



**RODRIGO SARMENTO BARATA**

**A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E O STF:  
Sua utilização e algumas perspectivas**

**Monografia apresentada à Escola de  
Formação da Sociedade Brasileira  
de Direito Público – SBDP, sob  
orientação da Professora Paula  
Gorzoni.**

**SÃO PAULO  
2009**

## **AGRADECIMENTOS**

Chego à melhor parte desta pesquisa, pois se posso redigir este “muito obrigado” é porque já estou com a sensação de dever cumprido, trabalho finalizado, objetivo alcançado. Ainda não me havia imaginado nesta situação.

Mas se posso redigir este breve texto, é porque além de finalizado o trabalho, tive quem me ajudou, quem me auxiliou das mais diversas formas, desde um simples incentivo à inscrição no processo seletivo da Escola de Formação de 2009, até o esclarecimento de dúvidas específicas sobre temas abordados na monografia. O apoio é de fundamental importância para qualquer que seja a situação que se possa imaginar, não somente pelo auxílio no sucesso do trabalho, mas principalmente pela sensação e gratificação sentida após receber uma ajuda, um incentivo ou uma crítica bem fundamentada.

Não pretendo citar todos os nomes, inclusive para que não esqueça nenhum, mas desde já que recebam este “muito obrigado”.

No entanto, alguns merecem certo destaque, pela participação direta neste ano de estudos. Primeiro, tenho de agradecer a quem muito bem me auxiliou e orientou na elaboração desta monografia, sempre disposta a esclarecer dúvidas e corrigir todo e qualquer defeito no texto. À Paula Gorzoni, não poderia deixar de agradecer expressamente. Com ela, recebam os agradecimentos todos os professores da Escola de Formação, tanto do primeiro como do segundo semestre deste ano.

Mas há um grupo especial de pessoas que também merecem um agradecimento especial, não apenas pelo auxílio direto na monografia, mas pelo convívio neste ano, tanto no ambiente de estudos como fora dele, o que se mostra ainda mais importante, pelo cultivo de novas e queridas amizades. A todos da Escola de Formação 2009, muito obrigado pela contribuição com os estudos e pelas risadas, e que todos se sintam cercados pelo meu abraço.

## SUMÁRIO

### PARTE I

|  |           |
|--|-----------|
| <b>I. APRESENTAÇÃO – A CONSTRUÇÃO DE UM PROBLEMA.....</b>  | <b>5</b>  |
| <b>II. HISTÓRICO DA PESQUISA.....</b>  | <b>9</b>  |
| <b>III. ESCOLHAS METODOLÓGICAS.....</b>  | <b>10</b> |
| III.1. Abordagem metodológica.....   | 10        |
| III.2. Procedimento de pesquisa.....   | 13        |
| <b>IV. O TEMPO E O DIREITO.....</b>  | <b>15</b> |
| <b>V. A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA TEORIA.....</b>  | <b>20</b> |
| V.1. " <i>Normas constitucionais inconstitucionais?</i> ".....   | 23        |
| V.2. Na teoria.....  | 24        |
| V.2.1. No Brasil.....  | 29        |
| <b>VI. A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA PRÁTICA BRASILEIRA.....</b>   | <b>33</b> |
| VI.1. Mutação constitucional como mudança de interpretação da<br>Constituição Federal.....   | 34        |
| VI.2. Mutação constitucional como referência à alteração formal da<br>Constituição.....  | 36        |
| VI.3. A adotada utilização da mutação constitucional.....  | 38        |
| VI.3.1. Reclamação nº 4.335-5/AC.....  | 38        |
| VI.3.2. Decisões sobre a prisão civil do depositário infiel (HC<br>nº 90.450/MG; HC nº 94.695/RS; HC nº 98.893 MC/SP; HC 96.772/SP)..... | 43        |
| VI.3.3. ADPF 46.....   | 45        |
| VI.4. Negações à mutação constitucional.....   | 48        |
| VI.5. Exceções.....  | 51        |
| VI.6. Conclusões parciais.....   | 52        |

### PARTE II

|   |           |
|---|-----------|
| <b>VII. ESCLARECIMENTOS.....</b>                        | <b>55</b> |
| VII.1. Procedimento de pesquisa.....                    | 58        |
| <b>VIII. A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E O ESTADO.....</b>   | <b>60</b> |
| VIII.1. A tripartição de poderes brasileira.....        | 61        |
| VIII.2. O ativismo judicial.....                        | 63        |
| VIII.3. O Estado e a Rcl 4.335-5/AC.....                | 64        |
| VIII.4. As medidas provisórias e o MS nº 27.931/DF..... | 65        |

|   |           |
|---|-----------|
| <b>IX. A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b> | <b>68</b> |
| IX.1. Os casos do depositário infiel.....                           | 70        |
| IX.2. A união homoafetiva (ADPF 132 e ADI 4277/DF).....             | 71        |
| <b>X. A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A ECONOMIA.....</b>                | <b>75</b> |
| X.1. A atividade econômica e o serviço postal (ADPF 46).....        | 77        |
| X.2. A Lei Geral de Telecomunicações (ADI 1668/DF).....             | 79        |
| <b>XI. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>                                | <b>83</b> |
| <b>XII. BIBLIOGRAFIA.....</b>                                       | <b>85</b> |
| <b>XIII. APÊNDICES.....</b>   | <b>88</b> |

## I. APRESENTAÇÃO – A CONSTRUÇÃO DE UM PROBLEMA.

“25 anos da lei fundamental <da constituição alemã – texto escrito em 1974> permitiram grande destaque aos pensamentos teórico-constitucionais acerca do tempo. O direito constitucional já vive, *prima facie*, uma específica problemática temporal. De um lado lhe são conferidas dificuldades em sua capacidade de modificação, duração e continuidade, confiabilidade e segurança; do outro o tempo invade neste momento e, por isso, especificamente, o direito constitucional, que assim precisa agir: de forma flexível, com uma interpretação aberta da constituição, em seu processo de alteração ou na exigência de total ou parcial revisão constitucional. **A continuidade da constituição só é possível quando o passado e o futuro nela se juntam**”.<sup>1 2</sup> (tradução livre do autor – grifei)”.<sup>1 2</sup>

Com estas palavras de Peter Häberle é que se pretende iniciar a explanação do estudo que se realizará sobre a utilização da mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse estudo pretende-se identificar a forma e motivos para a utilização deste instituto, sua evolução na jurisprudência do tribunal, bem como apresentar algumas possíveis perspectivas (ou prognósticos) para novas aplicações da mutação constitucional no direito brasileiro.

O tema, portanto, tem sua essência no tempo e nas transformações que dele decorrem, nas mudanças de pressupostos advindas da evolução e/ou do simples transcurso do tempo, razão pela qual serão brevemente apresentados no decorrer do estudo alguns apontamentos sobre o tema “o tempo e o direito”<sup>3</sup> antes do aprofundamento no campo específico da mutação constitucional.

---

<sup>1</sup> Peter Häberle, „Zeit und Verfassung“, in Verfassungs als öffentlich Prozeß, 3. Aufl., Berlin: Drucker & Humblot, pp. 61-62.

<sup>2</sup> “25 Jahre Grundgesetz lassen verfassungstheoretische Überlegungen zur ‘Zeit’ dringlich erscheinen. Das Verfassungsrecht lebt schon *prima facie* in einer spezifischen Zeitproblematik. Einerseits verleiht ihm die erschwerte Abänderbarkeit Dauer und Kontinuität, Verlässlichkeit und Sicherheit; andererseits dringt die Zeit eben deshalb spezifisch in das Verfassungsrecht ein, ja sie muß es tun: in Gestalt flexibler, offener Verfassungsinterpretation, im verfahren der Verfassungsänderung oder der Forderung nach Total- oder Partialrevision. Kontinuität der Verfassung ist nur möglich, wenn Vergangenheit und Zukunft in ihr verbunden werden”.

<sup>3</sup> Ver capítulo IV.

O tempo possui inegável importância para a sociedade e para o direito. O tempo transforma, institui<sup>4</sup> e altera o direito, ou, pelo menos, a visão ou interpretação que se faz sobre ele.

As alterações ocorridas na sociedade e em cada indivíduo com o decorrer do tempo e a constante evolução tecnológica, científica, intelectual, por exemplo, refletem diretamente na visão sobre o direito, haja vista ser este, entre outras acepções, um *conjunto de normas voltadas à disciplina da vida em sociedade*.

No entanto, essa incessante mudança se contrapõe a uma das mais exaltadas características do direito: a estabilidade ou rigidez<sup>5</sup>. Questiona-se, então, como aceitar a mudança do direito (como conjunto de normas e princípios) sem a efetiva mudança do direito (da lei específica que regula a situação alterada)? Como aceitar a existência do que Paulo Bonavides chama de *força normativa da realidade e do meio social*<sup>6</sup>?

Temos um primeiro problema a ser solucionado: como compatibilizar a constante mudança na sociedade, e em tudo que a ela corresponde, com a imagem e tendência estáticas e rígidas do direito?

A mutação constitucional surge exatamente para isto, suprir a vala existente entre o *dever-ser* constitucional e o *ser* real, uma vez que o primeiro nunca se concretiza na exata medida do segundo, por tomar a realidade rumos que não correspondem à imagem racional que dispunha o legislador à época de sua legislatura<sup>7</sup>.

É nesse contexto que se abrirá o caminho para a análise e justificação da mutação constitucional, que será também analisada na teoria<sup>8</sup> e, principalmente, na prática constitucional brasileira<sup>9</sup>. Nesse sentido, o estudo específico da

---

<sup>4</sup> François Ost, *O tempo do direito*, trad. Élcio Fernandes, Bauru: EDUSC, 2005, p. 14.

<sup>5</sup> O que se pretende dizer com *estabilidade* ou *rigidez* do direito é o fato de ser este um conjunto de normas que, em regra, só se alteram por novas normas, trazendo ainda a idéia de segurança, isto é, a garantia de que o direito será aplicado na exata medida em que previsto pela lei (*lato senso*).

<sup>6</sup> Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 186. Segundo o autor, a realidade, o meio social, enfim, a *facticidade*, transforma e rejuvenesce as constituições. Ou seja, não se pode aceitar uma visão apenas do texto da constituição para identificá-la e estudá-la, bem como não se pode distinguir totalmente a constituição formal, escrita e a constituição real, fática. Ambas devem viver em harmonia para que permaneçam válidas e cumpram seu papel na sociedade.

<sup>7</sup> Georg Jellinek, *Reforma Y Mutacion de la Constitucion*, trad. Christian Förster e Pablo Lucas Verdú, Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1991, p. 6.

<sup>8</sup> Vide capítulo V.

<sup>9</sup> Vide capítulo VI.

utilização da mutação constitucional pelo STF, teve como foco o conceito e forma empregados pelos Ministros ao instituto.

Novas perguntas se apresentam com esse estudo específico, norteando a pesquisa: como utilizar a *força normativa da realidade* para justificar mudanças no âmbito jurídico? O STF já sabe lidar com esta situação? Os ministros aceitam a idéia de *força normativa da realidade*? Utilizam a mutação constitucional como forma de conferir efeitos a esta força social? Ao aplicar a mutação constitucional, fazem com base em que? Há uniformidade na utilização do instituto da mutação constitucional? Há como classificar as formas de aparição da mutação constitucional? No decorrer do tempo o tribunal mudou, ou ainda muda, sua concepção acerca do tema?

Por fim, o que se denomina *parte II* da pesquisa, consistirá na demonstração da propensão que certos assuntos, previstos na Constituição Federal, possuem à alteração de seus contextos fáticos, ou revisão de sua inicial previsão. Com isso, há maior tendência à utilização do instituto em dispositivos ou questões constitucionais que os envolvam. Desse modo, surge outro problema: onde e como ocorre a mutação constitucional? Podemos prevê-la?

Sendo assim, pretende-se definir três campos diversos nos quais há possibilidade ou até mesmo uma tendência à aplicação da mutação constitucional pelos Ministros do STF<sup>10</sup>: (i) a organização e funcionamento do Estado; (ii) os direitos fundamentais; e (iii) a economia, campos estes em que também haveria maior, ou mais evidente, mutação do contexto fático na atualidade<sup>11</sup>.

Pretendeu-se, transplantar os dados meramente expositivos inicialmente colhidos, para uma tentativa de previsão ou de identificação de tendências a futuros julgamentos do Supremo Tribunal Federal e, ainda, para a identificação do novo desenho da Constituição Federal<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Quando se diz correta ou adequada utilização do instituto, como será posteriormente melhor esclarecido, não se pretende dizer que a mutação efetivamente ocorreu e, menos ainda, que tenha sido fundamento principal (*ratio decidendi*) ou subsidiário (*obiter dictum*) das decisões. A correta utilização da mutação constitucional implica tão somente a devida aplicação do instituto, como uma subsunção da situação envolvida ao aparato da mutação constitucional, na forma adotada por este estudo.

<sup>11</sup> A indicação das possíveis utilizações da mutação constitucional, portanto, foi realizada com base nos argumentos já utilizados pelos Ministros do STF em julgamentos anteriores, assim como nas condições e evidências de fato que auxiliam em uma tentativa de previsão dos julgamentos.

<sup>12</sup> Desde já, pretende-se deixar claro que as perspectivas apontadas são meros prognósticos oriundos de desenvolvimento lógico da pesquisa realizada, não se podendo afirmar como certezas, mas apenas tendências ou possibilidades.

As perguntas formuladas representam balizas e indagações para a apresentação do tema e do objeto a serem estudados. O que se procurará mostrar a seguir é a pesquisa sobre a forma de utilização da mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, tentando-se, ao final, aplicar tal fórmula de utilização em casos ainda não julgados pelo referido tribunal.



## II. HISTÓRICO DA PESQUISA

Apresentado o problema com o qual se pretende trabalhar, passa-se a uma sintética exposição do percurso desta pesquisa, deixando em evidência as premissas para a construção e tentativa de solução do problema apresentado.

O objetivo inicial da pesquisa, baseado nos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau no julgamento ainda não finalizado da Rcl. 4.335-5/AC<sup>13</sup>, era analisar especificamente a possibilidade de um “controle de constitucionalidade”<sup>14</sup> das normas constitucionais originárias, via mutação constitucional. Entretanto, tendo em vista a impossibilidade de se realizar efetiva análise jurisprudencial sobre o assunto (principalmente pelo escasso material), aumentou-se o âmbito da pesquisa.

A partir de então, decidiu-se realizar pesquisa integral sobre a utilização da mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, isso se mostrou de pouca serventia, dada a múltipla acepção que se dá ao instituto estudado.

Por isso, chegou-se ao objeto final do presente estudo, que consiste em pesquisa inicial para examinar a forma como a mutação constitucional é utilizada no STF e, partindo-se das conclusões obtidas, tenta-se projetar futuras aplicações do instituto da mutação constitucional em julgamentos do Supremo.

Ressalta-se apenas que as projeções a serem feitas tratam de mero exercício teórico, baseadas em tendências apresentadas pelos julgamentos do STF. O objetivo de tais perspectivas se restringe tão somente à tentativa de identificar a possibilidade de que, em decorrência de raciocínio lógico e identificação de certos pressupostos coincidentes, seja reconhecida a mutação constitucional em determinados casos, fundamentando-se a decisão a ser proferida.

---

<sup>13</sup> Pelo qual, de uma primeira leitura, se conclui pelo afastamento da vigência do art. 52, X, CF.

<sup>14</sup> Expressão entre aspas, pois se assume o princípio da *unidade da constituição* (Conforme: ADI 815/RS, ADI 2760/DF e ADI 2883/DF, Rel. Min. Moreira Alves, 28/03/1996 e na doutrina: Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 129/140 e Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, 23. ed., São Paulo: Atlas, 2008, pp. 14/16), não existindo normas mais ou menos constitucionais que outras e, diante disso, não se podendo cogitar de normas constitucionais inconstitucionais (com base na obra de Otto Bachof, *Normas constitucionais inconstitucionais*, trad. José Manuel M. Cardoso da Costa, Coimbra: Almedina, 2008).

### III. ESCOLHAS METODOLÓGICAS

Do grande aprendizado que tive no decorrer deste ano na Escola de Formação, uma lição metodológica da professora Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer possui grande importância para este capítulo e, conseqüentemente, para o desenvolvimento da monografia como um todo. Tal lição foi de fundamental relevância para o que será apresentado a seguir. Trata-se do desenho representativo de qualquer pesquisa científica, que pode ser assim reproduzido: ? ↔ !.

O ponto de interrogação corresponde à pergunta ou problema de pesquisa e o de exclamação à resposta encontrada para o problema. Já as setas ligando a pergunta à solução e vice-versa, representam o modo pelo qual se estabeleceram os dois pontos, tanto o problema como a resposta, demonstrando, enfim, a infinidade ou não esgotamento das possibilidades de pesquisa científica.

Assim, a seta que liga a resposta (!) ao problema (?) representa a bibliografia ou a carga bibliográfica do pesquisador, isto é a base literária que o levou à propositura do problema e lhe indicou as primeiras respostas. Do outro lado, a seta oposta, ligando o problema (?) à resposta (!) indica a metodologia de pesquisa, o caminho traçado para a localização da resposta.

E esta última seta que será agora esclarecida. E, para tanto, outra lição metodológica será utilizada, separando-se o presente capítulo entre a *abordagem metodológica* do assunto pesquisado e o *procedimento de pesquisa* utilizado na busca de solução ao problema apresentado.

#### III.1. Abordagem metodológica.

Para a solução dos problemas propostos, dois foram os campos de principal pesquisa no site do STF ([www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)), fonte primária do presente estudo, quais sejam: as decisões em que aplicada expressamente a mutação constitucional e os casos a serem julgados pelo tribunal, em que possivelmente será o instituto aplicado.

Para a primeira abordagem, foram selecionadas, pela ferramenta de pesquisa de jurisprudência da mencionada página eletrônica, todas as decisões

relacionadas em que havia expressa referência à mutação constitucional, publicadas no Diário Oficial de Justiça até 31/08/2009 (data de encerramento da coleta de dados para a pesquisa), 10 (dez) foram os casos encontrados<sup>15</sup>.

A opção pela pesquisa apenas quando expressamente utilizada a mutação constitucional não se deu por simples vontade do pesquisador, mas principalmente por acreditar não ser completamente legítima, além de pouco precisa, a tentativa de seleção de casos em que possa ter ocorrido o fenômeno da mutação constitucional, sem que assim expressamente referido.

Com efeito, a mutação constitucional, quando não expressamente utilizada pode facilmente ser confundida com institutos praticamente a ela opostos, como seria a mudança de orientação do tribunal, a correção de posição anterior ou até mesmo interpretações distintas dadas pelos ministros. Portanto, optou-se pela análise das decisões com expressa menção à mutação constitucional, para que se tivesse certeza da intenção de sua utilização na justificativa da decisão<sup>16</sup>.

A pesquisa, entretanto, ainda foi estendida pelo resultado de solicitação feita por *e-mail* enviado ao STF (resposta recebida em 19/06/2009), tendo sido agregadas ao resultado outras 10 (dez) decisões<sup>17</sup>. Todas elas obedeceram ao mesmo critério acima utilizado: expressa menção à mutação constitucional.

Por último, além destas decisões fruto da pesquisa empírica de jurisprudência, foram também inclusas ao estudo as decisões proferidas no caso dos correios (ADPF 46 – voto do Min. Marco Aurélio) e na Reclamação nº 4.335-5/AC, esta última com julgamento ainda não finalizado, mas como dito acima, com dois votos de especial importância para o estudo da mutação constitucional (votos proferidos pelos Ministros Gilmar Mendes – relator – e Eros Grau).

---

<sup>15</sup> HC 86008 QO/DF; RE 450504 AgR/MG; RE 174161 EDv-ED/DF; RE 166791 EDv/DF; MS 26603/DF; MS 26604/DF; MS 26602/DF; HC 94695/RS; HC 90450/MG; e HC 96772/SP.

<sup>16</sup> Como exemplo de tal imprecisão, podemos destacar um caso apontado pela doutrina (Wellington Márcio Kubliskas, *Emendas e Mutações Constitucionais*, São Paulo: Atlas, 2009, p. 256) como de mutação constitucional: as ADI's 1.704/MT e 3.323/DF, ambas com fundamento no art. 22, XI, CF (competência exclusiva da União para legislar sobre trânsito e transporte). Apontam os teóricos que, ao ampliar o termo *trânsito e transporte*, possibilitando à União legislar sobre *película de filme solar em veículos* ou *vistoria prévia anual para licenciamento*, estar-se-ia diante de mutação da constituição. Tal constatação, no entanto, me parece precipitada ou temerária, haja vista afirmarem os ministros no julgamento de ambas as ações que as matérias (películas protetoras e vistoria) são referentes ao trânsito e nada mais, sem fazer qualquer menção acerca de mudança de contexto fático, de interpretação, etc. Ou seja, para o STF ambas as questões acima referidas são e sempre foram atreladas ao trânsito e, portanto, de competência privativa da União legislar. Não há que se falar em mudança da leitura do texto constitucional.

<sup>17</sup> HC 98893 MC/SP; AI 611841/MG; RE 488165/PR; Rcl 7336/SP; RE 466215/RS; HC 92297/MG; Rcl 3801/GO; ADI 1484/DF; ADI 3929 MC/DF; e ADI 3838 MC/DF.

No outro campo de pesquisa – perspectivas da utilização da mutação constitucional – a abordagem foi diversa. Os casos selecionados, como ainda aguardam julgamento de mérito, não necessitavam de expressa menção à mutação constitucional, mas possíveis indícios de sua futura aplicação.

Não se buscou, portanto, por qualquer menção à mutação constitucional em documentos relacionados aos casos. Também não se tomou como objetivo selecionar casos em que se menciona, ou pleiteia, decisão do STF justificada por suposta mutação constitucional (como nas ADI's 2838/DF e 3239/DF). O âmbito desta segunda pesquisa foi definido tanto pelos casos relacionados na pauta de julgamentos do STF (disponível no site para consulta), como pelos noticiados na mídia (seja a interna do STF ou a mídia em geral) e também por indicações e exemplos fornecidos pela doutrina e, até mesmo, em aulas.

A escolha dos casos a serem tratados como perspectivas da utilização da mutação constitucional são fruto do estudo e das escolhas feitas pelo autor para a presente pesquisa, tendo como critérios para sua seleção a vinculação ao tema analisado (Estado, economia e direitos fundamentais) e a alteração do quadro fático vivenciado anteriormente.

Como já brevemente introduzido, esta pesquisa se dividirá em duas partes conexas: a primeira analisando a mutação constitucional já reconhecida pelo STF e a segunda em que se analisará possíveis casos, nos quais entende o autor cabível o reconhecimento da mutação constitucional. Para que se escolhesse o que se denominou *perspectivas da utilização da mutação constitucional*, no entanto, em vistas à vastidão de possibilidades que se poderia cogitar, optou-se pela identificação de três assuntos – freqüentemente encontrados na pauta de julgamentos do STF – e a escolha de casos ainda não julgados, relacionados um para cada assunto escolhido (Estado, economia e direitos fundamentais).

Assim, será possível verificar caracteres comuns à identificação da mutação constitucional bem como contrapor simples mudanças cotidianas às mudanças de um quadro fático completo, em que se torna inviável a manutenção da norma constitucional como é vista e interpretada aos fatos da vida praticados e aceitos pela sociedade.

Expostos os dois principais âmbitos de pesquisa utilizados no presente estudo – *decisões em que o STF expressamente menciona a mutação constitucional* e *ações propostas perante o STF com possibilidade de decisões*

*fundamentadas pela mutação constitucional* – passa-se a explicação do desenvolvimento da pesquisa.

### **III.2. Procedimento de pesquisa.**

Considerados os dois campos de pesquisa acima apresentados, também era de se presumir pela distinção entre o procedimento aplicado a cada uma das pesquisas. Diante disso, apenas se esclarecerá o método de pesquisa adotado para a análise geral da utilização da mutação constitucional, deixando-se para momento mais oportuno<sup>18</sup> a apresentação do método de análise de perspectivas.

A pesquisa realizada para identificação dos casos em que a mutação constitucional foi utilizada pelos ministros do STF parte, como já exposto acima, de uma premissa básica: é necessária a expressa citação da ocorrência do fenômeno ora estudado para que se possa reconhecê-lo<sup>19</sup>.

Não haveria legitimidade alguma, na opinião do autor, na atribuição taxonômica de mutação constitucional a certos casos, quando assim o julgador não reconheceu. Isso pode ser comprovado, principalmente, pela análise que se realizará acerca da utilização do instituto pelos ministros do STF. Se os próprios ministros não são unânimes na conceituação e uso da mutação constitucional, bem como sua utilização ainda é rara<sup>20</sup>, seria difícil determinar a incidência do instituto aos julgados em que pudesse cogitar de sua ocorrência implícita.

Diante disso, para que se chegasse aos casos acima expostos, realizou-se *pesquisa de jurisprudência* no site do STF, com a expressão “mutação constitucional” e a atribuição da data limite para publicação da decisão (31/08/2009). Selecionados os 10 (dez) primeiros casos, foram ainda solicitadas, por *pesquisa de jurisprudência via e-mail* (ferramenta também encontrada no sítio eletrônico do STF), todas as decisões que mencionassem a expressão

---

<sup>18</sup> Ver item VII.1.

<sup>19</sup> Acredita-se que, utilizando-se das lições de Anna Cândida da Cunha Ferraz (*Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*, São Paulo: Max Limonad, 1986, pp. 238-242), não se pode cogitar de uma mutação constitucional implícita ou oculta, em que não se saberia ao certo se efetivamente ocorreu e quais os motivos para tanto. Além disso, mesmo que se aceitasse a posição de que a mutação constitucional, principalmente a reconhecida pelo Poder Judiciário – objeto desta pesquisa – pudesse ocorrer implicitamente, ou sem expresse reconhecimento do órgão julgador, impossível seria a pesquisa nos moldes aqui pretendidos.

<sup>20</sup> Reconhece-se a mutação constitucional, nos termos do presente estudo, em apenas 22 (vinte e dois) casos.

“mutação constitucional”. Em resposta recebida em 19/06/2009, outros 10 (dez) casos puderam ser selecionados.

Para finalizar a coleta de informações para esta parcela da pesquisa, outros dois casos foram selecionados, decisões estas estudadas em aulas ministradas neste ano de 2009 na *Escola de Formação*, da Sociedade Brasileira de Direito Público. Estes casos, embora se enquadrem no principal critério da pesquisa (menção à mutação constitucional), ainda não estão disponíveis para pesquisa de jurisprudência no site do tribunal. Isso porque, o primeiro, a Reclamação nº 4.335-5/AC, ainda não teve seu julgamento finalizado<sup>21</sup> e o outro, ADPF 46, ainda não teve sua decisão disponibilizada no site do STF, uma vez que ainda não redigido o acórdão. Apesar disso, já foi publicada a decisão no Diário de Justiça, em 05/08/2009<sup>22</sup>.

Este, portanto, o procedimento de coleta de dados na página eletrônica do STF, sendo que os detalhes acerca da utilização e agrupamento de tais informações serão delineados com maiores detalhes, posteriormente<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Autos permanecem no gabinete do Min. Ricardo Lewandowski, desde 19/04/2007. A situação do julgamento é bem esclarecida pela decisão plenária da mesma data: “Após o voto-vista do Senhor Ministro Eros Grau, que julgava procedente a reclamação, acompanhando o Relator; do voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, julgando-a improcedente, mas concedendo habeas corpus de ofício para que o juiz examine os demais requisitos para deferimento da progressão, e do voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que não conhecia da reclamação, mas igualmente concedia o habeas corpus, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie”. Consulta ao andamento processual no site do STF em 29/09/2009.

<sup>22</sup> Decisão publicada: “Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a argüição de descumprimento de preceito fundamental, vencidos o Senhor Ministro Marco Aurélio, que a julgava procedente, e os Senhores Ministros Gilmar Mendes (Presidente), Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, que a julgavam parcialmente procedente. O Tribunal, ainda, deu interpretação conforme ao artigo 42 da Lei nº 6.538/78 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º do referido diploma legal. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Menezes Direito”.

<sup>23</sup> Vide Capítulo VI.

#### IV. O TEMPO E O DIREITO

Nas palavras de Eros Grau, “o direito é um organismo vivo, peculiar porém, porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo”.<sup>24</sup> O dinamismo do direito, então, é reflexo da mudança das relações fáticas<sup>25</sup> por ele reguladas. Mudança esta decorrente dos avanços trazidos pela humanidade com o passar do tempo. É exatamente este dinamismo, que deve ser considerado na interpretação da norma jurídica (atualizando-a), que garante a força normativa das constituições.<sup>26</sup>

A relação entre o tempo e o direito acima exposta, ou até mesmo a relação entre o tempo e a justiça, perdura como objeto de estudos por diversos séculos. A resposta sobre a vinculação do tempo à promoção da justiça atravessa diversas teorias e civilizações. A história mitológica de *Kronos* é um dos mais ricos exemplos.<sup>27</sup>

Acredita-se, pois, que o tempo e o direito caminham lado a lado para a promoção da justiça, caso contrário ocorreria o que podemos chamar de “destemporalização”<sup>28</sup> da justiça. Essa idéia será o ponto de partida para o desenvolvimento deste capítulo e das idéias centrais para o desenvolvimento e sustentação da mutação constitucional.

---

<sup>24</sup> Eros Roberto Grau, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p.59.

<sup>25</sup> Konrad Hesse, *A força normativa da constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 23. O autor desenvolve sua tese no sentido de demonstrar que a constituição não representa mera carta política, mero pedaço de papel sem valor algum. A constituição possui força e deve vincular todos a ela submetidos. A constituição é norma jurídica e não disposição política.

<sup>26</sup> Konrad Hesse, *A força normativa da constituição*, p. 22-23.

<sup>27</sup> Contam os relatos gregos que o mundo já atravessou um período de “não-tempo”, quando a terra (Géia) e o céu (Urano) estavam enlaçados, unidos de forma estática. Desta relação nasceu Kronos que, antes de se tornar o Deus do Tempo, dá um golpe em seu pai (Urano), marcando a separação entre céu e terra. Kronos, em seu reinado violento e tirânico, não permitia a fluência do tempo. Para tanto, além do golpe contra seu pai, Kronos também comia todos os filhos nascidos de sua união com Réia. Assim, negava o passado e o futuro, deixando o tempo estático. Réia, no entanto, poupa um de seus filhos da morte: Zeus, que lidera a revolta que pôs fim ao reinado de Kronos. Com a tomada do poder por Zeus, a terra passa a “funcionar” segundo o passar do tempo que hoje se conhece, regido pelas filhas do rei, as Horas. Estas carregavam em si as idéias de empurrar (Thallô), crescer (Auxô) e fortalecer (Carpô), motivo pelo qual também eram denominadas disciplina (Eunomia), justiça (Diké) e paz (Eirênê)<sup>27</sup>. Assim é que os gregos demonstram a estrita vinculação entre o tempo e o direito (justiça), uma vez que, na medida em que o primeiro flui corretamente, sem qualquer manipulação tirânica, o último também assim se estabelecerá (François Ost, *O tempo do direito*, pp. 9-12).

<sup>28</sup> Expressão de François Ost, *O tempo do direito*, p. 15, que representa a “saída do tempo comum instituinte” do direito vigente.

François Ost nos traz um exemplo artístico da ligação tempo-direito<sup>29</sup>, encontrado na pintura de A. Lorenzetti, *A Alegoria do bom e do mau governo*, na qual podemos encontrar, lado a lado, a representação da *Justitia* (sabedoria do direito), armada com uma espada e a *Temperantia* (sabedoria do tempo), empunhando uma ampulheta, deixando implícita a necessidade de uma boa relação entre estas duas sabedorias para a regência de um bom governo.

Afastando-se um pouco a abstração acima apresentada, pode-se notar que a justiça e a temperança não mais caminham na mesma velocidade, isto porque não mais se convive em um único tempo. A sociedade do presente caminha com distintas velocidades por diversos âmbitos, ensejando, nesta toada, incessantes mudanças e quebras de paradigmas para que a tradição do direito acompanhe a inovação da sociedade.

O tempo do mercado e da economia, por exemplo, não se coaduna com o tempo natural. Hoje não se pode mais aguardar a única época do ano para colheita de determinado produto, deve-se criar mecanismos para o fornecimento constante deste. E se o mecanismo é desenvolvido, talvez por alterações genéticas, faz-se necessário criar meios para sua legitimação, por vezes superando empecilhos pretéritos que o inviabilizavam – haja vista não se possuir no passado as possibilidades do presente.

O que se pretende demonstrar é que o direito, como disse Peter Häberle sobre a compreensão da constituição, “*não se encontra em um vácuo, em um espaço atemporal; ele é o resultado das experiências históricas e, por sua vez, também as fornece*”<sup>30</sup>.

Nesta mesma linha de raciocínio, François Ost afirma que, além das funções típicas do tempo e do direito, em que o primeiro temporaliza<sup>31</sup> e o segundo institui<sup>32</sup>, pode-se dizer que a situação inversa não é falsa, sendo certo

---

<sup>29</sup> François Ost, *O tempo do direito*, p. 15.

<sup>30</sup> Peter Häberle, *Zeit und Verfassung*, p. 63. Tradução livre do autor. No original: “*Das Verfassungsverständnis steht nicht im luftleeren, zeitlosen Raum; es ist seinerseits das Ergebnis von geschichtlichen Erfahrungen und vermittelt solche auch wiederum*”.

<sup>31</sup> Para o autor, a função temporalizadora do tempo advém de sua natureza de instituição social, construída pela própria sociedade, motivo pelo qual se poderia *dar, tomar, passar, perder, encontrar, matar e remontar o tempo*. Ou seja, o tempo “*não permanece mais exterior às coisas, como continente formal e vazio, mas participa de sua própria natureza*”.

<sup>32</sup> “*Instituir significa, aqui, atar o laço social e oferecer aos indivíduos as marcas necessárias para sua identidade e sua autonomia*”. François Ost, *O tempo do direito*, p. 13.



que o direito também temporaliza ao mesmo passo que o tempo institui na sociedade, “*não é possível ‘dizer o direito’ senão ‘dando o tempo’*”<sup>33</sup>.

Diante dessa íntima relação entre o tempo e o direito, François Ost constrói sua tese de que os institutos jurídicos trabalham com o “ligar” e “desligar” do passado e do futuro, ou, noutras palavras, o direito deve atuar de forma proporcional entre a permanência e similitude com o passado e a perspectiva e garantia do futuro<sup>34</sup>. Os institutos jurídicos, portanto, trabalham com as noções de *memória, perdão, promessa e questionamento*<sup>35</sup>. Em resumo, diz-se que a memória liga o passado, enquanto o perdão o desliga; de outro lado, a promessa ligaria o futuro, para que o questionamento desligue.

Com essa construção simples, Ost pretende agrupar os instrumentos fornecidos pelo ordenamento jurídico de acordo com sua função temporizadora. A memória, por exemplo, traz as noções de vinculação a precedentes e segurança às relações jurídicas, mas, ao mesmo tempo, possui características de uma nociva imutabilidade, que destemporalizaria o direito. Isso pode ser sanado pelo desligamento do passado, o perdão, que contrapõe as evidências do passado às exigências do futuro, com institutos como o da prescrição, decadência, preclusão, perdão judicial, anistia e tantos outros. Mas seu vício, contido pelos instrumentos da memória, é o do esquecimento, de se deixar impunes os que tanto mal provocaram à sociedade.

No tratamento do tempo futuro depara-se com situação semelhante. A promessa, representada primordialmente pela lei e pelo contrato lida com o futuro, visto que enseja uma confiança de cumprimento do determinado ou estabelecido. Seu vício, porém, é a rigidez exacerbada, tratada pelo questionamento que, por sua vez, abarca as noções de revisão das decisões, trabalho legislativo e, pode-se dizer, argüição de (in)constitucionalidade, buscando desligar o futuro, e as promessas, para tratar dos problemas presentes, equiparando situações de desigualdade, por exemplo. Seu vício é a instabilidade e insegurança jurídicas.

Entretanto é no e para o futuro que se apresentam as mutações constitucionais, as quais podem ser úteis exatamente neste balanceamento entre a promessa e o questionamento, entre a estabilidade e a instabilidade das

---

<sup>33</sup> François Ost, *O tempo do direito*, p. 14.

<sup>34</sup> François Ost, *O tempo do direito*, pp. 38-43.

<sup>35</sup> François Ost, *O tempo do direito*, pp. 38-43.

relações jurídicas. O próprio texto de François Ost, embora não trate expressamente sobre o assunto, aborda a possibilidade e necessidade das mutações constitucionais quando trabalha com os institutos jurídicos voltados ao futuro (promessa e questionamento).

Analisando a promessa e a rigidez das relações jurídicas, trata o autor das interpretações evolutivas (outra possível denominação às mutações constitucionais):

“Como conceber que se faça justiça simultaneamente à soberania do povo intemporal, que inscreve na Constituição alguns princípios intangíveis e, por outro lado, a necessária atualização destes princípios pela via da prática e das jurisprudências constitucionais principalmente? Como evitar fazer da constituição um ‘arquivo’, letra morta, logo esquecida, sem por isso transformá-la em um ‘documento de trabalho’, incessantemente retrabalhado ao gosto das urgências e das paixões políticas? Como, uma vez mais, reconduzir o direito à função própria de regulador da tensão entre ordem e desordem? (...)”

E continua, afirmando que a função atual do judiciário é o balanceamento entre a observância estrita à letra constitucional e a concessão de poder mais amplo às majorias políticas atuais, estabelecendo-se, portanto, um trabalho de censura (às iniciativas políticas abusivas) e abertura (às interpretações evolutivas):

“Como abertura, quando se trata de interpretar noções tão abertas quanto ‘forma republicana’, que figura na Constituição francesa: se uma tal referência opõe-se claramente a um retorno do regime monárquico, ou para a instauração de uma ditadura, será que ela visa também o respeito à liberdade de imprensa, a independência da magistratura, o controle do executivo pelo Parlamento? Pode-se pensar, certamente, mas é preciso convir que estas questões e muitas outras ainda continuarão a derivar da interpretação e, assim, do tempo metamórfico, único suscetível de manter fecunda a tensão entre ordem e desordem. Como sempre, é justamente ao presente que se trata de fazer a triagem, na herança do passado, do que ainda é necessário para que o futuro tenha sentido”.<sup>36</sup>

Mais a frente, ao abordar o contexto do questionamento, seus instrumentos e, principalmente, seu grande defeito – a instabilidade, apresenta Ost como exemplo uma manchete publicitária publicada no jornal francês *Le Monde*, de 17/11/1998, em que se dizia: *Nossas folhas são tão móveis quanto a lei*<sup>37</sup>. Esta frase reflete uma situação de extrema importância para a sociedade contemporânea: a mutabilidade das relações e instituições, enseja o

<sup>36</sup> François Ost, *O tempo do direito*, pp. 267-268.

<sup>37</sup> François Ost, *O tempo do direito*, p. 301. Esta manchete introduzia o leitor ao seguinte texto: “os regulamentos e a legislação deslocam-se. Apresentados sob um modo dinâmico de folha móvel, nossos dicionários e códigos permanentes são atualizados desde que a atualidade o exija. Vocês estão seguros de estar na ponta da informação”.

acompanhamento de suas regulamentações, o que pode resultar em grande instabilidade e insegurança. E assim problematiza a situação:

“Sem dúvida, o mundo é mais complexo que no século 19, e não mais conceberíamos que o legislador se embalasse com o sonho da perenidade das leis. Adaptar o texto às circunstâncias cambiantes, submetê-lo regularmente à avaliação, enriquecê-lo com precisões jurisprudenciais e doutrinárias, todas estas formas do ‘questionamento’ são perfeitamente legítimas. Não estamos seguros, contudo, de que a mutabilidade contemporânea da lei derive sempre desse cuidado de harmonizar as promessas; em casos demasiadamente numerosos, ela é, antes, explicada pela ação desinstituinte dos interesses particulares e a dificuldade de decidir nos regimes assediados pelas forças centrífugas dos lobbies”.<sup>38</sup>

À vista do que foi dito, se pretendeu mostrar que o tempo e o direito (este principalmente em seu objetivo de buscar a justiça) são institutos intimamente ligados à evolução do quadro social. A dissociação entre o direito posto e o tempo contemporâneo traria inúmeros problemas à sociedade, principalmente a injustiça. Esta que, por sua vez, traria desordem e o caos social.

O caráter estático do direito, voltado, principalmente, à segurança jurídica, contudo, não pode ser deixado de lado, mas a atualização da moldura (utilizando-se da expressão de Hans Kelsen<sup>39</sup>) ou dos limites circundantes às possibilidades abertas ao ordenamento jurídico, deve ser constante, a fim de temporalizar o direito, para que este exerça sua função de organização social. Ou melhor, deve-se incorporar ao direito os avanços da sociedade, para que este forneça a ela os avanços de que propriamente dispõe.

---

<sup>38</sup> François Ost, *O tempo do direito*, pp. 301-302.

<sup>39</sup> Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, Trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 390-391.

## V. A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA TEORIA

“Certamente uma disposição constitucional pode sofrer uma mudança de significado quando surgem em seu âmbito novos pressupostos de fato, antes não previstos, ou, quando os pressupostos já conhecidos, durante sua organização no decorrer de um processo evolutivo manifestam novo sentido ou significado”<sup>40</sup> e<sup>41</sup> (BverGE 1, BvL 23/51, 01/07/1953 – tradução livre do autor)

A mutação constitucional não é nova na realidade jurídica. Como se pode ver, o trecho acima, extraído de decisão proferida pelo Tribunal Constitucional alemão em 1953, ilustra a situação, tendo em vista que desde aquela época este instituto já era parte da realidade jurisdicional alemã. Além disso, como será mais adiante explicado, o conceito exposto na decisão se mostra adequado ao quanto se defenderá neste estudo como a mutação constitucional, diferentemente de outros conceitos que inclusive aparecem em decisões do STF.

A mutação constitucional, utilizada no Brasil, ao que se sabe, pela primeira vez em 2005, na Rcl 3.801/GO, fora criada em 1895, por Paul Laband, em sua obra “*Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*” (Mutações da constituição do Reich<sup>42</sup> alemão)<sup>43</sup> e aprofundada, desenvolvida e levada a conhecimento mundial por Georg Jellinek, em “*Reforma y mutación de la Constitución*”<sup>44</sup>.

Apesar da longevidade da mutação constitucional, não se pode dizer que o assunto já foi superado ou pacificado. Ainda não se sabe como lidar com as transformações da constituição, quando levadas a cabo pela mudança dos pressupostos fáticos de seus dispositivos.

---

<sup>40</sup> Decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão em 01/07/1953.

<sup>41</sup> „*Allerdings kann eine Verfassungsbestimmung einen Bedeutungswandel erfahren, wenn in ihrem Bereich neue, nicht vorausgesehene Tatbestände auftauchen oder bekannte Tatbestände durch ihre Einordnung in den Gesamtablauf einer Entwicklung in neuer Beziehung oder Bedeutung erscheinen (...)*”

<sup>42</sup> O Reich, ou império, alemão a que se refere o livro é o que os historiadores denominam II Reich, iniciado em 1871, com o fim da *unificação* alemã, liderada por Otto von Bismarck, e dissolvido em 1918, no final da primeira Guerra Mundial, sob o comando do Imperador Willhelm II (ou Guilherme II). Lembra-se, ainda que o final do II Reich foi marcado pelo início da *Weimarer Republik*, quando se elaborou a constituição marco da defesa dos direitos sociais (1919 – como ensina Alexandre de Moraes em *Direito Constitucional*, p. 4).

<sup>43</sup> Wellington Márcio Kubliskas, *Emendas e Mutações Constitucionais*, p. 70.

<sup>44</sup> Originária de conferência ministrada pelo autor na Academia Jurídica de Viena, em 18/03/1906. Nessa obra, vale destacar, antes de começar a lidar com o tema principal, Jellinek faz severas críticas à cultura jurídica alemã daquela época, alegando que *nenhum grande povo culto mostra tão escasso interesse sobre as questões políticas como o alemão*. Indago, apenas, qual seria a reação do autor ao se deparar com a situação brasileira, mais de 100 (cem) anos depois... (?).

Na Alemanha, porém, considerando o envolvimento com o assunto há mais de um século (na doutrina) e, ao menos, há meio século na jurisprudência, pode-se dizer que o tema já fora sedimentado<sup>45</sup>, como lecionou Konrad Hesse<sup>46</sup>.

Nesse sentido, um dos “discípulos” de Hesse, Peter Häberle, assim define a mutação constitucional:

“A mutação constitucional foi histórico-dogmaticamente um importante estágio intermediário para a gestão do fator tempo no direito constitucional, no caminho do positivismo à interpretação aberta da constituição, nem mais nem menos. Hoje a mutação constitucional esconde a liberdade dos intérpretes”.<sup>47</sup> (tradução livre do autor)<sup>48</sup>

Diz o mencionado autor que a mutação constitucional foi instituída apenas como um meio para se alcançar um objetivo principal, a *interpretação aberta da constituição*<sup>49</sup>. Esta, por sua vez, a forma ideal de compreensão e interpretação das normas constitucionais.

Vive-se no Brasil situação distinta. Se analisadas as decisões nacionais sobre o assunto, tão logo se perceberá que ainda não se conseguiu sequer definir o significado e utilidade do instituto da mutação constitucional. De um lado há a doutrina, que trabalha com a abstração a ela inerente e, por vezes, avança o patamar de desenvolvimento atingido pela prática jurisprudencial. Da outra banda, emerge a jurisprudência, frágil, dissipada e inconsistente, que trabalha com conceitos, formas de utilidade e efeitos totalmente divergentes, seja externamente (quando comparada à doutrina) ou internamente, o que é ainda pior (quando comparada com seus próprios precedentes).

Como justificativa, pode-se alegar que o Brasil não está acostumado à estabilidade constitucional. Noutras palavras, o Estado e, principalmente, a ordem jurídica, ainda não se familiarizaram com a permanência de uma única

---

<sup>45</sup> O que não significa dizer que não se aceita mais o uso da mutação constitucional.

<sup>46</sup> Konrad Hesse, “*Limites da Mutação Constitucional*”, trad. Inocêncio Mártires Coelho, in, Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho, *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 147-171.

<sup>47</sup> Peter Häberle, *Zeit und Verfassung*, p. 82.

<sup>48</sup>No original: “*Verfassungswandel war dogmengeschichtlich ein notwendiges Durchgangsstadium zur Bewältigung des Zeitfaktors im Verfassungsrecht auf dem Wege vom Positivismus zum offenen Verfassungsverständnis, nicht mehr und nicht weniger. Heute verschleiert Verfassungswandel die Freiheit des Interpreten*”.

<sup>49</sup> Segundo a qual, todos que vivem a norma, a interpretam, mesmo que apenas antecipadamente. Desta forma, a compreensão das normas constitucionais deveria ser vinculada ao princípio democrático e o Poder Judiciário não poderia ser envolto por uma vedação que lhe fechasse os olhos para a compreensão/interpretação ou uso que os cidadãos concedem às normas, principalmente às constitucionais (Peter Häberle, *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002, pp. 13-18).

ordem constitucional estável e democrática. Não se enfrentou, por aqui, os problemas advindos da permanência de uma ordem constitucional por tempo suficiente para que as mudanças da sociedade não permitissem a manutenção de certas normas e preceitos embutidos na constituição, da mesma forma com que intentados pelo Poder Constituinte originário, como expostos em capítulo anterior.

A história pátria conta com 7 (sete) ou 8 (oito) constituições – dependendo de como se considerar a EC nº 1/69 – em 185 (cento e oitenta e cinco) anos. O enfrentamento dos problemas da mudança de contexto sem a mudança da ordem jurídica constitucional, para os brasileiros, é novo, diferentemente de outros países, como os Estados Unidos da América, que só trabalharam com uma única constituição em toda sua história (desde 1787).

Para a manutenção da constituição norte-americana soberana e vigente através de tanto tempo, afirma Peter Suber<sup>50</sup> que o processo de *judicial amendment* (equivalente ou muito semelhante à mutação constitucional) foi de fundamental importância. E não somente para a manutenção da constituição no tempo, como também para a baixa quantidade de emendas formais promulgadas<sup>51</sup>. Constata ainda o autor, utilizando-se das palavras de Edward Corwin, que a função primordial da interpretação é o ajuste da constituição aos avanços decorrentes do tempo<sup>52</sup>. Transportando a idéia para o cenário brasileiro, caso fosse utilizada a mutação constitucional com maior frequência, desnecessárias seriam muitas das 63 (sessenta e três)<sup>53</sup> emendas à constituição em apenas 21 (vinte e um) anos de vigência.

Almejou-se, sem grandes aprofundamentos no tema, demonstrar que, para o ordenamento jurídico brasileiro, o assunto aqui abordado é da mais alta relevância. Pode-se inclusive considerá-lo novo e, se corretamente aplicado, de grande utilidade para o desenvolvimento constitucional<sup>54</sup> e de uma cultura constitucional forte no país.

---

<sup>50</sup> Peter Suber, *The Paradox of Self-Amendment*, New York: Peter Lang, 1990, pp. 197-201.

<sup>51</sup> O que inclusive solucionou o problema decorrente da grande dificuldade procedimental aplicada às emendas constitucionais americanas.

<sup>52</sup> Peter Suber, *The Paradox of Self-Amendment*, p. 199.

<sup>53</sup> Considerando as 57 (cinquenta e sete) emendas à constituição e as 6 (seis) emendas de revisão. Número de emendas até 17/09/2009, conforme site da presidência da república. ([http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm))

<sup>54</sup> Quando se diz "desenvolvimento constitucional", pretende-se dizer algo a ser visto em seu sentido amplo. O desenvolvimento constitucional, e da interpretação da constituição, reflete no desenvolvimento econômico, social, estatal, cultural, etc. Ainda mais se considerada nossa extensa Constituição Federal.

Nesse ensejo, aproveita-se para lembrar que este estudo pretende expor os defeitos e méritos da utilização da mutação constitucional na jurisprudência brasileira, para então tentar apresentar algumas perspectivas de aplicação do tema, passando-se da abstração para a concretude. Sendo assim, não se pretende ultrapassar o patamar de desenvolvimento constitucional brasileiro, mas apenas, nos limites do que já decidido, tentar antever o próximo passo da mutação constitucional na evolução jurídico-constitucional pátria.

### **V.1. “Normas constitucionais inconstitucionais?”.**

Como primeira impressão, a idéia da mutação constitucional pode trazer à mente a imagem de inconstitucionalidades na constituição, uma vez que a mudança de concepção, significado, sentido ou alcance de uma norma, motivada por sua incompatibilidade com a realidade em que inserida, leva à imediata conclusão de inadequação com o meio e, destarte, com o ordenamento jurídico, ou seja: inconstitucionalidade.

Com efeito, a possibilidade de inconstitucionalidades na própria constituição não é criação deste autor, muito menos concepção recente. Otto Bachof<sup>55</sup>, já em 1951, criara esta teoria. Segundo sua tese, que parte da premissa de que a constituição é a primeira positivação do direito natural ou supralegal, duas são as principais formas de que uma norma constitucional seja contrária à constituição: por violação à própria constituição escrita<sup>56</sup> ou à constituição não escrita<sup>57</sup>.

Esta tese, porém, não é aceita no atual ordenamento jurídico brasileiro, mesmo que por vezes sustentada perante o STF, seja por suposta inconstitucionalidade originária da constituição, seja por inconstitucionalidade decorrente de eventos posteriores, é pacífica na jurisprudência a obediência ao

---

<sup>55</sup> Otto Bachof, *Normas constitucionais inconstitucionais?*

<sup>56</sup> Nesta hipótese se enquadrariam os casos de leis contrárias à constituição que, mesmo assim, fossem cumpridas, trazendo a idéia de que a norma constitucional que seria irregular; as emendas constitucionais que se contradissem à constituição (o que se aceita em nosso ordenamento); a contradição entre normas constitucionais de diferentes hierarquias (teoria não aceita em nosso ordenamento); a mudança de natureza da norma constitucional, que proporcionaria a cessação de sua vigência; e a violação pela norma, a direito supralegal positivado.

<sup>57</sup> Nesta hipótese, enquadra o autor a possibilidade de inconstitucionalidade das normas constitucionais por violação a princípios constitucionais não escritos; violação a direito consuetudinário; e violação a direito supralegal não positivado – todas não aceitas em nosso atual ordenamento jurídico.

princípio da *unidade constitucional*<sup>58</sup>, como se pôde verificar dos julgamentos das ADI's 815/DF<sup>59</sup>; 997/RS<sup>60</sup>; 2760/DF<sup>61</sup>; e 2883/DF<sup>62</sup>.

Interessante o fato de a ADI 815/DF, proposta pelo então governador do estado do Rio Grande do Sul, que alegava inconstitucionalidade na forma de determinação da proporção do número deputados federais por estado da federação, era integralmente baseada na teoria de Otto Bachof, tendo sido extinta pelo Min. Moreira Alves nos seguintes termos:

“Na atual Carta Magna ‘compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição’ (artigo 102, ‘caput’), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição”<sup>63</sup>

Seria possível cogitar da “inconstitucionalização” da norma originariamente inserida na constituição, por decorrência do tempo e das mudanças sociais, econômicas, culturais, etc.? A mutação constitucional serviria, então, como forma de correção dessas inconstitucionalidades existentes na própria Constituição Federal? Apesar de não pretender responder diretamente tais questionamentos, essa é uma interessante maneira de se refletir sobre o assunto, podendo-se, talvez, após análise mais profunda do tema, tanto na doutrina como na jurisprudência, extrair alguma conclusão a esse respeito.

## **V.2. Na teoria<sup>64</sup>.**

A teoria que instituiu a mutação constitucional pode ser dividida em três blocos ou grupos distintos<sup>65</sup>. Obedeceremos esta classificação de Konrad Hesse para explicar e definir o instituto.

---

<sup>58</sup> Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, pp. 129/140 e Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, pp. 14/16.

<sup>59</sup> ADI 815/DF, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 28/03/1996.

<sup>60</sup> ADI 997/DF, Rel. Moreira Alves, julgamento em 28/03/1996.

<sup>61</sup> ADI 2760/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 30/08/2006.

<sup>62</sup> ADI 2883/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 30/08/2006.

<sup>63</sup> Trecho extraído da ementa da decisão de extinção da ação. Julgamento em 28/03/1996.

<sup>64</sup> Consoante o propósito do presente estudo (análise baseada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal), a abordagem teórica não pretende, de forma alguma, esgotar o tema ou trazer todas as posições a respeito. A intenção deste capítulo, portanto, será tão somente apresentar o tema, em um contexto geral, para a compreensão e introdução à análise que será realizada sobre a jurisprudência.

<sup>65</sup> Como o fez Konrad Hesse, em “*Limites da Mutação Constitucional*”, pp. 154-164.



O primeiro grupo, que reúne as idéias criadoras da mutação constitucional, de Paul Laband e Georg Jellinek, é caracterizado pela imensa abrangência e involuntariedade de sua ocorrência<sup>66</sup>.

O primeiro autor, que em 1895 criou o instituto em sua obra denominada *Mutações da constituição do Reich alemão*, fez, pela primeira vez, a distinção entre reforma constitucional<sup>67</sup> e mutação constitucional, sobre a qual lecionava que embora fossem as constituições normas jurídicas formais, o Estado poderia modificá-las sem a mudança de seus textos<sup>68</sup>. Para ele, a mutação constitucional poderia se manifestar de três formas distintas e, como se verá, bastante amplas – como a possibilidade de alteração da constituição por normas infraconstitucionais – o que poderia gerar considerável insegurança ao ordenamento jurídico:

“(a) regulação por parte das leis do Reich de elementos centrais do Estado não previstos na Constituição; (b) modificação de elementos centrais do Estado por meio de leis que contradizem o conteúdo da Constituição e (c) alteração dos elementos centrais do Estado por meio de usos e costumes dos poderes públicos”.<sup>69</sup>

Poucos anos depois, em 1906, impulsionado por constatação própria de que *todo efeito histórico resulta de uma multiplicidade de causas muitas vezes imprevisíveis*<sup>70</sup>, Jellinek apresenta sua teoria sobre a mutação constitucional. Diferentemente de Laband, esse autor parte de premissas atualmente mais aceitáveis, como a da maior estabilidade das leis fundamentais às leis ordinárias; a imprevisibilidade de concretização plena das leis, uma vez que o legislador não poderia prever o futuro; a necessidade de existência das leis fundamentais; e a constante substituição dos fundamentos constituintes de um Estado<sup>71</sup>.

Diante disso, define a mutação constitucional: “*modificação que deixa indene seu texto sem alterá-lo formalmente que se produz por meios que não tem de ir acompanhados pela intenção, ou consciência, de tal mutação*”<sup>72</sup>. Para esta corrente, a mutação constitucional, em síntese, consistia em resultado de processo involuntário de alteração da constituição, sem a mudança expressa de

---

<sup>66</sup> Georg Jellinek, *Reforma y mutación de La constitucion*, p. 7.

<sup>67</sup> “*Processo formal de mudança das constituições rígidas, por meio da atuação de certos órgãos, mediante determinadas formalidades, mais dificultosas do que as exigidas para a alteração das leis em geral, e dentro de certos limites, estabelecidos nas próprias Constituições para o exercício do Poder reformador*” (Wellington Márcio Kubliskas, *Emendas e mutações constitucionais*, p. 40)

<sup>68</sup> Wellington Márcio Kubliskas, *Emendas e mutações constitucionais*, p. 70.

<sup>69</sup> Wellington Márcio Kubliskas, *Emendas e mutações constitucionais*, p. 70.

<sup>70</sup> Georg Jellinek, *Reforma y mutación de La constitucion*, p. 5. (tradução livre do autor).

<sup>71</sup> Georg Jellinek, *Reforma y mutación de La constitucion*, pp. 5-6.

<sup>72</sup> Georg Jellinek, *Reforma y mutación de La constitucion*, p. 7 (tradução livre do autor).

seu texto, mas reconhecido pelo estado, seja pelo Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário.

A segunda aparição da mutação constitucional é fruto da obra *Die Verfassungswandlung*, do chinês Hsü-Dau-Lin. Para ele, líder desta segunda corrente, a mutação constitucional seria “a incongruência que existe entre as normas constitucionais por um lado e a realidade constitucional real”<sup>73</sup>.

Konrad Hesse, ressaltando que o fundamento extraído por Dau-Lin para a ocorrência da mutação era o de que o direito constitucional expressa necessidades políticas, para a manifestação da vitalidade do Estado, em realizar a evolução da constituição<sup>74</sup>, assim descreve suas lições:

“Hsü-Dau-Lin parte da ‘natureza’ da Constituição como produto legislativo e sua tríplice especificidade em face de outros setores do ordenamento, a saber o caráter inacabado e a elasticidade das normas constitucionais frente às necessidades vitais do Estado, o caráter de fim em si mesmo (*Selbstzweckhaftigkeit*), que tem o Estado como objeto de regulação jurídica por parte da sua Constituição e a limitação da eficácia da Constituição no que diz respeito às forças e garantias nela contidas. A Constituição não poderia ficar atrás em relação a um Estado em contínuo avanço, sendo a mutação constitucional o resultado dessa especial posição”.<sup>75</sup>

Portanto, tem-se aqui uma concepção de que o Estado pode possuir necessidades que ultrapassem as limitações impostas pela norma, motivo pelo qual se tornaria possível uma mudança de tais normas limitadoras sem que seus respectivos textos fossem alterados, a fim de que se suprisse a necessidade do próprio Estado. A mutação, portanto, seria privilégio do Poder Público.

Outro autor também colaborou para a segunda corrente foi Karl Loewenstein, que, influenciado por suas concepções sociológicas, entendia a mutação constitucional como transformações que ocorriam na realidade do poder político, das sociedades ou dos interesses em equilíbrio, modificando suas configurações no plano fático e, destarte, refletindo na norma constitucional que, de seu lado, permanecia intacta<sup>76</sup>.

Em síntese, para a segunda corrente, a mutação constitucional passa de processo involuntário para necessidade de transformação do direito em função das evoluções do Estado.

---

<sup>73</sup> Wellington Márcio Kubliskas, *Emendas e mutações constitucionais*, p. 71.

<sup>74</sup> Konrad Hesse, *Limites da mutação constitucional*, p. 160.

<sup>75</sup> Konrad Hesse, *Limites da mutação constitucional*, pp. 159-160.

<sup>76</sup> Wellington Márcio Kubliskas, *Emendas e mutações constitucionais*, p. 72.

Por fim, a última corrente foi baseada na Teoria da Constituição de Hermann Heller:

“Também Heller parte do peculiar caráter da Constituição: a Constituição juridicamente normatizada jamais se compõe apenas de normas emanadas do Estado, antes necessita, para sua vigência, da complementação de elementos constitucionais não normatizados, assim como dos normatizados extrajudicialmente. A constituição forma um todo em que a normalidade e a normatividade, assim como a normatividade jurídica e a extrajudicial, acham-se numa relação de mútua complementação. A normalidade social, que encontra expressão nos princípios jurídicos, modifica-se, sem embargo, no fluxo imperceptível do cotidiano. Assim ocorre uma lenta evolução das normas, podendo acontecer que o seu sentido, apesar de inalterado o texto, sofra uma completa revolução, enquanto na consciência dos membros da comunidade jurídica permanece a continuidade do Direito”.<sup>77</sup>

Noutras palavras, são os princípios jurídicos, neste caso, que, por conviverem com a realidade social e o direito ao mesmo tempo, propiciam uma alteração de sentido nas normas jurídicas, adaptando a normatividade à normalidade, como forma de dar continuidade ao direito. A constituição seria, então, como dito por Heller: “*forma impressa vivente e em evolução*”<sup>78</sup>.

Nesse aspecto, Celso Ribeiro Bastos e Samantha Meyer-Pflug<sup>79</sup>, expressam entendimento muito semelhante e esclarecedor:

“(…) é a partir do conteúdo e da função dos princípios como pólos norteadores e informadores de todo o texto constitucional e como veiculadores dos valores e das diretrizes fundamentais deste último, bem como da aceção dos princípios como normas dotadas de um alto grau de generalidade e abstratividade, que se faz possível demonstrar a função da atividade interpretativa como forma de atualização da constituição. Isso porque é nessas ‘zonas moles’, abstratas e genéricas, que o intérprete tem sua competência alargada, na exata medida em que essas normas possuidoras de um alto grau de vaguidade e imprecisão possibilitam sua flexibilização em face das novas realidades históricas e sociais. É dizer: elas possuem uma maior maleabilidade e adaptabilidade frente às novas situações. O intérprete pode assim, agregar novos elementos – tais como mudanças de valores, evoluções tecnológicas – ao conteúdo abstrato da norma constitucional sem, contudo, violar a letra da lei ou seu conteúdo essencial. Desta forma, as normas constitucionais vão sendo atualizadas sem que se faça necessário utilizar a via formal – qual seja, a edição de uma emenda constitucional”.

---

<sup>77</sup> Konrad Hesse, *Limites da mutação constitucional*, p. 163.

<sup>78</sup> Konrad Hesse, *Limites da mutação constitucional*, p. 163.

<sup>79</sup> Celso Ribeiro Bastos e Samantha Meyer-Pflug, “A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais”, in Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo: Malheiros, pp. 146-147.

Seguindo a estrutura de análise da teoria da mutação constitucional apresentada por Hesse<sup>80</sup>, parte-se para a que podemos denominar como última grande conceituação da mutação constitucional.

Verificando a ausência de claros limites para a ocorrência da mutação constitucional, segundo as teorias anteriormente expostas, e considerando a teoria da norma constitucional de Friedrich Müller<sup>81</sup>, Konrad Hesse apresenta sua posição, segundo a qual é o próprio programa normativo que forneceria os limites à mutação constitucional – que ocorre no âmbito normativo<sup>82</sup>.

Em outras palavras, no anseio de estabelecer um ponto de partida para o fornecimento de resposta válida acerca dos limites à mutação constitucional<sup>83</sup>, Hesse institui nova conceituação ao instituto. Define-se, portanto, que só se pode cogitar da sua incidência quando for comprovado que a alteração no plano fático for diretamente relacionada à realidade que a norma (objeto da mutação) tenha sido imposta a regular. Bem como só poderá ser reconhecida caso não ultrapasse os limites assinalados pelo próprio texto da norma (programa normativo). Violado algum destes requisitos, inexistente a mutação constitucional e requer-se, para que ocorra a mudança, uma reforma na constituição (alteração formal)<sup>84</sup>.

Para que seja reconhecida a mutação constitucional, pois, deve-se reconhecer uma *correlação lógica* entre a mudança fática e a realidade regulada

---

<sup>80</sup> Konrad Hesse, *Limites da mutação constitucional*, pp. 154-164.

<sup>81</sup> Müller ressalta a necessidade de que se considere a realidade normatizada como parte integrante do mandado normativo. Para tanto, distingue dois conceitos, o *programa normativo* (texto da norma) e o *âmbito normativo* (realidade em suas circunstâncias, componente fático da norma, realidade normatizada). Assim, a norma surge como *modelo de ordenação cunhado por seu objeto*, ou seja, só se concretiza pela composição de ambos seus componentes. Podendo-se estabelecer que, apesar do programa normativo ser estático, o âmbito da norma vive constante evolução, atualizando a norma à realidade social sem, contudo, lhe ser permitido violar os limites expostos pelo programa normativo. (Konrad Hesse, *Limites da mutação constitucional*, pp. 166-167 e Wellington Márcio Kubliskas, *Emendas e mutações constitucionais*, pp. 72-73).

<sup>82</sup> Konrad Hesse, *Limites da mutação constitucional*, p. 167.

<sup>83</sup> Konrad Hesse, *Limites da mutação constitucional*, p. 168.

<sup>84</sup> Konrad Hesse, *Limites da mutação constitucional*, p. 167. "(...) se a norma abarca os dados da realidade afetados pelo 'programa normativo' como parte material integrante da mesma, o 'âmbito normativo' e as modificações deste último devem levar a uma alteração do conteúdo da norma. Nem todo fato novo pertence ao setor da realidade regulado pela norma; o âmbito objetivo é capaz de provocar tal modificação. A instância que decide se a alteração fática pode ser relevante para a norma, quer dizer, se o fato modificado pertence ao âmbito normativo, é o programa normativo que se contém substancialmente no texto da norma constitucional (e que deve ser interpretado com os instrumentos tradicionais). Só enquanto este fato novo ou modificado resulte pertencente ao âmbito normativo pode-se aceitar também uma mudança da norma".

pela norma, bem como tal situação não poderá ensejar mudança de tal forma que fosse necessária a alteração da letra da norma constitucional<sup>85</sup>.

Diante de todo o exposto até então, pode-se perceber que a mutação constitucional, apesar de ter passado por diversas conceituações ou justificativas, sempre teve como fundamento, ou ponto de partida, a alteração de uma situação no plano fático, assim como objetivo, a alteração de uma norma constitucional sem a mudança de seu texto.

Por tais razões, é que para os fins deste estudo será adotada como conceituação da mutação constitucional a alteração de situação ou pressuposto fático, que enseje alteração na compreensão do texto de determinada norma constitucional, não sendo, portanto, relevante neste momento, levar em conta as peculiaridades de cada conceito atribuído ao fenômeno que ora se estuda.

### **V.2.1. No Brasil.**

Antes que se apresente o desenvolvimento da mutação constitucional na doutrina brasileira, importante esclarecer que a opção pela separação das análises acerca da teoria da mutação constitucional e sua teorização no Brasil se deu por conta da considerável separação temporal entre tais campos de estudo. A década de 1980, que marca significativo momento do estudo da mutação constitucional na Europa, com os trabalhos de Konrad Hesse, representa apenas os primeiros passos desse estudo no Brasil, com a pioneira obra de Anna Cândida da Cunha Ferraz<sup>86</sup>, datada de 1986.

Feita a justificativa, pode-se começar a análise brasileira exatamente pela obra da Professora Anna Cândida da Cunha Ferraz. De sua leitura, conclui-se que foram adotadas as seguintes premissas: (i) seria impossível conhecer a real estrutura de um Estado pela simples leitura de sua constituição, uma vez que

---

<sup>85</sup> Nesse sentido a conclusão extraída por Wellington Márcio Kubliskas: "Assim, com fundamento no conceito restrito atualmente aceito em largas escala na doutrina, é possível definir a mutação constitucional como sendo o fenômeno por meio do qual, sem emendas ou revisões (processos formais de mudança da Constituição), são introduzidas, no processo de concretização/aplicação, por meio de interpretação constitucional e/ou da integração pelos costumes, alterações no sentido, significado ou alcance de determinadas normas constitucionais (que tenham o conteúdo minimamente aberto/elástico), desde que estas alterações sejam comportadas pelo *programa normativo*, ou seja, promovam o desenvolvimento, complementação, esclarecimento etc., das normas constitucionais escritas, mas não violem nem a sua letra e tampouco seu espírito". (Wellington Márcio Kubliskas, *Emendas e mutações constitucionais*, p. 78).

<sup>86</sup> Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos informais de mudança da constituição*.

esta se altera sem que seu texto se modifique<sup>87</sup>; (ii) para que uma constituição seja eficaz, deve ter a capacidade de se enquadrar às vontades que a sustentam<sup>88</sup>; (iii) estabilidade e mudança são conceitos compatíveis entre si e de fundamental importância para a rigidez e supremacia constitucionais<sup>89</sup>; e (iv) ao invés de monumento histórico, deve se considerar a constituição como regra viva<sup>90</sup>.

Partindo-se destas bases, ou seja, dos conceitos de *necessidade* e *inevitabilidade* das mutações constitucionais, assim define a autora este instituto:

“(...) alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas”<sup>91</sup>.

Muitas críticas, contudo, foram feitas sobre este conceito, uma vez que as mudanças constitucionais não necessitariam de um longo lapso temporal para se manifestar. Se a mudança fática ocorrer em pouco tempo, nada impediria a mutação sobre o dispositivo constitucional correspondente.

A sistematização da mutação constitucional feita nesta obra, contudo, é de extrema importância. Para a autora, a mutação da constituição pode ser primeiramente dividida entre as mutações constitucionais (legítimas, na forma acima apresentada) e mutações inconstitucionais (não legítimas, que violariam o alcance, sentido ou a letra da constituição).

Primeiro, acerca das mutações constitucionais, importante ressaltar que a autora faz divisão entre a mutação por interpretação<sup>92</sup>, judicial<sup>93</sup>, legislativa<sup>94</sup> ou administrativa<sup>95</sup>, da Constituição Federal, e a mutação pelo costume

---

<sup>87</sup> Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos informais de mudança da constituição*, p. 3.

<sup>88</sup> Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos informais de mudança da constituição*, p. 5.

<sup>89</sup> Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos informais de mudança da constituição*, p. 6.

<sup>90</sup> Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos informais de mudança da constituição*, p. 6.

<sup>91</sup> Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos informais de mudança da constituição*, p. 9.

<sup>92</sup> A ocorrência da mutação constitucional pela interpretação, segundo Anna Cândida, seria fruto da adequação do *conteúdo político* inserido na norma constitucional à realidade. O conteúdo político, por sua vez, definiria os princípios incidentes sobre a norma, a atualidade do regime político vigente e o fim público da norma. (Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos informais de mudança da constituição*, pp. 25-28).

<sup>93</sup> Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos informais de mudança da constituição*, pp. 102-145.

<sup>94</sup> Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos informais de mudança da constituição*, pp. 64-101.

<sup>95</sup> Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos informais de mudança da constituição*, pp. 146-164.

constitucional<sup>96</sup>. Do lado oposto, as mutações inconstitucionais teriam quatro formas de ocorrência: (i) a inércia legislativa<sup>97</sup>; (ii) o desuso da norma constitucional<sup>98</sup>; (iii) a mutação implícita<sup>99</sup>; e (iv) a mutação que viole expressamente a letra da constituição<sup>100</sup>.

Outro expoente em nossa literatura constitucional sobre o assunto é a obra monográfica de Uadi Lâmega Bulos, apresentada como dissertação de seu mestrado, em 1995, já sob a égide de nossa atual constituição. Para este autor, a mutação constitucional seria:

“(...) o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais”<sup>101</sup>.

Merece especial destaque nesta obra, por não ter sido tratado o assunto anteriormente no Brasil, a análise da mutação constitucional como advinda da

---

<sup>96</sup> A mutação constitucional decorrente do costume seria verificada no preenchimento de lacunas constitucionais ou na regulamentação de normas constitucionais de eficácia contida ou limitada. O costume constitucional, portanto, para que se configure legítima mutação da constituição, deve ter função de interpretar ou complementar a norma constitucional. No entanto, caso este costume venha a se manifestar contra a constituição, será ele inconstitucional, assim como a mutação que dele advier. (Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos informais de mudança da constituição*, pp. 182-196)

<sup>97</sup> Esta tese sustentada pela autora, e presente na petição inicial da ADI 1.484/DF, defende a ocorrência de uma mudança do alcance e do sentido da constituição quando o Poder Legislativo não cumpre com seu dever de regulamentar o que a Constituição determinou necessário, como no caso das normas constitucionais de eficácia limitada. Esta mudança, então, teria natureza inconstitucional. (Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos informais de mudança da constituição*, pp. 230-233).

<sup>98</sup> O desuso, que se diferencia da inércia, por se tratar de inobservância consciente da norma constitucional, se apresenta, no entanto, como mutação indevida da constituição pelos mesmos motivos que caracterizam a inércia (violação indevida do sentido e alcance da constituição). Apesar disso, a autora deixa clara a possibilidade de ocorrência de mutação constitucional legítima pelo desuso. Esta se daria quando a inobservância da constituição fosse motivada pela necessidade de adaptação desta à realidade e às novas circunstâncias sociais. (Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos informais de mudança da constituição*, pp. 234-237)

<sup>99</sup> A mudança tácita ou “quebramento da constituição”, seria fruto de alterações injustificadas ou de erros técnicos na elaboração de emendas à constituição. Como exemplo de tal ocorrência, cita a autora a Emenda Constitucional 08/1977 (esta obra, frise-se, foi escrita sob a égide da constituição de 1967-69). Neste caso, não se sabia se a emenda havia ou não revogado o parágrafo único do art. 151 d Constituição, posto que após a alteração expressa feita pela emenda, em um dos incisos deste artigo, não se colocou reticências, o que significaria a continuidade do texto, mas sim um ponto final, o que levou muitos a interpretar tal situação como a revogação do mencionado parágrafo único. Seria, como diz a autora, uma inusitada situação de alteração constitucional por recurso de pontuação. (Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos informais de mudança da constituição*, pp. 238-242).

<sup>100</sup> Este o caso da ocorrência de mutações constitucionais que: (i) contrariem expressamente a letra da norma constitucional; (ii) ab-roguem ou derroguem norma constitucional; (iii) suspendam a eficácia da norma; (iv) produzam rupturas no ordenamento jurídico; ou (v) provoquem ou pretendam provocar mudança total da constituição. (Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos informais de mudança da constituição*, pp. 243-249).

<sup>101</sup> Uadi Lâmega Bulos, *Mutação Constitucional*, dissertação de mestrado apresentada à PUC/SP, 1995, p. 79.

teoria da *construção constitucional* americana. Ou seja, além das formas também apresentadas na obra de Anna Cândida da Cunha Ferraz, Uadi Lâmega Bulos ainda analisa a hipótese de ocorrência do fenômeno da mutação constitucional pelo

“expediente supletivo, por meio do qual se constrói ou recompõe o direito aplicável, nas circunstâncias de premência e necessidade, para suprir as deficiências ou imperfeições da manifestação constituinte originária”<sup>102</sup>.

Outros autores também abordaram, posteriormente, o instituto da mutação constitucional<sup>103</sup>, mas nenhum com a extensão e exclusividade como conferidas às duas obras acima analisadas. Atualmente, entretanto, pela maior exposição do tema, algumas obras monográficas foram defendidas, como a de Wellington Márcio Kubliskas<sup>104</sup>, entre outras.

Estende-se ao quanto exposto a conclusão apresentada no item anterior, segundo a qual não se tomará por conta os detalhes de cada teoria ou abordagem da mutação constitucional, adotando-se para os fins deste estudo a conceituação de que o reconhecimento da mutação decorre da ocorrência de mudanças (de conceitos, perspectivas ou pressupostos) no plano fático, que incidem diretamente na compreensão de determinada norma constitucional.

---

<sup>102</sup> Uadi Lâmega Bulos, *Mutação Constitucional*, p. 191.

<sup>103</sup> Vide, por exemplo, Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, pp. 186-188; José Afonso da Silva, *Poder constituinte e poder popular*, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 283; e Cármen Lúcia Antunes Rocha, *Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional*, Revista de Informação Legislativa, 120, Senado Federal. Entre outros.

<sup>104</sup> Wellington Márcio Kubliskas, *Emendas e Mutações Constitucionais*.



## VI. A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA PRÁTICA BRASILEIRA.

Apresentado o tema e o contexto envolvido, passa-se à análise das decisões selecionadas a partir da pesquisa realizada no *site* do STF, para o estudo mais específico da forma pela qual utilizada a mutação constitucional no tribunal.

Embora existam relevantes estudos nacionais acerca do tema da mutação constitucional, o instituto ainda não se apresenta como totalmente difundido na jurisprudência brasileira, muito menos pode ser tomado como certo e definido, haja vista as distintas utilizações atribuídas à mutação constitucional pelos ministros do STF.

Pode-se dizer que a expressão *mutação constitucional*, após análise das 26 (vinte e seis) utilizações expressas<sup>105</sup> pelo Supremo Tribunal Federal, raramente se coaduna com a mais adequada<sup>106</sup> acepção do termo. Pior, a utilização da mutação constitucional, especialmente pelos Ministros do STF, sequer possui forma única, podendo-se destacar diferentes aplicações.

A disparidade das aplicações, contudo, não se mostrou totalmente alheia, motivo pelo qual se permitiu classificar o conjunto de decisões analisados em 3 (três) distintos grupos, obedecendo-se a conceituação atribuída pelos ministros em cada uma de suas utilizações<sup>107</sup>. Identificou-se, então, a mutação constitucional como: (i) *mudança de interpretação de determinado dispositivo*; (ii) *referência à alteração formal da constituição (emendamento)*; e (iii) *alteração de situação ou pressuposto fático, que altere a compreensão de determinado texto constitucional*<sup>108</sup> - utilização do instituto adotada neste estudo.

Deve-se deixar claro, no entanto, que a classificação foi assim realizada obedecendo-se às fundamentações dadas pelos Ministros em seus próprios votos, ou seja, mesmo que se possa reconhecer a ocorrência de uma legítima mutação da constituição em determinado caso, se não foi assim que justificou o

---

<sup>105</sup> Vide capítulo III – Escolhas metodológicas.

<sup>106</sup> Diz-se aqui adequada a definição dada pela doutrina, uma vez que o instituto foi por ela criado. No entanto, deve-se apenas deixar claro que a aplicação dada pela jurisprudência será a aplicação efetiva, considerada legítima ou não.

<sup>107</sup> Vide apêndice I – Tabela com detalhamento dos casos analisados e classificação.

<sup>108</sup> Esta última, conforme esclarecido nos itens V e VI.3. definida como adequada aplicação da mutação constitucional, para fins deste estudo.

Tribunal, não se poderá reconhecê-la, portanto<sup>109</sup>. Além disso, como já destacado neste estudo, a classificação de uma decisão como fundamentada na mutação constitucional, sem que nela haja expressa menção do instituto, nem sempre pode ser admitida.

A seguir, o esclarecimento e exemplificação acerca da classificação realizada.

### **VI.1. Mutação constitucional como mudança de interpretação da Constituição Federal.**

A primeira forma de utilização da expressão *mutação constitucional* pelos Ministros do STF a ser aqui analisada, é aquela pela qual a Corte pretende simplesmente justificar ou apresentar uma *mudança de interpretação acerca de determinado dispositivo, alterando-se posicionamento anterior*.

Nove foram os casos em que se reconheceu esta forma de aplicação<sup>110</sup>, deixando-se clara, em todos, a intenção dos ministros de meramente justificar uma mudança de interpretação do próprio tribunal, como fez o Min. Carlos Britto, no julgamento do AgR RE nº 450.504-5/MG<sup>111</sup>:

“Note-se bem: a decisão não foi motivada pelas alterações trazidas com a EC nº 45/04; **a mudança na jurisprudência do Supremo surgiu por *mutação constitucional*. 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 (...)**”. (fls. 1841, grifei)

O mesmo Ministro foi ainda mais claro na QO HC nº 86.009-5/DF, quando relacionou literalmente à mutação constitucional o conceito de *nova interpretação à Constituição Federal*<sup>112</sup>.

Já nos ED Ediv RE nº 174.161-9/DF e Ediv RE nº 166.791-5/DF, ambos sob relatoria do Min. Gilmar Mendes e abordando o mesmo assunto, interpretação do art. 8º, ADCT, afirma-se que a jurisprudência antiga fora

---

<sup>109</sup> Exemplo pode ser fornecido pelos casos da “fidelidade partidária”, nos quais apesar de haver evidências para a adequada mutação constitucional, o Min. Gilmar Mendes, que dela trata, deixa claro seu posicionamento de que a mutação alegada pode ser sintetizada pela simples mudança de interpretação dada pelo tribunal ao tema, alterando-se a jurisprudência anterior.

<sup>110</sup> AgR RE nº 450.504-5/MG; QO HC nº 86.009-5/DF; ED Ediv RE nº 174.161-9/DF; Ediv RE nº 166.791-5/DF; HC nº 92.297/MG; Rcl nº 3.801/GO; MS nº 26.602/DF; MS nº 26.603/DF; e MS nº 26.604/DF – Vide apêndice II para maiores detalhes acerca dos casos estudados.

<sup>111</sup> Igual justificativa apresentada no HC nº 92.297/MG e na Rcl nº 3.801/GO.

<sup>112</sup> QO HC 86.009/DF, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 29/08/2006, fls. 200 e 204.

alterada pelo julgamento do RE 165.438/DF<sup>113</sup>, não podendo o Tribunal *fingir que sempre pensara dessa forma*<sup>114</sup>. Ou seja, o ministro apresenta a posição anterior adotada pelo tribunal e sua superação por outra decisão sobre o mesmo assunto, demonstrando a mudança de compreensão da Corte acerca da interpretação daquele dispositivo constitucional, sem fazer menção alguma a qualquer mudança fática sobre o tema. O que se alterou, portanto, foi o entendimento, a interpretação dada pelo tribunal e não a situação em si e seu contexto.

Nesse aspecto, interessante notar que a utilização da mutação constitucional pelo Min. Gilmar Mendes, nestes últimos casos, foge do raciocínio e premissas do instituto, com a mudança de realidade fática, e passa a um pensamento de cultivo de precedentes, ou seja, o ministro aplicou a mutação constitucional como justificativa à mudança de realidade jurisdicional – a mudança de entendimento do tribunal.

No julgamento dos casos da “fidelidade partidária”<sup>115</sup>, a utilização da mutação constitucional também aparece nos votos do Min. Gilmar Mendes, que após longa análise doutrinária acerca do instituto, conclui que aquele se trata de um caso *típico de mutação constitucional, em que se altera a jurisprudência longamente adotada pela Corte (...)*<sup>116</sup>. A contradição é inegável.

Estes últimos casos, agrupados, pois o voto do Min. Gilmar Mendes é idêntico em todos, demonstram a utilização da mutação constitucional como mera mudança de interpretação pelo STF. Após longa e minuciosa análise da influência do tempo no ordenamento jurídico e da transcrição de diversos posicionamentos acerca do tema da mutação constitucional – todos no sentido defendido por este estudo, segundo o qual deve haver clara mudança fática a autorizar seu reconhecimento – insistem os Ministros em simplesmente justificar uma mudança de interpretação dada pela Corte, sem apresentar fundamentos aptos a autorizar a que adotada utilização da mutação constitucional<sup>117</sup>.

Assim é que, em todos os casos classificados neste item, as decisões são claras no sentido de relacionar a expressão *mutação constitucional* à simples alteração da interpretação de determinado dispositivo constitucional. Não há em qualquer das decisões menção às eventuais alterações no plano fático ou à

---

<sup>113</sup> RE 165.438/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 06/10/2005.

<sup>114</sup> EDiv RE 166.791-5/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 20/09/2007, fls. 478 e ED EDiv RE 174.161-9/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 20/09/2007, fls. 339.

<sup>115</sup> MS 26.602/DF; MS 26.603/DF; e MS 26.604/DF.

<sup>116</sup> MS 26.602/DF, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 04/10/2007, fls. 386.

<sup>117</sup> Conforme apresentada no item VI.3.

mudança de pressupostos, o que se percebe é a simples mudança de posicionamento da Corte acerca do tema, como ocorrido no AgR RE nº 450.504-5/MG, em que se utiliza a mutação constitucional para justificar a mudança de interpretação do STF sobre os artigos 114 e 109, I, CF, segundo a qual a competência da Justiça do Trabalho para julgamento das ações indenizatórias por acidente do trabalho é oriunda da constituição originária, diferentemente da compreensão anterior, que entendia ser da Justiça Comum a competência absoluta para processamento de tais ações.

Noutras palavras, apesar de se falar em interpretação tanto neste grupo como no que se denominou *legítima mutação constitucional*, a grande diferença que permite tal distinção é a de que no que ora se analisa a mudança de interpretação advém de injustificados fatores, tais como a mudança da composição do tribunal, o reconhecimento de uma interpretação equivocada, etc. Conquanto nos casos de legítima utilização do instituto, a mudança de interpretação é diretamente atrelada às mudanças de contexto fático, de pressupostos, em suma, à necessidade de uma “contemporização” da letra constitucional.

## **VI.2. Mutação constitucional como referência à alteração formal da Constituição.**

Outra utilização da mutação constitucional – que aqui podemos denominar equivocada – advém de sua equiparação à alteração formal da Constituição Federal, isto é, do processo de emenda à constituição. Nos quatro casos que assim se permitiu classificar a utilização da expressão *mutação constitucional*<sup>118</sup>, é nítida a referência às emendas constitucionais. O termo, portanto, é aplicado como sinônimo de mudança formal da constituição, ou melhor, alteração de determinado dispositivo constitucional, via Emenda.

A decisão proferida pelo Min. Carlos Ayres Britto na Reclamação nº 7.336/SP deixa clara esta outra forma de (equivocadamente) aplicar a mutação constitucional:

“a moldura normativa constitucional foi alterada após os julgamentos das ADI’s 761/RS, 138/RJ, 171/MG e 465/PB. Em palavras outras, o art. 241, norma especial que garantia isonomia dos delegados de polícia com as carreiras disciplinadas no art. 135

---

<sup>118</sup> AI nº 611.481/MG; RE nº 488.165/PR; Rcl nº 7.336/SP; RE nº 466.215/RS.

(Procurador de Estado e Defensor Público), foi excluído da Constituição por força da Emenda Constitucional nº 19/1998. **Mutação constitucional, patrocinada pela EC nº 19/1998** (...).”

É nítido o objetivo de tal afirmação, equiparando à mutação constitucional (talvez em mera utilização equivocada do termo) a mudança formal da Constituição Federal provocada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. O ministro, portanto, não apresenta argumentos no sentido de qualquer mudança de interpretação da constituição, ou sobre a mudança de determinado contexto fático, desde sua promulgação. A denominada *mutação constitucional* alegada pelo ministro Carlos Britto, que teria extinguido a equiparação constitucional entre delegados polícia e os Procuradores de Estado e Defensores Públicos (antigo art. 241, CF), nada mais foi do que a promulgação da EC nº 19/98, que alterou completamente a redação daquele artigo constitucional.

As outras três decisões classificadas neste grupo (AI nº 611.481/MG; RE nº 488.165/PR; e RE nº 466.215/RS) justificam-se por transcrever decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª (quarta) Região assim ementada:

**“TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - EXERCENTE DE MANDATO ELETIVO - LEI Nº 9.506/97 - CONSTITUCIONALIDADE A PARTIR DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98.**

1 - A Lei nº 9.506/97, que extinguiu o Instituto de Previdência dos Congressistas - IPC e, em seu art. 13, submeteu ao regime geral de previdência social os exercentes de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculados a regime próprio de previdência social, é inconstitucional no período anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, pois o conceito de trabalhadores, adotado pelo art. 195, II, da CF/88, em sua redação original, deveria ser entendido em sua acepção técnica, abrangente da universalidade dos prestadores de serviços mediante remuneração, nela não cabendo os agentes políticos, que não são prestadores de serviços, exercendo, isto sim, funções de natureza política.

2 - Com a edição da Emenda Constitucional nº 20/98, o inciso II do art. 195 da CF/88 passou a albergar, no universo dos contribuintes à previdência social, não só os trabalhadores, mas também os "demais segurados da previdência social".

3 - **Ocorrendo a mutação constitucional, a lei, que não foi ainda objeto do controle concentrado, nem teve suspensa sua execução pelo Senado, continua em vigor e, se não conflitar com o novo texto constitucional, será válida e eficaz.**

4 - Conseqüentemente, afastado o obstáculo que tornava inconstitucional a Lei nº 9.506/97, passou ela a ser válida e eficaz, desde 16.12.98, estendendo-se sua eficácia até entrar em vigor a Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004 que, no entanto, no que aqui interessa, apenas lhe ratificou os termos” (Grifei).

Nota-se que a mutação constitucional, nestes casos, corresponde à mudança do texto constitucional protagonizada pela Emenda Constitucional nº 20/98. Alteração esta que provocou grande mudança na estrutura previdenciária brasileira, tendo sido denominada *reforma da previdência*. Outra vez percebe-se claramente a utilização da expressão *mutação constitucional* como sinônimo de alteração formal da constituição, o que é refutado por este estudo.

A impressão que se extrai de tais julgados é a de que se buscou apenas sinônimo para a alteração formal da constituição, tendo-se aplicado, no entanto, expressão com significação deveras diversa.

### **VI.3. A adotada utilização da mutação constitucional.**

O terceiro grupo de decisões que utilizaram a mutação constitucional foi classificado como de maior adequação à utilização do instituto – o que significa, apenas, que esta é a forma pela qual o autor entende correta a aplicação e justificação da mutação constitucional, não refletindo sua opinião quanto a ocorrência ou não do fenômeno.

Para a classificação das decisões neste grupo, buscou-se identificar nos argumentos dos ministros sobre a mutação constitucional, a menção às alterações fáticas que patrocinaram uma mudança de compreensão ou interpretação acerca do assunto analisado. O estudo se fundou, portanto, nos argumentos apresentados pelos ministros para justificar a ocorrência da mutação constitucional.

#### **VI.3.1. Reclamação nº 4.335-5/AC.**

Este primeiro caso trata de reclamação ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre, em face de decisão do juiz da Vara de Execuções Penais de Rio Branco, que indeferiu pedido de progressão de regime de 10 (dez) presos condenados pela prática de crimes hediondos, fundado na decisão do STF proferida no HC nº 82.959<sup>119</sup>. Nele serão analisados o voto do Min. Gilmar

---

<sup>119</sup> HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 23/02/2006. Ementa: "PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 -

Mendes (relator) e do Min. Eros Grau. Os outros votos até então proferidos neste caso – Min. Sepúlveda Pertence e Min. Joaquim Barbosa – serão analisados em capítulo separado, por não se enquadrarem nesta classificação<sup>120</sup>.

Em suma, discute-se se há o dever do juiz das Execuções Penais seguir a decisão proferida no mencionado *habeas corpus*, que declarou inconstitucional o art. 2º, §1º, da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90). Artigo este que determinava a proibição de progressão de regime para os comitentes de crimes enquadrados na lei. Como a decisão foi proferida em controle difuso de constitucionalidade, em tese o STF deveria noticiar o Senado que, por meio de resolução, poderia (ou deveria – outra discussão trazida pelo Min. Gilmar Mendes<sup>121</sup>) suspender a eficácia do dispositivo em questão (art. 52, X, CF<sup>122</sup>). A decisão do ministro Gilmar Mendes, seguida pelo Min. Eros Grau, no entanto, ao reconhecer a mutação constitucional incidente sobre este artigo constitucional, atribuiu nova leitura ao texto, uma vez que as decisões do STF seriam dotadas de eficácia transcendente<sup>123</sup>, não mais se justificando a manutenção do ato de suspensão da lei pelo Senado – que daria apenas publicidade do ocorrido.

Sem a pretensão de adentrar à questão da ultrapassagem ou não dos limites da mutação constitucional<sup>124</sup> em ambos os votos ora analisados, como se fez em diversos artigos<sup>125</sup> após a divulgação dos votos na internet, pelo próprio site do STF<sup>126</sup>, a análise se voltará à forma de justificação da ocorrência da

---

INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90".

<sup>120</sup> Vide item VI.4. - Negações à mutação constitucional.

<sup>121</sup> Como faz na 14ª página de seu voto.

<sup>122</sup> "Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal".

<sup>123</sup> Segundo o Min. Gilmar Mendes, as decisões do STF, especialmente as proferidas em controle difuso de constitucionalidade, transcendem o âmbito do caso concreto e incidem sobre as demais relações jurídicas relativas à decisão tomada.

<sup>124</sup> Como trazidos por Konrad Hesse – vide item V.2.

<sup>125</sup> Veja-se, como exemplos: Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso*, [http://www.jusnews.com.br/portal/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=760](http://www.jusnews.com.br/portal/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=760), consultado em 09/11/2009; Lenio Luiz Streck, Vicente de Paulo Barreto e Rafael Tomaz de Oliveira, 'Normas constitucionais inconstitucionais', Consultor jurídico, 19/07/2009: <http://www.conjur.com.br/2009-jul-19/confiar-interpretacao-constituicao-poupa-ativismo-judiciario>; e Oscar Vilhena, *Supremocracia*, Revista Dirieto GV 4 (2), jul-dez 2008, pp. 441-464.

<sup>126</sup> Vide as seguintes notícias publicadas no site do tribunal: "Interrompida análise de RCL contra decisões que vedavam a progressão de regime em crimes hediondos", publicada em 01/02/2007: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=68955&caixaBusca=N>, "STF analisa efeitos da declaração de inconstitucionalidade na vedação de progressão de regime em crimes hediondos", notícia publicada em 19/04/2007, com uma síntese do julgamento: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69651&caixaBusca=N> e

mutação constitucional no caso, isto é, se os argumentos e premissas utilizados dizem respeito ao quanto se defende neste estudo como a legítima ocorrência do instituto. Os votos, no entanto, não foram vistos com bons olhos pela doutrina, sob alegações de violação aos limites da mutação/interpretação constitucional.

Ademais, interessante a respeito destes votos é o fato de o Ministro Gilmar Mendes, em artigo publicado em 2004, já ter se manifestado pela mutação constitucional incidente sobre o art. 52, X, CF<sup>127</sup>, no qual faz construção argumentativa muito semelhante à de seu voto (proferido em 2007), alegando a inutilidade atual da suspensão pelo Senado Federal de lei declarada inconstitucional, tendo em vista a nova concepção e modelo de controle de constitucionalidade adotados pela Constituição Federal de 1988.

Ambas as vezes em que o ministro se posicionou sobre o tema, no voto e no artigo publicado anteriormente, sua linha argumentativa seguiu um padrão adequado ao que se adota neste estudo. Primeiramente, trabalha com uma perspectiva histórica da norma do art. 52, X, CF, que é repetida nas constituições brasileiras desde 1934 – com a única exceção da constituição de 1937. Para o ministro, portanto, o dispositivo foi trazido pela Constituição Federal de 1988 por *índole exclusivamente histórica*<sup>128</sup>, sem, contudo, se ter notado que a norma em jogo teria aplicabilidade vinculada ao antigo modelo de controle de constitucionalidade adotado no país – primordialmente difuso – sendo, destarte, inadequada ao novo modelo adotado pela carta de 1988 – primordialmente concentrado<sup>129</sup> – bem como com a atual concepção de separação de poderes<sup>130</sup>.

Para o ministro, é *outro o contexto normativo*<sup>131</sup>, ou seja, há uma mudança de contexto, em que se insere a norma do art. 52, X, CF, não mais se deixando na mão do Senado Federal a opção pela generalização dos efeitos das decisões do STF, que possuem efeitos transcendentais e muitas vezes reconhecidamente *erga omnes*, como para as súmulas vinculantes, a nova regra da repercussão geral no julgamento de recursos extraordinários, a possibilidade de afastamento da cláusula de reserva de plenário quando o tribunal já tenha se

---

“Íntegra do voto do ministro Eros Grau no julgamento de Reclamação sobre progressão de regime em crimes hediondos”, também publicada em 19/04/2007, mas apenas com o teor do voto: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69653&caixaBusca=N>.

<sup>127</sup> Gilmar Ferreira Mendes, *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*, Revista de Informação Legislativa 162, abr-jun 2004, pp. 149-168.

<sup>128</sup> Rcl. 4.335-5/AC, voto Min. Gilmar Mendes, 27ª página.

<sup>129</sup> Rcl. 4.335-5/AC, voto Min. Gilmar Mendes, 34ª-38ª páginas.

<sup>130</sup> Rcl. 4.335-5/AC, voto Min. Gilmar Mendes, 27ª e 33ª páginas.

<sup>131</sup> Rcl. 4.335-5/AC, voto Min. Gilmar Mendes, 55ª página



manifestado pela (in)constitucionalidade de determinado assunto, a vinculação dos fundamentos determinantes da decisão proferida acerca de direito municipal e a hipótese de controle difuso de constitucionalidade em processo coletivo.

Como se extrai de todos os exemplos apresentados, a decisão proferida pelo Tribunal, mesmo que em controle difuso de constitucionalidade, já teria seus efeitos *erga omnes*, não se cogitando da necessidade de que o Senado interviesse na questão para conferir tal abrangência. Sustenta o Min. Gilmar Mendes que não se poderia mais atribuir tamanha significação à norma do art. 52, X, CF, se em tantas outras hipóteses o efeito vinculante a todos já seria presumido e aplicado. O contexto atual não permitiria que apenas nestes casos de controle difuso de constitucionalidade, em que o STF se posicione constitucionalmente acerca de um tema suscitado individualmente naquele caso, a participação do Senado seja essencial. Esta interpretação do dispositivo, para o ministro, estaria criando uma exceção ao modelo de controle de constitucionalidade não almejada pelo legislador originário – que apenas teria repetido o dispositivo previsto em constituições anteriores, sem, contudo, se ater aos efeitos e propósitos da norma.

Seguindo o voto do Min. Gilmar Mendes, o Min. Eros Grau também se posicionou pela ocorrência da mutação constitucional no caso. Seu trabalho com o tema, contudo, se deu de forma distinta. Para poder falar sobre a mutação constitucional, este ministro parte de uma premissa: *“texto e norma não se superpõem; que o processo legislativo termina no momento do texto – a norma virá depois, produzida no bojo de um outro processo, a interpretação”*<sup>132</sup>, ou seja, há aí a idéia também defendida por Peter Häberle<sup>133</sup>, segundo a qual a norma só se concretiza após interpretada, antes desse momento tem-se apenas um texto normativo que por si só não produz efeitos, não é norma. O texto normativo, portanto, serviria de ponto de partida e limites à interpretação/concretização da norma<sup>134</sup>.

Com essa premissa em mente, o ministro entende ser a mutação constitucional a possibilidade de se enxergar novo texto normativo sobre o

---

<sup>132</sup> Rcl. 4.335-5/AC, voto Min. Eros Grau, p. 2.

<sup>133</sup> Peter Häberle, *“Zeit und Verfassung”*, p. 51.

<sup>134</sup> Rcl. 4.335-5/AC, voto Min. Eros Grau, pp. 5-8.

antigo, sem que este seja formalmente alterado, possibilitando a superação de alguns dos limites anteriormente colocados ao intérprete<sup>135</sup>.

No entender do ministro, a simples mudança de interpretação de um texto normativo sob o rótulo de atualização da norma não bastaria à ocorrência da mutação constitucional. Para que esta ocorra deve-se caminhar de um texto para outro, que o substituiria, e não somente do texto para a norma, como no processo de interpretação corriqueiro. Ou seja, na mutação constitucional não é só o resultado que surge diferente do que se via anteriormente, mas o resultado é assim diverso por se ter alterado o ponto de partida, a compreensão/sentido do texto normativo – pela alteração de pressupostos fáticos, do contexto, da realidade.

Pode-se dizer, então, que o Min. Eros Grau vê a mutação constitucional como uma dilatação dos limites do texto normativo, por decorrência do que denomina como tendência à elasticidade do direito ou seu dinamismo<sup>136</sup>, para que se possa produzir norma mais adequada à realidade. A mudança de sentido ou de compreensão sobre o texto de determinada norma também possui limites, segundo o ministro, não se podendo deixar que tal mudança divirja da coerência da constituição como um todo. Em outras palavras, pode-se dilatar os limites dos dispositivos constitucionais, conquanto tais expansões não ultrapassem os limites da constituição como um todo<sup>137</sup>.

Com esta construção, o Min. Eros Grau aplica a mutação constitucional sobre o art. 52, X, CF, argumentando pela plena adequação do “novo texto normativo” ao *espaço semântico constitucional*, por não haver qualquer oposição entre esta nova concepção do artigo em questão e as demais normas e princípios constitucionais<sup>138</sup>.

Entretanto, apenas por esta construção o voto do Min. Eros Grau não poderia se encaixar neste grupo, uma vez que o critério fundamental adotado neste estudo para a legítima utilização da mutação constitucional é a mudança de compreensão acerca de determinado dispositivo, fundada em mudança de pressupostos fáticos ou do contexto social. Mas apesar da forma singela, pois adota integralmente a posição do Min. Gilmar Mendes a esse respeito<sup>139</sup>, o Min.

---

<sup>135</sup> Rcl. 4.335-5/AC, voto Min. Eros Grau, p. 9.

<sup>136</sup> Rcl. 4.335-5/AC, voto Min. Eros Grau, pp. 7-8.

<sup>137</sup> Rcl. 4.335-5/AC, voto Min. Eros Grau, pp. 10-11.

<sup>138</sup> Rcl. 4.335-5/AC, voto Min. Eros Grau, p. 14.

<sup>139</sup> Rcl. 4.335-5/AC, voto Min. Eros Grau, p. 12.

Eros Grau também faz breve análise da situação do momento do Poder Judiciário, suas atuais funções e das decisões proferidas pelo STF, para, ao final, defender a condição obsoleta do art. 52, X, CF, por não mais corresponder às necessidades atuais e ao modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, se enquadrando, pois, à adotada utilização da mutação constitucional.

### **VI.3.2. Decisões sobre a prisão civil do depositário infiel (HC nº 90.450/MG; HC nº 94.695/RS; HC nº 98.893 MC/SP; HC nº 96.772/SP).**

Foram agrupadas as quatro decisões acerca da possibilidade ou não de prisão civil do depositário infiel, porque todas foram proferidas pelo Min. Celso de Mello e, portanto, tratam da mutação constitucional da mesma forma.

Merece destaque inicial o fato de os *habeas corpus* nº 90.450-5/MG e 94.695-0/RS, julgados em 23/09/2008, efetivamente tratarem do tema e o analisarem mais detalhadamente, enquanto a decisão cautelar no HC nº 98.893/SP apenas transcreve a ementa do primeiro caso (que se refere à mutação constitucional) e o HC nº 96.772/SP trata da mutação constitucional apenas em sua própria ementa (muito semelhante a dos dois primeiros casos), mas sem qualquer menção ao instituto no decorrer da decisão proferida.

Diante da situação apresentada a análise será baseada, principalmente, nos HCs nº 90.450-5/MG e 94.695-0/RS, com voto praticamente idêntico proferido pelo Min. Celso de Mello, também relator em ambos, com a única diferença de que no último argumenta-se acerca do afastamento da Súmula 691/STF, não suscitada no primeiro. No mais, as decisões são *ipsis literis* idênticas.

O foco desta análise, dado o objetivo deste estudo, recai essencialmente nos argumentos utilizados para apresentação e justificação da ocorrência da mutação constitucional no caso. As demais informações acerca das decisões analisadas, tanto neste como noutros itens deste estudo, por motivos didáticos e de organização do trabalho são apresentados como apêndices<sup>140</sup>.

A posição do Min. Celso de Mello a respeito dessa situação pode ser sintetizada com sua afirmação de que “*não mais subsiste, no sistema normativo*

---

<sup>140</sup> Para os casos relacionados à prisão civil do depositário infiel, vide apêndice nº IV.

*brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária (...)*<sup>141</sup>, tese central de seus votos, que pode ser subdividida em seus dois principais argumentos ou justificativas: a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos<sup>142</sup> e a mutação constitucional que, segundo ele, é *instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da constituição*<sup>143</sup>, desde logo demonstrando a correta utilização do instituto, quando o define na própria ementa da decisão, como:

“(...) interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da república, se e quando imperioso compatibilizá-la, **mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea.** (HC 90.450-5/MG, fls. 355, grifei)

Nesse sentido, o ministro estrutura seu raciocínio partindo da premissa de que a insubsistência da prisão civil do depositário infiel no ordenamento brasileiro deriva de uma inicial mudança de perspectiva no âmbito internacional<sup>144</sup>, vinculando esta evolução à necessidade do STF conferir verdadeira efetividade ao sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana, o qual se concretizaria apenas na adequação da jurisprudência da Corte às concepções que atualmente prevalecem no cenário internacional<sup>145</sup>.

Assim é que, a partir dessa premissa de mudança de perspectivas no cenário internacional, o Min. Celso de Mello argumenta pela necessidade e dever de atualização do texto constitucional às novas tendências, o que se deveria realizar via mutação constitucional. Atribui, então, à interpretação constitucional *a prerrogativa judicial* de reformular os textos normativos “*em face de novas e cambiantes realidades sequer existentes naquele particular momento histórico em que tais regras foram concebidas e elaboradas*”<sup>146</sup>.

---

<sup>141</sup> HC 90.450-5/MG, fls. 354.

<sup>142</sup> Votos proferidos em momento anterior à fixação da nova posição do STF, que, seguindo a corrente liderada pelo Min. Gilmar Mendes, atribui hierarquia supralegal, mas infraconstitucional, aos tratados internacionais de direitos humanos (HC 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento 03/12/2008. Ementa: “PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.”).

<sup>143</sup> HC 90.450/MG, fls. 397.

<sup>144</sup> Conforme afirma às fls. 366 do HC nº 90.450/MG, quando expressamente traz a idéia de *nova perspectiva no plano do direito internacional*, pelo tratamento subjetivo que se passa a conferir à pessoa humana inclusive pelo direito internacional público.

<sup>145</sup> HC nº 90.450/MG, fls. 393-394.

<sup>146</sup> HC nº 90.450/MG, fl. 395.

Prossegue o ministro em sua argumentação acerca da necessidade da mutação constitucional, com trecho que, além de sintetizador da idéia que se adotada neste estudo à aplicação da mutação constitucional, resume o argumento por ele apresentado e, portanto, merece ser transcrito:

“Na realidade, a interpretação judicial, ao conferir sentido de contemporaneidade à Constituição, nesta vislumbra um documento vivo a ser permanentemente atualizado, em ordem a viabilizar a adaptação do ‘*corpus*’ constitucional às novas situações sociais, econômicas, jurídicas, políticas e culturais surgidas em um dado momento histórico, para que, mediante esse processo de ‘*aggiornamento*’, o estatuto fundamental não se desqualifique em sua autoridade normativa, não permaneça vinculado a superadas concepções do passado, nem seja impulsionado, cegamente, pelas forças de seu tempo.

“Ou, em outras palavras, a interpretação emanada dos juízes e Tribunais, será tanto mais legítima quanto mais fielmente refletir, em seu processo de concretização, o espírito do tempo, aquilo que os alemães denominam ‘*Zeitgeist*’.

Em uma palavra, Senhores Ministros: a interpretação judicial há de ser vista como instrumento juridicamente idôneo de mutação informal da Constituição (...).” (HC nº 90.450/MG, fls. 396-397)

Por tais razões, tendo sido diretamente relacionada à mudança de interpretação/compreensão acerca da prisão civil do depositário infiel a mudança de perspectivas fáticas da sociedade – principalmente da comunidade internacional – e a função atualizadora da interpretação constitucional, é que se permitiu classificar como legítima a aplicação da mutação constitucional nestes casos.

### **VI.3.3. ADPF 46.**

Outra adequada utilização da mutação constitucional pode ser reconhecida no recente voto do Min. Marco Aurélio no julgamento da ADPF 46, o caso do monopólio dos correios. O ministro foi relator da ação, tendo sido, contudo, vencido integralmente quanto ao mérito da causa, pois a julgava integralmente procedente, tendo sido ao final declarada a total improcedência da causa, nos termos do voto do Min. Eros Grau, designado redator para o acórdão<sup>147</sup>.

Em síntese, a ação, proposta pela Associação Brasileira das Empresas de Distribuição – ABRAED, questionava a recepção pela Constituição Federal de 1988, da Lei nº 6.538/78, que conferia à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, o monopólio de entrega de correspondências, o que feriria princípios como os da livre concorrência, livre iniciativa e livre exercício de

---

<sup>147</sup> Vide nota nº 22.

qualquer trabalho, principalmente por conta do monopólio não ser determinado pela constituição, mas por lei ordinária advinda do regime militar (quando a constituição permitia o estabelecimento de monopólios por lei ordinária).

Nesse contexto, o voto do Min. Marco Aurélio pode ser resumido como se baseado na seguinte indagação:

“(...) qual o significado do teor do inciso X do art. 21? Será que o sentido da expressão ‘manter o serviço postal’ é hoje o mesmo de duzentos anos atrás, quando, pelo Alvará de 20 de Janeiro de 1798, instituiu-se que competia aos Poderes Públicos o processo de organização postal dos Correios Terrestres? Será que se está condenado a ficar permanentemente atrelado ao passado, ignorando que o sentido das normas também é condicionado pela evolução da vida, da vida em sociedade?”<sup>148</sup>

Assim é que o ministro faz sua construção do tema, trabalhando, como fez o Min. Gilmar Mendes no julgamento da Rcl. 4.335-5/AC, com uma perspectiva histórica para existência do dispositivo constitucional questionado – aqui o art. 21, X, CF, lá o art. 52, X, CF – não aceitando que seja atualmente idêntica a interpretação do dever de manutenção do serviço postal pelo Estado daquela adotada em 1934, quando inserido na ordem constitucional brasileira e até então mantido.

Na construção de seu voto, interessante notar que o ministro insiste na necessária diferenciação da interpretação que deve ser dada às normas em épocas distintas, expondo uma visão – também adotada por este autor – de que a realidade fática condiciona a interpretação do direito e é aspecto fundamental para a percepção da mutação constitucional, que, como dito, ocorrerá na hipótese de, mantendo-se a norma no tempo, altera-se a realidade fática vivenciada e, portanto, a interpretação de se deve realizar sobre o direito<sup>149</sup>. Um exemplo de tal argumentação adotada e reiterada no voto pode ser identificada no seguinte trecho:

“Com isso, quero dizer que a atuação da Corte não pode ser mecânica e apenas repetitiva das interpretações que até puderam ter feito sentido em um passado remoto, mas que não mais se coadunam com a realidade. Ao sobrelevar a importância da força normativa do Diploma Básico, friso a necessidade de este Tribunal concretizar e realizar os preceitos constitucionais de forma ótima,

---

<sup>148</sup> ADPF 46, voto Min. Marco Aurélio, p. 24.

<sup>149</sup> Destacam-se, neste aspecto, trechos como a parte final da página 22 e início da 23; final da página 24 e início da 25; final da página 31 e início da 32; e final da página 45 e início da 46, dentre outros, do voto do Min. Marco Aurélio neste caso – ADPF 46.

o que se traduz na observância do processo dialético e ininterrupto do condicionamento entre a norma e a realidade.”<sup>150</sup>

Além disso, questionamentos como: “*Pode a Corte olvidar as transformações sociais e tecnológicas que ocorreram no País nesse meio século e entender que o significado do verbo ‘manter’, núcleo do inciso X do artigo 21, é o mesmo de dois séculos atrás?*”<sup>151</sup> e “*O que significa, no contexto social do momento, o verbo ‘manter’, inserido no inciso X do artigo 21?*”<sup>152</sup>, demonstram, com certa clareza, o entendimento do ministro quanto à mutação constitucional, na forma adotada neste estudo.

O argumento principal do Min. Marco Aurélio permeia sua convicção de que a expressão *competete à União manter o serviço postal*, deve ser interpretada tendo em vista os princípios constitucionais, em especial a livre iniciativa, a livre concorrência e o livre exercício de qualquer trabalho tal qual atualmente aceitos, para que se coadune com o atual panorama da sociedade brasileira, motivo pelo qual não mais autorizariam a manutenção de tal serviço como de monopólio (ou exclusividade) de empresa estatal.

Novamente se vê a justificativa para a mutação constitucional fundada na mudança de contexto, de pressupostos, decorrente da evolução histórica ocorrida desde a primeira previsão de tal competência à União (art. 5º, VII, CF/1934) até o presente momento:

“Se a proposição normativa – qual seja, o invólucro no qual se situa a norma – não evoluiu com o passar do tempo, de modo que incansavelmente dispôs o texto constitucional competir à União manter os serviços postais, a mesma coisa não é dado afirmar relativamente ao alcance do verbo ‘manter’. Se no plano constitucional, à época da Primeira República, ainda no século XIX, entendia-se que somente o Poder Público poderia desincumbir-se da missão de entregar correspondências, a mesma interpretação não pode mais ser implementada nos dias atuais, sem que seja tida como destoante dos novos e benfazejos ditames constitucionais, da realidade fática normativa”.<sup>153</sup>

O Min. Marco Aurélio ainda aponta outros aspectos interessantes para compreensão seja do tema em análise no caso (regime jurídico dos serviços de entrega de correspondência), seja do tema em análise nesta pesquisa. Abordagens sucintas, mas relevantes, como os apontamentos acerca da visão econômica da forma de atuação do estado, do extremo liberalista ao *welfare*

---

<sup>150</sup> ADPF 46, voto Min. Marco Aurélio, pp. 22-23.

<sup>151</sup> ADPF 46, voto Min. Marco Aurélio, pp. 31-32.

<sup>152</sup> ADPF 46, voto Min. Marco Aurélio, p. 46.

<sup>153</sup> ADPF 46, voto Min. Marco Aurélio, pp. 24-25.

*state*, até às compreensões hodiernas; as justificativas para a instituição dos primeiros monopólios estatais – chamados monopólios naturais; assim como, por fim, a visão que hoje muito se atribui à acepção ‘manter’, quando no bojo de normas jurídicas – transparecendo um dever de atuação subsidiária, auxiliam na compreensão de que apesar da manutenção do texto normativo, sua significação muda no decorrer do tempo, de acordo com as mudanças da própria sociedade que está a regular.

A classificação, portanto, fica clara quando se nota que toda a argumentação do Min. Marco Aurélio tem como justificativa a atualização do preceito constitucional, ou melhor, a compatibilização de dispositivo constitucional que se mantém intacto desde a constituição de 1934, com a atual realidade fática e os preceitos hoje vigentes.

#### **VI.4. Negações à mutação constitucional.**

Relevante papel na pesquisa realizada foi protagonizado pelas decisões que serão aqui apresentadas, ou seja, aquelas que tratam da mutação constitucional de forma expressa, mas para negá-la, afastá-la da situação a se analisar. Os ministros, quando assim procedem, não negam a possibilidade de uma mutação da constituição, porém afastam sua incidência em determinado caso, justificando seus motivos – o que traz consigo a idéia dos limites da mutação constitucional determinados pelo próprio tribunal, bem como interessantes comentários acerca do instituto.

Os três casos identificados como deste grupo aparecem, interessantemente, quando houve outra menção à ocorrência da mutação constitucional em outros votos proferidos no mesmo caso. No entanto, em apenas dois – Rcl 4.335-5/AC e ADI 3.838 MC/DF – as menções são relacionadas, ou seja, os votos dialogam entre si, enquanto no terceiro caso – MS 26.602/DF – não possuem qualquer relação, seja quanto ao momento de sua alegação ou à questão relacionada à mutação.

Na Rcl 4.335-5/AC, os votos analisados – Min. Sepúlveda Pertence e Min. Joaquim Barbosa<sup>154</sup> – foram proferidos após os Ministros Gilmar Mendes e Eros

---

<sup>154</sup> Diferentemente dos demais votos ou decisões analisados neste trabalho, os votos dos ministros Joaquim Barbosa e Sepúlveda Pertence, proferidos n Rcl 4.335-5/AC foram obtidos por contato telefônico direto com o gabinete de cada um dos ministros. No caso do Min. Sepúlveda Pertence, o



Grau apresentarem suas posições a favor do reconhecimento da mutação constitucional. Tais votos, portanto, aparecem como resposta à argumentação dos ministros que reconheciam a ocorrência do instituto.

No voto do Min. Sepúlveda Pertence, por exemplo, é expressa sua preferência por não utilizar a mutação constitucional para que não haja má repercussão da atuação do Supremo, chegando a afirmar que não aceita a ocorrência da mutação constitucional *“por decreto do poder que com ela se ampliará; o que, a visões mais radicais, poderia ter o cheiro de golpe de Estado”*<sup>155</sup>.

O receio das circunstâncias que poderiam advir do reconhecimento da mutação constitucional no caso faz o ministro, mesmo reconhecendo a efetiva existência dos fundamentos para a mutação, rejeitar sua aplicação alegando desnecessidade, uma vez que a situação poderia ser solucionada via edição de uma súmula vinculante<sup>156</sup>. Este posicionamento do Min. Sepúlveda Pertence expõe a insegurança na utilização de mecanismo novo para a prática constitucional brasileira, que fora criado pela doutrina, ou seja, sem limites e funções claramente definidos, e capaz de conferir poder demasiadamente amplo ao STF.

Já o Min. Joaquim Barbosa pretende estabelecer critérios preliminares para o reconhecimento da mutação constitucional, quais sejam, (i) a decorrência de grande período de tempo e (ii) o efetivo desuso da norma<sup>157</sup> e afasta a incidência do instituto por acreditar não estarem preenchidos nenhum dos dois, sem indicar, contudo, qual seria o período de tempo necessário para se constatar uma efetiva mudança de contexto da sociedade assim como entendendo não estar em desuso a norma do art. 52, X, CF. Isto porque o Senado Federal, desde 1988 já teria suspenso *a execução de dispositivos de quase 100 normas declaradas inconstitucionais* – sendo sete em 2006 e uma até aquele momento de 2007. Não faz o ministro, porém, qualquer comparação de tais dados com o número de decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF até aquele momento, bem como não relaciona a data da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo tribunal com a data da efetiva suspensão da execução da lei, fatores estes que

---

contato se deu com o gabinete de seu sucessor, Min. Menezes Direito, hoje gabinete do Min. Dias Toffoli.

<sup>155</sup> Rcl 4.335-5/AC, voto Min. Sepúlveda Pertence, 1ª página.

<sup>156</sup> Rcl 4.335-5/AC, voto Min. Sepúlveda Pertence, 4ª e 5ª páginas.

<sup>157</sup> Rcl 4.335-5/C, voto Min. Joaquim Barbosa, 4ª página.

seriam de grande importância para uma efetiva pretensão de se conhecer a efetividade da norma constitucional em questão.

Em outro caso, na decisão cautelar da ADI 3.838/DF, o Min. Gilmar Mendes, então vice-presidente do tribunal, nega a ocorrência da mutação constitucional que havia sido alegada na petição inicial, para fundamentar o pleito de mudança de posicionamento do tribunal, por suposta mudança de contexto, ou *valores sociais*, como utilizado na própria petição<sup>158</sup>. Em síntese, a ação, proposta em 2006, pelo então governador do estado do Espírito Santo, Paulo Cesar Hartung Gomes, pretende sejam declarados inconstitucionais alguns dispositivos da Resolução nº 5/06 do Conselho Nacional do Ministério Público, que, entre outras disposições, determina a proibição aos *membros do Ministério Público exercerem qualquer outra função pública, salvo uma de magistério* (art. 2º, *caput*).

O Min. Gilmar Mendes, em breve passagem de sua decisão proferida em sede cautelar afasta completamente a ocorrência da mutação constitucional, apontando, como fez o Min. Joaquim Barbosa no caso acima analisado, alguns critérios para tal aferição, tais como (i) a atualidade dos precedentes que se pretende superar e (ii) a diferença entre mudança de contexto e mudança de interesses de um determinado grupo, concluindo sua argumentação com passagem de Hesse, em seu *A força normativa da constituição*, no qual destaca a força condicionante dos fatos da vida na interpretação constitucional, ressaltando que tais fatos não podem se confundir com interesses particulares, o que seria temerário à ordem constitucional e rumaria em sentido contrário à necessária força normativa da constituição<sup>159</sup>.

De outro lado, no Mandado de Segurança nº 26.602/DF, o Min. Eros Grau usa a mutação constitucional não como resposta à utilização de outro ministro, mas como justificativa da inadmissibilidade do mandado de segurança – questão em que foi vencido pelo voto dos demais ministros. Para o ministro, não há como se alegar direito líquido e certo de um partido político na cassação do mandato de um parlamentar eleito pela chapa, mas que posteriormente troca de partido, por não existir previsão legal para tanto. Uma vez que o argumento principal acerca da fidelidade partidária é fundado em parecer do Tribunal Superior

---

<sup>158</sup> Petição inicial da ADI 3.838/DF disponível no *site* do STF, consulta em 25/10/2009: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2475599>.

<sup>159</sup> ADI 3.838 MC/DF, decisão monocrática Min. Gilmar Mendes, pp. 9-10.

Eleitoral, não há direito líquido e certo no caso. Assim, só se poderia admitir a ação se ocorrida mutação constitucional a instituir nova hipótese de perda de mandato por parlamentar, o que, segundo o ministro, seria ilegítimo e configuraria atividade legislativa proporcionada pelo STF<sup>160</sup>.

Diante do exposto, pode-se perceber que não somente o reconhecimento da mutação constitucional traz informações para o estudo do instituto e sua aplicação no STF, mas sua negativa também é de grande valia, fornecendo valiosas informações sobre o tema, principalmente alguns de seus limites, sua aplicabilidade, conceito e, o que se mostrou muito interessante, a visão dos ministros acerca do instituto, ora se mostrando avessos a sua aplicação, ora se mostrando adeptos, inclusive utilizando-o como parâmetro para decisões.

#### **VI.5. Exceções.**

Como toda regra – não que esta seja exatamente uma, mas se assemelha pela tentativa de determinação – há exceções à classificação da utilização da mutação constitucional. Exceções estas que se apresentam em dois casos nos quais não foi possível a classificação exata em algum dos grupos criados para tanto. Eis os casos excepcionais: ADI 1.484/DF e ADI 3.929 MC/DF. Os motivos da excepcionalidade serão analisados individualmente, pretendendo-se justificar cada caso, para que não haja dúvidas acerca de tal situação.

A decisão cautelar proferida na ADI 3.929/DF possui sua classificação facilmente justificável, uma vez que a mutação constitucional só aparece em seu texto quando citado o artigo redigido pelo Min. Gilmar Mendes denominado "*O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*". Como a ação trata dos limites da atuação do Senado Federal na edição de resoluções que suspendam lei federal, ou alguns de seus dispositivos, após decisão do STF em controle difuso (art. 52, X, CF), houve menção ao trabalho acadêmico do Min. Gilmar Mendes, no entanto, não se cogitou em momento algum da mutação constitucional, restringindo-se a análise à questão da atuação do Senado. Portanto, pode-se sintetizar a condição excepcional da ADI 3.929 MC/DF, pelo fato de, apesar de expressamente se referir à mutação constitucional, não a aborda em momento algum, visto que a menção se refere a trecho do título de obra citada no bojo da decisão.

---

<sup>160</sup> Rcl 4.335-5/AC, voto Min. Eros Grau, pp. 203-204.

Já a ADI 1.484/DF foi enquadrada neste grupo por motivo diverso. Primeiramente, deve-se esclarecer que esta era uma ADI por omissão, que sustentava a omissão parcial da Lei nº 9.295/96, que viria para substituir o antigo Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62), por não regular todos os aspectos necessários para o exercício das atividades e prestação de serviços de telecomunicações. No entanto, foi a ação julgada prejudicada por perda de objeto, vez que foi promulgada a Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações).

Embora tenha sido considerada prejudicada, em sua decisão monocrática o Min. Celso de Mello faz longa dissertação acerca das omissões legislativas, trazendo dentre suas considerações a tese sustentada por Anna Cândida da Cunha Ferraz (*Processos informais de mudança da constituição*), segundo a qual a inércia estatal, inclusive na edição de leis, provoca uma mudança informal na constituição, batizada pela autora de mutação inconstitucional<sup>161</sup>, uma vez que o alcance da constituição é alterado por conta de uma paralisação de sua aplicação em determinado segmento, podendo culminar no extremo da descrença na constituição<sup>162</sup>. Neste caso, portanto, devido a não aplicação da mutação constitucional, bem como à abordagem peculiar do tema, segundo corrente doutrinária minoritária, justificou-se a excepcionalidade.

## **VI.6. Conclusões parciais.**

Algumas breves e objetivas conclusões serão desde logo apresentadas, para que se melhor desenvolva o presente estudo. Além disso, tais conclusões são de extrema importância para o quanto será a partir de então analisado, uma vez que parte das conclusões constitui o ponto de partida para o estudo a ser elaborado na *parte II*, apresentada a seguir.

Em primeiro lugar, o tempo e o direito devem ser constantemente relacionados, uma vez que a interação destes dois fatores exerce fundamental papel no desenvolvimento da sociedade e não desvirtuação da ordem social. O direito trabalha com o equilíbrio entre passado e futuro para o desenvolvimento regular e próspero do presente.

---

<sup>161</sup> Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos informais de mudança da constituição*, pp. 217-233.

<sup>162</sup> ADI 1.484/DF, decisão monocrática Min. Celso de Mello, pp. 7-8.

Considerada a relação entre tempo e direito, este último vive em constante dinamismo, devendo se adequar às situações e exigências dos novos contextos sociais, motivando uma possível mutação constitucional.

A respeito da mutação constitucional, apesar das diversas posições e construções doutrinárias, pode ser definida como mudança de interpretação ou visão sobre determinada disposição constitucional (normas ou princípios), motivada pela mudança de contexto fático, de pressupostos, concepção e demais fatores sociais, políticos, econômicos, culturais, etc. que exigem ou impulsionam tal alteração.

Sua utilização na jurisprudência brasileira ainda não é uniforme e aparece de três maneiras completamente distintas: (i) como simples mudança de interpretação acerca de determinado dispositivo constitucional; (ii) mudança formal da constituição (processo de emendamento); e (iii) a adotada forma de utilização da mutação constitucional, que observa os requisitos acima elencados, condicionando a mudança ocorrida à alteração no plano fático, de contexto, pressuposto, concepção, etc.

A identificação da adequada utilização da mutação constitucional ocorreu em três casos diferentes (depositário infiel, suspensão de lei, pelo Senado Federal, declarada inconstitucional em controle difuso e monopólio/exclusividade da prestação do serviço postal), cada um deles, como se pode notar, representa diferente área regulada pelo direito: direitos fundamentais, organização e funcionamento do Estado e a economia, respectivamente.

Partindo-se de tais conclusões poder-se-á desenvolver a análise seguinte, a qual, a partir dos três campos identificados como de reconhecimento de uma legítima mutação constitucional, pelo STF, tentará desenvolver prognósticos e/ou perspectivas para futuras utilizações do instituto, nestes mesmos campos de estudo – Estado, direitos fundamentais economia. Dessa forma, tem-se como premissa inicial para este desenvolvimento, as constantes modificações ocorridas em tais grandes campos, dotados de relações dinâmicas e necessárias alterações que nem sempre podem aguardar o tempo do direito para que se concretizem.

Assim se pergunta: para toda alteração ocorrida na sociedade seria necessária uma mudança formal dos textos constitucionais? Qual a visão dos ministros do STF a esse respeito? Poder-se-ia prever a atuação do tribunal como atualizador do direito? Enxergar o direito como integrador da sociedade,

legitimaria a Corte constitucional a interpretá-lo de forma a compatibilizá-lo com o novo contexto social? Nesse novo contexto, seria o legislador o único capaz de atualizar a norma ou existiriam novas funções aos Poderes do Estado?

Estas algumas perguntas que norteiam o estudo que se seguirá.

## PARTE II

### VII. ESCLARECIMENTO

A partir da análise realizada sobre a mutação constitucional e de sua aplicação na jurisprudência brasileira, pode-se destacar três casos como característicos de uma adequada aplicação do instituto pesquisado.

Tais casos – Rcl nº 4.335/AC (aplicabilidade do art. 52, X, CF); Casos decididos acerca da prisão civil do depositário infiel (HC nº 90.450/MG; HC nº 94.695/RS; HC nº 98.893 MC/SP; HC nº 96.772/SP); e a ADPF 46 (monopólio dos correios) – representam questões de intensa modificação fática, nas quais pode-se cogitar da ocorrência da mutação constitucional.

Encontram-se representadas neste conjunto de decisões, (i) a forma e organização do Estado (Rcl 4.335/AC), (ii) os direitos fundamentais (decisões sobre a prisão civil do depositário infiel) e (iii) a economia (ADPF 46). Questões encontradas na “ordem do dia” e alvo de inúmeros debates, seja dentro das atribuições dos três poderes estatais, seja na própria sociedade. As discussões que destes pontos deflagram, as intensas mudanças perceptíveis no plano fático em cada um destes grupos, bem como a repercussão na sociedade e efeitos de cada mudança ocorrida nestes campos, nos leva a conclusão de que a mutação constitucional tende à maior incidência, ao menos inicialmente, em áreas tais quais as aqui representadas.

As incessantes mudanças fáticas vivenciadas nestes três grandes campos trazem consigo certo transtorno aos juristas, principalmente àqueles mais voltados ao formalismo e ao positivismo<sup>163</sup> ou, como apresentado pelo Min. Eros Grau em seu voto na Rcl 4.335-5/AC, aqueles mais tendentes à rigidez do

---

<sup>163</sup> Sintetiza o assunto Luís Roberto Barroso: “o positivismo jurídico foi a importação do positivismo filosófico para o mundo do Direito, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça.” Prossegue o autor esclarecendo que o formalismo é característica do positivismo e pode ser assim definido: “a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão.” (Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da constituição*, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 324-325).

direito<sup>164</sup>. O direito, qualquer que seja o objeto de sua normatização, na teoria, não poderia sofrer fáceis alterações, principalmente no âmbito constitucional. O processo formal e dificultoso deveria ser integralmente cumprido para que se promovesse a mudança pretendida. Seria tal concepção compatível à realidade atual? Deveria o direito, com suas dificuldades e burocratizações, reter as mudanças da sociedade?

Numa concepção como esta acima, descarta-se a possibilidade de que as mudanças já tenham ocorrido no âmbito fático ou de que sejam urgentes, não sendo possível o aguardo do término das negociações políticas que emergem quando pretendida uma emenda à constituição. Não são todos os casos em que se permite aguardar a satisfação do jogo de interesses de cada uma das bancadas políticas do país. Mudanças econômicas, por exemplo, podem causar estragos inimagináveis se não promovidas com a devida celeridade<sup>165</sup>, sem falar da violação a direitos humanos e fundamentais que se pode provocar com a não aceitação de novas perspectivas já adotadas na sociedade.

Assim, como já introduzido acima e adiante mais detalhado, nos casos em que se identificou a mais adequada utilização da mutação constitucional, verificou-se, independentemente da corrente doutrinária adotada e da concordância do autor com a mutação apresentada, um claro contraste entre a situação fática anterior e a da época do julgamento, demonstrando-se que o contexto regulado pelo legislador originário não mais se refletia naquilo que se vivenciava, sendo de rigor a mudança de compreensão de certos pressupostos, anteriormente dados como certos e fixos, para a adequação da letra constitucional à nova realidade.

Situações como a abstratamente descrita acima são facilmente exemplificadas: a concepção das relações amorosas apenas entre pessoas de sexos opostos já integra o passado; a idéia de tripartição dos poderes, com cada um exercendo somente sua função típica, também não se mostra mais adequada à atual sociedade; bem como a fixação do câmbio pelo Estado, a liberdade total dos mercados e a limitação dos juros reais também constituem situações já ultrapassadas, não mais compatíveis com a sociedade humana, dinâmica e globalizada em que vivemos.

---

<sup>164</sup> Rcl 4.335-5/AC, voto Min. Eros Grau, p. 2.

<sup>165</sup> Vide ADI 4 MC/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 19/10/1988, e ADI 4/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 07/03/1991.



Adota-se, então, como premissa, a idéia de *sociedade aberta dos intérpretes da constituição*<sup>166</sup>, segundo a qual “*quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la*”<sup>167</sup>, motivo pelo qual, alterado o contexto ou as concepções dos cidadãos, altera-se automaticamente a compreensão ou a interpretação dada à norma. Caso contrário, retomar-se-ia a pergunta acerca da legitimidade do direito na limitação ou retenção do avanço e das mudanças vivenciadas pela sociedade. Seria o direito feito para a sociedade e sua harmoniosa convivência ou a sociedade que seria formada pelo direito, sendo por ele coordenada e somente por ele alterada?

José Eduardo Faria também compartilha deste questionamento: “(...) *em que medida um poder constituinte originário pode impor ad eternitates uma vontade democrática para o futuro?*”<sup>168</sup> Chegando ao ponto de questionar a legitimidade das cláusulas pétreas: “(...) *por mais democrática que seja no momento de sua promulgação, é moralmente aceitável que um texto constitucional possa, com seus dispositivos de intangibilidade ou irreversibilidade material, sob a forma de cláusulas pétreas, bloquear a capacidade de autodeterminação jurídica das gerações vindouras?*”<sup>169</sup>

Não se pretende chegar a este extremo, mas é neste caminho e para a compatibilização da previsão do constituinte à realidade que se busca a legitimação da mutação constitucional.

Sendo, portanto, a economia, os direitos fundamentais e a organização do Estado os campos em que reconhecida a ocorrência da mutação constitucional na forma adotada por este estudo, em decisões do STF e também admitidas as constantes mudanças no âmbito fático dessas matérias – o que será adiante apresentado – buscar-se-á identificar nos casos já decididos a forma de utilização da mutação constitucional e, a partir de então, tentar aplicar as conclusões e evidências em casos a serem julgados – que se enquadrem nestes mesmos campos – para elaboração de prognósticos, a fim de colocar à prova a hipótese inicial de que há, nestas áreas, uma propensão à mutação constitucional, seja por conta da extensa regulação constitucional, seja pela intensa mudança fática ou pela combinação destes dois fatores.

---

<sup>166</sup> Peter Häberle, *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição*.

<sup>167</sup> Peter Häberle, *Hermenêutica constitucional...*, p. 13.

<sup>168</sup> José Eduardo Faria, “*Entre a rigidez e a mudança: a constituição no tempo*”, Revista Brasileira de Direito Constitucional, 2, 2003, p. 201.

<sup>169</sup> José Eduardo Faria, “*Entre a rigidez e a mudança: a constituição no tempo*”, p. 201.

## VII.1. Procedimento de pesquisa.

Para o desenvolvimento desta parte da pesquisa, como de certa forma já desenhado, foram selecionados os casos em que na *Parte I* deste estudo se classificou como de legítima ocorrência da mutação constitucional, quais sejam, a Rcl nº 4.335-5/AC; HC nº 90.450/MG; HC nº 94.695/RS; HC nº 98.893 MC/SP; HC nº 96.772/SP (estes quatro *habeas corpus* referem-se à prisão civil do depositário infiel); e a ADPF nº 46. Tais casos serão aqui denominados *casos paradigma*.

Importante se lembrar que a análise será feita com base na utilização da mutação constitucional pelos Ministros do STF, motivo pelo qual não serão consideradas para extração de qualquer conclusão que aqui se fará a condição de voto vencido ou vencedor, ou se o argumento fez ou não parte da decisão final do tribunal.

Do outro lado, a seleção de *perspectivas*, como serão denominados os casos em que se pretende fazer uma projeção da utilização da mutação constitucional pelo STF, foram selecionados livremente pelo autor, obedecendo aos seguintes critérios: (i) um caso referente a cada um dos campos estudados (organização do Estado, direitos fundamentais e economia); (ii) expectativa de mudança de posicionamento do STF; e (iii) evidências ou indícios de que a mudança de posicionamento do tribunal possa se justificar via mutação constitucional.

Diante de tais critérios e dos casos que aguardam julgamento perante o STF – estes que podem ser encontrados por pesquisa na pauta de julgamentos do tribunal<sup>170</sup> e nas notícias publicadas na mídia, inclusive nas próprias *Notícias STF*<sup>171</sup> – foram selecionados para formulação de prognósticos: (i) o Mandado de Segurança nº 27.931/DF<sup>172</sup>, sobre a organização e funcionamento do Estado; (ii) a ADPF nº 132<sup>173</sup> e a ADI nº 4.277<sup>174</sup>, ambas sobre os direitos fundamentais; e (iii) a ADI nº 1.668<sup>175</sup>, abordando o tema da economia.

---

<sup>170</sup> Vide pauta temática do STF: <http://www.stf.jus.br/portal/pauta/pesquisarPautaTematica.asp>.

<sup>171</sup> Vide: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/listarNoticiaUltima.asp>.

<sup>172</sup> Mandado de Segurança preventivo impetrado contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados, Michel Temer, que conferiu nova interpretação ao art. 62, §6º, CF, para que as medidas provisórias pendentes de deliberação na Câmara não mais tranquem totalmente a pauta da casa legislativa.

<sup>173</sup> Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro que, em suma, discute a possibilidade de reconhecimento da união entre casais homossexuais para fins de reconhecimento de direitos aos funcionários públicos daquele estado.

Para a análise dos casos abordados nesta parte da pesquisa, tanto os *paradigmas* quanto os *casos perspectiva*, foram elaborados dois modelos para síntese e extração das mais relevantes informações de cada caso<sup>176</sup>. Nesses modelos de análise, buscou-se identificar informações relevantes para o objetivo desta pesquisa como a mutação apresentada nos julgamentos dos *casos paradigma*, a forma pela qual introduzida a mutação (*ratio decidendi* ou *obiter dictum*), bem como se deixou alguma evidência para futuras utilizações do instituto. Já nos *casos perspectiva*, tentou-se identificar a mudança de pressuposto fático ocorrida sobre o tema específico da ação, se os dispositivos questionados seriam aqueles que sofreriam a mutação constitucional e se há alguma evidência fática ou precedente para que se possa cogitar de uma possível aplicação da mutação constitucional ao caso.

---

<sup>174</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pela então Procuradora Geral da República, pleiteando, em síntese que será mais adiante aprofundada, o reconhecimento das uniões homoafetivas.

<sup>175</sup> Ação referente à “nova” lei de telecomunicações, Lei nº 9.472/97. O ponto a ser aprofundado neste caso refere-se especificamente à constitucionalidade da prestação dos serviços de telefonia móvel em regime privado.

<sup>176</sup> Vide Apêndices VI e VII.

## VIII. A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E O ESTADO

A organização do Estado brasileiro como social e democrático de direito<sup>177</sup> não é antiga, é muito recente a história do Brasil como um Estado criado e regido por uma constituição; com agentes públicos eleitos periodicamente e responsáveis por seus deveres; com participação popular no exercício do poder (direta ou indiretamente); com a possibilidade dos cidadãos oporem seus direitos frente ao próprio Estado e sendo este ainda responsável por uma atuação positiva na geração de desenvolvimento e justiça social<sup>178</sup>.

Vinte e um anos constituem tempo insuficiente para qualquer conclusão definitiva acerca do sucesso ou não da organização do Estado brasileiro, feita pela Constituição de 1988. De qualquer forma, nesse curto espaço de tempo, algumas mudanças foram feitas<sup>179</sup> e tantas outras pleiteadas. O Estado brasileiro desenhado em 1988 não é o de atualmente. Essa realidade, no entanto, não é apenas brasileira, todo Estado vive em constante modificação, ou melhor, em constante atualização.

Alguns Estados, decerto, parecem estáticos, constantes e, por vezes, passam uma imagem de que essa estabilidade seria a fórmula para seu sucesso. O exemplo é dos Estados Unidos da América, desde 1787 sob a mesma ordem constitucional. O que não se menciona, porém, é a inexistência de tal imutabilidade. Suas mudanças, pois, ocorrem informalmente, de forma mais sutil e moderada, sem significar, no entanto, que sejam tais países corretos ou adotem o melhor modelo de organização.

O que se pretenderá, então, demonstrar é que qualquer Estado vive em constante adaptação à realidade, esta que é instável e imprevisível, suscitando esta maleabilidade para o bom desenvolvimento de qualquer organização, seja o Estado, uma empresa ou até mesmo uma família.

Um bom exemplo de tal situação é a atividade legislativa, apesar de terem sido promulgadas 64 (sessenta e quatro) Emendas Constitucionais na atual

---

<sup>177</sup> Carlos Ari Sundfeld, *Fundamentos de direito público*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 56.

<sup>178</sup> Carlos Ari Sundfeld, *Fundamentos de direito público*, pp. 56-57.

<sup>179</sup> Podendo-se indicar como exemplos diretos de mudanças ocorridas na organização do Estado, a Emenda Constitucional nº 16/97, que alterou os mandatos dos cargos do Poder Executivo para 4 (quatro) anos e abriu a possibilidade para uma reeleição, bem como a Emenda Constitucional nº 23/99, que criou o Ministério da Defesa.

ordem constitucional brasileira<sup>180</sup>, apenas na Câmara dos Deputados já foram propostas 2441 (duas mil quatrocentos e quarenta e uma)<sup>181</sup> e tantas outras propostas no Senado Federal<sup>182</sup>.

Nesse sentido, indaga-se: apresentaria a Constituição Federal de 1988 dispositivos inadequados ao Estado brasileiro, ou estaria apenas desatualizada, necessitando eventuais reformas para sua compatibilização ao tempo presente?<sup>183</sup>

### **VIII.1. A tripartição de poderes brasileira.**

A respeito da organização do Estado brasileiro, interessante aspecto é o da tripartição de poderes ou, como prefere o Min. Eros Grau, distinção de poderes<sup>184</sup>.

Muito se ouve falar acerca das violações à tripartição de poderes – princípio fundamental do Estado brasileiro. Mais ainda, a teoria de Montesquieu é reiteradamente subsumida ao modelo brasileiro, como se desde o século XVIII nada tenha ocorrido, e o Estado, suas relações internas e externas, suas necessidades, etc. tenham se mantido idênticas. Não seria limitado em demasia o pensamento de quem vê o Estado dessa forma?

Marco Aurélio Sampaio já vislumbrou o problema e alertou: *“a separação de poderes atual é bem diversa da prevista por qualquer autor clássico, especialmente por Montesquieu”*, trazendo a idéia de uma distinção de poderes peculiar do Estado brasileiro: *“a separação de poderes brasileira, externada pela*

---

<sup>180</sup> Informação obtida em consulta ao sítio eletrônico da Presidência da República em 18/10/2009.

<sup>181</sup> Pesquisa realizada na página eletrônica da Câmara dos Deputados, em 18/10/2009, com a ferramenta *Pesquisa completa sobre Projetos de lei e outras proposições*, sobre todos os Projetos de Emenda Constitucional já propostos naquela casa, desde 05/10/1988 até a data da pesquisa.

<sup>182</sup> Não se conseguiu obter o número exato de Propostas de Emendas Constitucionais apresentadas no Senado Federal.

<sup>183</sup> Neste aspecto, importante ressaltar, que os “problemas” que podem ser identificados na Constituição Federal não se limitam a contemporaneidade ou desatualização de suas normas; podem-se cogitar demais aspectos que podem influir na evolução e manutenção da ordem constitucional, tais como o elevado número de políticas públicas inseridos na própria carta constitucional ou a considerável abstração na redação de seu texto. No entanto, como esta pesquisa procura trabalhar e analisar efeitos do tempo sobre o direito, notadamente os que podem provocar a mutação constitucional, pretende-se restringir os questionamentos ao âmbito de análise escolhido, seja para não ampliar demasiadamente a pesquisa, seja para manter a qualidade de seu resultado.

<sup>184</sup> Rcl. 4.335-5/AC, voto Min. Eros Grau, p. 17.

*Constituição Federal de 1988, deve ser analisada a partir da realidade brasileira (...)*<sup>185</sup>.

Assim, o novo papel que o Estado representa na sociedade provoca mudanças no seu funcionamento e organização, sendo questionável a postura dos que insistem na tradicional separação de poderes, em que cada um exercerá suas funções típicas. José Eduardo Faria aponta esta mudança de papel, destacando como novas imagens do Estado, *a fonte de ordem, disciplina, prevenção e segurança*, de um lado, e a *justiça social*, de outro<sup>186</sup>. E diante dessas novas perspectivas, principalmente a de justiça social, não há como vislumbrar seu funcionamento na clássica visão da tripartição de poderes, em que, por exemplo, o Legislativo produziria uma lei isoladamente para a prática de uma política pública, sem a ciência do Poder Executivo, sem saber qualquer informação vinda de outro poder, sobre a matéria.

Não se está só nesta jornada, haja vista já se ter dissertado exatamente acerca desta *mudança constitucional*, ou seja, mudança de parâmetros, de contexto, na realidade do Estado brasileiro:

"A necessidade de visão multidisciplinar acima mencionada <*afirmação da ocorrência de mudança constitucional na relação entre os Poderes constituídos*>, pois, não é justificada apenas porque a Constituição seria vista como um estatuto político, ou porque condensaria ela o momento político em que fora feita, ou mesmo porque deveria ser inserida em contexto histórico específico. O que se quer ressaltar é o aparente fato de que se vive hoje um modificação do sentido de parte do texto constitucional, referente a toda sistemática de separação de Poderes, ainda que não identificável plenamente em sua extensão e profundidade (já que se trata de processo ainda em andamento), certamente, porém, visível ao estudioso do Direito, se ele não se isolar em discurso formalista e negador de qualquer vivência constitucional que não a ditada pelo texto frio.

(...) a dinâmica da separação de Poderes, em termos gerais, vem-se modificando. No Brasil, especificamente, não se poderia imaginar situação diversa. Daí porque, em face das relações entre Executivo e Legislativo tomando formas novas, qual seja, a externada pela Constituição e vivenciada conforme a prática constitucional".<sup>187</sup>

---

<sup>185</sup> Marco Aurélio Sampaio, *A medida provisória no presidencialismo brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 21.

<sup>186</sup> José Eduardo Faria, *O direito na economia globalizada*, São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 257-258.

<sup>187</sup> Marco Aurélio Sampaio, *A medida provisória no presidencialismo brasileiro*, p. 107.

## VIII.2. O ativismo judicial.

Outro interessante fenômeno ocorrido neste mesmo sentido de mudança de parâmetros na tripartição de poderes brasileira é o que se convencionou chamar de *ativismo judicial*. Nas palavras de Luis Roberto Barroso: "*uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance*<sup>188</sup>".

Deixando-se de lado as discussões acerca de sua legitimidade ou necessidade, é fato que as recentes decisões emanadas pelo Poder Judiciário ultrapassam os limites imaginados por Montesquieu para este poder estatal. Decisões que conferem efeitos concretos aos Mandados de Injunção<sup>189</sup>; que determinam prazo para o Poder Legislativo produzir norma específica<sup>190</sup>; que extrapolam os limites do pedido formulado inicialmente<sup>191</sup>; decisões que interferem em políticas públicas<sup>192</sup>; dentre outra gama de exemplos que poderiam ser elencados. Seriam tais decisões ilegítimas ou meras manifestações proferidas sob uma nova perspectiva de atuação e organização do Estado? Teriam os magistrados percebido a possibilidade de aplicarem um golpe de estado, como ressaltado pelo Min. Sepúlveda pertence<sup>193</sup>, ou seria este apenas um novo papel que começa a ser por eles desenvolvido, diante de uma nova concepção de sociedade que, como tal, enfrenta alguma resistência?

Como certo, apenas o fato de que já convivemos com as situações acima apresentadas, concordem ou discordem, este o contexto que temos de enfrentar e analisar.

---

<sup>188</sup> Luís Roberto Barroso, "*Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*", Consultor Jurídico, publicado em 22/12/2008: [www.conjur.com.br/static/text/72894?display\\_mode=print](http://www.conjur.com.br/static/text/72894?display_mode=print)

<sup>189</sup> MI 712/PA, Rel. Eros Grau, julgamento em 25/10/2007 e MI 721/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 30/08/2007.

<sup>190</sup> ADI 3682/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 09/05/2007. Apesar de o Presidente da República, no último dia 27/10/2009, ter sancionado a Lei nº 12.063/09, que regulamenta o trâmite das Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão. No entanto, apesar dos benefícios e soluções que poderia trazer, a lei não faz notáveis inovações. No aspecto mais polêmico de tal ação, os efeitos da decisão proferida pelo STF, não há qualquer novidade, sem proibir ou regulamentar as decisões, como a da ADI 3682/MT, em que o tribunal concede prazo para o Poder Legislativo atuar.

<sup>191</sup> As chamadas decisões aditivas, como as proferidas pelos ministros Gilmar Mendes, Eros Grau e Cezar Peluso na ADI 3510/DF, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento finalizado em 29/05/2008.

<sup>192</sup> Vide ADPF 45, Rel. Min. Celso de Mello, decisão proferida em 29/04/2004 e AgR RE 410.715/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22/11/2005.

<sup>193</sup> Rcl. 4.335-5/AC, voto Min. Sepúlveda pertence, p. 1.

### VIII.3. O Estado e a Rcl 4.335-5/AC.

Uma vez analisado o caso<sup>194</sup> e a mutação constitucional ocorrida, os objetivos de novo item dedicado a ele são: (i) relacionar a mutação constitucional à nova perspectiva de organização e funcionamento do Estado brasileiro e (ii) apresentação de indícios para realização dos prognósticos de utilização da mutação constitucional.

Primeiro, portanto, para relacionar a mutação constitucional proposta pelos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, incidente sobre o art. 52, X, CF, às mudanças ocorridas no Estado brasileiro, basta notar que haverá efetiva mudança na forma de separação de poderes e, principalmente, na função de *checks and balances* exercida para o controle do poder pelo poder. Suprimir a função da resolução do Senado Federal à mera publicidade acerca de decisão proferida pelo STF que, por si só, já teria efeitos vinculantes, torna tais decisões – proferidas no controle difuso de constitucionalidade – muito mais relevantes e, destarte, merecedoras de ônus argumentativo maior. Além disso, representa mudança do próprio modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, determinado pelo poder constituinte originário.

Note-se que uma decisão com efeitos *erga omnes*, pelo seu número de situações que abrange e a imposição de seu cumprimento, deve conter fundamentação forte e capaz de albergar o maior número de situações possíveis, não se admitindo que decisão fundada em especificidades de um caso possa vincular diversos outros que, apesar da similitude temática, constituam situações totalmente diversas.

O poder das decisões do Judiciário aumenta em grande escala. O Legislativo, de sua parte, perde uma de suas atribuições em nome de maior efetividade e segurança jurídica, inseridas em um contexto fático de dinamismo de relações e efetivo crescimento do Poder Judiciário<sup>195</sup>.

Exatamente este novo contexto de separação de poderes, como já introduzido na análise inicial deste tema, relacionando organização e funcionamento do Estado com a mutação constitucional, que permite se cogitar do reconhecimento de outra mutação constitucional, mas na relação Legislativo-Executivo.

---

<sup>194</sup> Vide item VI.3.1. e apêndice IV.

<sup>195</sup> Considera-se, para tal afirmação, não só a nova forma ativista de atuação do Poder Judiciário, mas também seus novos instrumentos: súmula vinculante e repercussão geral.



Da mesma forma que o Min. Gilmar Mendes alega uma tendência à vinculação das decisões do Judiciário, pode-se cogitar de uma vinculação das propostas do Executivo. Ou seja, sob o que hoje se chama de *presidencialismo de coalizão*<sup>196</sup>, o presidente exerceria maior influência sobre as deliberações legislativas, possuindo poder de agenda<sup>197</sup> sobre o Congresso Nacional. No entanto, este poder de agenda não poderia neutralizar ou desconsiderar as atividades do Poder Legislativo, sob pena de que este se torne mero órgão de referendo das decisões presidenciais.

Assim, com o número de medidas provisórias a atravancar as deliberações do Congresso Nacional, ou seja, um contexto diferente do imaginado pelo constituinte originário, que previra a Medida Provisória como instrumento a ser utilizado em casos extremos, quando presentes relevância e urgência, não mais subsistiria de forma plena o instituto do “trancamento de pauta”, visto que, caso observado à risca, para qualquer matéria que possa ser posta em deliberação perante as casas legislativas, não se teria mais um Poder autônomo, mas um verdadeiro órgão submisso às vontades do presidente da república.

A partir dessa premissa inicial que se fará a análise do MS nº 27.931/DF, que trata da possibilidade de relativização do “trancamento de pauta”.

#### **VIII.4. As Medidas Provisórias e o MS nº 27.931/DF.**

A análise dos chamados *casos perspectiva* se pautará no seguinte roteiro: primeiro far-se-á breve apresentação dos fatos em jogo, após, uma síntese do caso, com algumas informações relevantes acerca do processo para, então, se propor a perspectiva de utilização da mutação constitucional.

A situação, portanto, aqui analisada pode ser resumida pela seguinte indagação: não estaria o Poder Executivo, com a edição excessiva de medidas provisórias, cometendo ingerência indevida sobre as atividades do Poder Legislativo, que constantemente tem sua pauta regular “trancada”? Ou seja, a nova situação do *presidencialismo de coalizão* não estaria impedindo o exercício

---

<sup>196</sup> Pode ser definido como “*sistema presidencial de governo em que a governabilidade se dá pela formação de coalizão parlamentar mais ampla que o partido do presidente, servindo de apoio às políticas governamentais, o que é refletido na distribuição das pastas ministeriais e no exercício do poder de agenda legislativa pela presidência da República*”. Marco Aurélio Sampaio, *A medida provisória no presidencialismo brasileiro*, p. 127.

<sup>197</sup> Definido como “*capacidade de determinar não somente quais propostas serão consideradas pelo congresso nacional, mas também quando o serão*”. Marco Aurélio Sampaio, *A medida provisória no presidencialismo brasileiro*, p. 129.

de um dos poderes do Estado? Não se deveria compatibilizar esta nova concepção do presidencialismo com exercício regular do Poder Legislativo? O Deputado Michel Temer, presidente da Câmara, entende que sim, motivo pelo qual alterou a interpretação sempre conferida ao art. 62, §6º, CF<sup>198</sup>, quando da decisão proferida em questão de ordem argüida pelo Deputado Regis de Oliveira, com a seguinte ementa:

“Responde à questão de ordem do Deputado Regis de Oliveira com uma reformulação e ampliação da interpretação sobre quais são as matérias abrangidas pela expressão ‘*deliberações legislativas*’ para os fins de sobrestamento da pauta por medida provisória nos termos da Constituição; entende que, sendo a medida provisória um instrumento que só pode dispor sobre temas atinentes a leis ordinárias, apenas os projetos de lei ordinária que tenham por objeto matéria passível de edição de medida provisória estariam por ela sobrestados; desta forma, considera não estarem sujeitas às regras de sobrestamento, além das proposta de emenda à Constituição, dos projetos de lei complementar, dos decretos legislativos e das resoluções – estas objeto inicial da questão de ordem – as matérias elencadas no inciso I do art. 62 da Constituição Federal, as quais tampouco podem ser objeto de medidas provisórias; decide, ainda, que as medidas provisórias continuarão sobrestando as sessões deliberativas ordinárias da Câmara dos Deputados, mas não trancarão a pauta das sessões extraordinárias”.<sup>199</sup>

Assim foi que, sob justificativas de que a medida provisória é exceção à regra legislativa da Constituição e que, portanto, deve ser interpretada restritivamente e de que, caso mantido o funcionamento atual do sistema, o Poder Executivo estaria colocado em patamar superior ao Legislativo, ferindo a separação do Poderes isonômicos<sup>200</sup>, conferiu o Dep. Michel Temer a interpretação acima apresentada, chamando-a ampliativa, ao instituto do *trancamento da pauta*.

Diante disso, os Deputados Carlos Fernando Coruja Augustini, Ronaldo Ramos Caiado e José Aníbal Peres de Pontes, impetraram, em 18/03/2009, o Mandado de Segurança Preventivo, objeto deste item, a fim de que o presidente da Câmara dos Deputados se abstinhasse de conferir efeitos práticos à interpretação acima apresentada. Em 01/04/2009, porém, foi publicada a decisão indeferindo o pedido liminar pleiteado na ação.

---

<sup>198</sup> “Art. 62. (...) § 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando”.

<sup>199</sup> MS nº 27.931/DF, decisão liminar Min. Celso de Mello, 1ª página.

<sup>200</sup> MS nº 27.931/DF, decisão liminar Min. Celso de Mello, 1ª, 2ª e 3ª páginas.

A decisão liminar do Min. Celso de Mello, com argumentos veementes e indicando o posicionamento acerca do tema<sup>201</sup>, já evidencia a provável improcedência do pedido, ao menos de sua parte, legitimando a interpretação conferida pelo Dep. Michel Temer.

Desta feita, concretizada estaria nova situação organizacional do funcionamento do Estado brasileiro, o que, em minha opinião, poderia legitimar a prolação de voto, neste sentido, fundado na mutação constitucional. Ou seja, no novo contexto criado pela forma de utilização, pelos presidentes da república, da medida provisória, diversa deveria ser a repercussão aos demais poderes. Assim, como se argumenta pela impossibilidade de controle, pelo Judiciário dos critérios de relevância e urgência para edição de MPs<sup>202</sup>, pois seriam critérios políticos, dos quais o Judiciário não teria controle, sob pena de violar a tripartição dos poderes, o trancamento de pauta também seria modificado sob o mesmo fundamento, para que o exercício das atividades típicas do Legislativo não fosse limitado, restringido ou até afastado.

O argumento do Min. Gilmar Mendes no sentido de que há uma nova concepção de divisão de poderes no Brasil<sup>203</sup> pode ser transportado para o presente caso, propiciando, então, a aplicação da mutação constitucional a justificar a nova leitura dada ao texto constitucional<sup>204</sup>.

---

<sup>201</sup> Tome-se como exemplo trecho em que o ministro afirma: “*quero registrar, desde logo, uma vez mais, a minha extrema preocupação – que já externara, em 1990, quando do julgamento da ADI 293-MC/DF, de que fui Relator – com o excesso de medidas provisórias que os sucessivos presidentes da República têm editado, transformando a prática extraordinária dessa competência normativa primária em exercício ordinário do poder de legislar, com grave comprometimento do postulado constitucional da separação de poderes*”. (MS nº 27.931/DF, decisão liminar Min. Celso de Mello, 8ª página).

<sup>202</sup> Marco Aurélio Sampaio, *A medida provisória no presidencialismo brasileiro*, p. 22.

<sup>203</sup> Rcl 4.335-5/AC, voto Min. Gilmar Mendes, 33ª página.

<sup>204</sup> Merece nota o fato de que, em 17/12/2009, ao tempo da revisão desta monografia, foi iniciado o julgamento deste caso, sendo que o Relator, Min. Celso de Mello proferiu extenso voto, denegando a segurança pleiteada, como já aparentava na decisão proferida quando do julgamento do pedido liminar, com fundamento em interpretação conforme conferida ao art. 62, §6º, CF, para que o mandamento normativo que impõe o sobrestamento das demais deliberações legislativas do Congresso Nacional, até o julgamento das medidas provisórias que se encontram em regime de urgência, só se aplique às matérias passíveis de serem reguladas via medida provisória, permitindo que os demais temas sejam deliberados. No entanto, na continuação do julgamento a Min. Carmen Lúcia, primeira a votar, dada a ausência do Min. Dias Toffoli, pediu vista dos autos, suspendendo-se a deliberação.

## IX. A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Flávia Piovesan, citando Hannah Arendt em seu "*Origens do Totalitarismo*", já dizia que os direitos humanos se constituem num permanente processo de construção e reconstrução<sup>205</sup>, passando-nos a idéia de que estes direitos não se limitam àqueles expressamente elencados, seja na constituição, seja em tratados internacionais ou em leis esparsas, uma vez que o desenvolvimento da sociedade, as novas relações e situações advindas possuem potencial capacidade de criar novas violações ou novas formas para tanto<sup>206</sup>.

Nesse sentido, trabalhando com esse mesmo contexto de não exaustividade dos direitos fundamentais elencados, principalmente na Constituição Federal, Ingo Sarlet possui posição bastante esclarecedora sobre o tema, segundo a qual "*partindo da premissa de que os direitos fundamentais são variáveis no 'espaço' e no 'tempo'*" não seria possível exaurir seu rol de proteções, pois "*assim como inexiste elenco exaustivo de possibilidades de tutela, também não existe rol fechado dos riscos para a pessoa humana e os direitos que lhe são inerentes*"<sup>207</sup>.

Essa é a premissa inicial para a tentativa de demonstração de que o campo dos direitos fundamentais é propício à ocorrência da mutação constitucional, uma vez que ante a constante modificação da sociedade, há um também constante aumento de situações que possam violar os direitos dos indivíduos.

Com efeito, ao abordar a questão do tempo e das mudanças necessárias em seu decorrer (citando Peter Häberle, *Zeit und Verfassung*), o Min. Gilmar

---

<sup>205</sup> Flávia Piovesan, "*Globalização econômica, integração regional e direitos humanos*", in Flávio Piovesan (coord.), *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*, São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 40.

<sup>206</sup> Em seu livro, Hannah Arendt, em perspectiva não especificamente jurídica, mas voltada à história e filosofia, aborda o tema dos direitos humanos e sua evolução na sociedade, demonstrando a ineficácia de conceitos e proteções meramente formais aos direitos humanos dos indivíduos, quais possibilitaram as até hoje lamentáveis experiências mundiais com o antisemitismo, nazismo, fascismo e demais perseguições preconceituosas advindas dos próprios governos estatais. A autora ainda destaca a evolução da concepção de direitos humanos inerentes ao homem, para a concepção jusnaturalista e, por fim, para a concepção de direitos garantidos pela própria humanidade. No entanto, não se satisfaz com tais fórmulas, destacando que a verdadeira proteção aos direitos humanos está na garantia de *um lugar no mundo que torne a opinião significativa e a ação eficaz* (p. 330), o que define como *um direito de ter direitos e de pertencer a algum tipo de comunidade organizada* (p. 330). Hannah Arendt, *Origens do totalitarismo*, trad. Roberto Raposo, 8ª Reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, pp. 324-336.

<sup>207</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 98-99.

Mendes, em seu voto proferido nos Mandados de Segurança de números 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF (todos tratando da fidelidade partidária, como já analisado) faz observação em total consonância com o que se ora pretende defender: *“Não é raro que essas alterações de concepções se verifiquem, dentre outros campos, exatamente em matéria de defesa dos direitos fundamentais”*<sup>208</sup>.

Não raro o que se defendia como direito fundamental de um, no passado, pode se tornar violação ao direito fundamental de outro, na atualidade, inclusive pela constante colisão entre tais direitos. Exemplo disso é a discussão acerca da ADPF 54<sup>209</sup>, pela qual, em apertada e não aprofundada síntese<sup>210</sup>, pretende-se sobrepor ao até então garantido direito fundamental à vida do feto, mesmo que anencéfalo, o direito fundamental da dignidade da pessoa humana, da mãe grávida, de não ter de suportar e conviver com uma gestação e todas as dificuldades dela advindas, para, ao final, ainda ter de lidar com o parto de um filho que inevitavelmente não sobreviverá. Noutras palavras, estar-se-ia propondo que a garantia de uma vida digna e livre de sofrimentos de uma mãe, deveria prevalecer ao direito à proteção à vida do feto anencéfalo, uma vez que o novo desenvolvimento da medicina propiciaria a garantia na constatação de tal mazela, não se justificando mais a condução de tal gestação, cercada de sofrimento e dor.

À vista da breve argumentação exposta, semelhante é a conclusão de Konrad Hesse a respeito deste tema, na qual demonstra as diferenças dos direitos fundamentais proporcionadas pelas diversas culturas, desenvolvimento histórico e sociedades em que inseridos, exaltando a necessidade que estes direitos não se tornem obstáculos às mudanças sociais, cumprindo a interpretação (e aqui incluo a mutação constitucional como espécie deste gênero) papel essencial nesta “contemporização”<sup>211</sup>.

---

<sup>208</sup> MS nº 26.602/DF, voto Min. Gilmar Mendes, p. 392.

<sup>209</sup> ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, aguarda-se julgamento.

<sup>210</sup> Para maiores detalhes acerca dos argumentos trabalhados na ação, verificar Flávia Annenberg, *A posição do Supremo Tribunal Federal nos casos da pesquisa com células-tronco embrionárias e da interrupção da gravidez do feto anencéfalo. Existe relação de precedente entre eles?*, Monografia apresentada na Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, 2008: [http://www.sbdp.org.br/ver\\_monografia.php?idMono=132](http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=132).

<sup>211</sup> Konrad Hesse, *“Significado dos direitos fundamentais”*, trad. Carlos dos Santos Almeida, in Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho, *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 23-72.

## **IX.1. Os casos do depositário infiel.**

Obedecendo aos requisitos já estabelecidos acima para a análise que se fará, mostra-se claro o enquadramento do tema principal deste grupo de casos no campo dos direitos fundamentais. O direito em jogo é a liberdade, da qual a privação consiste na mais grave das penas no direito brasileiro. Diante disso, a prisão de caráter civil deve ser tratada com grande atenção, uma vez que não constitui pena, mas drástica medida coercitiva para o cumprimento de obrigações – no Brasil, o art. 5º, LXVII, CF, expressamente autoriza tal medida apenas em caso de dívidas alimentícias e de infidelidade depositária.

Nesse contexto, o Brasil é signatário de tratados internacionais de direitos humanos que, diferentemente do quanto determinado pela constituição, vedam a prisão civil no caso do depositário infiel – o documento principal é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ratificado pelo país mediante o Decreto Presidencial nº 678, de 06 de novembro de 1992 que, em seu art. 7º, n. 7, dispõe: “ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

Isto que dizer que apenas uma exceção existe à proibição da prisão civil por dívida, qual seja, o caso de inadimplemento de obrigação alimentar, haja vista haver outros direitos fundamentais em jogo (vida, dignidade da pessoa humana) que, neste caso, são sobrepostos à liberdade do obrigado à prestação alimentícia. Nesse mesmo sentido estabelece o art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos da ONU.

Os mencionados tratados internacionais, dentre outros, consolidaram o que o Min. Celso de Mello chamou *nova perspectiva no plano do direito internacional*<sup>212</sup>, que busca a inserção da pessoa humana no plano de atuação externa dos Estados, passando-se a este novo movimento de defesa internacional dos direitos humanos, o qual possui característica das mais relevantes ao estudo atual do direito: a submissão à jurisdição internacional.

Assim é que a premissa inicial de que se partirá para a seguinte análise é a de que a tendência de universalização e expansão da proteção dos direitos humanos leva à quebra e superação de preconceitos, à aceitação das diferenças e a um novo contexto, com novas perspectivas e concepções, no qual direitos

---

<sup>212</sup> HC nº 90.450/MG, voto Min. Celso de Mello, p. 366.

como dignidade, liberdade e, principalmente a igualdade são levados ao extremo, não se admitindo mais suas injustificadas restrições<sup>213</sup>. No contexto da mutação constitucional, portanto, o que hoje se caracteriza por restrição injustificada pode ter sido restrição proporcional do passado.

## **IX.2. A união homoafetiva (ADPF 132 e ADI 4277/DF).**

“Em nenhum momento este fenômeno <de eliminação de qualquer espécie de discriminação> é identificado de forma tão densa ou intensa quanto ao que diz respeito aos homossexuais. Quando observada em seus aspectos sócio-jurídicos e implicações de ordem prática, como a destinação de bens mútuos ou empregados na manutenção do estado gregário, a contraprestação pelo trabalho em favor da sociedade construída, a dedicação ao parceiro enfermo, a dependência econômica, etc., essa constatação remete-nos à idéia de que um apanágio legal que venha tutelar as relações homoafetivas é devido e urgente”.<sup>214</sup>

Como se vê as uniões afetivas entre homossexuais já são parte integrante do contexto social. Sendo assim, não seria dever do direito reconhecê-las e regulá-las? Questiona-se: é o direito submetido à sociedade ou esta ao direito?

Essa é a questão central debatida pela ADPF 132 e pela ADI 4.277/DF: o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas; o direito de existência jurídica dos casais homossexuais e sua equiparação aos casais heterossexuais, para o reconhecimento de direitos e deveres. Novamente Hannah Arendt: outro caso de discussão acerca do direito a ter direitos.

Propostas sob contextos diversos, mas com objetivos finais idênticos, as duas ações acima citadas constituem a esperança dos homossexuais e de todo o movimento GLBT – gays, lésbicas, travestis e transexuais, ao reconhecimento de seus direitos de se relacionar com os parceiros de sua escolha, sem que para tanto se tornem indivíduos identificados como fora da moldura jurídica brasileira.

Primeiro, a ADPF 132, proposta pelo Governador do estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, em 27/02/2008, visa combater a interpretação

---

<sup>213</sup> Quando se fala em injustificadas restrições deve-se ter em mente que não somente as arbitrariedades devem ser coibidas, mas a própria lei não pode mais ser instrumento de preconceito e discriminação, sendo da mesma forma injustificada uma restrição fundada em lei discriminatória, não mais condizente com a realidade hoje vivenciada.

<sup>214</sup> ADI 4.277/DF, manifestação do Senado Federal, p. 630.

discriminatória dada aos artigos 19, II e V e 33, I a X e parágrafo único, do Decreto-lei estadual do Rio de Janeiro nº 220/75 (estatuto dos servidores civil do estado), bem como uma série de decisões judiciais, tudo a negar o reconhecimento judicial das uniões entre casais homossexuais. Ou seja, o governador carioca almeja o reconhecimento das uniões homoafetivas, mas considerada sua legitimidade ativa para propositura de tal ação, limita-se ao âmbito de seu interesse<sup>215</sup>, mesmo que, ao final, em caso de procedência do pedido o reconhecimento das uniões homoafetivas seja necessariamente *erga omnes*<sup>216</sup>.

Já a ADI 4.277/DF, proposta inicialmente, em 02/07/2009 pela então Procuradora Geral da República, como ADPF 178, mas convertida pelo Presidente da Corte em ADI, também objetiva o reconhecimento das uniões homoafetivas, mas por via diversa, qual seja, a inconstitucionalidade do art. 1723 do Código Civil, ou sua interpretação conforme à Constituição, para que a expressão *entre homem e mulher* seja relativizada ou tomada como mero exemplo de possível união afetiva, haja vista não existir qualquer óbice, bem como ser necessário no novo contexto em que se vive, o reconhecimento jurídico das uniões de casais homossexuais, com todos os direitos inerentes à tal forma de relacionamento, como se entre casais heterossexuais fosse.

As saídas interpretativas cogitadas são diversas, mas o reconhecimento da ocorrência de uma mutação constitucional no caso pode se mostrar como um caminho adequado. Aceitar que à época da elaboração da Constituição não se vislumbrava tal realidade e que, portanto, não haveria motivos para o reconhecimento expresso de tal forma de relacionamento, demonstraria uma real preocupação do julgador com a realidade social e com a verdadeira função do direito, que não pode, por mera formalidade, deixar de reconhecer direitos essenciais ao indivíduo, como o afeto<sup>217</sup>, o direito à liberdade de contrair tal sentimento em face de qualquer indivíduo, independentemente de outros requisitos, como sexo, idade, raça, etc.; o direito à dignidade de quem pretende viver ao lado de alguém do mesmo sexo; o direito à vida em seu plano positivo,

---

<sup>215</sup> O que a doutrina chama "pertinência temática" para legitimação ativa e o STF já reconheceu, como no julgamento da ADI 902. Alexandre de Moraes, *Direito constitucional*, pp. 741-742.

<sup>216</sup> Não se pode admitir que uma decisão como tal vincule apenas nos limites do estado do Rio de Janeiro. Apesar da limitação territorial de aplicação do dispositivo legal questionado, eventual reconhecimento das uniões homoafetivas terá repercussão nacional, ainda mais se considerado o efeito translativo das decisões do STF, tão defendido pelo Min. Gilmar Mendes, segundo o qual até os fundamentos das decisões do tribunal poderiam possuir efeitos para todos.

<sup>217</sup> Discutido no STF no RE nº 567.164.



a vida digna: o direito dos homossexuais usufruírem de suas vidas da maneira que melhor lhes aprouver; e o direito à isonomia, a igualdade de tratamento, igualdade essa formal, uma vez que o sentimento em jogo é o mesmo, o afeto, seja homo ou heterossexual deve proporcionar igualdade de direitos e deveres, igualdade de possibilidades de união entre as pessoas.

Indícios de uma decisão pela procedência de ambas as ações perante o STF existem e a mudança de contexto fático, que leva à mutação constitucional, também é constantemente abordada. Interessante destacar, então, que nos dois casos, quando de sua manifestação, a Advocacia Geral da União, até então liderada pelo hoje Min. Dias Toffoli, sustentou a procedência dos pedidos, constando de sua fundamentação, também em ambas as peças, comentário de Érika Harumi Fugie<sup>218</sup>, que expressamente indica a ocorrência da mutação constitucional às uniões homossexuais<sup>219</sup>.

Mas o que se mostra mais interessante a esse respeito, quase que concretizando o indício de reconhecimento jurídico da união entre casais homossexuais é a notícia, publicada no *site* do STF em 06/06/2009, divulgando a edição do Ato Deliberativo 27/2009 do STF "que permite aos seus funcionários que vivem relações homoafetivas estáveis incluírem seus parceiros como dependentes do plano de saúde do tribunal, o STF Med".<sup>220</sup>

---

<sup>218</sup> "(...), admite-se afirmar que normas singulares inseridas na Constituição acabem por se tornar automaticamente obsoletas, quando as mesmas, em virtude de uma mudança real de situação, não podem mais cumprir a sua função integradora e, porventura, podem até assumir função desintegradora.

A essa nova situação denomina-se mutação constitucional. Assim, os preceitos constitucionais reclamam interpretação adequada à exigência da realidade. Essa interação com a realidade permite considerar a Constituição como uma ordem aberta.

Essa abertura da própria Lei Fundamental permite o evoluir constante da ordem constitucional, no compasso da evolução histórica. De modo que a Constituição impõe sua força normativa: 'a força normativa da Constituição implica, pois, a construção de via de duas mãos: a Constituição conforma a realidade; mas ao mesmo tempo é, de certo modo, também por ela (pela realidade) conformada". In Érika Harumi Fugie, "A união homossexual e a constituição federal", Revista Brasileira de Direito de Família, 15, out/dez 2002.

<sup>219</sup> ADPF 132, manifestação AGU, 11ª página e ADI 4.277/DF, manifestação AGU, p. 407.

<sup>220</sup> "STF permite que servidores incluam companheiros de união homoafetiva em plano de saúde e benefícios sociais

Já está em vigor o Ato Deliberativo 27/2009 do Supremo Tribunal Federal (STF) que permite aos seus funcionários que vivem relações homoafetivas estáveis incluírem seus parceiros como dependentes do plano de saúde do tribunal, o STF Med.

A questão foi discutida em reunião do Conselho Deliberativo do STF-Med realizada em janeiro e junho deste ano, sendo que a medida passou a valer no dia 1º de julho.

Para colocar o companheiro ou companheira como dependente, o funcionário precisa comprovar que a união é estável apresentando uma declaração pessoal. Além disso, a união também poderá ser comprovada por cópia autenticada de declaração conjunta de imposto de renda; referência ao companheiro no testamento; comprovação de residência em comum há mais de três anos e comprovação de financiamento de imóvel em conjunto e comprovação de conta bancária conjunta há mais de três anos.

Desta forma, assim como em relação à possibilidade de prisão civil do depositário infiel a mutação constitucional foi utilizada para se declarar impossível possibilidade expressa pela constituição, neste caso, pode-se cogitar de uma utilização semelhante do instituto, mas para se declarar possível impossibilidade implícita.

---

Outro requisito é comprovar que não existe da parte de nenhum dos dois companheiros qualquer impedimento decorrente de outra união. Para esses casos, poderá ser apresentada declaração de estado civil de solteiro firmada pelos companheiros; certidão de casamento com a averbação da sentença do divórcio; sentença que tenha anulado casamento ou certidão de óbito do cônjuge, na hipótese de viuvez.

Os companheiros de funcionários do STF deixarão de ser beneficiados nos casos que houver a dissolução da união homoafetiva, o desligamento do funcionário titular do benefício ou no caso de comprovação de que foram apresentadas informações inverídicas". Consulta à página eletrônica em 02/11/2009: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=110604&caixaBusca=N>.

## X. A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A ECONOMIA.

Direito e economia não caminham na mesma dinâmica, a velocidade desta supera em muito a daquele. Nesse sentido, o objetivo aqui é exatamente mostrar esta disparidade temporal, propondo, por estas mesmas razões, a propensão da economia, quando regulada pelo direito, à mutação constitucional. O discurso, porém, não é novo:

“Essa tendência <de reformulação paradigmática do processo civil e penal> decorre, acima de tudo, da incompatibilidade entre a concepção de tempo adotada pela legislação processual civil e processual penal, que é deliberadamente lenta em face da necessidade de se institucionalizar o princípio do contraditório, garantir o direito de defesa, assegurar o chamado ‘duplo grau de jurisdição’ e salvaguardar valores, interesses e procedimentos vitais para o funcionamento do próprio Estado de Direito, por um lado, e a concepção de tempo prevalecente no processo decisório no âmbito dos mercados transnacionalizados, especialmente os financeiros, por outro lado.

(...) Ou seja, o tempo da economia globalizada não respeita distâncias nem fusos horários. É o tempo real dos fluxos financeiros. É o tempo da simultaneidade das decisões comerciais e de investimento. É o tempo do *aquí* e *agora* propiciado pelos meios de comunicação e pela internet, repercutindo de modo quase instantâneo fatos e acontecimentos nas percepções coletivas. As legislações processuais civil e penal, no entanto, continuam basicamente regidas pela idéia de tempo *diferido*, isto é, pelo tempo das etapas que se articulam de modo sucessivo, por fases que se sucedem, condicionado pelos limites da jurisdição territorial dos aparatos judiciais”.<sup>221</sup>

Ou seja, a caminhada díspar entre estas duas disciplinas acaba por gerar custos – provavelmente transferidos ao consumidor em momento oportuno. E a

---

<sup>221</sup> José Eduardo Faria, “O descompasso entre o tempo da justiça e a urgência dos negócios”, Revista Getúlio, março, 2008, p. 49. Em desenvolvimento mais detalhado, o mesmo autor esclarece: “No âmbito do direito positivo, o tempo do processo judicial é o tempo diferido, encarado como sinônimo de segurança e concebido como uma relação de ordem e autoridade, representada pela possibilidade de esgotamento de todos os recursos e procedimentos numa ação judicial. Cada parte, intervindo no momento certo, pode apresentar seus argumentos e ter a garantia de ser ouvida na defesa de seus interesses. O tempo diferido é utilizado como instrumento de certeza, na medida em que impede a realização de julgamentos precipitados, sem o devido distanciamento com relação aos acontecimentos que deram margem à ação judicial. O tempo da economia globalizada é o tempo real, o tempo da simultaneidade. À medida que se torna mais complexa, gerando novas contingências e incertezas, a economia globalizada obriga os agentes a desenvolver novos mecanismos para proteger negócios, capitais e investimentos da imprevisibilidade e do indeterminado. A presteza se converte numa das condições para a neutralização dos riscos inerentes às tensões e desequilíbrios dos mercados, levando a um processo decisório orientado pelo sentido de urgência e baseado tanto na capacidade como na velocidade de processamento das informações técnicas e especializadas. Por isso, empresas e instituições financeiras passam a ver o tempo diferido do processo civil e penal como sinônimo de elevação dos custos das transações econômicas, encontrando, na tendência de aumento do número de causas decididas por aplicação de normas processuais em detrimento da decisão de mérito baseada no direito substantivo, um bom argumento para justificar esse ponto de vista” (José Eduardo Faria, “O sistema brasileiro de justiça: experiência recente e futuros desafios”, Estudos avançados 18 (51), p. 115.).

conclusão não poderia ser outra: tempo é dinheiro e não justiça<sup>222</sup>. Corroborando com esta conclusão, Karl Marx constrói toda sua filosofia e análise histórica, *explicando os movimentos, as modificações ocorridas na sociedade, como resultado – consequência – das forças econômicas*<sup>223</sup>, justificando as mudanças sociais, políticas, estruturais e inclusive jurídicas, pelas mudanças econômicas ocorridas na sociedade.

Essa relação direito-economia, suas interações e descompassos, é cada vez mais estudada, principalmente pela doutrina do *Law & Economics*, que poderia ser conceituada como “*corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídico-políticas*”<sup>224</sup>. Para quem a defende, sua pesquisa poderia apontar problemas no ordenamento jurídico para solução e melhorias no funcionamento dos mercados. Isto é, busca-se solucionar o descompasso existente entre tais disciplinas, uma vez que cada vez mais ligadas entre si e ao desenvolvimento micro e macroeconômico.

Entretanto, diante de tal situação indaga-se: seria a economia submetida ao direito (a ao tempo deste), ou o direito que deveria se submeter à economia? Armando Castelar Pinheiro responde: “*não há como discordar, nesse sentido, de que na hierarquia dos valores o da justiça precede o da eficiência econômica, e que, portanto, caberia à economia adaptar-se ao tempo do direito, e não o contrário*”<sup>225</sup>. Mas desde então, faz duas ressalvas – sobre as quais este autor concorda – a primeira apontando que a morosidade do Judiciário pode se reverter como injustiça, principalmente aos que se utilizam dela para adiar o cumprimento de obrigações, e a segunda indicando a reversibilidade dos custos advindos às empresas, por conta da morosidade do direito, aos consumidores.

---

<sup>222</sup> Semelhante conclusão pode ser encontrada em: Armando Castelar Pinheiro, “*Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?*”, IPEA: 963, 2003, p. 21.

<sup>223</sup> Leo Huberman, *História da riqueza do homem*, Rio de Janeiro: Zahar, 19ª edição, 1983, pp. 236-237. Interessante conclusão de Karl Marx, em seu “*Contribuição à crítica da economia política*”, citada por Huberman: “*Meus estudos levaram-me à conclusão de que as relações legais, bem como as formas de Estado, não podiam ser compreendidas em si, nem explicadas pelo chamado progresso geral do espírito humano, e sim que estão enraizadas nas condições materiais de vida (...) na produção social que os homens realizam, entram em relações definidas (...) Essas relações de produção correspondem a um determinado estágio no desenvolvimento de sua capacidade material de produção. A soma total dessas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade – a base real, sobre a qual se levantam as superestruturas jurídica e política, e a que correspondem formas definidas de consciência social. O modo de produção na vida material determina o caráter geral dos processos de vida social, política e espiritual. Não é a consciência dos homens que determina sua existência, mas sim o contrário, é sua existência social que determina sua consciência*”.

<sup>224</sup> Bruno Mayerhof Salama, “*O que é pesquisa em direito e economia?*”, Cadernos direito GV 5 (2), estudo 22, março, 2008, p. 5.

<sup>225</sup> Armando Castelar Pinheiro, “*Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?*”, p. 21.

Assim, mesmo que o direito não deva se submeter à economia, seu tempo não pode ficar parado no passado, na sociedade pretérita. A submissão do direito é, sim, à sociedade, ao corpo social que pretende reger, que vive em momento dinâmico, de constantes mudanças, não podendo mais esperar ao tempo do direito, sob pena da busca da justiça se tornar injusta.

### **X.1. A atividade econômica e o serviço postal (ADPF 46).**

A relação entre a prestação de serviços postais e a economia é inconteste e não será, portanto, foco de qualquer justificativa aprofundada, pois desnecessária. O que se pretende inicialmente esboçar é o impacto econômico de uma decisão judicial em casos como o da ADPF 46.

Apesar de ainda não se ter certeza acerca da abrangência da decisão proferida pelo STF – o que será certificado com a redação do acórdão pelo Min. Eros Grau, prolator do voto condutor – eventual decisão que impossibilite as empresas de distribuição do exercício de quaisquer de suas funções acarretaria prejuízos à cerca de quinze mil empresas, como declarado na petição inicial da ABRAED, empregadoras de mais de 1.200.000 (um milhão e duzentos mil) pessoas, além dos impactos macroeconômicos que adviriam.

Na outra ponta, a liberalização total do mercado, como proposta pelo Min. Marco Aurélio, acarretaria em enfraquecimento da ECT (Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos), estatal criada para exercício da competência estabelecida pelo art. 21, X, CF<sup>226</sup>, bem como possível depreciação da universalidade na prestação dos serviços, uma vez que as empresas distribuidoras, por seus lógicos objetivos lucrativos, focam suas atividades nos grandes centros comerciais do país – regiões sul e sudeste, principalmente – deixando-se de lado o restante do país que, por vezes, necessitaria ainda mais dos serviços, haja vista não possuir em tamanha difusão os serviços de telefonia (fixa e, principalmente, móvel) e internet, o que faz crescente a demanda pela utilização das cartas.

Não importa, dessarte, definir o serviço postal como atividade econômica ou serviço público para que se associe ou dissocie da economia. É certo que,

---

<sup>226</sup> Quando se fala em competência estabelecida pela Constituição, neste caso, não se quer aderir à linha argumentativa que sustenta a exclusividade na prestação de serviços pela ECT. Mas como ainda não se sabe qual o verdadeiro teor da decisão proferida na ADPF 46, tendo-se ciência, apenas, de que foi julgada improcedente, equipara-se a expressão *manter* à competência para exercício exclusivo da atividade, na tentativa de se conciliar à possível linha decisória final, que reconhece público o serviço postal.

tanto de uma ou doutra forma, a decisão proferida, assim como a atividade exercida, movimentam a economia, seja em mercado aberto ou exclusivamente dos cidadãos aos cofres do governo, demonstrando-se a inegável relevância de uma decisão tal qual a que se proferiu.

Estabelecida a relação do serviço postal com a economia do país, volta-se os olhos às possíveis evidências deixadas pelo Min. Marco Aurélio para uma próxima utilização da mutação constitucional. Nesse ponto, a atenção deve ser direcionada ao momento em que o ministro analisa o que chama de *tendência de o Estado se retirar da prestação direta de atividades econômicas*<sup>227</sup>.

A nova economia globalizada e interligada pela informática – principalmente após o desenvolvimento da internet – o maior dinamismo da sociedade, com constante anseio pela inovação tecnológica, a superação dos empecilhos pretéritos que impediam a universalização da prestação de determinados serviços por particulares<sup>228</sup>, dentre outros fatores, não só colaboraram, mas constituíram verdadeiras locomotivas ao processo de “flexibilização, desformalização, desburocratização, desregulação, deslegalização e desconstitucionalização”<sup>229</sup> dos monopólios estatais.

Apesar do resultado final ainda desconhecido<sup>230</sup>, pode-se dizer que o mercado do serviço postal e de distribuição foi praticamente liberado ou desestatizado, mesmo que declarada a improcedência da ação, por conta da interpretação conforme dada ao *artigo 42 da Lei nº 6.538/78 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º do referido diploma legal* – da qual se pode extrair que apenas entregas de cartas, cartões postais e correspondências agrupadas, bem como a fabricação de selos seriam de monopólio/exclusividade da União.

A premissa aqui adotada, portanto, é a de que a nova construção social pede por serviços sempre atualizados às mais recentes inovações tecnológicas e que empecilhos do passado, que impossibilitavam a universalização da prestação de serviços se prestados por particulares, não mais existem, propiciando um movimento de desestatização da prestação de serviços, mas com regulação e fiscalização estatal.

---

<sup>227</sup> ADPF 46, voto Min. Marco Aurélio, p. 32.

<sup>228</sup> Argumentos extraídos do voto do Min. Marco Aurélio na ADPF 46, pp. 32-34.

<sup>229</sup> José Eduardo Faria, *O direito na economia globalizada*, p. 139.

<sup>230</sup> Vide nota 22.

Nesse sentido pergunta-se: seria o regime de direito público adequado às prestadoras de serviços cada vez mais tecnológicos e dinâmicos, como o de telecomunicação e telefonia em especial, consideradas a nova dinâmica da sociedade globalizada, a concorrência entre as empresas, os custos para a constante inovação tecnológica, de um lado, e as burocracias e formalidades adotadas se observado o regime de direito público, os custos revertidos para o próprio Estado e a instrumentalização das empresas públicas como parte do jogo político e do já citado presidencialismo de coalizão, deixando-as menos eficientes, de outro? Em suma, o contexto sócio-político-jurídico-econômico atual não é outro? As necessidades e meios de supri-las não são outras e, portanto, pedem por diversas formas de solução? Relativizar uma concepção e uma escolha política do passado não pode ser mais benéfico que onerar o Estado e a população com regimes retrógrados e incompatíveis com o tempo presente?

## **X.2. A Lei Geral de Telecomunicações (ADI 1668/DF).**

Grande parte dos cidadãos brasileiros já possui telefone celular, essa afirmação ainda é reforçada se limitarmos a visão às grandes capitais e centros urbanos do país. A telefonia móvel protagonizou efetiva revolução dos meios de telecomunicação em todo o planeta e, desde sua entrada no mercado, as inovações não cessaram. No início, a simples, mas já revolucionária, possibilidade de falar com as pessoas em qualquer lugar, depois, a melhoria das funções dos aparelhos, a possibilidade de envio de mensagens de texto (SMS), as câmeras digitais no aparelho celular, internet e, hoje, os chamados “*smartphones*”, que funcionam como computadores.

A evolução dos meios de telecomunicação é incessante, aquecendo o mercado e não permitindo às empresas do setor que deixem de inovar. No entanto, como falar em mercado, empresas do setor, enfim, atividade privada, se tratamos de um serviço público?

O setor das telecomunicações atravessou o já mencionado processo de desestatização decorrente, em grande parte, da globalização<sup>231</sup>, apresentando-se, atualmente, como verdadeira atividade econômica<sup>232</sup>.

---

<sup>231</sup> Vide nota 229.

<sup>232</sup> Sendo inclusive submetida aos princípios a ela inerentes, tais como livre iniciativa, livre exercício de qualquer ofício ou profissão, livre concorrência, dentre outros. Nesse sentido fundamental a lição de Floriano Azevedo Marques Neto: “(...) as telecomunicações são uma

Nesse contexto, um breve histórico do setor deve ser apresentado, para melhor compreensão do contexto. As telecomunicações desde os anos de 1960 até meados da década de 1990 consistiam no que se denominava *monopólio natural* da União, isto porque se alegava a impossibilidade de prestação de tais serviços por particulares, pois não possuíam infra-estrutura para tanto<sup>233</sup>. Com a chegada de novas tecnologias, principalmente da telefonia móvel, já em 1991 o contexto começa a ser alterado, motivo pelo qual o setor inicia fase de grandes transformações<sup>234</sup>, até o ano de 1997, quando promulgado o marco da transformação do setor, a Lei Geral de Telecomunicações, Lei nº 9.472/97. Esta lei questionada na ADI 1.668/DF<sup>235</sup>.

Esta ADI tem como objeto inúmeros dispositivos da lei, mas esta análise, limitar-se-á àqueles que se referem ao regime de prestação dos serviços (público, privado ou ambos concomitantemente)<sup>236</sup>, porque é neste aspecto que se projeta ser possível a utilização da mutação constitucional, principalmente na justificativa da possibilidade de prestação dos serviços de telecomunicação em regime privado.

---

atividade econômica impulsionada pela tecnologia e, portanto, constantemente bombardeada por novos progressos científicos. A questão que se coloca é: como entender o que é regular um setor que sofre tamanho impacto tecnológico?

Em todos os setores que estão passando por transformações jurídicas, no Brasil e no mundo, existe uma força de propulsão denominada tecnologia. Assim é com a energia elétrica, o petróleo, o saneamento e, sobretudo, o setor das telecomunicações. Para ilustrarmos esta situação basta verificar que há cinco anos a telefonia celular era o que havia de mais moderno para o acesso ao mundo da alta tecnologia. Contudo, hoje esta tecnologia está completamente incorporada à nossa vida cotidiana, havendo a chamada 'popularização do celular'. Este fato traz uma série de conseqüências do ponto de vista da regulação do setor.

É importante ressaltar que estas transformações no modelo de regulação para determinados setores da economia não são fruto de um desatino presidencial, como alguns colocam. É a realidade, sempre cambiante, que obriga o Direito Público a se modificar. São circunstâncias do mundo real que fazem grandes doutrinadores franceses, italianos, alemães, espanhóis, mudarem seus paradigmas, reescreverem seus manuais. Não por adoção do 'neoliberalismo', mas por seriedade intelectual." (Floriano Azevedo Marques Neto, "*Direito das telecomunicações e ANATEL*", in Carlos Ari Sundfeld (coord.), *Direito administrativo econômico*, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 301).

<sup>233</sup> Alegava-se que a rede pública de telecomunicações – conjunto de cabos, fios, ligações e estações de comutação – pertencia somente à União, sendo impossível que um particular possuísse equivalente estrutura para a prestação dos serviços (Floriano Azevedo Marques Neto, "*Direito das telecomunicações e ANATEL*", p. 303).

<sup>234</sup> Dentre as mais significativas estão a Lei da TV a Cabo (Lei nº 8.977/95), a Emenda Constitucional nº 8/95 (alterando o art. 21, XI, CF), a Lei mínima (Lei nº 9.295/96, que concede aos particulares direito de exploração dos serviços de telefonia móvel) e, principalmente, a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), que será melhor analisada.

<sup>235</sup> ADI 1.668/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Requerentes: PC do B, PT, PDT e PSB.

<sup>236</sup> Artigos 18, I, II e III; 19, IV e X; 65 III e §§ 1º e 2º; 66; e 210, da Lei nº 9.472/97.



Com efeito, há quem diga que a EC nº 8/95<sup>237</sup> já possibilitou a prestação dos serviços de telecomunicação em regime de direito privado, o que não será adotado, por acreditar que a menção à autorização, na redação do art. 21, XI, CF, não representa a conceituação administrativa do instituto da autorização, ainda mais porque a LGT inova neste aspecto, criando modelo totalmente diverso, não mais se tratando de ato discricionário, mas vinculado da administração pública<sup>238</sup>. Desta forma, considera-se todas as inovações legislativas ocorridas nesse período de transformação dos serviços de telecomunicações, como reflexo da alteração do contexto fático, principalmente econômico, o que permite uma nova leitura do art. 21, XI, CF, para que seja possível, ou melhor, constitucional, a prestação de serviços de telecomunicações em regime privado<sup>239</sup>.

Assim como o Min. Marco Aurélio defende a mudança de significação do verbo "manter" na redação do art. 21, X, CF<sup>240</sup>, o conceito de "autorização" da Constituição, no art. 21, XI, o conceito administrativista clássico e o conceito dado pela LGT são diversos. Por tal razão, a mutação constitucional possibilitará a "contemporização" do texto constitucional, permitindo-se definitivamente<sup>241</sup>

---

<sup>237</sup> Que alterou o art. 21, XI, CF, que possuía a seguinte redação: "Compete à União, explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União", passando-se à atual: "Compete à União, explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais".

<sup>238</sup> Vide art. 131, §1º, Lei nº 9.472/97. Nesse sentido: "A autorização na Lei Geral de Telecomunicações é muito diferente daquilo que nós vimos na doutrina clássica administrativista. A razão principal para este fato é que o legislador achou por bem tratar a autorização em matéria de serviço de telecomunicações de forma diferenciada, por considerar superada a velha doutrina de classificação. A definição de autorização apresentada pela doutrina serviu durante muito tempo. No setor de telecomunicações, porém, não vale a classificação doutrinária. O legislador não considerou a autorização de telecomunicações um ato discricionário, mas sim um ato vinculado." (Florian Azevedo Marques Neto, *Direito das telecomunicações e ANATEL*, p. 315).

<sup>239</sup> A modalidade de prestação dos serviços, seja exclusivamente privado, público ou ambos em simultaneidade, dependerá do Plano Geral de Outorgas editado pela ANATEL, sendo certo que, possibilitada a prestação em regime privado e cumpridos os requisitos legais pela empresa que almejar a prestação dos serviços, será dever da administração pública conceder a autorização para prestação dos serviços.

<sup>240</sup> ADPF 46, vide itens VI.3.3. e X.1.

<sup>241</sup> Fala-se em permissão definitiva, pois em sede liminar, o tribunal não assim decidiu sobre cada um dos dispositivos ora analisados: "Vistos, (...) o Tribunal, apreciando as normas inscritas na Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, resolveu: (...) 3) deferir, em parte, o pedido de medida cautelar, para: a) quanto aos incisos IV e X do artigo 19, sem redução do texto, dar-lhes interpretação conforme a Constituição Federal, com objetivo de fixar exegese segundo a qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado, (...) 4) indeferir, por votação unânime, o pedido de medida cautelar quanto aos incisos II e III do artigo 18; 5) indeferir, por votação majoritária, o pedido de medida cautelar quanto: a) ao inciso I do artigo 18, (...) c) ao inciso III do artigo 65, ao §1º do

a prestação do serviço por livre manifestação de vontade do particular, que só deve cumprir os requisitos legais para receber, obrigatoriamente, a autorização.

---

artigo 65, à expressão "ou concomitância", constante do §2º do artigo 65, e ao artigo 66, (...). Concluindo o julgamento o Tribunal, por votação majoritária, indeferiu o pedido de suspensão cautelar de eficácia do artigo 210 (...). (decisão liminar proferida em 20/08/1998, fls. 127-130).

## **XI. CONSIDERAÇÕES FINAIS.**

Neste último item não se pretenderá listar os pontos abordados no decorrer do estudo que se desenvolveu, ou apontar conclusões sobre cada aspecto. Evita-se, deste modo, a repetição e, sobretudo, os riscos de uma simplificação. A função deste item é apresentar considerações finais sobre alguns aspectos da pesquisa.

O estudo teve dois objetivos específicos e ligados entre si: primeiro procurou-se aferir a forma de utilização da mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal para, então, partir-se à tentativa de projeção de futuras utilizações do instituto.

Pôde-se, na primeira parte do estudo, comparar as conceituações doutrinárias da mutação constitucional às utilizações pelo STF, demonstrando três formas de aparição do instituto na jurisprudência. A diversidade de utilizações pelo tribunal, porém, leva a algumas ressalvas. Institutos criados pela doutrina, como este, devem ser bem estudados e justificados em sua utilização, para que não sejam aplicados de forma diversa daquela para a qual criados. Além disso, deve-se atentar à fundamentação de sua pertinência, a fim de se evitar sua aplicação como justificativa de algo que não prestam a justificar. A conceituação e requisitos do instituto devem ser, portanto, bem observados na hora de sua aplicação nas decisões judiciais.

A simples menção ao instituto jurídico, mesmo que acompanhada de diversas citações doutrinárias, não é suficiente à sua adequada aplicação em um caso concreto. Institutos como a mutação constitucional, sempre vêm acompanhados de requisitos ou condições para sua incidência, os quais devem ser apresentados pelo julgador quando pretender aplicar ao caso concreto.

O requisito adotado, após estudo doutrinário, à aplicação da mutação constitucional, foi a mudança de pressuposto, perspectiva ou contexto fático no decorrer do tempo. Nas decisões em que identificada a referência à esta mudança, notou-se que tratavam-se de matérias que vivem em constante mudança fática, possibilitando a identificação de casos pendentes de julgamento pelo STF, nos quais esta realidade cambiante de tais matérias pode ser novamente apresentada como fundamento, via mutação constitucional, à futura decisão da Corte.

Este contexto permite uma conclusão pessoal de que a mutação constitucional, se utilizada com o devido cuidado, apesar dos riscos de se conferir maior poder ao Judiciário<sup>242</sup>, poderá assumir importante papel de atualização da Constituição, o que permitirá ao país o cultivo de uma cultura constitucional mais forte e estável, evitando a necessidade de novas ordens constitucionais seguidas, como já observado no Brasil.

O cultivo de uma cultura constitucional e manutenção da Constituição no tempo são de grande importância para o desenvolvimento do país em todas as áreas, desde a economia e política até a cultura e garantia dos direitos das minorias. A estabilidade constitucional, que em momento algum poderá ser confundida com a imutabilidade, poderá ser preservada pela mutação constitucional, o que corrobora à idéia de crescimento do país. Já a instabilidade constitucional, representada pela desenfreada mudança da Constituição, principalmente a mudança formal, como vemos no país, e que não poderá ser confundida com a mutabilidade da constituição e sua adequação ao tempo atual, deverá ser evitada.

---

<sup>242</sup> Os riscos da mutação constitucional, não se pode negar, são muitos e amplos. A adequação da Constituição à realidade, portanto, seria mais segura se realizada via mudança formal do texto constitucional, inclusive porque a utilização do instituto, principalmente pelo fato de ser fruto de criação doutrinária, traz perigos quanto à possibilidade de manipulação de seus fins pelo Poder Judiciário. A possibilidade de um golpe de estado não pode ser descartada, assim como bem ressaltado pelo Min. Sepúlveda Pertence no analisado voto proferido na Rcl 4.335-5/AC. O que se propõe nesta pesquisa, portanto, não é a perfeição ou isenção da mutação constitucional de qualquer defeito, muito menos taxá-la como solução para todos os problemas do ordenamento jurídico. Pretende-se apenas destacar a possibilidade de sua utilização como forma de auxílio na atualização das normas à realidade em que aplicadas, quando bem utilizada, obedecendo aos fins para os quais criada.

## XII. BIBLIOGRAFIA.

ANNENBERG, Flávia, *A posição do Supremo Tribunal Federal nos casos da pesquisa com células-tronco embrionárias e da interrupção da gravidez do feto anencéfalo. Existe relação de precedente entre eles?*, Monografia apresentada na Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, 2008: [http://www.sbdp.org.br/ver\\_monografia.php?idMono=132](http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=132).

ARENDDT, Hannah, *Origens do totalitarismo*, trad. Roberto Raposo, 8ª Reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras.

BACHOF, Otto, *Normas constitucionais inconstitucionais?*, trad. José Manuel M. Cardoso da Costa, Coimbra: Almedina, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro e MEYER-PFLUG, Samantha, "A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais", in Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2005: 145-164

BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

BULOS, Uadi Lâmega, *Mutação Constitucional*, dissertação de mestrado apresentada à PUC/SP, 1995.

BARROSO, Luís Roberto, "Judicialização, ativismo e legitimidade democrática", Consultor Jurídico, artigo publicado em 22/12/2008: [www.conjur.com.br/static/text/72894?display\\_mode=print](http://www.conjur.com.br/static/text/72894?display_mode=print)

\_\_\_\_\_, *Interpretação e aplicação da constituição*, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIA, José Eduardo, "Entre a rigidez e a mudança: a constituição no tempo", *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, 2, 2003: 199-207.

\_\_\_\_\_, *O direito na economia globalizada*, São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_, "O sistema brasileiro de justiça: experiência recente e futuros desafios", *Estudos avançados* 18 (51), 2004: 103-125.

\_\_\_\_\_, "O descompasso entre o tempo da justiça e a urgência dos negócios", *Revista Getúlio*, março, 2008: 49.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*, São Paulo: Max Limonad, 1986.

GRAU, Eros Roberto, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

HÄBERLE, Peter, "Zeit und Verfassung", in *Verfassungs als öffentlich Prozeß*, 3. Aufl., Berlin: Drucker & Humblot.

\_\_\_\_\_, *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

HESSE, Konrad, *A força normativa da constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

\_\_\_\_\_, "Significado dos direitos fundamentais", trad. Carlos dos Santos Almeida, in Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho, *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2009: 23-72.

\_\_\_\_\_, "Limites da Mutação Constitucional", trad. Inocêncio Mártires Coelho, in Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho, *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2009: 147-171.

HUBERMAN, Leo, *História da riqueza do homem*, Rio de Janeiro: Zahar, 19. ed., 1983.

JELLINEK, Georg, *Reforma Y Mutacion de la Constitucion*, trad. Christian Förster e Pablo Lucas Verdú, Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1991.

KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, Trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio, *Emendas e Mutações Constitucionais*, São Paulo: Atlas, 2009.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo, "Direito das telecomunicações e ANATEL", in Carlos Ari Sunfeld (coord.), *Direito administrativo econômico*, São Paulo: Malheiros, 2006: 300-316.

MENDES, Gilmar Ferreira, *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*, Revista de Informação Legislativa 162, abr-jun 2004: 149-168.

MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, 23. ed., São Paulo: Atlas, 2008.

OST, François, *O tempo do direito*, trad. Élcio Fernandes, Bauru: EDUSC, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar, "Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?", IPEA: 963, 2003.

PIOVESAN, Flávia, "Globalização econômica, integração regional e direitos humanos", in Flávio Piovesan (coord.), *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*, São Paulo: Max Limonad, 2002: 39-75.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional*, Revista de Informação Legislativa, 120, Senado Federal.

SALAMA, Bruno Mayerhof, "O que é pesquisa em direito e economia?", Cadernos direito GV 5 (2), estudo 22, março, 2008.

SAMPAIO, Marco Aurélio, *A medida provisória no presidencialismo brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da, *Poder constituinte e poder popular*, São Paulo: Malheiros, 2000.

STRECK, Lenio Luiz, BARRETO, Vicente de Paulo, e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de, "Normas constitucionais inconstitucionais", Consultor jurídico, 19/07/2009: <http://www.conjur.com.br/2009-jul-19/confiar-interpretacao-constituicao-poupa-ativismo-judiciario>.

\_\_\_\_\_, OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de, e LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto, *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso*, Jus News, consultado em 09/11/2009:  
[http://www.jusnews.com.br/portal/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=760](http://www.jusnews.com.br/portal/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=760).

SUBER, Peter, *The Paradox of Self-Amendment*, New York: Peter Lang, 1990.

SUNDFELD, Carlos Ari, *Fundamentos de direito público*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena, *Supremocracia*, Revista Direito GV 4 (2), jul-dez 2008: 441-464.

# APÊNDICE I

## TABELA DE CASOS ANALISADOS.

| MUTUAÇÃO CONSTITUCIONAL NA JURISPRUDÊNCIA DO STF |                           |                    |                                     |   |   |  |   |   |  |
|--|---------------------------|--------------------|-------------------------------------|---|---|--|---|---|--|
| Instrumento                                      | Nº do processo            | Data do Julgamento | Dispositivo envolvido               | Situação anterior   | Descrição da mutação  | Onde aparece   | Classificação   | Observações   |  |
| Reclamação                                       | Roi n° 3.801/GO           | 27/10/2005         | art. 114 e art. 109, I, CF          | Competência da Justiça Comum para julgamento de ações indenizatórias por acidente de trabalho.              | Novo sentido extraído dos artigos 114 e 109, I, CF, mediante o qual entendeu o STF que a CF originalmente estabelecia como competência da J. do Trabalho o julgamento de ações indenizatórias por acidente de trabalho.   | Decisão monocrática do Min. Sepúlveda Pertence                                       | Mutação de interpretação  | Mutação está na dilação do Agr. RE n° 450.504/5MG   |  |
| Questão de Ordem                                 | OO HC n° 86.009-5/DF      | 23/08/2006         | art. 105, I, c, CF                  | HC's contra atos de TJs seriam submetidos diretamente ao STF  | Interpretação analógica àquela dada após a edição da EC 22/99 (HC's contra atos de TJ em trâmite perante o STF seria remetido ao STJ, mesmo se já iniciado o julgamento). Extensão da interpretação aos HC's em face de ato de Colegió Recursal, para que sejam remetidos ao TJ competente. | Voto do Relator - Min. Carlos Ayres Brito - v.u. acompanhando o relator              | Mutação de interpretação  | Mutação teria ocorrido em HC's anteriores. Essa OO, por reconhecer a mutação no decorrer do julgamento do HC apenas a aplica.           |  |
| Agravo Regimental                                | AGR RE n° 460.504-5/MG    | 21/11/2006         | art. 114 e art. 109, I, CF          | Competência da Justiça Comum para julgamento de ações indenizatórias por acidente de trabalho.              | Novo sentido extraído dos artigos 114 e 109, I, CF, mediante o qual entendeu o STF que a CF originalmente estabelecia como competência da J. do Trabalho o julgamento de ações indenizatórias por acidente de trabalho.   | Voto do Relator - Min. Carlos Ayres Brito - v.u. acompanhando o relator              | Mutação de interpretação  | EC 45/04 a utilizar apenas como marco temporal. Cf. Conf. Con. nº 7.209, qual seria o relativo marco de reconhecimento da mutação.      |  |
| Embargos de Declaração                           | ED E4v RE n° 174.161-9/DF | 20/09/2007         | art. 8º, ADCT                       | Só se aplicava a regra de equiparação e promoção do art. 8º, ADCT no tocante às promoções temporais.        | Nova interpretação para admitir toda forma de promoção possível ao militar anistado.  | Voto do Relator - Min. Gilmar Mendes - quanto ao recebimento de ED como Agr.         | Mutação de interpretação  | Mutação ocorrida no RE 165.438/DF   |  |
| Embargos de Divergência                          | E4v RE n° 166.781-5/DF    | 20/09/2007         | art. 8º, ADCT                       | Só se aplicava a regra de equiparação e promoção do art. 8º, ADCT no tocante às promoções temporais.        | Nova interpretação para admitir toda forma de promoção possível ao militar anistado.  | Voto do Relator - Min. Gilmar Mendes - v.u. nos termos do relator                    | Mutação de interpretação  | Mutação ocorrida no RE 165.438/DF   |  |
| Mandado de Segurança                             | MS n° 26.602/DF           | 04/10/2007         | arts. 15 e 17, CF                   | Orientação do STF de que o mandato periclitava ao candidato eleito  | Mutação da orientação, passando-se ao entendimento de que o mandato periclitava ao partido  | Voto do Min. Gilmar Mendes + Voto Min. Eros Grau                                     | Mutação de interpretação  | Apesar de se poder cogitar uma legítima mutação constitucional, a justificativa de sua ocorrência é fundada em mudança de interpretação |  |
| Mandado de Segurança                             | MS n° 26.603/DF           | 04/10/2007         | arts. 15 e 17, CF                   | Orientação do STF de que o mandato periclitava ao candidato eleito  | Mutação da orientação, passando-se ao entendimento de que o mandato periclitava ao partido  | Voto do Min. Gilmar Mendes + Voto Min. Eros Grau                                     | Mutação de interpretação  | Apesar de se poder cogitar uma legítima mutação constitucional, a justificativa de sua ocorrência é fundada em mudança de interpretação |  |
| Mandado de Segurança                             | MS n° 26.604/DF           | 04/10/2007         | arts. 15 e 17, CF                   | Orientação do STF de que o mandato periclitava ao candidato eleito  | Mutação da orientação, passando-se ao entendimento de que o mandato periclitava ao partido  | Voto do Min. Gilmar Mendes + Voto Min. Eros Grau                                     | Mutação de interpretação  | Apesar de se poder cogitar uma legítima mutação constitucional, a justificativa de sua ocorrência é fundada em mudança de interpretação |  |
| Habeas Corpus                                    | HC n° 92.297/MG           | 02/09/2008         | art. 105, I, c, CF                  | HC's contra atos de TJs seriam submetidos diretamente ao STF  | Interpretação analógica àquela dada após a edição da EC 22/99 (HC's contra atos de TJ em trâmite perante o STF seria remetido ao STJ, mesmo se já iniciado o julgamento). Extensão da interpretação aos HC's em face de ato de Colegió Recursal, para que sejam remetidos ao TJ competente. | Decisão monocrática do Min. Relator Ricardo Lewandowski                              | Mutação de interpretação  | Mutação está na transcrição da ementa da OO HC n° 96.009-5DF, aplicada no caso  |  |
| Recurso Extraordinário                           | RE n° 466.215/RS          | 28/11/2008         | art. 195, I, a e II, CF             | Inconstitucionalidade do art. 12, I, h, da Lei 8.212/91, por via difusa                                     | Mutação (reforma - EC 20/98 - art. 195, I, a e II) da constituição possibilitaria constitucionalização da norma   | Decisão monocrática do Min. Relator Carlos Brito                                     | Reforma da constituição   | Mutação apontada pela decisão objeto do recurso   |  |
| Reclamação                                       | Roi n° 7.336/SP           | 16/12/2008         | art. 241, CF                        | Equiparação entre delegados de polícia e procurador do estado   | Mutação (reforma - EC 19/98 - art. 241, CF) da constituição para não mais aplicar a condição isonômica entre delegado e procurador estaduais.   | Decisão monocrática do Min. Relator Carlos Brito                                     | Reforma da constituição   | Recorrente aponta inconstitucionalidade na constituição (na Emenda)   |  |
| Recurso Extraordinário                           | RE n° 488.165/PR          | 19/12/2008         | art. 195, I, a e II, CF             | Inconstitucionalidade do art. 12, I, h, da Lei 8.212/91, por via difusa                                     | Mutação (reforma - EC 20/98 - art. 195, I, a e II) da constituição possibilitaria constitucionalização da norma   | Decisão monocrática da Min. Relatora Carmen Lucia                                    | Reforma da constituição   | Mutação citada apenas em ementa transcrita de caso semelhante. RE 466215  |  |
| Agravo de Instrumento                            | AI n° 611.487/MG          | 12/03/2009         | art. 195, I, a e II, CF             | Inconstitucionalidade do art. 12, I, h, da Lei 8.212/91, por via difusa                                     | Mutação (reforma - EC 20/98 - art. 195, I, a e II) da constituição possibilitaria constitucionalização da norma   | Decisão monocrática da Min. Relatora Carmen Lucia                                    | Reforma da constituição   | Mutação citada apenas em ementa transcrita de caso semelhante. RE 466215  |  |
| Reclamação                                       | Rd n° 4.335-5/AC          | Não finalizado     | art. 52, X, CF                      | Após declarada inconstitucional, via contida difusa, lei deveria ser suspensa por ato do Congresso Nacional | Ao do Congresso passa a ser mera publicidade à suspensão de lei declarada inconstitucional pelo STF, em controle difuso.  | Voto do Relator - Min. Gilmar Mendes, Sepúlveda Pertence e Voto Min. Jaesum Barbosa. | Mutação constitucional  | Julgamento ainda não finalizado   |  |
| Habeas Corpus                                    | HC n° 90.450-5/MG         | 23/09/2008         | art. 5º, LXVII, CF                  | Prisão civil do depositário infiel  | Impossibilidade de prisão civil do depositário infiel, dado o novo contexto fático da CF e da sociedade brasileira (tratados internacionais). Norma de eficácia limitada não regulamentada pelo legislador.   | Voto do Relator - Min. Celso de Mello - v.u. nos termos do relator                   | Mutação constitucional  |   |  |
| Habeas Corpus                                    | HC n° 94.895-0/RS         | 23/09/2008         | art. 5º, LXVII, CF                  | Prisão civil do depositário infiel  | Impossibilidade de prisão civil do depositário infiel, dado o novo contexto fático da CF e da sociedade brasileira (tratados internacionais). Norma de eficácia limitada não regulamentada pelo legislador.   | Voto do Relator - Min. Celso de Mello - v.u. nos termos do relator                   | Mutação constitucional  |   |  |
| Habeas Corpus (medida cautelar)                  | HC n° 98.883/MC/SP        | 09/06/2009         | art. 5º, LXVII, CF                  | Prisão civil do depositário infiel  | Impossibilidade de prisão civil do depositário infiel, dado o novo contexto fático da CF e da sociedade brasileira (tratados internacionais). Norma de eficácia limitada não regulamentada pelo legislador.   | Decisão monocrática do Min. Relator Celso de Mello                                   | Mutação constitucional  | Mutação citada apenas em ementa transcrita de caso semelhante, quando o STF coube a ideia de extinção da prisão civil - HC 90.450       |  |
| Habeas Corpus                                    | HC n° 96.772/SP           | 09/06/2009         | art. 5º, LXVII, CF                  | Prisão civil do depositário infiel  | Impossibilidade de prisão civil do depositário infiel, dado o novo contexto fático da CF e da sociedade brasileira (tratados internacionais). Norma de eficácia limitada não regulamentada pelo legislador.   | Voto do Relator - Min. Celso de Mello - v.u. nos termos do relator                   | Mutação constitucional  |   |  |
| Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental   | ADPF n° 46                | 05/08/2009         | art. 21, X, CF                      | Interpretação do verbo "manter" como monopolizar  | Interpretação do verbo "manter" como atuar subsidiariamente   | Voto vencido Min. Marco Aurélio  | Mutação constitucional  |   |  |
| Ação Direta de Inconstitucionalidade             | ADI n° 3.638/MC/DF        | 29/12/2006         | arts. 128, 5º, II, d, e 129, IX, CF | Situação fática que vedava a participação de membros do ME em qualquer outra função pública                 | Pretende-se configurar nova situação em que os membros do MP possam atuar em outros cargos públicos   | Decisão proferida pelo Vice-Presidente (à época) Min. Gilmar Mendes                  | Negação à mutação constitucional                                  | Mutação apresentada como tese na petição inicial e afastada na decisão  |  |
| Ação Direta de Inconstitucionalidade             | ADI 1.484/DF              | 21/08/2001         | art. 21, XI, CF                     | Normas de telecomunicações regidas pela Lei n° 9.250/96 - com lacunas e omissões                            | Inércia na elaboração de legislação que complementasse o art. 21, XI, CF, com redação dada pela EC n° 8/95.   | Decisão monocrática do Min. Relator Celso de Mello                                   | Extinção, teor da mutação constitucional por comissão legislativa | Ação julgada prejudicada pela promulgação de nova legislação  |  |
| Ação Direta de Inconstitucionalidade             | ADI n° 3.929/MC/DF        | 25/07/2007         | art. 52, X, CF e Lei de ICMS de SP  | -   | -   | Decisão plenária unânime conforme voto da Relatora Min. Ellen Gracie                 | Incorrente  | Mutação apenas citada, pois é parte do título de artigo de autoria do Min. Gilmar Mendes, citado na decisão.                            |  |



## **APÊNDICE II**

### **RESUMO DOS CASOS DE MUDANÇA DE INTERPRETAÇÃO DO TRIBUNAL, COMO MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.**

#### **Rcl 3.801/GO**

#### **Rel. Min. Sepúlveda Pertence**

Reclamante: Estado de Goiás

Reclamado: Desembargador Relator da Apelação Cível nº 80.989-2/188 (200401611536), do Tribunal de Justiça do estado de Goiás

Julgamento: 18/04/2006 – Publicação no DJE em 27/04/2006

Trata-se reclamação contra decisão de Desembargador do TJ/GO, que declinou sua competência e remeteu à Justiça do Trabalho, os autos de processo que discutia indenização por acidente do trabalho.

Alega-se ofensa à decisão liminar proferida na ADI 3.395.

Em sua decisão cautelar, o Min. Pertence sustenta que a ação em que proferida a decisão atacada, fora proposta antes de mutação constitucional, ou seja, antes da mudança de interpretação dada pelo tribunal ao tema, o que ocorreu na decisão do Conflito de Competência nº 7.204.

Deste modo, considera o ministro válida a argumentação do reclamante, uma vez que a decisão proferida na ADI 3.395 suspendeu toda interpretação dada ao art. 114, I, CF, quanto à relação entre poder público e seus servidores. Portanto, suspensa a decisão questionada.

**QO HC 86.009-5/DF**

**Rel. Min. 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 Min. Carlos Britto havia votado pela denegação da ordem, tendo sido o julgamento suspenso pelo pedido de vista do Min. 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 Min. Peluso devolveu os autos ao Min. Carlos Britto, que propôs a questão de ordem para solucionar o caso, uma vez que o julgamento já havia iniciado, mas o tribunal não mais o entendia de sua competência.

Em seu voto, acompanhado pelos demais ministros, propõe seja observado o precedente decorrente 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 conferia à CF) e não de sua alteração formal, dever-se-ia seguir tal precedente, por se tratar de competência absoluta dos TJs. O processo, portanto, foi remetido ao TJ/DF para julgamento.

**AGR RE 450.504-5/MG**

**Rel. Min. 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 que o Min. Carlos Britto resolve 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, seja pelos artigos 109, I c/c 114, CF ou pela propositura da ação anteriormente à promulgação da EC nº 45/04, sustenta ser competente a Justiça Comum, para a solução do conflito.

Mantém o ministro sua decisão anterior, por considerá-la totalmente condizente com a decisão proferida pelo tribunal no julgamento do Conflito de Competência nº 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 e da alteração jurisprudencial implicada pela decisão, o Supremo decidiu imputar à EC nº 45/04 a condição de marco temporal para o cumprimento desta nova interpretação.

O Min. Ressalta que a inovação jurisprudencial não foi fruto das inovações trazidas pela EC nº 45/04, mas resultado de uma mutação constitucional, que define como nova interpretação que o tribunal passou a extrair da redação originária do artigo 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.

**ED EDIV RE 174.161-9/DF**

**Rel. Min. 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 de 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, ADCT, fosse promovido, considerado que seus contemporâneos na Força ocupam, hoje, cargo mais elevado.

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

Destaca o ministro que naquele julgamento o Min. 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 do 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.

**EDIV RE 166.791-5/DF**

**Rel. Min. 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, ADCT, fosse promovido a coronel, considerado o decurso de prazo suficiente para tanto. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento do recurso.

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

Destaca o ministro que naquele julgamento o Min. 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 do 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.

### **MS 26.602/DF**

#### **Rel. Min. 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. Min. 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. Min. 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 desfilaram do partido pelo qual eleitos, para posse de seus

suplentes, do mesmo partido, conforme parecer proferido pelo Tribunal Superior Eleitoral na Consulta nº 1.398. Discute-se, pois, se há o direito líquido 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 e o Min. Eros Grau, que não conheceu o mandado de segurança, por inexistência de direito líquido 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”, mas definiu como marco temporal para sua aplicação efetiva pelo Estado a data de 27/03/2007, quando publicado a resposta do TSE à Consulta nº 1.398.

#### **Voto Min. Eros Grau.**

O ministro, em seu voto que não admite a ação por ausência de direito líquido e certo à legitimá-la, entende que só se poderia cogitar da existência da “fidelidade partidária” no ordenamento jurídico brasileiro, se 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 ser inviável a mutação constitucional no caso, porque seu resultado seria incoerente com o restante da Constituição.

#### **Voto Min. Gilmar Mendes.**

O extenso voto do Min. 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 nº 20.927, pela qual o tribunal negou a existência da fidelidade partidária na ordem constitucional brasileira. Então, analisa a decisão proferida nas ADIs nº 1.351 a 1.354, que discutiam a constitucionalidade das “cláusulas de barreira”, quando o próprio Min. Gilmar Mendes, fez menção expressa á 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 ao candidato, após eleito para representação da legenda, trocá-la.

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 Min. 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 procedimento a serem adotados nestes casos.



**HC 92.297/MG**

**Rel. Min. Ricardo Lewandowski**

Paciente: Hélio Bueno

Impetrante: Hélio Bueno

Coator: Juiz de direito do Juizado Especial Criminal de Pouso Alegre

Julgamento: 02/09/2008 – Publicação no DJE em 09/09/2008

Trata-se de *habeas corpus*, oriundos da conversão do recurso extraordinário criminal interposto pelo paciente em face do coator. O paciente ingressou inicialmente com HC preventivo, pois executado, junto com outro co-devedor, em razão de dívida de fiança locatícia, temendo a prisão por infidelidade depositária, uma vez que, para garantia da dívida, foram penhorados bens e lhe depositados.

No entanto, em substituição da penhora, culminou-se na constrição de automóvel que, a bem da verdade, estava alienado fiduciariamente. Sua prisão civil foi decretada pelo Colégio Recursal de Pouso Alegre/MG.

Alega ser inadmissível sua prisão por não ter expressamente assumido o encargo de depositário, bem como não prover recursos suficientes para arcar com seu valor.

Ao converter o recurso extraordinário em *habeas corpus*, o Min. Ricardo Lewandowski concedeu liminar para suspender a ordem de prisão.

Em sua decisão, o ministro remete os autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, seguindo os precedentes do Min. Marco Aurélio no HC 86.834/SP e do Min. Carlos Britto no HC 86.009-QO/DF, no qual remete HC em face de Colégio Recursal ao TJ competente, sob argumentação de mutação constitucional (nova interpretação da constituição).

## **APÊNDICE III**

### **RESUMO DOS CASOS DE ALTERAÇÃO FORMAL DA CONSTITUIÇÃO, COMO MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.**

#### **RE 466.215/RS**

**Rel. Min. Carlos Britto**

Recorrente: Inelson Parizotto Ottoni

Recorrido: INSS

Julgamento: 28/11/2008 – Publicação no DJE em 05/12/2008

Trata-se de recurso extraordinário interposto em face de decisão proferida pelo TRF 4ª região, segundo a qual se legitimou a constitucionalização posterior de norma que até a edição da EC nº 20/98 seria inconstitucional, mas após promulgada a emenda tornar-se-ia conforme a constituição. Norma esta que estabelecia como segurado obrigatório da previdência social o detentor de mandato eletivo.

Sustenta o recorrente a violação do art. 195, II, CF, bem como a impossibilidade de constitucionalização posterior da norma, principalmente por ter sido declarada inconstitucional pelo próprio STF.

O ministro monocraticamente dá provimento ao recurso sob fundamento de que seria ilegítima a posterior constitucionalização da norma, principalmente após já ter sido declarada inconstitucional pelo STF.

**Rcl 7.336/SP**

**Rel. Min. Carlos Britto**

Reclamante: Hélio Pereira Pantaleão e outros

Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Mandado de Segurança nº 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 deixou não equiparou os salários dos delegados de polícia, que já estavam no cargo antes de promulgada a EC nº 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 Min. 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 nº 19/98, o que inviabilizou o cabimento da reclamação.

Em sua fundamentação, o ministro ainda aborda 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 da 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 isonomia aos salários dos procuradores de estado, questão esta não discutida em nenhuma decisão do STF.

**RE 488.165/PR**

**Rel. Min. Cármen Lúcia**

Recorrente: Hélio Oliveira Cardoso

Recorrido: INSS

Julgamento: 19/12/2008 – Publicação no DJE em 12/02/2009

Trata-se de recurso extraordinário interposto em face de decisão proferida pelo TRF 4ª região, segundo a qual se legitimou a constitucionalização posterior de norma que até a edição da EC nº 20/98 seria inconstitucional, mas após promulgada a emenda tornar-se-ia conforme a constituição. Norma esta que estabelecia como segurado obrigatório da previdência social o detentor de mandato eletivo.

Sustenta o recorrente a violação dos artigos 5º, *caput*, 37, *caput*, 60, § 4º, IV, e 195, § 6º, CF, bem como afronta aos princípios da boa-fé e da moralidade administrativa, alegando que tal contribuição só poderia ser exigível partir de 18.9.2004 – noventa dias após a publicação da Lei nº 10.887/2004 – esta sim apta a instituir a contribuição.

Em sua decisão monocrática a Min. Cármen Lúcia dá provimento ao recurso, declarando ilegítima a inconstitucionalidade superveniente de lei assim como a legitimidade da cobrança somente após transcorridos 90 dias da publicação da Lei nº 10.887/04, seguindo precedente relatado pelo Min. Carlos Velloso, segundo o qual o exercente de cargo eletivo só poderia ser incluído como segurado obrigatório da previdência, por lei complementar, que não é o caso.

**AI 611.481/MG**

**Rel. Min. Cármen Lúcia**

Agravante: INSS

Agravado: Milton Donizete da Silva

Julgamento: 12/03/2009 – Publicação no DJE em 06/11/2009

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário interposto pelo INSS em mandado de segurança que declara que a cobrança da contribuição social de detentor de mandato eletivo só poderia ser iniciada a partir da Lei nº 10.887/04, haja vista não ter sido declarada inconstitucional a Lei nº 8.212/91 e não se poder admitir que a EC nº 20/98 tenha “reconstitucionalizado” a lei ou instituído, por si só, a cobrança de tal contribuição, necessitando-se, portanto de nova lei para o instituir, o que só ocorreu em 2004.

A tese alegada pela agravante é exatamente a da constitucionalização superveniente da norma, que ainda não teria sido objeto de decisão pelo STF, bem como afronta aos artigos 154, I, e 195, I e II, CF.

Seguindo precedente de relatoria do Min. Carlos Velloso, segundo o qual o exercente de cargo eletivo só poderia ser incluído como segurado obrigatório da previdência, por lei complementar, que não é o caso, assim como precedente do Min. Carlos Britto, que sustentando a mutação constitucional protagonizada pela EC nº 20/98, analisa a questão da constitucionalidade superveniente nesse mesmo contexto, declarando-a ilegítima. A ministra, portanto, negou seguimento ao agravo de instrumento.

## **APÊNDICE III**

### **RESUMO DOS CASOS DA ADOTADA FORMA DE UTILIZAÇÃO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.**

#### **Rcl 4.335/AC**

#### **Rel. Min. Gilmar Mendes**

Reclamante: Defensoria Pública da União

Reclamado: Juiz de Direito da Vara das Execuções Penais de Rio Branco

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, consoante o art. 52, X, CF, para que a decisão tenha eficácia geral.

#### **Voto Min. Gilmar Mendes.**

Em seu voto, o Min. Gilmar Mendes analisa a evolução do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, almejando justificar a persistência do atual art. 52, X, CF, por razões meramente históricas, haja vista não mais ser compatível com o modelo adotado.

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 transcendentais, ou até *erga omnes*. O modelo de controle de constitucionalidade preferencialmente concentrado, adotado no Brasil, bem como os novos

instrumentos do próprio controle difuso, como repercussão geral e súmula vinculante, demonstrariam esta incompatibilidade do art. 52, X, CF, com a realidade atual brasileira, 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 Min. Eros Grau.**

O Min. Eros Grau segue a linha argumentativa do Min. 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 deveria partir 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, da premissa inicial, da leitura que se faz do texto.

Essa é a tese central do voto, que propõe uma nova leitura do art. 52, X, dado o novo contexto brasileiro – adotando a argumentação do Min. 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.

**HC 90.450-5/MG**

**Rel. Min. 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 caber 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.



**HC 94.695-0/RS**

**Rel. Min. 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 caber 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.

**HC 98.893 MC/SP**

**Rel. Min. Celso de Mello**

Paciente: Haruo Hoshino

Impetrante: Luiz Antônio de Almeida Alvarenga e outros

Coator: Ministro Relator do HC nº 108.025, do Superior Tribunal de Justiça

Julgamento: 09/06/2009 – Publicação no DJE em 15/06/2009

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em face de decisão do STJ que negou seguimento a HC impetrado perante aquela Corte que, por sua vez, afrontava decisão do TJ/SP que negava provimento à ação idêntica, confirmando a decretação de prisão civil por infidelidade depositária, do paciente.

Ao decidir, o Min. 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 insubsistência 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, pelo julgamento do HC 92.566/SP.

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

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

**HC 96.772 /SP**

**Rel. Min. Celso de Mello**

Paciente: João Marcos Bachega

Impetrante: João Marcos Bachega

Coator: Superior Tribunal de Justiça

Julgamento: 09/06/2009 – Publicação no DJE em 19/06/2009

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em face de decisão do STJ que denegou ordem de *habeas corpus* em face de ordem de prisão civil por infidelidade depositária.

Alega-se que o paciente foi nomeado depositário de bens penhorados em execução fiscal e que foi considerado infiel pela não restituição de tais bens, os quais, no entanto, teriam deteriorado naturalmente. Os bens, contudo, foram apresentados em juízo, que não os aceitou, pelo estado em que encontrados.

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 caber 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.

A ordem foi concedida.

## **ADPF 46/DF**

**Rel. Min. 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 que questiona a recepção pela Constituição da Lei nº 6.538/78, que 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 Min. 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 crítica contra as empresas estatais, os encargos que geram ao Estado, o 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. Nesse sentido, classifica a acepção do verbo “manter” como atualmente caracterizadora da função subsidiária da atuação estatal no setor, 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 Min. Marco Aurélio dá integral provimento à ação.

**Voto condutor, Min. Eros Grau.**

O voto do Min. 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 Min. 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 Min. Eros Grau é o extremo oposto. Partindo da distinção que faz entre as atividades econômicas, distinguindo as atividades econômicas em sentido estrito e os serviços públicos, classifica o serviço postal como integrante deste último.

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 julgada parcialmente procedente a ação, deixando-se sob o monopólio dos Correios a prestação dos serviços de entrega de cartas, correspondência agrupada e 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.

## **APÊNDICE IV**

### **RESUMO DOS CASOS DE NEGAÇÃO À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.**

#### **Rcl 4.335/AC**

##### **Rel. Min. Gilmar Mendes**

Reclamante: Defensoria Pública da União

Reclamado: Juiz de Direito da Vara das Execuções Penais de Rio Branco

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, consoante o art. 52, X, CF, para que a decisão tenha eficácia geral.

##### **Voto Min. Sepúlveda Pertence.**

O Min. Pertence dialoga com os votos dos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, para refutá-los. Em sua argumentação, alega não crer na possibilidade de mutação constitucional no caso, por enxergar a possibilidade de que se abra caminho a um golpe de estado pelo Poder Judiciário, uma vez que se estaria a legitimar o aumento de seu poder por sua própria decisão.

Deixando claro seu receio quanto ao instituto da mutação constitucional, faz breve análise sobre o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro e sugere seja a mutação substituída por súmula vinculante.

Assim, o ministro julga a reclamação improcedente, mas concede, de ofício, o *habeas corpus* aos interessados.

**Joaquim Barbosa.**

O ministro Joaquim Barbosa, apesar de afirmar posição de que o STF não depende mais do Senado para atribuição e efeitos *erga omnes* às suas decisões em controle difuso de constitucionalidade, afasta desde logo a mutação constitucional do caso, defendendo a utilização da súmula vinculante no caso.

Alega o ministro não ter se passado tempo suficiente para ocorrência da mutação, bem como não estar a norma em desuso, pois o Senado teria editado diversas resoluções em cumprimento ao discutido artigo constitucional.

Além disso, critica a postura do juiz da comarca de Rio Branco, por não decidir nos moldes do STF, sem argumentos para tanto. Assim, encerra seu voto não conhecendo a reclamação, mas concedendo o *habeas corpus* de ofício.

**ADI 3.838 MC/SP**

**Rel. Min. 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 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 à lei emanada do Poder Legislativo, em especial a Lei Complementar. Requer ainda interpretação sistemática do dispositivo, para que se permita ao membro de MP que exerça função ou cargo público compatível com suas atividades típicas.

Por fim, pede seja interpretada a Constituição de modo diverso daquele pelo qual interpretam os precedentes do próprio STF, o que chama de mutação constitucional.

Em sua decisão, o Min. Gilmar Mendes (então vice-presidente do tribunal) apresenta precedentes do STF no sentido afirmar a 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 não se ter alterado o quadro fático, o contexto em tela.

Diante disso, nega a medida cautelar.



## **APÊNDICE V**

### **RESUMO DOS CASOS DE EXCEÇÃO.**

#### **ADI 1.484/DF**

##### **Rel. Min. Celso de Mello**

Requerente: PDT e PT

Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional

Julgamento: 21/08/2001 – Publicação no DJE em 28/08/2001

Trata-se de ADI por omissão parcial em face da Lei nº 9.295/96 (Lei Mínima das Telecomunicações). Alega-se que a lei afronta o art. 21, inciso XI, CF, pois não regula todo o sistema de telecomunicações, como determinado pelo dispositivo; ofensa ao art. 173, § 4º, CF, diante da necessidade de existência de legislação que reprima o abuso do poder econômico; violação à vedação do abuso de poder econômico e do monopólio direto ou indireto dos meios de comunicação social (art. 220, § 5º, CF); e inadequação de vigência simultânea da lei questionada e do antigo Código de Telecomunicações (Lei n.º 4.117/62), em razão das concepções distintas na prestação dos serviços em cada.

Em seu voto, o Min. Celso de Mello, ressalta a gravidade das omissões inconstitucionais e, principalmente da inércia do legislador. Nesse aspecto, apresenta teoria da professora Anna Cândida da Cunha Ferraz, segundo a qual, a omissão inconstitucional é modalidade de mutação inconstitucional, violadora da Constituição, pois altera o desenho previsto pelo constituinte originário, ou seja, a inércia do legislativo propicia uma mudança negativa de realidade, haja vista não se cumprir com o quanto determinado na Constituição, ao mesmo tempo que se altera a moldura do Estado.

Assim, condenando a inércia, omissão e produção insuficiente do Poder Legislativo, encerra o Min. Celso de Mello seu voto julgando prejudicada a demanda, por se ter promulgado a Lei nº 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações), suprimindo a omissão alegada na petição inicial.

**ADI 3.929/DF**

**Rel. Min. Celso de Mello**

Requerente: Governador do Estado de São Paulo

Requerido: Senado Federal

Julgamento: 29/08/2007 – Publicação no DJE em 14/09/2007

Trata-se de ADI questionando a constitucionalidade de Resolução do Senado Federal que, ao suspender eficácia de leis declaradas inconstitucionais pelo STF, em controle difuso – Lei nº 6.556/89, do Estado de São Paulo, sobre o ICMS, Lei estadual nº 7.646/91 e Lei estadual nº 8.207/92 – teria se estendido sobre questões das quais o tribunal não havia se manifestado sobre a constitucionalidade, suspendendo, assim, número maior de dispositivos do que o declarado inconstitucional.

Constatada a atuação extensiva do Senado na suspensão de eficácia dos dispositivos legais, foi a medida cautelar confirmada em plenário, para suspender os efeitos da Resolução 7/07 do Senado Federal.

## APÊNDICE VI

### **MODELO DE ANÁLISE DE CASOS PARADIGMA.**

| <b>MODELO DE ANÁLISE DE JULGADOS (PARADIGMAS)</b>                            |   |
|--|---|
| <b>1.Tema</b>  | Suspensão de lei declara inconstitucional em controle difuso, pelo Senado Federal.  |
| <b>2. Mutação apresentada no julgamento</b>                                  | Interpretação do art. 52, X, CF - nova perspectiva acerca da função da resolução do Senado Federal  |
| <b>3. Ministro introdutor da mutação</b>                                     | Min. Gilmar Mendes, acompanhado pelo Min. Eros Grau   |
| <b>4. Justificativa da mutação</b>   | Tendência à vinculatividade das decisões do STF e transcendência dos efeitos de suas decisões   |
| <b>5. Informações processuais pertinentes</b>                                |   |
| 5.1. Instrumento   | Reclamação  |
| 5.2. Relator   | Min. Gilmar Mendes  |
| 5.3. Data do julgamento  | Julgamento não finalizado   |
| 5.4. Proponente  | Defensoria Pública da União   |
| 5.5. Data de propositura   | 4/5/2006  |
| <b>6. Objeto da ação</b>   | Descumprimento de decisão do STF, quando declarou inconstitucional o art. 2º, §1º, da Lei de crimes hediondos (nº 8.072/90), pelo juiz das execuções penais da comarca de Rio Branco/AC |
| <b>7. Forma de aparição da mutação (<i>ratio decidendi/obter dictum</i>)</b> | <i>Ratio decidendi</i>  |
| <b>8. Evidências para próxima utilização</b>                                 | Atual tripartição de poderes brasileira   |
| <b>9. Observações</b>  |   |

| <b>MODELO DE ANÁLISE DE JULGADOS (PARADIGMAS)</b>                            |   |
|--|---|
| <b>1.Tema</b>  | Prisão civil do depositário infiel  |
| <b>2. Mutação apresentada no julgamento</b>                                  | Impossibilidade de admissão da prisão civil do depositário infiel   |
| <b>3. Ministro introdutor da mutação</b>                                     | Min. Celso de Mello   |
| <b>4. Justificativa da mutação</b>   | Exegese atualizadora; insubsistência da prisão civil do depositário infiel com o atual ordenamento jurídico e sociedade brasileira. |
| <b>5. Informações processuais pertinentes</b>                                |   |
| 5.1. Instrumento   | <i>Habeas corpus</i>  |
| 5.2. Relator   | Min. Celso de Mello   |
| 5.3. Data do julgamento  | 23/09/2008 (HC nº 90.450/MG)  |
| 5.4. Proponente  | Vários  |
| 5.5. Data de propositura   | Diversas  |
| <b>6. Objeto da ação</b>   | HC's para soltura ou declaração de ilegitimidade de condenados à prisão por infidelidade depositária                                |
| <b>7. Forma de aparição da mutação (<i>ratio decidendi/obter dictum</i>)</b> | <i>Obter dictum</i>   |
| <b>8. Evidências para próxima utilização</b>                                 | Tendência internacional à universalização da proteção aos direitos humanos.   |
| <b>9. Observações</b>  |   |

| <b>MODELO DE ANÁLISE DE JULGADOS (PARADIGMAS)</b>                             |  |
|---|--|
| <b>1. Tema</b>  | Monopólio/exclusividade da prestação do serviço postal   |
| <b>2. Mutação apresentada no julgamento</b>                                   | Acepção do termo "manter" contido no art. 21, X, CF  |
| <b>3. Ministro introdutor da mutação</b>                                      | Min. Marco Aurélio   |
| <b>4. Justificativa da mutação</b>  | Mudança do papel do Estado na atividade econômica; Interpretação deve ser pautada pela visão atual acerca dos princípios constitucionais, em especial o da 'livra iniciativa', 'livre concorrência' e 'livre exercício de qualquer profissão'. |
| <b>5. Informações processuais pertinentes</b>                                 |  |
| 5.1. Instrumento  | ADPF   |
| 5.2. Relator  | Min. Marco Aurélio   |
| 5.3. Data do julgamento   | 5/8/2009   |
| 5.4. Proponente   | ABRAED - Associação brasileira das empresas de distribuição  |
| 5.5. Data de propositura  | 14/11/2003   |
| <b>6. Objeto da ação</b>  | Não recepção da Lei nº 6.538/78 pela CF/88; violação aos princípios constitucionais econômicos na manutenção do monopólio do serviço postal pela ECT; e definição do conceito de carta.  |
| <b>7. Forma de aparição da mutação (<i>ratio decidendi/obiter dictum</i>)</b> | <i>Ratio decidendi</i>   |
| <b>8. Evidências para próxima utilização</b>                                  | Avanços tecnológicos que impulsionariam a concorrência; Capacidade de universalização da prestação dos serviços.   |
| <b>9. Observações</b>   |  |

## **APÊNDICE VII**

### **MODELO DE ANÁLISE DE CASOS *PERSPECTIVA*.**

| <b>MODELO DE ANÁLISE DE CASOS (PERSPECTIVAS)</b>     |   |
|--|---|
| <b>1. Tema fático</b>                                | Trancamento de pauta para deliberação acerca de Medidas Provisórias - interpretação dada pelo Dep. Michel Temer (presidente da Câmara) conferindo os efeitos do trancamento apenas para questões passíveis de regulação via MP. |
| <b>2. Mudança fática de pressuposto/realidade</b>    | Poder de agenda do Presidente da República; Submissão do legislativo ao executivo.  |
| <b>3. Informações processuais pertinentes</b>        |   |
| 3.1. Instrumento                                     | Mandado de Segurança Preventivo (MS)  |
| 3.2. Relator   | Min. Celso de Mello   |
| 3.3. Decisão liminar                                 | Indeferido pedido liminar   |
| 3.4. Proponente                                      | Dep. Carlos Fernando Coruja Augustini; Dep. Ronaldo Ramos Caiado; Dep. José Aníbal Peres de Pontes  |
| 3.5. Data de propositura                             | 18/3/2009   |
| <b>4. Objeto da ação</b>                             | Abstenção da interpretação conferida pelo Dep. Michel Temer   |
| <b>5. Dispositivos constitucionais questionados</b>  | art. 62, §6º, CF  |
| <b>6. Mutação no âmbito jurídico</b>                 | interpretação do art. 62, §6º, CF para que se entenda o trancamento de pauta apenas aos temas passíveis de serem objeto de MP.  |
| <b>9. Evidências para constatação da perspectiva</b> | Impossibilidade de produção legislativa pelo intermitente trancamento da pauta do Congresso Nacional; Teor do indeferimento da liminar pela decisão do relator.   |

| <b>MODELO DE ANÁLISE DE CASOS (PERSPECTIVAS)</b>     |  |
|--|--|
| <b>1.Tema fático</b>                                 | União homoafetiva  |
| <b>2. Mudança fática de pressuposto/realidade</b>    | Mudança de concepção da sociedade acerca das relações homossexuais.  |
| <b>3. Informações processuais pertinentes</b>        |  |
| 3.1. Instrumento                                     | ADPF/ADI   |
| 3.2. Relator   | Min. Carlos Britto/Min. Ellen Gracie   |
| 3.3. Decisão liminar                                 | Não analisada  |
| 3.4. Proponente                                      | Governador do estado do Rio de Janeiro/Procuradora Geral da República  |
| 3.5. Data de propositura                             | 27/02/2008 - 22/07/2009  |
| <b>4. Objeto da ação</b>                             | Reconhecimento da possibilidade de união estável e seus efeitos para casais homossexuais   |
| <b>5. Dispositivos constitucionais questionados</b>  | Princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. Tratamento constitucional da família e das uniões estáveis.                             |
| <b>6. Mutação no âmbito jurídico</b>                 | Interpretação para que a expressão "entre homem e mulher" seja relativizada ou dada como mero exemplo de união estável; ou desconsideração da expressão. |
| <b>9. Evidências para constatação da perspectiva</b> | Alteração no regimento interno do STF.   |

| <b>MODELO DE ANÁLISE DE CASOS (PERSPECTIVAS)</b>     |   |
|--|---|
| <b>1.Tema fático</b>                                 | Regime de prestação do serviço de telecomunicações  |
| <b>2. Mudança fática de pressuposto/realidade</b>    | Novas tecnologias e exigências econômicas impossibilitariam o regime exclusivamente públi/estatal da prestação de serviços de telecomunicações  |
| <b>3. Informações processuais pertinentes</b>        |   |
| 3.1. Instrumento                                     | ADI   |
| 3.2. Relator   | Min. Marco Aurélio  |
| 3.3. Decisão liminar                                 | Quanto ao regime de prestação de serviços:  |
| 3.4. Proponente                                      | PC do B; PT; PDT; e PSB   |
| 3.5. Data de propositura                             | 9/9/1997  |
| <b>4. Objeto da ação</b>                             | Inconstitucionalidade dos artigos 18, I, II e III; 19, IV, X e XV; 22, II; 54, §ú; 55; 56; 57; 58; 59; 65, III, §§ 1º e 2º; 66; 69; 89, I a X; 91, §§ 1ª, 2ª e 3ª; 119; e 210 da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações) |
| <b>5. Dispositivos constitucionais questionados</b>  | Art. 21, XI, CF (objeto da análise).  |
| <b>6. Mutação no âmbito jurídico</b>                 | Regime de autorizações - expressão autorização constante do art. 21, XI, CF   |
| <b>9. Evidências para constatação da perspectiva</b> | Mais de 10 (dez) anos sem análise do mérito da ação. Assunção do governo pela antiga oposição (proponentes da ADI) e não alteração do regime de prestação dos serviços.   |