

**FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA” – FEESR
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO – PPGD
MESTRADO EM DIREITO**

Glauco Marcelo Marques

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A EXPANSÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS NA ERA DIGITAL**

Marília, SP
2022

Glauco Marcelo Marques

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A EXPANSÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS NA ERA DIGITAL**

Dissertação apresentado ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito – do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, em sua Área de Concentração em Direito e Estado na Era Digital, Linha de Pesquisa Dogmática Jurídica e Transformação Digital.

Orientador: Prof. Dr. Roberto da Freiria Estevão

Marília, SP
2022

SUMÁRIO

Resumo	04
1 Introdução	04
2 Hermenêutica	07
2.1 Principais Escolas de Hermenêutica	09
2.2 A Atual Força Normativa da Constituição	16
2.3 A Legislação incipiente	21
2.4 Os Precedentes Judiciais da Mutação Constitucional	24
3 Dimensões dos Direitos Fundamentais e a era digital	31
3.1 Os novos valores da Sociedade da Informação	39
3.2 Os novos conflitos e as decisões judiciais na era digital	47
3.2.1 Dos novos Direitos Sociais Coletivos	47
3.2.2 Das novas tecnologias a serviço do órgão judicial	51
3.2.3 Da ética e da bioética nas decisões judiciais	53
3.3 Reflexos das mídias sociais nas decisões judiciais	61
4. Ativismo judicial	66
4.1 O Decisionismo e a Judicialização da política	75
4.1 O Decisionismo	75
4.1 A Judicialização da Política	77
4.2 Mutação Constitucional	80
4.3 Casos práticos	95
4.3.1 Primeiro caso	95
4.3.2 Segundo caso	98
4.3.3 Terceiro caso	102
5 Considerações Finais	108
REFERÊNCIAS	111

RESUMO

O presente trabalho faz uma análise sobre o fenômeno da Mutação Constitucional, diante da necessária expansão dos direitos fundamentais na fase de transformação digital que atravessa a sociedade brasileira, com novos conceitos, costumes e formas de viver em sociedade. A pesquisa se desenvolve através de estudos qualitativos para entender o fenômeno da mutação dentro do poder judiciário, baseando-se em casos práticos, especialmente em decisões do Supremo Tribunal Federal.

Para a consecução deste objetivo, analisam-se questões atinentes à hermenêutica, aos precedentes judiciais e a legislação correspondente. Tudo refletindo no novo contexto da sociedade da informação, suas mídias sociais, seus novos valores individuais e coletivos. Utiliza-se do método dedutivo com procedimento de pesquisa doutrinária.

Delimita-se a presente dissertação ao método difuso de alteração da constituição, aquele advindo dos juízes e dos tribunais na aplicação do direito.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o tema mutação constitucional, entendida como fenômeno social-jurídico de alteração informal da constituição, diante da necessária expansão dos direitos fundamentais em tempos de era digital. Se, por um lado, temos uma Constituição formal com processos rígidos para qualquer alteração, por outro, a mesma é aberta às mudanças quando necessárias. Assim, em grande medida, vemos no judiciário brasileiro a aplicação deste processo informal de alteração do significado da norma, sem alteração do seu texto.

O que salta aos olhos no fenômeno da mutação constitucional, instigando de forma profunda a escolha deste tema, é entender a aparente incoerência que há no método de alteração da Constituição e a grande ironia de saber que toda formalidade e rigidez constitucional não impedem que ocorra alteração de maneira informal.

A complexidade desse fenômeno é evidente, pois atinge para, além da norma, a moral, a ética, a política e diversos outros processos sociais. A evolução da sociedade moderna, especialmente com as mudanças tecnológicas leva a constantes releituras dos textos normativos, com a consequente alteração de seus significados.

A sociedade é dinâmica por natureza e, para que a Constituição não fique ultrapassada são necessários mecanismos de adequação, sendo que os dispositivos formais acabam não sendo suficientes para acompanhar tais mudanças.

Atualmente parte, ou alguns Direitos Humanos e Fundamentais são de difícil implementação devido a uma complexa gama de razões políticas, sociais e econômicas, que sofrem profundas mudanças com as novas tecnologias, assim o modo de proteção se altera diante do direito. No processo de evolução da sociedade, os direitos humanos e fundamentais modificaram seus valores de referência ao longo do tempo, de maneira cada vez mais complexa.

A sociedade brasileira passa por um período de transformação digital iniciada com a quarta revolução industrial, alterando todo nosso modo de vida, a informação e a comunicação estão em rede, tudo se modifica nos tempos da internet.

Essa gama de novidades tecnológicas aponta para inéditas formas de proteção do direito, especialmente aos direitos humanos e fundamentais que terão de se reinventar, saber como tratar os novos problemas presentes na vida em sociedade.

Os modernos valores que devem envolver os estudiosos doravante passarão pela ética e a bioética, para análise dos relacionamentos interpessoais entre as pessoas e as máquinas.

Neste cenário, as decisões judiciais, especialmente advindas do STF, são proferidas com base na via ordinária da hermenêutica, apoiadas com as novas técnicas de interpretação constitucional com base nos princípios modernos oriundos da aplicação dos movimentos do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo. Também comumente se utilizam do ativismo judicial, ora de maneira assumida em prol da expansão dos direitos fundamentais, ora de forma implícita em decisões mais polêmicas da corte e, por vezes, através do fenômeno da mutação constitucional no método difuso de reforma da constituição.

O Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, aplica a mutação constitucional como remédio apto a assegurar a harmonia entre a sociedade evoluída, quando em descompasso com a legislação desatualizada, para o ajuste da lei ao novo tempo.

O problema é que a velocidade dos avanços tecnológicos não possibilita que estes sejam acompanhados pela lei, que fica por vezes ultrapassada em decorrência de novidades, como o big data, as redes sociais, os algoritmos, a genética, a realidade virtual, a inteligência artificial e a jurimetria.

Nesse contexto, questiona-se como resolver questões afetas a tais novidades tecnológicas? Os Direitos Humanos e Fundamentais na era digital como serão sentidos pela sociedade, como serão implementados e protegidos nesta nova era?

Não existe privacidade na internet, as empresas vendem bancos de dados com informações pessoais, a educação acontece à distância, a saúde emprega meios nunca antes imagináveis de tratamentos caríssimos com o uso das novas tecnologias, o meio ambiente sofre toda gama de mudanças com as novas formas de tratamento e novas fontes de energia.

Como regular tais matérias? O que é admissível nestes casos é a questão do novo século posta ao Direito.

A Legislação a respeito ainda é incipiente por se tratar de recentes transformações tecnológicas.

Com tais transformações, o Judiciário como o ente Estatal com dever de ofício de oferecer solução definitiva aos novos conflitos que surgem a cada dia, ante a morosidade do legislativo fonte das normas, por exemplo a pornô vingança; enfrenta o seu grande desafio e suas decisões estão carregadas de expectativas por respostas à sociedade.

Atualmente as decisões Judiciais especialmente das cortes superiores, estão carregadas desses novos elementos, aplicando velhos conceitos na tentativa de atender aos novos anseios da sociedade, acarretando toda gama de críticas, como de ativismo judicial, decisionismo, judicialização da política, uso indiscriminado da mutação, assim como de sofrer influência do poder de elites e forças políticas nada democráticas.

As decisões do Supremo Tribunal Federal aplicando a mutação constitucional formam importante evolução da jurisprudência, contribuindo para a atualização da própria Constituição e permitindo manter sua harmonia com a realidade social de tal forma que, ainda que o texto constitucional permaneça o mesmo, a norma é atualizada para estar em consonância com a sociedade do seu tempo.

A mutação não pode ser utilizada indiscriminadamente, nem desvirtuada a ponto de desconfigurar o texto normativo. Haverá o enfraquecimento do ordenamento jurídico se a Constituição for revisada a todo instante em decorrência de necessidades de ocasião, razão pela qual deve ser estabelecido um alto grau de motivações justificadas, para que alterações substantivas possam ter lugar na ordem constitucional.

O intuito do trabalho, mais do que o de fornecer um panorama moderno do instituto da mutação é o de chamar à discussão questões advindas da sociedade na era digital.

Assim, importante observar a aplicação da mutação em tempos de era digital e analisar, quando há ocorrência do fenômeno pelo judiciário, se resultou evolução ou insegurança no ordenamento jurídico.

A mutação pode ocorrer através dos três poderes (executivo, legislativo e judiciário), sendo a temática deveras abrangente, este estudo se restringe a tratar do fenômeno via aplicação do poder judiciário no chamado sistema difuso de controle, donde decorre, em grande volume, a mutação constitucional.

No presente trabalho utiliza-se do método dedutivo, com procedimento de pesquisa doutrinária.

2 HERMENÊUTICA

Antes de adentrar na mutação propriamente dita, importante destacar alguns pontos da teoria geral do direito na questão da interpretação das Leis ou hermenêutica jurídica que, agindo inevitavelmente dentro do contexto social e político de cada país, propiciou, em determinado momento da história, o surgimento do fenômeno da mutação constitucional.

Desde os primórdios da vida humana, criado o convívio social através da fala e da escrita, a vontade de cada um expressada na opinião individual e coletiva, passou a ser debatida pela criação de regras e normas de conduta através da imposição de ideias que decorreram sempre da interpretação defendida em cada época.

Dito em outras palavras, a defesa de ideias sobre fatos e regras (interpretação) sempre fez parte da relação entre as pessoas. Para o bem e para o mal o ser humano impõe seu modo de ver as coisas, a “sua verdade”, para justificar escolhas e decisões, delimitando espaços, impondo regras, determinando como nascer, viver e morrer.

Interpretar é, em si, uma das tarefas mais difíceis do ser humano, que no intuito de ter compreensão sobre as coisas realiza o exercício mental, nem sempre racional, nem sempre consciente de defender sua visão.

Entender o significado de um enunciado escrito, a mensagem por trás do texto, as entrelinhas é tarefa complexa, pois o seu entendimento pode não coincidir com a intenção do escritor, e há diferentes posições em relação às questões que nos afetam, posto que temos perspectivas diferentes, individuais.

Se o exercício de interpretação em assuntos gerais é complexo, quando específico da área do Direito ganha dimensão imensurável pois, sendo o Direito uma ciência social, está longe de ser exato, ao contrário é relativo, decorrente do mundo do dever ser.

Como interpretar um texto legal, ou um enunciado normativo? Devemos levar em conta a literalidade do texto ou compreender a intenção do autor? Devemos levar em consideração a época em que foi escrito? Devemos considerar as demais normas aplicadas naquele território ou analisá-la isoladamente? A Lei deve servir a sociedade ou a sociedade que deve servir à Lei? Para se reconhecer um direito é necessária a existência de uma lei?

Tais questões são complexas, como expunha o filósofo e jurista italiano Norberto Bobbio:

A história se apresenta então como um complexo de ordenamentos normativos que se sucedem, se sobrepõem, se contrapõem, se integram. Estudar uma civilização do ponto de vista normativo significa, afinal, perguntar-se quais ações foram, naquela determinada sociedade, proibidas, quais ordenadas,

quais permitidas; significa, em outras palavras, descobrir a direção ou as direções fundamentais em que se conduzia a vida de cada indivíduo. Perguntas do gênero: Junto a determinado povo, eram permitidos ou proibidos os sacrifícios humanos? Era proibida ou permitida a poligamia, a propriedade dos bens imóveis, a escravidão? Como eram reguladas as relações de família e o que era permitido e o que era proibido ao pai ordenar aos filhos? Como era regulado o exercício do poder e quais eram os deveres e os direitos dos súditos diante do chefe, e quais os deveres e direitos do chefe diante dos súditos? (BOBBIO, 2001, p. 25)

Em busca de respostas, para melhor conhecimento das técnicas de interpretação das normas, nasce a hermenêutica jurídica:

A hermenêutica jurídica é um campo de conhecimento que tem por objeto de estudo a compreensão e a interpretação da norma jurídica e da lei, no sentido restrito da esfera jurídica. De outro modo, é um conjunto de concepções, não só filosóficas, mas também socioculturais, isto é, um modo de apreender, compreender e interpretar o Direito. Assim, a hermenêutica jurídica pode muito bem ser compreendida como disciplina que tem como objetivo, não só interpretar, mas fundamentalmente de apreender e compreender o Direito na perspectiva mais ampla do que simplesmente expor técnicas de interpretação e aplicação do direito. (IAMUNDO, 2017, parte 2, p.179)

Alguns autores tratam as palavras interpretação e hermenêutica como sinônimas, outros as distinguem dizendo que hermenêutica é a ciência e a interpretação o exercício mental, o método interpretativo do texto legal, vindo em seguida a aplicação da norma no caso concreto. Nas afirmações de Carlos Maximiano:

A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do direito. As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o direito. (MAXIMILIANO, 2017, p.14)

Como ciência a hermenêutica possui diversas correntes doutrinárias, que divergem bastante no tocante à melhor forma de explicar o Direito, considerada como a arte de interpretar. A doutrina aponta ao longo da história metodologias diferentes para alcançar o sentido da norma. Sobre tal análise são as lições de Marcelo Mazzoti:

Dessa forma, vários autores conceituam a hermenêutica como a arte de interpretar, ou como a ciência cujo objeto é a determinação do sentido de um texto. A verdade é que hermenêutica e interpretação possuem um substrato semântico comum que faz referência a dizer, explicar e traduzir. Não poderíamos deixar de citar que, ao longo do desenvolvimento das escolas hermenêuticas, cada uma delas emprestou um sentido próprio ao vocábulo em questão. Asseverar que a hermenêutica de Schleiermacher é a mesma de Husserl seria um erro crasso. Entretanto, não se deve olvidar que existe uma raiz comum que une as diversas correntes hermenêuticas, na medida em que

as indagações filológicas, históricas, fenomenológicas, entre outras, sempre buscam alcançar o sentido de um discurso, cada qual com sua metodologia própria. (MAZZOTI, 2010, p.9)

Considerando assim, é por meio da Hermenêutica Jurídica que se escolhe o método de interpretação pelo aplicador do direito, realizando o exercício de subsunção da norma ao caso concreto, sendo ainda mais complexa que muitas das outras ciências, pois a prestação jurisdicional é tarefa primordial do Estado através do Direito para distribuição da Justiça.

Segue no próximo tópico uma explanação sobre as principais escolas de Hermenêutica, não com o intuito de descrevê-las e explicá-las, pois tal tarefa é árdua e demandaria outro trabalho, mas no intuito de ressaltar as diferentes visões sobre o modo de interpretar o Direito na história da humanidade até os dias atuais.

2.1 PRINCIPAIS ESCOLAS DE HERMENÊUTICA

A primeira escola de hermenêutica propriamente dita, muito estudada pelos juristas foi a do Direito Natural ou jusnaturalismo, a corrente jusfilosófica de fundamentação do direito de origem divina, dos séculos XVII e XVIII, onde possuíam uma visão de um direito universal e imutável, como o direito à vida e a liberdade.

Em contraposição surgiu o movimento do juspositivismo, no qual seus filósofos defendiam que o Estado deveria impor regras à coletividade através de Leis. Ao contrário da corrente jusnaturalista, a corrente Juspositivista acreditava que só podia existir o direito e consequentemente a justiça através de normas positivadas, ou seja, normas emanadas pelo Estado com poder coercivo, normas escritas criadas pelos homens por intermédio do Estado.

Surgiu então a chamada escola da exegese, nascida na França com a promulgação do Código de Napoleão. Nos livros didáticos de história, lemos que a França antes da Revolução Francesa, era dividida em três poderes políticos (Clero, Nobreza e o Povo), sendo que o poder era exercido somente pelos dois primeiros, pois o povo não tinha nenhuma participação nas decisões políticas.

Com o advento da Revolução Francesa buscou-se alterar esta realidade, com a defesa da ideia de que “o poder emana do povo”.

Neste contexto, a Escola da Exegese defendia que cabia ao interprete manter-se fiel ao texto da lei, de modo que ao juiz não cabia interpretar, mas aplicá-la ao caso concreto.

Ao Poder Judiciário cabia apenas a aplicação da norma abstrata ao caso concreto, pois não havia margem para interpretações, já que a vontade da lei deveria prevalecer.

Para Eduardo Iamundo a frase que marcava com maior precisão o significado da Escola da exegese era “vale a letra da lei”:

A marca que identifica com mais precisão o significado da Escola da Exegese na esfera da interpretação é: vale a letra da lei, portanto em termos de intencionalidade é o texto que determina os procedimentos interpretativos (gramatical-léxico/lógico-formal) para alcançar a vontade do autor (legislador). A importância dos estudos da Escola da Exegese na hermenêutica jurídica contemporânea, não há dúvida, é de ordem histórica, isto é, um estudo que analisa a influência do juspositivismo que no decorrer do século XIX fundamentou as interpretações jurídicas com o seguinte parâmetro teórico: a lei positivada é o instrumento que apresenta todas as possibilidades, ou melhor, todas as soluções para os casos concretos na esfera jurídica. (IAMUNDO, 2017, item 2.2.2, p.199)

Os defensores desta escola acreditavam que a lei não possuía lacunas, de forma que ao aplicador não era permitido interpretar, usava-se muito a expressão “juiz boca da lei”, de acordo com a qual os juízes deveriam apenas aplicar o regulamento, de forma mecânica.

Com a ocorrência da revolução industrial, que transformou muito a sociedade, em oposição à escola da exegese, surgiu a Escola Histórica (Alemanha Séc. XIX).

Um de seus maiores defensores foi o jurista Alemão Friedrich Savigny (1779 a 1861), defendia que o direito era um organismo vivo sem necessidade de um código de leis que o engessasse, pois se modifica conforme as evoluções históricas e sociais. Baseava-se no método de interpretação teleológico que prioriza a finalidade da norma em seu processo de interpretação.

Para esta escola, as normas jurídicas seriam o resultado de uma evolução da sociedade, cuja fonte eram os costumes e as crenças dos grupos sociais, o direito nascia do "espírito do povo".

Na sequência da escola histórica ainda no século XIX surgiu, em decorrência desta, a escola Histórico Evolutiva, que defendia que o direito deveria se manter sempre atual e em consonância com a evolução social.

O interessante nesta escola é que ela preconizava que a interpretação deveria estar sempre atualizada. A Lei criada se desprendia do legislador após sua entrada em vigor, para que a vontade deste fosse interpretada em face da nova realidade social, atualizando o direito, contudo sem modificar sua essência.

Miguel Reale, citando o Francês Gabriel Saleilles expõe que este estabeleceu os contornos da teoria da interpretação histórico-evolutiva, que era uma análise do sentido da lei no tempo de sua criação, mas seguindo-se a evolução até o momento da sua interpretação:

Pois bem, essa maneira de situar o processo hermenêutico teve na França um ilustre representante na pessoa de Gabriel Saleilles, que deu claros contornos à teoria da interpretação histórico-evolutiva. Segundo essa doutrina, uma norma legal, uma vez emanada, desprende-se da pessoa do legislador, como a criança se livra do ventre materno. Passa a ter vida própria, recebendo e mutuando influências do meio ambiente, o que importa na transformação de seu significado. Pretende Saleilles ir além do Código Civil, mas através de sua exegese evolutiva, graças ao poder que tem o juiz de combinar, de maneira autônoma, diversos textos legais e integrá-los para atender a novos fatos emergentes. (REALE; 2001, p. 266).

Nota-se que sustentavam uma interpretação extensiva e progressiva da norma, partindo-se da vontade do legislador ao criar a norma, mas também, considerando o caráter evolutivo da mesma frente às mudanças sociais quando da sua aplicação.

Houve também a escola da Livre Investigação Científica, que defendia uma certa atividade criadora pelo Judiciário, nas lacunas da lei, e caberia ao juiz interpretar, com uso dos costumes, com a analogia e através da livre pesquisa científica.

O Francês François Géný foi o maior nome desta escola, combatendo a escola da exegese, afirmou que não apenas pela literalidade da lei resolvem-se os conflitos sociais, mas também pelo manejo de variáveis como o costume, a analogia e a livre pesquisa científica, realizadas pelo aplicador do Direito, segundo Vinícius de Mattos Magalhães:

Embora formule uma crítica calorosa ao fetichismo legal e aos métodos que centralizam o sentido determinado pela interpretação na positividade do Direito – que, para François Geny, acabam por desaguar em um subjetivismo ainda maior, especialmente, quando se está diante de uma lacuna – o jurista francês não decretou o fim da importância da literalidade da lei. A bem da verdade, para Geny as fontes formais do Direito (a lei e o costume, que para Geny integra o campo de fontes formais) devem constituir o primeiro passo no esforço interpretativo, sob os limites de cuja circunscrição opera-se a ideia de construtivismo que irá perfilar. Apenas quando for insuficiente o seu manejo é que o aplicador do Direito poderá fazer uso de uma livre investigação científica construtiva, já que “nestas hipóteses, e apenas nelas, o intérprete poderá exercer uma atividade criativa e não meramente aplicativa”, ou, como sublinha Geny, “la investigación científica del intérprete no interviene com plena libertad más que para suplir las fuentes formales (ley, costumbre) defectuosas”. (MAGALHÃES, 2016, p.19)

Outra escola de hermenêutica, que surgiu em decorrência da Livre Investigação científica foi a Escola do Direito Livre, que também possuía um caráter criador pelo Judiciário, mas mais radical, pois possibilitava a interpretação do Direito baseado nas condições sociais, afastando a aplicação de leis que não se amoldassem em soluções justas para a sociedade vigente, evitando decisões injustas.

Carlos Maximiliano menciona que um magistrado francês de nome Paul Magnaud, presidente do Tribunal de Château-Thierry, de primeira instância, na França de 1889 a 1904, foi um grande defensor da Escola do Direito Livre, e em suas decisões se utilizava desta linha de raciocínio para justificar decisões que muitas vezes não seguiam às leis positivadas.

Imbuído de ideias humanitárias avançadas, o magistrado francês redigiu sentenças em estilo escorreito, lapidar, porém afastadas dos moldes comuns. Mostrava-se clemente e atencioso com os fracos e humildes, enérgico e severo com opulentos e poderosos. Nas suas mãos a lei variava segundo a classe, a mentalidade religiosa ou inclinações políticas das pessoas submetidas à sua jurisdição. (MAXIMILIANO, 1980, p. 83.)

Essa escola, de forma bastante contundente, defendia que o Direito deveria seguir os fatos sociais ocorridos na sociedade e o Juiz no exercício de interpretação, em caso de leis sem fundamentação em realidades concretas na sociedade, deveria decidir de forma contrária à norma. Maria Helena Diniz define o Direito Livre da seguinte maneira:

O direito livre não é o direito estatal, contido nas leis, mas aquele que está constituído pelas convicções predominantes que regulam o comportamento, em um certo lugar e tempo, sobre aquilo que é justo. Para ele é inaceitável a construção do direito por meio de conceitos abstratos, porque não se funda em realidades concretas, sendo incompatível com a simples necessidade da existência. Logo, condena a elaboração do direito positivo por meio de uma jurisprudência de conceitos. O juiz deve ouvir o sentimento da comunidade, não podendo decidir, exclusivamente, no direito estatal ou com base em lei. (DINIZ, 2005, p.68)

Dentre as principais escolas de hermenêutica, não poderia deixar de mencionar a escola positivista normativista de Hans Kelsen.

Kelsen talvez seja o maior nome do positivismo da história, separou a ciência do direito do direito aplicado, criou uma teoria normativa e descritiva do Direito Positivo, rejeitando a ideia jusnaturalista, compreendendo o Direito como teoria pura, conforme afirma:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir desse conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. (KELSEN, 1999, p.01).

O autor sustentou a necessidade de renunciar ao até então enraizado costume de defender todo e qualquer conteúdo ideológico de caráter subjetivo. Pontuou que os valores e a justiça não poderiam ser objeto de estudo da referida ciência do direito, uma vez que tais temáticas seriam analisadas por outras ciências, como a sociologia e a filosofia. Kelsen,

separando o direito da moral, entendia que somente o direito posto pelo poder legítimo seria direito positivo, não havendo normas justas ou injustas, mas válidas ou inválidas.

Ao contrário do que dizem seus críticos, atribuindo-lhe uma pecha meramente legalista e conservadora, a Teoria Pura do Direito foi uma das obras mais inovadoras do século XX.

O advento da segunda guerra mundial marcou um período de grandes críticas ao positivismo, uma vez que tudo aquilo que a Alemanha nazista e a Itália fascista fizeram na primeira metade do século passado, tiveram como base as normas válidas, ou seja, estavam de acordo com o ordenamento jurídico de cada país. A escravidão no Brasil também era legal (Lei n. 2.040 de 28 de setembro de 1871).

Não havia nada ilegal no que Hitler e o terceiro reich fizeram, a atrocidade do holocausto estava dentro do direito positivo alemão da época. A comunidade jurídica reagiu com força após a guerra, deixando de lado a ideia do positivismo jurídico enquanto método a serviço do direito.

Em suma, após o colapso político do positivismo jurídico, apoiado pela Alemanha Nazista e Itália fascista, surgiu o Pós-positivismo como uma nova teoria no tocante à normatividade dos princípios, considerando-se todos os processos sociais como a moral, a política, a economia, entre outros.

Como pós-positivista, uma escola de destaque, que nasceu em contestação ao positivismo normativo de Hans Kelsen, foi a denominada “Escola da Jurisprudência dos Valores”. Um dos seus elementos primordiais de fundamentação era o reconhecimento da importância da cultura como referência para o direito, ou seja, o Direito deveria levar em conta os valores culturais de um grupo social, suas crenças, costumes e tradições.

A este respeito, em sua obra *Introdução à Filosofia*, Miguel Reale escreveu:

Do ponto de vista gramatical o texto de um artigo do Código Civil é hoje o que era em 1916, por ocasião de sua redação final. Mas, se as palavras permanecem as mesmas e se graficamente não há alteração na lei, verifica-se, no entanto, uma mudança no conteúdo. Nem sempre a lei diz a mesma coisa. Uma vez publicada, ela se destaca da pessoa do legislador, para se integrar no processo social como um de seus elementos fundamentais. A lei vai variando de sentido em função de múltiplos fatores, pois uma circunstância de ordem técnica imprevista pode alterar completamente a significação e o conteúdo de um texto legal, o mesmo ocorrendo quando se altera a tábua dos valores de aferição da realidade social. (REALE, 2001, p. 161)

Nesta escola o direito deveria sempre respeitar a ética, exercendo a interpretação baseada nos valores, nos princípios, visando sempre à aplicação do que é justo.

Madoz citando Jürgen Habermas, em “Direito e Democracia entre facticidade e validade” (2007), aponta a dura crítica do autor sobre a Jurisprudência dos Valores referindo-

se a experiência negativa do Tribunal Constitucional Alemão, preocupado com o fato desta escola conceder ao juiz um poder acima da racionalidade jurídica, por carregar uma concepção dos direitos humanos como bens ou valores que podem ser objeto de ponderação pelo Tribunal Constitucional, o que tornaria esse órgão um negociador de valores, evoluindo para uma instância autoritária que invadiria a competência do legislador:

Tal jurisprudência dos valores levanta realmente o problema da legitimidade, pois ela implica um tipo de concretização de normas que coloca a jurisprudência constitucional no estado de uma legislação concorrente. (MADOZ, 2007, p.313)

Houve na doutrina críticas veementes ao poder ilimitado conferido ao Judiciário pelo acúmulo de poder decisório, como afirma o autor Álvaro Souza Cruz:

No momento que o normativismo jurídico e a ‘Jurisprudência de Valores’ defendem tal transformação, a Corte Constitucional torna-se um poder absoluto, um poder ilimitado, que se permite ‘brincar’ com a ‘supremacia da Constituição’ abandonando a linguagem em favor de um poder desmedido. A ‘Jurisprudência dos Valores’ é um engodo do poder burocrático, que coloniza o mundo devia, atraindo a seu favor, tal qual faziam as sereias com os marinheiros desprevenidos, as Cortes Constitucionais. (SOUZA Cruz, 2004, p.263)

Por fim, a escola pós-positivista da “Lógica do Razoável” defende que caberia ao legislador a criação de uma norma abstrata e ao julgador a opção de criação, observando-se o Direito com um resultado razoável no caso concreto.

A escola se destaca por ser uma teoria madura, onde o intérprete utiliza-se de um método racional e teleológico de interpretação. Em seu exercício o Juiz identifica o fato e a norma aplicável ao caso, analisa todas as possíveis interpretações da norma ao fato, antecipa mentalmente seus efeitos e opta pela mais justa das decisões possíveis ao caso concreto e também seus reflexos para a sociedade.

Na lógica do razoável o direito deve ser interpretado com vistas à realidade social atual, para atingir o seu objetivo que é chegar a um resultado mais justo possível.

No exercício de sua atividade jurisdicional, o Juiz tem que aplicar a norma abstrata ao caso concreto, visando a melhor solução possível. Neste desiderato, o Juiz pondera as circunstâncias ao escolher a norma a aplicar fazendo, necessariamente, valorações da norma, mas sempre submetido à ordem jurídica.

O juiz interpreta a lei, antecipando-se aos efeitos que a aplicação da norma produzirá na realidade social, utilizando-se do melhor método de interpretação a ser aplicado ao caso concreto, buscando uma solução mais justa, dentre todas possíveis.

Estevão menciona que, de acordo com o precursor e maior defensor da lógica do razoável, Recaséns Siches, o método trazido pela escola deve ser adotado na decisão judicial, pois propicia maior eficácia na aplicação da norma na realidade social para a qual foi elaborada. Destacando:

Conforme já anotado anteriormente neste trabalho, a argumentação retórica liga-se à lógica dos valores, ou seja, à aberta lógica do razoável, do mais indicado, do preferível, e não à fechada lógica formal. Com estes contornos, a argumentação retórica deve ser plenamente aplicada no campo do direito, em que as conclusões possíveis existem em meio ao pluralismo de valores em conflito, com a necessidade da busca da melhor solução no caso concreto. (ESTEVÃO, 2007, p.199)

Complementa dizendo que o juiz deve prolatar uma decisão razoável, fática e juridicamente motivada, diante dos dados trazidos pelas partes:

O magistrado deve prolatar uma decisão razoável, fática e juridicamente motivada, pelo que analisa os dados trazidos pelas partes, adota um precedente da jurisprudência, busca apoio nas opiniões dos doutos, interpreta normas as quais dá alcance mais amplo ou restrito e, por meio da ponderação, preserva a regra ou o princípio mais valioso para a solução do caso concreto. Tudo isto se concretiza com a adoção de umas das argumentações retóricas apresentadas no processo pelos que postulam em nome das partes. O campo de julgamento do magistrado é livre, mas nunca arbitrário, pois o sistema jurídico impõe um natural controle sobre as decisões, por meio dos recursos cabíveis e dos mecanismos internos de fiscalização. Daí a necessidade da argumentação retórica no processo decisório. (ESTEVÃO, 2007, p.200)

Com esta rápida digressão sobre as escolas de hermenêutica quer se destacar que ao longo da História, a lei foi interpretada por diferentes métodos, mas sempre com um ponto em comum, a busca incessante da justiça e, uma consequência, a evolução do Direito.

No atual pós-positivismo jurídico também chamado de neoconstitucionalismo, os valores e os princípios, especialmente os referentes aos direitos fundamentais, passam a ocupar importante espaço no Direito. A lei se abre aos princípios e estes aos valores, de modo que para se reconhecer um direito não é mais necessária a existência de uma lei.

A interpretação do direito positivado ou não, em busca de justiça, é admitida em prol do desenvolvimento social. Decisões desprovidas de qualquer conteúdo de justiça, ao argumento da pura e simples vontade do legislador, não mais podem ser aceitas, sobretudo as que não respeitem a dignidade da pessoa humana.

Doravante, o desenho neoconstitucional se apresenta voltado para afirmação dos direitos fundamentais com base em uma nova hermenêutica, de cunho principiológico,

permitindo ao juiz decidir com base nos valores e nos princípios hermeneuticamente valorados, desde que de acordo com a força normativa que decorre das normas constitucionais.

2.2 A ATUAL FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

O neoconstitucionalismo, também chamado de constitucionalismo finalístico, é um modelo jurídico dos dias atuais em que a Constituição é formada com efetividade prática, atuando como o alicerce do ordenamento jurídico, configurando uma nova forma de ver o Direito, através dos valores morais e dos princípios. No tocante ao Estado constitucional de direito, elucida o Ministro Barroso:

A Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais. (BARROSO, 2011, p. 227-228)

A partir deste movimento contemporâneo, a Constituição ultrapassa seu papel histórico de meramente estabelecer competências e normas gerais e abstratas para ir além, e passa a contemplar juízos de valor, com a finalidade de conceder, garantir, preservar e promover os direitos fundamentais. Consta expressamente no preâmbulo da Carta Magna de 1988:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (BRASIL. Constituição, 1988)

Tal determinação é tão forte que, no artigo primeiro da Constituição, está previsto que o Estado, agora Democrático de Direito brasileiro, tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. O artigo terceiro expressamente afirma que são objetivos fundamentais da República, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No mesmo sentido o Artigo 5º, da LINDB – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro determina de maneira sacramental:

Art. 5º - Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Veja que o aplicador da Lei deverá atender, para além do direito, os fins sociais e às exigências do bem comum. A norma deve ser aplicada com a finalidade de ser um meio de instrumentalização efetiva da justiça e de diminuição das desigualdades sociais.

O doutrinador Daniel Sarmento bem elenca os fenômenos resultantes do neoconstitucionalismo que se relacionam com as mudanças ocorridas após a Constituição brasileira de 1988:

(...) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais freqüente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário. (SARMENTO, 2011, p. 73)

A partir de então nasce uma nova hermenêutica, a forma de interpretar a constituição se baseia em novos elementos, em princípios explícitos ou implícitos, como a ponderação, a proporcionalidade, a razoabilidade e a máxima efetividade.

Imperioso destacar também a grande positivação dos direitos fundamentais na Constituição, que ganha supremacia material além de formal, pois, a partir do neoconstitucionalismo, a Constituição se transforma em uma fonte de normas fundamentais, que traduzem a vontade do povo e são imediatamente exigíveis e aplicáveis. (Ranieri, 2000, p. 73). Com base nesse entendimento, na lição do prof. BONAVIDES,

(...) A demonstração do reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; a supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material, apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder (RANIERI, apud BONAVIDES, 2000, p. 73).

A Constituição passa a ser lei fundamental e constitui o verdadeiro fundamento das outras leis. Estabelecendo essa relação da jurisdição constitucional com os direitos fundamentais, Walber de Moura Agra aborda a temática da seguinte forma:

Os direitos fundamentais se estabelecem como os mais importantes elementos para a configuração do neoconstitucionalismo. Quando o processo de expansão da atuação da jurisdição constitucional se ampara sobre seus fundamentos, até mesmo as decisões que incidem em controversas searas políticas encontram respaldo na sociedade, desempenhando o órgão que

exerce a jurisdição constitucional um papel de guardião dos direitos agasalhados pela Constituição. No atendimento das demandas sociais pós-modernas, a jurisdição é chamada a incidir cada vez de forma mais constante na seara política, chegando, inclusive, a desempenhar uma função normogenética, quando um direito fundamental não puder ser exercido por falta de regulamentação do legislador infraconstitucional.' (AGRA, 2008, p. 442-443)

Como não poderia deixar de ser, surgem novas discussões, agora a respeito do alcance constitucional, da sua supremacia sobre as demais normas existentes, sobre a imediata aplicabilidade das normas constitucionais, que esbarram em grande resistência diante da falta de recursos e da triste realidade social e política que enfrentamos, questões ideológicas são difíceis de serem implementadas. Hoje, a disputa é permanente entre a reserva do possível versus o mínimo existencial para assegurar a dignidade da pessoa humana.

Neste aspecto, fundamental os ensinamentos dos escritores Alemães Ferdinand Lassalle (1825-1864) e após contrapondo-se ao seu pensamento o Alemão Konrad Hesse (1919-2005), posições a seguir examinadas rapidamente.

O escritor e político alemão, Ferdinand Lassalle, em 1862, escreveu em sua obra a Essência da Constituição que esta deveria ser a manifestação de fatores reais de poder e deveria colocar a norma constitucional em sintonia com a realidade social, porque caso não ocorresse este sincronismo, a constituição ficaria reduzida a uma mera folha de papel.

Lassalle defendeu a concepção sociológica da constituição que deveria priorizar os direitos fundamentais, passando a ser o núcleo das questões jurídicas e políticas. Segundo o qual, quando o texto constitucional não corresponde à realidade, ele não passa de tinta impressa em folha de papel, sem eficácia alguma, Segundo ele:

Onde a Constituição escrita não corresponder a real, irrompe inevitavelmente um conflito, que é impossível evitar e, no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a Constituição real, a das verdadeiras forças do país. (...). De nada servirá o que se escrever numa folha de papel, se não se justifica pelos fatos reais e efetivos do poder. (LASSALLE, 2001, p. 17-18.)

Em outras palavras, para Lassalle, há a Constituição escrita e a Constituição real, formada pela soma dos fatores reais de poder, sendo esta última o reflexo da sociedade.

Afirma, portanto, que a sociedade vive em constante transformação e a Constituição deve espelhá-la sempre, acompanhando a evolução social e, conseqüentemente, temos um volume maior de atuação da jurisdição constitucional, buscando atender aos novos anseios da sociedade, exigindo uma aplicação jurídica e hermenêutica compatível com a realidade contemporânea.

Outro jurista alemão, que foi Juiz do Tribunal Constitucional Federal, Dr. Konrad Hesse (1959), em sua obra, “A teoria da força normativa da constituição”, teve uma visão oposta e critica a concepção de Lassalle, afirmando:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. (HESSE, 1991, p. 19)

O jurista Konrad Hesse defendeu que a função do direito não é apenas retratar a realidade, posto que, o direito através da Constituição, enquanto norma fundamental do ordenamento jurídico tem um papel transformador da realidade.

Ele afirmou em sua obra que a constituição não é apenas um “ser”, mas um “dever ser”, e deve estabelecer normas de transformação da sociedade, para que tenhamos cada vez mais integração social e justa, com uma força e uma eficácia normativa e vinculante dos poderes públicos e dos privados:

A força que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-se, assim, em força ativa. Como demonstrado, daí decorrem os seus limites. Daí resultam também os pressupostos que permitem à Constituição desenvolver de forma ótima a sua força normativa. Esses pressupostos referem-se tanto ao conteúdo da Constituição quanto à prática constitucional. Tentarei enunciar, de forma resumida, alguns desses requisitos mais importantes.

a) Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa. (...)

b) Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua prática. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (Wille zur Verfassung). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente. (HESSE, 1991, p. 8)

Questionando a validade dos fatores reais de poder frente à força normativa, Hesse aponta a necessidade desta última se apresentar como uma expressão do dever ser, que uma vez pretendendo possuir eficácia, a Constituição deve imprimir ordem e conformação à realidade social e política.

(...)A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também, de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. (HESSE, 1991, p. 4-5)

O objetivo, portanto, é que a constituição se concretize, possuindo força normativa própria, quando existe uma norma que não corresponda à realidade esta deve ser transformada, essa é a concepção da força normativa da constituição de Konrad Hesse, muito respeitada e utilizada pelo nosso Supremo Tribunal Federal.

Conclui Hesse, sobre a importância da força normativa que deve ter uma Constituição, mencionando que, em tempos de paz ela se aplica mais facilmente e, em tempos difíceis é que ela deve demonstrar sua força ainda maior, conforme escreveu:

Nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condicionantes naturais. Tudo depende, portanto, e que se conforme a Constituição a esses limites. Se os pressupostos da força normativa encontrarem correspondência na Constituição, se as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem, se, também em tempos difíceis, a Constituição lograr preservar a sua força normativa, então ela configura verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio. Não é, portanto, em tempos tranquilos (sic) e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força. Em verdade, esta prova dá-se nas situações de emergência, nos tempos de necessidade. (HESSE, 1991, p.10)

A Constituição Federal de 1988 é um marco para a sociedade brasileira, a partir dela, o sistema jurídico nacional iniciou, de fato, uma transformação, a fim de absorver o pensamento do neoconstitucionalismo. Segundo a concepção neoconstitucionalista ela deve ser vista não como um emaranhado de normas abstratas e válidas apenas do ponto de vista formal, mas como normas efetivas e eficazes na prática.

Sob esse diapasão, a efetivação das normas constitucionais se tornou obrigatória, cabendo ao Estado a obrigação de garantir aos seus cidadãos, um mínimo de condições essenciais para a sua existência, efetivando dentro do possível os direitos fundamentais como forma de concretizar a dignidade da pessoa humana.

Assim, normatividade e realidade se intercalam de tal modo que há uma recíproca influência de uma sobre a outra, daí a importância de que os textos legais não sejam descolados da realidade, sob pena de desuso e esquecimento, sendo necessário acreditar na força que possui a norma de influenciar a realidade, o desenvolvimento humano. A mutação constitucional caminha nessa estrada sinuosa entre realidade e normatividade.

A abertura semântica de muitos dos conceitos presentes na Constituição decorrem da estrutura aberta aos diferentes pensamentos da sociedade no decorrer do tempo, mas há limites a essa abertura semântica, fincados na estabilidade da ordem constitucional, pautados pela segurança jurídica.

2.3 A LEGISLAÇÃO INCIPIENTE

Estamos na era do conhecimento vivendo o fenômeno da transformação digital, o mundo como conhecíamos do século XX, findou-se. Na era digital, a vida é acelerada, mídias sociais, globalização, inteligência artificial, internet das coisas, big data, entre tantas outras novidades, são realidades que chegam com muita força ao Brasil. A transformação da Sociedade da Informação é caracterizada pelo processo do analógico para o digital, do linear para o exponencial, do tradicional para o disruptivo, de forma a modernizar nosso modo de vida.

As recentes conquistas advindas da era digital na chamada inteligência Artificial (IA) provocam curiosidades, dúvidas e novos desafios. Os profissionais tremem frente à possibilidade da IA substituir o trabalho das pessoas ou a eventualidade de que a máquina possa vir a pensar como um ser humano, dispensando-o.

Ninguém nega a importância da tecnologia para a vida moderna em geral, a chamada era digital é a utilização máxima da tecnologia, a ponto da máquina ser capaz de tomar decisões baseadas nas informações por ela processadas.

Nos dias atuais, a inteligência artificial tem se transformado em um serviço, oferecido em larga escala para atender às diferentes necessidades da vida moderna, atingindo não só o setor privado, mas os órgãos públicos em geral.

A rede mundial de computadores “internet” cresce a níveis imensuráveis, a internet proporcionou o surgimento de novos paradigmas sociais na área da comunicação e da informação baseadas pela comunicação on-line, de linguagem própria de abreviaturas e a utilização de “memes”, a ampliação da blogosfera, cibernéticas, a profissionalização de pontos de vista com o surgimento dos influenciadores digitais e a expansão do comércio eletrônico em geral.

São várias as inovações de multiplataformas de gerenciamento de produtos e serviços, vídeos conferências, plataformas web de aplicação de cursos on-line, plataformas gratuitas como Meet, Zoom, Hangouts; aplicativos como Whatsapp; e-mail; Instagram, Facebook; Google acadêmico; E-books; blogs; entre tantos outros.

Não podendo deixar de destacar as Startups, que são empresas emergentes que tem como objetivo principal desenvolver ou aprimorar um modelo de negócio, preferencialmente disruptivo e exponencial. São empresas empreendedoras por natureza, podem focar em companhias e empresas em início de atividades que buscam explorar atividades inovadoras no mercado.

O experiente estrategista de mídias sociais e tecnologia Paul Armstrong, autor do livro *Dominando as tecnologias disruptivas*, citando Tom Goodwin (2015), expõe o nível estratosférico das inovações, uma maneira de ver como a disrupção atua e afeta negócios estabelecidos, afirma que:

A Uber, a maior empresa de táxis do mundo, não tem veículos. O Facebook, dono da mídia mais popular do mundo, não cria conteúdo. O Alibaba, varejista mais valioso, não tem estoque. E o Airbnb, maior fornecedor de hospedagem do mundo, não tem propriedades. (ARMSTRONG, 2019, p 33)

Enfim, daqui para frente o mundo será assim, globalizado e plugado, transformando-se numa enorme comunidade. É a sociedade em rede, com suas ferramentas utilizadas na troca e acesso a uma vastidão de informações e de tecnologias.

O problema é que a velocidade dos avanços tecnológicos não é acompanhada pela legislação, que fica por vezes, ultrapassada. Como resolver questões afetas às tais novidades tecnológicas diante da inércia do legislativo?

Não existe privacidade na internet, empresas vendem banco de dados com informações pessoais, a educação é a distância, a saúde emprega meios nunca antes imagináveis de tratamentos, caríssimos com o uso das novas tecnologias, o meio ambiente sofre toda gama de mudanças e novas formas de tratamento e novas fontes de energia. O que pode e o que não pode, nestes casos, é a questão do novo século posta ao Direito.

No Brasil, a Legislação a respeito ainda é incipiente por se tratar de recentes transformações tecnológicas e o Direito ainda conta com poucas normas que regulamentam a matéria, como a chamada Lei Carolina Dieckmann, lei n. 12.737/12, que dispõe sobre a tipificação criminal de delitos de informática e protege o direito fundamental da privacidade e da imagem.

A lei surgiu após o vazamento da imagem da famosa atriz nas redes sociais, sem sua autorização, causando-lhe óbvios constrangimentos, visando criminalizar o comportamento imoral disseminado nas redes sociais, onde era e ainda é comum a divulgação de imagens de terceiros, por vezes em situações íntimas e constrangedoras. A ideia foi proibir o mau comportamento de determinadas pessoas, que de forma insensível, sem respeito e sem se importar com a vítima agem em total descompasso com uma postura ética.

A lei 12.846/2013 que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas, pela prática de atos contra a administração pública, trata-se da Lei anti-corrupção com a responsabilização objetiva, administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira.

Visando o combate à cultura da corrupção no país, enraizada no famoso jeitinho brasileiro, o qual os comportamentos corruptos vão de meras atitudes do dia-a-dia, como furar filas, privilegiar amigos até grandes desfalques em instituições públicas e privadas, como o roubo em merendas escolares.

Vale mencionar que o compliance está diretamente ligado à Lei Anticorrupção, desde que a Lei entrou em vigor, em 2014, as empresas brasileiras passaram a ser responsabilizadas em qualquer ato lesivo à administração pública nacional ou estrangeira, incluindo atos de corrupção e fraudes em licitações e contratos, mesmo que a empresa tenha sido constituída temporariamente.

O Marco Civil da Internet, lei nº 12.965 de 2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, prevê no artigo 2º, que o uso da internet no Brasil tem como fundamento, entre outros, o respeito à liberdade de expressão, aos direitos humanos, desenvolvimento da personalidade e ao exercício da cidadania em meios digitais.

Note-se que a lei claramente se preocupa com o comportamento das pessoas, com suas atitudes, abrangendo normas que ditam a necessidade de respeito e conformidade com a lei.

A recém criada LGPD – Lei geral de proteção de dados, lei n. 13.709 de 2018, que entrou em vigor em 18.09.2020, dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

A lei, na mesma linha das demais aqui mencionadas, se preocupa em criar normas de comportamento para as pessoas a quem são dirigidas regras de conduta para evitar desonestidade e corrupção, o uso indiscriminado de dados de terceiros, para que tenham o zelo e o cuidado no armazenamento de dados de pessoas.

Nesse contexto, nota-se que a legislação criada nos últimos anos tem uma preocupação comum com o bom comportamento das pessoas em suas relações pessoais e profissionais, buscando melhorar o nível ético das relações.

Cumprir destacar que um dos focos do Compliance é o combate à corrupção, ainda que esta esteja diretamente ligada a pessoas, seus desejos e aspirações, o que se torna uma preocupação, pois é primordial cuidar das pessoas, o capital humano das empresas

A ética e a lei apresentam semelhanças e diferenças entre si. A ética faz referência à conduta humana diante da sociedade, um conjunto de hábitos e costumes de um determinado grupo, enquanto a lei faz referências a acordos de caráter obrigatório para garantir justiça comum.

Ambas apresentam-se como normas resultantes de um caráter histórico e social, que devem ser seguidas por todos indiscriminadamente, buscando propor uma melhor convivência entre os indivíduos.

A lei tem caráter obrigatório, a ética não, até o advento destas leis. A ética não tinha cunho obrigatório, não trazia sanção e dependia da vontade do Homem para segui-la ou não, entretanto, a nova legislação vem exigindo comportamentos éticos com sanções aos que as descumprem.

Neste cenário de transformação, o Judiciário como o ente Estatal com competência exclusiva para solução definitiva de conflitos enfrenta seu grande desafio, calcado nas teorias pós-positivistas e no neoconstitucionalismo, suas decisões estão carregadas de expectativas por respostas à sociedade.

A mutação constitucional pode aparecer cada vez mais como remédio às disfunções sociais/jurídicas na era digital, pois o inevitável fenômeno modifica o conteúdo da Constituição em virtude de uma mudança do entendimento da sociedade em geral, sobre um determinado assunto, ou seja, a ela (a mutação) corresponde a harmonia que deve existir entre a Constituição e a sociedade vigente.

2.4 OS PRECEDENTES JUDICIAIS DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

No intuito de traçar um panorama histórico da mutação sem grandes apegos à cronologia e formalidades, importante apontar o surgimento do fenômeno, ou melhor, a percepção pelos estudiosos da necessidade de sua ocorrência para adequação da sociedade ao Direito.

A mutação constitucional desde que percebida, incomodou os doutrinadores, sendo mencionada como fenômeno social com efeitos jurídicos pela primeira vez no início do século XX, no pós-guerra na Alemanha, em decorrência das atrocidades do nazismo e do fascismo que refletiram negativamente na sociedade Alemã. As leis que deram suporte legal a tudo o que aconteceu na época, ou seja, perseguições, prisões, mortes, desapropriações de bens, desrespeito à dignidade da pessoa humana, não espelhavam a vontade do povo alemão, criando um hiato entre a Lei e a sociedade.

Esse desarranjo foi apontado como um problema, ao notarem que a Constituição de 1871 sofria frequentes mudanças quanto ao funcionamento das instituições do Reich (Império Alemão), que ocorriam sem reformas constitucionais.

O autor brasileiro Uadi Lamêgo Bulos, em 1996, escreveu uma das primeiras obras nacionais denominada "Da Reforma à Mutação Constitucional", destinada ao estudo da mutação constitucional, trazendo importantes referências de juristas alemães e de outros países, que se preocuparam em constatar a inevitável ocorrência do fenômeno e seus efeitos, conforme afirma:

Uma observação percuciente da vida constitucional dos Estados, evidencia que as Constituições sofrem mudanças, além daquelas previstas formalmente. Isto quer dizer que não é apenas através do mecanismo instituído da reforma que os preceitos constitucionais vão se modificando, a fim de aderirem às exigências sociais, políticas, econômicas, jurídicas do Estado e da comunidade.

O caráter dinâmico e prospectivo da ordem jurídica propicia o redimensionamento da realidade normativa, onde as Constituições, sem revisões ou emendas, assumem significados novos, expressando uma temporalidade própria, caracterizada por um renovar-se, um refazer-se de soluções, que, muitas vezes, não promanam de reformas constitucionais. (BULOS, 1996 p. 25)

Segundo Bulos, foi o alemão Paulo Laband, um dos primeiros juristas a usar o termo mutação constitucional, examinando o texto constitucional alemão de 1871 e notando significativas modificações da norma diante da realidade social.

O autor menciona vários doutrinadores alemães que se incomodaram com um fenômeno informal alterando a norma constitucional. Narra também, que o austríaco Hans Kelsen, de família judaica e que foi perseguido pelo nazismo, em uma de suas primeiras obras em 1934, denominada "Teoria General Del Estado", mencionou a mutação constitucional como a aplicação de normas que se modificavam lenta e imperceptivelmente, enquanto os enunciados permaneciam os mesmos, mas lhe emprestavam um sentido distinto do originário:

Poderíamos citar ainda Haug, F. Klein, Häberle, Fiedler, Maunz-Dürig-Herzog, H. Krüger, Heydte, Lerche, Tomuschat, Scheuner, Rudolf Smend, Bilfinger, Hennis, F. Müller, que, do mesmo modo de Hans Kelsen, compreendem a mutação constitucional como a aplicação de normas que se modificam lenta e imperceptivelmente, quando às palavras que permanecem imodificadas do Texto Maior, se lhes outorga um sentido distinto do originário ou quando se produz uma prática em contradição com o texto, não sendo um acontecimento peculiar e único na órbita das normas constitucionais, senão um fenômeno constatado em todos os âmbitos do Direito. (BULOS, 1996. p. 26)

Na análise da natureza do fenômeno, Bulos cita o autor Georges Vedel quando em sua obra "Élémentaire de Droit Constitutionnel" de 1949, afirma que a natureza de um ato ou de uma atividade jurídica pode ser analisada sob dois pontos de vista, o material e o formal.

O primeiro considera-se o objeto em sua substância e no segundo, investiga-se o

processo de formação do ato ou da atividade. Assim, Bulos reflete que tal fenômeno ocorre pelos meios difusos de alteração constitucional. Vejamos:

Trasladando o ensinamento do constitucionalista francês para o objeto do nosso estudo, constataremos que os meios difusos, como o próprio nome já indica, não seguem formalidades ou procedimentos expressos.

Por não aderirem a requisitos explícitos na Constituição, os meios difusos possuem a natureza informal. São mudanças de fato, por vezes despercebidas, só notadas de vez em quando.

Processam-se lentamente, através da interpretação dos tribunais, dos usos e costumes, da construção judicial, da influência dos grupos de pressão e de tantos outros meios que provocam ou podem provocar alterações na realidade constitucional, embora a letra da Carta Magna permaneça imodificada.

Como quer Milton Campos, são modificações que não geram deformações maliciosas, nem subversões traumatizantes; daí serem constitucionais.

Sem embargo, as mudanças informais ocorrem, naturalmente, de modo espontâneo, sem qualquer previsibilidade de quando irão ser vislumbradas. Disso decorre a natureza fática dos meios difusos de alteração constitucional. (BULOS, 1996, p.29)

A guisa de exemplos práticos na área dos costumes, a questão da expressão “mulher honesta”, contida no código penal brasileiro da época, como condição para imputação de crimes sexuais contra elas, que não mais se aplica devido aos novos valores culturais sociais, saindo definitivamente do Código Penal Brasileiro, após sofrer mutação interpretativa. Nas palavras do jurista brasileiro Pedro Lenza:

Quando falamos que essa expressão sofreu uma mutação interpretativa, não queremos dizer que o artigo em si foi alterado, mas, sim, que o conceito de “mulher honesta”, ao longo do tempo, levando em consideração os padrões aceitos pela sociedade da época, adquiriu significados diversos. Cabe advertir que a Lei 11.106/2005 revogou diversos dispositivos do Código Penal, inclusive o que dispunha acerca da “mulher honesta. (LENZA, 2012, p. 144)

Pela própria lei brasileira, nem todas as mulheres eram protegidas quando vítimas de crimes sexuais. O Código Penal previa reclusão, somente para quem, mediante fraude, agisse para: “induzir mulher honesta a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso”, consequentemente, as mulheres “desonestas” não poderiam recorrer aos tribunais, ainda que vítimas de tais crimes.

O Código Penal de 1940, ao tratar dos crimes de natureza sexual utilizou tal expressão que hoje é considerada pejorativa para classificar uma mulher, o que foi algo demorado a ser notado pela sociedade, o equívoco machista empregado ao termo. Durante algum tempo nossa lei penal retirou da tutela jurisdicional as mulheres conhecidas como imorais, trazendo conceitos seletivos nos crimes sexuais, como virgem, honesta e prostituta.

Deste modo, o conceito de mulher honesta alterou-se ao longo dos anos, o que entendemos hoje como sendo pessoa honesta, não obstante a subjetividade vaga da palavra, certamente não se confunde com o utilizado pelos nossos antepassados, estando sedimentado na sociedade o entendimento de que, não importam as qualidades e os vícios da pessoa, esta pode ser vítima de crimes sexuais. Hoje, defende-se naturalmente que uma prostituta pode ser vítima de estupro, razão pela qual, inclusive, referida expressão foi suprimida do Código Penal.

Outro caso de mutação interessante é o da prisão civil por dívidas, ainda prevista expressamente pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXVII, que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

O texto é bastante claro, sequer precisa de interpretação. Havia no Brasil dois casos de prisão civil, a prisão por inadimplência da pensão alimentícia e a do depositário infiel.

Ocorre, no entanto, que no ano de 1992, o Brasil tornou-se signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto San José da Costa Rica, que proíbe a prisão por dívidas em seu artigo sétimo, criando-se a celeuma que foi levada para o Supremo Tribunal Federal, acerca do conflito entre a aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, em face da aplicação do Pacto de San José da Costa Rica, que em seu artigo 7º, que prevê como única exceção para prisão civil a inadimplência por pensão alimentícia, não excetuando prisão ao depositário infiel.

Foram vários os julgados até que o STF passou a fundamentar sua decisão no fenômeno da mutação constitucional, para afastar a prisão por dívidas, como no julgamento do Habeas Corpus 91.361-0 - SP, relatado pelo Ministro Celso de Mello. O Supremo entendeu que a prisão civil não atendia às novas perspectivas em termos de direitos humanos, sendo necessário atribuir ao dispositivo constitucional nova interpretação, via mutação constitucional. Vejam-se trechos da Ementa do Ministro relator:

"EMENTA - HABEAS CORPUS" - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO LEGAL (LEILOEIRO OFICIAL) - A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA - CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, n. 7) - HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS - PEDIDO DEFERIDO. ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL...

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.

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 91.361-0 SP, Relator: Min. Celso de Mello, 2007)

Pacificando a questão e atribuindo a ela efeito vinculante, foi editada pelo Plenário da corte a Súmula Vinculante nº 25, que determina que: “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

Segundo o site oficial do Ipea - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, a inflação galopante que existia ao final da década de oitenta chegou a quase 2000% ao ano, também passou pelo processo de mutação constitucional, pois os tribunais outrora entendiam que a correção monetária só poderia ocorrer se houvesse expressa previsão legal.

Esse entendimento foi alterado com base na mutação constitucional, em decorrência de diversos julgados do STF que foram pacificando a questão, até que, finalmente passou-se a entender que a correção monetária poderia ocorrer independentemente da expedição de qualquer norma. Vejamos o julgamento da lavra do Ministro relator Gilmar Mendes:

O fenômeno da inflação pode levar a uma visão diferente do princípio constitucional da legalidade, **fornecendo exemplo de mutação constitucional**. Veja-se que, num primeiro momento, quando a corrosão da moeda não era extrema, a jurisprudência afirmava que ‘a correção monetária somente pode ocorrer em face de autorização legal’ (STF, RE 74.655, DJ de 1º-6-1973). Mais adiante, quando o problema monetário se agravou, passou-se a entender que o princípio da legalidade conviveria com a correção monetária sem lei expressa nos casos de dívida de valor (STF, RE 104.930, DJ de 10-5-1985). Atingido os patamares do descontrole inflacionário a correção monetária vem a ser aplicada em qualquer dívida, independentemente de previsão legal (STJ, REsp 2.122, RSTJ, 11/384, em que se lê: ‘construção pretoriana e doutrinária e doutrinária, antecipando-se ao legislador, adotando a correção como imperativo econômico, jurídico e ético, indispensável à justa composição dos danos e ao fiel adimplemento das obrigações, dispensou a prévia autorização legal para a sua aplicação.’) (MENDES, 2009, p. 263).

Outro exemplo clássico de mutação constitucional é o conceito de família, previsto no art. 226, §3º da CF. A União Estável entre homem e mulher foi reconhecida pelo STF como entidade familiar e, mais recentemente, decisões da Suprema Corte ampliaram o conceito de família, com o reconhecimento da união homoafetiva.

Considerando a mutação constitucional, o STF reconheceu ser legítima a união homoafetiva como entidade familiar em razão do princípio da dignidade da pessoa humana,

concedendo direito sucessório ao casal, com o recebimento da pensão por morte pelo companheiro sobrevivente, sendo proibida qualquer forma de discriminação, conforme jurisprudência citada abaixo:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE. UNIÃO HOMOAFETIVA. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO COMO ENTIDADE FAMILIAR. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DAS REGRAS E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS VÁLIDAS PARA A UNIÃO ESTÁVEL HETEROAFETIVA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, ambas da Relatoria do Ministro Ayres Britto, Sessão de 05/05/2011, consolidou o entendimento segundo o qual a união entre pessoas do mesmo sexo merece ter a aplicação das mesmas regras e consequências válidas para a união heteroafetiva. 2. **Esse entendimento foi formado utilizando-se a técnica de interpretação conforme a Constituição para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.** Reconhecimento que deve ser feito segundo as mesmas regras e com idênticas consequências da união estável heteroafetiva ... (STF, RE 687432 AgRg/MG, Relator: Min. Luiz Fux, 2012).

Entendeu o STF com base na mutação constitucional mencionada expressamente, na indexação aos votos, que ninguém pode ser privado de direitos, nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual.

A decisão é contundente ao afirmar que a família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações das uniões heteroafetivas, ou seja, o indivíduo homossexual tem direito de receber igual proteção da lei, sendo atualmente inaceitável qualquer entendimento que exclua ou discrimine pessoas ou que as desigule em razão de sua orientação sexual.

Além desse exemplo, podemos ver a mutação constitucional, compreendida como a fixação de novo entendimento, que acarretou num processo de alteração do sentido da norma constitucional, sem alteração do texto, ocorrendo na expressão “casa” prevista no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988, que menciona até os dias atuais, que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador.

Por mutação o conceito da palavra casa foi estendido para local de trabalho e de estadia como hotel, entre outros, para todos os efeitos legais. Foi o que ocorreu no Recurso Extraordinário n. 251445 / GO onde foi Relator o Ministro CELSO DE MELLO:

EMENTA: PROVA ILÍCITA. MATERIAL FOTOGRÁFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90, ART. 241). FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL

DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI) ...

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. DOUTRINA. - **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, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 251445 / GO, Relator: Celso de Mello, 2000)

O STF decidiu que o termo casa, resguardado pela inviolabilidade e antes restrito ao domicílio e a residência, deve ser abrangente, devendo se estender também a qualquer compartimento privado onde alguém exerça sua profissão ou atividade.

Outro caso reconhecido como um fenômeno da mutação constitucional no Brasil, polêmico por envolver questão política, mas que inegavelmente decorreu de um anseio social por menos privilégios aos agentes políticos, eis que notório que a classe política brasileira é altamente privilegiada, foi aquele que se operou no julgamento do STF sobre o foro por prerrogativa de função, com o cancelamento da Súmula 394 do STF, que antes dotava membros do poder com prerrogativas em razão do cargo prevista no artigo do 102, I, b, da CF/88.

Dispunha a Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal que: “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.

A regra constitucional estabelecia que membros de poder, tais quais os parlamentares, seriam julgados pelo STF nos crimes comuns em razão do cargo que ocupavam. Antes da mutação o parlamentar uma vez beneficiado por tal prerrogativa, a mantinha após deixar o cargo.

O STF sem alteração da regra constitucional alterou o alcance da norma, determinando que: “somente os titulares de cargo de poder não seus ex-membros”. De modo que o criticado “foro privilegiado” teve restringido seu alcance somente aos titulares de cargos.

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. HABEAS CORPUS CONTRA ATO DE TURMA RECURSAL DE JUIZADO ESPECIAL. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALTERAÇÃO DE

JURISPRUDÊNCIA. REMESSA DOS AUTOS. JULGAMENTO JÁ INICIADO. INSUBSISTÊNCIA DOS VOTOS PROFERIDOS. Tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, modificando sua jurisprudência, assentou a competência dos Tribunais de Justiça estaduais para julgar habeas corpus contra ato de Turmas Recursais dos Juizados Especiais, impõe-se a imediata remessa dos autos à respectiva Corte local para reinício do julgamento da causa, ficando sem efeito os votos já proferidos. Mesmo tratando-se de alteração de competência **por efeito de mutação constitucional (nova interpretação à Constituição Federal), e não propriamente de alteração no texto da Lei Fundamental**, o fato é que se tem, na espécie, hipótese de competência absoluta (em razão do grau de jurisdição), que não se prorroga. Questão de ordem que se resolve pela remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, para reinício do julgamento do feito. (BRASIL - STF, HC 86.009-QO, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, 2007).

A mutação constitucional é um tema que vem ganhando bastante relevância na doutrina constitucional e na jurisprudência. Não é incomum que ministros do Supremo Tribunal Federal invoquem o conceito para aplicar em casos por eles analisados.

A partir deste movimento cada vez mais crescente de se referir à mutação constitucional no processo interpretativo da Constituição Federal, surgem enormes dúvidas acerca de seu real significado e da sua melhor aplicação.

É corriqueiro lermos diversos autores que associam a mutação constitucional a um método de interpretação, já que em sua origem foi assim considerada. A interpretação como sinônimo de hermenêutica, sendo possível associar à mutação constitucional, muito próxima da escola histórico evolutiva, através de seu método de interpretação progressivo e evolutivo.

3 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ERA DIGITAL

Quando falamos em transformação digital, inteligência artificial e sociedade da informação, por vezes ainda não nos damos conta dos avanços tecnológicos das últimas décadas e os efeitos na sociedade, realizando uma digressão ficam mais visíveis as alterações.

Há cerca de quarenta anos para falar à distância com uma pessoa no Japão, os únicos veículos eram a carta pelo correio que levava cerca de 30 dias para chegar ao seu destino, e o telefone interurbano que custava dez vezes mais que uma ligação local; o Fiat 147 foi o primeiro carro totalmente a álcool no Brasil; há cerca de dez anos os processos judiciais eram todos físicos, os volumes e apensos eram amarrados por barbantes e separados em suas capas por cores. Hoje falamos comumente em e-mail, iphone, carro híbrido, assinatura digital, comércio eletrônico, processo judicial eletrônico.

Marcos Cesar Weiss retratou bem este cenário:

Nas últimas décadas, particularmente após as guerras mundiais, vimos uma profusão de inovações. Particularmente assistimos ao advento dos microprocessadores, da fibra ótica e, principalmente, da internet. Vivemos agora mais uma era de profundas transformações sociais e tecnológicas, ambas significativamente estimuladas principalmente pela incessante e crescente geração de inovações em Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC). Uma era em que uma nova sociedade parece estar emergindo a partir da tão alardeada transformação digital. (WEISS, 2019, p.203)

Nos dias atuais temos mais velocidade, informação e comodidade, experimentamos um novo estilo de vida, com significativos efeitos e consequências desconhecidas.

A quarta revolução industrial nos apresenta a inteligência artificial com a robótica avançada e o transporte automatizado, a biotecnologia e a genômica, esses desenvolvimentos estão transformando a maneira como trabalhamos e como vivemos.

Muitos empregos estão simplesmente desaparecendo ao mesmo tempo em que outros surgem com a exigência de capacitação multifuncional, tornando a questão da inclusão digital uma questão de fundamental importância para a sobrevivência da sociedade como a conhecemos, e a ética um valor de grande preocupação da humanidade.

Na mesma toada dos avanços tecnológicos, o desenvolvimento da sociedade ocorre em larga escala, mudando sua concepção sobre muitas questões, há cerca de duas décadas, a sociedade aceitava apelidos pejorativos de raça, deficiências e aparência das pessoas, e mantinha pacificamente a margem social minorias com outra orientação sexual, outra cultura e costumes diferentes da maioria, nos dias atuais tais comportamentos não são aceitos.

Tudo isso sempre teve enorme efeito no direito, que em todos os momentos da história, precisou lidar com os costumes e o modo de vida, interesses, necessidades e conflitos.

Os direitos Humanos, do Homem e os Fundamentais, estão ligados a dignidade da pessoa humana, como àqueles destinados a proteger a raça humana de si mesma, para coibir o mais forte de abusar do mais fraco e dos menos favorecidos, os vulnerados; assim como, para a limitação do poder do Estado.

A história da humanidade é cheia de violência, opressão, perseguição e mortes, sendo os direitos do Homem primordiais para evitar que as barbáries do passado se repitam, e para que permitam a evolução da humanidade.

Os direitos fundamentais consistem numa série de direitos subjetivos ligados à raça humana em sociedade, garantindo direitos básicos como por exemplo a igualdade, a liberdade,

a vida e a dignidade, o ilustre filósofo Norberto Bobbio classifica os direitos fundamentais como:

(...) direitos individuais, que pressupõe a igualdade formal perante a lei e constituem garantia do cidadão, diante da força cada vez mais descomunal do Estado; b) direitos sociais, que procura inserir o sujeito de direito no contexto social, representando um compromisso sócio-ideológico do Estado em busca da justiça social; c) direitos transindividuais, compreendendo os coletivos e difusos, abarcando a proteção do consumidor, meio ambiente e outros valores considerados importantes para a vida da sociedade; e d) do patrimônio genético, relacionados à biotecnologia e bioengenharia, tratando de questões relativas à vida e os direitos dos sistemas informatizados e de comunicação. (BOBBIO, 1992, p. 49-53)

Na história da humanidade os dez mandamentos foram os primeiros direitos postos a uma coletividade, antes dele houveram outros como o código de Hamurabi do séc XVI AC, mas o primeiro documento com determinações advindo de um soberano “Deus”, voltado a declarações de direitos do homem, ainda que a contrário sensu, foram os dez mandamentos, conforme menciona Freiria (2007), nas sagradas escrituras, em Deuteronômio 4, versos 1 e 2, Moisés fala ao povo: e agora, ó Israel, ouvi as leis e os mandamentos que vos ensino para pô-los em prática.

Enquanto documento formal de direitos do Homem, reconhecido pelos estudiosos e comumente aceito, foi escrita a Carta Magna de 1215 do Rei João Sem Terra; um pacto para reconhecimento de direitos importante no contexto da época, Declaração de Virgínia que influenciou as declarações de direito da revolução francesa como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e após a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 com força vinculante entre os Estados subscritores.

No Brasil, com referência aos direitos humanos e fundamentais, foi adotado a partir de 1992 o Pacto de San Jose da Costa Rica (1969), como corolário da época da ditadura enfrentada no país.

Com a Constituição cidadã de 1988, foram positivados diversos direitos fundamentais, que não são exaustivos, havendo a possibilidade de adoção de direitos humanos internacionais através de tratados, conforme o disposto no artigo 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988.

De maneira geral pela doutrina, os direitos fundamentais foram classificados pela ideia de dimensões ou gerações conforme a opinião de cada autor, que se organizam a partir de marcos históricos, adequados ao contexto de cada época.

Os direitos de primeira geração advindos dos Séculos XVIII e XIX, tiveram como marco histórico a Revolução Americana (1776) e Revolução Francesa (1789), onde houve a aprovação da primeira Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão em 26 de agosto de

1789, os valores de referência eram a liberdade, igualdade, os direitos civis e políticos, visava restringir a atuação do Estado, tendo como exemplos direito de propriedade, direito de crença, direito à igualdade formal, direito de locomoção, liberdade religiosa. Sobre o tema, Paulo Bonavides ministra:

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.

Os direitos de primeira geração ou os direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa que ostentam mais subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (BONAVIDES, 2006, p. 563-564)

Os direitos fundamentais de segunda geração, advindos dos séculos XIX e XX, tiveram como marco histórico a revolução Mexicana (1911) e a revolução Russa (1917), com ele passou-se a fortalecer a ideia de Estado do bem estar social; buscava a proteção da dignidade da pessoa humana, a atuação positiva do Estado, com foco na defesa dos Direitos Sociais e econômicos, na noção de igualdade, o direito à educação, saúde, a previdência social, ao lazer, e aos direitos dos trabalhadores.

Os direitos de terceira geração, de origem no século XX, no pós Segunda guerra Mundial 1945-1950; foram marcados pela revolução dos meios de comunicação e transporte, que permitiram as relações conectadas, com o compartilhamento de valores, foram os direitos difusos e coletivos, possuíram como fonte a solidariedade e fraternidade, sendo exemplos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à paz, ao desenvolvimento, os direitos dos idosos, das crianças, dos adolescentes e dos portadores de deficiência. Em julgado do STF o Ministro Celso de Mello comentou:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança n. 22.164/SP, Relator o Ministro Celso de Mello, 1995)

Nos dias atuais, apontados por alguns doutrinadores, despontam os direitos de quarta geração ou dimensão como prefere Bonavides, a partir do século XX, não há consenso na doutrina sobre o conteúdo específico, mas segundo Bobbio está ligado a engenharia genética, aos direitos tecnológicos, e o direito à informação.

Segundo Wolkmer e Morato, são dimensões de direitos relacionados à biotecnologia, bioética e regulação da engenharia genética, podemos citar como exemplos, as descobertas científicas e os avanços tecnológicos, a redução da taxa de mortalidade, a longevidade, o código genético de plantas e animais, as armas bioquímicas, a procriação assistida, o congelamento de espermatozoides e de embriões, a questão da mãe de aluguel e da clonagem.

Diante de todos esses avanços biotecnológicos, Norberto Bobbio leciona:

(...) já apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo (BOBBIO, 1992, p. 6)

Ainda há autores que falam em direitos fundamentais de quinta geração, século XXI, ligados a tecnologia da informação, ao ciberespaço e a realidade virtual, trazendo como exemplos a internet, os celulares e a era digital.

Nas palavras de Wolkmer, Leite e Morato, afirmam que a partir daqui, despontam os fatores que estarão cada vez mais presentes nas relações da sociedade digital, através da infinitas possibilidades advindas das novas tecnologias:

A passagem do século XX para o novo milênio reflete uma transição paradigmática da sociedade industrial para a sociedade da era virtual. É extraordinário o impacto do desenvolvimento da cibernética, das redes de computadores, do comércio eletrônico, das possibilidades da inteligência artificial e da vertiginosa difusão da internet sobre o campo do Direito, sobre a sociedade mundial e sobre os bens culturais do potencial massificador do espaço digital (WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato, orgs., 2016, p. 32)

A progressão histórica dos direitos humanos e fundamentais com suas classificações ao longo dos tempos demonstra a evolução das sociedades no mundo todo, como muda o enfoque sobre os direitos fundamentais ao longo do tempo, sempre seguindo as alternâncias de direção das tutelas e do interesse da sociedade a que se destina, sendo necessário a adaptação do direito para as novas realidades sociais.

A implementação destes direitos sempre foi muito complexa, acompanhada muitas vezes de lutas de classes, entre povos e nações, envoltas em interesses políticos e econômicos conflituosos, sofrendo influências constantes de culturas e ideologias diferentes.

Com o avanço das novas tecnologias, os direitos fundamentais sofrerão mudanças para serem alcançados e distribuídos, as tradicionais bases do direito serão desafiadas com o surgimento de novas realidades sociais tornando a legislação existente obsoleta.

É que tendo em vista o potencial disruptivo que possuem, elas afetam questões muito sensíveis à sociedade e ao direito, como a ciência, a educação, a ecologia, e o mercado de trabalho, deixando muitas dúvidas de como devem ser tratadas, é a questão da ética no relacionamento pessoa-máquina.

Esta situação gera muita instabilidade jurídica, de um lado a explosão de avanços tecnológicos, contrapondo-se do outro lado com a lentidão ou mesmo a incapacidade dos poderes do Estado de criarem ou de adequarem a legislação, regulamentando tais novidades, impotentes diante de novidades que envolvem o direito e a ética juntamente com os valores econômicos e sociais a serem desenvolvidos, em risco a proteção de diversos direitos fundamentais dos indivíduos na sociedade.

Veja-se o caso que foi divulgado no site da empresa de tecnologia Eveo, da humanóide saudita que impressiona pela sua capacidade de se expressar e conversar com pessoas, a robô Sophia foi capa de revista de moda e tem milhares de seguidores no instagram, ela foi criada com inteligência artificial em 2015, pelo cientista norte-americano David Hanson, fez aparições em diversos programas de TV e até discursou em eventos da ONU.

A robô chama a atenção por sua capacidade de reproduzir até sessenta e duas expressões faciais, debater sobre assuntos diversos e até contar piadas.

Em 2017 encantados pela robô, houve a concessão de personalidade jurídica a Sophia, onde se concedeu a cidadania árabe a robô com inteligência artificial.

Ironicamente, em um país onde as mulheres mal exercem a cidadania, são oprimidas e submetidas a restrições até mesmo para desempenhar atividades básicas como trafegar em vias públicas, trabalhar e estudar, ver um robô com nome e aparência feminina possuir cidadania árabe, é um fato que merece profundas reflexões.

Várias empresas na internet divulgam casos de novidades tecnológicas, como o portal de notícias e atualizações em medicina PubMed, uma Health Tech da cidade do Rio de Janeiro, destinado a questões da área da saúde, que divulgou recentemente notícias sobre algoritmos que detectam câncer de pele, de Drones que entregam medicamentos e descontaminam hospitais e monitoram os pacientes, de aplicativos inteligentes de combate à asma, de tecnologias focadas em alergias à comida; além de novas especialidades médicas que envolvem a IA, como especialidade em aprendizagem de máquina, analista de dados da saúde do paciente, e o tele cirurgião, profissional que realiza as tele cirurgias ou cirurgias a distância.

Em maio de 2016, o site “Consultor Jurídico” divulgou a notícia de que um escritório de advocacia dos EUA contratou um robô-advogado, ROSS o advogado com inteligência artificial, começou a trabalhar na Baker & Hostetler, uma das maiores bancas de advocacia dos EUA.

Segundo contam, ele atua no escritório operando como fonte inesgotável de informações para os 50 advogados da divisão de falências da banca, tratava-se na verdade do sistema computacional ROSS Intelligence, que utiliza inteligência artificial para realizar pesquisas jurídicas avançadas, inicialmente na área de falências.

O programa emprega a tecnologia de computação cognitiva do sistema Watson, da IBM, que entre outras características possui a capacidade de processar a linguagem natural, isto é, os usuários podem digitar suas questões como se estivessem conversando com um colega, não sendo necessário o conhecimento de nenhuma linguagem de programação.

O poder judiciário não fica ileso, muito pelo contrário, o Supremo Tribunal Federal já conta com um programa de Inteligência Artificial desde 2008, o chamado robô Victor que utiliza a aplicação de IA através do machine learning, estabelecendo um sistema de classificação dos processos em temática de repercussão geral.

O autor Pedro Inazawa e seus co-autores em seu artigo coletivo denominado Projeto Victor: como o uso do aprendizado de máquina pode auxiliar a mais alta corte brasileira a aumentar a eficiência e a velocidade de avaliação judicial dos Processos julgados (2021); contam que o audacioso projeto, qualificado como o maior projeto de inovação e inteligência artificial do judiciário brasileiro, possui uma base de dados disponibilizada pelo STF com cerca de 952 mil documentos, oriundos de cerca de 45 mil processos, submetidos a um fluxo de tratamento que contribui à celeridade em análises de processos no vasto judiciário brasileiro.

E que além dele, inúmeros outros projetos com características distintas estão em andamento ou operacionalização, como a plataforma Radar em Minas Gerais, o Sinapse em Rondônia e o software Hércules em Alagoas, com o fito de proporcionar uma maior agilidade nas tarefas do judiciário

Nesta esteira um novo elemento de IA começa a ser difundido nos países mais desenvolvidos, que promete resolver a crise do judiciário, o juiz robô. Gerando muitos questionamentos de ordem prática e de ordem ética, pois como um juiz robô poderá solucionar questões jurídicas que por natureza são tão subjetivas.

Um de seus árdus críticos é o autor Lênio Streck, que diante de tal potencial de um Juiz robô com inteligência artificial, manifestou:

Em resumo, permito-me acrescentar: apostar em robôs ou admitir que robôs possam "julgar" (ou de algum modo substituir o trabalho dos juízes) nada mais é do que transferir o polo de tensão (poder) do Direito para o poder julgador. Antes, era o instrumentalismo, o realismo; agora poderá ser o robô. O problema é: quem é o dono do robô? Quem o alimenta? Cabem embargos de declaração da decisão de um robô? Quem decidirá? Como o robô aplicará os incisos de I a VI dos artigos 489 do CPC e 315 do CPP? Ou o robô responderá, de forma padronizada (afinal, é um robô) que nada tem a esclarecer? Como os algoritmos resolvem uma *distinguishing*? Como interpretam o artigo 916 do CPC? Como identificar um precedente e comparar com o caso concreto sem cair em uma abstralidade? E o artigo 10, da não surpresa? E se o robô, ele mesmo, for surpreendido? (STRECK, Conj. 2020)

Por fim, vale mencionar deste emaranhado de casos inéditos do universo digital, os bens digitais e a necessária preocupação com a herança digital, sua valoração para efeito do direito sucessório, para o cálculo do ITCMD, e como proceder a divisão aos herdeiros de tais bens digitais, delineando quais bens seriam suscetíveis de herança, como protegê-los.

Bens digitais são instruções traduzidas em linguagem binária que podem ser processadas em dispositivos eletrônicos, tais como fotos, músicas, filmes, etc., ou seja, quaisquer informações que podem ser armazenadas em bytes nos diversos aparelhos como computadores, celulares e tablets. No Brasil e o no exterior, a nova era da tecnologia traz mais uma preocupação para quem já parou para pensar na própria morte: a herança digital. (Lara, 2016, p. 22)

Daqui para frente o mundo será assim, cheio de novidades tecnológicas a espera do direito para regulamentação, é a sociedade em rede com suas ferramentas utilizadas na troca e acesso a uma vastidão de informações e de tecnologias.

A iniciativa privada deve se adaptar, mudar seu Mindset e inserir-se na nova realidade, já ao Estado brasileiro cabe a tarefa de adequar-se aos novos tempos e propiciar mecanismos para que a sociedade receba bem a tecnologia e a informação digital da maneira mais ampla e democrática possível.

Neste cenário de tantas novidades, com reflexos tão profundos no modo de vida das pessoas, os embates dos novos tempos não deverão encontrar respaldo suficiente na carta magna como ela está escrita hoje, havendo imprescindível necessidade de atualização legislativa, para o ajuste da lei aos novos tempos, sob pena de vermos cada vez mais a utilização de remédios como a mutação constitucional sendo aplicada, utilizando-se de métodos difusos de alteração da Constituição.

3.1 OS NOVOS VALORES DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

O estado da arte presente na tecnologia moderna, ou simplesmente, a tecnologia de ponta, é a principal característica da sociedade contemporânea, decorrente da quarta revolução industrial onde a inteligência humana quebrou paradigmas de toda ordem, seja material, espacial ou temporal.

É o chamado ciberespaço consubstanciado no espaço virtual das relações humanas através e com a tecnologia, é o meio de comunicação imediato que surge da interconexão mundial de computadores, entre todos os seres do globo terrestre.

E a chamada cibercultura consubstanciada nos costumes de uma sociedade em que as tecnologias da informação e comunicação (TIC's), fazem parte efetiva do seu dia a dia, com interação permanente, alterando completamente o cotidiano das pessoas.

O autor Pierri Lévy (1999) salientou que o ciberespaço permite a combinação de vários dispositivos e interfaces interativos, tais como o correio eletrônico, as conferências eletrônicas, o hipertexto compartilhado, os sistemas avançados de aprendizagem ou de trabalho cooperativo. Ele definiu na época ciberespaço como:

O espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores. Essa definição inclui o conjunto dos sistemas de comunicação eletrônicos (aí incluídos os conjuntos de redes hertzianas e telefônicas clássicas), na medida em que transmitem informações provenientes de fontes digitais ou destinadas à digitalização. (LEVY, 1999, p. 92).

O Autor faz uma profunda reflexão a partir do advento do ciberespaço e da cibercultura, sobre o novo saber e sua relação com novas perspectivas da educação, que já mudou muito nas últimas décadas, em função das novas formas de construir conhecimento, a democratização do acesso à informação, os novos estilos de aprendizagem e a inteligência coletiva. É a nova relação entre conhecimento, tempo e espaço.

O jurista Eurípedes Falcão Vieira, em seu artigo denominado a Sociedade Cibernética, (2006), fala sobre a noção de tempo e espaço que se modificam, onde surge a diferença entre o presencial e o remoto que ocorrem em diferentes espaços ao mesmo tempo. A possibilidade de presença remota que potencializa o tempo, produz visíveis efeitos econômicos, sociais, políticos e culturais:

A nova concepção de tempo-espaço nas organizações é outra realidade da pós-modernidade. O tempo das estratégias no mundo dos negócios se desenrolava independente do local da ação. As estruturas organizacionais, muitas vezes distantes espacialmente, recebiam estratégias de ação a serem desenvolvidas, elaboradas em tempos e espaços dissociados. O tempo tinha uma consideração própria e, também, o espaço. Na verdade, a sociedade estava dominada pelas concepções compartimentadas de tempo e espaço. Predominou por mais de dois séculos o paradigma do tempo absoluto e do espaço absoluto da mecânica

newtoniana, mesmo após a introdução da relatividade geral de Einstein e com ela da unidade tempo-espaço. A teoria que provocaria a grande ruptura epistemológica foi se confirmando pela experimentação e observação científica, porém na prática social e econômica só com a evolução tecnológica é que a unidade tempo-espaço começou a construir a nova realidade (VIEIRA, 2006, p.5).

O jurista mostrou preocupação com a sociedade cibernética, enfatizando que no ciberespaço o tempo-espaço torna-se uma variável determinante às novas estratégias econômicas, sociais e culturais e que a cibercultura é uma manifestação da dimensão cultural estabelecida pela interconexão dos comandos de mensagens e da imagem simbólica da nova sociedade. Sobre a sociedade cibernética, menciona:

A sociedade cibernética será uma sociedade de permanente mudança pela própria condição tecnológica que lhe dá sustentação. Nada mais permanecerá por muito tempo no mesmo lugar. Tanto no plano individual, social, como na ordem econômica global. Os poderes transterritoriais serão mais transcendentais aos poderes nacionais, o que leva à percepção de soberanias compartilhadas e, naturalmente, a determinadas rupturas de identidades. Em pouco mais de um decênio a sociedade transmutou-se rapidamente, pressionada pelas inundações do conhecimento e da informação. Um tempo de conflito certamente, e previsivelmente, se instalou, confrontando a nova realidade com a realidade em fase de esgotamento; uma impondo-se como realidade do presente para o futuro; a outra, mantendo-se encastelada em ambientes de conservadorismo. (VIEIRA, 2006, p.9)

Já o autor Castells em sua obra “A Era da Informação” (1999), faz uma reflexão em que caracteriza a cultura das sociedades informacionais como uma cultura da virtualidade real, onde não existe uma separação rígida entre realidade e representação simbólica, que leva à constituição de um novo estilo de vida e à transformação das dimensões espacial e temporal dos processos sociais. Sobre a sociedade em rede afirmou:

As redes constituem a nova morfologia das sociedades e a difusão da sua lógica modifica substancialmente as operações e os resultados dos processos de produção, experiência, poder e cultura. Embora a organização social, sob a forma de rede, tenha existido noutros tempos e lugares, o novo paradigma da tecnologia da informação fornece as bases materiais para a expansão da sua penetrabilidade em toda a estrutura social. (Castells, 1999, p. 565)

Sabendo-se que a linha de pensamento da sociedade da informação está baseada na cultura ocidental capitalista, que possui valores ligados à doutrinas liberais, como a ideia de respeito aos direitos individuais da propriedade privada, da livre iniciativa econômica, do livre mercado, e das liberdades fundamentais.

De forma que hoje o processo de transformação digital virou um mantra obrigatório, especialmente para as empresas, fazendo surgir em todo planeta empreendedores desafiando

conceitos e criando muita tecnologia, a sensação é a de que, quem não acompanhar ficará para trás.

O empreendedorismo é a arma da tecnologia, e no Brasil, novos empreendedores surgem a cada dia, com novas ideias que resultam em grandes negócios e empresas. As redes sociais são importantes campos utilizados para as mais variadas estratégias. O universo digital é riquíssimo em possibilidades.

Mas o esforço vai muito além de uma mudança tecnológica, há uma transição a ser considerada entre o velho tempo que chega ao fim e a modernidade que se introduz pelo aparato da tecnologia, da mudança de mentalidade e pelo mundo globalizado, estamos em plena transição, e, como em todo processo de transição, há quebra de paradigmas.

Para entendermos as consequências desse processo de transformação na sociedade é necessário uma visão global do processo de evolução, abrangendo todas as esferas da vida a social, econômica, política e cultural.

Sobre essa questão, do ponto de vista dos empreendedores, o autor David Rogers em sua obra Transformação Digital Repensando seu negócio, mencionando o gatilho que permite as transformações tecnológicas, menciona:

A transformação digital não tem a ver com tecnologia – tem a ver com estratégia e novas maneiras de pensar. Transformar-se para a era digital exige que o negócio atualize sua mentalidade estratégica, muito mais que sua infraestrutura de TI. (ROGERS, 2017, p.12)

A transformação digital deve ocorrer antes no modo de pensar do indivíduo, no seu entendimento enquanto cidadão que integra a sociedade, sua forma de ver o mundo e a decisão de como quer encarar seus negócios, suas dores e as dores de seus clientes.

É a mudança de mentalidade (mindset) que proporciona as condições para modernização, somente depois entra a tecnologia para efetivá-la, rever métodos, processos, entender o mercado, possibilitam melhores condições para enfrentar os desafios da era digital, traçando novos rumos, inovando de acordo com o processo de transformação da sociedade.

Em regra, o modelo disruptivo nasce a partir de uma ideia simples que propõe uma mudança de mindset. Uma alteração na percepção e no hábito de determinado comportamento da vida. Na maioria das vezes, como dito, tratam-se de insights, de captações até óbvias, que surgem a partir de lacunas da realidade posta. Propostas de condutas que, por serem percebidas como tão óbvias para os indivíduos, acabam por gerar escalabilidade, o que do ponto de vista do ecossistema de startups costuma ocorrer de forma célere e sem a necessidade de altos investimentos na sua gênese –, especialmente se comparados com os custos envolvidos em dinâmicas tradicionais. (FEIGELSON, 2018, p. 98)

É sabido que a sociedade é um organismo vivo, dinâmico por natureza, na atualidade os avanços são incrivelmente muito rápidos, e para acompanharmos essa evolução, é necessário criarmos mecanismos de adaptação às evoluções.

Neste processo há uma tensa mudança do entendimento da sociedade em geral sobre todos os temas, e como a sociedade ainda carrega enormes diferenças e profundos problemas sociais sem soluções, estes podem piorar muito; pois com a tecnologia em estado da arte, a pessoa menos favorecida que sempre foi explorada, pode não ser mais útil, sequer para exploração, pode simplesmente ser esquecido. De forma que, é preciso sempre critérios.

As inovações sociais são igualmente importantes para a implantação de inovações tecnológicas. A relação com as inovações na tecnologia – como as vinculadas aos computadores e internet em geral – precisa ser apreendida, pois especialmente as pessoas mais idosas têm problemas com elas. São exemplos da necessidade de interação entre as inovações tecnológicas e as inovações sociais, o teletrabalho e o telediagnóstico médico. Se uma inovação convém ou não ao bem comum é questão frequentemente controversa. Por exemplo, a energia atômica, a engenharia genética ou progresso com base em inovações em pesquisas com células-tronco – todos são campos disciplinares controvertidos em muitas sociedades. (HOFFMANN, 2015, p.14)

Na esteira da necessária inovação social, está a preocupação com o aumento do abismo social brasileiro, pois pior que a conhecida diferença de classes, com a tradicional exploração de mão de obra desqualificada, seria aumentar a distância entre as pessoas, entre os conectados ricos e os não conectados pobres, gerar no futuro a exclusão definitiva dos menos favorecidos, como aponta Pérez Lunõ:

A Internet está criando novas formas de desigualdade entre os “info-ricos” e “info-pobres”, ao estabelecer discriminações graves ao acesso e utilização de informações entre o Norte e o Sul, onde a falta de equipamentos irá condenar à marginalização milhões de pessoas. (Luño, 2003, p. 90-91)

Toda gama de novidades desponha para novos problemas de convívio social, novos formatos para os relacionamentos, do sentido de felicidade e de bem estar de cada indivíduo, o ser humano terá que se reinventar na comunidade em que vive, saber como se encaixar na sociedade da informação, com os modernos valores dos relacionamentos interpessoais entre as pessoas e as máquinas.

Pode ser patologia, mas não uma patologia da mente que tenta em vão forçar um sentido para um mundo destituído de significado estável e confiável; é uma patologia do espaço público que resulta numa patologia da política: o esvaziamento e a decadência da arte do diálogo e da negociação, e a substituição do engajamento e mútuo comprometimento pelas técnicas do desvio e da evasão. “Não fale com estranhos” — outrora uma advertência de pais zelosos a seus pobres filhos — tornou-se o preceito estratégico da normalidade adulta. (BAUMAN, 2011, p. 104)

Neste aspecto destaca-se o momento onde a tecnologia se mistura com o ser humano, numa simbiose meio sem direção, o renomado sociólogo e filósofo polonês Zygmunt Bauman, em suas obras sobre o que denomina modernidade líquida, traz interessantes ponderações sobre a sociedade moderna, ou nas palavras dele, sociedade pós moderna, onde os valores foram todos relativizados, os princípios sólidos então sedimentados desapareceram na fluidez das relações afetivas.

De acordo com o professor Bauman em entrevista a revista Isto é on line (2010), explica que na pós modernidade a pessoa assume uma identidade fragmentada, nada é sólido, é o que ele chama de modernidade líquida, os tempos são líquidos porque mudam rapidamente, nada é feito para durar:

Líquidos mudam de forma muito rapidamente, sob a menor pressão. Na verdade, são incapazes de manter a mesma forma por muito tempo. No atual estágio “líquido” da modernidade, os líquidos são deliberadamente impedidos de se solidificarem. A temperatura elevada, ou seja, o impulso de transgredir, de substituir, de acelerar a circulação de mercadorias rentáveis não dá ao fluxo uma oportunidade de abrandar, nem o tempo necessário para condensar e solidificar-se em formas estáveis, com uma maior expectativa de vida. (BAUMAN, 2010)

Segundo Bauman no livro Amor Líquido (2004), sobre a fragilidade dos laços humanos: “A pós-modernidade é um espaço que não registra a identidade, a relação, a história; ela se limita à informação; a identidade se reduz a um aglomerado de relações numéricas, ou seja, ao número de amigos-seguidores que se tem nas redes sociais, o número de e-mails que são recebidos e encaminhados por dia, o número de notícias lidas e compartilhadas”.

No capítulo denominado a sedutora leveza do ser, Bauman traça uma intrigante relação do antigo mundo que chegou ao fim, e poderia ser chamado de “era do hardware” ou modernidade pesada, obcecada pelo volume, uma época das máquinas pesadas e desajeitadas, dos muros de fábricas longos, guardando fábricas cada vez maiores, em contraposição a “era do software” que deu novo conceito ao espaço e ao tempo que mencionamos:

O tempo instantâneo e sem substância do mundo do *software* é também um tempo sem conseqüências. “Instantaneidade” significa realização imediata, “no ato” — mas também exaustão e desaparecimento do interesse. A distância em tempo que separa o começo do fim está diminuindo ou mesmo desaparecendo; as duas noções, que outrora eram usadas para marcar a passagem do tempo, e portanto para calcular seu “valor perdido”, perderam muito de seu significado — que, como todos os significados, derivava de sua rígida oposição. Há apenas “momentos” — pontos sem dimensões. Mas, será ainda um tal tempo — tempo com a morfologia de um agregado de momentos — o tempo “como o conhecemos”? A expressão “momento de tempo” parece, pelo menos em certos aspectos vitais, um oxímoro. Teria o tempo, depois de

matar o espaço enquanto valor, cometido suicídio? Não teria sido o espaço apenas a primeira baixa na corrida do tempo para a auto-aniquilação? (Bauman, 2011, p. 113)

Lévy também escreveu sobre tais contradições e as complexas relações humanas na pós modernidade:

Em primeiro lugar, o crescimento do ciberespaço não determina automaticamente o desenvolvimento da inteligência coletiva, apenas fornece a esta inteligência um ambiente propício.

De fato, também vemos surgir na órbita das redes digitais interativas diversos tipos de formas novas — de isolamento e de sobrecarga cognitiva (estresse pela comunicação e pelo trabalho diante da tela), — de dependência (vício na navegação ou em jogos em mundos virtuais), — de dominação (reforço dos centros de decisão e de controle, domínio quase monopolista de algumas potências econômicas sobre funções importantes da rede etc.), — de exploração (em alguns casos de teletrabalho vigiado ou de deslocalização de atividades no terceiro mundo), — e mesmo de bobagem coletiva (rumores, conformismo em rede ou em comunidades virtuais, acúmulo de dados sem qualquer informação, "televisão interativa") (LÉVY, 1999, p. 27,28)

Na mesma linha de reflexão, o autor Manuel Castells afirma que estamos em uma época que aponta o dilema do determinismo tecnológico, como um aspecto que deve ser refutado, ele afirma de maneira categórica: “a tecnologia é a sociedade, e a sociedade não pode ser entendida ou representada sem suas ferramentas tecnológicas.” (CASTELLS, 1999, p.43).

A relação pessoa e redes sociais é mesmo difusa, declarou em um evento na Itália o escritor Umberto Eco:

As redes sociais deram o direito à palavra a legiões de imbecis que, antes, só falavam nos bares, após um copo de vinho e não causavam nenhum mal para a coletividade. (ECO, Correio do povo, 2016)

A frase é polêmica e veio de um crítico da pós modernidade, mas de fato a comunicação coletiva e on-line via mídias sociais pela internet e celulares, apresentam uma sensação de superficialidade.

A sensação é de que há em curso uma mutação tecnológica-humana em vigência nos dias atuais, uma mistura estranha na relação pessoa e máquina. É inegável a facilidade que o jovem tem com o uso das tecnologias, a linguagem lhes é familiar.

Paradoxalmente, constatando como são complexas relações sociais modernas, há uma sensação de incomodo com conceitos então arraigados na sociedade, que as novas gerações questionam e não aceitam, posturas e palavras preconceituosas antes aceitas como normais, hoje são rechaçadas, combatidas, questões discutidas na atualidade como racismo e machismo estrutural, a inclusão das minorias, a naturalização da convivência com os desiguais em

questões de gênero e de raça, enfim, há uma geração mais adepta a pluralidade e menos tolerante com os preconceitos que se formam em redes sociais e tem opinião para tudo, sem qualquer fundamento.

Se os avanços tecnológicos estão transformando os setores da economia no Brasil e no mundo, a sociedade precisa acompanhar tais mudanças, o que exige aquisição de conhecimentos e competências específicas, com a automação e o uso da inteligência artificial, as instituições públicas e privadas irão exigir pessoas com mais habilidades humanas e interpessoais:

Um dos traços mais característicos das sociedades modernas está vinculado ao advento das mudanças técnicas, sociais e culturais. O fenômeno não poupa nenhum setor: quer seja na produção, nos transportes, na comunicação, nas instituições, no direito, nas relações inter-humanas, na vida cotidiana, em toda parte há um aumento da velocidade, tudo sempre vai mais rápido... (LIPOVETSKY, 2016, p. 111).

A professora Regina Belluzzo escreveu sobre a transformação digital e a competência em informação (Coinfo), trouxe uma reflexão bastante interessante acerca da era digital e a transformação da sociedade em todas as suas vertentes, e a necessidade da disseminação de aquisição de Competência em informação para os brasileiros em geral; divulgando a agenda de desenvolvimento da ONU trabalhada na conferência Rio mais 20 para 2030 para a busca do cidadão no século XXI, com pensamento crítico sobre a informação para: a) saber localizar e acessar a informação; b) saber que processos efetuar para compreender a informação e utilizá-la.

Diz que a Coinfo deve ser compreendida como um direito fundamental da pessoa humana, levantando a seguinte questão:

É sabido que muitas pessoas e organizações não dominam plenamente os seus recursos de TIC ou não estão sendo educadas e formadas com o seu uso, e esse fato as tornam significativamente carentes de desenvolvimento de novas competências e habilidades que as tornem mais exigentes e críticas no que diz respeito às possibilidades de verem suas necessidades atendidas por esse meio. É preciso estar informado e ter consciência do lado luminoso e do lado sombrio da revolução digital. Depois é preciso aceitá-los. Saber inter-relacionar a realidade digital (pensar na economia digital global) à realidade das populações (agir na economia física local) será uma decisão a ser tomada, cuja responsabilidade é de todos os atores sociais. (BELLUZZO, 2019, pag. 13)

A acessibilidade da tecnologia de informação e comunicação (TIC) deve permitir que os indivíduos desfrutem do seu uso, aumentando o bem-estar de todos, ajudando a melhorarem

suas condições de vida, saúde e trabalho, pois do contrário, estaria contribuindo para aumentar as dificuldades de viver em sociedade.

Nas redes sociais imperam a exposição de informações, imagens e histórias nem sempre verdadeiras; as redes sociais tem sido um grande difusor da construção e da destruição de reputação de pessoas e empresas, onde impera um mundo irreal do ser humano perfeito que não existe, um gerador de novas formas de stress e vícios até de postura aos que passam o dia inclinados sob uma tela.

As redes sociais tem mesmo um lado perigoso, seus efeitos com uso exagerado podem ser graves como isolamento e sobrecarga, dependência, e até a exploração de pessoas e do trabalhador. Assim como, o uso indiscriminado pode gerar crimes como a invasão de privacidade e o uso de dados com fins ilícitos em golpes de toda ordem.

Foi criado o conceito de verdades e inverdades coletivas, problemas de ansiedade, relacionamentos e conflitos virtuais, novos problemas psicológicos ocasionados pela ansiedade de não saber lidar com excesso de informações, fora os problemas de acesso a rede exclusão digital.

Pierre Lévy (1999) refletindo sobre o ciberespeço e a inteligência coletiva, expõe preocupação com a interação entre os Homens, com as novas formas de troca de informações e de conhecimentos, a ideia de inteligência coletiva é difundida e está a cada dia mais ganhando raízes nas redes sociais.

O conhecimento na era digital esta interligado com a tecnologia, sendo está um veículo poderoso de aquisição de conhecimento, um modelo de valores disruptivos com possibilidades imensas e até imprevisíveis para gerar diversas formas de riquezas.

O mundo virtual é um veículo extraordinário de que dispomos e devemos tirar proveito, se existe um lado negativo nos ambientes virtuais, a tecnologia não pode ser responsabilizada pelo mau uso que fazemos dela, temos que evoluir junto com as máquinas, o ciberespaço acaba sendo um retrato da sociedade em que vivemos, com suas incríveis vantagens mas também com todos os seus infortúnios, precisamos desenvolver bem nossa cibercultura.

É preciso contrabalancear as incríveis transformações da vida moderna baseadas em tecnologias de alto custo, exploráveis comercialmente no mercado privado, frente ao Estado que não é onipotente a ponto de conferir a todos igualdades de direitos sociais e digitais, gerando tudo isso, um futuro incerto à população menos favorecida.

Logo, o anseio da nova sociedade é o conhecimento, que não se confunde com as inúmeras informações difundidas na internet e nas redes sociais, estas são o instrumento de

acesso ao mundo virtual com todo conteúdo disponível, mas é preciso critérios para navegar e distinguir bons conteúdos, dos maus.

3.2 OS NOVOS CONFLITOS E AS DECISÕES JUDICIAIS NA ERA DIGITAL

Os novos conflitos na era digital e suas respectivas decisões judiciais podem ser analisados por vários ângulos, seguem os três que mais interessam a este estudo, onde primeiramente discorre-se sobre os novos direitos sociais coletivos expressos na Constituição Federal alterando a forma em que o Judiciário tutela a sociedade; após, rapidamente sobre o aspecto da invasão de tecnologias no órgão e suas implicações; e no terceiro de forma mais pormenorizada, é traçada a análise da ética e da bioética nas decisões judiciais transformando-se em elementos importantíssimos para a expansão dos direitos fundamentais.

3.2.1 Dos novos direitos sociais coletivos;

Na atualidade a grande demanda por direitos sociais coletivos afligem o judiciário, e passam antes da questão tecnológica, por questões relativas as condições político-sociais do país, sabidamente cheio de pobreza e desigualdades sociais, que não podemos deixar de mencionar, eis que alicerce da necessidade de tutela dos direitos fundamentais.

Neste intuito a obra do autor José Reinaldo de Lima Lopes (1994), denominada “Direito subjetivo e direitos sociais: O dilema do judiciário no Estado social de direito”, traz um questionamento de suma importância sobre a questão dos novos direitos sociais expressamente previstos na Constituição de 1988, ensina o autor que os direitos sociais, mesmo como direitos subjetivos, não são iguais aos direitos individuais.

A Constituição Federal elenca expressamente os novos direitos sociais, distribuídos como direito a seguridade social (saúde, previdência social, assistência social) e os demais direitos (cultura, educação, desporto, meio ambiente, família, criança, índios, ...).

A carta magna exemplifica alguns dos mais importantes direitos fundamentais destacando os responsáveis por sua implementação como o direito a educação que é dever do Estado e da família; direito à saúde, garantido mediante políticas sociais e econômicas, entre outros.

Daí surge a distinção da tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, onde o autor aponta a natureza jurídica dos direitos sociais ali previstos, de um lado os direitos a liberdade e a propriedade privada, no artigo 5ª da Constituição Federal; e do

outro, os direitos coletivos que possuem outro caráter, onde os remédios ou a ação para proteção de tais direitos são distintas, onde as situações precisam ser criadas, cita o exemplo do direito a educação que é mais do que o direito a vaga e as condições de estudar, e de como efetivá-lo a todos indistintamente, em suas palavras:

Ora, tipicamente os novos direitos sociais, espalhados pelo texto constitucional, diferem em natureza dos antigos direitos subjetivos. Não se distinguem apenas por serem coletivos, mas por exigirem remédios distintos. Mais ainda, têm uma implicação política inovadora na medida em que permitem a discussão da justiça geral e da justiça distributiva, para retomarmos a distinção clássica. (LOPES, 1994, p. 127)

Os novos direitos subjetivos coletivos elencados na constituição como mandamentos de aplicação imediata, não são exequíveis individualmente, de regra dependem para sua eficácia, de atuação do Executivo e do Legislativo (educação pública, saúde pública, segurança e justiça, etc.)

Os novos direitos, que aliás nem são tão novos visto que já se incorporaram em diversas constituições contemporâneas, inclusive brasileira anteriores a 1988, têm a característica especial. E esta consiste em que não são fruíveis, ou exequíveis individualmente. Não quer isso dizer que juridicamente não possam, em determinadas circunstâncias, ser exigidos como se exigem judicialmente outros direitos subjetivos. Mas, de regra, dependem para sua eficácia, de atuação do Executivo e do Legislativo por terem o caráter de generalidade e publicidade. Assim é o caso da educação pública, da saúde pública, dos serviços de segurança e justiça, do direito a um meio ambiente sadio, o lazer, a assistência aos desamparados, a previdência social, e outros previstos no artigo 6º, no artigo 7º, sem contar as disposições dos incisos do artigo 170, do artigo 182, do artigo 193, do artigo 225, e muitas outras espalhadas ao longo do corpo de toda Constituição de 1988. (LOPES, 1994, p. 129)

Explica o autor que os direitos sociais dependem para sua eficácia de uma ação concreta do Estado através de políticas públicas e não simplesmente de uma possibilidade de agir em juízo.

De forma que, trata-se de saber diante da inércia do executivo, se os cidadãos em geral têm direito ou não de exigir, juridicamente, a execução concreta de direitos, que deveriam ser implementados por políticas públicas, e a prestação de serviços públicos, e se o judiciário pode provocar a execução de tais políticas.

Outro complicativo trazido no texto de Lopes, é o fato de que muitos dos direitos sociais não são exercíveis exclusivamente contra o Estado, como por exemplo o meio ambiente e a defesa do consumidor o conflito não está entre o Estado e o cidadão mas entre cidadãos.

O conflito de interesses não está, primariamente, entre o Estado e o cidadão, mas entre cidadãos. Qual o direito de que gozam? Cada vez mais, os direitos

sociais interessam à proteção de alguns cidadãos contra outros, capazes de violarem a ordem pública, o bem comum, o gozo pacífico do patrimônio comum da humanidade, etc. (LOPES, 1994, p. 131)

Na ausência de atuação do executivo e do legislativo, restam toda gama de dificuldades a população, especialmente a menos favorecida, sem condições de suprir suas necessidades básicas, batem na porta do Judiciário, onde lhe cabe, por dever de ofício, levar soluções as questões que lhe são postas.

Note-se que o judiciário somente pode atuar na garantia de tais objetivos se for provocado e, uma vez feita a provocação tem o dever de apontar uma solução, diferentemente do executivo e do legislativo que podem dar início a tais medidas espontaneamente e quando entenderem pertinente.

Questiona o autor então se as decisões judiciais a respeito de qualquer direito social seriam inúteis, e a resposta foi não, que cada sentença judicial concedendo direitos previstos na constituição, pressiona os demais poderes e reforça a necessidade de implementação de tais direitos por políticas públicas, em suas palavras:

Pela sua natureza, o debate judicial permite o avanço da democracia ao permitir as discussões de temas relevantes. Seja lá qual a nossa opinião a respeito de temas como censura, liberdade de imprensa, aborto, direitos de minorias, direito de greve, etc., sua submissão judicial amplia o espaço de democracia, porque exige, com mais ou menos sucesso, a racionalidade das propostas divergentes. (LOPES, 1994, p. 137)

Deste contexto nota-se a dificuldade de resolver, pela via judicial, demandas sociais coletivas; da mesma forma em que se percebe a importância dela com suas sentenças impositivas, para o progresso dos direitos fundamentais.

Nos dias atuais há uma demanda gigantesca por políticas públicas, que solucionem de forma eficaz os problemas sociais brasileiros, em que pese sabermos que os recursos são finitos, a gestão das políticas públicas depende, entre outras coisas, dos meios, da capacidade técnica dos servidores públicos e do orçamento público.

O pleno do Supremo Tribunal Federal em 13.08.2015, proferiu decisão paradigmática no Recurso Extraordinário 592.581 acerca do papel do poder judiciário na determinação de políticas públicas, reafirmando entendimento que já vinha se consolidando na Corte com forte tendência de confirmação desta obrigação.

No caso a controvérsia versava se o poder judiciário teria legitimidade para determinar ao Estado a implementação de políticas públicas, mesmo apresentando sérios déficits orçamentários, o recurso teve como recorrente o Ministério Público do Estado do Rio Grande

do Sul que, reformando uma decisão do juízo de primeira instância, entendeu que a imposição de obrigações, nesse caso, violaria o princípio da separação dos poderes.

Essa violação seria referente não apenas à possibilidade material de direitos constitucionais programáticos, mas também à discricionariedade da administração pública, mas o STF manteve a decisão, segue a ementa:

EMENTA: REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido.
(BRASIL - STF, RE 592581 / RS - RIO GRANDE DO SUL - RELATOR - RICARDO LEWANDOWSKI, 2016)

Em seu relatório, o ministro Ricardo Lewandowski argumentou ser responsabilidade do Poder Judiciário impor à administração pública como obrigação de fazer, a execução de obras em unidades prisionais para garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, que se encontram encarcerados pelo Estado.

Segundo Dantas importante destacar que atualmente, existe uma discussão tanto acadêmica como política no tocante à implementação de direitos fundamentais na sociedade, tornando-se importante a caracterização do momento em que se iniciou a inserção de políticas públicas no ordenamento jurídico, tendo em vista que ela compõe um elemento que garante os direitos fundamentais (DANTAS; LEÃO JUNIOR, 2014, p.71).

O atual desafio do direito contemporâneo, é delinear a forma de tutela dos novos direitos sociais, coletivos e indivisíveis, que se confunde com a questão da inclusão ou exclusão digital, advinda da revolução tecnológica, com todas as suas incríveis transformações na vida

moderna, calcadas em tecnologias de alto custo, exploráveis comercialmente no mercado privado.

Frente a esse cenário, surgem muitos questionamentos, os trabalhadores necessitam de específicas habilidades e competências, e um mínimo de estrutura como o acesso à internet, sob pena de serem dispensados, e talvez esquecidos.

A questão é importante e atual, ficou as escancaras no ano de 2020, com o advento da pandemia do coronavírus, uma multidão de milhares de pessoas sem internet, sem celular e sem saber utilizar um aplicativo, muitas até sem cadastro de pessoa física (CPF), o governo brasileiro surpreendeu-se com os chamados invisíveis, e não conseguiu pagar a todos o auxílio emergencial.

Segundo divulgou o site oficial da ONG “Ação da Cidadania”, criada pelo sociólogo Herbert de Sousa, o Betinho:

Em 1993, Betinho mobilizou a sociedade para a missão de tirar **32 milhões de pessoas da fome**. Agora, em 2022, o 2º Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil revelou que há **33 milhões de famintos** no país. Mesmo quem planta não tem o que comer. Quem ganha um salário mínimo, não consegue comer. Lares com crianças menores de 10 anos também são os mais vulneráveis. Consegue imaginar? (ONG, Ação da Cidadania, 2022)

Frente aos novos tempos, das novas fontes de energia e a preocupação com a ecologia, da globalização, do conhecimento como fonte de poder, das redes sociais quebrando conceitos de tempo e espaço, o judiciário transforma-se num agente da cidadania que envolve a política, suas decisões passam a ter a importância de concretizar direitos, diante da inércia dos demais poderes, obrigando-lhes a agir, forçando-lhes a realização de políticas públicas, funcionando como pressão aos demais poderes.

Agindo assim, o judiciário devolve aos demais poderes, aqueles problemas sociais que bateram na sua porta, clamando por direitos subjetivos básicos, omitidos por falta de políticas públicas adequadas do executivo e do legislativo.

3.2.2 Das novas tecnologias a serviço do órgão judicial;

Longe de um aprofundamento sobre o assunto, importante trazer a reflexão sobre a transformação digital e seu impacto no judiciário, as mudanças nos processos eletrônicos e as audiências virtuais, na perspectiva interna do órgão, no sentido da injeção de tecnologias para

reestruturar a prestação de serviço jurisdicional, que estava sabidamente a beira de um colapso, pelo volume de processos físicos ante a falta de estrutura.

Neste sentido a tecnologia foi muito bem vinda, com os processos digitais e a invasão de IA e de tantos outros programas computacionais, é visível a melhora do funcionamento do órgão, está sendo modernizado, com mais agilidade e maior facilidade, sem dúvidas trouxeram efeitos bastantes positivos.

Todavia, tais automações tecnológicas, não podem engessar a atividade jurisdicional, transformando-a em mera atividade mecânica, fria e distante da sociedade.

A exemplo de outros órgãos do executivo, que vem produzindo desmanches estruturais em nome da modernidade, o judiciário não pode aceitar o desmonte da estrutura judicial em nome de uma suposta modernização dos processos, onde deixe de existir a relação entre os sujeitos da relação processual, que faz parte do devido processo legal.

O judiciário não pode cair na tentação de padronização eletrônica dos procedimentos processuais de interação entre os agentes da justiça (juiz – cartorários – oficiais de justiça - advogados), muito menos, a padronização do raciocínio jurídico, vindo a prejudicar o complexo exercício da interpretação da Lei.

Sem entrar na polêmica surreal do Juiz robô, a tecnologia não pode afastar o Juiz da atividade jurisdicional, como por exemplo, levar o juiz a despachar com advogados somente por chat, extinguir completamente as audiências presenciais, deixar de decidir questões processuais de andamento processual dos autos, limitando-se a fase de sentenciar processos.

Como exemplo menciona a Resolução do Conselho Nacional de Justiça CNJ nº 345, que foi expedida em 06 de outubro de 2020, vista como um modelo de incentivo à Justiça Digital no país, ao implementar o Juízo 100% Digital em execuções de atos processuais exclusivamente por meio eletrônico, adotada inicialmente no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ).

O Poder Executivo busca criar a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial – EBIA, na qual aponta diretrizes para o uso adequado da IA, para estabelecer limites éticos. No Congresso Brasileiro existem pelo menos dois projetos de lei em discussão sobre o uso da IA, o PLS 872/2021, no Senado, e o PL 21/2020, na Câmara dos Deputados, este último chamado de Marco Civil da IA.

Importante muito cuidado, quando da utilização de tecnologias como a jurimetria pelos órgãos judiciais, que é a aplicação de métodos quantitativos, comumente através de softwares jurídicos, com sistemas, modelos e fórmulas que auxiliam na análise e previsão de resultados e de decisões judiciais; pois justiça não é comércio.

Também vale a reflexão a respeito da implantação do LEIA Precedentes, desenvolvido pelo E. TJSP, que utiliza da inteligência artificial para apoiar na identificação de temas e teses de precedentes de recursos especiais repetitivos (E. STJ) e de repercussão geral (E. STF), e culminou na criação de nova fila no fluxo digital do sistema SAJ, qual seja, “Sugestão de Vinculação a Temas de Precedentes”, que lista os processos indicados pela LEIA, facilitando na aglutinação de processos; é que a escolha de prioridades, nem sempre é uma questão de quantidade.

Parece claro que fórmulas pré-concebidas retiram do interprete a milenar arte da interpretação, e dos agentes da justiça, como dos advogados, a arte da argumentação que tanto contribuiu para o desenvolvimento do Direito, de forma que, os algoritmos dos programas de computação devem servir ao Direito e não o contrário. Somente a análise humana é capaz de efetivamente dar conta de tal providência, não se pode deduzir que soluções pré-programadas obterão sucesso nesse intento.

É que interpretar a legislação aos novos tempos, não pode significar que ela deva evoluir ao sabor dos progressos científicos, meramente se adaptando a nova tecnologia, regulamentando sua implementação e funcionamento, ao interprete cabe analisar os novos valores envolvidos, com todo critério.

Em outras palavras, o direito não pode ficar à reboque da tecnologia, sendo a ética, a bioética e o biodireito, elementos fundamentais ao desenvolvimento do exercício jurisdicional.

3.2.3 Da ética e da bioética nas decisões judiciais;

Na análise das decisões judiciais em questões referentes as inovações tecnológicas, o interprete encontra muitas dificuldades, por conta da ausência de legislação e regulamentação das matérias trazidas para a aplicação do direito.

Como dito no capítulo anterior, a legislação digital ainda conta com poucas normas que regulamentam a matéria, como a chamada Lei Carolina Dieckmann lei n. 12.737/12, o Marco Civil da Internet lei nº 12.965 de 2014, a lei anticorrupção, e a recém criada LGPD – Lei geral de proteção de dados lei n. 13.709 de 2018.

Na ausência de legislação o judiciário vai se adaptando, como no caso abaixo colacionado (STF - RE 330817), onde o Estado do Rio de Janeiro queria cobrar os tributos pela comercialização sobre a venda de livros eletrônicos ou digitais, os conhecidos e-books, de livrarias representadas pela Associação Nacional e Sindicato dos Editores de Livros, que defendiam a imunidade objetiva constante do art. 150, VI, d, da CF/88, cuja ementa segue abaixo:

Repercussão Geral – Mérito -Órgão julgador: Tribunal Pleno Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI - Julgamento: 08/03/2017 - Publicação: 31/08/2017 Ementa: ... A imunidade de que trata o art. 150, VI, d, da Constituição, portanto, alcança o livro *digital* (e-book). 5. É dispensável para o enquadramento do livro na imunidade em questão que seu destinatário (consumidor) tenha necessariamente que passar sua visão pelo texto e decifrar os signos da escrita. Quero dizer que a imunidade alcança o denominado “audio book”, ou audiolivro (livros gravados em áudio, seja no suporte CD-Rom, seja em qualquer outro). 6. A teleologia da regra de imunidade igualmente alcança os aparelhos leitores de livros eletrônicos (ou e-readers) confeccionados exclusivamente para esse fim, ainda que, eventualmente, estejam equipados com funcionalidades acessórias ou rudimentares que auxiliam a leitura *digital*, tais como dicionário de sinônimos, marcadores, escolha do tipo e do tamanho da fonte etc. Esse entendimento não é aplicável aos aparelhos multifuncionais, como tablets, smartphone e laptops, os quais vão muito além de meros equipamentos utilizados para a leitura de livros *digitais*. 7. O CD-Rom é apenas um corpo mecânico ou suporte. Aquilo que está nele fixado (seu conteúdo textual) é o livro. Tanto o suporte (o CD-Rom) quanto o livro (conteúdo) estão abarcados pela imunidade da alínea d do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal. 8. Recurso extraordinário a que se nega provimento.
(BRASIL - STF – RE 330817 – RJ – RIO DE JANEIRO - Min. DIAS TOFFOLI, 2017)

Na decisão entendeu-se que a imunidade igualmente alcança os aparelhos leitores de livros eletrônicos, confeccionados exclusivamente para esse fim, entendeu que o CD-Rom é apenas um corpo mecânico, e aquilo que está nele fixado é que é o livro, tanto o suporte (o CD-Rom) quanto o livro (conteúdo) estão abarcados pela imunidade da alínea d do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal, e assim, negou-se provimento ao recurso extraordinário.

A tensão com as transformações tecnológicas aumentam quando entram na área dos direitos fundamentais, como a área da saúde, onde as novidades nos mais diversos setores, da prevenção de doenças aos tratamentos mais complexos, estão cada vez mais automatizados.

Não obstante os problemas da saúde pública no país, na questão dos avanços tecnológicos, estes revolucionam a medicina, consequentemente facilitando o trabalho dos profissionais e beneficiando os pacientes.

Mas é certo que as pesquisas científicas em áreas como a engenharia genética, geram preocupação e temor a população, duvidosa de que valores até então cultivados sejam violados,

a exemplo do que poderia se verificar com manipulação de material genético, e o uso de destes para fins escusos, como a comercialização e o tráfico de órgãos, assim como a gestação de bebês geneticamente modificados, existindo hoje poucas medidas de precaução como o consentimento livre e esclarecido do paciente e as normas do conselho de medicina.

Com a conhecida estagnação do legislativo, incapaz de discutir, entender e alcançar tais avanços, fica notória a dificuldade de normatização jurídica das questões afetas a bioética, até mesmo porque, tratam-se de questões controversas e complexas, que necessitam de profundos debates.

O judiciário é chamado pelo dever de ofício, precisa dar respostas a sociedade, mantendo a credibilidade e a confiança nas decisões judiciais, tendo que avaliar ainda que sem o amadurecimento das questões, os valores éticos que envolvem matérias inusitadas, especialmente as dos direitos fundamentais, como escrito pela juíza Luciana Yuki Sorrentino e Raimundo Silvino da Costa Neto:

Dentro do atual contexto social, não há alternativa para um Poder Judiciário ágil e eficiente, se este se mantiver distante do processo fenomenológico da modernização dos meios virtuais. Com efeito, o mundo vivencia um processo de renovação tecnológica sem precedentes, onde a função jurisdicional precisa acompanhar todo esse movimento inovador e adaptar-se, sob pena de tornar-se ultrapassada. Trata-se de uma oportunidade para reforçar o processo de resgate institucional da confiança e melhoria da imagem do Poder Judiciário por meio de estratégias que consolidem ações inclusivas, pensadas de acordo com a diversidade social e as necessidades de seu público-alvo. (SORRENTINO, Neto, 2020)

Complementam citando Rousseau para destacar a necessidade de mudança estratégica do foco de atuação da prestação jurisdicional, para atender os usuários:

A ideia arcaica de intangibilidade do Poder Judiciário tem maiores chances de ser desconstruída por meio de uma mudança estratégica do foco da atuação da prestação jurisdicional, desde que se busque a efetiva satisfação de seus usuários, de modo a reforçar os laços de confiança entre todos. Isso porque, assim como acontece nas relações privadas cotidianas, a confiança tem como base a partilha e reciprocidade, consubstanciando-se em um estado psicológico que é composto pelas expectativas positivas dessas interações ou comportamentos. (SORRENTINO, Neto, 2020, apud Rousseau; et. al., 1998, p. 395)

O desafio do judiciário está em poder identificar a linha tênue onde a busca por resultados impostos pela era digital, rompem a barreira da ética e impõe os limites do que é moralmente aceito, respeitando os valores da sociedade em rede.

As decisões judiciais em matéria de novas tecnologias precisam mais que nunca observar a ética, o direito deve acompanhar a evolução dessa sociedade moderna, contribuindo

com sua construção, sob pena de tornar-se obsoleto e destoante da realidade, mas tendo como alicerce a ética e a bioética como elementos fundamentais ao desenvolvimento do exercício jurisdicional, é preciso dar respostas a sociedade apontando o caminho do futuro, mas com coerência e credibilidade.

Sorrentino e Neto em seu artigo “O Acesso digital à Justiça – A imagem do Judiciário Brasileiro e a prestação Jurisdicional nos novos tempos”, citando Voeten, sobre o amparo das garantias fundamentais, mencionam:

O amparo das garantias fundamentais, dentre as quais emana o acesso à justiça, há de ser consolidado a partir de um cenário jurídico que inspire credibilidade das instâncias judiciais junto à comunidade em geral, notadamente porque “a legitimidade pública depende da confiança, representando um valor essencial para lidar com a liberdade dos outros” (SORRENTINO, Neto, 2020, apud, VOETEN, 2013, p. 416)

Importante que na era digital, do mundo líquido de Bauman, com tantas contradições da sociedade moderna com seus novos conceitos e valores líquidos, sobre todas as questões, a família, os costumes, a propriedade, a liberdade, a privacidade, o corpo humano, entre tantas outras, que estejam guardadas pelos valores éticos do direito, sempre em busca de justiça.

Em síntese, podemos dizer que a ética é a ciência da conduta, que analisa os meios para se atingir determinado fim; e o seu móvel ou o porquê de determinada conduta; em outras palavras, ela é a área da filosofia que estuda as ações e os comportamentos humanos, seus valores morais e seus costumes. Assim como, a bioética pode ser vista como a parte da filosofia que cuida das questões relacionadas ao tratamento ético da vida animal na terra.

A ética e a moral sempre foram relevantes para o direito, e tema de muitas discussões como visto nas escolas de hermenêutica, na atualidade temos muitas profissões formalmente regulamentadas por lei específica, como médicos, advogados, contadores, engenheiros e jornalistas, todas estas profissões possuem um código de ética específico.

Na atividade judicial não poderia ser diferente, essa importância é e será cada vez maior na era digital, pois o juiz julga as demais profissões, analisa se elas agiram dentro da lei e da ética.

É que a ética e justiça estão sempre muito entrelaçadas, a justiça aplicada com ética serve de princípio mediador dos conflitos de interesses dos litigantes, resolvendo-os de maneira bastante satisfatória, trazendo paz social, e servindo de parâmetro para os comportamentos das pessoas. Fábio Luiz Antunes no site Consultor Jurídico, citando Aristóteles, menciona:

A justiça, conforme dito alhures, é considerada como a maior das virtudes, pois esta visa o “bem do outro”, relacionando-se com o próximo. Aristóteles, citando as *Elegias* de Têognis, diz que “nem a estrela vespertina nem a

matutina é tão maravilhosa (...); na justiça se resume toda excelência” (ANTUNES, Fábio Luiz, 2011).

Em busca de uma maior implementação da ética, retirando-a do campo da valoração na aplicação do direito pelo interprete para uma normatização, a Autora Letícia Ludwig Möller, em seu artigo “Bioética e Direitos Humanos: delineando um biodireito mínimo universal”, menciona o que considera uma importante regulação normativa em matéria de bioética, reconhecida como verdadeira norma reguladora do biodireito mínimo universal, trata-se da recente Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, de 19 de outubro de 2005.

Buscando sua fundamentação em princípios éticos e jurídicos gerais, o biodireito identifica na categoria dos direitos humanos o necessário e adequado parâmetro a orientar a sua formulação com alcance universal, encontrando uma via que considera os espaços de manifestação do pluralismo cultural — a margem de determinação de conteúdos por parte de sociedades, grupos e indivíduos nas questões bioéticas —, e que ao mesmo tempo é capaz de construir uma regulação normativa básica que seja razoável, apta a tutelar valores e direitos possíveis de serem considerados fundamentais (mínimos) por diferentes culturas, visões morais, doutrinas religiosas e convicções individuais. (MOLLER, 2007, P. 169)

No texto da Declaração Universal de 2005, ao proclamar os princípios gerais de caráter universal, baseados em valores comuns, está mencionado expressamente que eles objetivam orientar os avanços científicos, o desenvolvimento tecnológico e a transformação social, servindo de guia aos Estados na elaboração de legislações e políticas públicas, bem como, aos indivíduos, grupos, comunidades e instituições:

Os princípios são: dignidade e direitos humanos; autonomia e responsabilidade individual; consentimento; respeito da vulnerabilidade humana e da integridade pessoal; privacidade e confidencialidade; igualdade, justiça e equidade; não discriminação e não-estigmatização; respeito da diversidade cultural e do pluralismo; solidariedade e cooperação; responsabilidade social e saúde; aproveitamento compartilhado dos benefícios; proteção das futuras gerações (em particular de sua constituição genética); e proteção do meio-ambiente, da biosfera e da biodiversidade. (MOLLER, 2007, p.164)

Nas disposições finais, no art. 28 da Declaração Universal, está expresso de forma direta e contundente a salvaguarda dos direitos humanos, afirmando que nenhuma de suas disposições pode ser interpretada no sentido de conferir a um Estado, grupo ou indivíduo, o direito de empreender atividades ou realizar atos contrários àqueles valores:

Artigo 28 – Recusa a Atos Contrários aos Direitos Humanos, às Liberdades Fundamentais e Dignidade Humana - Nada nesta Declaração pode ser interpretado como podendo ser invocado por qualquer Estado, grupo ou

indivíduo, para justificar envolvimento em qualquer atividade ou prática de atos contrários aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e à dignidade humana. (Unesco, 2005)

A autora Isa Freire em seu artigo “Reflexões sobre uma ética da informação na sociedade em rede”; fala do grande desafio da ciência da informação, com uma oportunidade histórica para a discussão entre os cientistas e profissionais da informação sobre formas de atuação no sentido de pensar e desenvolver modos e meios de inclusão digital dos grupos menos favorecidos:

Enfim, encerrando essas breves reflexões, podemos considerar que no caso de uma ética para a sociedade da informação não há um manual de procedimentos a ser consultado, nem tampouco um mapa do caminho a seguir. O que, de certo modo, representa uma oportunidade histórica para a discussão e o posicionamento dos cientistas e profissionais da informação sobre formas de atuação como *inteligência coletiva*, no sentido de pensar e desenvolver modos e meios para inclusão digital de populações social e economicamente carentes, *pari passu* com ações pela cidadania e inclusão social. Como a vivência de uma ética pessoal e coletiva que considere a possibilidade de contribuir para o acesso livre à informação pelos mais diferentes grupos sociais. (FREIRE, 2011, p. 129)

A guisa de exemplo da complexidade de solução para questões atuais de direitos fundamentais, que envolvem a ética nas decisões judiciais, o basilar direito à vida, encontrado no caput do art. 5º da Constituição Federal de 1988, um dos mais importantes direitos fundamentais.

A delimitação de seu conceito depende da valoração por parte do aplicador da Lei, dependendo da cultura do país onde é analisado o resultado pode ser diferente, pode ser relativizado.

Assim foi na ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54 impetrada em 2004 e julgada depois de 08 anos em 2012 discutindo a questão do aborto, após calorosas discussões, o caso teve uma enorme cobertura da mídia, com muitos protestos e críticas por parte principalmente de grupos religiosos que condenaram a decisão do STF., pois defendiam a sua posição de que, mesmo sem cérebro, a vida do feto deveria ser protegida, do outro lado, destacando os riscos à saúde da mulher as feministas, que defendiam o direito de escolha da gestante.

No caso, os avanços tecnológicos levaram a um conhecimento mais amplo da vida intrauterina, permitindo o diagnóstico de anormalidades no desenvolvimento do feto enquanto a gravidez ainda está em curso, atualmente essas anormalidades podem ser detectadas na 12ª

semana de gestação, levando a discussão da prática do aborto e da autonomia da vontade, tão caras aos religiosos e as feministas, mais uma vez ao judiciário.

A ação teve como relator o ministro Marco Aurélio Mello, com uma votação com a participação dos 11 ministros, sendo aprovado seu voto com placar de 8 votos a favor, e 2 votos contra, foi parte do voto do relator:

A questão posta nesta ação de descumprimento de preceito fundamental revela-se uma das mais importantes analisadas pelo Tribunal. É inevitável que o debate suscite elevada intensidade argumentativa das partes abrangidas, do Poder Judiciário e da sociedade. Com o intuito de corroborar a relevância do tema, faço menção a dois dados substanciais. Primeiro, até o ano de 2005, os juízes e tribunais de justiça formalizaram cerca de três mil autorizações para a interrupção gestacional em razão da incompatibilidade do feto com a vida extrauterina, o que demonstra a necessidade de pronunciamento por parte deste Tribunal. Segundo, o Brasil é o quarto país no mundo em casos de fetos anencéfalos. Fica atrás do Chile, México e Paraguai. A incidência é de aproximadamente um a cada mil nascimentos, segundo dados da Organização Mundial de Saúde, confirmados na audiência pública. Chega-se a falar que, a cada três horas, realiza-se o parto de um feto portador de anencefalia. Esses dados foram os obtidos e datam do período de 1993 a 1998, não existindo notícia de realização de nova sondagem.

...

Os tempos atuais, realço, requerem empatia, aceitação, humanidade e solidariedade para com essas mulheres. Pelo que ouvimos ou lemos nos depoimentos prestados na audiência pública, somente aquela que vive tamanha situação de angústia é capaz de mensurar o sofrimento a que se submete. Atuar com sapiência e justiça, calcados na Constituição da República e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, obriga-nos a garantir, sim, o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em eventual ação por crime de aborto. Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro.

(BRASIL - STF – ADPF 54. Relator: Ministro Marco Aurélio, 2012)

A decisão do STF não descriminalizou o aborto, bem como, não criou nenhuma exceção ao ato criminoso previsto no Código Penal Brasileiro, a ADPF 54 decidiu porém, que não deve ser considerado como aborto a interrupção terapêutica, induzida da gravidez de um feto anencéfalo.

As decisões judiciais doravante devem ser assim, necessariamente impregnadas dos princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, igualdade, justiça e equidade, não discriminação, proteção das futuras gerações, todos envolvidos em critérios éticos e bioéticos, que se apresentam cada vez mais como elementos imprescindíveis na aplicação do Direito, não se pode conceber um direito que por conta da tecnologia, aumente a exclusão e o distanciamento social já tão graves no nosso país.

Sobre o tema, Roberto da Freiria Estevão afirma que a atualidade que impõe abertura ao novo, deve levar o direito à aproximação da realidade social, pois somente assim o direito atenderá à razão primeira de sua existência, qual seja, a pesquisa do justo em meio aos problemas sociais:

Impõe-se, pois, a abertura ao novo, que leve o Direito à aproximação da realidade social. Só assim o Direito atenderá à razão primeira de sua existência, qual seja, a pesquisa do justo em meio aos problemas sociais. Para tanto, faz-se necessário buscar a compreensão dos motivos que levam aos conflitos individuais e sociais. Então será possível a efetiva justiça na decisão desses conflitos com o emprego de instrumentos e de formas tenham plena acolhida e aceitação na coletividade (ESTEVÃO, 2007, p. 159).

Da mesma forma em que, com os novos elementos advindos da era digital, são inevitáveis as transformações com a constatação da necessidade de se interpretar a realidade social em face de suas constantes transformações, de forma que o Direito não pode ser entendido como um sistema fechado:

Não se pode olvidar, ademais, que o cotidiano submete-se às mudanças nas estruturas sociais impostas, inclusive, pela moderna tecnologia e pelos avanços relacionados aos costumes. Assim, envolvendo o dia a dia de seres humanos, não há possibilidade de se fazerem cálculos seguros a respeito das consequências do cotidiano. Logo, com a constatação da necessidade de se interpretar a realidade social em face de suas constantes transformações, o Direito não pode ser entendido e concretizado como um sistema fechado, já que os conflitos sociais e/ou individuais são diferentes no cotidiano. Assim, quanto às decorrências jurídicas do cotidiano, entende-se que, hodiernamente, faz-se necessário o “novo”, como já asseverado, para que o Direito se torne mais efetivo na realidade social. Isso porque, quando se busca a aplicação da justiça sem que seja considerado o contexto social em que o conflito acontece, constata-se a insuficiência e a inconsistência da “solução” que em regra é apresentada na decisão judicial (ESTEVÃO, 2007, p. 160).

Buscando sua fundamentação em princípios éticos, o Direito poderá caminhar no objetivo maior, de alcançar os direitos humanos de quarta e quinta geração, com a necessária adequação aos novos parâmetros sociais da era digital, contribuindo para construção de uma sociedade mais justa, e que seja apta a tutelar valores e direitos coletivos.

A complexidade das relações digitais, demandam uma profunda análise sobre os limites éticos na construção de novos rumos para a sociedade moderna, o desafio está em compreender os valores da nova era, acompanhando seu processamento em todas as áreas da sociedade, suas transformações estruturais, as novas práticas de uso da informação, o novo modo de vida das pessoas.

Em um mundo globalizado e conectado em rede, a linha que guia os limites éticos é muito tênue e a busca por resultados a qualquer preço, pode ser um fator decisivo para romper

este limite. Somente a ética e a moral podem estabelecer parâmetros de controle, onde resultados a qualquer preço sem respeito aos valores éticos é caminho sem volta ao fracasso da sociedade moderna.

Por isso, imprescindível a necessidade de um ordenamento jurídico que atenda a finalidade do bem comum, com o devido respeito às instituições democráticas e à dignidade da pessoa humana, devendo sempre ser cumprida a lei, interpretada de acordo com os valores éticos e morais da sociedade moderna.

3.3 REFLEXOS DAS MÍDIAS SOCIAIS NAS DECISÕES JUDICIAIS

Hoje vivenciamos um fenômeno novo na sociedade brasileira, antes erámos conhecidos como república de bananas, em alusão irônica a certa passividade do povo brasileiro diante dos desmandos dos governos; após os escândalos de corrupção do mensalão e do petrolão e com as facilidades da internet e mídias eletrônicas como whatsapp, facebook e instagran, a população reagiu, passando a participar de maneira expressiva da política, vimos nos últimos anos pela primeira vez na história da nossa República vários poderosos atrás das grades, como divulgado no site O Globo em 2018:

Conforme Jornal O Globo de 08/04/2018. Em quatro anos nas ruas, a Operação Lava-Jato já investigou mais de cem políticos, entre eles o presidente da República, ex-presidentes, ministros de Estado e caciques de partidos. Políticos de 14 legendas diferentes, de todos os espectros ideológicos (...) foram investigados e denunciados neste período. (...) Parecia só mais uma das operações de médio ou pequeno porte da PF. Mas não era. Descortinou-se um rombo de mais de R\$ 6 bilhões nos cofres da Petrobras e abriu-se a porta para apurar irregularidade em diversos níveis de poder. As investigações envolveram mais de 30 grandes empresários, entre eles donos das dez maiores empreiteiras do país. Na coleção de investigados da Lava-Jato está ainda um expressivo número de lobistas, doleiros e operadores envolvidos na movimentação ilegal de dinheiro desviado da Petrobras e de outras áreas da administração pública. (O Globo, 2018)

Por outro lado surgiu juntamente com essa conquista um nefasto problema, a polarização das ideologias, jorra das bocas da população uma discussão jocosa, intolerante, maniqueísta e preconceituosa, hoje, há quem defenda luta armada e ditadura, e até mesmo o fim das instituições como o STF, enfim, um discurso desagregador.

Tudo por conta das redes sociais que não obstante serem um espaço democrático, de livre acesso onde pessoas de todos os lugares podem manifestar sua opinião, divulgar seu trabalho, comunicar-se, na mesma rede há muita desinformação dolosa, notícias falsas

plantadas com fins pouco nobres, crimes e golpes, enfim, as redes se revelam o principal instrumento para toda espécie de comunicação.

Anderson Schreiber (2015) conta que o ambiente digital é normalmente visto como um local onde o direito à liberdade de expressão pode ser exercido de forma plena, onde as manifestações que ocorrem neste ambiente promovem a circulação de ideias e permitem, de certa maneira, a democratização das formas de como se expressar.

Entretanto, o exercício da liberdade de expressão é por vezes distorcido, e descambam para agressões verbais, rotulações estigmatizantes e discursos raivosos que se espalham pela rede. Nas palavras de Schreiber:

O problema não se resume, contudo, a uma ausência de efetividade concreta da propalada liberdade de expressão no universo virtual, mas atinge a própria essência da liberdade de expressão, na medida em que as novas formas de comunicação na internet, se aparentemente incentivam o exercício dessa liberdade, em cada vez maior medida também a oprimem. Não há aqui um paradoxo. O extremismo e o radicalismo – fruto do caráter individualista que vem se ampliando nesses novos ambientes comunicativos – descambam, não raro, para agressões verbais, rotulações estigmatizantes e discursos de ódio que se espalham pela rede. (SCHREIBER, 2015, p. 5)

As mídias sociais permitem uma imensurável integração entre as pessoas, uma comunicação coletiva instantânea, sendo fácil manter o anonimato, muitas pessoas que outrora seriam contidas em suas manifestações, sentem-se a vontade para manifestar opiniões sobre questões que sequer dominam, as vezes nem conhecem, o anonimato concede maior segurança e liberdade aos usuários para manifestação nem sempre responsável, fazendo surgir a figura da notícia falsa em larga escala, conhecida como fake News, segundo Gross:

As *Fakes News* seriam, portanto, um tipo novo de conteúdo produzido a partir de uma intencionalidade apenas viabilizada pelo modelo de produção, disseminação e consumo de conteúdo *online*. Trata-se do conteúdo mentiroso, ou seja, intencionalmente falso, fabricado com o objetivo de explorar as circunstâncias do universo *online* (o anonimato, a rapidez de disseminação da informação, a fragmentação das fontes de informação e da atenção dos usuários da internet, e o apelo às emoções e ao sensacionalismo) (ZAMBAM e BALDISSERA, 2019, p. 860, apud, GROSS, Clarissa Piterman. Fake News e Democracia: Discutindo o status normativo do falso e a liberdade de expressão. In: Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito. Coordenador: Diogo Rais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 157).

A população nem sempre sabe lidar com as novidades, estamos em uma fase de transição, com a quebra de paradigmas que atingem todos os países do globo terrestre. Neste sentido, como ensina Alessandro Gonçalves Barreto e Beatriz Silveira Brasil:

Infelizmente, o dispositivo legal, ao exigir ordem judicial, não acompanha a velocidade com que as informações trafegam na *web*. Na era da internet e com a massificação dos *apps* de comunicação, a violação à imagem de uma pessoa, mesmo no ar apenas por algumas horas, poderá ser vista por milhares ou até mesmo milhões de usuários, causando um dano irreparável à vítima. (BARRETO e BRASIL, 2016, p. 124)

O autor Manuel Castells (2005) expõe uma reflexão acerca do que denominamos a sociedade em rede, afirma que de fato já temos um considerável corpo de conhecimento recolhido sobre as dimensões fundamentais da sociedade em rede, mas faz uma crítica e lamenta que os líderes sociais, políticos e da mídia, falem de sociedade de informação ou sociedade em rede, em termos de futurologia e de jornalismo desinformado, em suas palavras:

Os intelectuais tradicionais, cada vez mais incapazes de compreender o mundo em que vivem, e aqueles que estão minados no seu papel público, são particularmente críticos à chegada de um novo ambiente tecnológico, sem na verdade conhecerem muito sobre os processos acerca dos quais elaboram discursos. No seu ponto de vista, as novas tecnologias destroem empregos, a Internet isola, nós sofremos de excesso de informação, a info-exclusão aumenta a exclusão social, o Big Brother aumenta a sua vigilância graças a tecnologias digitais mais potentes, o desenvolvimento tecnológico é controlado pelos militares, o tempo das nossas vidas é persistentemente acelerado pela tecnologia, a biotecnologia leva à clonagem humana e aos maiores desastres ambientais, os países do Terceiro Mundo não precisam de tecnologia mas da satisfação das suas necessidades humanas, as crianças são cada vez mais ignorantes porque estão sempre a conversar e a trocar mensagens em vez de lerem livros, ninguém sabe quem é quem na Internet, a eficiência no trabalho é sustentada em tecnologia que não depende da experiência humana, o crime e a violência, e até o terrorismo, usam a Internet como um médium privilegiado, e nós estamos rapidamente a perder a magia do toque humano. Estamos alienados pela tecnologia. (CASTELLS, 2005, p.17/20)

É mesmo uma tarefa difícil usar as mídias sociais com responsabilidade, é uma questão cultural, é previsível que com baixos níveis de educação em todas as classes sociais, não se possa esperar nas redes discussões virtuosas, profundas, politizadas e intelectualizadas em ambiente público, falta a ética.

Mas a grande questão a lamentar é que o baixo nível, e a desinformação venha de cima, dos ricos e poderosos, e em questões relevantes para a sociedade, como a política.

As manifestações políticas que viralizam na internet, sobre os mais variados temas, desde os irrelevantes e fúteis até os mais importantes, reverberam em toda sociedade em horas, e acabam por influenciar a opinião pública, assim como, influenciam a atuação dos agentes políticos e públicos em geral, afinal, estão inseridos em rede, muitas vezes são personagens das notícias, estando naturalmente interessados na repercussão positiva ou negativa que geram.

No universo jurídico, as mídias sociais também influenciam e são refletidas nos mais diversos julgados dos tribunais pátrios, Juízes, Desembargadores e os Ministros das mais altas cortes, que também convivem nesta sociedade pós moderna, sofrem todas as influências da opinião pública, tomam partido de polêmicas, participam das redes sociais e se manifestam na mídia em geral.

Luiz Roberto Barroso em sua obra o “Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro” (2016), comenta sobre a sutil relação entre órgãos judiciais e a opinião pública, que é possível estabelecer uma correlação entre eles e afirmar que, quando haja desencontro de posições, a tendência é no sentido de que o Judiciário busque se alinhar ao sentimento social, em suas palavras:

O distanciamento em relação ao cidadão comum, à opinião pública e aos meios de comunicação fazia parte da auto compreensão do Judiciário e era tido como virtude. O quadro, hoje, é totalmente diverso. De fato, a legitimidade democrática do Judiciário, sobretudo quando interpreta a Constituição, está associada à sua capacidade de corresponder ao sentimento social. Cortes constitucionais, como os tribunais em geral, não podem prescindir do respeito, da adesão e da aceitação da sociedade. (BARROSO, 2016, p.81).

Em jogo a sobrevivência do papel contra majoritário dos juízes, em contraposição a poderosa máquina de divulgação instantânea das notícias, funcionando como verdadeira máquina trituradora de reputações; com uma perigosa influência nas decisões judiciais, especialmente em casos de grande repercussão, que envolvam temas de interesse nacional, a pressão da população tem sido muito forte nestes veículos digitais.

Interessante a notícia dada pelo site do próprio STF em 2011, mencionando sobre o retorno instantâneo da mídia social, em tempo real sobre decisões da pauta do dia, de forma a condicionar de imediato as decisões judiciais, forçando pedidos de vista e pautado processos, servindo de requisito de admissibilidade de recursos, pois transmitem ao interprete de forma on-line subsídios e elementos de convencimento do público, como vemos:

Notícias 10/06/2011 Supremo Tribunal Federal -
Twitter do STF alcança marca de 100 mil seguidores
A página do Supremo Tribunal Federal (STF) no Twitter alcançou hoje (10) a marca de 100 mil seguidores. O acompanhamento das decisões da Corte e a dinâmica das sessões plenárias quando nos julgamentos de maior interesse e relevância, as informações são transmitidas voto a voto, colocam o STF entre as instituições de maior influência e popularidade no microblog. Lançada no dia 1º de dezembro de 2009, um ano depois a página do STF no Twitter atingia o grau máximo de influência (grau 100) no microblog, segundo informações obtidas por meio do aplicativo Twittergrader. Nos julgamentos de grande repercussão social, como o caso Cesare Battisti, julgado no último dia 8, ou as ações em que os ministros reconheceram aos

casais homoafetivos os mesmos direitos decorrentes da união estável, o STF ocupou os primeiros lugares nos chamados *Trending Topics* (ou TTs) do Brasil lista em tempo real dos nomes e temas mais postados no Twitter. À medida em que os 11 ministros iam revelando seus votos favoráveis aos direitos dos homossexuais, seus nomes se revezavam nos TTs. Nessas ocasiões, há ainda um grande número de usuários que replicam as mensagens oficiais do STF (tweets) para suas listas próprias de seguidores. (STF, Twitter, Notícias, 2011)

Com a edição da Lei nº. 10.461/2002 foi criado o canal TV Justiça, um canal de televisão a cabo para o Supremo Tribunal Federal, voltado à divulgação dos atos do Poder Judiciário e dos serviços essenciais à justiça, que passaram a transmitir ao vivo pela internet e pela televisão as sessões plenárias do Supremo.

Ao longo desse período, ainda que em regra a maioria das sessões se passem com a habitual normalidade, mas nas exceções, a TV Justiça trouxe à luz as entranhas do Tribunal, discussões homéricas, com xingamentos de baixo calão entre Ministros foram transmitidos ao vivo e posteriormente retransmitidos nas redes sociais, um vexame.

Para se ter a dimensão da tensão a que estão expostos os Ministros do STF., pelo alto grau de exposição pela TV justiça e pelas mídias em geral, e o nível de stress criado; no site Migalhas, consta expressa a fala que viralizou nas redes sociais, quando o STF votava a ADIn 5.394, que questionava dispositivo da minirreforma eleitoral sobre doação oculta a campanha eleitoral, um dos Ministros provocado em transmissão ao vivo, disparou ao nobre colega:

Me deixa de fora desse seu mau sentimento. Você é uma pessoa horrível. Uma mistura do mal com atraso e pitadas de psicopatia. Isso não tem nada a ver com o que está sendo julgado. É uma absurdo V. Exa. aqui fazer um comício, cheio de ofensas, grosserias. V. Exa. não consegue articular um argumento. Já ofendeu a presidente, já ofendeu o ministro (...), agora chegou a mim. A vida para V. Exa. é ofender as pessoas. Não tem nenhuma ideia. Nenhuma. Só ofende as pessoas. Qual é sua ideia? Qual é sua proposta? Nenhuma! É bília, ódio, mau sentimento, mal secreto, uma coisa horrível. V. Exa. nos envergonha, V. Exa é uma desonra para o tribunal. Uma desonra para todos nós. Um temperamento agressivo, grosseiro, rude. É péssimo isso. V. Exa. sozinho desmoraliza o Tribunal. É muito penoso para todos nós termos que conviver com V. Exa. aqui. Não tem ideia, não tem patriotismo, está sempre atrás de algum interesse que não o da Justiça. Uma vergonha, um constrangimento. (MIGALHAS, 2018)

Sem dúvidas a TV Justiça contribuiu para alterar a visão das pessoas sobre os Ministros do STF., e os próprios Ministros passaram a enxergar sua missão institucional com outros olhos, voltados a um papel mais político, seus extensos votos lidos em alta voz e com ênfase e entonação artística na TV, não se limitam mais as partes, mas a mídia e ao grande público.

As decisões judiciais, especialmente do STF são transmitidas pela TV Justiça e pelos canais abertos, são reverberadas imediatamente pela internet e pelos programas de tv, rádio e internet, assim foi com o mensalão do PT em 2000 e com a operação lava jato de 2018.

O STF nunca teve tanta visibilidade, nunca foi tão criticado, tão achincalhado por conta das mídias sociais.

A guisa de exemplo o Ministro Gilmar Mendes foi abordado e xingado em Portugal em suas férias em 2018. O Ministro Ricardo Lewandovisk deu voz de prisão a um advogado em um voo, o profissional lhe disse que o STF era uma vergonha, frase que já é um bordão nas mídias sociais. A sobrinha do Ministro Toffoli foi hostilizada em rede social após votação no STF.

Está em risco a independência do Judiciário, um pilar do Estado democrático de direito, órgão que deveria estar suficientemente imune as pressões da opinião pública e as pressões políticas, para poderem aplicar a lei com isenção, baseado em técnicas e princípios constitucionais.

A imagem negativa do Judiciário criada junto à sociedade atual, é um dos reflexos das mídias sociais que destrói a reputação dos Ministros da mais alta corte do país, muitas das acusações em rede não espelham a verdade, existem muitas inverdade nas redes; mas também é notório que muitos Ministros passaram a expor de maneira bastante exagerada suas posições nas mídias, comentando decisões judiciais de alta repercussão, com falta de zelo pela liturgia de seus importantes cargos, e cada vez mais longe da obrigação de manifestação apenas nos autos competentes. Dando azo ao imaginário coletivo, e expondo toda a instituição.

É evidente, ainda, a dificuldade do Judiciário em manter a credibilidade de seus julgados, pela dificuldade de esclarecer e conscientizar o público em geral, para demonstrar que muito do que se espalha pela mídia digital não espelha a verdade, e de que, eventuais comportamentos exacerbados de alguns de seus membros, inclusive da mais alta corte da nação, não representam o sistema judicial brasileiro.

Com a superexposição em rede, doravante estar em conformidade com as regras e as normas legais, especialmente em consonância com os valores da ética e da bioética, será a diferença entre o sim e o não, entre a aceitação e o repúdio social. A conduta ilibada terá de ser naturalizada, inserida no cotidiano das pessoas, uma nova cultura franca e transparente, que não busque a mera vantagem pessoal, nada mais poderá ser escondido.

4. ATIVISMO JUDICIAL

Dentro do objeto da presente dissertação com o tema da mutação constitucional, antes de adentrarmos no fenômeno propriamente dito, imperioso passar pelo ativismo judicial, o fenômeno que é decorrente de uma postura proativa do judiciário, atuando com interpretação extensiva da legislação, por vezes confundido com a mutação, por conta da alteração do entendimento legal, em virtude da postura ativista do interprete.

Assim, intrigantes questões estão relacionadas com o fenômeno do ativismo judicial, reconhecendo que em tempos modernos o poder judiciário não é mais um simples aplicador passivo da lei, agindo por vezes como ente político.

A doutrina discorre sobre a origem do fenômeno do ativismo judicial como consequência da omissão legislativa, onde há vácuo legal deixando carente de solução um caso concreto, atua o interprete na criação do direito.

Diante de novas necessidades, onde a lei não se mostra suficiente ou diante de necessidades que forjam uma determinada interpretação do texto de lei, é o momento em que o esforço do intérprete faz-se sentir. Tem-se como Ativismo Judicial, portanto, a energia emanada dos tribunais no processo da criação do direito (MIARELLI; ROGÉRIO, 2012, p. 16).

O direito está sempre em movimento, e o chamado ativismo é o resultado de elementos absolutamente diversos no complexo universo jurídico, advém da própria forma de divisão do poder político do Estado brasileiro, com a separação dos poderes; assim como, da evolução do direito com o pós positivismo e o neoconstitucionalismo na chamada nova hermenêutica, envolvendo questões políticas, econômicas e sociais.

O ativismo é muito criticado e acusado de ferir o princípio da segurança jurídica, mas também há o entendimento de que ele realiza um papel de suma importância na sociedade, uma ação pró ativa que supre a omissão dos demais poderes, inovando na ordem jurídica a partir da necessidade de tutela dos direitos fundamentais.

Até pouco tempo, era raro falar em ativismo judicial, todavia nos últimos anos, ele vem sendo muito utilizado pelo STF., ora de maneira velada, ora de forma declarada pelos Ministros mais aguerridos, passando a ser o tema assunto de discussão cotidiana nos jornais, nas revistas, na internet, e nas mesas de bares.

Na seara de discussões pró e contra o ativismo, os próprios Ministros se apressam em defendê-lo, como um fenômeno mundial decorrente das necessidades da própria sociedade, nas palavras do Ministro Barroso ao site Consultor Jurídico:

O Supremo tem interpretado pró-ativamente a Constituição e, assim, atende as demandas da sociedade. Não considero que o Tribunal esteja invadindo o espaço da política no sentido impróprio que isso poderia significar. O Supremo tem invadido o espaço da política, em alguma medida, munido da

Constituição. Isso não é um fenômeno positivo ou negativo, mas sim uma circunstância da realidade brasileira. Na Suprema Corte americana, processo muito semelhante aconteceu a partir de 1953, depois que o juiz Earl Warren tornou-se presidente daquele tribunal. Ele liderou a fase do ativismo judicial da Suprema Corte, que vai até 1969, quando ele se aposenta. Em seguida, Richard Nixon toma posse na Presidência dos Estados Unidos (1969-1974) e tem início uma fase mais conservadora e, portanto, de maior auto-contenção. (BARROSO, 2008)

Na atualidade assistimos um protagonismo impressionante do Supremo Tribunal Federal, que vem assumindo uma enorme responsabilidade política e social, o STF atualmente é provocado sobre assuntos políticos com grande repercussão.

Ocorre que a depender da perspectiva de quem olha, o ativismo pode ser visto tanto como uma atividade decorrente da interpretação e da hermenêutica jurídica, da aplicação do direito através das técnicas modernas de interpretação, mas também pode ser visto como decorrente de uma posição político-ideológica, que diga respeito ao posicionamento pessoal dos Ministros sobre determinado tema, de onde decorrem as maiores críticas.

Para muitos ele deveria ser proibido, pois agindo o interprete da lei com fundamento em elementos de política e de ideologias, realiza uma atividade criativa à deriva da lei, mesmo que seja no intuito de implementação de direitos fundamentais, tal atitude pró ativa ocorreria à margem da lei, o próprio nome dado ao fenômeno tem a ver com militância, com proselitismo.

Para outros ele é uma decorrência natural da expansão do judiciário, do neoconstitucionalismo, onde a partir de 1988 a nossa Constituição tornou-se o centro do direito com normas e princípios auto aplicáveis, diferentemente de outros tempos onde a Constituição tinha a função de meramente estabelecer competências e normas gerais e abstratas.

O pós positivismo e o neoconstitucionalismo vigentes no direito atual, acarretam uma maior atuação do Poder Judiciário com a utilização de valores morais e dos princípios, em todas as questões inclusive as de cunho político, o que se mostra cada vez mais frequente, e o que leva à judicialização da política, muitas vezes confundida com o ativismo judicial.

Como diz o autor José Reinaldo de Lima Lopes (1994), “o judiciário atual é protagonista de uma luta que o transcende”, de fato, hoje suas decisões têm consequências diretas na disputa política e ideológica em que se encontra a sociedade brasileira.

Segundo o ministro do STF Luís Roberto Barroso, a ideia de ativismo está associada a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes, o legislativo e o executivo. Disse o Ministro ainda na entrevista a revista Consultor Jurídico em 2008:

Na medida em que o assunto está na Constituição, ele sai da esfera política, da deliberação parlamentar, e se torna matéria de interpretação judicial. Então, em uma primeira abordagem, a Constituição de 88 contribui sim para que o Judiciário tenha um papel muito mais ativo na vida do país. Mas há um segundo motivo para isso. O atual sistema político brasileiro levou a um descolamento entre a sociedade civil e a classe política. Há algumas demandas da sociedade que não são atendidas a tempo pelo Congresso Nacional. E o que acontece? Nos espaços em que havia demandas sociais importantes e o Legislativo não atuou, o Judiciário se expandiu. (BARROSO, 2008)

A celeuma desta atitude pró ativa do judiciário ganha peso quando notamos que, tal postura de exceção vem virando regra, e aí por mais que aceitemos o judiciário como órgão do Estado democrático brasileiro, o fato é que os juízes não são eleitos, por isso não têm competência nem legitimidade representativa para realizar escolhas de índole política.

Não obstante a nova hermenêutica jurídica explicar a expansão do judiciário, com a interpretação extensiva advinda do neoconstitucionalismo, nascido a partir de 1988, inegável que o ativismo atinge o princípio da segurança jurídica, afetando o princípio da separação dos poderes de Montesquieu, que tem como ideia fundamental, evitar que se concentrem em uma mesma pessoa ou órgão as tarefas de criar leis, julgar conflitos e executar atos da administração pública.

A questão é que no enfrentamento da realidade brasileira, com os problemas sociais tão alarmantes da população carente, que sofre todas as mazelas diante da ausência de Estado, sem políticas públicas eficazes, quando desaguam no poder judiciário, como deve ser sua postura?

O judiciário deve agir em defesa da efetivação de direitos fundamentais, ou ao contrário; limitado pela lei, não pode decidir fora dos limites, ainda que com nobres intenções, sob pena de ferir a Constituição e abrir precedentes perigosos para a democracia?

Note-se que no Brasil com a Constituição Cidadã de 1988, houve nítida abertura de espaço para interpretações extensivas, estão expressos os objetivos da República, a serem perseguidos, listados na Constituição Federal em seu artigo 3º:

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

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
 - II - garantir o desenvolvimento nacional;
 - III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
 - IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
- (BRASIL, Constituição, 1988)

A Doutrina se divide em autores que defendem e os que criticam o fenômeno do ativismo, havendo os que são contrários, mais procedimentalistas, adeptos a rígida separação dos poderes, defendendo os limites legais do judiciário, que não têm poder para conceder direitos não previstos na lei, mesmo que seja em nome de qualquer princípio, ainda que seja o da dignidade da pessoa humana.

E os que são mais substancialistas, aqueles que defendem que deve sim o Judiciário intervir em questões de direitos fundamentais, pois o STF é o guardião da Constituição Federal, e quando lhes chegam questões afetas a tais direitos, como as que digam respeito à dignidade da pessoa humana, e dos direitos subjetivos constantes na Constituição Federal, omitidos pelos demais poderes, o judiciário deve intervir.

Defendem o Ativismo Judicial, Hélder Fábio Cabral Barbosa:

Pensadores do direito podem se mostrar contrários ao ativismo judicial, sob a alegação de que um acréscimo de poder ao judiciário seria um desvio de finalidade, desvio do fim do judiciário, entretanto inexiste tal afirmação, uma vez que os juízes estariam apenas aplicando o direito, os direitos fundamentais em especial, direitos estes que gozam de autoexecutoriedade. (BARBOSA, 2011, p.151)

Para Fernando Gomes de Andrade também defensor do ativismo:

Cremos ser o Judiciário competente para controlar a legalidade de todo e qualquer ato emanado pelo poder público, seja vinculado ou discricionário, e ademais, o controle político condizente com a conveniência e oportunidade – típicos do administrador – deve de igual modo ter sua contingência também controlada pelo Judiciário numa interpretação não mais lógico-formal de suas atribuições, mas em sentido material-valorativo, ao verificar se a medida coaduna-se com os princípios consagrados na Constituição. (ANDRADE, 2007, p. 322)

Em assim sendo, para os defensores do ativismo judicial, a segurança jurídica e a separação dos poderes, não proíbem uma postura proativa do Poder Judiciário, de forma a conceder uma melhor resposta as partes que litigam em juízo, tudo em plena conformidade com tais princípios constitucionais, os demais poderes é que não fazem seu trabalho a contento.

Mas existem os autores contra o ativismo, que defendem diametralmente o contrário, enxergam nele uma interferência indevida no legislativo e no executivo, e uma conseqüente quebra de harmonia entre os três Poderes de Montesquie, numa afronta a segurança jurídica.

Um desses críticos ferrenhos é o professor e procurador do Estado de São Paulo Paulo Elival da Silva Ramos. Ele escreveu sua tese “Parâmetros Dogmáticos do Ativismo Judicial em Matéria Constitucional”, nela ele reconhece que, às vezes, o ativismo pode ter

resultados bons, mas, mesmo assim, é prejudicial pois viola a separação entre os Poderes e, consequentemente, prejudica o sistema democrático, diz:

O Judiciário está na verdade substituindo o Congresso e isto é ruim independentemente do resultado.

Não se pode, na interpretação de texto constitucional, chegar a um ponto em que se reescreva o seu conteúdo. O texto é um limitador objetivo, ele existe. (RAMOS, 2009, p.110)

O autor admite que o ativismo é fruto, principalmente, da inércia do Legislativo, mas afirma que o problema precisa ser resolvido no Legislativo. Não se pode simplesmente reconhecer a incompetência legislativa e deixar o Judiciário cumprir missão que não é sua.

Também neste sentido, são duras as palavras de Daniel Sarmento sobre o tema:

Muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça -, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser” (SARMENTO, 2006, p. 200).

Na era digital o fenômeno do ativismo gera ainda mais polêmicas quando trata de casos de grande repercussão na mídia atual, especialmente em questões políticas, quando a decisão do caso concreto é defendida por determinado Ministro, com aparente posicionamento pessoal, quando então, julga determinada questão na defesa de uma posição político-ideológica, nestes casos, surgem as maiores críticas.

Tais decisões repercutem na mídia eletrônica com muita intensidade e alimentam a polarização e a crise de autoridade do país, reforçada pelos membros do judiciário que passaram a falar fora dos autos, autoridades importantes como Ministros do STF diariamente manifestando opiniões nas redes sociais, na imprensa, expondo posicionamento sobre tudo, questões polêmicas de política e de costumes.

Para melhor elucidar o ativismo, vejamos um caso de ativismo julgado pelo STF, que teve como propósito a proteção de Direitos Fundamentais:

HC - 143641 / SP - SÃO PAULO

HABEAS CORPUS - Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI - Julgamento: 20/02/2018 - Publicação: 09/10/2018 - Órgão julgador: Segunda Turma - Ementa: HABEAS CORPUS **COLETIVO**. ADMISSIBILIDADE. DOUTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS

VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. **MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ-NATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO. I – Existência de relações sociais massificadas e burocratizadas, cujos problemas estão a exigir soluções a partir de remédios processuais *coletivos*, especialmente para coibir ou prevenir lesões a direitos de grupos vulneráveis. II – Conhecimento do writ *coletivo* homenageia nossa tradição jurídica de conferir a maior amplitude possível ao remédio heroico, conhecida como doutrina brasileira do habeas corpus. III – Entendimento que se amolda ao disposto no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal - CPP, o qual outorga aos juízes e tribunais competência para expedir, de ofício, ordem de habeas corpus, quando no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal. IV – **Compreensão que se harmoniza também com o previsto no art. 580 do CPP, que faculta a extensão da ordem a todos que se encontram na mesma situação processual.** V - Tramitação de mais de 100 milhões de processos no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, a qual exige que o STF prestigie remédios processuais de natureza coletiva para emprestar a máxima eficácia ao mandamento constitucional da razoável duração do processo e ao princípio universal da efetividade da prestação jurisdicional VI - A legitimidade ativa do habeas corpus *coletivo*, a princípio, deve ser reservada àqueles.**

(BRASIL - STF - HABEAS CORPUS 143.641 SÃO PAULO - Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, 2018)

O Habeas Corpus Coletivo n. 143.641 colocado ao crivo do Supremo Tribunal Federal em fevereiro de 2018, reclamava a soltura imediata de todas as presas do país, submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentassem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade.

O processo teve como relator o Ministro Ricardo Lewandowski, e foi concedido pela maioria de votos pela 2ª turma, tendo apenas um voto divergente do Ministro Edson Fachin, que divergiu da concessão do efeito erga omnes do remédio constitucional, entendendo que o

deferimento da ordem deveria ser exclusivamente para dar interpretação conforme os incisos IV, V e VI do artigo 318 do CPP, que determina:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

(BRASIL, CPP, Decreto-Lei nº 3.689, 1941)

O Habeas Corpus foi concedido com efeito erga omnes, determinando a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres encarceradas no território nacional, desde que se inserissem nos requisitos descritos na decisão, quais sejam: estar grávida, ser puérpera, ser mãe de crianças até 12 anos de idade e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas, e desde que não tenham cometido o crime mediante violência ou grave ameaça.

Foi um julgamento típico de ativismo judicial em prol da proteção dos Direitos Fundamentais, com utilização de princípios como o da dignidade da pessoa humana, utilizado como fundamento da decisão, no trecho do acórdão o relator destaca o alcance da decisão utilizando-se como parâmetro o art. 580 do Código de Processo Penal, que se refere a concurso de agentes realizando uma analogia in bonam partem.

XV – Extensão da ordem de ofício a todas as demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições acima.
(BRASIL, CPP, Decreto-Lei nº 3.689, 1941)

Um outro caso de ativismo, mas sem conotação de defesa dos Direitos Fundamentais, logo, muito criticado, por aparentemente ter viés político, foi o Mandado de Segurança 26.602 do Distrito Federal, movido pelo Partido Popular Socialista – PPS, seguido de outros dois mandados do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e Democratas (DEM); o caso tratava da perda de mandato dos cargos eleitos no sistema proporcional por infidelidade partidária.

O STF para surpresa de muitos mudou seu entendimento e julgou favorável a perda dos mandatos:

MS 26602 / DF - DISTRITO FEDERAL - MANDADO DE SEGURANÇA

Relator(a): Min. EROS GRAU - Julgamento: 04/10/2007

Publicação: 17/10/2008 - Órgão julgador: Tribunal Pleno

EMENTA:

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. MARCO 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 Superior Eleitoral. Ordem denegada.** 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 mandato de segurança mudaram de partido antes da resposta do Tribunal.
(BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 26602 / DF - DISTRITO FEDERAL - Relato: Min. EROS GRAU, 2007)**

No julgamento em dado momento, os Ministros reconheceram a existência de jurisprudência do STF no sentido de que a infidelidade partidária não era causa de perda de mandato, mas decidiram pela perda do mandato para os casos de mudança de partido.

Os Mandados de Segurança nºs 26.602 e 26.603 foram negados, e o mandado de nº 26.604, foi concedido no sentido de que, o direito das coligações e dos partidos à vaga no Poder Legislativo, se encontra presente na Constituição Federal, coincidindo com o entendimento do TSE sobre a titularidade partidária do mandato eletivo, em outras palavras, o mandato é do partido.

Na decisão foi delimitado um limite temporal para efetivar a perda dos mandatos parlamentares, qual seja, a data de 27 de março de 2007, que foi a data de resposta a uma Consulta do TSE, que defendia a perda do mandato por infidelidade partidária.

Deste modo, havia um entendimento claro de que não havia perda de mandato por infidelidade partidária no Brasil, alterado na decisão do Supremo dos mandatos mencionados.

Sabe-se que no Brasil a população vota no candidato, quase ninguém vota na legenda, muitos nem sabe que é possível, dando às eleições caráter personalíssimo. Assim, a infidelidade nos moldes explanados na decisão do STF foi muito criticada como a de um ativismo político.

Este caso foi muito apontado como o de um ativismo judicial, de viés político escancarado, ao criar o instituto da infidelidade partidária, notadamente quando se observa que esses tribunais criaram uma hipótese de perda de mandato, que não era prevista no ordenamento jurídico, além disso, foi muito questionado se o STF poderia conceder ao TSE a competência par regulamentar a perda do mandato, como foi feito, inclusive criando hipóteses de justa causa para desfiliação partidária. O TSE cassou e o Ministro do STF reintegrou, depois a turma novamente manteve a decisão.

4.1 O DECISIONISMO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLITICA

4.1.1 O Decisionismo

Muitos autores utilizam os chamados decisionismo e ativismo como sinônimos, outros traçam diferenças de graus de arbitrariedade entre eles, para dizer que o primeiro é mais grave que o segundo, pois oriundo da mera intenção do interprete de apor sua vontade pessoal na decisão sub judice, enquanto o segundo teria algum fim ideológico que, por vezes, poderia justificá-lo.

O complexo exercício da interpretação é sempre passível de discricionariedade do interprete, por mais que a hermenêutica crie regras e metodologias, é inevitável, de forma que, o interprete e seu modo de interpretar, estarão sempre em evidencia e passíveis de olhares críticos, pois a atividade interessa muito ao Direito. Lopes entende que:

Decisionismo discricionário - ou discricionariedade judicial - configura o comportamento do intérprete-juiz que, ao proferir suas decisões, não atua de forma comprometida com paradigmas constitucionais limitativos. Ao contrário, exerce suas funções de forma a emitir sentimentos pessoais e extralegais. Portanto, não há efetivamente diferença entre discricionariedade judicial e arbitrariedade. Ademais, determinadas posturas doutrinárias e jurisprudências admitem tal comportamento judicial e reforçam a atuação judicante como ato de vontade, de forma discricionária. (LOPES, 2014, p. 96)

De forma que, se o ativismo judicial recebe críticas ainda que ligado a uma postura proativa do Poder Judiciário no sentido de viabilizar a concretização de direitos, especialmente os fundamentais, maiores críticas recebe o decisionismo decorrente daquele julgamento com a

opinião particular do interprete, que visa impor a visão individual do julgador, descuidando do direito, pior, desvirtuando-o.

Neste sentido bastante justificável a crítica ao decisionismo, pois é evidente que o interprete, dotado do poder de decisão, não deve agir com tal postura, raramente assumida pelos julgadores, mas muito percebida em decisões em que o judiciário não deveria, em casos semelhantes, ora invocar determinadas questões ora não, dependendo do interprete, de maneira momentânea e ao sabor de interesses de castas de poder, de forças políticas, enfim, de forma nada democrática, inferiorizando o Direito.

Daniel Sarmento no texto já destacado sobre o ativismo assim tece suas críticas ao decisionismo judicial:

Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico. (SARMENTO, 2006, p. 200).

O fenômeno do decisionismo jurídico com decisões judiciais embasadas na vontade do julgador, sem qualquer preocupação com o cumprimento e obediência a norma legal, justifica qualquer crítica por mais dura que seja, veja-se a fala de dois Ministros do STF., que em momento infeliz disseram: "A Constituição é o que o Supremo diz que é".

Nos conta Recondo que a frase foi proferida pelo Min. Marco Aurélio, na decisão de perda dos cargos de Deputados Federais de réus condenados na AP 470 “Caso Mensalão”. Disse ele: "No nosso sistema, o Supremo tem a última palavra, afirmou, ao adiantar como deve votar na semana que vem. A Constituição é o que o Supremo diz que é, acrescentou.” (RECONDO, Felipe; BRITO, Ricardo. 2012, p. A10)

Pior, menciona ele, é que essa mesma frase já tinha sido proferida anteriormente, pelo Min. Joaquim Barbosa, por ocasião do julgamento da própria ação penal 470, em seu mérito.

Lênio Streck teceu uma destas duras críticas ao judiciário, entendendo o decisionismo como uma forma de julgamento arbitrário, o que obviamente foge do princípio maior de que o poder emana do povo e não do STF. Streck assinala que:

Em um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode significar que os tribunais se assenheorem da Constituição. Além disso, é necessário alertar para o fato de que a afirmação ‘a norma é (sempre) produto da interpretação do texto’, ou de que o ‘intérprete

sempre atribui sentido (Sinngebung) ao texto’, nem de longe pode significar a possibilidade deste – o intérprete – poder ‘dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa’, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem ‘existência’ autônoma). (STRECK, 2014, p. 192)

Lembrando do ditado popular que diz “grandes poderes grandes responsabilidades”, de fato salta aos olhos o decisionismo como um desvio, uma patologia judicial, que ocorre no momento em que o interprete, com poder de decisão, impõem nela sua vontade particular e não a Lei, agindo assim contra a própria Constituição.

Não se olvide a premissa legal e moral de que o Juiz deve ser imparcial, porventura neutro ao julgar, apesar de sabermos que a neutralidade não existe, mas o juiz dotado de tanto poder, deve saber e estar preparado para o exercício da interpretação afastada de seus sentimentos pessoais, sem preconceitos, sem imposição de ideais particulares.

A imparcialidade do juiz é um baluarte da justiça e, é uma garantia constitucional, o juiz deve ser imparcial, ainda que não consiga ser neutro, ele deve se colocar entre as partes e distante de ambas. Se o processo for julgado por juiz parcial o julgamento será nulo, configurando-se um vício insanável.

Assim, a utilização do Judiciário para aplicação de preferências pessoais, de fato não pode ser aceita, na atualidade não faltam julgamentos com malabarismos semânticos e interpretativos, levados por interesses difusos, que não buscam justiça, mas fazer política partidária ou agir a mando de castas de poder.

É dizer o óbvio que os intérpretes devem aplicar a lei de maneira justa, consciente, coerente e republicana, jamais baseados em posicionamentos particulares. Em um Estado Democrático de Direito o magistrado toma suas decisões de forma justificada, observando as técnicas da hermenêutica, observando sempre os autos, subordinando-se sempre a lei, respeitando o poder que emana do povo.

4.1.2 A Judicialização da Política

Não se olvide que o chamado Expansionismo Jurídico contribui para o fenômeno, é sabido que a Constituição de 1988, a chamada de Constituição Cidadã, é bem extensa e abrange muitas matérias de todas as ordens econômica, tributária, política, previdenciária, financeira, social, e muitas outras.

Temos um excessivo número de emendas constitucionais, atualmente, a Constituição Federal de 1988 possui cerca de 111 (cento e onze) emendas, número este bastante elevado.

Nos tempos atuais, os princípios constitucionais ocupam importante espaço nas decisões judiciais, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana, que permeia os direitos fundamentais individuais do artigo quinto, e os princípios sociais coletivos do artigo sexto. No que tange ao tema, José Eduardo Faria destaca:

Por isso, o texto constitucional ficou ambíguo e sem espírito definido, sendo impossível saber ao certo em várias matérias o que de fato é direito adquirido, o que pode ser objeto de emenda e o que foi convertido em cláusula pétrea. A Constituição se desdobra em inúmeros capítulos, artigos e incisos que, se por um lado expressam o precário equilíbrio entre as diferentes forças políticas no âmbito da Assembléia Constituinte, por outro congelam determinadas situações sociais e econômicas sem explicar como podem ser mantidas, em termos materiais. Com isso, o "sistema de Justiça" teve sua discricionariedade ampliada na dinâmica do processo de redemocratização do País, sendo levado a assumir o papel de legitimador, legislador e até de instância recursal das próprias decisões do sistema político, formado pelo Executivo e pelo Legislativo. (FARIA, 2004, p. 110).

As mudanças não ocorreram do dia pra noite, houve um caminho percorrido, um processo natural de evolução da sociedade, uma extensão de entendimentos aderindo a Lei aos conceitos de valores morais, filosofia, ética, da política e diversos outros processos sociais, sendo o ativismo e a judicialização da política consequências destas mudanças. Segundo Luís Roberto Barroso:

A judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte. O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. [...]. (BARROSO, 2008, p. 10).

Em uma sociedade soberana o judiciário deve ser forte e independente, pois não é possível exercer a democracia, enquanto vontade da maioria, sem um sistema judiciário que consiga efetivamente defender as pessoas, e que imponha limites aos desregrados, para manutenção da ordem e da paz social.

No Brasil nos últimos anos o judiciário vem sendo chamado para exercer com muita intensidade este papel, num volume tão grande de questões de todas as montas, muitas delas questões políticas, gerando um inevitável protagonismo, muito acima dos demais poderes.

O Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel de destaque na tomada de decisões sobre grandes questões nacionais, muitas delas questões afetas aos demais poderes, é a judicialização da política, o que tem acarretado muitas críticas.

A Judicialização da política significa dizer que questões de larga repercussão política ou social, estão sendo decididas por órgãos do poder judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais que tem a função precípua para tanto.

Na ausência de consenso entre os demais poderes, com acirradas disputas entre o Congresso Nacional e o Poder Executivo, assim como, por falta de liderança e omissão dos agentes políticos, que não desejam se expor em determinadas questões, o judiciário tem sido acionado para dar soluções aos problemas mal resolvidos dos demais poderes.

De forma que a judicialização resulta da transferência e aumento de poder para os juízes e tribunais.

Muitos políticos acusam o STF de ter um perfil progressista e garantista (oposto de conservador e legalista), o atual Presidente da República Bolsonaro disse em suas mídias sociais que desejava nomear um Ministro ao STF “terrivelmente evangélico” (na verdade ele queria um conservador).

Seja pelo ativismo, seja pela judicialização, no Brasil atual, a prática jurídica demonstra que é corrente a prolação de decisões personalizadas, a depender do Juiz, sabe-se a resposta com antecedência, o que expõe predisposição e posicionamento político, que deviam ser evitados, é comum o mesmo texto legal servir para embasar decisões absolutamente contrárias, sobre fatos parecidos, nesse aspecto:

Diante dessas práticas, é inegável que se impõe a limitação da judicialização da política nos Tribunais em prol da democracia. Nesse aspecto, é mister ressaltar que, malgrado esta imponha limites àquela, não se constitui empecilho, com sustentam alguns escritores do tema. “a ‘orgia’ da criatividade judiciária [...] não seria menos perigosa do a ‘orgia’ da legislação [...]. Acrescenta, ainda, que a acentuação da criatividade judiciária foi em larga medida consequência do crescimento dos próprios ramos políticos e da necessidade de promover um controle efetivo (CAPPELLETTI, 1993, p. 89-90)

O fato é que o excesso de exposição do judiciário, especialmente do STF diminui sua credibilidade, mais em um momento em que o país está tão polarizado e maniqueísta, perdem as autoridades quando de forma proativa se expõe sem necessidade, sendo justa e injustamente acusados de estarem a serviço de jogos de poder, nada democráticos, e não da justiça.

Também não se pode confundir ativismo judicial com politização de membros do Judiciário, que quando levados aos autos tornam-se a politização do judiciário, a visão político-ideológica, não no intuito de inovar na ordem jurídica para promover a concretização de direitos fundamentais, mas em interesses de classes e castas, a serviço de poderes obscuros, é claramente ilegal.

Aqui também um comportamento negativo que, a par de comprometer sobretudo a isenção na prestação jurisdicional, viola o princípio da separação dos Poderes da República.

Assim, os termos ativismo, decisionismo e judicialização da política, são misturados e usados de forma indiscriminada, há mais do que ativismo judicial acontecendo no país, há o decisionismo com uma exposição exagerada e gratuita de algumas autoridades, que fogem à liturgia de suas importantes funções, julgando ao seu bel prazer, e há a judicialização da política, que originalmente é oriunda do pós positivismo, mas nos dias atuais, é muito decorrente da incapacidade dos demais poderes de resolverem seus problemas, empurrando para o judiciário várias questões de responsabilidade destes poderes.

É fato que em decorrência do neoconstitucionalismo, houve a ampliação constitucional de direitos, sendo em muito majorada a procura da efetivação de direitos, através do Poder Judiciário; ou seja, a própria constituição ampliou as atribuições do Judiciário e positivou a jurisdição constitucional, todavia, o Judiciário encontra limites de atuação, delimitados na própria carta magna, como a separação de poderes com a distribuição de competências.

Assim, os institutos como do decisionismo, do ativismo judicial, da judicialização da política e da própria mutação constitucional que passaremos a discorrer, que não se confundem, têm sido mal utilizados pelos agentes públicos, envoltos em realidades virtuais, irreais frise-se, influenciados pelas mídias e pelas bolhas de poder.

4.2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E CASOS PRÁTICOS

Como dito alhures, o presente trabalho aborda a mutação constitucional exercida pelo método difuso das decisões judiciais, via interpretação constitucional do órgão judicial, não trazendo outras espécies de mutação adotadas pela doutrina, como a mutação advinda do legislativo e do executivo, que decorrem do exercício destes órgãos que pelo dever de ofício desdobram a constituição para sua aplicação, exarando normas infraconstitucionais.

Frisando que o presente trabalho segue o método dedutivo como linha de pesquisa, menos focado em trazer os modelos formais da mutação, mais interessado em entender o fenômeno, para traçar um panorama da sua aplicação pelo judiciário na prática, os prós e contra da mutação, sem posicionamento pessoal, mas buscando analisar de forma crítica sua aplicação pelo judiciário, especialmente o STF e com vistas a era digital.

O fenômeno da mutação é bastante complexo, havendo pontos bastantes coincidentes com outros institutos, podendo ser confundido com vários deles, muitos dos quais buscamos

trazer alguns pontos para reflexão, exatamente para observarmos os pontos de convergência e de divergência.

O atual contexto de aplicação da justiça sofre todos os efeitos da pós modernidade, as decisões judiciais lidam com a sociedade em plena ebulição, há uma tensão sobre o julgador muito elevada pela atual era digital, pois as mudanças tecnológicas além de alterar a sociedade, alteram o próprio Direito intrínseca e extrinsecamente.

Note-se que o fenômeno da mutação está inserido neste contexto, pois atinge para além da norma, a moral, a política, e diversos outros processos sociais, na medida em que ocorre a partir da mudança de entendimento sobre tais questões na sociedade, mudando entendimentos, conceitos e valores, tendo efeito na norma constitucional, inevitavelmente.

Aplicada pelo judiciário sempre dentro de um contexto de interpretação da norma, o fenômeno pode muito bem ser confundido com a mera interpretação constitucional, pois advém de uma alteração de sentido da norma, entretanto a mutação é proveniente de um processo mais complexo, que leva em conta outros fatores, fazendo com que a mutação não possa ser definida apenas como uma simples releitura de um texto.

A mutação constitucional atua na mudança de uma interpretação, anteriormente atribuída a uma norma, mas sempre tendo em vista a alteração de uma determinada realidade social, com mudança de entendimento, costume ou visão, desatualizando ou distanciando-se da norma constitucional.

Já a interpretação constitucional ocorre a partir da norma, onde é necessário que o intérprete em seu exercício, atribua outros sentidos ao texto constitucional, sem que haja a necessidade de constatar uma transformação de entendimento da sociedade.

Da mesma forma não pode ser confundida com os institutos do decisionismo ou do ativismo judicial, ambos oriundos da interpretação expansiva do interprete, que decide calcado em elemento consciente e intencional, para aplicar à norma opinião particular ou a expectativa de expansão de direitos, especialmente os fundamentais.

A mutação ocorre independentemente da vontade do agente, diante do tempo e da alteração de entendimento da sociedade, dependendo do interprete tão somente para sua aplicação judicial na norma desatualizada, em um caso concreto.

Bulos mencionando Laband e Jellinek comenta esta complexidade do fenômeno da mutação da norma ressaltando o fato de ser um fenômeno não voluntário e ao mesmo tempo intencional de alteração informal da Constituição: “o fenômeno é “involuntário” e “intencional” e por isso se torna difícil estabelecer as limitações” (BULOS, 1996, p.42).

Para o entendimento do complexo fenômeno de alteração informal da Constituição, imperioso lembrarmos que no Brasil, em regra a constituição é classificada como rígida, para ser reformada precisa passar por um formalíssimo processo legislativo que exige aprovação por quórum qualificado de três quintos dos votos dos membros de cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos.

Além disso, a propositura da emenda somente pode ser feita por aquelas pessoas previstas no artigo 60, quais sejam, um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, o Presidente da República e mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

Veja-se que toda esta rigidez advém da supremacia constitucional, que evidentemente deve ser estável e duradoura, e por isso intencionalmente dificulta alterações do texto constitucional, para garantir a paz, a estabilidade e segurança jurídica da nação.

Não obstante tais considerações, esta mesma constituição é considerada aberta, na medida em que, como tem por objeto as regras para se viver em sociedade, enseja constante adaptação aos anseios sociais em constante evolução, para manter sua força normativa.

Mas normas jurídicas constantes nas palavras escritas na constituição, muitas vezes criam conceitos de textura aberta como a ordem pública, o interesse público, a função social, e os princípios, como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade, entre tantos outros, que entregam nas mãos do interprete, a difícil tarefa de complementar o processo de criação do Direito, na aplicação da lei.

Portanto algum grau de subjetividade sempre vai acompanhar o interprete da norma, daí a importância crucial de capacidade técnica para aplicar o Direito, dentro das escolas de hermenêuticas.

Decorrem daí também a importância de pessoas bem preparadas para ocuparem cargos de tamanha importância que é o de interprete da norma, especialmente no cargo de Juiz, que em seu mais alto grau, que é o STF, exige notável saber jurídico e reputação ilibada.

Não se olvide que sendo o direito uma ciência social, onde se busca a aplicação da justiça, não havendo resultados exatos nem cálculos matemáticos para solução de litígios, é de suma importância que os agentes lotados em cargos públicos, com poder de decisão, direcionem suas decisões na ética, no equilíbrio, no bom senso, na prudência e na sapiência, em questões tão complexas, ligadas a interpretação do direito para aplicação da lei. Para saber lidar com responsabilidade frente a tantos desafios, onde destacamos além da mutação, o ativismo judicial, o decisionismo e a judicialização da política.

O judiciário está longe de deixar o protagonismo do poder político no país, como balcão de atendimento de todas as dores da sociedade, em busca de repostas, de maneira que, o fenômeno da mutação será muito utilizado na era digital.

É que a invasão de tecnologias na sociedade e no próprio órgão judicial, não traz somente implicações positivas, a modernidade chega com todos seus aspectos positivos e negativos, envolvem questões muito complexas e polêmicas, relativas a sociedade da informação, como as mencionadas no capítulo anterior.

A não ser que o executivo e o legislativo cumpram a contento seu dever, adequando-se a era digital, o desafio do judiciário será cada vez maior, seja pela questão da superexposição nas mídias sociais, com grande influência nas decisões judiciais, as mídias criando e destruindo reputações, a questão da justiça distributiva, enfrentada num grande volume de lides judiciais atendendo direitos sociais coletivos, envolvendo questões políticas como o mínimo existencial versus a reserva do possível, formando controvertida jurisprudência.

Somadas as novidades tecnológicas do estado da arte, de todas as ordens, mudando o modo de vida da população, criando novas relações e obrigações no ciberespaço e na cibercultura, trazendo a ordem do dia a ética e a bioética como a grande questão a ser observada doravante na era digital.

Diante de uma sociedade em plena transformação digital, onde ainda temos uma legislação incipiente para atender aos novos anseios, a utilização da mutação constitucional, assim como, dos demais institutos mencionados, serão bastantes utilizados como remédio na solução de tais conflitos.

O próprio STF manifestou-se sobre a atividade judicial na aplicação do fenômeno, são elucidativos os julgamentos do Supremo Tribunal Federal discorrendo sobre seu papel institucional na aplicação do direito, via mutação constitucional:

A força normativa da Constituição da República e o monopólio da última palavra, pelo STF, em matéria de interpretação constitucional. O exercício da jurisdição constitucional – que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição – **põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do STF, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional**, a significar, portanto, que "A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la". Doutrina. Precedentes. [ADI 3.345, rel. min. Celso de Mello, j. 25-8-2005, P, DJE de 20-8-2010.] = **AI 733.387**, rel. min. Celso de Mello, j. 16-12-2008, 2ª T, DJE de 1º-2-2013 **Vide HC 91.361**, rel. min. Celso de Mello, j. 23-9-2008, 2ª T, DJE de 6-2-2009. **Vide RE 227.001 ED**, rel. min. Gilmar Mendes, j. 18-9-2007, 2ª T, DJ de 5-10-2007

A Suprema Corte em outra decisão defende as razões para aplicação pelo órgão da mutação na sociedade contemporânea, como se mostra abaixo:

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. [HC 91.361, rel. min. Celso de Mello, j. 23-9-2008, 2ª T, DJE de 6-2-2009.] Vide ADI 3.345, rel. min. Celso de Mello, j. 25-8-2005, P, DJE de 20-8-2010.

No cumprimento de sua função institucional, os entes políticos alteram constantemente a legislação brasileira, através da interpretação constitucional, comumente dentro do processo formal, para tanto, o legislativo possui toda a estrutura do Congresso Nacional com 513 deputados e 81 senadores, mas temos visto nos últimos tempos, cada vez mais, alterações informais ocorrendo em questões de grande destaque, muitas envolvendo direitos fundamentais, alterando informalmente a constituição.

Para Miguel Reale citado por Gilmar Ferreira Mendes:

Leis há (e estamos aqui dando preferência ao estudo das leis ou normas legais, apenas pela facilidade de exposição, sendo, no entanto, as observações válidas para todas as espécies de normas jurídicas) leis há, sem dúvida que durante todo o período de sua vigência, sofrem pequenas alterações semânticas, mantendo quase intocável a sua conotação originária. Isso ocorre quando não se verifica mudança de relevo na tábua dos valores sociais, nem inovações de monta no concernente aos suportes fáticos. (MENDES, 2009, p.152)

Dentre as mudanças de relevo na tábua dos valores sociais, ensejando alterações informais, a mais tormentosa é a mutação constitucional, entendida por muitos autores como um fenômeno social e jurídico de alteração informal da constituição, nela, diferentemente de uma mera interpretação, ocorre algo muito mais complexo, consistente em um inevitável processo informal de mudança definitiva da Constituição.

Pode ocorrer por interpretação constitucional em regra realizada por órgão e agentes públicos subdivididos em: (a) interpretação judicial e administrativa; e (b) pela atuação do legislador; (c) pelo costume constitucional, concernente às práticas observadas pelos agentes públicos e sociedade; e, ainda, (d) mutação na percepção do direito e na realidade de fato (BARROSO, 2009, p.128-129)

A doutrina é discrepante sobre a conceituação e a classificação do fenômeno, a autora brasileira Anna Cândida da Cunha Ferraz, pioneira no estudo da mutação, em 1986 publicou a sua tese de doutorado intitulada *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*, citando Biscaretti Di Ruffia e Milton Campos sobre os tipos de mutação, diz:

Embora a letra da Constituição permaneça inalterada, a realidade constitucional, graças a fatores diversos, sofre modificações consideráveis, que podem ser agrupadas em dois tipos. No primeiro reúnem-se as modificações operadas em virtude de atos elaborados por órgão estatais: a) de caráter normativo {leis, regulamentos, etc.}; b) de natureza jurisdicional (decisões judiciais, notadamente em matéria de controle de constitucionalidade das leis). No segundo grupo, as operadas em virtude de fatos: a) de caráter jurídico (tais como os costumes); b) de natureza político-social (tais como as normas convencionais ou as regras sociais de conduta correta frente à Constituição), ou simplesmente as práticas constitucionais (tais como a inatividade do legislador ordinário que, não elaborando normas de execução, logra, em substância, impedir a realização efetiva de disposições constitucionais). Milton Campos arrola, entre os processos de mutação constitucional, a complementação legislativa, a construção judiciária e o consenso costumeiro. (FERRAZ, 2015, p.12)

Tais mudanças das normas ou dos enunciados normativos e consequentemente das normas, ocorrem no tempo de forma imperceptível, pelas mudanças da conjuntura social, econômica, política e tecnológica, sem que exista alteração do texto expresso, com reflexos no significado das palavras e no alcance das normas constitucionais, é a mutação constitucional.

Pedro Lenza em sua obra *Direito Constitucional esquematizado*, elabora o conceito de mutação constitucional nas seguintes palavras:

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 em si, mas na interpretação daquela regra enunciada. O texto permanece inalterado. (Lenza, 2017, p. 150).

Ainda nessa disposição, Lenza (2017) conclui que:

As mutações constitucionais, portanto, exteriorizam o caráter dinâmico e de prospecção das normas jurídicas, por meio de processos informais. Informais no sentido de não serem previstos dentre aquelas mudanças formalmente estabelecidas no texto constitucional. (LENZA, 2017, p. 150).

Isso porque a evolução da sociedade é dinâmica, e o significado de determinadas palavras e determinados valores sofrem uma variação de sentido com o decurso do tempo.

Ana Cândida define a mutação como:

Daí a distinção que a doutrina convencionou registrar entre reforma constitucional e mutação constitucional; a primeira consiste nas modificações

constitucionais reguladas no próprio texto da Constituição (acréscimos, supressões, emendas), pelos processos por ela estabelecidos para sua reforma; a segunda consiste na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas. (FERRAZ, 2015, p.09)

A mutação constitucional ocorre a partir deste primeiro elemento, o da percepção de que a norma a ser aplicada está defasada no tempo, constatando um desajuste ou descompasso da norma a ser aplicada em um caso concreto, fazendo surgir uma nova interpretação da sociedade sobre o texto normativo que se tornou efetivamente ultrapassado, perdendo força normativa.

Sobre o tema, Uadi Bulos cita Paolo Bisciai di Ruffia que diz:

Se se quer realmente conhecer o desenvolvimento da vida constitucional de um Estado é necessário ter presentes as múltiplas modificações não-formais das normas da Constituição, que sempre ocorrem na medida mais ou menos acentuada, segundo os diversos ordenamentos (BULOS, p.33)

Um interessante estudo de autores discorrendo sobre o fenômeno, com foco na alteração de conceitos e costumes da sociedade em determinada época, que acaba gerando a mutação, foi realizado por Carlos Victor Nascimento dos Santos, em sua obra *Reconstruindo o conceito de mutação constitucional* (2015), mencionando autores estrangeiros que se debruçaram sobre o tema, destaca:

(...) o alemão Jellinek (1991, p. 1-90), em obra escrita no final do século XIX, diz que a mutação constitucional é fundada na teoria do fato consumado, em que se demonstra uma situação já consolidada no tempo. A partir da existência de um fato consumado vem a possibilidade de alteração de sentido de um texto normativo, considerando que o ali disposto poderia não mais atender às demandas da realidade social vigente.

(...) Hsü Dau-Lin, em 1932, ao escrever sobre as transformações constitucionais disse que a mutação constitucional é um fenômeno que revela uma nova ordem política, demonstrando um distanciamento entre as normas constitucionais e a realidade social. Na linha do pensamento desenvolvido por Lassale (1998), a mutação constitucional é responsável por reconhecer a preponderância da realidade fática sobre a Constituição escrita. Para não caracterizá-la como mera “folha de papel”.

(...) o espanhol Manuel García-Pelayo, entendia a mutação constitucional como uma situação excepcional que tende a se tornar rotina, convertendo-se em norma e transformando a estrutura da norma constitucional. Destaca quatro formas de manifestação das mutações constitucionais: (i) a prática não regulada pelo texto constitucional e que não se opõe às suas regras escritas; (ii) impossibilidade do uso ou desuso de determinado mandamento

constitucional; (iii) práticas que se opõem aos preceitos constitucionais; e (iv) práticas ou leis que esvaziam os direitos e garantias individuais a partir das transformações causadas por interpretações das normas constitucionais (SANTOS, 2015, p.83-84, apud García-Pelayo, 1951, p. 126, 137-138)

Nesta linha de pensamento, o autor brasileiro Uadi Lammêgo Bulos (1997, p.3), afirmou que as Constituições são organismos vivos, que possuem caráter dinâmico, ou seja, se transformam para estarem de acordo com as novas realidades sociais.

E a autora Nadja Machado Botelho, em sua obra “Mutação constitucional: a constituição viva”, mencionou que se o direito não pode se dissociar dos fenômenos sociais, tampouco pode se limitar a reproduzi-los acriticamente.

A autora Anna Cândida da Cunha Ferraz em sua obra Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais, (2015, p.06), citando Loewenstein e Meirelles Teixeira descreve:

As Constituições, afirma Loewenstein, não mudam somente mediante emendas mas, em maior volume, há mudanças imperceptíveis que a norma estabelecida sofre ou por efeito do ambiente político ou pelos costumes. Com propriedade lembra Meirelles Teixeira: "Seria errôneo, entretanto, e mesmo ingênuo, pensar-se que as Constituições rígidas somente pudessem sofrer alterações através de técnicas jurídicas expressa e previamente estabelecidas, e que o impacto da evolução política e social somente pudesse atuar sobre elas através desses canais, e que a vida deveria necessariamente acomodar-se, em seu eterno fluxo de progresso, dobrando-se com docilidade ao sabor dessas fórmulas e apenas ao juízo de políticos e legisladores" (FERRAZ, 2015, pag. 06-07)

Diz o autor Adriano Sant’Ana Pedra, em sua obra “As mudanças informais na constituição pela evolução da jurisprudência constitucional: condições e limites mutação constitucional”, pag. 16, que:

A Mutação Constitucional cumpre um papel de grande relevância no processo de concretização constitucional, pois harmoniza a busca do sentido normativo com a segurança jurídica exigida pelo Estado Constitucional. O fenômeno das mutações constitucionais constitui uma constante na vida dos Estados e a Constituição deve ser compreendida dentro de seu tempo. (PEDRA, 2018, P.16)

É que as vezes o significado de uma palavra simplesmente se altera no tempo (família, casa), outra palavra com significado aparentemente claro, adquire um sentido próprio, distinto daquele atribuído originalmente, quando inserida em um contexto (mulher honesta), que leva em conta localidade, época e os valores do povo a que se destina.

De forma que, o primeiro ponto de destaque sobre a mutação, é o de que ela deve, necessariamente, decorrer da mudança de entendimento da sociedade sobre determinada palavra ou tema, o que não é tarefa fácil de constatar.

Socorre-nos as escolas de hermenêutica mencionadas no primeiro capítulo, como a escola histórica evolutiva, que defendia exatamente esta questão da lei no tempo, onde o direito deve se manter sempre atual, em consonância com a evolução social.

Note-se que esta escola se preocupa com a norma no tempo, defendendo que ela deve estar sempre em consonância com a sociedade, sempre atualizada, ou seja, a lei criada se desprende do legislador após sua entrada em vigor, para acompanhar as evoluções do tempo, defendendo uma interpretação sempre em consonância com a nova realidade social, atualizando o direito, contudo, tomando o cuidado de não modificar sua essência.

A interpretação na escola histórica evolutiva, ressalta a importância de atualização da norma no tempo, reconhecendo que sua defasagem gera um distúrbio entre a realidade social e a norma, que deve ser sanado atualizando o entendimento sobre a norma com a nova visão.

Também destaca a importância da interpretação constitucional, de se constatar as mudanças de entendimento social sobre determinada questão, o autor Alemão Ferdinand Lassalle, mencionado no primeiro capítulo, ele escreveu que a Constituição deve ser a manifestação de fatores reais de poder, e que deve colocar a norma constitucional em sintonia com a realidade social, sob pena da carta magna ser reduzida a uma mera folha de papel.

Lassalle defendia a concepção sociológica da constituição, onde se o texto constitucional não correspondesse à realidade, não tinha eficácia alguma.

A preocupação com a essência da Constituição em Lassalle, com a devida sintonia de entendimento da sociedade e da Constituição, foi diretamente contraposta na força normativa de Konrad Hesse, este escrevendo após o primeiro, buscou aprimorar a teoria de Lassalle, estabelecendo limites necessários para tais adequações da lei no tempo, sem no entanto perder de vista que, as mudanças de entendimento na sociedade ocorrem e são inevitáveis.

Konrad Hesse prioriza a Constituição, afirmando que esta possui força normativa própria, capaz de ordenar e motivar a vida do Estado e da sociedade, sendo a Constituição a norma fundamental do Estado que deve ser seguida pelo povo, tudo isso sem se descuidar de reconhecer que a constituição esta intrinsecamente ligada aos valores sociais de determinado tempo:

Toda Constituição é Constituição no tempo; a realidade social, a que são referidas suas normas, está submetida à mudança histórica e esta, em nenhum caso, deixa incólume o conteúdo da Constituição”. Deixar de observar a mudança histórica leva à petrificação da Constituição que, em curto ou longo

período, deixará de cumprir suas tarefas. A Constituição também poderá descumprir suas tarefas se adaptar-se, sem reservas, às circunstâncias do momento, que não significam, necessariamente, uma mudança histórica; “[...] em tal caso, suas normas já não são pauta das circunstâncias, mas são estas que atuam como parâmetros de suas normas. (HESSE, 2009, p. 13)

Konrad Hesse (2009, p.88-89) também afirmou que “A Constituição deve restar incompleta e inacabada porque a vida, que ela intenta regular, é a vida histórica e, enquanto tal, submetida a mudanças históricas”.

Não se olvide que as constituições devem refletir a vontade e o espírito de seu povo, através de leis duradouras que tragam estabilidade e paz social, e vice versa, ou seja, o povo deve cumpri-la rigorosamente; mas inegável também que o dinamismo da vida altera a concepção sobre as coisas, mais em tempos de era digital, onde as mudanças são cada vez mais rápidas; sendo papel do legislativo tais ajustes, como órgão competente para tratar da atualização das normas, mas na sua omissão, resta a via difusa uma vez provocada, proceder a adequação da Lei ao tempo.

A mutação para muitos autores se justifica nestas situações ressaltadas, de fato há relevante importância na atualização da norma ao tempo, se o texto legal não se adequa mais à sociedade a que se destina, ele sofrerá inevitável perda de força normativa pelo desuso.

Isso ocorre como por exemplo no conceito de família, que se modificou tanto nos últimos anos na sociedade, ao ponto do texto constitucional ainda expresso, estar totalmente ultrapassado. Assim como, em leis esparsas como a do “jogo do bicho”, o crime de bigamia, os efeitos da separação judicial para o cônjuge culpado, que foram perdendo força normativa pela aceitação social.

A importância deste elemento de mudança de entendimento da sociedade no tempo, é imprescindível para a configuração da mutação constitucional, de forma que, não deve o interprete criar, forçar, fantasiar, ou mesmo entender que houve mudança na sociedade, ele deve constatar tal mudança, senão não é caso de mutação.

Na sequência, destacamos um segundo elemento para configuração da mutação, o elemento jurídico do fenômeno, que advém da reação do Estado a partir da constatação da norma desatualizada, que por seus poderes constituídos, especialmente pelo judiciário (STF) através do método difuso de controle de constitucionalidade, constatando o elemento temporal de mudança de entendimento sobre determinado tema, procede a alteração da constituição sem alterar seu texto, aplicando a mutação constitucional, respeitando os limites impostos pela própria Constituição.

Em sua análise sobre o tema discorre Santos que:

Há autores que fazem uma associação do conceito a um método de interpretação da norma constitucional, outros preferem associá-la a um fenômeno. Neste sentido, a mutação constitucional entendida como um fenômeno não induz a uma interpretação do texto normativo, mas ao reconhecimento de uma prática já existente e reiterada na sociedade ao qual é aplicável. Enquanto fenômeno, não poderia a mutação constitucional revestir-se de elementos em que se pudesse identificar a possibilidade de manipulação para a defesa de determinado sentido a um texto constitucional. Surge, então, a necessidade de observação e descrição do objeto analisado para adaptar a norma (alterando o seu sentido) à nova realidade social observada e descrita. (SANTOS, 2015, p.89)

Citando novamente Anna Cândida Ferraz explicando sobre sua ocorrência disse que:

A mutação constitucional, para que mereça o qualificativo, deve satisfazer, portanto, os requisitos apontados. Em primeiro lugar, importa sempre em alteração do sentido, do significado ou do alcance da norma constitucional. Em segundo lugar, essa mutação não ofende a letra nem o espírito da Constituição: é, pois, constitucional. Finalmente, a alteração da Constituição se processa por modo ou meio diferentes das formas organizadas de poder constituinte instituído ou derivado. (FERRAZ, 2015, p.11)

Nesse sentido, afirma o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso em seu Curso de Direito Constitucional Contemporâneo (2011), que a mutação enquanto fenômeno pelo qual a Lei Fundamental é transformada em seu sentido, sem qualquer modificação da letra da lei:

A mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo (BARROSO, 2011, p.148-149)

Assim, nesta árdua tarefa de precisar o sentido adequado da norma desatualizada ao caso em análise, respeitando a Constituição, procede o intérprete a um criterioso estudo na identificação e na determinação do conteúdo e do sentido do texto constitucional, para proceder a mutação com critérios e rigores necessários, afinal será uma alteração informal da Constituição Federal.

A mutação constitucional se consuma na alteração normativa da Constituição sem que ocorra, de fato, alteração do texto normativo, é a modificação pela situação concreta, trazida a juízo por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma, como menciona Gilmar Mendes:

O estudo do poder constituinte de reforma instrui sobre o modo como o Texto Constitucional pode ser formalmente alterado. Ocorre que, por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional. (MENDES, 2010, p.306)

Na mutação constitucional justifica-se a interpretação expansiva do judiciário nas escolas pós positivistas, no neoconstitucionalismo ou constitucionalismo finalístico, onde a Constituição é formada com efetividade prática, atuando como o alicerce do ordenamento jurídico. A própria Constituição obriga o interprete a julgar através de uma nova forma de ver o Direito, buscando a justiça nos valores morais e nos princípios.

É que a partir do neoconstitucionalismo a Constituição ultrapassou seu papel de meramente estabelecer competências e normas gerais e abstratas para ir além, ela passa a contemplar juízos de valor com a finalidade de conceder, garantir, preservar e promover os direitos fundamentais, como consta expressamente no preambulo da carta magna.

Tal determinação ali expressa é tão forte que, no artigo primeiro da Constituição está previsto que o Estado, agora Democrático de Direito, tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, significando que a constituição deve ser interpretada sempre em busca da Justiça.

O artigo terceiro também traz expressamente as linhas mestras da Carta Magna que são os objetivos fundamentais da República, quais sejam, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Comentando sobre a justificativa da mudança no fenômeno da mutação constitucional, decorrente de uma nova percepção do direito, onde se procede a uma releitura da norma no que deve ser considerado ético e justo, diz Luís Roberto Barroso, atual Ministro do Supremo Tribunal Federal:

(...) a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação do seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. (BARROSO, 2020, p.144)

No Direito atual cabe ao aplicador da lei atender para além do direito, os fins sociais e às exigências do bem comum, a norma deve ser aplicada com a finalidade para ser um meio de instrumentalização efetiva da justiça, e de diminuição das desigualdades sociais, respaldando a mutação quando na aplicação do direito.

Como mencionado no segundo capítulo, a implementação dos direitos fundamentais sempre foi muito complexa e acompanhada muitas vezes de lutas armadas, as castas de poder do Brasil sempre comandaram o país revezando-se no poder, resguardando os interesses políticos e econômicos de poucos.

Acresça-se a completa mudança de valores da sociedade da informação, decorrentes exatamente das novas tecnologias, acarretando alteração brusca na vida das pessoas, são novas gerações que nascem no mundo líquido de Bauman, volátil, superficial, e com muita velocidade, questões como trabalho e lazer mudaram completamente de valor, nos dias atuais a máxima é o conhecimento, a sociedade moderna precisa ser vista e ouvida pelo Estado.

De forma que, evidente a necessidade de expansão dos direitos fundamentais na era digital, a luz dos anseios sociais, muitos expressos na Carta Cidadã mas não efetivados, o Estado que não zela pela evolução social, não pode atingir sucesso nos seus objetivos, a evolução do país está diretamente ligada a evolução de seu povo.

A era digital deve ser um facilitador para este objetivo, senão perderá sentido, servindo apenas a poucos privilegiados, será inimiga do povo; como dito no primeiro capítulo, não se pode correr o risco de repetirmos o lado negativo da história, não podemos permitir que a era digital seja acusada no futuro, de nos lançar em direção a uma catástrofe social.

A tecnologia não deve ser utilizada apenas para exploração comercial, para auxiliar na redução de custos e no aumento de lucros, muito menos para difundir falsas informações, criar realidades falsas, mundos imaginários; ela deve servir à sociedade, como ferramenta para aumentar a potencialidade das pessoas, de todas elas.

Mas se a utilização da mutação encontra respaldo nesta nova Constituição aberta, na nova interpretação constitucional, também encontra limites, que devem ser muito bem delineados para evitar que o fenômeno seja utilizado erroneamente, assim como, evitando que seja desvirtuado e utilizado para fins diversos, transformando-se numa patologia jurídica.

Em decorrência da mutação constitucional consistir num processo informal de mudança da Constituição, de vital importância respeitar os limites desta alteração, pois a aplicação de tal instituto de forma equivocada, pode importar numa mutação inconstitucional, contrariando a própria Constituição, segundo Anna Cândida da Cunha Ferraz:

A expressão mutação constitucional é reservada somente para todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido, o significado e o alcance da Constituição sem contrariá-la; as modalidades de processos que introduzem alteração constitucional, contrariando a Constituição, ultrapassando os limites constitucionais fixados pelas normas, enfim, as alterações inconstitucionais são designadas por mutações inconstitucionais, (FERRAZ, 2015, p.10)

Para podermos falar em mutação constitucional não pode haver regresso na Lei, deve haver respeito aos ditames constitucionais e não o desrespeito, afinal aplicar a mutação com reais efeitos no mundo jurídico alterando a constituição de maneira informal, não é pouca coisa, pois na prática surte uma espécie de efeito erga omnes, com reflexos em todos os julgamentos dali por diante, de forma que a mutação não pode ferir a constituição.

Assim, um terceiro elemento indispensável para que se possa admitir a mutação, é a atribuição de limites para a interpretação judicial, como instrumento de mutação constitucional, ou seja, que a mutação respeite e esteja dentro dos limites da própria Constituição.

Na própria Constituição encontram-se os limites para a aplicação da mutação, que devem ser respeitados sem exceção, pois em todo o sistema normativo é garantida estabilidade e segurança jurídica, é possível a maleabilidade dentro da Constituição, aberta e sensível a evolução, dentro dos limites constitucionais.

A segurança jurídica é instituto de suma importância na análise da mutação constitucional, pois ela está dentro do grupo dos direitos fundamentais que compõem a base da Constituição Federal, é uma garantia do Estado, de forma que, não se admite que qualquer ato administrativo ou judicial atue sem observá-la e sem protegê-la. Cléve e Lorenzetto mencionando Blanco em seu texto de 1998 transcrevem:

Qualquer ensaio de solução da tensão entre permanência e mudança, não pode deixar de levar em consideração os reclamos da segurança jurídica. Os poderes públicos, por isso mesmo, estão obrigados a promover as condições necessárias para a sua concretização (CLEVE, Lorenzetto 2015, p. 142)

Será uma mutação inconstitucional aquela que ultrapasse os limites da Constituição, violando o poder constituinte e a soberania popular.

Se é fato que as normas jurídicas se libertam da vontade subjetiva que as criou, e passam a ter uma existência objetiva que permite sua interação e atualização perante as novas realidades e evoluções, também é fato que tais ocorrências não podem desnaturar o espírito da Constituição.

(...) o ordenamento jurídico é perpassado por uma secular relação de tensão entre permanência e ruptura, estabilidade e mudança, entre o que tende a ser

eterno e o que tende à perpétua mudança. Em outras palavras, o ordenamento jurídico, tal qual a vida, equilibra-se entre os polos da segurança (na abstrata imutabilidade das situações constituídas) e da inovação (para fazer frente ao pânta rei). Assim, na relação (que é fundamental) entre tempo e direito, a expressão ‘princípio da segurança jurídica’ marca, como signo pleno de significados que é, o espaço de retenção, de imobilidade, de continuidade, de permanência – valoriza, por exemplo, o fato de o cidadão não ser apanhado de surpresa por modificação ilegítima na linha de conduta da Administração, ou por lei posterior, ou modificação na aparência das formas jurídicas” (COSTA, 2004, p. 113).

A mutação deve respeitar os limites possíveis de interpretação de uma norma, as limitações semânticas do texto, os possíveis sentidos limitados na preservação dos princípios fundamentais da Constituição, se o sentido novo contrariar qualquer princípio constitucional, não pode ser implementado pela mutação.

Márcio Ortiz Meinberg mencionando Anna Cândida Ferraz, enumera os três elementos mencionados como requisitos da mutação constitucional: 1) ocorrer sempre uma alteração do sentido, significado ou alcance da norma constitucional; 2) que a mudança não ofenda nem a letra nem o espírito da Constituição; 3) se processar por meio diferente das formas organizadas de poder constituinte instituído ou derivado.” (MEINBERG, 2014, p.71)

Afirmando a existência de limites para as mutações, Segundo Wellington Márcio Kubliskas:

As mutações constitucionais não geram deformações maliciosas nem subversões traumatizantes na ordem estabelecida. Nesse sentido, as mutações constitucionais somente serão tidas como legítimas quando forem introduzidas de modo a desenvolver, atualizar ou complementar as normas constitucionais escritas, mas não poderão contrariá-las, sob pena de ser tidas como mutações inconstitucionais. Em outras palavras, elas não podem afetar nem o texto e nem o espírito da Constituição. (KUBLISKAS, 2009, p.97)

A mutação constitucional será legítima, desde que não desrespeite o espírito da constituição, sua utilização deve visar o desenvolvimento, a atualização e a complementação das normas constitucionais positivas, mas sem contrariá-las.

A mutação que resulte em garantia dos direitos fundamentais será legítima, pois estará dentro dos ditames da carta magna, assegurando a estabilidade da Constituição. Tem-se que a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, mais do que nunca, estão no ápice das questões jurisdicionais, quanto maior a pobreza e a desigualdade social, maior a ânsia por justiça.

Em tempos de era digital, onde a tecnologia se coloca muito a serviço de interesses privados, para os denominados por Pérez Lunõ como “info-ricos”, imprescindível que os entes

políticos atentem para os direitos fundamentais, destinados a todos especialmente os “info-pobres”, sempre que defasados e necessitando de efetivação, sendo um verdadeiro e necessário elemento para aplicação do instituto da mutação, em respeito a própria Constituição.

E deve sempre passar pelo crivo da segurança jurídica, valendo desde que haja respeito e cumprimento de seus próprios mandamentos, que tenha caráter evolutivo, jamais de retrocesso, desde que se assegure a estabilidade da Constituição e, diante da alteração dos valores sociais, no contexto em que é analisada, haja amparo desses pelo texto normativo fundamental.

Ressaltamos a importância do elemento expansão dos direitos fundamentais, sendo os costumes e as questões afetas aos direitos fundamentais, com bastante volume objeto de mutações, por tudo que foi dito sobre o neoconstitucionalismo, o fenômeno se justifica quando significa expansão dos direitos fundamentais, o que se harmoniza com o espírito da constituição.

Por fim, diante da constituição aberta, da maleabilidade das normas, ocorrem as mutações constitucionais na legislação brasileira, no entanto, em última instância, após constatada a alteração social, a mesma passa pelo crivo do interprete no exercício da interpretação constitucional, de forma que, neste momento, os aspectos legais devem ser analisados, sendo necessário que a mesma resulte na harmonia do fato social a norma, e que a alteração respeite a constituição, para salvaguarda da segurança jurídica.

4.3 CASOS PRÁTICOS

4.3.1 Primeiro caso

RECLAMAÇÃO 4335/AC - TRIBUNAL PLENO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 20/03/2014 Publicação: 22/10/2014 Ementa Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente. Decisão (Relator), julgando procedente a reclamação, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Eros Grau. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 1º.02.2007. Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Eros Grau, que julgava procedente a reclamação, acompanhando o Relator; do voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, julgando-a improcedente, mas concedendo habeas corpus de ofício para que o juiz examine os demais requisitos para deferimento da progressão, e do voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que não conhecia da reclamação, mas igualmente concedia o habeas Observação Acórdão(s)

citado(s): (LEGITIMIDADE ATIVA, TERCEIRO, RECLAMAÇÃO, ATRIBUIÇÃO, EFICÁCIA ERGA OMNES, CONTROLE DIFUSO) Rcl 1880 AgR-QO (TP). (RESERVA DE PLENÁRIO) RE 190728 (2ªT), RE 191898 (2ªT), AI 168149 AgR (2ªT), AI 167444 AgR (2ªT). (VALORIZAÇÃO, CONTROLE CONCENTRADO, CONSTITUCIONALIDADE, ATO NORMATIVO) (BRASIL - STF – Reclamação 4335/AC – Relator: Gilmar Mendes, 2014)

A mutação constitucional é um fenômeno difícil de compreender, a constatação de mudança de valores na sociedade, a lei ultrapassada e a interpretação pelo judiciário, de fato, enseja um exercício complexo para aplicação, lembrando que o resultado será a alteração informal da Constituição.

Analisando casos práticos, no nosso caso de decisões do STF., fica mais fácil analisar o funcionamento da alteração informal da norma constitucional, neste intuito, seguem julgados com aplicação da mutação, onde refletimos acerca do uso adequado ou não do fenômeno.

Neste desiderato interessante mencionar a grande celeuma do uso da mutação pelo STF na questão de controle difuso de constitucionalidade, no art. 52, X da Constituição Federal, está expresso que o controle abstrato por parte do Supremo Tribunal Federal, depende de resolução do Senado Federal para que seus efeitos sejam erga omnes e vinculantes:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:
X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;
(BRASIL, Constituição, 1988)

A Reclamação Constitucional nº 4335/AC foi ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre e foi julgada em 20 de março de 2014, no Supremo Tribunal Federal, diante decisão proferida pelo Juízo da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, que indeferiu pedido de progressão de regime em favor de onze réus condenados pela prática de crimes hediondos.

Os ministros Gilmar Mendes, relator da referida Reclamação, Eros Grau, Teori Zavascki e Sepúlveda Pertence, proferiram votos no sentido de que as decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, seriam dotadas de efeitos vinculantes, em razão de uma mutação constitucional na norma inscrita no art. 52, X, da CF.

Afirmaram os ministros em seus votos que a função relativa à suspensão de execução da lei declarada inconstitucional pelo Senado Federal teria simples efeito de publicidade, evidenciando uma atuação meramente burocrática e política!

Bem, na aplicação do fenômeno não foi constatado o elemento de mudança de valores da sociedade, ou seja, o elemento social do fenômeno, eis que não ficou demonstrada nenhuma alteração de entendimento da sociedade sobre esse tema, na verdade, lendo o acordão nem se cogita de tal alteração na sociedade, limitam-se os Ministros na interpretação jurídica do artigo.

No caso concreto, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 82. 9592, o STF havia declarado incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º da Lei nº 8.072/1990, afastando a vedação da progressão de regime nos crimes hediondos. Faltava a resolução do senado para o efeito erga omnes.

Com base neste precedente, a Defensoria Pública do Acre solicitou a concessão de progressão de regime para onze réus, mas o Juiz de primeira instância indeferiu o pedido, alegando a vedação legal para tanto, sob o argumento exatamente de que a decisão proferida pelo STF no controle difuso de constitucionalidade teria apenas efeitos inter partes.

Assim a Defensoria Pública alegou, na referida Reclamação, o descumprimento das decisões proferidas pela Suprema Corte (CF, art. 102, I, I) pela não observação da decisão proferida no Habeas Corpus nº 82. 959 pelo Juízo da Vara de Execuções Penais.

Pode-se ver, dessa forma, que a grande questão discutida na Reclamação envolve os efeitos da decisão proferida pelo STF, em sede de controle difuso de constitucionalidade, se erga omnes ou inter partes. Assim foi o voto do Ministro Gilmar Mendes:

É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto.

Em verdade, a aplicação que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao disposto no art. 52, X, da CF indica que o referido instituto mereceu uma significativa reinterpretção a partir da Constituição de 1988. É possível que a configuração emprestada ao controle abstrato pela nova Constituição, com ênfase no modelo abstrato, tenha sido decisiva para a mudança verificada, uma vez que as decisões com eficácia erga omnes passaram a se generalizar.
(BRASIL - STF – Reclamação 4335/AC – Relator: Gilmar Mendes, 2014)

A aplicação da mutação constitucional para o art. 52, X, da CF, defendida por vários Ministros, teve como fundamento a mencionada “reformulação do sistema jurídico com uma nova compreensão conferida à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988, baseados na doutrina constitucional”.

Com todas as vênias devidas, por todo o exposto no presente trabalho, entendemos que em tal caso, não houve uma mutação constitucional, restando uma violação do dispositivo da

própria constituição que traz um rol expresso de competências atribuídas ao Poder Legislativo que foi infringido pela decisão do supremo, desvirtuando o instituto da mutação.

É que na hipótese, não ficou demonstrada a mudança no sentido da norma, esta foi realizada unicamente pela interpretação expansiva dos Ministros, que entenderam por bem alterar o texto constitucional, eliminando a competência atribuída ao Senado Federal, nada houve na sociedade que evidenciasse mudança de entendimento sobre palavra, valor ou costume que refletisse no caso concreto para constatação.

Melhor seria que cada interessado procedesse ao seu recurso individualmente, simples assim, pois somente seria possível efeitos erga omnes, mediante resolução do senado ou reforma formal da constituição pelo Poder Legislativo, o que não ocorreu, restando uma mutação inconstitucional.

Nos parece, ressalvadas todas as vênias, que houve uma usurpação de competência pelo STF., uma violação ao princípio da separação dos poderes, trazendo insegurança jurídica às decisões envolvendo tais casos.

4.3.2 Segundo caso:

RE 778889 / PE – PERNAMBUCO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO

Julgamento: 10/03/2016 - Publicação: 01/08/2016

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Repercussão Geral – Mérito

ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159
DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016

Partes - RECTE. (S): MÔNICA CORREIA DE ARAÚJO ADV.(A/S): ANA CRISTINA CAVALCANTE BELFORTE OUTRO(A/S) RECD.(A/S): UNIÃO PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. EQUIPARAÇÃO DO PRAZO DA LICENÇA-ADOTANTE AO PRAZO DE LICENÇA-GESTANTE. 1. **A licença maternidade prevista no artigo 7º, XVIII, da Constituição abrange tanto a licença gestante quanto a licença adotante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias. Interpretação sistemática da Constituição à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da proteção integral, do princípio da prioridade e do interesse superior do menor.** 2. As crianças adotadas constituem grupo vulnerável e fragilizado. Demandam esforço adicional da família para sua adaptação, para a criação de laços de afeto e para a superação de traumas. Impossibilidade de se lhes conferir proteção inferior àquela dispensada aos filhos biológicos, que se encontram em condição menos gravosa. **Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente.** 3. Quanto mais velha a criança e quanto maior o tempo de internação compulsória em instituições, maior tende a ser a dificuldade de adaptação à família adotiva. Maior é, ainda, a dificuldade de

viabilizar sua adoção, já que predomina no imaginário das famílias adotantes o desejo de reproduzir a paternidade biológica e adotar bebês. Impossibilidade de conferir proteção inferior às crianças mais velhas. **Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente.** 4. Tutela da dignidade e da autonomia da mulher para eleger seus projetos de vida. Dever reforçado do Estado de assegurar-lhe condições para compatibilizar maternidade e profissão, em especial quando a realização da maternidade ocorre pela via da adoção, possibilitando o resgate da convivência familiar em favor de menor carente. Dívida moral do Estado para com menores vítimas da inepta política estatal de institucionalização precoce. Ônus assumido pelas famílias adotantes, que devem ser encorajadas. 5. **Mutação constitucional. Alteração da realidade social e nova compreensão do alcance dos direitos do menor adotado. Avanço do significado atribuído à licença parental e à igualdade entre filhos, previstas na Constituição. Superação de antigo entendimento do STF.** (BRASIL, RE 778889 / PE – PERNAMBUCO; Relator: Min. ROBERTO BARROSO, 2016)

Contextualizando o caso concreto, consta no julgado que se trata de uma servidora pública da justiça federal que obteve guarda provisória, para fins de adoção de menor impúbere que contava com um ano, um mês e alguns dias de vida.

Requeru licença maternidade prevista no art. 7º, XVIII, CF., o benefício foi deferido pelo prazo de 30 dias, com base no art. 210 da Lei nº 8.112/1990, posteriormente a licença foi prorrogada pelo prazo de 15 dias, com base na Lei nº 11.770/2008, no Decreto nº 6.691/2008 e na Resolução nº 30/2008 do Conselho da Justiça Federal (CJF).

A ordem foi denegada, as decisões anteriores concluíram que a licença-gestante prevista na Constituição, e a licença maternidade prevista no art. 210 da Lei nº 8.112/1990, seriam institutos diversos.

A impetrante interpôs recurso extraordinário, invocando violação ao art. 7º, XVIII, c/c art. 39, §3º, CF e ao art. 227, §6º, CF

O núcleo da questão posta em juízo foi definir se a lei pode instituir prazos diferenciados para a licença maternidade concedida às servidoras gestantes e às adotantes, e se é legal a diferenciação do prazo da licença, em função da idade da criança.

Deu-se provimento ao recurso extraordinário, de forma a deferir à recorrente o prazo remanescente de licença gestante prevista na CF em favor da mãe, vigente na época.

O Acórdão em tela embasou-se na mutação constitucional, para afastar a possibilidade de lei instituir prazos diferenciados de licença-maternidade às servidoras gestantes e adotantes. A mutação está no fato de que, a norma que prevê a licença maternidade constante no artigo 7º, XVIII, da Constituição Federal, não abrange expressamente a licença adotante:

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

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;
(BRASIL, Constituição, 1988)

Houve a extensão desse entendimento para declarar a inconstitucionalidade do art. 210 da Lei nº 8.112/1990, além dos parágrafos 1º e 2º do artigo 3º da Resolução CJF nº 30/2008, que traziam uma tabela de prazos menores de licenças:

Lei 8.112/90 - Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais

Art. 210. À servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, serão concedidos 90 (noventa) dias de licença remunerada. Parágrafo único. No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 (um) ano de idade, o prazo de que trata este artigo será de 30 (trinta) dias. (BRASIL, Lei n. 8.112/90)

Na fundamentação o Ministro relator Luís Roberto Barroso entendeu que no que respeita à licença maternidade de 120 dias, este foi o prazo mínimo de licença conferido às gestantes pela Constituição, e que a Carta Magna vedou o tratamento discriminatório entre filhos naturais e filhos adotivos (art. 227, §6º, CF), independentemente da idade da criança adotada, sob pena de violação do direito dos filhos adotivos à isonomia de tratamento com os filhos naturais.

Consta expressamente no julgado, a aplicação da hermenêutica atual, com a interpretação sistemática da Constituição à luz de vários outros artigos da constituição e de leis esparsas; o acórdão possui uma explanação específica sobre as normas referentes ao caso de adoção antes e após 1988, a proteção à infância no Brasil, com referências às políticas públicas, Leis esparsas e Jurisprudências a respeito.

Aplicou-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da isonomia entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da proteção integral, do princípio da prioridade e do interesse prioritário do menor.

A decisão destaca a aplicação da Mutação constitucional, onde o ministro reconhece a alteração da realidade social, a nova compreensão do alcance dos direitos do menor adotado, o avanço do significado atribuído à licença parental e à igualdade entre filhos, de forma a adequar o entendimento da sociedade atual à Constituição Federal defasada naquele artigo.

Fundamentando sua decisão o Ministro Barroso reportando-se a Mutação em curso, esclarecendo:

Há uma tradição filosófica,   qual me filio, de que o mundo se encontra em mudança permanente, em eterno fluxo. Ela vem desde Heráclito (540-480 a.C) e tem um dos seus pontos altos em Hegel (1770-1831). A ideia básica nessa concepção filosófica é a de que a história é um processo lento, mas constante,

de aperfeiçoamento moral e espiritual da humanidade. O processo civilizatório nos conduz na direção do bem e da justiça. Creio que assim seja, mesmo quando não se possa perceber olhando da superfície.

A matéria discutida neste processo é um bom exemplo dessa evolução. Trata-se aqui dos direitos das crianças, dos direitos das mulheres e do papel da adoção, sobretudo no ambiente de menores desamparados. Ao longo do tempo, houve significativa mudança na realidade e na compreensão dos valores envolvidos nessa complexa relação. Por isso, é boa hora para este Tribunal revisitar o assunto.

(BRASIL, RE 778889 / PE – PERNAMBUCO; Relator: Min. ROBERTO BARROSO, 2016)

Na esteira de outras mutações clássicas como o conceito de família prevista no art. 226, §3 da CF., onde a união estável entre homem e mulher foi reconhecida pelo STF como entidade familiar, e outras decisões que denotam relevante ampliação do conceito com inclusão de novos tipos familiares não dispostos na norma positiva, a exemplo a união homoafetiva.

Tais mutações, na mesma linha da decisão em estudo, demonstram claramente e sem resistências a adoção da mutação com nítida intenção de expansão dos direitos fundamentais, afinal, a sociedade mudou bastante nos últimos anos, questões de família sofreram muitas alterações nas últimas décadas, o tratamento que se dá ao divórcio, aos direitos da mulher, proteção contra à violência, a liberdade sexual, são exemplos de conceitos e valores que evoluíram bastante no passar dos últimos anos.

Em tempos modernos em que a questão tão importante como a ética e bioética que precisam manter o foco de atenção sobre a clonagem, a nanotecnologia e nanobiologia; a tecnologia genética, as microtecnologias; que podem revolucionar os conceitos da vida humana, não cabe mais discutir nem aceitar qualquer diferença entre filhos naturais ou não.

Na questão específica da adoção, de fato havia um tratamento menos primoroso no recente passado brasileiro, a sociedade via com alguma diferença e problema a questão da adoção e a igualdade entre o filho legítimo e o adotado, hoje onde o STF analisa a questão do aborto sob as luzes da bioética na sociedade e por conta dela, não cabem mais tais distinções.

O fato de se estender os direitos da mãe gestante a mãe adotante, carrega um valor moral de indiscutível aprovação social nos dias atuais, é possível alguma resistência com viés financeiro, por conta de reflexos que a legislação trabalhista possui, alguma a respeito de questões jurídicas com uma interpretação mais literal, como foi a do Ministro Marco Aurélio, único voto divergente e vencido no julgado, mas nada que vá levar a acusações de ativismo, de violação de outro poder, de politização, etc.

Enfim, o julgado está devidamente fundamentado, é um caso claro de mutação configurada pelos seus elementos fundamentais de alteração de conceitos e valores da sociedade

em confronto a legislação arcaica que não acompanhou a evolução social e, está trazendo injustiça ao caso concreto, não há elementos aparentes de ativismo ideológico, nem de imoralidade ou qualquer aparente jogo de poder, pode não agradar a todos mas cumpre a finalidade da mutação que é adequar a constituição aos novos tempos.

4.3.3 Terceiro caso:

HABEAS CORPUS 168052 / SP - SÃO PAULO

Relator(a): Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 20/10/2020 - Publicação: 02/12/2020

Órgão julgador: Segunda Turma

PROCESSO ELETRÔNICO DJe-284 DIVULG 01-12-2020 PUBLIC 02-12-2020 - Partes - PACTE.(S) : RODRIGO RICARDO LAURINDO IMPTE.(S): ARAI DE MENDONCA BRAZAO COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ementa

Habeas corpus. 2. Acesso a aparelho celular por policiais sem autorização judicial. Verificação de conversas em aplicativo WhatsApp. Sigilo das comunicações e da proteção de dados. Direito fundamental à intimidade e à vida privada. Superação da jurisprudência firmada no HC 91.867/PA. Relevante modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas. **Mutação constitucional. Necessidade de autorização judicial. 3. Violação ao domicílio do réu após apreensão ilegal do celular.** 4. Alegação de fornecimento voluntário do acesso ao aparelho telefônico. 5. Necessidade de se estabelecer garantias para a efetivação do direito à não autoincriminação. 6. Ordem concedida para declarar a ilicitude das provas ilícitas e de todas dela derivadas.

(BRASIL, STF, HABEAS CORPUS 168052 / SP - SÃO PAULO; Relator: Min. GILMAR MENDES, 2020)

O caso em apreço é de um mandado de segurança discutindo a apreensão de aparelho celular com à análise das conversas registradas no aplicativo de whatsapp, sem autorização judicial.

Os policiais militares receberam denúncia anônima da ocorrência de tráfico de drogas, dirigiram-se até o local de residência do paciente, encontraram o suspeito sentado na calçada, apanharam e procederam a busca em seu celular no aplicativo, oportunidade em que encontraram mensagens com informações suspeitas, a partir daí, ingressaram no imóvel do paciente e se depararam com drogas e uma arma, tudo de imediato sem autorização judicial.

Foram apreendidos uma porção grande e três porções pequenas de maconha (74,70 gramas), um revólver calibre 38 com 5 projéteis intactos, 13 projéteis intactos, 5 pinos de cocaína, além de R\$3.779,00 em moeda corrente.

O Ministro relator aponta o descumprimento da necessidade de autorização judicial, e a violação ao domicílio do réu, após apreensão ilegal do celular, e concede a ordem para declarar a nulidade das provas obtidas mediante o acesso indevido ao aplicativo whatsapp e na residência do paciente, declarou nulo o processo, determinou o trancamento da ação e a absolvição do paciente.

Os pontos fulcrais da questão são, a proteção de dados, através de aplicativos modernos de troca de mensagens, a inviolabilidade de domicílio, e o sigilo das comunicações telefônicas e de dados com infração ao do direito fundamental à intimidade e à vida privada (art. 5º, X, XII, da CF); e claro, a afirmada superação da jurisprudência com relevante modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas, aplicando neste ponto a mutação constitucional.

No tocante a mutação constitucional aplicada na decisão em análise, narra o acórdão que tradicionalmente a doutrina entendia que a inviolabilidade das comunicações não se aplicavam aos dados registrados, que se partia da compreensão que os dados em si não eram objeto de proteção, mas somente as comunicações realizadas, a proteção constitucional seria da comunicação, e não dos dados.

Mas, afirma o relator justificando a mutação constitucional que houve a modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas, com a promulgação de leis posteriores, além do significativo desenvolvimento das tecnologias da comunicação, havendo nos dias atuais o tráfego de dados e dos aparelhos smartphones sendo típico caso de mutação constitucional. Segue trecho literal do voto relator:

Nesse sentido, houve um incrível desenvolvimento dos mecanismos de comunicação e armazenamento de dados pessoais em smartphones e telefones celulares na última década.

Nos dias atuais, esses aparelhos são capazes de registrar as mais variadas informações sobre seus usuários, como a sua precisa localização por sistema GPS ou estações de rádio base, as chamadas realizadas e recebidas, os registros da agenda telefônica, os dados bancários dos usuários, informações armazenadas em nuvem, os sites e endereços eletrônicos acessados, lista de e-mail, mensagens por aplicativos de telefone, fotos e vídeos pessoais, entre outros.

Além disso, a conexão de todos esses aparelhos à rede mundial de computadores faz com que estejamos todos integralmente conectados, o tempo todo, fornecendo dados e informações para órgãos públicos e privados. Conforme noticiado pelos meios de comunicação, os celulares são a principal forma de acesso dos brasileiros e cidadãos do país à internet. Esse motivo, por si só, já seria suficiente para concluir pela incidência das normas acima descritas no que toca à proteção dos dados, fluxos de dados e demais informações contidas nesses dispositivos.

...

Os casos citados no referido artigo são paradigmáticos. Há, nos dias atuais, a possibilidade de inserção de softwares espiões em aparelhos celulares. A partir do telefone, pode-se verificar se determinada pessoa esteve ou não em determinado local, qual o percurso que ela percorreu e que sites acessou no caminho.

Câmeras de reconhecimento facial integradas à internet possibilitam o reconhecimento instantâneo de suspeitos. Algoritmos podem ser usados para prever e evitar crimes.

Esses avanços tecnológicos são importantes e devem ser utilizados para a segurança pública dos cidadãos e a elucidação de delitos. Contudo, deve-se ter cautela, limites e controles para não transformar o Estado policial em um Estado espião e onipresente, conforme descrito por George Orwell em seu livro “1984”

....

Não obstante, a proteção à intimidade e à vida privada contida no art. 5º, X, da CF/88, e a exigência da observância ao princípio da proporcionalidade nas intervenções estatais nesses direitos, impõem a revisão de meu posicionamento anterior, para que o acesso seja condicionado à prévia decisão judicial.

As normas do art. 3º, II, III; 7º, I, II, III, VII; 10 e 11 da Lei 12.965/2014 e as significativas alterações no contexto fático subjacente evidenciam se tratar de verdadeiro caso de mutação constitucional na interpretação do âmbito de proteção dos direitos estabelecidos no art. 5º, X e XII, da CF.

(BRASIL, STF, HABEAS CORPUS 168052 / SP - SÃO PAULO; Relator: Min. GILMAR MENDES, 2020)

Este caso exige uma reflexão aprofundada, pois há elementos para defender e para criticar o uso da mutação no julgamento, a discussão sobre a aplicação da mutação é bem relevante, sendo decorrente do uso de tecnologia atual. É importante mencionar que, antes da aplicação da mutação, houve uma explanação longa de outros institutos criminais que talvez já fossem suficientes para justificar o convencimento do relator a respeito do direito que invocou para conceder a ordem.

O Ministro socorre-se da legislação como as normas do art. 3º, II, III; 7º, I, II, III, VII da CF.; arts. 10 e 11 da Lei 12.965/2014, cita o princípio da proporcionalidade e aplica os princípios constitucionais do sigilo das comunicações telefônicas e de dados e do direito fundamental à intimidade e à vida privada art. 5º, X, XII, da CF, tudo para entender ilegal o procedimento policial, ou seja, socorre-se de vários dispositivos legais, princípios doutrinários consagrados e princípios constitucionais, além do robusto instituto da mutação constitucional para afirmar que as novas tecnologias foram mal utilizadas.

Veja-se que no tocante a necessidade de autorização judicial, a violação ao domicílio do réu após apreensão do celular, parecem que são questões embasadas em legislação suficiente para o julgamento, não dependendo da mutação para alcançar justificativas.

Já a questão da utilização do aparelho celular pelos policiais, especificamente no aplicativo de whatsapp para acesso as informações ali existentes, descobrindo indícios do tráfico de drogas realmente é polêmica, pois envolve o uso de novas tecnologias e o entendimento atual da sociedade.

De um lado já temos algumas leis protegendo a imagem e a intimidade do cidadão, como as mencionadas pelo Ministro, reforçada após a entrada em vigor da LGPD (lei geral de proteção de dados), o que de fato espelha a preocupação da sociedade com o uso indevido e indiscriminado de informações e dados pessoais, sem controle.

Justifica-se a preocupação e a legislação que ainda é incipiente nos milhares de golpes aplicados na internet, os crimes virtuais, hoje em dia (2022) os sequestros por conta do pix, tudo de fato demonstra a preocupação da sociedade com a proteção de dados pessoais e o conteúdo disponibilizado por todos na internet e nas mídias sociais.

Mas o caso em apreço tratou mais do que uma invasão de dados comum, onde criminosos invadem dados pessoais para aplicar golpes e crimes inclusive hediondos, ligados a pedofilia e todo tipo de violência, havendo hoje em dia, delegacias especializadas para apuração de tais crimes, com uso de alta tecnologia exatamente para descobrirem os autores de tais delitos, levantar o conteúdo, enfim, fazer provas.

Ao contrário disso no caso em apreço, foi a polícia em serviço acessando um aplicativo na apreensão de um suspeito de tráfico de drogas, não consta que os policiais utilizaram o conteúdo analisado para outros fins que não a investigação que faziam, a princípio, nos parece fazer parte do trabalho da autoridade policial acessar registros telefônicos, agenda de contatos e outros dados gravados em celular apreendido no local do crime, em prol do trabalho de investigação.

Neste ponto bom lembrar que o próprio Gilmar Mendes entendeu legítimo a utilização de provas reconhecidamente ilegais, na captação por hackers em celulares de pessoas ligadas à operação Lava Jato para absolver réus, então se questiona porque seria ilegal o uso para investigação pelo agente público no exercício de sua atividade.

O ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal (STF), afirmou que o fato de os vazamentos divulgados pelo site Intercept Brasil possivelmente terem sido obtidos de forma ilegal "não necessariamente" anula provas que venham a ser produzidas a partir deles, ora, segundo a matéria do site jusbrasil:

Segundo Gilmar, a eventual ilegalidade da forma como as mensagens foram obtidas não necessariamente anula o seu uso como prova. "Não necessariamente [anula]. Porque se amanhã [uma pessoa] tiver sido alvo de uma condenação por exemplo por assassinato, e aí se descobrir por uma

prova ilegal que ela não é autor do crime, se diz que em geral essa prova é válida", declarou. Nos bastidores do Supremo, a opinião de Gilmar é acompanhada por ao menos outros dois dos 11 ministros na Corte. (COLETTA, Ricardo Della, JUS BRASIL)

Sem entrar no mérito se correto ou não o entendimento do Ministro, quanto ao resultado do habeas corpus; mas no tocante ao uso da mutação no caso em apreço, interessa notar a dificuldade da interpretação, pois se de um lado pela legislação apontada é bastante plausível defender que ninguém deve acessar dados particulares em aplicativos privados, nem agentes públicos, nem para apuração de crimes, se não houver autorização judicial.

Aliás está expresso isso no inciso XII da CF: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Por outro para efeito da mutação, quanto a necessária constatação de mudança de entendimento da sociedade, por conta das novas tecnologias e a reclamada proteção de dados, não está consolidado na sociedade tal mudança, ao menos parece não abranger os limites da atuação de agentes públicos, como a polícia, na apuração de delitos, mais como no crime em questão, que foi o tráfico de drogas!

A tecnologia mudou sem dúvida, com ela nasce uma preocupação social com uso e proteção de dados, mas não há sedimentado na sociedade entendimento dos limites e dos alcances do uso das novas tecnologias, na apuração de delitos.

Na verdade há no próprio uso pela população das novas tecnologias, pouca preocupação, em geral no que se refere ao uso de dados particulares e as restrições às liberdades por causa das divulgações na rede, a população ainda está deslumbrada com o uso de informações de fácil acesso, disponíveis de forma ilimitada em aplicativos como facebook e whatsapp.

Os pensadores do direito são quem se debruçam para estudar como o direito irá se comportar a respeito, em outras palavras, nada está sedimentado na sociedade para poder fundamentar uma mutação de norma da Constituição.

Com a devida licença, a mutação foi usada de forma superficial e sem amparo no elemento social, portanto utilizada desnecessariamente, fazendo uma confusão para misturar o fato de haver novas tecnologias e a ausência de regramentos a respeito, como ponte para justificar sua intenção de opinar a favor do paciente, banalizando indevidamente a mutação constitucional que na verdade não está presente no caso.

Não está em análise aqui, se certo ou errado o julgado, pois ele envolveu outros elementos da esfera criminal, como a discussão a respeito do flagrante delito em andamento versus a necessária autorização judicial, há no acórdão questões e normas as quais bastariam para fundamentar a decisão, sem o uso indevido da mutação.

Veja-se que de fato a norma do artigo 5^a inciso XII contém palavras defasadas pelo tempo, “comunicações telegráficas”, mas por si só tal defasagem não autoriza a mutação, falta o anseio social.

Ao nosso ver não é possível no caso, utilizar a mutação no artigo mencionado, de fato ausente legislação específica regrando a atuação policial frente as novas tecnologias, mas falta o elemento da mudança de entendimento da sociedade sobre o assunto (novas tecnologias e limites de sua utilização pelos órgãos estatais na apuração de crimes), sendo que a própria norma contida no artigo, prevê solução na esfera criminal à questão:

CF. art. 5º

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;
(BRASIL, Constituição, 1988)

Ressaltamos a análise e percepção sobre os valores morais da sociedade. Sabemos que a sociedade abomina o crime de tráfico de drogas apoiando bastante o combate da polícia a tais crimes, sabemos que há bastante polêmica no papel da atuação da polícia em relação ao uso da violência, especialmente a grupos menos favorecidos; mas não podemos afirmar o mesmo quanto ao acesso e uso de tecnologias para apuração de delitos que justificasse uma alteração informal da Constituição.

De forma que, o julgado em análise não levou em conta a moral da sociedade, não parece crível e muito menos razoável afirmar que a sociedade brasileira aceite que o direito individual e a vida privada não possuam exceções, e sirvam para absolver um indivíduo que foi apanhado pela polícia cometendo o hediondo delito de tráfico de drogas!!!

O Supremo Tribunal não pode realizar uma superação de um posicionamento anterior, fundamentando-o na mutação constitucional sem justificadamente demonstrar as razões para tal mudança, o caso é de interpretação constitucional frente a legislação criminal, e não de mutação, melhor seria se a fundamentação não incluísse a mutação, havendo no julgado outros elementos de fundamentação da decisão.

A mutação não pode ser perseguida, muito menos construída pelo judiciário, ela é um fenômeno social-jurídico que acontece independentemente da vontade do julgador. A mutação

não pode servir de revisor ortográfico da Carta Magna. A invocação da mutação deve estar fundamentada em um anseio da sociedade, advindo de uma mudança de entendimento sobre um conceito, um valor ou um costume.

Lembrando a frase do ministro Marco Aurélio que disse que a Constituição é o que o Supremo diz que é; uma afirmação no mínimo polêmica, vinda de um Ministro da mais alta Corte de Justiça que tem a função de protegê-la, para assegurar o fruto de um amplo debate democrático que culminou com nossa Constituição cidadã de 1988, redigida após um árduo e longo trabalho. Daí a necessidade de mecanismos jurídicos que possam preservar a Constituição, o STF é o guardião da Constituição não seu proprietário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No contexto social da atualidade, a sociedade brasileira assim como todas as demais sociedades dos países do globo terrestre, passam por um intenso processo de transformação digital-social, ressaltando-se o caráter extremamente complexo e conflituoso destas sociedades modernas.

A era digital é uma realidade alterando todo nosso modo de vida literalmente; a informação e a comunicação estão em rede, tudo se modifica nos tempos da internet, com efeitos diretos no comportamento e no interesse das pessoas, conceitos antes sedimentados, hoje são abstratos, passageiros e superficiais.

Toda essa gama de novidades sociais/tecnológicas despontam para inéditas formas de proteção do direito, este terá que se reinventar, saber como tratar os novos ingredientes para se viver em sociedade, os modernos valores que devem envolver os estudiosos doravante, passarão pela ética e a bioética, para análise dos relacionamentos interpessoais entre os homens e as máquinas.

Neste cenário as decisões judiciais, especialmente do STF, são proferidas com base na via ordinária da hermenêutica, apoiadas com as novas técnicas de interpretação constitucional, com base nos princípios modernos oriundos da aplicação dos movimentos do pós positivismo e do neoconstitucionalismo, decorrendo daí a judicialização da política e da aplicação de vários institutos polêmicos como do ativismo, do decisionismo e da mutação constitucional.

O judiciário sofre influência direta da era digital, sendo as mídias eletrônicas um problema para a imagem e reputação do órgão, a superexposição de juízes desmantelam a imagem do judiciário e gera uma crise sem precedentes.

As incríveis transformações da vida moderna baseadas em tecnologias de alto custo, exploráveis comercialmente no mercado privado, frente ao Estado que não é onipotente a ponto de conferir a todos iguais direitos sociais e digitais, gerando tudo isso, um futuro incerto à população menos favorecida.

O desafio do direito contemporâneo será delinear a forma de agir e de proteção e atendimento de toda esta gama de tecnologias, com os novos modos de viver em sociedade.

Os tempos modernos atingem em cheio as normas de direitos fundamentais, que trazem consigo na era digital a necessidade de proteção de maneiras inéditas, haja vista que surgem novas perspectivas de espaço e tempo, de sujeitos e objetos na sociedade da informação, e o judiciário e o STF tem sido um agente de implementação destes direitos, no intuito relevante de dar maior efetividade aos mesmos, com a ponderação de valores e princípios expressos e tácitos da nossa atual carta cidadã.

De forma que, a mutação constitucional doravante acontecerá com assiduidade, para adequação ao novo cenário tecnológico, ante a rapidez das mudanças e a paralisia do legislativo, nesta hipótese, será importante que ela seja bem utilizada e não sirva para justificar interesses difusos, que não sejam da própria sociedade.

A mutação passa pela interpretação e vai além na medida em que é um fenômeno involuntário, na era digital o fenômeno ocorrerá com maior volume aumentando a importância de sua compreensão, devendo a mesma resultar sempre em expansão dos direitos fundamentais, mais nesta era com tantas mudanças sociais, com perigo de aumento das diferenças sociais, e não se confunde com ativismo, nem com decisionismo, nem com judicialização da política.

Também não pode ser confundida com mera interpretação da norma, nem usada como revisor ortográfico da Constituição.

Também é importante salientar que, a mutação não está fundamentada no poder constituinte originário nem no derivado, mas pela doutrina que a percebendo, debruça-se sobre a mesma levantando seus pontos positivos e negativos.

A mutação constitucional não altera o texto da constituição, mas altera definitivamente o sentido dele, modificando a norma constitucional, tendo portanto o condão de operar como uma atualização da constituição, ajustando a lei no tempo, acabando com eventuais discrepâncias.

O problema é que a velocidade dos avanços tecnológicos não são acompanhados pela Lei, que fica por vezes ultrapassada, big data, redes sociais, algoritmos, genética, realidade virtual, inteligência artificial, jurimetria; como o Direito deve tratar todas estas novidades.

No mesmo grau de importância, a preocupação com os limites da mutação vem recebendo grande reconhecimento tanto na jurisprudência, quanto na doutrina constitucional e no mundo jurídico como um todo, a utilização equivocada do fenômeno pelo judiciário não só da mutação dos demais institutos mencionados.

Há críticas que recaem sobre a aplicação da mutação no STF pois ela pode estar sendo utilizada de forma desconfigurada, servindo a interesses pessoais e de nichos de poder. Sendo por esta razão importante a definição clara de ocorrência do fenômeno para evitar sua banalização.

Pode estar havendo decisões no STF e tribunais nacionais fundamentadas na mutação, mas que não se tratam do fenômeno.

A mutação não pode ser perseguida, muito menos construída pelo judiciário, ela é um fenômeno jurídico-social que acontece independentemente da vontade, pela alteração da sociedade e a ausência de adequação legal, ou seja, para trazer de volta a harmonia entre a lei e a sociedade.

Melhor seria que não acontecesse a mutação, que o legislativo fosse sempre ágil e sensível a estas alterações sociais, no ideal do legislativo cuidando do futuro, o executivo do presente e o judiciário do passado, mas infelizmente isso é utopia, remédios são necessários e, precisam diminuir os prejuízos, a mutação constitucional é um poderoso antídoto quando bem empregada, mais doravante na era digital.

REFERENCIAS

- ANDRADE, Fernando Gomes. **Considerações iniciais acerca do controle judicial concernente a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88** – uma análise crítica da atuação do STJ e STF; in: Constitucionalismo, Tributação e direitos humanos. SCAFF, Fernando Facury (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007
- AGRA, Walber de Moura. **Neoconstitucionalismo e superação do positivismo**. In: DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto (coord.) Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008.
- ANTUNES, Fábio Luiz, – **Ética à Nicômaco**. Aristóteles Nova Cultural: 1996, p.195 - Consultor Jurídico, 2011 - São Paulo.
Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-89/etica-e-justica-em-aristoteles/> Acesso em: 09.08.22
- ARMSTRONG, Paul. **Dominando as tecnologias disruptivas**: aprenda a compreender, avaliar e tomar melhores decisões sobre qualquer tecnologia que possa impactar o seu negócio. 1 ed. São Paulo: Autêntica Business, 2019.
- BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. **A efetivação e o custo dos direitos sociais: A falácia da Reserva do possível**; in **Estudos de direito constitucional**. Fernando Gomes de Andrade (org.). Recife: Edupe, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. **No mundo ideal, Direito é imune à política; no real, não**, 2010, Consultor Jurídico, 2010.
Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim?pagina=2>. Acesso em: 10.01.22
- BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2009.
Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-set-21/quando_legislativo_mal_judiciario_toma_conta. Acesso em: 20.11.21
- BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BARROSO, Luís Roberto, - **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**, 2008 – disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=10 – Acesso em: 20.11.21
- BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.128-129.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 148 - 149.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, 9ª Edição, Ed. Saraiva, p. 144

BARRETO, Alesandro Gonçalves; BRASIL, Beatriz Silveira. **Manual de investigação cibernética à luz do marco civil da internet**. Rio de Janeiro: Brasport, 2016, p.124

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, Edição eletrônica: julho 2011, p.104

BAUMAN, Zygmunt, **Revista Isto é**, 24.Set.10 - disponível em:
https://istoe.com.br/102755_VIVEMOS+TEMPOS+LIQUIDOS+NADA+E+PARA+DURAR+/

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, Edição eletrônica: julho 2011. P.113

BELLUZZO, Regina Celia Baptista. **Transformação digital e competência em informação: reflexões sob o enfoque da Agenda 2030 e dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**; Revista: Conhecimento em Ação, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, jan/jun. 2019

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, apresentação Alaôr Caffé Alves, Bauru, SP: EDIPRO, 2001, p. 25

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.49-53.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6.
EVEO - Divulgada no site da empresa de tecnologia Eveo,
Disponível em: <https://www.eveo.com.br/blog/robo-sophia/> Acesso: 20.11.21

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 563-564.

BRASIL - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus n. 91.361 – Relator Celso de Mello, 2008** – Disponível em:
https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2091361%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 26602 / DF - DISTRITO FEDERAL - MANDADO DE SEGURANÇA - Relator(a): Min. EROS GRAU - Julgamento: 04/10/2007- Disponível em:**
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur2483/false>

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Mandado de Segurança n. 22.164/SP**, Relator o Ministro Celso de Mello, j. 30-10-1995, P, DJ de 17-11-1995)
Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur23459/false>

BRASIL - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **RE 687432 AgRg/MG, Rel. Min. Luiz Fux**, 1ª Turma, Julgado em 18/09/2012, Publicado em 02/10/2012). Disponível em:
https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=Luiz%20Fux%20uni%C3%A3o%20homoafetiva&sort=_score&sortBy=desc

BRASIL. STF. **RE 778889 / PE – PERNAMBUCO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO**; Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO; Julgamento: 10/03/2016 - Publicação: 01/08/2016
Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur352981/false>

BRASIL - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 251445 / GO – GOIÁS - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator(a): Min. CELSO DE MELLO** - Julgamento: 21/06/2000 - Publicação: 03/08/2000
Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho78822/false>

BRASIL - STF, **HC 86.009-QO, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto**, j. 29.08.2006, DJ de 27.04.2007) Disponível em:
https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=HC%2086.009&sort=_score&sortBy=desc

BRASIL - STF, **RE 592581 / RS - RIO GRANDE DO SUL - RELATOR - RICARDO LEWANDOWSKI**, 2016 - Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur336550/false>

BRASIL - STF – **RE 330817 – RJ – RIO DE JANEIRO - Min. DIAS TOFFOLI**, 2017
Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur372387/false>

BRASIL - STF – **Marco Aurélio – ADPF 54 - ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54 - DISTRITO FEDERAL - 2012**
Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/03/ADPF-54-Voto-Min.-Marco-Aur%C3%A9lio.pdf>

BRASIL - STF - **HABEAS CORPUS 143.641 - SÃO PAULO** - Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI - 20/02/2018
Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Habeas Corpus 91.361-0 SP**, Relator: Min. Celso de Mello, 2007
Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho32112/false>

BRASIL - STF - **HC 86009 / DF - DISTRITO FEDERAL**
Relator(a): Min. CARLOS BRITTO – 2006
Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur6355/false>

BRASIL, STF, **HABEAS CORPUS 168052 / SP - SÃO PAULO**; Relator(a): Min. GILMAR MENDES; Publicação: 02/12/2020.
Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur437471/false>

BRASIL. STF – **MS 22164/SP – São Paulo – Relator Celso de Mello**, 1995
Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur23459/false>

BRASIL - STF – **Habeas Corpus nº 82. 959** - Gilmar Mendes
Disponível em:
https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=Reclama%C3%A7%C3%A3o%20Constitucional%20n%C2%BA%204335%2FAC&sort=_score&sortBy=desc

BRASIL - STF – **Reclamação 4335/AC** – Relator Gilmar Mendes, 2014
Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur281416/false>

BRASIL, Decreto – **Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942** – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del4657compilado.htm, acesso em 10.08.22

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Revista de Informação Legislativa, 1996, p.25 - Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176380/000506397.pdf?sequence=1&isAllowed=y> acesso em 06.01.22

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Revista de Informação Legislativa, 1996, p.26 - Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176380/000506397.pdf?sequence=1&isAllowed=y> acesso em 06.01.22

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Revista de Informação Legislativa, 1996, p.29 - Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176380/000506397.pdf?sequence=1&isAllowed=y> acesso em 06.01.22

BULOS, Uadi Lammêgo **Da reforma à mutação constitucional**. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 33, n.º129, jan./mar., 1996, p. 42

CAPPELLETTI, MAURO. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993

CASTELLS, M. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura**. Volume I: A Sociedade em Rede. São Paulo: Paz e Terra, 6 edição 1999.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p.43

CASTELLS, Manuel. **Compreender a Transformação Social**. p.17/20. Artigo escrito para Conferência de 4 e 5 de Março de 2005, em Portugal-Lisboa, sobre o título Sociedade em Rede: do Conhecimento à Acção Política, em Conferência promovida pela Presidente da República Portuguesa, Jorge Sampaio, organizado por Manuel Castells e Gustavo Cardoso. Visto em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/sociedade-em-rede-e-cidadania/> Acesso em: 20.01.21

CLÈVE, C.M. e LORENZETTO, B.M. **Mutação constitucional e segurança jurídica: entre mudança e permanência**. 2015. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. (RECHTD) 7(2):136-146, maio-agosto 2015 © 2015 by Unisinos - doi: 10.4013

COSTA, Judith. **A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança**. Revista CEJ, Brasília, n. 27. p. 110-120, out./dez. 2004.

COLETTA, Ricardo Della, JUS BRASIL, **Prova obtida de forma ilegal pode ser usada, diz ministro Gilmar sobre caso Moro**. Disponível em: <https://doutoradevogado.jusbrasil.com.br/noticias/720529472/prova-obtida-de-forma-ilegal-pode-ser-usada-diz-ministro-gilmar-sobre-caso-moro>

DANTAS, Lucas Emanuel Ricci; LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. **A inclusão da pessoa com deficiência: o nexó entre o direito e as políticas públicas**. Revista Direito Mackenzie, v. 8, n. 1, 2014, p.71

DINIZ, Maria Helena, **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2005, cit., p. 68

ECO, Humberto, **As redes sociais deram voz a uma legião de imbecis**, 2016 - Disponível em: <https://www.correiodopovo.com.br/artegenda/umberto-eco-e-seu-olhar-cr%C3%ADtico-as-redes-sociais-deram-voz-a-uma-legi%C3%A3o-de-imbecis-1.195214#:~:text=Arte%20%26%20Agenda> – Acesso em: 09.08.22

ESTEVÃO, Roberto da Freiria. **Retórica e Direito – a importância jusfilosófica da argumentação retórica**, 2007.

FARIA, José Eduardo, **O SISTEMA BRASILEIRO DE JUSTIÇA: EXPERIÊNCIA RECENTE E FUTUROS DESAFIOS** - ESTUDOS AVANÇADOS 18 (51), 2004 – Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/7SxL3ZVmwbgPNsgbRRM3FmQ/?format=pdf&lang=pt> – Acesso em: 20.11.21

FEIGELSON, Bruno. **Tecnologia Jurídica e Direito Digital** - I Congresso Internacional de Direito e Tecnologia: A RELAÇÃO ENTRE AS NOVAS TECNOLOGIAS E AS CIÊNCIAS JURÍDICAS. Editora Fórum Ltda, 2018.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição**: Mutações constitucionais e Mutações Inconstitucionais. 2ª edição - Osasco, EDIFIEO 2015. p. 12.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição**: Mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. 2ª edição - Osasco, EDIFIEO 2015. p. 9.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição**: Mutações constitucionais e Mutações Inconstitucionais. 2ª edição - Osasco, EDIFIEO 2015. p. 06-07.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição**: Mutações constitucionais e Mutações Inconstitucionais. 2ª edição - Osasco, EDIFIEO 2015. p. 11.

FREIRE, Isa Maria. **Reflexões sobre uma ética da informação na sociedade em rede**. Ponto de Acesso, Salvador, v. 4, n.3, p. 113-133, 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/revistaici/article/view/4518/3567>
Acesso: 24.10.21

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. **Conceito e peculiaridade da Constituição**. Tradução: Inocência Mártires Coelho. In: HESSE, Konrad. Temas Fundamentais do Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p.13

HESSE, konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.88-89

HOFFMANN-RIEM. Wolfgang. **Direito, tecnologia e inovação**. In: MENDES, Gilmar, SARLET, Ingo (coord). Direito, Inovação e tecnologia. São Paulo, Saraiva: 2015, p. 14.

KELSEN, H. **Teoria pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo, Martins Fontes, 1999.p.01

IAMUNDO, Eduardo; **Hermenêutica e hermenêutica jurídica** / Eduardo Iamundo. – São Paulo: Saraiva, 2017.

INAZAWA, Pedro; HARTMANN, Fabiano; CAMPOS, Teófilo de; SILVA, Nilton; BRAZ, Fabricio. Projeto Victor: **Como o uso do aprendizado de máquina pode auxiliar a mais alta corte brasileira**

a aumentar a eficiência e a velocidade de avaliação judicial dos Processos julgados. Disponível em: https://cic.unb.br/~teodecampos/ViP/inazawa_et al_compBrasil2019.pdf. Acesso em: 10 jan. 2021

MARANGON, Gilberto – **Desafios do Desenvolvimento** - Ipea – Instituto de Pesquisa Economica Aplicada – Disponível em: https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2759:catid=28

JUSBRASIL, Noticias, **prova obtida de forma ilegal pode ser usada diz ministro gilmar sobre caso moro.** Disponível em: <https://doutoradevogado.jusbrasil.com.br/noticias/720529472/prova-obtida-de-forma-ilegal-pode-ser-usada-diz-ministro-gilmar-sobre-caso-moro> - Acesso em: 20.01.21

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e Mutações Constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988.** São Paulo: Atlas, 2009, p.97.

LARA, Moises Fagundes. **Herança Digital.** 1ª ed. Porto Alegre, RS, 2016, *e-book*, p.22.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição.** Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2001, p. 17-18.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado** - 16ª Edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012

LÉVY, Pierre. **Cibercultura.** (Trad. Carlos Irineu da Costa). São Paulo: Editora 34, 1999, p.92

LÉVY, P. **Cibercultura.** Editora 34. Tradução Carlos Irineu da Costa. 1999. P.27-28

LIPOVETSKY, Gilles. **Da leveza: rumo a uma civilização sem peso.** Tradução de Idalina Lopes. São Paulo: Barueri, 2016, p.111

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito,** Editora Malheiros, 1994.

LOPES, Lorena Duarte Santos. **A (In)adequada recepção da ponderação Alexyana pelo direito brasileiro** / Lorena Duarte Santos Lopes. – 2014. Dissertação (mestrado em Direito) - - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2014.

MADOZ, Wagner Amorim Madoz - **Crítica às soluções de colisão de direitos fundamentais** - Revista de Informação Legislativa Brasília a. 44 n. 173 jan./mar. 2007, p 313
Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/141293/R173-20.pdf?sequence=1&isAllowed=y> – acesso em 06.01.21

MAGALHÃES, Vinícius de Mattos **O CONSTRUTIVISMO DE FRANÇOIS GENY E A METÓDICA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH MÜLLER: HÁ UM PARALELISMO POSSÍVEL ENTRE A ESCOLA DA LIVRE INVESTIGAÇÃO CIENTÍFICA E A TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO?** THEMIS: Revista da Esmec (31 de maio de 2016). Consultado em 20 de março de 2021

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação ao Direito.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p.83

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito** - 21. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. (Fora de série), p. 14

MAZOTTI, Marcelo. **As escolas hermenêuticas e os métodos de interpretação da lei**. Barueri, SP: Minha Editora, 2010. p. 9

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 4ª Edição, Ed. Saraiva, 2009, p. 263.

MENDES, Gilmar Coelho; P.G.G. Branco, **Curso de Direito Constitucional**, 4ª edição, Saraiva, 2009, p. 152

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 306.

MEINBERG, Marcio Ortiz. **Direitos fundamentais e mutação constitucional**. 2014. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014 – Disponível em:
<<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6611/1/Marcio%20Ortiz%20Meinberg.pdf>> – Acesso em dezembro 2019

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai. **Ativismo Judicial e a Efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p.16

MOLLER, Letícia Ludwig, **BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS: delineando um bio direito mínimo universal** – Revista Filosofazer - Passo Fundi. n. 30, jan.jun, 2007, p.107

PEBMED – **Portal de atualização em medicina no Brasil**,
Disponível em: <https://pebmed.com.br/uso-de-drones-para-entrega-de-vacinas-em-areas-remotas-uma-estrategia-rentavel/> - Acesso em: 20.11.21

PEDRA, Adriano Sant’Ana: **As mudanças informais na constituição pela evolução da jurisprudência constitucional: condições e limites mutação constitucional - Separação dos Poderes Aspectos Contemporâneos da relação entre executivo, legislativo e judiciário** – 2018, Editora PODIVM, pag. 16

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **?Ciberciudadaní@ o ciudadaní@.com?**. Barcelona: Gedisa, 2003, p.90-91.

RAMOS, Elival da Silva. **O ativismo judicial é ruim independente do resultado** - 2009, - por Glaucia Milicio, <https://www.conjur.com.br/2009-ago-01/entrevista-elival-silva-ramos-procurador-estado-sao-paulo>. Acesso em: 04.01.22

RANIERI, Nina. **Educação Superior, Direito e Estado. Na Lei de Diretrizes e Bases (Lei n. 9.394/96)**. 1ª ed. São Paulo: Fapesp, 2000.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001;

RECONDO, Felipe; BRITO, Ricardo. Jornal “O Estado de São Paulo”, 30/11/2012, Nacional, p. A10 - **Perda imediata dos mandatos já é tese majoritária no STF**
Também no site do Senado Federal – Disponível em:
<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/365168/noticia.htm?sequence=1>)

ROGERS, David L. **Transformação Digital: Repensando o seu negócio para a era digital**, editora São Paulo. 2017, p.12

RUFFIA, Paolo Biscail di apud Uadi Lammêgo Bulos, **Elementos de Direito Constitucional**, 1996, p. 33.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos, **Reconstruindo o conceito de mutação constitucional** - Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 7(1):80-91, janeiro-abril 2015 © 2015, p.83-84

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos, **Reconstruindo o conceito de mutação constitucional** - Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 7(1):80-91, janeiro-abril 2015 © 2015, p.89

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodivm, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Lúmen Juris, 2006.

SCHREIBER, Anderson. **Marco Civil da Internet: Avanço ou Retrocesso? A Responsabilidade Civil por Dano derivado do Conteúdo Gerado por Terceiro**, 2015, p.5
Disponível em: <http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/artigo-marco-civil-internet.pdf> .
Acesso em: 10.01.22

Site Migalhas, Notícias. **Agastamento**. 2018,
Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/276801/voce-e-uma-pessoa-horrivel--uma-mistura-do-mal-com-atraso-e-pitadas-de-psicopatia---diz-barroso-a-gilmar>

Site Migalhas, Notícias. 2018. **Gilmar Mendes Hostilizado**.
Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/273244/gilmar-mendes-e-hostilizado-por-passageiros-em-voo-para-cuiaba>

SOUZA CRUZ, Alvaro Ricardo de. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.263.

STRECK, Lenio Luiz; **Um robô pode julgar? Quem programa o robô?** - Revista **Consultor Jurídico**, 2020.
Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-03/senso-incomum-robo-julgar-quem-programa-robo> acesso em: 05.01.22

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, constitucionalismo e as necessárias críticas à dogmática jurídica**. RCJ - Revista Culturas Jurídicas, Vol. 1, Núm. 1, 2014, p. 192

SORRENTINO, Luciana Yuki, NETO, Raimundo Silvino da Costa. **O Acesso digital à Justiça – A imagem do Judiciário Brasileiro e a prestação Jurisdicional nos novos tempos**.
Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2020/o-acesso-2013-digital-2013-a-justica-a-imagem-do-judiciario-brasileiro-e-a-prestacao-jurisdicional-nos-novos-tempos>. Acesso em 10.01.22

O Globo - Notícias. 08/04/2018
Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/em-quatro-anos-lava-jato-ja-alcancou-14-partidos-22569538>. Acesso em: 2 abr. 2019.

ONG, Ação da Cidadania, 2022
Acesso em: https://www.acaodacidadania.org.br/?utm_source=google-search&utm_medium=cpc&utm_campaign=institucional-&utm_adgroup=institucional-consideracao&utm_content=institucional&utm_format=texto_responsivo&gclid=Cj0KCQjwx2XB

hDBARIsAOjDZ37LoNDFrKGdZpDG9MYIr6j6vupHPcVO_fKfVUWIJhevjRGbjlxu7UYaAsI4EALw_wcB

Twitter Notícias do STF - **Twitter do STF alcança marca de 100 mil seguidores**

Notícias 10/06/2011 • Supremo Tribunal Federal

Disponível em:

<https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=A+p%C3%A1gina+do+Supremo+Tribunal+Federal+%28STF%29+no+Twitter+alcan%C3%A7ou+hoje+%2810%29+a+marca+de+100+mil+seguidores>

UNESCO - 33^a. Sessão da Conferência Geral da **UNESCO**, 2005

Disponível em: https://www.ufrgs.br/bioetica/undh.htm#_ftnref1. Acesso em 10.01.22

VIEIRA, Euripedes Falcão, **A sociedade Cibernética** - cadernos EBAPE.BR da FGV. 2006, p.5

VIEIRA, E. F. **A Sociedade Cibernética**. *Cadernos EBAPE.BR*, v.4, n.2, 2006, p.9

WEIS, Marcos Cesar WEISS - **ESTUDOS AVANÇADOS** 33 (95), 2019 - *fl.s 203*- Escola Superior de Propaganda e Marketing, São Paulo, São Paulo, Brasil. –

Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/jPn3NkF6dYx8b56V8snsnQf/?lang=pt> – 11.10.2021

WOLKMER, **Introdução aos fundamentos de uma Teoria Geral dos Novos Direitos**, in Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 2016, p. 32

ZAMBAM, N. J.; BALDISSERA, W. A. **Fake News e democracia: uma análise a partir dos julgados do Tribunal Superior Eleitoral em 2018 e da visão de Amartya Sen**. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 19, n. 3, p. 853-873, set./dez. 2019. apud, GROSS, Clarissa Piterman. *Fake News e Democracia: Discutindo o status normativo do falso e a liberdade de expressão*. In: *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. Coordenador: Diogo Rais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 157).

Disponível em: <<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/7878/6190>>. Acesso em: 05 mar. 2021.