impulsionando uma nova ordem política, podendo causar, por consequência, inevitável sensação de que vem se instalando no País um momento de insegurança jurídica para uns, virtude da Democracia para outros pelo respeito às diferenças, à dignidade humana, sob o olhar dos grupos que se acham minorias, como no caso do reconhecimento legal da união entre homossexuais. N'outro prisma, resultado dos impulsos da sociedade movida por uma desenfreada ideologia, ou conjunto de direitos subjetivos, e, ainda n'outro aspecto, sinônimo de retrocesso e caos dos princípios Constitucionais, que permeiam, também, o campo religioso.

Autores têm demonstrado a existência de uma pluralidade de interpretes, motivo pelo qual fatores exógenos provocam significativas mudanças sociais em vista da forte influência do Poder Difuso em face da soberania Constitucional. E, mesmo que tais alterações se deem, apenas, no

campo informal, elas funcionam como molas propulsoras de uma nova Ordem Constitucional, conforme ensinou Pizarro.

Verificou-se, que não há um método próprio ou exclusivo de interpretação para que possa ser utilizado no processo de entendimento desse fenômeno. Todavia, o que mais poderia se aproximar, seria o critério evolutivo, defendido por Bulos (1997). Entretanto, defende Kelsen (2002), que não há um método mais certo que outro, e que nenhum deles pode ser desprezado, pois cada qual contribui de forma relevante. Analisou-se, também, que a mutação constitucional é aquela que não fere o texto normativo, não causando deformações, um exemplo trazido por Pedra (2014) é o caso do artigo 42 da CF de 1891, que previa novas eleições no caso de vacância do Presidente, antes de findados dois anos, no entanto, o Congresso Nacional autorizou que o Vice-Presidente tomasse posse antes de esgotados esse prazo.

Não há que se olvidar tratar-se de um tema instigante que embala novas pesquisas em vista das implicações de cunho político, jurídico, social, e até religioso. Ressalta-se, contudo, que apesar de muitos autores considerarem a mudança na Constituição como sendo um processo informal, a nosso ver tal expressão não se mostra como sendo a mais adequada, uma vez que tais mudanças são efetivadas por Órgãos com previsão constitucional, embora ocasionadas por fatores externos ao processo formal de reforma ou revisão, prescritas na Carta Constitucional pelo legislador Constituinte Originário. Sendo assim, parece mais inteligível a definição trazida por Tavares (2013), quando se refere a tais mudanças como mutação não textual, posto que, há, tão somente, uma modificação de interpretação diante de um novo contexto.

Por fim, trata-se de um tema complexo que segue transformando preceitos, provocando uma releitura da Carta Política, carregando em seu bojo um grande desafio: "o desafio de subsistir".

REFERÊNCIAS

AFONSO, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. Revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2007.

ALMEIDA, Custódio Luís Silva. **Hermenêutica e dialética: dos estudos platônicos ao encontro com Hegel**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. 4. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. 2. ed. rev. Atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

ARANHA, Márcio Lório. **Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1999.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. A interpretação judicial como instrumento de mutação informal da Constituição. **Jurisprudência**. Habeas Corpus HC 96772 SP. Supremo Tribunal Federal – STF, Brasília. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=A+INTERPRETA%C3%87%C3%83O+JUDICIAL+COM+O+INSTRUMENTO+DE+MUTA%C3%87%C3%83O+INFORMAL+DA+CONSTITUI%C3%87%C3%83O>>. Acesso em: 28/04/2016.

BRASIL. Da prisão do depositário infiel. **Jurisprudência**. Recurso Extraordinário RE 349703-1 RS. Supremo Tribunal Federal -STF, Brasília. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>.Acesso em 12/05/2018.

BRASIL.Da prisão do depositário infiel. **Jurisprudência**. HABEAS CORPUS HC 87.585-8 TO. Supremo Tribunal Federal-STF, Brasília. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>.Acesso em 11/05/2018.

BRASIL. Da prisão do depositário infiel. **Jurisprudência**. Recurso Extraordinário. RE 466343 SP. Supremo Tribunal Federal - STF, Brasília. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716540/recurso-extraordinario-re-466343-sp>>.Acesso em 12/05/2018.

BRASIL. Progressão de Regime de pena. **Jurisprudência**. Habeas Corpus HC 82959 SP. Supremo Tribunal Federal - STF, Brasília. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC>

%24%2ESCLA%2E+E+82959%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+82959%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ayxgn8h>. Acesso em 01/05/2018.

BRASIL. Fidelidade Partidária. **Jurisprudência**. Mandado de Segurança MS 26.602 DF. Supremo Tribunal Federal-STF, Brasília. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2928434/mandado-de-seguranca-ms-26602-df>>. Acesso em 01/05/2018.

BRASIL. Da abrangência do termo "casa". **Jurisprudência**. Recurso Especial RE 251445 - Go. Supremo Tribunal Federal -STF, Brasília. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825705/recurso-extraordinario-re-251445-go-stf>>. Acesso em: 07/05/2018.

BRASIL. Resolução nº 22.610. Tribunal Superior Eleitoral-TSE, Brasília. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-22.610-de-25-de-outubro-de-2007-brasilia-2013-df>>. Acesso em 02/05/2018.

BRASIL. Definição e alcance do termo "racismo". **Jurisprudência**. Habeas Corpus HC 82.424 RS. Supremo Tribunal Federal - STF, Brasília. Disponível em:< <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs?ref=juris-tabs>>. Acesso em 02/05/18.

BRASIL. **A constituição Federal**. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/acervo/constituicao-federal>. Acesso: 16/03/2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 28/04/2016.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07/08/2017

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 25/07/2016.

BRASIL. **Lei dos crimes Hediondos**. Lei 8.072 de 25 de julho de 1990. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em 01/05/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277**. Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>>. Acesso em: 10 de março de 2016.

BRASIL. **Convenção Interamericana de Direitos do Homem**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em

10 de dezembro de 1948. Brasília: UNESCO, 1998: Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 25/07/2016.

BULOS, Uadi Lâmega. Da reforma à mutação Constitucional. **Revista de informação legislativa**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176380.htm>>. Acesso em: 28/04/2016.

_____. **Manual de Interpretação Constitucional**. São Paulo: Saraiva 1997.

_____. **Curso de Direito Constitucional**, 8. ed. Revista e atualizada de acordo com a Emenda constitucional n. 76/2013 - São Paulo: Saraiva, 2014.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**: uma contribuição do direito, 2ª ed. Rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DRUMOND, João Francisco Aguiar. **Interpretação do Direito e da Constituição**: aspectos gerais. Brasília, 2001. 153 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília.

FACHIN, Odília. **Fundamentos de Metodologia**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. [recurso eletrônico]. Mutações Constitucionais e mutações inconstitucionais, 2ª ed. – Osasco: Editora Edifício, 2015. Disponível em: file:///G:/MONOGRAFIA%20DA%20ESMA/Livro%20de%20Ana%20Candida%20eBook%20Processos%20Informais%20de%20Mudança%20da%20Constituição_01-09-2015.pdf. Acesso em: 20/12/2016.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

GONÇALVES, Rogério de Melo. **Os pressupostos hermenêuticos ontológicos heideggerianos e gadamerianos da contemporânea interpretação constitucional**: uma brevíssima exploração epistemológica dos fundamentos da criação judicial do direito sob o olhar do empirismo lógico. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/hermeneutica-constitucional-e-sumula-vinculante-os-pressupostos-hermeneuticos-ontologicos-heideggerianos-e-gadamerianos-da-contemporanea-interpretacao-constitucional>>. Acesso em: 27/04/2016.

GUIMARÃES, Flávio Romero. **Como fazer?** Diretrizes para a elaboração de trabalhos monográficos. 2. ed. Rev. e ampl. Campina Grande: EDEP, 2003.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

ISTO É. Projeto Genoma. **Somos todos um só**. Disponível em: <<http://labs.icb.ufmg.br/lbem/aulas/grad/evol/humevol/templeton/>>. Acesso em 04/05/2018.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Introdução à problemática científica do direito. Tradução de J.Cretella Jr. Agnes Cretella. 2. ed. Rev. da tradução - (textos fundamentais), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 13. ed. rev; atual e ampl. São Paulo: Saraiva: 2009;

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A hermenêutica jurídica de Gadamer. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 145, p. 101-112, jan./mar. 2000.

MAGALHÃES, Maria da Conceição Ferreira. **A hermenêutica jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

MAXILIMIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira, e Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. 2 reimpr. São Paulo: Atlas, 2010.

_____, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29. ed. Rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Mutação Constitucional**: interpretação evolutiva da Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PINHO, Rodrigo César Rabello. **Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais**. 11 ed. (coleção sinopses jurídicas, v. 17). São Paulo: Saraiva 2011.

PIZARRO, Djalma. **União estável homoafetiva**: uma hipótese de mutação constitucional. São Paulo: JH Mizuno, 2014.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 21. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006.

ANEXO (S)

ANEXO A

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional, o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52] do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por

unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. STF - HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP - 01048)

ANEXO B

Ementa: 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 emanação 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 ESTABELECEM 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, 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. (STF - ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341)