Renan Flumian de Carvalho

QUAL É O CONCEITO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PARA OS MINISTROS DO STF?

Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, sob a orientação de Joana Zylbersztajn.

SÃO PAULO
2009

AGRADECIMENTOS

2009 foi um ano repleto de descobertas intelectuais e relacionamentos casuais. Posso, assim, de uma maneira singela sintetizar o meu ano de 2009.

2009 que ficará marcado pelas vastas, porém agradáveis, leituras de jurisprudência do STF e até de algumas outras Cortes. Reconhecendo desde já que tal dever tornou-se prazeroso hábito.

A saudosa EF2009 até deu origem a uma – hoje, infelizmente, já combalida - fraternidade literária, como poucos adeptos mas grande fôlego noturno.

E o que dizer dos encontros "extraclasse" ou do intervalo na "padoca" da esquina esperando a aula de constitucional. Onde boas conversas ou meras brincadeiras faziam o tempo passar de forma súbita.

Este saudosismo não teria fim, mas vou parar com a esta miniretrospectiva e passarei à agradecer os arquitetos desta ótima proposta acadêmica que é a EF.

Assim, agradeço todo o time da SBDP em nome da Roberta Sundfeld, do Henrique Motta Pinto, da Flávia Annenberg, da Paula Gorzoni, da Ana Lúcia Pastore, da Adriana Vojvodic e da Evorah Cardoso. Pessoas que conviveram quase que diuturnamente com a gente na EF2009 e contribuíram em muito para o sucesso da edição 2009 da EF.

Agora agradeço os queridos "sbdepeanos" que comigo conviveram na condição de alunos e formaram a inesquecível turma de 2009. Aqui poderia fazer uma ponderação (né Luís?) e estabelecer níveis de proximidade com o alunado, pois uns já viraram grandes amigos, outros colegas de carreira e outros vão sempre proporcionar boas lembranças, mas isto não farei. Somente gostaria de agradecer à todos os "sbdepeanos" pela companhia dispensada e por possibilitar o meu contato com inúmeras outras idéias. Vocês foram fundamentais para o meu amadurecimento intelectual.

Passando para o terror da EF: monografia. Que nada! Esta pesquisa proporcionou uma experiência riquíssima. E tudo isto pela metodologia adotada pela sbdp e é lógico pela orientação, a qual é exercida por profissionais ligados à pesquisa – o que ajuda muito.

Antes de agradecer minha orientadora, quero agradecer o Rafael Bellem, que além de participar de minha banca de forma ativa e assim despertar inúmeras dúvidas e aclarar certos pontos, enviou alguns textos que de maneira determinante me auxiliaram na feitura desta monografia. Muito obrigado Rafael.

Por fim, agradeço à Joana Zylbersztajn, minha orientadora. Sempre solícita e crítica. Sem ela esta monografia aqui não estaria. Muito obrigado pelo companheirismo acadêmico Joana.

ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AgR – Agravo Regimental

AI – Agravo de Instrumento

CF – Constituição Federal

EC – Emenda Constitucional

ECT – Empresa de Correios e Telégrafos

ED – Embargos de Declaração

EDiv – Embargos de Divergência

e.g. – *exempli gratia*

HC – Habeas Corpus

MC – Medida Cautelar

MP – Ministério Público

MS – Mandado de Segurança

QO – Questão de Ordem

Rcl – Reclamação

RE – Recurso Extraordinário

SBDP – Sociedade Brasileira de Direito Público

STF – Supremo Tribunal Federal

TJ – Tribunal de Justiça

TRF4 – Tribunal Regional Federal da 4º Região

SUMÁRIO

Introdução.....05

Metodologia.....11

Contextualização Doutrinária.....16

Análise Jurisprudencial.....22

Conclusão.....46

Bibliografia.....50

Anexos.....52

Introdução

No dia 16/03/09 participei do debate "O que faz o STF? Controle difuso, concentrado e outras tarefas", realizado na Escola de Formação da SBDP. O material de leitura foi os votos dos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau na Reclamação 4.335-5/AC, a qual foi proposta pela Defensoria Pública da União contra decisão proferida pelo Juiz da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC, que indeferiu o pedido de progressão de regime em favor de condenados por crimes hediondos.

A Defensoria alega o descumprimento da decisão do STF no HC 82.959, no qual a Corte afastou a vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, ao considerar inconstitucional o artigo 2º, §1º, da Lei n. 8.072/1990 ("Lei dos Crimes Hediondos").

Por sua parte, o Juiz da Comarca de Rio Branco indeferiu pedido de progressão sob o argumento de que a decisão no HC 82.959 produziu apenas efeitos *inter partes*, pois fruto do controle difuso de constitucionalidade. O magistrado de Rio Branco defende, portanto, a necessidade de expedição de resolução pelo Senado Federal suspendendo a eficácia do dispositivo de lei declarado inconstitucional pelo STF, consoante o art. 52, X, CF, para que a decisão tenha eficácia geral.

Nesta ação, tanto Gilmar Mendes como Eros Grau entenderam ser dispensável a atuação do Senado Federal para suspender a validade, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF.

Em outras palavras, reconheceram a existência da chamada "mutação constitucional", que neste caso, afastou a supracitada competência do Senado.

O que me chamou mais atenção foi à utilização por esses dois ministros do instituto mutação para justificar o afastamento da competência do Senado, prevista na Constituição da República. No entanto, o conceito de mutação exteriorizado pelos dois é distinto.

Para Mendes[1] foi uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto.

Para Eros Grau[2] ocorreu a modificação do texto constitucional. O ministro até reproduziu em seu voto o novo texto do artigo 52, X, da Constituição, fruto da mutação constitucional anunciada.

O ministro Grau faz questão de frisar que mutação é isso – alteração textual - e não aquilo que o ministro Mendes pretendeu definir – alteração interpretativa. São essas suas palavras:

"Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado."[3]

A leitura desse material e a posterior discussão na Escola de Formação, sob a regência de Adriana Vojvodic, me despertaram uma curiosidade ímpar. Primeiro, pelo potencial de transformação que o instituto baliza, o qual permite a evolução da Constituição, ou seja, sua eventual adequação à realidade política, social e econômica do presente. Em segundo lugar, o fato de que um poderoso instituto foi utilizado sob concepções diferentes para justificar a modificação de uma prática constitucional[4] há muito aceita por nós.

---

[1] Rcl 4.335-5/AC, pág. 56 do voto do ministro Gilmar Mendes.
[2] Rcl 4.335-5/AC, págs. 9/10 do voto do ministro Eros Grau.
[3] Rcl 4.335-5/AC, item 10 de seu voto.
[4] Gilmar Mendes: "A *suspensão da execução* pelo Senado Federal do ato declarado *inconstitucional* pela Excelsa Corte foi a forma definida pelo *constituinte* para emprestar

Sintetizando, o instituto da mutação constitucional foi utilizado para justificar uma mudança drástica na prática constitucional. Todavia, o conceito desse instituto não é compartilhado pelos ministros que o utilizaram.

Assim, essa curiosidade se transformou numa pergunta, título desta monografia, a qual buscarei responder no decorrer deste trabalho.

A monografia abordará a doutrina nacional e a internacional sobre o tema para oferecer uma base acadêmica maior e funcionar assim como subsídio na ulterior análise crítica da utilização do instituto mutação pelos ministros do STF. A contextualização doutrinária não terá intento problematizador, pois este não é o objeto do presente. No entanto, não se trata de uma tarefa perfunctória, pois esta fornecerá um suporte doutrinário suficiente para cumprir com os propósitos desta monografia.

A contextualização doutrinária terá por enfoque apenas as mutações constitucionais ocasionadas pela ação estatal do poder judiciário, leia-se, pela sua interpretação constitucional.

A ressalva feita acima é importante porque existe certa divergência na doutrina em torno dos agentes causadores da mutação constitucional. Utilizarei a doutrina de Luís Roberto Barroso para demonstrar a pluralidade de agentes causadores da mutação e depois apontarei os que ficarão de fora do âmbito desta pesquisa.

Segundo o supracitado constitucionalista[5], a adaptação da Constituição a novas realidades pode dar-se por ações estatais ou por comportamentos

---

eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade". (O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional, pág.149. Revista da Informação Legislativa. Brasília a. 41 n. 162 abr./jun. 2004.

[5] Barroso, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, pág. 128. 1ª ed., 2009, Saraiva.

sociais. Sendo a interpretação constitucional a via mais comum de atualização das normas constitucionais e depois o costume constitucional[6].

O costume constitucional, ainda segundo Barroso, consiste em práticas observadas por cidadãos e por agentes públicos, de maneira reiterada e socialmente aceitas, criando um padrão de conduta que se passa a ter como válido ou até mesmo obrigatório.[7] Este tipo de mutação não será abordado.

O outro tipo é a interpretação constitucional. Os três Poderes do Estado a utilizam, entretanto, será objeto de pesquisa somente a interpretação patrocinada pelo judiciário, restando de fora a interpretação produzida pelo legislador e pelo administrador.

Lembrando que a interpretação constitucional judicial será levada em conta na sua globalidade quando da contextualização doutrinária e especificamente (STF) quando da análise jurisprudencial.

A partir da determinação do tipo de mutação constitucional que será abordado, faz-se necessário delimitar a amplitude de tal abordagem.

Esta recairá somente sobre o conceito[8] de mutação constitucional adotado pela doutrina aqui estudada, todavia, para uma melhor aferição do conceito é imprescindível a análise do fundamento e do limite da mutação constitucional. E analisando seu limite é possível apontar as chamadas "mutações inconstitucionais" (âmbito de validade), ao passo que da análise do fundamento é possível aferir a existência ou não da mutação.

O termo mutação inconstitucional pode causar estranheza, pois quem decide o que é inconstitucional ou não é o próprio STF. Todavia, o termo

---

[6] Em sentido contrário, José Afonso da Silva: "Es discutible la existencia de la costrumbre constitucional. En un régimen de Constitución rígida sólo es constitucional lo que consta explícita o implícitamente en su texto." Mutaciones Constitucionales, pág. 11. Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, vol 1, julio-diciembre 1999.
[7] Barroso, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, pág. 128. 1ª ed., 2009, Saraiva.
[8] Foi escolhido o termo conceito e não definição por aquele ser mais abrangente e dar a idéia do todo que engloba o instituto mutação constitucional. Esta monografia adotará o termo conceito tanto na contextualização doutrinária como na análise jurisprudencial.

surge com total suporte na nossa Constituição. Primeiro porque existe uma única maneira de mudar o texto constitucional - chamada de reforma constitucional[9], mais notadamente na figura da emenda constitucional – e um único responsável por tal alteração – poder constituinte derivado[10] [11]. E também existe procedimento específico[12] para alterar a Constituição. Ora, o juiz não é nem competente e nem pode se socorrer do procedimento adequado para prover à alteração constitucional. Destarte, uma alteração do texto constitucional pela via interpretativa jurisdicional atenta contra à Constituição, logo é inconstitucional[13].

O fundamento da mutação é importantíssimo, pois é a única maneira de diferenciar uma interpretação constitucional da mutação constitucional. Ambas transformam o sentido, o significado e o alcance das normas constitucionais sem alterar o texto da Constituição, todavia, a mutação assim faz sob o fundamento de incongruência entre o texto constitucional e a realidade circundante.

A análise empírica indutiva das decisões escolhidas, consoante metodologia adotada, buscará descobrir o conceito de mutação constitucional adotado pelos ministros do STF que a utiliza para fundamentar seus votos. Será levado em conta também o fundamento e o limite da mutação constitucional para auxiliar esta empreitada acadêmica.

---

[9] Reforma constitucional indica a mudança formal da Constituição. A mudança formal pode dar-se por emenda constitucional ou por revisão constitucional. Para fins desta monografia, o termo reforma vai ser utilizado como gênero, ou seja, a indicar todas as possibilidades de mudança formal da Constituição.

[10] Luís Roberto Barroso: *"... a terminologia empregada pode ser enganosa. É que, na verdade, o denominado poder constituinte derivado situa-se no âmbito do poder constituído ou instituído, estando juridicamente subordinado a diversas prescrições impostas no texto constitucional pelo constituinte originário. Embora seja consagrada pela doutrina e pela prática, tal designação é tecnicamente problemática. Por essa razão, diversos autores se opõem ao uso da locução poder constituinte derivado, ou instituído, quando se tratar do poder de reforma da Constituição". (Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, págs. 144/145. 1ª ed., 2009, Saraiva).*

[11] No Brasil, o poder constituinte derivado é atribuído ao Poder Legislativo.

[12] Diretrizes dadas pelo artigo 60 da Constituição brasileira.

[13] Interessante neste sentido é a reflexão de Jeffrey Goldsworthy no sentido de que o direito, legal e moral, que o Tribunal tem de alterar à Constituição é limitado. Sua primeira obrigação é de interpretar a Constituição tal como ela é e deixar as mudanças substanciais para o previsto procedimento de emenda. (*Questioning the Migration of Constitutional Ideas: Rights, Constitutionalism and the Limits of Convergence,* pág. 118. *In Sujit Choudhry (ed.), The Migration of Constitutional Ideas.* 2006, Cambridge University Press) O autor deixa claro o dever de fidelidade do Tribunal em relação à Constituição.

Por fim, na conclusão, tentarei responder a pergunta norteadora desta pesquisa.

Metodologia

A introdução, já lida por vocês leitores, teve por escopo estabelecer o objetivo do meu trabalho, qual seja, descobrir qual é o conceito[14] de mutação constitucional adotado pelos ministros do STF. Assim estabeleceu-se que apenas o tipo mutação por interpretação judicial será abordado, e que a partir deste tipo a pesquisa se concentrará na obtenção do conceito de mutação utilizado pelos ministros do STF, sem deixar de lado a análise teórica do fundamento e do limite à mutação constitucional, conforme explicado na introdução.

A parte do trabalho reservado à pesquisa teórica tem por objetivo, conforme explicitado na introdução, trazer considerações da doutrina acerca do conceito de mutação constitucional, assim como o seu fundamento e a sua limitação e, assim, dar suporte para a análise crítica da aplicação da mutação constitucional pelos ministros do STF. A escolha dos autores foi determinada por influência de leituras prévias (basicamente pela leitura da jurisprudência do STF) que indicaram o caminho da evolução do estudo do instituto mutação. Alguns autores certamente ficaram de fora, entretanto, a limitação temporal e até material que me impeliram na confecção desta monografia justificam algumas destas faltas.

A análise jurisprudencial, parte central do presente trabalho, será realizada sobre as decisões do STF em que o instituto mutação constitucional foi utilizado de forma expressa[15]. Assim, uma pesquisa junto ao site do STF (www.stf.gov.br[16]) e o envio de um email para o STF (pesquisa@stf.jus.br)

---

[14] Conforme a nota de rodapé 8 constante da introdução desta monografia.

[15] Logo, os votos que acompanharem o voto em que foi utilizado o instituto mutação constitucional de forma expressa não serão analisados. Somente, como já explicado, quando a utilização for expressa por parte do ministro. Pois, se diferente fosse, teria que aceitar como premissa que o voto seguidor concorda em todos os aspectos com a decisão condutora e isto seria um problema porque a dinâmica de votação do STF não permite a assunção de tal premissa. A técnica de decisão adotada pelo STF é a de soma de votos, destarte, na maioria das vezes os ministros "concordam" em relação ao *ratio decidendi*, mas o *obiter dictum* de cada voto é completamente distinto.

[16] Segue endereço eletrônico: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=mutação%20constitucional(@JULG%20<=%2020090619)&base=baseAcordaos.

permitiu a obtenção dos casos em que o instituto mutação apareceu de forma expressa. Além destes mecanismos, a colaboradora Paula Gorzoni entrou em contato telefônico com o STF e conseguiu por email os votos dos ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa na Rcl 4.335-5/AC; tais votos não foram publicados ainda.

Antes de indicar as decisões, cabe esclarecer que são todas as decisões do STF em que o instituto mutação constitucional aparece de forma expressa até a data do recebimento do email do STF, qual seja, até 19 de junho de 2009, sendo este o marco temporal adotado nesta monografia.

Antes ainda, esclareço ser a ADPF 46 a única exceção ao marco temporal estabelecido para esta monografia. E explico esta exceção pelo fato de a ADPF 46 ter vindo ao meu conhecimento e não o contrário, pois, no dia 12/08/09 tivemos na Escola de Formação a aula "Liberdade econômica: Caso do monopólio da ECT" que foi regida por Clarissa Mesquita. Nesta aula os votos dos ministros Eros Grau e Marco Aurélio na ADPF 46 foram classificados como leitura obrigatória e o ministro Marco Aurélio utilizou de forma expressa o instituto mutação constitucional em seu voto. Feita tal ressalva, partirei para a exposição das decisões do STF encontradas pela pesquisa.

As decisões obtidas pela pesquisa são: AgR RE n° 450.504-5/MG; QO HC n° 86.009-5/DF; ED EDiv RE n° 174.161-9/DF; EDiv RE n° 166.791-5/DF; HC n° 90.450-5/MG; HC n° 94.695-0/RS; Rcl n° 4.335-5/AC; HC n° 98.893 MC/SP; AI n° 611.481/MG; RE n° 488.165/PR; Rcl n° 7.336/SP; RE n° 466.215/RS; HC n° 92.297/MG; Rcl n° 3.801/GO; ADI n° 1.484/DF; ADI n° 3.929 MC/DF; ADI n° 3.838 MC/DF; MS n° 26.603/DF; MS n° 26.602/DF; MS n° 26.604/DF e ADPF n° 46.

Todavia, nem todas serão objeto de análise. Veja a seguir o porquê.

Na ADI 1.484/DF a mutação constitucional aparece de forma expressa, mas, esta é fruto de omissão legislativa, portanto, não será analisada na

presente monografia. Lembrando-se que apenas as mutações por interpretação judicial serão objeto deste trabalho.

No RE 466.215/RS a mutação é encontrada de forma expressa na decisão objeto de recurso, ou seja, do TRF4, portanto, não será analisada. Como dito, apenas será objeto a utilização do instituto mutação pelos ministros do STF e não quando outros membros do judiciário a utilizaram. O AI 611.481/MG também não será utilizado, pois a ministra relatora Carmen Lúcia não utilizou o instituto, este apareceu quando da feitura da pesquisa por encontrar-se na ementa transcrita de outro caso, o qual é o RE 466.215/RS, acima visto. É a mesma situação do RE 488.165/PR, portanto, este também não será utilizado.

O HC 92.297/MG também não será utilizado, pois, o instituto mutação aparece de forma expressa na citação de trecho da decisão de QO HC 86.009-5/DF, a qual, sim, será analisada no capítulo da análise jurisprudencial.

A ADI 3.929-6 MC/DF também não será analisada. Nesta, o termo mutação constitucional aparece apenas como referência a um artigo escrito pelo ministro Gilmar Mendes (O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional[17]).

Tampouco a Rcl 3.801/GO será objeto desta pesquisa. O instituto mutação só aparece de forma expressa quando o AgR RE 450.504-5/MG é citado.

O restante das decisões será objeto da análise jurisprudencial, a qual responderá a questão norteadora desta monografia e também verificará como os ministros aplicam o instituto jurídico mutação constitucional.

Cumprirei o proposto por meio de um diálogo com a doutrina (exercício teórico). Ainda que os ministros do STF não precisem seguir o que a

[17] Revista da Informação Legislativa. Brasília a. 41 n. 162 abr./jun. 2004.

doutrina fala, já dizia o ministro Eros Grau em célebre passagem[18], cabe a eles esclarecer o que é o instituto jurídico por eles utilizado, pois, por ser o STF um poder contramajoritário se faz indiscutivelmente necessário que os ministros fundamentem[19] minuciosamente suas decisões. Apenas pela análise da argumentação dos ministros se poderá proceder a um controle de suas decisões ou, melhor dizendo, a argumentação serviria como "prestação de contas" dos ministros junto à sociedade ("*accountability* judicial"). Portanto, a necessidade de argumentação é premissa base deste trabalho e tal permitirá que se analise criticamente a utilização da mutação constitucional pelos ministros do STF.

Para permitir uma leitura mais fluída escolhi fornecer o resumo das decisões analisadas em arquivos anexos. Assim, a monografia se corporifica em uma dissertação direta em que não há a preocupação de trazer todos os elementos dos votos dos ministros. E tal escolha não causará prejuízo, pois será possível informar-se sobre as decisões que servirão de base para a análise jurisprudencial pelos arquivos anexos.

Por fim, a conclusão buscará responder à pergunta-título desta monografia. Ademais, serão feitas algumas considerações finais sobre como o STF aplica o instituto jurídico da mutação constitucional. A preocupação desta pesquisa é realçada pelo momento hodierno caracterizado por uma atuação mais ativa do STF, a qual alguns alcunham de *judicialização da política*[20]. Porquanto, além de tentar elaborar uma resposta objetiva à pergunta escolhida como mola propulsora da presente pesquisa, far-se-ão

---

[18] "Sucede que estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardarmos a Constituição. O discurso da doutrina [=discurso sobre o direito] é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito. Ele nos seguirá; não o inverso." (Reclamação 4.335-5/AC, pág. 14 do voto do ministro relator Eros Grau).

[19] O sociólogo francês Pierre Bourdieu deixou como um de seus legados a idéia de que não pode haver democracia efetiva sem um verdadeiro contrapoder crítico. Ora, o contrapoder crítico só poderá ser exercido se as pessoas estiveram municiadas de informação, logo, a argumentação minuciosa dos ministros do STF é imprescindível para a efetivação da democracia.

[20] Termo muito bem explicado por Neal Tate e Tobjörn Vallinder na obra *The Global Expansion of Judicial Power*.

considerações gerais com suporte nas críticas feitas à aplicação do instituto mutação constitucional pelos ministros do STF.

Mutação constitucional: contextualização doutrinária

O conceito de mutação constitucional começou a ser elaborado pela doutrina alemã no final do século XIX e início do século XX. O que motivou tal preocupação acadêmica foi a constatação da disparidade existente entre a realidade circundante e a Constituição formal.

Mais especificamente, o tema mutação constitucional começou a ser abordado pelos autores da Escola alemã de Direito Público (fundada por Gerber e Gierke). O que foi paradoxal, pois, esta escola propugnava a separação do direito e da política e, destarte, o fenômeno jurídico deveria ser estudado de maneira isolada, ou seja, sem levar em conta o entorno social.[21]

A vanguarda da doutrina alemã tem que ser realçada, pois, na Europa, a doutrina, originária da teoria constitucional francesa, só aceitava modificações na Constituição por via do procedimento de reforma[22], isto é, sua mudança formal. Necessário também apontar o papel da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, a qual acompanhou tal tendência e a reforçou, consoante expõe Konrad Hesse.[23]

Dentre tais autores da doutrina tradicional, pode-se destacar Paul Laband, Georg Jellinek, Hermann Heller, Rudolf Smend, Hsu Dau Lin e Konrad Hesse.

Laband fazia parte da Escola alemã de Direito Público e foi considerado o primeiro jurista a tratar do tema mutação constitucional. Ele parte da idéia de Constituição como ente normativo, ou seja, Constituição como norma jurídica em sentido estrito, mas, mesmo assim, aponta a possibilidade de

---

[21] Urrutia, Anna Victoria Sanchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto, pág. 107. Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 20, enero/abril 2000.
[22] Vide nota de rodapé 9.
[23] Hesse, Konrad. Limites de la mutación constitucional, pág. 88. Escritos de Derecho Constitucional, 1983.

transformação da Constituição pela atuação do Estado sem a necessidade de sua modificação formal.[24]

Na sua obra *Die Wandlungen der Deutschen Reichverfassung* o autor define o que seria o seu conceito de mutação. Utilizo-me da tradução para o espanhol de Ana Urrutia para exteriorizá-lo aqui:

"...la esencia real del derecho del Estado plasmada en la Constitución puede experimentar una modificación radical y significativa sin que el texto constitucional vea alterada su expresión escrita."[25]

Já Jellinek[26], outro representante da Escola alemã de Direito Público[27], introduz vontade e intenção para diferenciar a mutação constitucional da reforma constitucional. Para ele, a reforma se dá pela modificação do texto constitucional originada por um ato voluntário. Por sua vez, a mutação seria a modificação do sentido do texto constitucional - pois este restaria inalterado - originada por fatos que não dependem da conscientização dessa mutação.

O conceito de mutação de Jellinek é o "mesmo" que o apresentado por Laband, com a única diferença de este introduzir o elemento vontade como mais um ponto de diferenciação entre a mudança formal e a informal.

---

[24] Urrutia, Anna Victoria Sanchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto, pág. 108. Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 20, enero/abril 2000.
[25] Urrutia, Anna Victoria Sanchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto, pág. 108. Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 20, enero/abril 2000.
[26] Jellinek, Georg. Reforma y Mutación de La Constitución, pág. 7. Centro de Estúdios Constitucionales, Madrid, 1991.
[27] Anna Urrutia: "*Con la Escuela Alemana de Derecho Público la noción de cambio constitucional alcanzó, pues, un grado de elaboración elevado. No obstante, la inexistencia de un mecanismo de control de la constitucionalidad da las leyes e el carácter tremendamente escueto de la Constitución de 1871 impidieron que los conceptos de reforma y de mutación de la Constitución fueran delimitados claramente por los autores de esta escuela, que se limitan a mostrar su perplejidad frente a las constradicciones entre la realidad, lo fáctico, y lo establecido por la letra de la Constitución."* (Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto, pág. 113. Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 20, enero/abril 2000).

Heller[28] criou um sistema conceitual próprio e incorporou o câmbio informal dentro de seu conceito dinâmico da Constituição. Ou seja, o autor aponta a existência de elementos não jurídicos que atuam na transformação da Constituição sem o intermédio dos elementos formais da reforma constitucional.

No mesmo sentido, Smend inclui o instituto mutação constitucional como elemento central no seu conceito de Constituição. Anna Victoria Sanchez Urrutia descreve bem a doutrina de Smend, a saber:

"La Constitución, en este contexto, es concebida como movimiento, y a este movimiento, visto como processo de intregración, le es inherente la mutación como rótulo que describe de forma global la transformación informal de la Constitución. Para Smend, las mutaciones no son un problema sino um elemento, o por lo menos una consecuencia de la Constitución."[29]

Ora, Heller e Smend aceitam o conceito de mutação constitucional elaborado por Jellinek, o qual já tinha sido sugerido por Laband. Tal conceito é integrado por Heller e Smend na Teoria da Constituição como um de seus elementos.

Por sua vez, Hsu Dau Lin[30], que embora de nacionalidade chinesa era um profundo conhecedor do sistema jurídico alemão instituído pela Constituição Weimariana, utiliza o sistema conceitual de Smend para descrever sistematicamente o processo de mutação constitucional. Aliás, tal

---

[28] Anna Urrutia: *"La época de entreguerras fue enormemente fecunda en relación a la construcción del derecho público. Si, en Francia, las objeciones al formalismo jurídico datan de princípios de siglo, en Alemania (y Austria), la gran renovación teórica del derecho público se produjo en la época de entreguerras. Desde el dogmatismo llevado a su máxima expresión racional por Kelsen hasta las ideas dinâmicas de Constitución construidas por Heller o Smend, todo el campo del derecho público muestra una riqueza excepcional".* (Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto, pág. 113/114. Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 20, enero/abril 2000).

[29] Urrutia, Anna Victoria Sanchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto, pág. 134. Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 20, enero/abril 2000.

[30] Dau Lin, Hsu. Mutación de la Constitución. Trad. espanhola de Christian Foster e Pablo Verdú. Bilbao, 1998.

sistematização foi sua maior contribuição para a discussão acadêmica em torno do instituto mutação. Todavia, conforme foi exteriorizado na introdução, não irei analisar a sistematização feita por Dau Lin, pois tal se preocupa em elencar todos os agentes causadores de mutação constitucional, logo, foge ao objeto desta monografia (apenas a mutação constitucional oriunda de atuação do poder judiciário).

É importante frisar a preocupação de Dau Lin em estudar especificamente a mutação constitucional em confronto com os seus antecessores que ou se referiam a ela de forma genérica e integrante de um conceito de Constituição, como o fez Smend, ou os que se mostraram perplexos diante da descoberta de sua existência, como Laband e Jellinek.[31]

O fundamento da mutação é encarado da mesma forma por Dau Lin, ou seja, é fruto da incongruência entre a constituição material e a realidade. E o seu conceito de mutação é o mesmo dos seus antecessores clássicos.

José Afonso da Silva, com supedâneo na lição de Konrad Hesse[32], critica, no seu ensaio intitulado *mutaciones constitucionales,* que a construção acadêmica da doutrina tradicional concebe a mutação constitucional em um sentido muito amplo[33]. Assim faz:

"Por todo ello es inaceptable la teoría tradicional de las mutaciones constitucionales. Éstas solo serán válidas si tienen como función desarrolar crtiterios aplicables a la situación normal, vale decir, solo serán aceptables, como legítimas, las mutaciones constitucionales que no contraríen la Constitución..."[34]

---

[31] Urrutia, Anna Victoria Sanchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto, pág. 126. Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 20, enero/abril 2000.
[32] Hesse, Konrad. Limites de la mutación constitucional. Escritos de Derecho Constitucional, 1983.
[33] A crítica de José Afonso da Silva corresponde ao entendido nesta pesquisa (ainda que não explorado por fugir do foco do trabalho), uma vez que não se refere ao conceito de mutação adotado pelos juristas clássicos, mas, sim, à identificação de inúmeros tipos de mutação constitucional propostos por eles.
[34] Da Silva, José Afonso. Mutaciones Constitucionales, pág. 9. Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, vol 1, julio-diciembre 1999.

Após tal crítica, aceita o conceito restringido de mutação constitucional elaborado por Hesse, a saber:

"Esto significa aceptar la posición de Hesse en favor de um concepto restringido, en el sentido de que la mutación constitucional, sin ofender la Constitución, transforma el sentido, el significado y el alcance de sus normas, sin alterar el enunciado formal, sin cambiar la letra del texto."[35]

Anna Cândida da Cunha Ferraz compartilha do conceito de mutação exteriorizado por José Afonso da Silva com base nos ensinamentos de Hesse, ou seja, para ela, a mutação constitucional altera o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito[36].

Tal conceito é o adotado por Luís Roberto Barroso, consoante lição em recente obra:

"...é possível dizer que a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto..."[37]

A preocupação de estudiosos, como José Afonso da Silva e Konrad Hesse, em estabelecer limite à mutação também é válida. Conforme Hesse, *"...el contenido de la norma constitucional sólo podrá ser modificado en el interior del marco trazado por el texto"*[38]. Ou seja, o próprio texto da norma constitucional limita a amplitude da mutação e o que ultrapassar tal limite será alcunhado de mutação inconstitucional[39], logo, não sendo mais caso de mutação constitucional.

---

[35] Da Silva, José Afonso. Mutaciones Constitucionales, pág. 9/10. Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, vol 1, julio-diciembre 1999.
[36] Ferraz, Anna Candida da Cunha. Processos Informais de Mudança da Constituição, pág. 10. 1ª ed., 1986, Max Limonad.
[37] Barroso, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, pág. 125. 1ª ed., 2009, Saraiva.
[38] Hesse, Konrad. Limites de la mutación constitucional, pág. 99. Escritos de Derecho Constitucional, 1983.
[39] Consoante razões exteriorizadas no capítulo introdutório.

José Afonso da Silva, em tom de alarde, aponta que se se aceitar o triunfo do fato sobre a norma seria o fim da força normativa da Constituição.[40]

Esta breve contextualização teórica sobre o instituto mutação, a qual certamente deixou de fora inúmeros pensadores que trariam uma contribuição inexorável à feitura da presente monografia, teve por escopo trazer o conceito de mutação, de certo modo, adotado por parcela da doutrina, como também, subsidiariamente, sua fundamentação e seu limite.

Porquanto, pode-se acordar, com base na doutrina aqui exteriorizada e de maneira sintética, que mutação constitucional transforma o sentido, o significado e o alcance das normas constitucionais sem alterar o texto da Constituição.

A fundamentação da mutação gira em torno da incongruência do texto constitucional e da realidade circundante. Já o seu limite impõe que ela só poderá ocorrer desde que respeite as possibilidades concedidas pelo texto constitucional.

Assim, a mutação constitucional transforma o sentido, o significado e o alcance das normas constitucionais sem alterar o texto da Constituição, sob o fundamento de incongruência entre o texto constitucional e a realidade circundante, desde que respeite as possibilidades concedidas pelo texto constitucional.[41]

O conceito exteriorizado acima corresponde ao adotado nesta monografia, conforme considerações exteriorizadas no capítulo introdutório.

---

[40] Da Silva, José Afonso. Mutaciones Constitucionales, pág. 23. Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, vol 1, julio-diciembre 1999.

[41] Tal conceito amplo de mutação constitucional (que perpassa o fundamento e o limite da mutação) servirá de suporte para a realização do exercício teórico-acadêmico de análise crítica da aplicação do referido instituto jurídico pelos ministros do STF.

Mutação Constitucional: análise jurisprudencial

Como mencionado na introdução, o caso que me apresentou o tema mutação constitucional foi a Rcl 4.335-5/AC. Nesta, O ministro Gilmar Mendes defendeu que o instituto disciplinado no art. 52, X, da CF perdeu a justificativa de sua existência pela amplitude conferida ao controle abstrato de normas e pela possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia das leis ou atos normativos, com eficácia geral.

Ademais, para reforçar sua defesa utiliza o exemplo das ações coletivas. A decisão proferida, v. g., em uma ação civil pública ou em um mandado de segurança coletivo que declare a inconstitucionalidade de uma lei terá efeito *inter partes,* mas, neste caso, *inter partes* vai ter eficácia geral. Portanto, o Senado terá por função apenas atribuir publicidade à decisão.

Estes são alguns dos fundamentos utilizados pelo ministro Mendes no intuito de justificar a ocorrência da mutação constitucional, pois, com as modificações legislativas constitucionais e ordinárias, necessário se fez uma releitura do papel do Senado no procedimento de suspensão da execução da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional pelo STF em sede de controle difuso.

Utilizo-me das palavras de Gilmar Mendes para exteriorizar o conceito de mutação constitucional por ele adotado:

"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."[42]

[42] Reclamação 4.335-5/AC, pág. 53 do voto do ministro relator Gilmar Mendes.

A doutrina tradicional apontada pelo ministro foi abordada no capítulo referente à contextualização doutrinária. O ministro citou Georg Jellinek, Hsu Dau-Lin e Anna Cândida da Cunha Ferraz. Assim, na Rcl 4.335-5/AC Gilmar Mendes adotou um conceito de mutação que ele diz proposto por tais doutrinadores. Todavia, a aplicação prática do instituto pelo ministro destoa bastante do conceito por ele escolhido, consoante é verificável em seu voto na Rcl 4.335-5/AC.

Pergunta-se como o artigo 52, X, da Constituição - que dispõe expressamente sobre a competência privativa do Senado em suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF - pode ter seu significado transformado, determinando que a competência privativa do Senado restringe-se em dar publicidade à suspensão da execução realizada pelo próprio STF. Ou seja, passa-se de uma função ativa, como componente de um ato complexo, para uma passiva, como simples chancelador das decisões do STF.

Assim, a aplicação do instituto mutação pelo ministro Mendes nesta Rcl 4.335-5/AC não se coaduna com o defendido pela doutrina citada por ele. Ademais, o limite à mutação proposto neste trabalho[43] e em total harmonia com a Constituição - adicionando neste caso a violação ao princípio constitucional da *separação dos poderes*[44] -, e em concordância com a preocupação de José Afonso da Silva[45] e de Konrad Hesse[46], aponta que ela só poderá ocorrer desde que respeite as possibilidades concedidas pelo texto constitucional. Ora, o artigo 52, X, da Constituição nunca concedeu a

---

[43] Consoante ressalvado na introdução: "Primeiro porque existe uma única maneira de mudar o texto constitucional - chamada de reforma constitucional, mais notadamente na figura da emenda constitucional – e um único responsável por tal alteração – poder constituinte derivado. E também existe um procedimento específico para alterar a Constituição. Ora, o juiz não é nem competente e nem pode se socorrer do procedimento adequado para prover à alteração constitucional. Destarte, uma alteração do texto constitucional pela via interpretativa jurisdicional atenta contra à Constituição, logo é inconstitucional".

[44] Artigos 2º e 60, § 4º, III, da Constituição brasileira.

[45] Da Silva, José Afonso. Mutaciones Constitucionales. Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, vol 1, julio-diciembre 1999.

[46] Hesse, Konrad. Limites de la mutación constitucional. Escritos de Derecho Constitucional, 1983.

possibilidade alegada, a qual caracterizou a suposta mutação. Neste sentido são as palavras do ministro Joaquim Barbosa na mesma reclamação:

"Ainda me impressiona, ademais, mesmo com toda essa revolução no controle de constitucionalidade, a literalidade da previsão contida no art. 52, X, presente no texto constitucional e em relação ao qual não há qualquer disposição contrária ou de sentido conflitante."[47]

Nesta mesma Rcl, o ministro Eros Grau também reconhece a alegada mutação e vai além ao propor a nova redação do artigo 52, X, da Constituição, a saber:

"De um texto:
[compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal]
a outro texto:
[compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo]."[48]

Para o ministro Eros Grau a mutação constitucional é exatamente a criação de um texto que substituirá outro, esse o legal/constitucional. Isto é, caminha-se de um texto a outro texto.

Após a definição de seu conceito de mutação, ele também estabelece qual seria o seu limite à mutação. Só será válida, para o ministro, se o novo texto for compatível com o todo da Constituição, ou seja, respeitar o contexto constitucional.

O limite apontado pelo ministro Eros Grau é muito mais amplo que aquele que defende o respeito às possibilidades concedidas pelo texto

[47] Reclamação 4.335-5/AC, pág. 3 do voto do ministro Joaquim Barbosa.
[48] Reclamação 4.335-5/AC, pág. 10 do voto-vista do ministro Eros Grau.

constitucional, pois este não aceita o texto constitucional, por si só, como limitador da ocorrência da mutação. A limitação seria dada pela Constituição como um todo, assim, só após uma análise sistemática poderia ser aferido se a mudança ocasionada em um artigo da Constituição iria atentar contra a Constituição na sua globalidade. Tal limitação permite uma análise principiológica que, indubitavelmente, pode ser mais facilmente articulada, logo, diminui-se o grau de limitação para ocorrência da mutação constitucional.

Portanto, na Rcl 4.335-5/AC, o conceito e o limite de mutação adotados por Eros Grau desrespeitam a Constituição. Como já dito, existe uma única maneira de mudar o texto constitucional - chamada de reforma constitucional – e um único responsável por tal alteração – poder Legislativo (titular do poder constituinte derivado). E também existe um procedimento específico para alterar a Constituição. Ora, o juiz não é nem competente e nem pode se socorrer do procedimento adequado para prover à alteração constitucional. Destarte, uma alteração do texto constitucional pela via interpretativa jurisdicional (exatamente o que Eros Grau propôs) atenta contra à Constituição.

Assim, a mutação defendida pelos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, apesar de suas diferenças, pode ser classificada como inconstitucional, tendo em vista o desrespeito à Constituição. Pois, alterar a Constituição é tarefa do legislador (poder constituinte derivado).

No presente acaso ainda existe o agravante de que talvez nem o detentor do poder constituinte derivado poderia proceder à uma alteração do artigo 52, X, da CF, pois, infligiria o princípio da *separação dos poderes*[49], o qual é protegido de abolição por ser cláusula pétrea[50]. Seria discutível a possibilidade ou não de emenda tendente em alterar o artigo 52, X, da CF,

---

[49] Artigos 2º e 60, § 4º, III, da Constituição brasileira.

[50] *"Os limites materiais, cláusulas pétreas ou cláusulas de intangibilidade desempenham papel mais amplo do que o de balizar e conter o poder de reforma constitucional. Por condensarem as decisões política essenciais e os valores mais elevados de determinada ordem jurídica, funcionam também como princípios fundamentais que irão orientar a interpretação constitucional, dando unidade e harmonia ao sistema..."* (Barroso, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, pág. 159. 1ª ed., 2009, Saraiva)

pelo fato de o artigo 60, § 4º, da CF impedir somente a abolição[51] (leia-se proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos[52]), todavia, não resta dúvida que a eventual alteração do artigo 52, X ocasionaria uma concentração de poder nas mãos do Judiciário[53] em detrimento do Legislativo, fato totalmente contrário a idéia constitucional do *check and balances*[54] aceita por nós.

Os ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa foram contrários à tese defendida pelo ministro relator Gilmar Mendes e pelo ministro Eros Grau.

Sepúlveda inicia seu voto em tom bastante forte, pois, compara, em certa medida, a alegada mutação constitucional com um golpe de estado, estas são suas palavras:

"...Mas não me animo à mutação constitucional proposta. E mutação constitucional por decreto do poder que com ela se ampliaria; o que, a visões mais radicais, poderia ter o cheiro de golpe de Estado. Às tentações do golpe de Estado não está imune o Poder Judiciário; é essencial que a elas resista."[55]

---

[51] Interessante neste sentido colocação de Luís Roberto Barroso: *"A locução tendente a abolir deve ser interpretada com equilíbrio. Por um lado, ela deve servir para que se impeça a erosão do conteúdo substantivo das cláusulas protegidas. De outra parte, não deve prestar-se a ser uma inútil muralha contra o vento da história, petrificando determinado status quo. A Constituição não pode abdicar da salvaguarda de sua própria identidade, assim como da preservação e promoção de valores e direitos fundamentais; mas não deve ter a pretensão de suprimir a deliberação majoritária legítima dos órgãos de representação popular, juridicizando além da conta o espaço próprio da política. O juiz constitucional não deve ser prisioneiro do passado, mas militante do presente e passageiro do futuro".* (Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, pág. 168. 1ª ed., 2009, Saraiva)

[52] Barroso, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, pág. 171. 1ª ed., 2009, Saraiva.

[53] "...apenas haverá violação à cláusula pétrea da separação de poderes se o seu conteúdo nuclear de sentido tiver sido afetado. Isto é: em primeiro lugar, se a modificação provocar uma concentração de funções em um poder ou consagrar, na expressão do STF, uma "instância hegemônica de poder"; e, secundariamente, se a inovação introduzida no sistema esvaziar a independência orgânica dos Poderes ou suas competências típicas". (Barroso, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, pág. 174. 1ª ed., 2009, Saraiva)

[54] *"O conteúdo nuclear e histórico do princípio da separação de poderes pode ser descrito nos seguintes termos: as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto"* (Barroso, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, pág. 173. 1ª ed., 2009, Saraiva)

[55] Reclamação 4.335-5/AC, pág. 1 do voto do ministro Sepúlveda Pertence.

Tal passagem reflete muito bem o potencial nocivo da alegada mutação constitucional. Além de usurpar o poder constituinte derivado do Legislativo (constitucionalmente estabelecido), tal mutação confere mais poder ao Judiciário e assim prejudica a independência e a harmonia existente entre os poderes, consoante dispõe o artigo 2º da Constituição da República.

O voto de Sepúlveda faz lembrar à colocação de José Afonso da Silva no sentido de que se se aceitar o triunfo do fato sobre a norma seria o fim da força normativa da Constituição. As ponderações de Sepúlveda Pertence e José Afonso da Silva demonstram como o instituto mutação pode ser perigoso para a supremacia da Constituição e, destarte, para o estado de direito.

E o ministro prossegue em seu voto sem expor seu conceito de mutação, todavia, o ministro deslegitima o fundamento arquitetado para explicar a ocorrência da mutação constitucional, conforme se depreende destas passagens:

"Não há dúvida de que, no mundo dos fatos, se torna cada vez mais obsoleto – concordo - esse mecanismo; mas, hoje, combatê-lo, por isso que tenho chamado - com a permissão generosa dos dois Colegas - de projeto de decreto de mutação constitucional, já não é nem mais necessário."[56]

"A Emenda Constitucional 45 dotou o Supremo Tribunal de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado a um órgão de mera publicidade de nossas decisões, dispensa essa intervenção. Refiro-me, é claro, ao instituto da súmula vinculante..."[57]

Portanto, o alegado fundamento da mutação ora em análise, qual seja, o hodierno anacronismo da competência conferida ao Senado pela Constituição brasileira para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF quando comparada aos outros mecanismos que hoje o STF detém, e.g., o efeito *erga omnes* de suas decisões em sede de controle abstrato de

[56] Reclamação 4.335-5/AC, pág. 4 do voto do ministro Sepúlveda Pertence.
[57] Reclamação 4.335-5/AC, pág. 4 do voto do ministro Sepúlveda Pertence.

constitucionalidade, foi totalmente afastado pelo ministro Sepúlveda, pois, este demonstrou que o STF tem outros institutos para contornar eventuais problemas, em excelência, a súmula vinculante.

O ministro Joaquim Barbosa acenou na mesma direção que Sepúlveda quando expôs que o alegado fundamento não é suficiente para permitir a ocorrência da dita mutação. E foi além de Sepúlveda quando afirmou que não se trata de mutação constitucional. Este é o trecho:

"...Mas o que vislumbro com a proposta é que ocorrerá pura e simplesmente, pela via interpretativa, a mudança no sentido da norma constitucional em questão, hipótese essa que Canotilho, por exemplo, não elenca como modalidade idônea de mutação (Direito Constitucional, p.1102). Além disso, mesmo que se aceitasse a tese da mutação, entendo que seriam necessários dois fatores adicionais: o decurso de um espaço de tempo maior, para a constatação dessa mutação, e a conseqüente e definitiva "désuetude" do dispositivo. Ora, em relação a esse último fator, impede, a meu juízo, esse reconhecimento um dado empírico altamente revelador: pesquisa rápida na base de dados do Senado Federal indica que desde 1988 aquela Alta Casa do Congresso suspendeu a execução de dispositivos de quase ***100 normas declaradas inconstitucionais*** *(sendo* ***sete em 2006,*** *Resoluções do SF de nº 10, 11, 12, 13, 14, 15 e 16; e uma já, neste ano,* ***em 2007, resolução nº 2)****."*[58] (grifo do original)

Assim, para o ministro Barbosa, com base na doutrina de Canotilho, a mudança no sentido da norma constitucional pela via interpretativa não seria uma hipótese de mutação constitucional. Ora, não se sabe qual é o conceito de mutação para o ministro Joaquim Barbosa, mas sabe-se que a mudança no sentido da norma constitucional pela via interpretativa não o é.

Conforme ressaltado no capítulo introdutório, a mutação é sim mudança no sentido da norma constitucional pela via interpretativa, diferenciando-se da interpretação pelo seu fundamento motivador, qual seja, a existência de incongruência entre o texto constitucional e a realidade circundante. E só

[58] Reclamação 4.335-5/AC, pág. 4 do voto do ministro Joaquim Barbosa.

assim pode ser, pois, consoante demonstrado, qualquer alteração do texto pela via interpretativa é contrário à Constituição, dando origem as chamadas "mutações inconstitucionais".

Fica registrado certa despreocupação do ministro em esclarecer o significado do instituto mutação por ele utilizado na sua argumentação.

O ministro Joaquim Barbosa ainda estabelece dois fatores de ocorrência necessária para se vislumbrar uma mutação constitucional, são eles: o decurso de um espaço de tempo maior, para a constatação dessa mutação, e o conseqüente e definitivo desuso do dispositivo. Não penso ser o primeiro fator, como quer o ministro Barbosa, adicional, mas sim intrínseco, pois, o fundamento da mutação constitucional é a incongruência entre o texto constitucional e a realidade circundante. Ora, a incongruência aparecerá dentro de um espaço de tempo e quando ela já for realidade não é necessário mais esperar, mas sim "agir". E com relação ao fator de definitivo desuso do dispositivo, penso ser por demais impraticável, pois, em matéria de interpretação, ainda mais a constitucional, é impossível cobrar uma homogeneidade interpretativa dos juristas. Convive-se com os antagonismos interpretativos e não há nenhum mal em divergir, desde que seja respeitado o ônus argumentativo e este diminuirá ou aumentará dependendo da matéria objeto de interpretação, se existe ou não precedentes em relação a ela etc.

Por outro lado, muito oportuna a exteriorização de tal preocupação pelo ministro Joaquim Barbosa, mas talvez fosse melhor apenas cobrar uma maior diligência dos ministros do STF na hora de aplicar o instituto mutação constitucional.

Bom, será que se pode afirmar agora que sabemos o conceito de mutação constitucional adotado pelos ministros Mendes e Grau? A resposta poderá ser dada pela análise do MS 26.603/DF[59], o qual foi impetrado contra ato do

[59] É igual aos MS 26.602/DF e MS 26.604/DF (abordam o mesmo assunto e possuem os mesmos votos), apenas com diferenças no que se refere aos votos dos relatores. Tal diferença reside nas questões preliminares escolhidas pelos ministros-relatores para serem abordadas, não referentes ao tema em análise neste trabalho.

Presidente da Câmara dos Deputados, que deixou de declarar a vacância dos mandatos dos parlamentares que se desfiliaram do partido pelo qual foram eleitos, para posse de seus suplentes, do mesmo partido, conforme parecer proferido pelo Tribunal Superior Eleitoral na Consulta n° 1.398. Discute-se, pois, se há o direito liquido e certo dos partidos políticos manterem o número de cadeiras conquistadas nas eleições proporcionais, no caso de um de seus ocupantes trocar de legenda, ou seja, se há ou não no ordenamento jurídico brasileiro a "fidelidade partidária".

Neste caso, o ministro Gilmar Mendes utiliza o instituto mutação constitucional como sinônimo de evolução jurisprudencial para indicar mudança de interpretação da Corte. Não se discute a transformação do sentido, do significado e do alcance de alguma "norma" constitucional em virtude do evolver da realidade circundante, mas, sim, a criação de uma norma constitucional mediante uma interpretação sistemática da Constituição, conforme passagem do voto do ministro Gilmar Mendes:

"...já naquela ocasião do julgamento do MS 20.927, essa suposta conexão lógica entre a ausência, no atual ordenamento, de texto como o do art. 152 da Constituição de 1967/69 e a impossibilidade de aplicação da sanção de perda do mandato, além da taxatividade do art. 55, não ficou bastante clara aos olhos de alguns Ministros, que foram além da expressão textual de nossa Constituição e, por meio de uma interpretação sistemática baseada nos valores da fidelidade partidária e da democracia representativa, chamaram a atenção para a presença, em nosso sistema constitucional, de uma regra que impõe a perda do mandato ao parlamentar que abandona o partido por meio do qual foi eleito."[60]

Ora, o artigo 55 da Constituição brasileira não sofreu mutação constitucional e, assim, foi criado mais uma causa de perda do mandato político. Mas esta nova causa de perda do mandato político foi criada pelo

[60] MS 26.603/DF, págs. 4/5 do voto do ministro Gilmar Mendes.

exercício de interpretação sistemática da Constituição. Podendo-se falar de uma *interpretação parturiente*[61].

Apesar de não ser o foco desta pesquisa, é interessante trazer a esta monografia a consideração de Jeffrey Goldsworthy sobre o que ele chama de *implied principles,* tal tem correlação com a dita *interpretação parturiente.* O supracitado autor assim coloca:

"...Se os juízes podem descobrir na Constituição tudo quanto for necessário para se atingir certos propósitos, e estes propósitos podem mudar conforme a percepção do juiz sobre os valores contemporâneos, então os juízes podem adicionar à Constituição tudo o que for necessário para cumprir (suas percepções dos) os valores contemporâneos – sem nenhum processo de alteração formal sendo requisitado. Isto com certeza não pode estar certo."[62] (tradução minha)

No MS 26.602/DF o ministro Eros Grau rechaça a ocorrência da mutação constitucional. A negativa se dá porque não há oposição entre as normas constitucionais e a realidade circundante, de modo a justificar que o STF – menos ainda TSE – exorbite da função jurisdicional para emendar a Constituição, reformando-a. Aponta ainda que o poder Legislativo vem arquitetando uma reforma política, que tratará inclusive da fidelidade partidária. Por isso mesmo a usurpação, pelo Poder Judiciário, de função do poder constituinte derivado[63] já em si consubstancia "quebra constitucional". E tanto mais grave seria isso quando se observa que o STF

[61] Expressão criada para exprimir da forma mais sugestiva possível a criação de norma jurídica pela interpretação judicial.
[62] "...If judges can 'discover' in a constitution whatever is practically necessary for it to achieve certain purposes, and these purposes can change according to the judges' perceptions of contemporary values, then in effect the judges can add on the constitution anything that is practically necessary to fulfil (their perceptions of) contemporary values – without any formal amendment being required. That surely cannot be right". (*Questioning the Migration of Constitutional Ideas: Rights, Constitutionalism and the Limits of Convergence,* págs. 133-134. *In Sujit Choudhry (ed.), The Migration of Constitutional Ideas.* 2006, Cambridge University Press)
[63] Embora o termo tenha sido assim utilizado pelo ministro Eros Grau, importante lembrar da ressalva feita na nota de rodapé 10.

há de ocupar-se precisamente com a guarda e a defesa[64] da Constituição brasileira.

Ora, enquanto no MS 26.602/DF o ministro Eros Grau condena a usurpação de função do poder constituinte derivado pelo Poder Judiciário, na Rcl 4.335-5/AC faz justamente o que considera condenável.

E o curioso é que contrariamente ao dito na Rcl 4.335-5/AC, especialmente no que se refere à limitação à mutação, Eros Grau, cita Konrad Hesse[65] a propósito dos limites da interpretação constitucional: "*o intérprete já não mais interpreta, porém modifica, opera a ruptura da Constituição quando passa por cima dela. O limite da interpretação é o texto; a Corte está aqui para exigir que esse limite seja observado, não para rompê-lo*."[66]

Tal análise nos permite afirmar que o limite à mutação (pela via da interpretação judicial consoante definido na introdução desta monografia) é algo maleável para o ministro Eros Grau, pois, na Rcl 4.335-5/AC estabelece que o limite é a Constituição na sua totalidade (incluindo, dessa forma, os princípios constitucionais) e no MS acima apontado o limite é apenas o texto constitucional, melhor dizendo, o artigo constitucional objeto de análise.

O conceito de mutação adotado pelo ministro Grau no Mandado de Segurança se coaduna com o aceito nesta monografia (diferentemente do por ele adotado na Rcl 4.335-5/AC). O fundamento adotado também, isto é, para o ministro a mutação constitucional decorre de uma incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade circundante, entre a constituição formal e a material.

Todavia, como dito, a imposição de diferentes limites ora facilita ora dificulta a aplicação do instituto mutação e transparece, assim, uma certa

---

[64] O chamado dever de fidelidade do Tribunal em relação à Constituição, consoante nota de rodapé 13.
[65] Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20ª ed, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1.999, § 77, pp. 29-30.
[66] MS 26.602/DF, pág. 11 do voto do ministro Eros Grau.

flexibilização do instituto mutação levando-se em conta o caso objeto de análise.

Assim, a resposta sobre se se pode afirmar que sabemos o conceito de mutação constitucional adotado pelos ministros Mendes e Grau, no momento, só pode ser não.

O cenário de utilização do instituto mutação constitucional pelos ministros do STF se torna cada vez mais enuviado e a possível definição de seu conceito parece uma tarefa cada vez mais não realizável. Tome de exemplo a Rcl 7.336/SP que foi proposta contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em Mandado de Segurança, que não equiparou os salários dos delegados de polícia, que já estavam no cargo antes de promulgada a EC n° 19/98, aos dos procuradores de estado. Alegam os reclamantes que tal decisão seria contrária ao posicionamento do STF, principalmente nas ADIs 761/RS, 138/RJ, 171/MG e 465/PB, bem como teriam o direito adquirido à equiparação salarial com os procuradores de estado.

Nesta, o ministro Carlos Ayres Britto diz que a mutação constitucional foi patrocinada pela EC n. 19/1998, isto é, ocorreu uma mutação em razão da modificação formal do texto da Constituição. Ora, se o texto formal da Constituição é modificado, não há que se falar de uma transformação do sentido, do significado e do alcance. Neste caso, o quadro jurídico-constitucional é novo, portanto, nada é transformado e, sim, criado pela primeira vez. Ademais, o fundamento desta alegada mutação foi a modificação formal da Constituição, transparecendo, assim, uma certa aproximação do processo formal de modificação da Constituição com o informal, pelo entendimento do ministro Carlos Ayres Britto.

A mesma situação problematizada acima é verificável na QO HC 86.009-5/DF, a qual se trata de *Habeas Corpus* impetrado contra ato de turma recursal de Juizado Especial. Em 29/06/2005, o ministro Carlos Britto havia votado pela denegação da ordem, tendo sido o julgamento suspenso pelo pedido de vista do ministro Cezar Peluso. O STF, no entanto, em decisão

plenária alterou sua posição anterior e decidiu ser de competência dos Tribunais de Justiça estaduais o julgamento dos *habeas corpus* contra ato de turmas recursais dos Juizados Especiais. Sendo assim, o ministro Peluso devolveu os autos ao ministro Carlos Britto, que propôs a questão de ordem para solucionar o caso, uma vez que o julgamento já havia iniciado e o tribunal não mais o entendia de sua competência.

Neste caso o ministro Carlos Ayres Britto aponta a ocorrência de mutação constitucional após a edição da EC 22/99. Portanto, todas as considerações acima feitas em relação à aplicação de alegada mutação constitucional pelo ministro Britto na Rcl 7.336/SP podem ser utilizadas para a QO HC 86.009-5/DF. A única diferença é que na Rcl 7.336/SP o ministro Britto aplica o instituto mutação ou, melhor dizendo, diz aplicar. Já na QO HC 86.009-5/DF apenas aponta que ocorreu a alegada mutação constitucional e defende a aplicação destes precedentes criados pelo Tribunal.

O HC 94.695-0/RS[67] foi impetrado contra decisão do TST, que indeferiu pedido de liminar em *habeas corpus* impetrado após denegação de outro HC perante o TRT da 4ª região, em decorrência da expedição de mandado de prisão em face da paciente que, depositária judicial em reclamação trabalhista, não devolveu os bens penhorados e com ela depositados. Sustenta-se a inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel e que os bens depositados teriam sido furtados. Foi concedida medida cautelar para suspensão da ordem de prisão.

No seu voto, o ministro Celso de Mello observa que as exceções constitucionais alocadas no artigo 5º, LXVII, da Constituição podem sofrer mutações, e tais podem ser originadas pelo legislador comum, pelos tratados e convenções internacionais ou pelos juízes e tribunais no processo de interpretação da Constituição.

[67] O voto do ministro Celso de Mello neste *Habeas Corpus* é "igual" aos seus votos proferidos nos HC 90.405-5/MG e HC 98.893 MC/SP. Apenas foi escolhido um destes casos semelhantes, todos com relatoria do ministro Celso de Mello, para figurar no trabalho.

E sobre o papel judicial na interpretação da Constituição, o ministro Celso de Mello assim entende:

*"**Em uma palavra**, Senhores Ministros: a interpretação judicial **há de ser vista** como instrumento **juridicamente** idôneo **de mutação informal** da Constituição, **revelando-se** plenamente legítima **a adequação** 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".*[68] *(grifo do original)*

Conforme o trecho do voto do ministro acima reproduzido e do restante de sua argumentação neste HC pode-se dizer que ele aceita em termos o conceito e o fundamento do instituto mutação constitucional adotado nesta monografia. Esta aferição é possível pela análise da importância conferida ao instituto pelo ministro Celso de Mello. Assim, mutação, para o ministro, transforma o sentido, o significado e o alcance das normas constitucionais sob o fundamento de incongruência entre o texto constitucional e a realidade circundante. Ficando de fora a possibilidade ou não de alteração do texto constitucional.

A exceção estabelecida no artigo 5º, LXVII, da Constituição tem nítida vontade normativa e a tentativa de afastá-la produzirá uma mutação inconstitucional (conforme o limite imposto à mutação), pois, não se respeita o limite estabelecido para a ocorrência da mutação constitucional, qual seja, a necessidade de respeito às possibilidades concedidas pelo texto constitucional.

No mesmo voto, o ministro Celso de Mello defende a natureza constitucional das convenções internacionais de direitos humanos internalizadas pelo Brasil. Estabelece ainda que antes do advento da EC 45/2004 estas convenções seriam materialmente constitucionais, conforme o §2º do artigo

[68] HC 94.695-0 RS, pág. 46 do voto do ministro Celso de Mello.

5º da Constituição da República, e depois do advento da EC 45/2004 seriam material e formalmente constitucionais, consoante o §3º do artigo 5º da Constituição. Estas são suas palavras:

*"**É preciso ressalvar**…**as convenções internacionais de direitos humanos** celebradas **antes** do advento da EC nº 45/2004, **pois**, quanto a elas, **incide o §2º** do art. 5º da Constituição, **que lhes confere** natureza **materialmente** constitucional, **promovendo** sua integração e **fazendo** com que se subsumam **à noção mesma** de bloco de constitucionalidade".*[69] *(grifo do original)*

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica) foi promulgada pelo Decreto 678 de 6 de dezembro de 1992 e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi promulgado pelo Decreto 592 de 6 de julho de 1992. Ambos são anteriores à EC 45/2004, portanto, conforme defende o ministro Celso de Mello, são materialmente constitucionais.

Por assim ser, o HC 94.695-0/RS não é um caso de mutação (in)constitucional, pois, houve uma mudança formal do artigo 5º, LXVII, da Constituição, o qual se modificou pela internalização das convenções internacionais supracitadas. Tal seria a conclusão do raciocínio construído pelo ministro no seu voto. Ademais, percebe-se que a defesa da modificação do inciso constitucional pela mutação é totalmente contrária à tese da natureza constitucional (materialmente ou material e formalmente com relação ao marco temporal instituído pela EC 45) das convenções internacionais sobre direitos humanos internalizadas no Brasil, pois, se é necessário a mutação para provocar tal modificação no artigo 5º, LXVII, da Constituição, as convenções internacionais de direitos humanos internalizadas não teriam natureza constitucional. Estas funcionariam como uma autêntica "emenda constitucional", conforme mais tarde o legislador reconheceu por meio da introdução do §3º no artigo 5º da Constituição.

[69] HC 94.695-0/RS, pág. 55 do voto do ministro Celso de Mello.

Mais uma vez, verifica-se que o instituto da mutação não foi utilizado de forma satisfatória (mutação inconstitucional), aliás, neste caso e levando-se em conta a argumentação do ministro Celso de Mello nem deveria ter sido utilizado.

A utilização da mutação torna-se ainda mais passível de ser criticada quando se analisa o voto do ministro Gilmar Mendes no Ediv RE 166.791-5/DF[70], os quais foram opostos em face de decisão do STF que deu provimento ao recurso extraordinário interposto pela União contra decisão anterior proferida pelo STJ, que havia acolhido pedido formulado por militar anistiado (ora embargante), em mandado de segurança, para que, nos termos do art. 8º do ADCT, fosse promovido a coronel, considerado o decurso de prazo suficiente para tanto.

Neste, o ministro não esclarece o que ele entende por mutação constitucional, isto é, passa ao largo de considerações sobre o seu conceito, a sua fundamentação e o seu limite. Apenas aponta que acolhe a interpretação do artigo 8º da ADCT, em conformidade com a nova orientação firmada no RE 165.438/DF.

No julgamento do RE 165.438/DF, o Tribunal modificou seu entendimento no que se refere à interpretação do artigo 8º do ADCT. O ministro Gilmar Mendes não defende expressamente a ocorrência de mutação constitucional no RE 165.438/DF, ele somente faz ponderações de caráter geral sobre o instituto pesquisado nesta monografia, como, por exemplo, esta passagem de seu voto:

"Entendo que talvez um dos temas mais ricos da teoria do direito e da moderna teoria constitucional seja aquele relativo à evolução jurisprudencial e, especialmente, a possível mutação constitucional..."[71]

---

[70] O voto do ministro Gilmar Mendes neste Embargos de Divergência em Recurso Extraordinário é igual ao voto proferido no ED Ediv RE 174.161-9/DF. Apenas foi escolhido um destes casos semelhantes, todos com relatoria do ministro Gilmar Mendes, para figurar nesta monografia. Ambos tratam da promoção de militar anistiado.
[71] Ediv RE 166.791-5/DF, pág. 2 do voto do ministro Gilmar Mendes.

Mas, quando se analisa o RE 165.438/DF percebe-se que os ministros não apontam a incongruência entre o texto constitucional e a realidade circundante como fundamento desta mudança de interpretação (o que era até de ser esperado pelo o fato de os ministros não terem utilizado o instituto mutação constitucional em seus votos). As discussões ficam reservadas à correta interpretação do artigo 8º do ADCT e algumas ponderações sobre justiça e equidade.

Poderia até ser defendida uma mudança fática no sentido de que a sociedade brasileira passou a cobrar, mais intensamente, punição aos arquitetos do regime militar e também justiça aos que sofreram na pele aqueles anos de terror. Tal idéia pode ser de certa forma encontrada em passagem do ministro Carlos Ayres Britto no RE 165.438/DF, a qual foi reproduzida por Mendes no Ediv RE 166.791-5/DF: "...um caso típico em que à anistia corresponde um pedido formal de desculpas, em verdade, pela injustiça praticada contra os excluídos"[72].

Todavia, por não constar o instituto mutação constitucional de forma expressa no RE 165.438/DF não irei analisar tal decisão, isto é, verificar a aplicação do instituto e a possível definição de seu conceito. O que compõe esta monografia é o voto do ministro Mendes no Ediv RE 166.791-5/DF, o qual, conforme já dito, apenas fez considerações gerais sobre o instituto. Assim, a crítica que perpassa toda esta monografia no que se refere à aplicação do instituto jurídico mutação pelos ministros do STF aqui também pode ser reproduzida, pois, pelo voto do ministro Gilmar Mendes não se pode definir o seu conceito de mutação, tampouco o que ele entende por limite à mutação, restando possível apenas apontar (sem certeza) que ele adota como fundamento da mutação constitucional a incongruência entre o texto constitucional e a realidade circundante; tal (quase) afirmação é feita com suporte nas citações realizadas pelo ministro em seu voto.

O AgR RE 450.504-5/MG foi interposto contra decisão monocrática em que o ministro Carlos Britto resolveu conflito de competência entre Justiça Comum e do Trabalho - para julgar pedido de indenização por danos

[72] Ediv RE 166.791-5/DF, pág. 2 do voto do ministro Gilmar Mendes.

decorrentes de acidente do trabalho. Na decisão agravada, alega o ministro ser competente para tanto a Justiça do Trabalho.

O ministro Carlos Ayres Britto defendeu que a mudança na jurisprudência do STF surgiu por mutação constitucional. Logo depois desta afirmação aponta como isso ocorreu:

"Vale dizer, da redação originária do artigo 114 c/c inciso I do artigo 109 da Lei Maior, esta colenda Corte passou a extrair um outro sentido – o da competência da Justiça trabalhista. Sentido muito diferente do que até então extraíra (competência da Justiça comum estadual)."[73]

Em princípio, tudo bem, todavia, quando vai se pesquisar o fundamento desta alegada mutação percebe-se que não existe incongruência entre o texto constitucional e a realidade circundante, este o fundamento da mutação constitucional. O que se vê no AgR RE 450.504-5/MG é este trecho do voto de ministro Carlos Britto:

"...Ocorre que não houve mudança de competência. Esta sempre foi da Justiça laboral".[74]

Ora, para o ministro a competência sempre foi da Justiça trabalhista, ou seja, a jurisprudência anterior estava equivocada e, destarte, não houve uma mutação constitucional, mas sim uma mudança de interpretação. Ou seja, não ocorreu evolução no seio da sociedade (fundamento da mutação constitucional) que obrigasse uma releitura da competência sobre as causas que envolvam pedidos de indenização decorrentes de acidente de trabalho, mas sim uma mudança de interpretação (plano jurídico) desgarrada do mundo fenomênico.

Além de se ter mais um exemplo de "má aplicação" do instituto mutação constitucional, o fato mais gravoso é a constatação de que o ministro Carlos Ayres Britto utilizou a mutação constitucional como "sinônimo" de reforma

[73] AgR RE 450.504-5/MG, pág. 2 do voto do ministro relator Carlos Ayres Britto.
[74] AgR RE 450.504-5/MG, pág. 2 do voto do ministro relator Carlos Ayres Britto.

constitucional na QO HC 86.009-5/DF e na Rcl 7.336/SP. Por outro lado, conforme a análise do seu fundamento me permitiu concluir, entendeu como mudança de interpretação no AgR RE 450.504-5/MG. Assim, resta a pergunta de qual é o conceito de mutação constitucional para o ministro Carlos Ayres Britto? Esta pergunta-retórica visa reconhecer como é difícil a empreitada de se tentar determinar o conceito de certo instituto jurídico para os ministros do STF mediante análise empírica indutiva de sua utilização.

E também se percebe pelos votos do ministro Britto analisados que mais uma vez ocorreu a flexibilização do instituto mutação constitucional. Mutação seria como uma "folha em branco", pronta para ser preenchida na análise do caso concreto, ou seja, instituto destituído de conceito predefinido.

A ADI 3.838 MC/DF foi proposta em face de dispositivos da Resolução 5/96 do Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da qual impede que membros do MP exerçam outro cargo ou função pública, com única exceção do magistério.

Nesta, alega-se a inconstitucionalidade formal dos dispositivos atacados, por invasão de competência reservada ao Poder Legislativo, que será exercida pela edição de Lei Complementar. Requer ainda interpretação sistemática do dispositivo para que se permita aos membros do MP exercerem função ou cargo público compatível com suas atividades típicas. Por fim, pede seja interpretada a Constituição de modo diverso ao que esta foi interpretada nos precedentes do próprio STF, chamando tal modificação de mutação constitucional.

Ou seja, o Governador do Estado do Espírito Santo apela para a necessidade de uma interpretação conjunta e portadora de uma verdadeira mutação constitucional dos artigos 128, §5, II, d, e 129, IX, da Constituição. O ministro Gilmar Mendes, por sua vez, rechaça a possibilidade de aplicação do instituto mutação constitucional, conforme pedido pelo requerente. Isto porque os precedentes apontados são todos

recentes e o quadro fático destes é igual ao da ADI n° 3.838 MC/DF. Também aproveita para fazer uma ressalva:

"Não se podem confundir os fatores que levam à deflagração do fenômeno da mutação normativa com iniciativas que buscam alterar o próprio sentido do texto constitucional em prol de interesses específicos e casuais...".[75]

E o ministro continua nesta toada e cita trecho da obra A Força Normativa da Constituição de Konrad Hesse que ele mesmo traduziu para o português. Tal citação merece reprodução:

"Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tabula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.
Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (Telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade *normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação."*[76]

O ministro Gilmar Mendes no seu voto não esclarece qual é o seu conceito de mutação constitucional e nem faz maiores referências. Apenas faz ressalvas quanto à utilização do instituto para negar a aplicação da mutação constitucional na ADI 3.838 MC/DF. São importantes suas considerações quanto aos cuidados que devem ser tomados na aplicação do instituto. De seu voto resta indiscutível que o ministro defende a incolumidade do texto

[75] Medida cautelar em ADI 3838-9 DF, pág. 9 do voto do ministro Gilmar Mendes.
[76] ADI n° 3.838 MC/DF, págs. 9/10 do voto do ministro Gilmar Mendes.

constitucional, ou seja, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite de qualquer mutação normativa.

Todavia, quando se coloca para conversar os votos do ministro Gilmar Mendes na Rcl 4.335-5/AC e na ADI 3.838 MC/DF, o dito acima parece não ser sempre levado em conta pelo ministro. Pois, como o artigo 52, X, da Constituição, que dispõe expressamente sobre a competência privativa do Senado em suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF pode ter se transformado em competência privativa para dar publicidade à suspensão da execução realizada pelo próprio STF. Assim, na Rcl 4.335-5/AC o ministro Mendes não levou em consideração a ressalva que fez na ADI 3.838 MC/DF, qual seja, que o sentido da proposição jurídica estabelece o limite de qualquer mutação normativa[77].

Por fim, a ADPF 46 que foi proposta pela ABRAED questionando a recepção pela Constituição da Lei n° 6.538/78, a qual determina o monopólio de entrega de correspondências pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Pleiteia ainda a declaração de violação aos preceitos fundamentais da livre iniciativa, livre concorrência e livre exercício de qualquer profissão, pelas atitudes da ECT cerceando as atividades das empresas privadas de distribuição, bem como pelas decisões judiciais que ora confirmam, ora negam a persistência do monopólio até os dias atuais.

Em seu voto o ministro Marco Aurélio defende uma interpretação constitucional funcionalista, conforme se depreende desta passagem de seu voto:

"A missão do Supremo, a quem compete, repita–se, a guarda da Constituição, é precipuamente a de zelar pela interpretação que se conceda à Carta a maior eficácia possível, diante da realidade circundante. Dessa forma, urge o resgate da interpretação constitucional, para que se evolua de uma interpretação retrospectiva e alheia às transformações sociais,

[77] Se assim não fosse, teríamos uma usurpação do poder constituinte derivado – pertencente ao Legislativo - pelo Judiciário, consoante alertado na introdução.

passando–se a realizar interpretação que aproveite o passado, não para repeti-lo, mas para captar de sua essência lições para a posteridade. O horizonte histórico deve servir como fase na realização da compreensão do intérprete, mas não pode levar à auto-alienação de uma consciência, funcionando como escusa à análise do presente."[78]

Tal passagem reflete bem, digamos assim, o espírito da mutação constitucional e ao mesmo tempo a sua importância para o direito, principalmente, o direito constitucional. Isso porque, em países de tradição *Civil Law,* como o nosso, o texto constitucional estabelece regras para a sua própria modificação e tais regras não são facilmente atingíveis, porquanto, a mudança formal da Constituição se torna algo de difícil ocorrência, e neste panorama o instituto mutação constitucional ganha em importância por sua agilidade em responder à evolução da realidade.

O ministro Marco Aurélio se preocupou de forma exemplar em demonstrar no seu voto a evolução da realidade circundante e, destarte, definiu como fundamento da mutação constitucional a incongruência existente entre a antiga interpretação do texto constitucional com a hodierna realidade circundante.

Da análise de seu voto não se obtém de forma expressa o conceito de mutação constitucional por ele adotado. Todavia, quando se analisa a aplicação do instituto percebe-se a transformação do sentido, do significado e do alcance do artigo 21, X, da CF sem alteração do seu texto, o que se coaduna de forma integral com o defendido nesta monografia[79].

E com relação ao limite à mutação constitucional a situação é a mesma, pois, o verbo manter[80] pode ser entendido, sem maiores problemas[81], como

---

[78] ADPF 46, págs. 21/22 do voto do ministro relator Marco Aurélio.
[79] Tal defesa se sustenta porque se houver mudança do texto constitucional não se estará mais diante de uma mutação constitucional, mas sim de uma mutação inconstitucional; e se não houver discrepância entre o texto constitucional e a realidade circundante se estará diante de uma interpretação constitucional e não de uma mutação constitucional. Tais considerações estão explicitadas na introdução desta monografia.
[80] CF: "Art. 21. Compete à União:
...
X - **manter** o serviço postal e o correio aéreo nacional;..."

manter de forma direta ou indireta. Assim, não houve modificação do texto constitucional disposto no artigo 21, X, da Constituição do Brasil, ocorrendo assim uma mutação **constitucional**.

As palavras acima ofertadas em relação ao voto do ministro Marco Aurélio não demonstram aprovação quanto ao mérito de seu voto, mas, apenas quanto à forma pela qual o instituto foi aplicado.

Após analisar todos os votos em que o instituto mutação constitucional apareceu de forma expressa, passo agora a compilá-los por meio de planilhas individualizadas, ou seja, cada planilha vai se referir a um ministro do STF que utilizou o instituto mutação constitucional.

Ministro	Onde aparece	Qual o conceito adotado	Qual o fundamento utilizado	Respeitou-se o limite	Crítica à aplicação
Eros Grau	Rcl 4.335-5/AC	criação de um texto que substituirá outro, esse o legal	incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade constitucional	não	tem-se uma mutação inconstitucional
	MS 26.603/DF	transforma o sentido, o significado e o alcance das normas constitucionais sem alterar o seu texto.	não há oposição entre as normas constitucionais e a realidade constitucional	-	não é aplicada mas sim rechaçada

Ministro	Onde aparece	Qual o conceito adotado	Qual o fundamento utilizado	Respeitou-se o limite	Crítica à aplicação
Gilmar Mendes	Rcl 4.335-5/AC	autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto.	incompatibilidade entre o artigo 52, X, da CF e o atual arcabouço jurídico pátrio no que se refere ao controle difuso de constitucionalidade.	Não	tem-se uma mutação inconstitucional.
	MS 26.603/DF	"interpretação parturiente"	relevância da "fidelidade partidária" no modelo proporcional adotado	-	não se trata de mutação constitucional.
	Ediv RE 166.791-5/DF	-	-	-	-
	ADI 3.838 MC/DF	-	os precedentes apontados são todos recentes e possuem o mesmo quadro fático da presente ação.	-	não é aplicada mas sim rechaçada

[81] Quero dizer que qualquer uma das duas interpretações (manter de forma direta ou indireta) poderia ser tomada sem que isso atentasse contra o texto constitucional. Pois, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite de qualquer mutação normativa e a mutação constitucional aplicada pelo ministro Marco Aurélio, certamente, está dentro do limite estabelecido pelo artigo 21, X, da Constituição da República.

Ministro	Onde aparece	Qual o conceito adotado	Qual o fundamento utilizado	Respeitou-se o limite	Crítica à aplicação
Celso de Mello	HC 94.695-0/RS	transforma o sentido, o significado e o alcance das normas constitucionais	incongruência entre o texto constitucional e a realidade circundante	não	tem-se uma mutação inconstitucional e não lógica argumentativa na utilização do instituto mutação

Ministro	Onde aparece	Qual o conceito adotado	Qual o fundamento utilizado	Respeitou-se o limite	Crítica à utilização
Carlos Ayres Britto	QO HC 86.009-5/DF	interpretação	modificação formal da Constituição	-	não se trata de mutação constitucional
	Rcl 7.336/SP	interpretação	modificação formal da Constituição	-	não se trata de mutação constitucional
	AgR RE 450.504-5/MG	mudança de interpretação	-	-	não se trata de mutação constitucional

Ministro	Onde aparece	Qual o conceito adotado	Qual o fundamento utilizado	Respeitou-se o limite	Crítica à aplicação
Sepúlveda Pertence	Rcl 4.335-5/AC	-	não necessidade da medida	-	não é aplicada mas sim rechaçada

Ministro	Onde aparece	Qual o conceito adotado	Qual o fundamento utilizado	Respeitou-se o limite	Crítica à aplicação
Marco Aurélio	ADPF 46	transforma o sentido, o significado e o alcance das normas constitucionais sem alterar o seu texto	incongruência entre o texto constitucional e a realidade circundante.	sim	-

Ministro	Onde aparece	Qual o conceito adotado	Qual o fundamento aplicado	Respeitou-se o limite	Crítica à aplicação
Joaquim Barbosa	Rcl 4.335-5/AC	-	não necessidade da medida e não se trata de mutação constitucional	-	não é aplicada mas sim rechaçada

Terminada a análise jurisprudencial desta monografia, resta agora a conclusão. Nesta, me preocuparei em responder a questão-título que norteou toda a pesquisa relacionada com o instituto mutação constitucional e também em fazer considerações sobre todas as críticas feitas em função da aplicação da mutação constitucional pelos ministros do STF.

CONCLUSÃO

Qual o conceito de mutação constitucional para os ministros do STF? Com exceção do ministro Marco Aurélio e, em certa medida, do ministro Celso de Mello, a resposta desta pergunta em relação ao restante dos ministros é indefinida. Pois, consoante ficou sistematizado nas planilhas, os ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Carlos Britto utilizaram o instituto mais de uma vez e de forma diversa, o que, logicamente, me impede de indicar qual é o conceito adotado por estes ministros. Por sua vez, os ministros Joaquim Barbosa e Sepúlveda Pertence não me permitiram indicar o conceito de mutação por eles adotado, pois os dois se preocuparam em afastar a aplicação do instituto e nada fizeram para esclarecer o conceito de mutação constitucional (todavia, atacaram o fundamento - plano da existência - da alegada mutação, vide análise jurisprudencial).

Do voto do ministro Celso de Mello é possível estabelecer um esboço sobre qual seja o conceito de mutação por ele adotado: transforma o sentido, o significado e o alcance das normas constitucionais. Percebe-se, conforme já dito, que falta em seu conceito a questão da possibilidade ou não de alteração do texto legal/constitucional. Ademais, quando se analisa a utilização do instituto mutação é factível o contrasenso de sua aplicação e também o desrespeito ao seu limite (vide análise jurisprudencial). Destarte, penso ser razoável esperar outras aplicações do instituto pelo ministro Celso de Mello para aí sim tentar-se estabelecer qual é o conceito adotado pelo ministro.

Em resumo, o conceito adotado pelo ministro Marco Aurélio é o de que transforma o sentido, o significado e o alcance das normas constitucionais sem alterar o seu texto. Este posicionamento encontra-se em convergência com o defendido nesta monografia, consoante restou exposado[82], e é a única utilização "correta"[83] do instituto mutação constitucional.

---

[82] Tanto no capítulo introdutório como no capítulo referente à contextualização doutrinária.
[83] Correta quanto à forma pela qual o instituto foi aplicado. Tal assertiva não tem nenhuma relação quanto ao mérito do voto do ministro Marco Aurélio.

Parece-me que a resposta alcançada foi se tornando clara ao longo da análise jurisprudencial: o instituto mutação constitucional funciona como um "curinga argumentativo"[84] na mão dos ministros. Tal constatação é corroborada não só quando os ministros aplicam o instituto de forma distinta, mas, principalmente, quando o mesmo ministro aplica a mutação constitucional de maneira diversa. Ora, se o instituto possui conceito[85], não é algo vazio que deva ser conceitualmente preenchido no caso concreto.

Revisitando-se as planilhas dispostas no final da análise jurisprudencial percebe-se que dos ministros que utilizaram (conforme detectado pelo corte metodológico) o instituto mais de uma vez (Eros Grau, Gilmar Mendes e Carlos Britto), todos o aplicaram de forma distinta em seus votos. Casos mais curiosos ainda são os que o ministro critica em seu voto a utilização do instituto mutação em determinada forma e em outro voto aplica a mutação constitucional exatamente da forma outrora criticada, e.g., Eros Grau na Rcl 4.335-5/AC e no MS 26.603/DF e Gilmar Mendes na Rcl 4.335-5/AC e na ADI 3.838 MC/DF.

A pergunta norteadora desta monografia não pôde ser respondida de forma afirmativa, o que permitiria a obtenção de um dado, pois saberíamos o que os ministros do STF entendem por mutação e como eles a aplicam, ao menos dentro do lapso temporal eleito para esta monografia. Assim, por ser um dado "interpretativo" (quer dizer, sobre a interpretação judicial) está marcado pela dinâmica e não pela estática.

---

[84] Essa expressão surgiu de (inúmeras) conversas que tive com o também aluno da EF Luís Fernando Matricardi Rodrigues. Apesar do tema estudado pelo colega ser distinto do tratado nesta monografia, percebemos, da mesma forma, a utilização de instituto jurídico como "curinga argumentativo", ou seja, como manobra argumentativa para se atingir determinado fim previamente almejado. A mesma idéia já tinha sido exteriorizada nesta monografia ("folha em branco", flexibilização, destituído de conceito predefinido), mas o termo "curinga argumentativo" foi escolhido para habitar esta conclusão por ser o significante que melhor transmite o significado que eu quero comunicar, conforme a teoria dos signos ou Semiologia de Ferdinand de Saussure, e em homenagem ao amigo Luís Fernando.

[85] Não precisa haver consenso em torno do conceito de determinado instituto jurídico, conforme já dito nesta monografia. Todavia, quando um instituto jurídico é utilizado necessário se faz o seu aclaramento, o que, aliás, também já foi dito quando se assumiu como premissa desta monografia a necessidade de fundamentação minuciosa por parte dos ministros.

A resposta que sobreveio, de maneira geral, foi em forma negativa. O que por si só é um grande problema, pois, os ministros estão utilizando algo sem definição exata. Juntamente com este problema aparece o do controle argumentativo do STF. Ora, como este será feito em cima de um "instituto curinga"? A defesa dos ministros seria fácil: Aqui o curinga foi utilizado como um "3 (três)" e ali como um "10 (dez)", isto é, assumiria o conceito julgado necessário para vencer o "jogo" e nada poderia ser feito contra. Deixando esta alusão a parte, percebe-se o grande problema que a utilização de "curingas argumentativos" pode causar, ainda mais levando-se em conta que o único meio possível (ao menos no Brasil) de controle das decisões do Judiciário é mediante a análise de suas decisões.

A Teoria do agir comunicativo[86] do filósofo e sociólogo Jürgen Habermas pode ser aplicada em defesa do controle do Judiciário pela sociedade[87]. Ou seja, as decisões do STF devem possuir validade racional e, assim, serão respeitadas do ponto de vista moral e, por conseguinte, legítimas. A dita análise da validade racional é realizada pelo destinatário da decisão, o que no caso do STF muitas vezes são todos os brasileiros.

Deixando de lado construções mais precisas que fundamentem o necessário controle argumentativo dos votos dos ministros do STF (para o bem da democracia!), cabe aqui reforçar a obrigatoriedade dos ministros de fundamentarem minuciosamente suas decisões (sempre). Aliás este ponto é a premissa indiscutível desta monografia e o fato constatado de que os ministros (às vezes o mesmo) utilizaram o mesmo instituto jurídico de maneira diversa ("curinga argumentativo") a reforça.

---

[86] A obra Teoria do agir comunicativo data de 1981 e somente depois a supracitada Teoria foi concretizada nos campos específicos do Direito e da Política pela obra Direito e Democracia entre facticidade e validade (Trad. de Flávio Beno Siebeneichler - UGF. Ed. Tempo Brasileiro, vol. 1, 1997).

[87] Logicamente que a maior parcela da sociedade não poderá concorrer nesta empreitada cívica, o porquê "todos" sabem, mas para não citar vários motivos, fico só na barreira do tecnicismo jurídico, aliás, uma das reivindicações poderia ser neste sentido. De qualquer forma, a escolha de termo amplo tem duas razões principais. Primeiro, englobar todos, isto é, a comunidade jurídica (o que já era esperado) e quem mais que for capaz de dialogar com as decisões do STF. E em segundo lugar, despertar tal direito/dever cívico na população, tanto mais em época de grande "ativismo judicial".

Mas nem tudo é lamento. Dos votos estudados, um se apresenta como exemplo salutar de aplicação da mutação constitucional. Trata-se do voto[88] do ministro Marco Aurélio na ADPF 46. Tal voto serve de exemplo para mostrar como tal instituto jurídico é importante para o direito, pois, é um dos instrumentos de interrupção da "hibernalização do direito", quer dizer, permite o evolver do direito que, destarte, acompanhará o evolver da sociedade. Tal evolução é de suma importância porque o direito não tem um fim em si mesmo, mas é uma construção cultural humana e sua razão de existir está exatamente em bem servir à humanidade.

Assim, penso que só uma cobrança intensa por parte da sociedade em prol de mais clareza e coerência argumentativa por parte dos juízes e, em especial, dos ministros do STF conseguiria fazer sumir "o curinga argumentativo do baralho jurídico".

Termino a monografia com as palavras de Winston Churchill:

"...Não receiamos críticas honestas, embora sejam de tôdas as mais perigosas. Ao contrário, levamos cada uma delas em consideração e procuramos aproveitá-las para o futuro. No corpo político, a crítica corresponde a dor no corpo humano. A dor não é agradável, mas, se não existisse, que seria do corpo humano? Sem as suas advertências contínuas não haveria saúde nem sensibilidade possível."[89]

[88] Mais uma vez saliento que o elogio refere-se à forma com que foi utilizada a mutação constitucional e não sobre o mérito da decisão, o qual foge ao objetivo desta monografia.
[89] Churchill, Winston. Discurso proferido na Bolsa de Comércio de Manchester. 27 de janeiro de 1940. Coleção dos Prêmios Nobel de Literatura, pág. 32. Ed. Delta, 1969.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 1ª ed., 2009, Saraiva.

BOURDIEU, Pierre. *Contre-feux*. Paris, Éd. Liber Raisons d'agir, 1998.
Contre-Feux 2. Pour un mouvement social européen. Paris, Raisons d' Agir, 2001.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 7ª ed., 2003, Almedina.

CHURCHILL, Winston. Discurso proferido na Bolsa de Comércio de Manchester. 27 de janeiro de 1940. Coleção dos Prêmios Nobel de Literatura, 1969, Ed. Delta.

DA SILVA, José Afonso*. Mutaciones Constitucionales. Cuestiones Constitucionales*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, vol 1, julio-diciembre 1999.

DAU LIN, Hsu. *Mutación de la Constitución*. Trad. espanhola de Christian Foster e Pablo Verdú. Bilbao, 1998.

DE SAUSSURE, Ferdinand. *Curso de Linguística General*. Trad. espanhola de Amado Alonso. 24ª ed., 1945, Editorial Losada.

ECO, UMBERTO. Como Se Faz Uma Tese. Trad. de Gilson Cesar Cardoso de Souza. 22ª Ed., 2009, Perspectiva.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*. 1ª ed., 1986, Max Limonad.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Questioning the Migration of Constitutional Ideas: Rights, Constitutionalism and the Limits of Convergence. In Sujit Choudhry (ed.), The Migration of Constitutional Ideas.* 2006, Cambridge University Press.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler - UGF. Vol. 1, 1997, Ed. Tempo Brasileiro.

HESSE, Konrad. *Limites de la mutación constitucional*. 1983, Escritos de Derecho Constitucional.

_____. A Força Normativa da Constituição. Trad. de Gilmar Mendes. 2009, Ed. safE.

JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de La Constitución.* Centro de Estúdios Constitucionales, Madrid, 1991.

MENDES, Gilmar. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Revista da Informação Legislativa. Brasília a. 41 n. 162 abr./jun. 2004.

TATE, C. Neal & VALLINDER, Tobjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York University Press, 1995.

URRUTIA, Anna Victoria Sanchez. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto*. Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 20, enero/abril 2000.

ANEXOS
RESUMO DA JURISPRUDÊNCIA ANALISADA NA MONOGRAFIA

Rcl 4.335/AC
Rel. ministro Gilmar Mendes
Reclamante: Defensoria Pública da União
Reclamado: Juiz de Direito da Vara das Execuções Penais de Rio Branco/AC
Julgamento ainda não finalizado

Trata-se de Reclamação proposta pela Defensoria Pública da União contra decisão proferida pelo Juiz da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC, que indeferiu o pedido de progressão de regime em favor de condenados por crimes hediondos.

Alega o descumprimento da decisão do STF no HC 82.959, no qual a Corte afastou a vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, ao considerar inconstitucional o artigo 2º, §1º, da Lei n. 8.072/1990 ("Lei dos Crimes Hediondos").

Por sua parte, o Juiz da Comarca de Rio Branco indeferiu pedido de progressão sob o argumento de que a decisão no HC 82.959 produziu apenas efeitos *inter partes*, pois fruto do controle difuso de constitucionalidade. O magistrado de Rio Branco defende, portanto, a necessidade de expedição de resolução pelo Senado Federal suspendendo a eficácia do dispositivo de lei declarado inconstitucional pelo STF, consoante o art. 52, X, CF, para que a decisão tenha eficácia geral.

Voto do ministro Gilmar Mendes.

Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes analisa a evolução do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, almejando justificar a persistência do atual art. 52, X, na Constituição brasileira por razões meramente históricas, haja vista não mais ser compatível com a amplitude conferida ao controle abstrato de normas e pela possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia das leis ou dos atos normativos, com eficácia geral.

Sustenta ter a Resolução do Senado Federal função de mera publicidade da decisão do STF, a qual, por si só, é capaz de produzir efeitos transcendentes, ou até *erga omnes*. Pois o modelo de controle de constitucionalidade preferencialmente concentrado, aditado no

Brasil, bem como os novos instrumentos do próprio controle difuso, como repercussão geral e súmula vinculante, demonstrariam esta incompatibilidade do art. 52, X, da Constituição com o hodierno sistema jurídico brasileiro, concluindo pela situação obsoleta do dispositivo constitucional.

Esse contraste seria o fundamento da mutação constitucional que alega ter ocorrido no caso, uma vez que o contexto do controle de constitucionalidade atual não admite instituto como o do art. 52, X, haja vista atravessar-se tendência de maior abrangência das decisões, o que é demonstrado pela própria atividade legislativa, que concede maior poder ao tribunal, com o desenvolvimento de novos instrumentos.

Julga procedente, portanto, a reclamação.

Voto do ministro Eros Grau.

O ministro Eros Grau segue a linha argumentativa do ministro Gilmar Mendes, principalmente no tocante à ocorrência da mutação constitucional, que define, no caso, como uma mudança de leitura do próprio texto constitucional, sem sua mudança formal.

Sustenta que norma e texto normativo são institutos diversos, que não se confundem, sendo que o primeiro só se produz quando aplicado o segundo ao caso concreto. Ou seja, a norma surge na aplicação ao caso concreto, trazendo a idéia de interpretação do texto para compatibilização à realidade. Assim, uma mudança de interpretação seria a simples mudança de compreensão da norma extraída do texto normativo, enquanto a mutação constitucional é a produção de um texto diverso do original. Enquanto na mudança de interpretação muda-se apenas o resultado, na mutação o resultado é outro por conta da mudança do pressuposto, do próprio texto objeto de interpretação.

Essa é a tese central do voto, que propõe um novo texto constitucional ao art. 52, X, dado o novo contexto brasileiro – adotando a argumentação do ministro Gilmar Mendes nesse sentido – para que se leia que o Senado Federal somente dará publicidade à decisão de inconstitucionalidade do STF, em controle difuso, pela edição de uma resolução. Julga procedente a ação.

MS 26.602/DF
Rel. ministro Eros Grau
Impetrante: Partido Popular Socialista – PPS
Impetrados: Presidente da Câmara dos Deputados; PMDB; PR; PSC; Homero Alves Pereira; Colbert Martins da Silva Filho; Aírton Bernardo Roveda; Maria Lucenira Ferreira Oliveira Pimentel; Paulo Piau Nogueira; Neilton Mulin da Costa; Raimundo Veloso Silva; e Carlos Roberto Massa Júnior
Julgamento: 04/10/2007 – Publicação DJE em 17/10/2008

MS 26.603/DF
Rel. ministro Celso de Mello
Impetrante: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB
Impetrados: Presidente da Câmara dos Deputados; Átila Freitas Lira; PSB; Djalma Vando Berger; Leonardo Rosário de Alcântara; Antônio Marcello Teixeira Sousa; Vicente Ferreira de Arruda Coelho; Vicente Alves de Oliveira; PR; Armando Abílio Vieira; e PTB
Julgamento: 04/10/2007 – Publicação DJE em 17/10/2008

MS 26.604/DF
Rel. ministra Cármen Lúcia
Impetrante: Democratas
Impetrados: Presidente da Câmara dos Deputados; Raimundo Sabino Castelo Branco Maués; PTB; Nelson Goetten de Lima; Cristiano Matheus da Silva e Sousa; José Alves Rocha; Antônia Magalhães da Cruz; Jusmari Terezinha de Souza Oliveira; Marcelo Guimarães Filho; PR; Laurez da Rocha Moreira; PSB; e PMDB
Julgamento: 04/10/2007 – Publicação DJE em 17/10/2008

Estas ações foram agrupadas, pois abordam o mesmo assunto, possuem a mesma decisão e, portanto, não necessitam de sínteses distintas.

Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados, que deixou de declarar a vacância dos mandatos dos parlamentares que se desfiliaram do partido pelo qual foram eleitos, para posse de seus suplentes, do mesmo partido, conforme parecer proferido pelo Tribunal Superior Eleitoral na Consulta n° 1.398. Discute-se, pois, se há o direito liquido e certo dos partidos políticos manterem o número de cadeiras conquistadas nas eleições proporcionais, no caso de um de seus ocupantes trocar de legenda, ou seja, se há ou não no ordenamento jurídico brasileiro a "fidelidade partidária".

O STF, por maioria de votos denegou a ordem, vencidos os ministros Marco Aurélio e Carlos Britto que a concediam. O ministro Eros Grau não conheceu o mandado de segurança por inexistência de

direito liquido e certo do impetrante. No entanto, a decisão proferida pelo tribunal não se limitou à denegação da ordem, uma vez que reconheceu a existência da "fidelidade partidária" e definiu como marco temporal para sua aplicação efetiva pelo Estado a data de 27/03/2007, quando publicado a resposta do TSE à Consulta n° 1.398.

Voto ministro Eros Grau.

O ministro não admite a ação por ausência de direito liquido e certo à legitimá-la, entende que só se poderia cogitar da existência da "fidelidade partidária" no ordenamento jurídico brasileiro se fosse operada a mutação constitucional para admitir nova hipótese de perda de mandato no rol do art. 55, CF.

No entanto, alega que tal mutação seria inviável, pois seu resultado não seria adequado à tradição ou contexto da própria constituição, ou seja, alega a inviabilidade da mutação constitucional porque seu resultado seria incoerente com o restante da Constituição.

Voto ministro Gilmar Mendes.

O extenso voto do ministro Gilmar Mendes traça o seguinte percurso. Primeiro, analisa a evolução do assunto na jurisprudência do próprio STF, ou seja, o ministro traz a decisão proferida no MS 20.927, pela qual o tribunal negou a existência da fidelidade partidária na ordem constitucional brasileira. Então, analisa as decisões proferidas nas ADIs n° 1.351 a 1.354, que discutiam a constitucionalidade das "cláusulas de barreira", quando o próprio ministro Gilmar Mendes fez menção expressa à necessidade de que fosse revista a posição da corte quanto à fidelidade partidária. Para finalizar esta análise, o ministro ainda qualifica como interpretação evolutiva a dada pelo TSE sobre o tema e reitera a necessidade de revisão da jurisprudência neste sentido.

Prosseguindo em sua análise, o ministro aborda questões como a função dos partidos políticos na democracia e a forma de eleição proporcional existente no Brasil para os cargos legislativos, esta que não é adotada em nenhum outro país. Em resumo, divide-se o número de votos válidos pelo número de cadeiras vagas na casa legislativa, obtendo-se o *quociente eleitoral*, que representará o número de votos necessários para o preenchimento de cada vaga. O partido, então, calcula seu *quociente partidário*, descobrindo quantas vagas obteve e as distribui aos seus candidatos.

Parte-se para a argumentação sobre a relevância da "fidelidade partidária" no modelo proporcional adotado, principalmente por conta da necessária vinculação a partido político para que o indivíduo seja elegível e pela constatação de que candidatos raramente são eleitos apenas pelos votos nominais em seu favor, dependendo, na maioria dos casos, dos votos dados à legenda que representam. Portanto, não seria legítimo que o candidato após eleito por determinada legenda a trocasse.

Nesse sentido, ainda cogita o ministro de um direito fundamental dos partidos à vaga conquistada nas eleições, uma vez que este direito estaria no rol de direitos políticos e que a Constituição prega a pluralidade partidária e o reconhecimento da oposição, principalmente na defesa dos direitos das minorias.

Diante de tais motivos, alega o ministro Gilmar Mendes o dever de reconhecimento da "fidelidade partidária" no ordenamento jurídico brasileiro, o que invalidaria as mudanças de partido protagonizadas no Poder Legislativo. No entanto, por razões de segurança jurídica, propõe a modulação dos efeitos da decisão do tribunal, para que seja considerada a data em que proferido o parecer do TSE como marco inicial da "fidelidade partidária", o que faz sob argumentos de que, casos como tais, em que se altera a jurisprudência da corte, seriam típicos de mutação constitucional e diante da quebra da tradição de longa data do tribunal, melhor seria a modulação dos efeitos da decisão.

Para finalizar, ainda atribui ao TSE o ônus de editar resolução para regulamentar a situação e os procedimentos a serem adotados nestes casos.

Rcl 7.336/SP
Rel. ministro Carlos Britto
Reclamante: Hélio Pereira Pantaleão e outros
Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Mandado de Segurança n° 150.592-0/0-00)
Julgamento: 16/12/2008 – Publicação DJE em 02/02/2009

Trata-se de reclamação proposta contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em Mandado de Segurança, que não equiparou os salários dos delegados de polícia, que já estavam no cargo antes de promulgada a EC n° 19/98, aos dos procuradores de estado. Alegam os reclamantes que tal decisão seria contrária ao posicionamento do STF, principalmente nas ADIs 761/RS, 138/RJ, 171/MG e 465/PB, bem como teriam o direito adquirido à equiparação salarial com os procuradores de estado.

A ação teve seu seguimento negado monocraticamente pelo ministro Carlos Britto por entender não existir qualquer confronto entre a decisão proferida pelo TJ/SP e a jurisprudência do STF, pois as decisões apresentadas como legitimadoras da tese dos reclamantes não abordavam a tese em si, mas analisavam a questão sob o prisma do texto constitucional anterior à EC n° 19/98, o que inviabilizou o cabimento da reclamação.

Em sua fundamentação, o ministro ainda afirma que a mutação constitucional protagonizada pela EC nº 19/98, alteração formal do texto do art. 241, entre outros, teria alterado a moldura normativa constitucional, não mais se podendo cogitar de isonomia entre procuradores de estado e delegados de polícia. A questão, portanto, seria saber se os delegados investidos no cargo em momento anterior à promulgação da emenda teriam direito adquirido perpétuo à equiparação salarial com os procuradores de estado, questão esta não discutida em nenhuma decisão do STF.

QO HC 86.009-5/DF
Rel. ministro Carlos Britto
Paciente: José Augusto Isídio Campos
Impetrante: José Augusto Isídio Campos
Coator: 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal
Julgamento: 29/08/2006

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado contra ato de turma recursal de Juizado Especial. Em 29/06/2005, o ministro Carlos Britto havia votado pela denegação da ordem, tendo sido o julgamento suspenso pelo pedido de vista do ministro Cezar Peluso.

O STF, no entanto, em decisão plenária alterou sua posição anterior e decidiu ser de competência dos Tribunais de Justiça estaduais o julgamento dos *habeas corpus* contra ato de turmas recursais dos Juizados Especiais. Sendo assim, o ministro Peluso devolveu os autos ao ministro Carlos Britto, que propôs a questão de ordem para solucionar o caso, uma vez que o julgamento já havia iniciado e o tribunal não mais o entendia de sua competência.

Em seu voto, acompanhado pelos demais ministros, propõe seja observado os precedentes decorrentes das questões levantadas após a promulgação da EC nº 22/99 – que alterou para o STJ a competência para julgamento de HC contra ato de Tribunal de Justiça. Naqueles casos, se determinou que todos os *habeas corpus* em trâmite perante o STF seriam remetidos ao STJ, invalidando-se os votos já proferidos.

Para resolver a questão de ordem, o ministro alega que mesmo se tratando de mutação constitucional (nova interpretação conferida ao texto constitucional e não alteração do texto constitucional) dever-se-ia seguir tal precedente, por se tratar de competência absoluta dos TJs. O processo, portanto, foi remetido ao TJ/DF para julgamento.

<u>HC 94.695-0/RS</u>
Rel. ministro Celso de Mello
Paciente: Angelica Nicola
Impetrante: Paulo Cesar Guillet Stenstrasser
Coator: TST
Julgamento: 23/09/2008

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado contra decisão do TST, que indeferiu pedido de liminar em *habeas corpus* impetrado após denegação de outro HC perante o TRT da 4ª região, em decorrência da expedição de mandado de prisão em face da paciente que, depositária judicial em reclamação trabalhista, não devolveu os bens penhorados e com ela depositados.

Sustenta-se a inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel e que os bens depositados teriam sido furtados. Foi concedida medida cautelar para suspensão da ordem de prisão.

O voto do ministro, acompanhado pelos demais, após afastar a incidência da Súmula 691/STF, pela relevância do tema e a contrariedade à Constituição e diretriz jurisprudencial do STF, trabalha com dois argumentos: o primeiro refere-se a não subsistência da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro, por ter sido afastada pelo Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, §7º) e pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 11). Nesse aspecto aborda, pontos como a crescente internacionalização dos direitos humanos. Assim, sob a premissa de que o art. 5º, LXVII, CF, apenas abre a possibilidade de instituição da prisão por infidelidade depositária, alega não ser mais possível tal determinação, pois os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil antes da EC n° 45/04, teriam eficácia constitucional, mesmo que apenas materialmente, inviabilizando a exceção inicialmente possibilitada pela Constituição.

Do outro lado, sustenta ainda o ministro a ocorrência da mutação constitucional, segundo a qual a Constituição deve ser interpretada a fim de que se cumpram com as novas exigências decorrentes das transformações sociais, econômicas e políticas vivenciadas pela sociedade, não mais se aceitando a prisão civil por dívida, salvo nos casos de dívida alimentícia.

Julgou-se procedente o HC.

<u>HC 90.450-5/MG</u>
Rel. ministro Celso de Mello
Paciente: Demétrios Nicolaos Nikolaidis
Impetrante: Demétrios Nicolaos Nikolaidis
Coator: Presidente do STJ
Julgamento: 23/09/2008

Trata-se de *Habeas Corpus* preventivo impetrado contra decisão do então presidente do STJ, que indeferiu pedido de liminar em *habeas corpus* impetrado após denegação de outro HC perante o TJ/MG, em decorrência da expedição de mandado de prisão em face do paciente que, depositário judicial em execução fiscal, não devolveu os bens penhorados e com ele depositados.

Sustenta-se a inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, após a celebração do Pacto de São José da Costa Rica e que os bens depositados teriam desaparecido, não tendo o paciente como arcar com o valor devido. Foi concedida medida cautelar para suspensão da ordem de prisão.

O voto do ministro, acompanhado pelos demais, trabalha com dois argumentos: o primeiro refere-se a não subsistência da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro, por ter sido afastada pelo Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, §7º) e pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 11). Nesse aspecto aborda, pontos como a crescente internacionalização dos direitos humanos. Assim, sob a premissa de que o art. 5º, LXVII, CF, apenas abre a possibilidade de instituição da prisão por infidelidade depositária, alega não ser mais possível tal determinação, pois os tratados internacionais ratificados pelo Brasil antes da EC nº 45/04, teriam eficácia constitucional, mesmo que apenas materialmente, inviabilizando a exceção inicialmente possibilita pela Constituição.

Do outro lado, sustenta ainda o ministro a ocorrência da mutação constitucional, segundo a qual a Constituição deve ser interpretada a fim de que se cumpram com as novas exigências decorrentes das transformações sociais, econômicas e políticas vivenciadas pela sociedade, não mais se aceitando a prisão civil por dívida, salvo nos casos de dívida alimentícia.

Julgou-se procedente o HC.

<u>HC 98.893 MC/SP</u>
Rel. ministro Celso de Mello
Paciente: Haruo Hoshino
Impetrante: Luiz Antônio de Almeida Alvarenga e outros
Coator: Ministro Relator do HC n° 108.025, do Superior Tribunal de Justiça
Julgamento: 09/06/2009 – Publicação no DJE em 15/06/2009

Trata-se de *habeas corpus,* com pedido de medida liminar, impetrado em face de decisão do STJ que negou seguimento a HC (n° 108.025) impetrado perante aquela corte, mantendo, assim, a decisão denegatória proferida pelo TJ/SP, isto é, confirmou-se a decretação de prisão civil por infidelidade depositária do paciente.

Ao decidir, o ministro Celso de Mello apresenta como precedentes as decisões proferidas nos julgamentos do RE 349.703/RS, do RE 466.343/SP, do HC 87.585/TO e do HC 92.566/SP, pelos quais o tribunal firmou posição da inexistência da prisão civil por infidelidade depositária no ordenamento jurídico brasileiro.

Prossegue mencionando a relevância, para a matéria, do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) e do Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos.

Ressalta ainda a revogação expressa pelo STF da Súmula 619, no julgamento do HC 92.566/SP.

Cita precedente de sua autoria (HC 90.450/MG), no qual, além destes argumentos de direitos humanos internacionais, trabalha com a mutação constitucional, ou seja, com a adequação da interpretação da norma à realidade, o que afastaria a possibilidade aberta pela Constituição da prisão civil por infidelidade depositária.

Por fim, após fazer referência à ampla doutrina sobre o assunto, concede a medida liminar no *habeas corpus*, para suspender a ordem de prisão.

<u>EDIV RE 166.791-5/DF</u>
Rel. ministro Gilmar Mendes
Embargante: Mario Mota Rodrigues
Embargado: União Federal
Julgamento: 20/09/2007

Trata-se de embargos de divergência opostos em face de decisão do STF que deu provimento ao recurso extraordinário interposto pela União contra decisão anterior proferida pelo STJ, que havia acolhido pedido formulado por militar anistiado (ora embargante), em mandado de segurança, para que, nos termos do art. 8º do ADCT, fosse promovido a coronel, considerado o decurso de prazo suficiente para tanto.

Em seu voto, acompanhado por todos os demais ministros da corte, o ministro Gilmar Mendes pretende seguir posicionamento inaugurado pelo ministro Carlos Velloso no RE 165.438/DF, segundo o qual o art. 8º do ADCT exigiria para a concessão das promoções aos militares anistiados apenas a observância dos prazos de permanência em atividade e dos requisitos de idade disciplinados em lei. Não se cogitaria, portanto, os critérios de merecimento para a promoção dos militares anistiados, pois este seria parcial e decorrente dos atos de exceção do regime militar.

Destaca o ministro que naquele julgamento o ministro Carlos Britto afirmou que a anistia seria caso típico de pedido de desculpas pelas injustiças praticadas contra os excluídos e apresenta sua posição segundo a qual o seu caráter indenizatório deve restituir, tanto quanto possível, a posição do militar anistiado. Por isso, seria razoável que os critérios de promoção de militares anistiados se fixassem somente naqueles referentes ao decurso de tempo.

Partindo deste ponto de vista, propõe a mudança de posição do tribunal fundada no que chama de evolução jurisprudencial que, por sua vez, seria baseada na mutação constitucional.

ED EDIV RE 174.161-9/DF
Rel. ministro Gilmar Mendes
Embargante: José Carlos de Jesus
Embargado: União Federal
Julgamento: 20/09/2007

Trata-se de embargos de declaração opostos em face da decisão proferida em embargos de divergência contra decisão do STF que deu provimento ao recurso extraordinário interposto pela União, reformando decisão do STJ que havia acolhido parcialmente pedido formulado por militar anistiado (ora embargante), em mandado de segurança, para que, nos termos do art. 8º do ADCT, fosse promovido, pois os seus contemporâneos na Força Armada ocupam, hoje, cargo mais elevado.

Em seu voto, após receber o recurso como agravo regimental, o ministro Gilmar Mendes pretende seguir posicionamento inaugurado pelo ministro Carlos Velloso, no RE 165.438/DF, segundo o qual o art. 8º do ADCT exigiria para a concessão das promoções aos militares anistiados apenas a observância dos prazos de permanência em atividade e dos requisitos de idade apresentados em lei. Não se cogitaria, portanto, os critérios de merecimento para a promoção dos militares anistiados, pois este seria parcial e decorrente dos atos de exceção do regime militar.

Destaca o ministro que naquele julgamento o ministro Carlos Britto afirmou que a anistia seria caso típico de pedido de desculpas pelas injustiças praticadas contra os excluídos e apresenta sua posição, segundo a qual seu caráter indenizatório deve restituir, tanto quanto possível, a posição do militar anistiado. Por isso, seria razoável que os critérios de promoção de militares anistiados se fixassem somente naqueles referentes ao decurso de tempo.

Partindo desse ponto de vista, propõe a mudança de posição do tribunal, fundada no que chama de evolução jurisprudencial que, por sua vez, seria baseada na mutação constitucional.

AGR RE 450.504-5/MG
Rel. ministro Carlos Britto
Agravante: Moacir Geraldo Russi
Agravada: Usina Açucareira Passos S/A
Julgamento: 21/11/2006

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática em que o ministro Carlos Britto resolveu conflito de competência entre Justiça Comum e do Trabalho - para julgar pedido de indenização por danos decorrentes de acidente do trabalho. Na decisão agravada, alega o ministro ser competente para tanto a Justiça do Trabalho. O agravante, no entanto, sustenta ser competente a Justiça Comum, seja pelos artigos 109, I, c/c 114 ambos da CF ou pela propositura da ação anteriormente à promulgação da EC n° 45/04.

Mantém o ministro sua decisão anterior, por considerá-la totalmente condizente com a decisão proferida pelo tribunal no julgamento do Conflito de Competência n° 7.204, pelo qual o STF reconheceu ser da competência da Justiça do Trabalho todas as causas que envolvam pedidos de indenização decorrentes de acidente de trabalho. Seria essa a regra de competência desde a redação originária da Constituição. Todavia, em função do receio de causar

transtornos processuais em razão da alteração jurisprudencial implicada pela decisão, o Supremo decidiu imputar à EC n° 45/04 um condicionante temporal para o cumprimento desta nova interpretação.

O ministro ressalta que a inovação jurisprudencial não foi fruto das inovações trazidas pela EC n° 45/04, mas resultado de uma mutação constitucional, que define como a nova interpretação que o tribunal passou a extrair da redação originária dos artigos 109, I, c/c 114 da Constituição.

Assim, o marco inicial escolhido iria permitir que se prorrogasse a competência da Justiça comum estadual quando já houvesse sentença de mérito anterior à EC 45, situação diversa daquela apresentada pelo agravante. Por fim, nega provimento ao agravo regimental.

ADI 3.838 MC/SP
Rel. ministro Carlos Britto
Requerente: Governador do Estado do Espírito Santo
Requerente: Governador do Estado do Mato Grosso
Requerido: Conselho Nacional do Ministério Público
Julgamento: 29/12/2006 – Publicação no DJE em 01/02/2007

Trata-se de ADI, com pedido de medida liminar, proposta em face de dispositivos da Resolução 5/96 do Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da qual impede que membros do MP exerçam outro cargo ou função pública, com única exceção ao magistério.

Alega-se a inconstitucionalidade formal dos dispositivos atacados, por invasão de competência reservada ao Poder Legislativo, que será exercida pela edição de Lei Complementar. Requer ainda interpretação sistemática do dispositivo para que se permita aos membros do MP exercerem função ou cargo público compatível com suas atividades típicas.

Por fim, pede seja interpretada a Constituição de modo diverso ao que esta foi interpretada nos precedentes do próprio STF, chamando tal modificação de mutação constitucional.

Em sua decisão, o ministro Gilmar Mendes (então vice-presidente do tribunal) apresenta precedentes do STF no sentido afirmativo da impossibilidade de exercício de outra função ou cargo público pelos membros do MP, o que põe por terra as afirmações dos requerentes de que a questão não havia sido bem analisada pelo Supremo.

Apresenta o ministro, então, argumentos no sentido do pacífico entendimento do tribunal sobre o tema, da não inovação da Resolução 5/96 e da desnecessidade de atualização do instituto.

A partir de então, ataca a alegação de mutação constitucional, por parte dos requerentes, alegando que os precedentes apontados são todos recentes e o quadro fático destes é igual ao do presente caso, assim, não tem fundamento a alegada mutação constitucional.

Diante disso, nega a medida cautelar.

ADPF 46/DF
Rel. ministro Marco Aurélio
Argüente: Associação Brasileira das Empresas de Distribuição-ABRAED
Julgamento: 05/08/2009 – Publicação DJE em 20/08/2009

Trata-se de ADPF proposta pela ABRAED questionando a recepção pela Constituição da Lei n° 6.538/78, a qual determina o monopólio de entrega de correspondências pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, especialmente em seu art. 11. Pleiteia ainda a declaração de violação aos preceitos fundamentais da livre iniciativa, livre concorrência e livre exercício de qualquer profissão, pelas atitudes da ECT cerceando as atividades das empresas privadas de distribuição, bem como pelas decisões judiciais que ora confirmam, ora negam a persistência do monopólio até os dias atuais. Por fim, ainda pleiteia seja definido o termo "carta" pelo tribunal.

Em seu voto-vencido o ministro Marco Aurélio parte da premissa de que interpretar é adequar o conteúdo das palavras para que não se negue o passado, mas se garanta o futuro. Diante disso, traz a idéia de mutação constitucional, como apta ao condicionamento das normas constitucionais à realidade contemporânea. Assim, questiona se a acepção do termo "manter" constante do art. 21, X, CF seria a mesma desde sua primeira inserção na Constituição, em 1934. Para tanto, trabalha com breve histórico sobre a intervenção do Estado na economia, essencialmente no que diz respeito à revisão do papel do Estado protagonizada desde a década de 1990. Então, o ministro lança críticas às empresas estatais, aos encargos que geram ao Estado, ao fenômeno do *spoil system*, dentre outros argumentos que atacam diretamente a atuação do Estado diretamente na economia.

Ainda sustenta a condição de atividade econômica do serviço postal e que para o alcance do interesse público melhor seria que fosse prestado sob regime de livre concorrência. Neste sentido, classifica a hodierna acepção do verbo "manter" como caracterizador da função subsidiária da atuação estatal no setor postal, que deve procurar atingir as metas de universalização da prestação dos serviços públicos, mencionando ainda o exemplo do FUST (Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicação) como solução ao custeio de tais serviços.

Com tais argumentos o ministro Marco Aurélio dá integral provimento à ação.

Voto condutor, ministro Eros Grau.

O voto do ministro Marco Aurélio foi o único proferido pela total procedência da ação. Por maioria de votos, decidiu-se pela improcedência dos pedidos formulados pela ABRAED, sendo o voto do ministro Eros Grau o condutor de tal posição. Por este motivo, foi ele designado como redator para o acórdão, ainda não publicado.

A premissa inicial do ministro Eros Grau é totalmente oposta à adotada pelo ministro Marco Aurélio. Partindo da distinção que faz entre as atividades econômicas - atividades econômicas em sentido estrito e os serviços públicos - classifica o serviço postal como serviço público.

Diante disso, faz a ressalva de que não se pode falar em monopólio da ECT, mas privilégio adquirido pela prestação do serviço público e que, portanto, não há que se falar em qualquer violação a preceito fundamental, pois a concessão de privilégios é inerente à prestação de serviços públicos, sendo ainda, em regra, sempre concedida a exclusividade na prestação dos serviços.

Terceira corrente.

Os ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski ainda sustentaram uma terceira decisão, pela qual se julgava parcialmente procedente a ação, deixando-se sob o monopólio dos Correios a prestação dos serviços de entrega de cartas, de correspondência agrupada e de emissão de selos, mas abrindo-se ao livre mercado a exploração da atividade de entrega de encomendas, jornais, revistas e demais periódicos, entrega de contas, cartões, cheques etc.