

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP  
IV Curso de Formação em Teoria Geral do Direito Público

Rafael Lemos do Rego

**MUTAÇÃO JURÍDICA E MUTAÇÃO  
CONSTITUCIONAL**

Brasília – DF

2008

# **MUTAÇÃO JURÍDICA E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão do IV Curso de Formação em Teoria Geral do Direito Público – IDP.

Brasília – DF

2008

Rafael Lemos do Rego

# MUTAÇÃO JURÍDICA E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão do IV Curso de Formação em Teoria Geral do Direito Público – IDP.

Aprovado pelo Prof. Examinador em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_, com menção  
\_\_\_\_\_(\_\_\_\_\_).

Banca examinadora:

---

Prof.:

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho às amizades formadas na ocasião do IV Curso de Formação em Teoria Geral do Direito Público – IDP/DF. Em especial, aos colegas de trabalho do Ministério Público Federal, pela oportunidade, e não só. Ao fim, a todos os que contribuíram para a conclusão deste trabalho e àqueles que possuem amor pela adversidade e que duvidam de suas próprias certezas.

## RESUMO

O objeto de estudo do presente trabalho restringe-se ao tema relativo à modificação do texto jurídico e do texto constitucional em especial, com análise de noções gerais, natureza, origem, efeitos trazidos pelo uso da mutação e, em geral, análise de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como colheita de doutrina especializada no tema. Pretende-se formular tese no sentido da abrangência geral da mutação jurídica, sendo a mutação constitucional espécie da mutação jurídica. Através desses processos de modificação informais das leis e da constituição em geral, altera-se os sentidos, alcances e significados da interpretação realizada sobre esses mesmos textos. Na análise dos casos práticos, especial interesse possuem os julgados relativos ao controle de constitucionalidade e os respectivos efeitos e, em outros pontos, de temas relativos à modificação das normas infraconstitucionais, como, por exemplo, as de direito administrativo e direito penal. Sem embargo, no que tange ao estudo dos princípios, deu-se atenção à modificação de sentidos e alcances dessas expressões qualitativas abertas que compõem o núcleo conceitual de princípio. Nessa lógica, cuidou-se também de tecer breves anotações a respeito da durabilidade das normas, da segurança jurídica nas modificações informais, além do uso da interpretação como mecanismo de adequação do texto à realidade. No desenvolver do tema, faz-se um estudo dos casos em que se verifica uma possível *mutação constitucional inconstitucional*, de modo a completar o âmbito de limites possíveis à alteração do texto constitucional. Assim, ao cabo, discorre acerca da modificação formal do texto constitucional, como alternativa ao processo informal de que cuida a presente monografia. Por conseguinte, pretende-se revelar contornos de um critério alternativo de modificação dos textos legislativo e magno, quer com análise de julgamentos apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, quer pelas lições doutrinárias acerca do tema proposto no âmbito acadêmico-científico. É feita uma análise dos princípios gerais informadores desses institutos, com aspectos relativos à segurança jurídica e restrições à alteração no processo de modificação informal das leis e da Constituição. Foi desenvolvido a partir de análises de julgamentos levados a cabo pela Corte Federal, com vistas, também, à perspectiva de julgamentos dos temas levados ao Supremo Tribunal Federal. Concentrar-se-á, ainda, no que for pertinente, em esclarecimentos proclamados em salas de aula, mormente do Curso de Formação em Teoria Geral do Direito Público, apresentado e formado pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP/DF. O propósito, então, do trabalho é recolher, examinar e apresentar elementos que irão conduzir à defesa da tese, em vista das espécies de visões possíveis, sobre o assunto sob exame, levando sempre em conta o conteúdo e os sentidos de diversos enunciados normativos, notadamente da Carta Fundamental.

## Conteúdo

Conteúdo .....	1
1 - APRESENTAÇÃO - MUTAÇÃO JURÍDICA E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL .....	2
2 - INTRODUÇÃO.....	3
3 - BREVES ANOTAÇÕES HISTÓRICAS E NATUREZA. ....	8
4 - A DURABILIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS.....	10
5 - OS PRINCÍPIOS COMO FUNDAMENTO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	14
6 - A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL E CONSTITUCIONAL COMO MECANISMO DE ADEQUAÇÃO DO TEXTO À REALIDADE.....	16
7 - OS EFEITOS TRAZIDOS PELA APLICAÇÃO DA MUTAÇÃO –OCORRÊNCIA.....	18
8 - MUDANÇA NA INTERPRETAÇÃO, SEGURANÇA JURÍDICA, “MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL INCONSTITUCIONAL” E CASOS PRÁTICOS. ....	19
9 - O PROCESSO FORMAL DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO .....	41

# **1 - APRESENTAÇÃO - MUTAÇÃO JURÍDICA E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Cuida o trabalho do tema relativo à alteração do texto jurídico-normativo e do texto constitucional, por meio de processos informais, aqui conhecidos, respectivamente, como mutação jurídica e mutação constitucional. Pretende-se revelar contornos de um critério alternativo de modificação dos textos legislativo e magno, quer com análise de julgamentos apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, quer pela lições doutrinárias acerca do tema proposto no âmbito acadêmico-científico.

É feita uma análise dos princípios gerais informadores desses institutos, com aspectos relativos à segurança jurídica e restrições à alteração no processo de modificação informal das leis e da Constituição.

Foi desenvolvido a partir de análises de julgamentos levados a cabo pela Corte Federal, com vistas, também, à perspectiva de julgamentos dos temas levados a esse mesmo Tribunal.

Concentrar-se-á, ainda, no que for pertinente, em esclarecimentos proclamados em salas de aula, mormente do Curso de Formação em Teoria Geral do Direito Público, apresentado e formado pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP/DF.

O propósito, então, do trabalho é recolher, examinar e apresentar elementos que irão conduzir à defesa da tese, em vista das espécies de visões possíveis, sobre o assunto sob exame, levando sempre em conta o conteúdo e os sentidos de diversos enunciados normativos, notadamente da Carta Fundamental.

## 2 - INTRODUÇÃO

Mutação – do latim *mutazione* – quer significar, na incidência semântica da palavra, mudança; alteração; modificação; transformação. Em seu aspecto teórico-doutrinário, é ela traduzida como meio alternativo de alteração do texto da Constituição, em contraposição ao processo rígido-formal de emendas e revisão.

A sistemática de elaboração de leis, no que tange à redação dos enunciados ali constantes, conquanto deva ser de modo claro, preciso e objetivo<sup>1</sup>, existem palavras

---

1 A esse respeito, confira o verbete do artigo 11 da Lei Complementar 95, que dispõe sobre a elaboração, redação e consolidação das Leis: “Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

I - para a obtenção de clareza:

a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando;

b) usar frases curtas e concisas;

c) construir as orações na ordem direta, evitando preciosismo, neologismo e adjetivações dispensáveis;

d) buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente;

e) usar os recursos de pontuação de forma judiciosa, evitando os abusos de caráter estilístico;

II - para a obtenção de precisão:

a) articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma;

b) expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico;

c) evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto;

d) escolher termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional, evitando o uso de expressões locais ou regionais;

e) usar apenas siglas consagradas pelo uso, observado o princípio de que a primeira referência no texto seja acompanhada de explicitação de seu significado;

f) grafar por extenso quaisquer referências a números e percentuais, exceto data, número de lei e nos casos em que houver prejuízo para a compreensão do texto;

g) indicar, expressamente o dispositivo objeto de remissão, em vez de usar as expressões ‘anterior’, ‘seguinte’ ou equivalentes;

III - para a obtenção de ordem lógica:

a) reunir sob as categorias de agregação - subseção, seção, capítulo, título e livro - apenas as disposições relacionadas com o objeto da lei;

b) restringir o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio;

c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida;

d) promover as discriminações e enumerações por meio dos incisos, alíneas e itens.”



polissêmicas, pluralistas e/ou indeterminadas, capazes que são de conferir, todavia não delimitar, o espaço de trabalho do interpretador/operador jurídico (hermeneuta).

As normas jurídicas são dotadas de forte carga política em razão de sua indisfarçável pretensão de regular o fenômeno político estabelecer as bases fundamentais de organização política do Estado.<sup>2</sup>

Nesse aspecto, o processo de concretização do enunciado normativo é obtido por meio da interpretação do texto legal, o que consubstancia a norma em norma interpretada. É válida, por isso, a afirmação de Häberle, citado por Inocêncio Mártires Coelho, segundo a qual não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada.<sup>3</sup> Em análogo sentido, Miguel Reale afirma: “o direito é norma e situação normada” e que “a norma é a sua interpretação”<sup>4</sup>

Nesse raciocínio, os fatores atribuídos à mutação em seu sentido *latu* estão ligados a fatores e situações, tais como as gramaticais, semânticas, sociais e institucionais aptas a atribuir a um enunciado legal diversos sentidos e compreensões que lhe são pertinentes, por diferentes intérpretes. Nesse ponto, não se fala em produção uma de sentidos de um mesmo texto normativo.<sup>5</sup>

Essa mudança de sentidos de um mesmo enunciado pode ocorrer por vezes em razão de uma evolução na situação de fato vivida sobre a qual incide a norma, ou ainda, por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade.<sup>6</sup> O discurso, portanto, se liberta da tutela de intenção do autor, das circunstâncias e da orientação voltada para o leitor primitivo. Em virtude disso afirma Lênio Luiz Streck que:

Em rigor, não existem julgamentos de acordo com a lei ou em desacordo com ela, porque o texto normativo não contém imediatamente a

---

2 JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. Bahia: ed. Juspodivm, 2008. p. 192.

3 COELHO, Inocêncio Mártires. *As idéias de Peter Häbele e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro*. Revista de Informação Legislativa. Bsb, a. 35 n. 137 jan./mar. 1998, p. 159.

4 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 594.

5 Com isso, não se chega a um mesmo resultado o processo de levar ao conhecimento de duas ou mais pessoas o mesmo verbete legal, quando permitido, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com o processo objetivo de seleção de proposta no âmbito das licitações do Direito Administrativo.

6 São as palavras de MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Brasília: Saraiva – série IDP, 2007, p. 220.

norma (Muller), a qual é construída pelo intérprete no decorrer do processo de concretização do direito, de sorte que, quando o juiz profere um julgamento considerado contrário à lei, na realidade está proferindo um julgamento contra o que a doutrina e a jurisprudência estabelecem como arbitrário. (...) é necessário ter em conta que o Direito deve ser entendido como uma prática dos homens que se expressa em um discurso que é mais que palavras, é também comportamentos, símbolos, conhecimentos, expressados (sempre) na e pela linguagem. É o que a lei manda, mas também o que os juízes interpretam, os advogados argumentam, as partes declaram, os teóricos produzem, os legisladores criticam. É, enfim, um discurso constitutivo, uma vez que designa/atribui significado a fatos e palavras<sup>7</sup>

Nesse sentido, é que se abre a discussão de juiz legislador. Na modificação do texto jurídico, por obra da mutação jurídica, os pressupostos de existência e as bases em que se fundou a lei para sua elaboração são mantidas, pena de incidir a figura do magistrado legislador. O direito, para se figurar arbitrário diante do texto da lei originário, deve ter em si a característica da inovação do âmbito de atuação das situações jurídicas estabelecidas no diploma normativo.

No processo informal de modificação do texto jurídico (mutação), preserva o hermenêuta os princípios estruturantes servidos de prognose para a norma jurídica. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro.<sup>8</sup> Então, o intérprete há de construir a norma – interpretação, respeitando a coerência interna do texto, sujeito a uma série de associações, oposições e homologias que conferem sentido ao texto, de modo que, em verdade, não inventa a norma, e sim a adapta às novas realidades.

Em voto proferido, afirma Eros Grau em seu voto na Reclamação 4335-5/AC:<sup>9</sup>

Pois é exatamente disso que aqui tratamos. Se ao menos desejar fazer-se ouvir, o intérprete autêntico há de falar na, há de falar a língua do texto normativo. É dotado de legitimidade para, falando a e na língua do

---

7 STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999, p. 210/211.

8 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Brasília: Saraiva – série IDP, 2007, p. 220

9 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Rcl. 4335-5/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes. Reclamante. Defensoria Pública da União.

texto normativo, produzir normas e atualizar o direito. Mas essa legitimidade será dissolvida sempre que a língua do texto normativo for substituída por outra. Não se trata de afirmar que o intérprete autêntico tem legitimidade somente para repetir as palavras da lei, porém algo substancialmente diverso disso --- ele detém legitimidade para atuar plenamente no plano da *dimensão normativa*, para reproduzir o direito em sua dimensão normativa, fazendo-o porém na língua dos textos normativos.

No mesmo campo de discussão, MAXIMILIANO<sup>10</sup> conclui:

O hermeneuta de hoje não procura, nem deduz, o que o legislador de anos anteriores quis estabelecer, e, sim, o que é de presumir que ordenaria, se viesse no ambiente social hodierno. Sem esbarrar de frente com os textos, ante a menor dúvida possível o intérprete concilia os dizeres da norma com as exigências sociais; mostrando sempre o puro interesse de cumprir as disposições escritas, muda-lhes insensivelmente a essência, às vezes até malgrado seu, isto é, sem o desejar; e assim exerce, em certa medida, função criadora: comunica espírito novo à lei velha

No que pertine aos limites interpretativos/inovadores do texto da norma jurídica, salientou o Min. Eros Grau no voto proferido na reclamação 4335-5/AC:

sendo a interpretação uma *prudência* [ela não é *saber puro*, separado do ser], haverá subversão do texto quando o intérprete autêntico produzir interpretante [= norma] *não correta*. A apuração dessa *subversão* também é [deve ser] objeto de uma *prudência*. O *interpretante* será *correto* quando --- a conclusão é de AULIS AARNIO --- [i] se insere no quadro [na moldura] do direito; [ii] o discurso que o justifica processa-se de maneira racional; [iii] atende ao código dos valores dominantes.<sup>11</sup>

Essas interpretações modificadores do espírito dos dispositivos são as práticas verificadas pelo uso da mutação jurídica. Na distinção entre os fenômenos analisados, apenas é preciso ter em mente que a Mutação Constitucional faz parte do g nero

---

10 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplica o do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.  
11 Rcl. 4335-5/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes. Reclamante. Defensoria Pública da União.

Mutação Jurídica, porquanto é possível verificar a existência de outras mudanças informais em variados ramos do Direito, como no direito penal, v.g.

Correta são as palavras de Zélio Maia da Rocha<sup>12</sup> quando afirma:

O direito não é nem jamais foi uma ciência estática, ao contrário, está em constante transformação. Já em 1864, ao estudar as instituições jurídicas de Roma e Grécia, Fustel de Coulanges, em *A Cidade Antida*, já asseverava: 'Não está na natureza do direito ser absoluto e imutável. O direito modifica-se e evolui como qualquer obra humana. Cada sociedade tem seu direito, com ela se transformando e se desenvolvendo, com ela se transformando e, enfim, com ela seguindo sempre a evolução de suas instituições, de seus costumes e de suas crenças'. (*A Cidade Antiga*, Fustel de Coulanges, tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. Ediouro, 1989, pág. 211).

Verifica-se, por ora, que estamos a afirmar que a alteração das normas jurídicas – e dentro delas estão as de natureza constitucional – pode ser viabilizada tanto formalmente, com todas as cerimônias e os requisitos expressamente previstos no processo de elaboração de lei – processo legislativo, quanto por meios outros que sejam capazes de preservar o significante e mutabilizar o significado de normas jurídicas que demandam adequação e sintonia com outra realidade, que não aquela em que foi nascida a norma.

---

12 In *Reforma e mutação constitucional como instrumentos de realização constitucional*. Disponível na internet no site: <http://concursos.obcursos.com.br/portal/OBPortal2006/home/palavraquentende258.php>. Acesso em 23 de janeiro de 2008.

### 3 - BREVES ANOTAÇÕES HISTÓRICAS E NATUREZA.

A propósito do conceito, afirmam Mendes et al. (2007) “as mutações constitucionais nada mais são que as alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação<sup>13</sup>

Sabido que nada é perene na existência, as normas jurídicas hão de adaptar-se aos enunciados da vida social, pena de preempção. Tais modificações fáticas são possíveis, haja vista a existência do fator tempo como objeto organizador da vida em sociedade. A norma jurídica tem como finalidade a organização, o reconhecimento, comportamentos e outras.<sup>14 15</sup>

A mutação constitucional foi um fenômeno discernido por LABAND, mas do qual terá sido GEORG JELLINEK<sup>16</sup> o primeiro a tratar no plano teórico. A nova doutrina do direito político, recusando explicações ancoradas em perspectiva formalista, caracteriza-a, qual anota HSÜ DAU-LIN<sup>17</sup>, como desvalorização e corrosão das normas jurídicas constitucionais por ela afetadas.

A mutação constitucional decorre de uma incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, entre a Constituição formal e a Constituição material. Oposições entre uma e outra são superadas por inúmeras vias, desde a interpretação, até a reforma constitucional.

Mas a mutação se dá sem reforma, porém não tão só com a interpretação. Ela se opera quando, em última instância, a práxis constitucional, no mundo da vida, afasta uma porção do texto da Constituição formal, sem que daí advenha uma ruptura do sistema.

---

13 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Brasília: Saraiva – série IDP, 2007, p. 123.

14 Entendemos existir, também, normas de caráter e finalidade unicamente declarativos, como, por exemplo, a que dispõe o parágrafo 1º do artigo 18 da Constituição Federal de 1.988: “§ 1º - Brasília é a Capital Federal.”.

15 Nesse ponto, valemos da profunda pesquisa realizada pelo e. Min. Eros Grau, quando da elaboração do voto-vista na citada Reclamação 4335-5/AC.

16 Reforma y mutación de la Constitución, trad. de Christian Förster Y Pablo Lucas Verdu, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.991.

17 Mutación de la Constitución, trad. de Pablo Lucas Verdú y Christian Förster, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1.998, pág. 29.

Preservam-se, com isso, os fundamentos de fato com se que baseiou o legislador – e aqui estamos nos referindo tanto ao legislador ordinário quanto ao poder constituinte originário.

Tratando da natureza da mutação, temos que cuida-se de um dos meios de modificação da Constituição e das leis num todo. Em linhas gerais, consiste na alteração da legislação segundo um processo informal, à medida que não se encontra prevista no próprio conjunto das normas constitucionais, em contraposição aos processos que são ditos formais, porque estão expressamente regulados, como, por exemplo, o processo de emenda à Constituição. Na sua acepção formal, mutação é o processo de alteração, e na acepção material ou substancial, o resultado mesmo desse processo.<sup>18</sup>

A mutação constitucional é muito forte nos EUA, através das decisões vinculantes da Suprema Corte que constantemente vêm regenerando a Constituição daquele País. Não é obra do acaso que a mais antiga Constituição escrita do mundo é considerada uma das mais atuais. É em razão da mutação constitucional que se explica por que, em plena era do desenvolvimento, a maior potência atômica do mundo permanece regida por uma Constituição “ditada à luz de uma vela de sebo”, na expressão original de Rodney L. Mott. Na Inglaterra é muito comum também a mutação constitucional através dos costumes constitucionais e na Alemanha, por meio das decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão.<sup>19</sup>

---

18 ZANDONADE, Adriana. In Revista de direito constitucional e internacional. Mutação Constitucional. Ano 9., abr./jun., 2001. Ed. Revista dos Tribunais. p. 195/227.

19 JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. Bahia: ed. Juspodivm, 2008. p. 252.

## 4 - A DURABILIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS.

Parte-se, neste ponto, da idéia de que as normas jurídicas são o gênero, do qual as normas constitucionais são espécies. Com efeito, no tocante ao tema deste tópico, será estudada a durabilidade das normas jurídicas, incluindo, por conseguinte, as normas de natureza constitucional.

A permanência da Constituição é idéia inspiradora do constitucionalismo moderno. Concebeu-se o texto constitucional como documento que deveria durar infinitamente no tempo, e para assegurar sua duração as Constituições do século XVIII organizaram o complexo processo de defesa e de proteção, que tornava a mudança constitucional hipótese distante e cuja efetividade dependeria da transposição dilatórias do sistema do sistema de defesa.

A idéia da intangibilidade da Constituição, concebida como instrumento protetor de princípios constitucionais insuscetíveis de substituição por emenda, revisão ou reforma, adquiriu outra configuração no constitucionalismo latino-americano de nosso século. Formula-se a intangibilidade da Constituição, afirmando sua continuidade e duração, mesmo quando interrompida sua vigência por ato de força e de violência.<sup>20</sup>

A lei deve estar em constante sintonia com a realidade fática-social vivida em determinado momento histórico. Com isso, elaboram-se normas jurídicas com a suposição de que irá ter duração eterna, senão duradoura. Pressupõe-se, dessa forma, que a validade da norma jurídica está condicionada à compatibilidade de seus enunciados com as relações vividas pelos seus destinatários.

Todavia, o fato de torcer pela estabilidade de seu texto não priva a realidade de mudanças havidas em seu seio. Estabilidade não é o mesmo que imutabilidade. E nesse ponto, a durabilidade de sentidos de determinadas normas jurídicas estará condicionada à

---

20 HORTA, Raul Machado, in *Permanência, mutações e mudança constitucional*. Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel – Coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 594/596.

durabilidade da realidade social em que foi criada.

Então, a estabilidade do conteúdo da norma jurídica não quer traduzir em imutabilidade dos sentidos e inadequação aos fatores sociais. Por essa razão, ressalvadas as hipóteses de abalo institucional em determinado Estado, as Constituições e as leis mais duradouras são as que permitem alteração de seus sentidos e enunciados, com preservação de sua base fundante, quer mediante processo formal – reforma constitucional, abrangendo a revisão e a emenda e, também, as derrogações possíveis -, quer através de meio informal – mutação constitucional.

Conquanto correta a afirmação de que nada existe na infinidade do tempo, as Constituições trazem em si a característica da permanência ou durabilidade longas. Traduz isso que as normas constitucionais devem vigorar por tempo indeterminado, até que surjam novos ou modifiquem os já existentes contextos. Carece de sentido jurídico-constitucional, por conseguinte, a Carta que prevê sua própria extinção.<sup>21 22</sup>

---

21 A respeito do assunto, escreveu Ives Granda Martins: “Convocada a Assembléia Constituinte por Emenda Constitucional de nº 26, de rigor, tal adendo à Constituição de 67 tornou-se autêntico Poder Constituinte Derivado. Mais do que isso: não poderia a Assembléia nascida de um Poder Constituído, sujeito às cláusulas pétreas do artigo 47 da lei suprema vigente, ser considerado Poder Constituinte Originário.”

22 A constituição de 1967 previu sua própria extinção, pelo processo formal de modificação da Constituição, através da EC/26. Essa Emenda, por aberração, deixou preservadas as cláusulas pétreas existentes, mas não a própria existência da Carta Constitucional. Entendemos que houve uma violação à limitação textual implícita. Daí a razão daqueles que afirmam ter a Constituição Federal de 1988 surgida por um poder constituinte derivado. Eis a íntegra do texto da Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985:

“AS MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL, nos termos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.

Art. 2º. O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembléia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente.

Art. 3º A Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembléia Nacional Constituinte.

Art. 4º É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares.

§ 1º É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais.

§ 2º A anistia abrange os que foram punidos ou processados pelos atos imputáveis previstos no "caput" deste artigo, praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.



Os pressupostos fundamentais desse processo de modificação informal das normas jurídicas são, portanto, as modificações formais da sociedade. As normas são alteradas, quer pelo procedimento formal de previsão própria, quer pela informalidade dos meios adotados, pela modificação dos fatores sociais. A efetividade das normas, por conseguinte, está a depender da presença de condutas sociais compatíveis com o descrito no texto normativo.

Os textos normativos-jurídicos modicam-se para pautar, coexistir e conviver dentro de diferentes contextos histórico-políticos. Com efeito, próprias são as palavras de Miguel Reale:

---

§ 3º Aos servidores civis e militares serão concedidas as promoções, na aposentadoria ou na reserva, ao cargo, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade, previstos nas leis e regulamentos vigentes.

§ 4º A Administração Pública, à sua exclusiva iniciativa, competência e critério, poderá readmitir ou reverter ao serviço ativo o servidor público anistiado.

§ 5º O disposto no "caput" deste artigo somente gera efeitos financeiros a partir da promulgação da presente Emenda, vedada a remuneração de qualquer espécie, em caráter retroativo.

§ 6º Excluem-se das presentes disposições os servidores civis ou militares que já se encontravam aposentados, na reserva ou reformados, quando atingidos pelas medidas constantes do "caput" deste artigo.

§ 7º Os dependentes dos servidores civis e militares abrangidos pelas disposições deste artigo já falecidos farão jus às vantagens pecuniárias da pensão correspondente ao cargo, função, emprego, posto ou graduação que teria sido assegurado a cada beneficiário da anistia, até a data de sua morte, observada a legislação específica.

§ 8º A Administração Pública aplicará as disposições deste artigo, respeitadas as características e peculiaridades próprias das carreiras dos servidores públicos civis e militares, e observados os respectivos regimes jurídicos.

Art. 5º A alínea "c" do § 1º do art. 151 da Constituição passa a vigorar com a seguinte redação:

"c) a inelegibilidade do titular efetivo ou interino de cargo ou função cujo exercício possa influir para perturbar a normalidade ou tornar duvidosa a legitimidade das eleições, salvo se se afastar definitivamente de um ou de outro no prazo estabelecido em lei, o qual não será maior de nove meses, nem menor de dois meses, anteriores ao pleito, exceto os seguintes, para os quais fica assim estipulado:

- 1) Governador e Prefeito - seis meses;
- 2) Ministro de Estado, secretário de Estado, Presidente, Diretor, Superintendente de órgão, da Administração Pública direta ou indireta, incluídas as fundações e sociedades de economia mista - nove meses; quando candidato a cargo municipal - quatro meses;
- 3) ocupante de cargo previsto no numero anterior, se já titular de mandato eletivo - seis meses;"

Brasília, em 27 de novembro de 1985."

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

Muitas e muitas vezes, porém, as palavras das leis conservam-se imutáveis, mas a sua acepção sofre um processo de erosão ou, ao contrário, de enriquecimento, em virtude da interferência de fatores diversos que vêm amoldar a letra da lei a um novo espírito, a uma imprevista *ratio juris*. Tais alterações na semântica normativa podem resultar:

- a) do impacto de valorações novas, ou de mutações imprevistas na hierarquia dos valores dominantes;
- b) da superveniência de fatos que venham modificar para mais ou para menos os dados da incidência normativa;
- c) da intercorrência de outras normas, que não revogam propriamente uma regra em vigor, mas interferem no seu campo ou linha de interpretação;
- d) da conjugação de dois ou até dos três fatores acima discriminados<sup>23</sup>

## 5 - OS PRINCÍPIOS COMO FUNDAMENTO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.

No estudo do campo dos princípios, como mandamentos nucleares de todo sistema jurídico, é possível afirmar que obriga-nos eles a pensar o direito não de forma matemática, mas levando em consideração elementos axiológicos e culturais de cada sociedade, na medida em que analisamos as questões na dimensão dos valores.<sup>24</sup>

Conferem espaço de utilização do processo de alteração informal da norma jurídica. Os princípios, pois, permitem ampla valoração dos enunciados constantes. Estão inseridos aqui, por exemplo, o âmbito de incidência do princípio da dignidade da pessoa humana e livre concorrência. Apenas a utilização pelo intérprete dos mecanismos de leitura do texto constitucional será capaz de concluir pela atuação do princípio, ou não, no caso sob análise.

Em determinado período histórico, poderá ser concebido o princípio como algo, e noutro, como inverso do que foi firmado, o que acarreta, nesse ponto, a inserção de um novo espírito a uma velha interpretação principiológica.

A utilização de fórmulas imprecisas e geréricas, que são típicas na manutenção de normas jurídicas, na formatação de princípios, acarreta a sua incidência a uma pluralidade de situações atingidas. Não é equivocada, por isso, a afirmação de que um princípio pode abarcar um sem-números de situações, desde que compatíveis entre si, isto é, situações-princípios devem estar em perfeita congruência.

Essa característica da principilogia aplicada às cartas constitucionais permite maior durabilidade de seus enunciados, pois podem ser objeto de adequação à realidade

---

<sup>24</sup> Palavras da Professora Roberta Fragoso Kaufmann, em apostilha disponibilizada aos estudantes do IV Curso de Formação em Teoria Geral do Direito Público no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

mediante a técnica de interpretação constitucional. Mais duráveis são, por essa razão, as constituições de cunho principiológico, ou concisas, reguladores de matérias eminentemente constitucionais. Pertinentes, no ponto, se mostram as palavras de Ives Granda da Silva Martins<sup>25</sup>:

A pergunta que se coloca, no início do século XXI, é se devem as Constituições sinalizar direitos que o Estado não pode assegurar ou ser apenas uma Carta de Princípios, deixando, em face da conjuntura, à produção legislativa infraconstitucional tais direitos. Em outras palavras, as duas Constituições mais duradouras da história (Magna Carta de Baronorum e a americana) só o são por veicularem apenas princípios e não elencarem direitos circunstanciais e disposições tão descartáveis quanto os aspectos políticos e sociais do momento. E as cláusulas pétreas, de rigor, mantidas nestas duas Constituições de princípios por serem 'estruturalmente' pétreas e não apenas 'formalmente' pétreas, sem necessidade de expressar sua imodificabilidade, são muito mais perenes que aquelas explicitamente qualificadas como tal, por força do receio dos legisladores supremos de que venham a ser modificadas no tempo, como se tais legisladores tivessem o dom da profecia e fossem sábios infalíveis em estudos antecipatórios.

Ademais, a consagração de princípios com normatividade mostra-se suficiente para a aparência de interpretações

---

25 MARTINS, Ives Granda da Silva. *Das Cláusulas Pétreas*. Constituição Federal 15 anos. Mutação e evolução- comentários e perspectivas. Coordenação. André Ramos Tavares, Olavo A V Alves Ferreira e Pedro Lenza. São Paulo: ed. Método, 2003. p.190/191.

## **6 - A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL E CONSTITUCIONAL COMO MECANISMO DE ADEQUAÇÃO DO TEXTO À REALIDADE.**

A interpretação jurídica é o gênero do qual a interpretação constitucional é espécie. Com isso, o que se pretende dizer é que a interpretação da Constituição insere-se no âmbito da interpretação jurídica em geral, de modo que compartilhe seus traços comuns.

Contudo, como a interpretação constitucional tem por objeto a compreensão e aplicação das normas constitucionais, ela se serve de princípios próprios que lhe conferem especificidade e autonomia. É exatamente na peculiaridade de seu objeto – a Constituição – que reside a necessidade de uma interpretação especificamente constitucional, informada por métodos e princípios específicos e adequados ao seu objeto. Enquanto as normas legais possuem um conteúdo material fechado e preciso, as normas constitucionais apresentam um conteúdo e material aberto e fragmentado, circunstância que justifica e reivindica a existência de uma interpretação especificamente constitucional.

Ademais, como lembra Luís Roberto Barroso<sup>26</sup>, a Constituição deve ser interpretada levando em conta o conjunto de peculiaridades que singularizam seus preceitos, destacando-se a supremacia de suas normas, a natureza da linguagem que adota, o seu conteúdo específico e o seu forte caráter político. Assim, tais peculiaridades das normas constitucionais ensejaram o desenvolvimento, por parte da doutrina, de um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional.

Além de superiores, as normas constitucionais normalmente veiculam conceitos

---

<sup>26</sup> Ver, a respeito, JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. Bahia: ed. Juspodivm, 2008. p. 192.

abertos, vagos e indeterminados (como, por exemplo, dignidade da pessoa humana, moralidade, função social da propriedade, justiça social, relevância) que conferem ao intérprete um amplo “espaço de conformação” (liberdade de conformação, discricionariedade) não verificável entre as normas legais.<sup>27</sup>

Há tempos, vigorou em diversos sistemas jurídicos a crença de que para cada problema vivido na sociedade haveria de existir uma solução perfeita disposta em norma jurídica, exercendo o judiciário e seus integrantes uma função singelamente mecânica – pensamento mecanicista. Aos poucos, redefiniu-se o papel do judiciário para afirmar que não se estringe o papel do magistrado a uma de atividade mecânica, eis que não se limita esse trabalho à mera leitura e interpretação gramatical, afeita aos dados de conhecimento da Filologia.

A expansão do papel do Juiz é uma exigência da sociedade contemporânea, que tem dele reclamado, mais do que uma mera e passiva inanimada atividade de pronunciar as palavras da lei, um destacado *dinamismo* ou *ativismo* na efetivação dos preceitos constitucionais, em geral, e na defesa dos direitos fundamentais e valores substanciais, em especial. Essa demanda social, fruto das novas condições sociais e econômicas, tem propiciado um crescente reconhecimento do fenômeno da *criação judicial do Direito*, por meio de uma interpretação judicial criativa e concretizadora, em virtude da qual juízes e tribunais estão habilitados e legitimados a inovar a ordem jurídica, constituindo *ex novo* o Direito, desenvolvendo e efetivando diretamente os preceitos constitucionais, ainda que dependentes da legislação concretizadora

Mais do que *co-participante* do processo de criação do Direito, o juiz passa a desempenhar, por meio da interpretação constitucional, uma atividade de atualização da Constituição, operando uma verdadeira *mutação constitucional* ou mutanda informal do texto constitucional.<sup>28</sup>

O tema “interpretação constitucional” vem assumindo importância acentuada nos estudos contemporâneos de Direito Constitucional. Nesse trabalho, entretanto, será abordado enquanto processo de mutação constitucional no âmbito da interpretação judicial. A interpretação de disposições legais e constitucionais proporciona a atualização

---

27 JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. Bahia: ed. Juspodivm, 2008. p. 192.

28 JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. Bahia: ed. Juspodivm, 2008. pag.195.

e a vivificação constante de seu sentido, assim como a função criadora do Direito.

Portanto, o texto permanece em sua literalidade; a norma, contudo, fruto da interpretação, modifica-se, para eventuais ajustes à realidade vivida

## **7 - OS EFEITOS TRAZIDOS PELA APLICAÇÃO DA MUTAÇÃO – OCORRÊNCIA.**

A mutação jurídica e a mutação constitucional – denominadas a partir de tão só mutação jurídica, pelo fato de haver relação – gênero/espécie entre ambas, de modo que afirmar a existência de mutação jurídica está-se a admitir, também, a incidência da mutação constitucional.

Estará o campo normativo-jurídico-constitucional sofrendo alterações informais através da mutação quando, em virtude do processo de interpretação do texto fundamental – aqui valendo o hermenêutica de todos os métodos e tipos de interpretação, houver a mudança de sentido ou até de incidência do instituto sob exame previsto no Texto Maior.

Na conceituação do instituto, outra passagem do voto do Ministro Eros Grau faz-se pertinente:

A mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual.

Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma.

Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro.

Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão

de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado.<sup>29</sup>

## **8 - MUDANÇA NA INTERPRETAÇÃO, SEGURANÇA JURÍDICA, “MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL INCONSTITUCIONAL” E CASOS PRÁTICOS.**

Especial interesse tem o tema quando da análise, pela Corte Federal Brasileira, de matérias levadas ao seu conhecimento. Num caso exemplar, chamada a se manifestar sobre os efeitos produzidos pelo instrumento do mandado de injunção (MI nº 721. Rel. Marco Aurélio), a Corte modificou o pensamento adotado e sempre aplicado, segundo o qual o Mandado de Injunção não poderia ser utilizado em substituição à inovação legislativa, isto é, não poderia o remédio ser utilizado como instrumento de inovação da ordem jurídica, como pode ser observado da leitura do acórdão que restou assim ementado:

Mandado de injunção: ausência de regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional previsto no art. 7º, XXI, da Constituição da República. Mora legislativa: critério objetivo de sua verificação: procedência, para declarar a mora e comunicar a decisão ao Congresso Nacional para que a supra.<sup>30</sup>

EMENTA: - Mandado de injunção. Juros reais. Paragrafo 3. do artigo 192 da Constituição. - Esta Corte, ao julgar a ADIn. n. 04, entendeu, por maioria de votos, que o disposto no paragrafo 3. do artigo 192 da Constituição Federal não era auto-aplicavel, razão por que necessitava de regulamentação. - Passados mais de cinco anos da promulgação da Constituição, sem que o Congresso Nacional haja regulamentado o referido dispositivo constitucional, e sendo certo que a simples tramitação de projetos nesse sentido não e capaz de elidir a mora legislativa, não há duvida de que esta, no caso, ocorre. Mandado de injunção deferido em

---

29 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Rcl. 4335-5/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes. Reclamante. Defensoria Pública da União.

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 695-MA. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 01 de março de 2007.



parte, para que se comunique ao Poder Legislativo a mora em que se encontra, a fim de que adote as providências necessárias para suprir a omissão.<sup>31</sup>

Todavia, a tese vencedora neste Mandado de Injunção (MI nº 721. Rel. Marco Aurélio) foi a corrente concretista geral, que preleciona a inovação do ordenamento jurídico naquilo que for aplicável a decisão, até que o legislador atue positivamente naquele ponto.

Neste sentido, segue a ementa do respectivo acórdão:

MANDADO DE INJUNÇÃO – NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada.

MANDADO DE INJUNÇÃO – DECISÃO – BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada.

APOSENTADORIA – TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS – PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR – INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR – ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral – artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.

Em outra manifestação da Corte, inovadora, vale ressaltar, posto que o

---

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 232-DF. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, DF, 8 de abril de 1994.

pensamento firmado anteriormente era de que o remédio constitucional do Mandado de Injunção não era capaz de inovar na ordem jurídica, decidiu-se que a lei de organização e estipulação de greve aos empregados do setor privado será aplicada aos servidores públicos civis, até a manifestação legislativa do poder competente (Poder Legislativo). Confira, a propósito, a notícia veiculada no site do STF:

Supremo determina aplicação da lei de greve dos trabalhadores privados aos servidores públicos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu hoje (25), por unanimidade, declarar a omissão legislativa quanto ao dever constitucional em editar lei que regulamente o exercício do direito de greve no setor público e, por maioria, aplicar ao setor, no que couber, a lei de greve vigente no setor privado (Lei nº 7.783/89). Da decisão divergiram parcialmente os ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que estabeleciam condições para a utilização da lei de greve, considerando a especificidade do setor público, já que a norma foi feita visando o setor privado, e limitavam a decisão às categorias representadas pelos sindicatos requerentes.

A decisão foi tomada no julgamento dos Mandados de Injunção (MIs) 670, 708 e 712, ajuizados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo (Sindpol), pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (Sintem) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (Sinjep). Os sindicatos buscavam assegurar o direito de greve para seus filiados e reclamavam da omissão legislativa do Congresso Nacional em regulamentar a matéria, conforme determina o artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal.

No julgamento do MI 712, proposto pelo Sinjep, votaram com o relator, ministro Eros Grau, - que conheceu do mandado e propôs a aplicação da Lei 7.783 para solucionar, temporariamente, a omissão legislativa -, os ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence (aposentado), Carlos Ayres Britto, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Cezar Peluso e Ellen Gracie. Ficaram parcialmente vencidos os ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que fizeram as mesmas ressalvas no julgamento dos três mandados de injunção.

Na votação do MI 670, de autoria do Sindpol, o relator originário, Maurício Corrêa (aposentado), foi vencido, porque conheceu do mandado apenas para cientificar a ausência da lei regulamentadora. Prevaleceu o voto-vista do ministro Gilmar Mendes, que foi acompanhado pelos ministros Celso de Mello, Sepúlveda Pertence (aposentado), Carlos Ayres Britto, Cármen Lúcia, Cezar Peluso e Ellen Gracie. Novamente, os ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio ficaram parcialmente vencidos.

Na votação do Mandado 708, do Sintem, o relator, ministro Gilmar Mendes, determinou também declarar a omissão do Legislativo e aplicar a Lei 7.783, no que couber, sendo acompanhado pelos ministros Cezar Peluso, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Carlos Britto, Carlos Alberto Menezes Direito, Eros Grau e Ellen Gracie, vencidos os ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio.

Ao resumir o tema, o ministro Celso de Mello salientou que "não mais se pode tolerar, sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis - a quem se vem negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional -, traduz um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República".

Celso de Mello também destacou a importância da solução proposta pelos ministros Eros Grau e Gilmar Mendes. Segundo ele, a forma como esses ministros abordaram o tema "não só restitui ao mandado de injunção a sua real destinação constitucional, mas, em posição absolutamente coerente com essa visão, dá eficácia concretizadora ao direito de greve em favor dos servidores públicos civis.

Pela propriedade e clareza com as quais se desenvolve o tema, transcreve-se excertos do voto do Ministro Celso de Mello, em Mandado de Injunção (nº 712) julgado na mesma oportunidade:<sup>32</sup>

Decorridos quase 19 (dezenove) anos da promulgação da vigente

---

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 712-PA. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 25 de outubro de 2007.

Carta Política, ainda não se registrou - no que concerne à norma inscrita no art. 37, VII, da Constituição - a necessária intervenção concretizadora do Congresso Nacional, que se absteve de editar, até o presente momento, o ato legislativo essencial ao desenvolvimento da plena eficácia jurídica do preceito constitucional em questão, não obstante esta Suprema Corte, em 19/05/1994 (há quase 13 anos, portanto), ao julgar o MI 20/DF, de que fui Relator, houvesse reconhecido o estado de mora (inconstitucional) do Poder Legislativo da União, que ainda subsiste, porque não editada, até agora, a lei disciplinadora do exercício do direito de greve no serviço público.

Registra-se, portanto, quase decorrido o período de uma geração, clara situação positivadora de omissão abusiva no adimplemento da prestação legislativa imposta, pela Constituição da República, ao Congresso Nacional.

Na realidade, o retardamento abusivo na regulamentação legislativa do texto constitucional qualifica-se - presente o contexto temporal em causa - como requisito autorizador do ajuizamento da ação de mandado de injunção, pois, sem que se configurasse esse estado de mora legislativa - caracterizado pela superação excessiva de prazo razoável -, não haveria como reconhecer-se ocorrente, na espécie, o próprio interesse de agir em sede injuncional, como esta Suprema Corte tem advertido (RTJ 158/375, Rel. p/ o acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE) em sucessivas decisões: "*MANDADO DE INJUNÇÃO. (...). PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DO MANDADO DE INJUNÇÃO (RTJ 131/963 – RTJ 186/20-21). DIREITO SUBJETIVO À LEGISLAÇÃO/DEVER ESTATAL DE LEGISLAR (RTJ 183/818-819). NECESSIDADE DE OCORRÊNCIA DE MORA LEGISLATIVA (RTJ 180/442). CRITÉRIO DE CONFIGURAÇÃO DO ESTADO DE INÉRCIA LEGIFERANTE: SUPERAÇÃO EXCESSIVA DE PRAZO RAZOÁVEL (RTJ 158/375). (...).*"

(MI 715/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, "in" Informativo/STF nº 378, de 2005)

O caso em exame, como precedentemente acentuado, revela - considerada a superação irrazoável do lapso temporal já decorrido - um retardamento abusivo do dever estatal de legislar sobre a espécie ora em análise.

Essa omissão inconstitucional do Poder Legislativo, derivada do inaceitável inadimplemento do seu dever de emanar regramentos normativos -

encargo jurídico que foi imposto ao Congresso Nacional pela própria Constituição da República - encontra, neste "*writ*" injuncional, um poderoso fator de neutralização da inércia legiferante e da abstenção normatizadora do Estado.

O mandado de injunção, desse modo, deve traduzir significativa reação jurisdicional, fundada e autorizada pelo texto da Carta Política que, nesse "*writ*" processual, forjou o instrumento destinado a impedir o desprestígio da própria Constituição, consideradas as graves conseqüências que decorrem do desrespeito ao texto da Lei Fundamental, seja por ação do Estado, seja, como no caso, por omissão - e prolongada inércia - do Poder Público.

Não obstante atribuisse, ao mandado de injunção, desde o meu ingresso neste Supremo Tribunal, a relevantíssima função instrumental de superar, concretamente, os efeitos lesivos decorrentes da inércia estatal - posição que expressamente assumi, nesta Suprema Corte, no MI 164/SP, de que fui Relator (DJU de 24/10/89) -, devo reconhecer que a jurisprudência firmada na matéria pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal orientou-se, de modo claramente restritivo, em sentido diverso.

A jurisprudência que se formou no Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do MI 107/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES (RTJ 133/11), fixou-se no sentido de proclamar que a finalidade, a ser alcançada pela via do mandado de injunção, resume-se à mera declaração, pelo Poder Judiciário, da ocorrência de omissão inconstitucional, a ser meramente comunicada ao órgão estatal inadimplente, para que este promova a integração normativa do dispositivo constitucional invocado como fundamento do direito titularizado pelo impetrante do "*writ*".

Esse entendimento restritivo não mais pode prevalecer, sob pena de se esterilizar a importantíssima função político-jurídica para a qual foi concebido, pelo constituinte, o mandado de injunção, que deve ser visto e qualificado como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, pela inaceitável omissão do Congresso Nacional, impedindo-se, desse modo, que se degrade a Constituição à inadmissível condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade ordinária do legislador comum.

(...)

Por tais razões, Senhora Presidente, peço vênias para acompanhar os doutos votos dos eminentes Ministros EROS GRAU (MI 712/PA) e

GILMAR MENDES (MI 670/ES), em ordem a viabilizar, desde logo, nos termos e com as ressalvas e temperamentos preconizados por Suas Excelências, o exercício, pelos servidores públicos civis, do direito de greve, até que seja colmatada, pelo Congresso Nacional, a lacuna normativa decorrente da inconstitucional falta de edição da lei especial a que se refere o inciso VII do art. 37 da Constituição da República.

Percebe-se, assim, uma releitura do texto constitucional no aspecto de modificar (mutacionar) os sentidos da letra da Constituição, permanecendo esta estática.

Noutro vértice, o problema que agora se põe é o de saber se, através da interpretação da constituição, podemos chegar aos casos-limite de *mutações constitucionais inconstitucionais* ou mesmo a *mutação jurídica inconstitucional*, revelando descompasso do alcance da modificação dos sentidos com os princípios estruturantes do Estado – forma federativa, aquisição e exercício do poder - ou mesmo com o texto expresso de lei ou Constituição.

Essa possível desobediência, acaso existente, para preservação do texto e dos temas materialmente constitucionais, há de ser levada a cabo por grau de jurisdição inferior àquele capaz de proteger a guarda da Constituição, a fim de que, através do controle de constitucionalidade, preserve ou se adote o sentido que melhor se ajuste ao espírito do sistema constitucional, utilizando, à guisa de exemplo, a técnica de interpretação conforme.

Ressaltando, tem-se por mutação constitucional o processo informal de alteração da Constitucional sem atingir a sua letra ou o seu texto expresso. Estudados os fundamentos e os limites do fenômeno, constatou-se que as alterações assim produzidas devem respeitar a Constituição no seu conjunto, sem ferir-lhe a letra ou sentido, como consequência do poder que o fundamenta e da própria informalidade do processo, mas também como exigência da compreensão da Constituição como sistema normativo, inadmissível um resultado que com o mesmo não se apresente conforme.

Contudo, casos existem em que o resultado da alteração informal está a conflitar com o sistema constitucional. Verifica-se, portanto, que a mutação constitucional, sem desfigurar-se na qualidade de processo informal de alteração, pode, por vezes,

apresentar como resultado uma modificação que não está de acordo com a Constituição e que, de fato, prevalece, ante a ineficácia ou a inexistência de um controle de constitucionalidade.

Meirelles Teixeira<sup>33</sup> reconhece a existência de alterações que violam a Constituição, reputando-as “estado de fato”, “situações anticonstitucionais para as quais inexistente sanção”, reconhecendo, ademais, que produzem efeitos jurídicos e alcançam importância, às vezes fundamental, na vida política.

A inquietação que se põe em face do tema pertine ao problema de saber como é possível admitir que por mutação sejam obtidos resultados “inconstitucionais”, em face de apresentar-se a Constituição como um sistema. Por outras palavras, não deveria repelir o fenômeno, visto que, podendo conduzir a resultados que ferem a Constituição, expõe a riscos a integridade do sistema normativo?

Afirma Anna Candida da Cunha Ferraz que não se pode desconhecer, na prática, que os processos informais de mutação constitucional, podem, facilmente, desbordando os limites que lhes são impostos, resvalar para mudanças verdadeiramente inconstitucionais que persistem, de fato, diante da inexistência ou ineficácia de um controle de constitucionalidade.

Por outro lado, continua, a experiência constitucional revela outras modalidades de processos informais, que conduzem também a mudanças não admitidas pela Constituição. A inconstitucionalidade desses processos, nesses casos, decorre principalmente da idéia de que a Constituição nasce para ser aplicada e que qualquer obstáculo que se anteponha à sua efetiva aplicação é incompatível com ela. Esses dois grupos de processos informais são reunidos sob a denominação comum de mutações inconstitucionais.<sup>34</sup>

Nessa linha, a doutrina diz haver possível violação ao princípio da segurança jurídica com a adoção da mutação constitucional, traçando interpretações diversas de um

---

33 Ver, no ponto, ZANDONADE, Adriana. In Revista de direito constitucional e internacional. Mutação Constitucional. Ano 9., abr./jun., 2001. Ed. Revista dos Tribunais. p. 195/227.

34 FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. Série jurídica Max Limonad. São Paulo: ed. Max Limonad, 1986, p. 13.

único texto legislativo, em momentos distintos e composição da corte alterada.<sup>35</sup>

Em instância de controle de constitucionalidade difuso, foi levada ao conhecimento da Corte a divergência no acatamento, ou não, dos efeitos de decisão proferida pela Corte em sede de controle difuso e sem a manifestação do Senado Federal pelos demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública, tal qual modulado para o controle abstrato. Discuti-se, nesta reclamação, acerca da modulação dos efeitos trazidos em decisão decidida *inter partes* pela Corte Suprema.

Entende o Ministro Gilmar Mendes – relator da reclamação 4.335-5/AC - que se deve atribuir eficácia “*erga omnes*” às decisões de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle incidental ou concreto, sem a necessidade da interferência do Senado Federal, passando a resolução senatorial a servir apenas para conferir publicidade à decisão da Corte.<sup>36</sup> Propõe o Ministro Gilmar Mendes uma mutação constitucional do art. 52, inciso X, da Constituição Federal de 1.988, para limitar o ato político da Alta Câmara do Congresso Nacional à concessão de mera publicidade da decisão de inconstitucionalidade, que já se revestiria, desde a sua publicação, de eficácia geral e vinculante.

Votou o relator no sentido de dar provimento à referida medida e reconhecer a eficácia “*erga omnes*” da decisão do STF prolatada, em controle concreto, no HC nº 82.959-SP<sup>37</sup>. A mencionada reclamação foi ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre, em face de decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, que indeferiu o pedido de progressão de regime em favor de vários réu que cumprem penas de reclusão em regime integralmente fechado, em decorrência da prática de crimes hediondos.

O reclamante alega o descumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal no

---

35 Em instigante artigo, José Levi do Amaral Júnior aduz: “Ora, as freqüentes modificações havidas na jurisprudência constitucional brasileira comprometem a segurança jurídica. A literalidade legislativa até pode ser efêmera por força de modificações levadas a efeito pelo próprio Poder Legislativo. Um mesmo texto legal não pode e não deve ser interpretado pelo Poder Judiciário de diferentes maneiras, mormente pelo seu órgão de cúpula – o autor faz ressalva nos casos de modificações normativas (no parâmetro de controle) ou fáticas relevantes. In *Processo constitucional no Brasil: nova composição do STF e mutação constitucional* – Revista de direito constitucional e internacional, v. 14, n 57, p. 100-108, out./dez., 2006.

36 Ver, no ponto, JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. Bahia: ed. Juspodivm, 2008. pag.315

37 Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em sessão de 23.2.2006, DJ: 1.9.2.2006.



HC 82.959, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, quando a Corte afastou a vedação de progressão de regime aos condenados pela práticas de crimes hediondos, ao considera inconstitucional o § 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/1990. Entendeu o Ministro Relator que “A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal fique a depender de uma decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988, perdeu grande parte do seu significado com a introdução do controle abstrato de normas.”<sup>38</sup>

---

38 Na reclamação em tela, concluiu o Ministro Relator: “Conforme destacado, a ampliação do sistema concentrado, com a multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral, acabou por modificar radicalmente a concepção que dominava entre nós sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a Emenda Constitucional n 16/65 e sob a Carta de 1967/69. No sistema constitucional de 1967/69, a ação direta era apenas uma idiosincrasia no contexto de um amplo e dominante modelo difuso. A adoção da ADI, posteriormente, conferiu perfil diverso ao nosso sistema de controle de constitucionalidade, que continuou a ser um modelo misto. A ênfase passou a residir, porém, não mais no modelo difuso, mas nas ações diretas. O advento da Lei 9.882/99 conferiu conformação à ADPF, admitindo a impugnação ou a discussão direta de decisões judiciais das instâncias ordinárias perante o Supremo Tribunal Federal. Tal como estabelecido na referida lei (art. 10, § 3º), a decisão proferida nesse processo há de ser dotada de eficácia *erga omnes* e de efeito vinculante. Ora, resta evidente que a ADPF estabeleceu uma ponte entre os dois modelos de controle, atribuindo eficácia geral a decisões de perfil incidental. Vê-se, assim, que a Constituição de 1988 modificou de forma ampla o sistema de controle de constitucionalidade, sendo inevitáveis as reinterpretações ou releituras dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, especialmente da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. O Supremo Tribunal Federal percebeu que não poderia deixar de atribuir significado jurídico à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle incidental, ficando o órgão fracionário de outras Cortes exonerado do dever de submeter a declaração de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial, na forma do art. 97 da Constituição. Não há dúvida de que o Tribunal, nessa hipótese, acabou por reconhecer efeito jurídico transcendente à sua decisão. Embora na fundamentação desse entendimento fale-se em quebra da presunção de constitucionalidade, é certo que, em verdade, a orientação do Supremo acabou por conferir à sua decisão algo assemelhado a um efeito vinculante, independentemente da intervenção do Senado. Esse entendimento está hoje consagrado na própria legislação processual civil (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei n. 9756, de 17.12.1998). Essa é a orientação que parece presidir o entendimento que julga dispensável a aplicação do art. 97 da Constituição por parte dos Tribunais ordinários, se o Supremo já tiver declarado a inconstitucionalidade da lei, ainda que no modelo incidental. Na oportunidade, ressaltou o Relator para o acórdão, Ilmar Galvão, no já mencionado RE 190.728, que o novo entendimento estava “*em perfeita consonância não apenas com o princípio da economia processual, mas também com o da segurança jurídica, merecendo, por isso, todo encômio, como procedimento que vem ao encontro da tão desejada racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira*, ressaltando que se cuidava “*de norma que não deve ser aplicada com rigor literal, mas, ao revés, tendo-se em mira a finalidade objetivada, o que permite a elasticidade do seu ajustamento às variações da realidade circunstancial*”. E ela também demonstra que, por razões de ordem pragmática, a jurisprudência e a legislação têm consolidado fórmulas que retiram do instituto da “*suspensão da execução da lei pelo Senado Federal*” significado substancial ou de especial atribuição de efeitos gerais à decisão proferida no caso concreto. Como se vê, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, acabam por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do texto constante do art. 52, X, da Constituição de 1988, que, como já observado, reproduz disposição estabelecida, inicialmente, na Constituição de 1934 (art 91, IV) e repetida nos textos de 1946 (art. 64) e de 1967/69 (art. 42, VIII). Portanto, é outro o contexto normativo que se coloca para a suspensão da execução pelo Senado Federal no âmbito da Constituição de 1988. Ao se entender que a eficácia ampliada da decisão está ligada ao papel especial da jurisdição constitucional, e, especialmente, se considerarmos que o texto constitucional de 1988 alterou substancialmente o papel desta Corte, que passou a ter uma função preeminente na guarda da Constituição a partir do controle direto exercido na ADI, na ADC e na ADPF, não há como deixar de reconhecer a necessidade de uma nova

compreensão do tema. A aceitação das ações coletivas como instrumento de controle de constitucionalidade relativiza enormemente a diferença entre os processos de índole objetiva e os processos de caráter estritamente subjetivo. É que a decisão proferida na ação civil pública, no mandado de segurança coletivo e em outras ações de caráter coletivo não mais poderá ser considerada uma decisão *inter partes*. De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental. Somente essa nova compreensão parece apta a explicar o fato de o Tribunal ter passado a reconhecer efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental, independentemente da intervenção do Senado. O mesmo há de se dizer das várias decisões legislativas que reconhecem efeito transcendente às decisões do STF tomadas em sede de controle difuso. Esse conjunto de decisões judiciais e legislativas revela, em verdade, uma nova compreensão do texto constitucional no âmbito da Constituição de 1988. É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica *reforma da Constituição sem expressa modificação do texto*. Em verdade, a aplicação que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao disposto no art. 52, X, da CF indica que o referido instituto mereceu uma significativa reinterpretação a partir da Constituição de 1988. É possível que a configuração emprestada ao controle abstrato pela nova Constituição, com ênfase no modelo abstrato, tenha sido decisiva para a mudança verificada, uma vez que as decisões com eficácia *erga omnes* passaram a se generalizar. A multiplicação de processos idênticos no sistema difuso – notória após 1988 - deve ter contribuído, igualmente, para que a Corte percebesse a necessidade de atualização do aludido instituto. Nesse contexto, assume relevo a decisão que afirmou a dispensabilidade de se submeter a questão constitucional ao Plenário de qualquer Tribunal se o Supremo Tribunal já se tiver manifestado pela inconstitucionalidade do diploma. Tal como observado, essa decisão acaba por conferir uma eficácia mais ampla - talvez até mesmo um certo efeito vinculante - à decisão do Plenário do Supremo Tribunal no controle incidental. Essa orientação está devidamente incorporada ao direito positivo (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei n. 9756, de 1998). No mesmo contexto situa-se a decisão que outorgou ao relator a possibilidade de decidir, monocraticamente, os recursos extraordinários vinculados às questões já resolvidas pelo Plenário do Tribunal (CPC, art. 557, § 1º A). De fato, é difícil admitir que a decisão proferida em ADI ou ADC e na ADPF possa ser dotada de eficácia geral e a decisão proferida no âmbito do controle incidental - esta muito mais morosa porque em geral tomada após tramitação da questão por todas as instâncias - continue a ter eficácia restrita entre as partes. Explica-se, assim, o desenvolvimento da nova orientação a propósito da decisão do Senado Federal no processo de controle de constitucionalidade, no contexto normativo da Constituição de 1988. A prática dos últimos anos, especialmente após o advento da Constituição de 1988, parece dar razão, pelo menos agora, a Lúcio Bittencourt, para quem a finalidade da decisão do Senado era, desde sempre, “*apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos*” Sem adentrar o debate sobre a correção desse entendimento no passado, não parece haver dúvida de que todas as construções que se vêm fazendo em torno do efeito transcendente das decisões pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Congresso Nacional, com o apoio, em muitos casos, da jurisprudência da Corte, estão a indicar a necessidade de revisão da orientação dominante antes do advento da Constituição de 1988. Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa *força normativa*. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 140,5 – publicação a cargo do Chanceler Federal, e Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art.31, (2), publicação a cargo do Ministro da Justiça). Tais decisões proferidas em processo de controle de normas são publicadas no Diário Oficial e têm *força de lei (Gesetzeskraft)* [Lei do *Bundesverfassungsgericht*, § 31, (2)]. Segundo Klaus Vogel, o § 31, II, da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã faz com que a força de lei alcance também as decisões confirmatórias de constitucionalidade. Essa ampliação somente se aplicaria, porém, ao dever de publicação, porque a lei não pode conferir efeito que a Constituição não prevê. Portanto, a não-publicação, pelo Senado Federal, de Resolução que, nos termos do art. 52, X da Constituição, suspenderia a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, não terá o condão de impedir que a decisão do

Supremo assumam a sua real eficácia jurídica. Esta solução resolve de forma superior uma das tormentosas questões da nossa jurisdição constitucional. Superam-se, assim, também, as incongruências cada vez mais marcantes entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual, de um lado, e, de outro, a visão doutrinária ortodoxa e – permita-nos dizer – ultrapassada do disposto no art. 52, X, da Constituição de 1988. Ressalte-se ainda o fato de a adoção da súmula vinculante ter reforçado a idéia de superação do referido art. 52, X, da CF na medida em que permite aferir a inconstitucionalidade de determinada orientação pelo próprio Tribunal, sem qualquer interferência do Senado Federal. Por último, observe-se que a adoção da técnica da declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos parece sinalizar que o Tribunal entende estar desvinculado de qualquer ato do Senado Federal, cabendo tão-somente a ele – Tribunal – definir os efeitos da decisão. No caso em apreço, concedi medida liminar em *habeas corpus* de ofício, em decisão de 21.8.2006, para que, mantido o regime fechado de cumprimento de pena por crime hediondo, fosse afastada a vedação legal de progressão de regime, nos seguintes termos, na parte em que interessa: “A possibilidade de progressão de regime em crimes hediondos foi decidida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento HC 82.959-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, (acórdão pendente de publicação). Nessa assentada, ocorrida na sessão de 23.2.2006, esta Corte, por seis votos a cinco, reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990 (“Lei dos Crimes Hediondos”), que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos.(...) Segundo salientei na decisão que deferiu a medida liminar, o modelo adotado na Lei n. 8.072/1990 faz tábula rasa do direito à individualização no que concerne aos chamados crimes hediondos. Em outras palavras, o dispositivo declarado inconstitucional pelo Plenário no julgamento definitivo do HC 82.959/SP não permite que se levem em conta as particularidades de cada indivíduo, a capacidade de reintegração social do condenado e os esforços envidados com vistas à ressocialização. Em síntese, o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 retira qualquer possibilidade de garantia do caráter substancial da individualização da pena. Parece inequívoco, ademais, que essa vedação à progressão não passa pelo juízo de proporcionalidade. Entretanto, apenas para que se tenha a dimensão das reais repercussões que o julgamento do HC 82.959-SP conferiu ao tema da progressão, é válido transcrever as seguintes considerações do Min. Celso de Mello, proferidas em sede de medida liminar, no HC 88.231/SP, DJ de 20.3.2006, ‘verbis’: “Como se sabe, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 82.959/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, declarou, ‘incidenter tantum’, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072, de 25.7.1990, afastando, em consequência, para efeito de progressão de regime, o obstáculo representado pela norma legal em referência. Impende assinalar, no entanto, que esta Suprema Corte, nesse mesmo julgamento plenário, explicitou que a declaração incidental em questão não se reveste de efeitos jurídicos, inclusive de natureza civil, quando se tratar de penas já extintas, advertindo, ainda, que a proclamação de inconstitucionalidade em causa - embora afastando a restrição fundada no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 - não afeta nem impede o exercício, pelo magistrado de primeira instância, da competência que lhe é inerente em sede de execução penal (LEP, art. 66, III, ‘b’), a significar, portanto, que caberá ao próprio Juízo da Execução avaliar, criteriosamente, caso a caso, o preenchimento dos demais requisitos necessários ao ingresso, ou não, do sentenciado em regime penal menos gravoso. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao assim proceder, e tendo presente o que dispõe o art. 66, III, ‘b’, da LEP, nada mais fez senão respeitar a competência do magistrado de primeiro grau para examinar os requisitos autorizadores da progressão, eis que não assiste a esta Suprema Corte, mediante atuação ‘per saltum’ - o que representaria inadmissível substituição do Juízo da Execução -, o poder de antecipar provimento jurisdicional que consubstancie, desde logo, a outorga, ao sentenciado, do benefício legal em referência. Tal observação põe em relevo orientação jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou em torno da inadequação do processo de ‘habeas corpus’, quando utilizado com o objetivo de provocar, na via sumaríssima do remédio constitucional, o exame dos critérios de índole subjetiva subjacentes à determinação do regime prisional inicial ou condicionadores da progressão para regime penal mais favorável (RTJ 119/668 - RTJ 125/578 - RTJ 158/866 - RT 721/550, v.g.). Não constitui demasia assinalar, neste ponto, não obstante o advento da Lei n. 10.792/2003 - que alterou o art. 112 da LEP, para dele excluir a referência ao exame criminológico -, que nada impede que os magistrados determinem a realização de mencionado exame, quando o entenderem necessário, consideradas as eventuais peculiaridades do caso, desde que o façam, contudo, mediante decisão adequadamente motivada, tal como tem sido expressamente reconhecido pelo E. Superior Tribunal de Justiça (HC 38.719/SP, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA - HC 39.364/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ - HC 40.278/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER - HC 42.513/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ) e, também, dentre outros, pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (RT 832/676 - RT 837/568):‘(...) II - A nova redação do art. 112 da LEP, conferida pela Lei 10.792/03, deixou de exigir a realização dos exames periciais, anteriormente imprescindíveis, não importando, no entanto, em qualquer vedação à sua utilização, sempre que o juiz julgar necessária. III - Não há qualquer ilegalidade nas decisões que requisitaria a produção dos laudos técnicos para a comprovação dos requisitos subjetivos necessários à concessão da progressão de regime prisional ao apenado. (...)’(HC 37.440/RS, Rel. Min. GILSON DIPP – grifei) ‘A lei 10.792/2003 (que deu nova redação ao art. 112 da Lei de Execução Penal) não revogou o Código Penal; destarte, nos casos de pedido de benefício em

Tem-se, então, a celeuma quanto à modulação de efeitos em sede de controle difuso de constitucionalidade por manifestação do Supremo Tribunal Federal.

A perspectiva do julgamento da matéria em apreço está em transformar o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade das normas, na incidência do controle difuso, para empresta-lhe função exclusiva de dar publicidade às manifestações do Supremo Tribunal Federal, sem, todavia, violar o princípio basilar da Separação de Poderes. A Corte Suprema está a delinear um novo desenho de compreensão da abrangência dos efeitos produzidos em sede de controle difuso, julgado pela mesma casa. A modificação da composição da corte permite transformar sentidos e pensamentos

---

*que seja mister aferir mérito, poderá o juiz determinar a realização de exame criminológico no sentenciado, se autor de crime doloso cometido mediante violência ou grave ameaça, pela presunção de periculosidade (art. 83, parágrafo único, do CP).'(RT 836/535, Rel. Des. CARLOS BIASOTTI – grifei) A razão desse entendimento apóia-se na circunstância de que, embora não mais indispensável, o exame criminológico - cuja realização está sujeita à avaliação discricionária do magistrado competente - reveste-se de utilidade inquestionável, pois propicia 'ao juiz, com base em parecer técnico, uma decisão mais consciente a respeito do benefício a ser concedido ao condenado' (RT 613/278).As considerações ora referidas, tornadas indispensáveis em consequência do julgamento plenário do HC 82.959/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, evidenciam a impossibilidade de se garantir, notadamente em sede cautelar, o ingresso imediato do ora sentenciado em regime penal mais favorável. Cabe registrar, neste ponto, que o entendimento que venho de expor encontra apoio em recentíssimo julgamento da colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, que, ao apreciar o RHC 86.951/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE, deixou assentado que, em tema de progressão de regime nos crimes hediondos (ou nos delitos a estes equiparados), cabe ao magistrado de primeira instância proceder ao exame dos demais requisitos, inclusive aqueles de ordem subjetiva, para decidir, então, sobre a possibilidade, ou não, de o condenado vir a ser beneficiado com a progressão do regime de cumprimento de pena." (HC 88.231/SP, Rel. Min. Celso de Mello, decisão liminar, DJ de 20.3.2006) Em conclusão, a decisão do Plenário buscou tão-somente conferir máxima efetividade ao princípio da individualização das penas (CF, art. 5º, LXVI) e ao dever constitucional-jurisdicional de fundamentação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX). Em sessão do dia 7.3.2006, a 1ª Turma, ao apreciar a Questão de Ordem no HC 86.224/DF, Rel. Min. Carlos Britto, admitiu a possibilidade de julgamento monocrático de todos os 'habeas corpus' que versem exclusivamente sobre o tema da progressão de regime em crimes hediondos. Em idêntico sentido, a 2ª Turma, ao apreciar a Questão de Ordem no HC 85.677/SP, de minha relatoria, em sessão do dia 21.3.2006, reconheceu também a possibilidade de julgamento monocrático de todos os 'habeas corpus' que se encontrem na mesma situação específica. Tendo em vista que a situação em análise envolve direito de ir e vir, vislumbro, na espécie, o atendimento dos requisitos do art. 647 do CPP, que autorizam a concessão de 'habeas corpus' de ofício, "sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir (...)." Nesses termos, concedo medida liminar, de ofício, para que, mantido o regime fechado de cumprimento de pena por crime hediondo, seja afastada a vedação legal de progressão de regime, até o julgamento final desta reclamação.(...)"(fl.33-44). Com efeito, verifica-se que a recusa do Juiz de Direito da Vara de Execuções da Comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, em conceder o benefício da progressão de regime, nos casos de crimes hediondos, desrespeita a eficácia erga omnes que deve ser atribuída à decisão deste Supremo Tribunal Federal, no HC 82.959, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990. Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE a presente reclamação, para cassar decisões proferidas pelo Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, que negaram a possibilidade de progressão de regime relativamente a cada um dos interessados acima mencionados. Nesta extensão da procedência da reclamação, caberá ao juízo reclamado proferir nova decisão para avaliar se, no caso concreto, os interessados (pacientes) atendem ou não os requisitos para gozar do referido benefício, podendo determinar, para esse fim, e desde que de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.*

durante certo tempo praticados.<sup>39</sup>

Na esfera de atuação do Direito Administrativo, convém notar a aplicação desses processos informais de mudança de normas jurídicas às diretrizes atualizativas desse mesmo ramo. Observa Lucas Rocha Furtado, à luz da disciplina das fontes do Direito Administrativo que:

O caráter abstrato do texto da Constituição Federal, que costuma utilizar de princípios ou tão-somente fixar diretrizes para a atuação dos legisladores ou administradores públicos, permite que por meio das mutações constitucionais o Direito Administrativo se mantenha atualizado independentemente de qualquer reforma legislativa.<sup>40</sup>

Em artigo publicado na Revista Consulex – sob a intitulação *Fidelidade Partidária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Gilmar Mendes conclui que:

A afirmação de mutação constitucional não implica o reconhecimento, por parte da Corte, de erro ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos. Ela reconhece e reafirma, ao contrário, a necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos

---

39 No ponto, vale a transcrição de ponto interessante em artigo de autoria de José Levi do Amaral Júnior: “A verdadeira novidade, não em processo constitucional, mas com evidente influxo sobre o processo constitucional brasileiro, novidade essa com pontencial revolucionário, é a nova composição do STF. Nos últimos sete anos, oito Ministros do STF aposentaram-se, dois deles no segundo governo Fernando Henrique Cardoso e seis – maioria absoluta – no governo Luís Inácio Lula da Silva. Com isso, diversos entendimentos jurisprudenciais, que eram pacíficos há anos no STF, entraram em rediscussão. Alguns deles já foram modificados. Os efeitos deste fato podem ser bons ou maus conforme a percepção do jurisdicionado afetado. Ainda assim, de modo objetivo, é fácil perceber que não há nisso benefício à segurança jurídica. Alguns exemplos o demonstram: (1) a Lei 8.072, de 25.07.1990, mais conhecida como “Lei dos crimes hediondos”, determinava que os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo teriam as respectivas penas cumpridas integralmente em regime fechado. *Assim foi durante mais de quinze anos!* Porém, no HC 82.959/SP, relator Min. Marco Aurélio, julgado em 23.02.2006, o STF declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da referida determinação, ao entendimento de que viola a garantia constitucional da individualização da pena (art. 5º, LXVI, da CF/88); (2) o STF, em 2001, ao examinar ação direta ajuizado pelo Partido dos Trabalhadores, decidiu que a contratação temporária a que se refere o art. 37, IX, da CF/88 não seria possível para “atividades permanentes que são desempenhadas por servidores públicos devidamente concursados”. O trabalho precisaria ser, também, eventual ou temporário. *A decisão foi unânime.* Porém, a mesma Corte, em 2004, com membros indicados pelo governo Luís Inácio Lula da Silva, ao examinar ação direta ajuizada pelo Partido da Frente Liberal contra uma contratação temporária pretendida pelo referido governo, decidiu que o mesmo art. 37, IX, da CF/88 “autoriza contratações temporária, sem concurso público, (...) quer para o desempenho das atividades de caráter eventual, temporário ou excepcional, quer para o desempenho das atividades de caráter regular e permanente”. *A decisão foi por apertada maioria* (seis votos contra cinco). - In *Processo constitucional no Brasil: nova composição do STF e mutação constitucional* – Revista de direito constitucional e internacional, v. 14, n 57, p. 100-108, out./dez., 2006.

40 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 59.

possíveis da letra da Constituição à realidade que a circunda.”<sup>41</sup>

Na mesma linha, a enunciação da existência de mutação jurídica – a abranger, aqui, frise-se, também, a mutação constitucional – em determinada época, num texto normativo, inocenta a ordem jurídica de suposta instabilidade, inconstância ou variabilidade de seus enunciados. Prende-se a ordem jurídica à manifestação congruente da sociedade em relação ao texto normativo, de modo que restam coerente os sentidos e alcances significantes.

Na consagração da competência do Supremo Tribunal para julgamento de habeas corpus quando proveniente de atos coercitivos de Turmas recursais, a Corte manifestou-se com julgamento revelador de releitura das normas jurídicas, em especial no que tange à enumeração de sua competência descrita no artigo 102 e seguintes da Constituição Federal. Destaca-se, a partir, a pesquisa dos julgados relativos ao tema.

Em manifestação na qual, inicialmente, restou firmada a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar Habeas Corpus contra atos de turmas recursais<sup>42</sup>, assentou-se a incidência da súmula 690 daquele Tribunal, a verberar que *“compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de habeas corpus contra decisão de turma*

---

41 In revista jurídica Consulex. Ano XI, Nº 260 – 15 de novembro de 2007.

42 Cf. notícia veiculada no site do Supremo Tribunal Federal, a respeito da controvérsia de entendimento entre os ministros: Segunda-feira, 01 de Agosto de 2005 Supremo é competente para julgar HC de tribunal recursal, decidem ministros O plenário decidiu hoje (1/8) manter a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar habeas corpus de decisão de turma recursal de Juizado Especial. A decisão foi tomada no julgamento de Habeas Corpus (HC 83228) para trancar queixa-crime contra D.M.V., D.C. e E.M. Na questão preliminar, o entendimento da maioria dos ministros foi no sentido de manter a jurisprudência do Supremo de acordo com a Súmula 690. Esse dispositivo diz que “compete originariamente ao STF o julgamento de habeas corpus contra decisão de turma recursal de juizados especiais criminais”. A discussão teve início em sessão anterior, pelo relator do HC, ministro Marco Aurélio, que ao votar ressaltou a edição da Emenda Constitucional 22/96 para explicar a falta de competência do Supremo para julgar habeas corpus impetrado contra ato de tribunal que não tenha a qualificação de superior. “Não cabe ao Supremo julgar habeas corpus considerados incidentes, condenações em causas penais reveladoras de infrações de menor potencial ofensivo”, afirmou o relator. O ministro Carlos Velloso aderiu, hoje, ao voto do ministro Marco Aurélio, ao afirmar que o Supremo precisa rever essa jurisprudência. O Tribunal, disse Velloso, “não pode julgar essas questões pequenas, crimes de praticamente nenhuma significação em detrimento das questões constitucionais”. No mérito, os ministros concederam o habeas corpus para trancar a queixa-crime, onde o réu e seus advogados teriam ofendido a moral do autor. Posteriormente, o autor desistiu da ação penal privada apenas em relação aos advogados. O juizado especial criminal, no entanto, determinou o prosseguimento do processo alegando que a renúncia à ação foi posterior ao recebimento da queixa. Os réus sustentaram que os advogados estão acobertados pela imunidade no exercício da profissão. Alegaram, também, que a desistência da ação penal privada pode ser feita a qualquer momento e, sendo a ação indivisível, deve ser estendida a todos. Segundo o ministro Marco Aurélio, o perdão é exercitável a qualquer momento do processo, com exceção do trânsito em julgado da sentença. Citou o artigo 51 do Código de Processo Penal onde diz que “o perdão concedido a um dos querelados aproveitará a todos, sem produzir, todavia, efeito em relação ao que recusar”. Disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 06 de maio de 2008.

*recursal de juizados especiais criminais.”*

Todavia, na assentada do dia 23 de agosto de 2006, a Corte reanalisou a questão, em sede de *habeas corpus* (HC 86.834-7/SP), no sentido de reformar a tese anteriormente prevalente, para declinar da competência do Supremo Tribunal Federal para os Tribunais de Justiça dos Estados, tendo de ser obedecido o rito hierarquico-funcional para futura manifestação da Corte Suprema, em casos de atos coatores praticados por turmas de juizados especiais criminais.<sup>43</sup>

A propósito do tema, colaciona-se ementa do referido julgamento:

COMPETÊNCIA - HABEAS CORPUS - DEFINIÇÃO. A competência para o julgamento do habeas corpus é definida pelos envolvidos - paciente e impetrante. COMPETÊNCIA - HABEAS CORPUS - ATO DE TURMA RECURSAL. Estando os integrantes das turmas recursais dos juizados especiais submetidos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, à jurisdição do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal, incumbe a cada qual, conforme o caso, julgar os habeas impetrados contra ato que tenham praticado. COMPETÊNCIA - HABEAS CORPUS - LIMINAR. Uma

---

43 Por oportuna, permitimo-nos transcrever a notícia veiculada no site do Supremo Tribunal Federal: Plenário decide pela incompetência do STF para analisar HC contra decisão de Turma Recursal O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, por oito votos a três, declinar da competência para julgar habeas corpus impetrado contra decisão de Turma Recursal. A decisão foi adotada no julgamento do Habeas Corpus (HC) 86834, impetrado por Miguel Ângelo Micas contra a Turma Recursal do Juizado Especial Criminal da Comarca de Araçatuba, município do Estado de São Paulo. O julgamento foi retomado esta tarde, após pedido de vista formulado pelo ministro Sepúlveda Pertence na matéria, ocorrido no dia 19 de dezembro do ano passado. Naquela ocasião, haviam votado pela declinação da competência os ministros Marco Aurélio (relator do HC 86834) e Carlos Velloso (aposentado). Hoje, o ministro Sepúlveda Pertence abriu a divergência na matéria ao considerar que as turmas recursais dos Juizados Especiais não se sujeitam à hierarquia funcional da Justiça. Pertence argumenta que, pelo fato de a turma recursal já se configurar de fato um duplo grau de jurisdição, não poderia estar subordinado aos respectivos Tribunais de Justiça. “As Turmas de recurso dos juizados especiais, com efeito, sob o prisma da hierarquia jurisdicional estão em aparente paradoxo em plano mais elevado que os tribunais de segundo grau da União e dos Estados na medida em que, a exemplo dos tribunais superiores, sujeitam-se imediata e exclusivamente a jurisdição do Supremo Tribunal Federal, dada a competência deste, e só dele, de rever suas decisões mediante recurso extraordinário. De tudo resulta que também e apenas o Supremo Tribunal Federal detém competência para julgar o presente habeas corpus”, afirmou Sepúlveda Pertence. Na avaliação de Pertence, os juizados especiais fugiriam de seu propósito, isto é, dar agilidade ao processamento das causas, quando constitucionais, se este tivesse que se sujeitar aos Tribunais de alçada ou Tribunais de Justiça e, posteriormente, ao Superior Tribunal de Justiça e ao STF. A divergência aberta por Sepúlveda Pertence foi acompanhada pela ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha e pelo ministro Celso de Mello. Mas os demais ministros acompanharam o voto do relator, ministro Marco Aurélio. Dessa forma, nos termos do voto do relator, a interpretação de que se deve seguir a hierarquia funcional dos tribunais e, por isso, o processamento de habeas impetrado contra decisão de Turma Recursal nos Tribunais de Justiça foi vencedor. Sobre o caso concreto, os ministros decidiram manter a ordem de deferimento de liminar em favor de Miguel Ângelo Micas, delegado de polícia que responde a ação penal por suposto crime de prevaricação, por não ter soltado pessoa presa preventivamente por crime de estupro, mesmo diante de retratação da representação oferecida pela vítima. O delegado, com o HC, obteve o trancamento da ação penal contra ele até pronunciamento final do Tribunal de Justiça de São Paulo.

vez ocorrida a declinação da competência, cumpre preservar o quadro decisório decorrente do deferimento de medida acauteladora, ficando a manutenção, ou não, a critério do órgão competente.<sup>44</sup>

Em idêntico sentido, extrai-se do seguinte julgado:

EMENTA: Habeas corpus: incompetência do Supremo Tribunal para conhecer originariamente de habeas corpus no qual se imputa coação a Juiz de primeiro grau e a Promotor de Justiça que oficia perante Juizado Especial Criminal (CF, art. 102, I, i). II. Habeas corpus: conforme o entendimento firmado a partir do julgamento do HC 86.834 (PI, 23.6.06, Marco Aurélio, Inf., 437), que implicou o cancelamento da Súmula 690, compete ao Tribunal de Justiça julgar habeas corpus contra ato de Turma Recursal dos Juizados Especiais do Estado.<sup>45</sup>

Com essas considerações, vislumbra-se nítida configuração de mutação jurídica, quanto à matéria de competência originária do Supremo Tribunal Federal para apreciar questões envolvendo Turmas Recursais como autoridade coatora. Na presente hipótese, presente se mostra o processo informal de modificação da constituição, porquanto, em matéria de competência das Cortes superiores, não caberia ao legislador ordinário substituir-se ao constituinte, todavia, por intermédio desse processos informais, firma-se posicionamento com caráter normativo, a demonstrar o alcance, em determinados casos, dos efeitos produzidos pela mutação. A corroborar o entendimento, recentemente a Corte viu-se diante de caso análogo, cujo pensamento é o seguinte:

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. HABEAS CORPUS CONTRA ATO DE TURMA RECURSAL DE JUIZADO ESPECIAL. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALTERAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. REMESSA DOS AUTOS. JULGAMENTO JÁ INICIADO. INSUBSISTÊNCIA DOS VOTOS PROFERIDOS. Tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, modificando sua jurisprudência,

---

44 Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC.86.834/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento: 23/08/2006.

45 Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC-AgR 90905/SP. Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento:10/04/2007.



assentou a competência dos Tribunais de Justiça estaduais para julgar habeas corpus contra ato de Turmas Recursais dos Juizados Especiais, impõe-se a imediata remessa dos autos à respectiva Corte local para reinício do julgamento da causa, ficando sem efeito os votos já proferidos. Mesmo tratando-se de alteração de competência por efeito de mutação constitucional (nova interpretação à Constituição Federal), e não propriamente de alteração no texto da Lei Fundamental, o fato é que se tem, na espécie, hipótese de competência absoluta (em razão do grau de jurisdição), que não se prorroga. Questão de ordem que se resolve pela remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, para reinício do julgamento do feito.<sup>46</sup>

Reavaliando o aspecto penal da caracterização de presunção de violência nos crimes contra os costumes, praticados em desfavor de menores de 14 anos (artigo 224, alínea “a”, CPB), o Supremo Tribunal Federal mostrou-se atento à realidade da sociedade, demonstrando variações na jurisprudência, no sentido da configuração da presunção de violência. Tomou-se, no correr dos tempos, divergentes pensamentos, os quais serão objeto de análise na seguintes linhas.

Inicialmente, entendia o Poder Judiciário – entenda-se STF - que para haver presunção de violência, nos crimes contra os costumes perpetrados contra menores de 14 anos, bastava a existência de elementos probatórios que refletissem a idade da vítima. Havendo, no caso em concreto, manifestação favorável da vítima na relação sexual, entendia-se inválida essa mesma manifestação, haja vista a incapacidade de manifestar-se de acordo com a legislação penal. Esse foi, por conseguinte, o pensamento mantido por diversas composições do tribunal. Extrai-se da jurisprudência do Supremo, no que tange a essa orientação, os seguintes julgados:

ESTUPRO. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA, POR SER A VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS DE IDADE (ARTIGOS 213 E 224, 'A', DO C. PENAL). O CONSENTIMENTO DA OFENDIDA, MENOR DE 14 ANOS, PARA A CONJUNÇÃO CARNAL, E SUA EXPERIENCIA ANTERIOR NÃO ELIDEM A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA, PARA A CARACTERIZAÇÃO DO ESTUPRO (ARTIGOS 213 E 224, 'A', DO C. PENAL). R.E.

---

46 Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC-QO 86009. Rel. Min. Carlos Britto. Data de Julgamento: 29.8.2006.

CONHECIDO E PROVIDO, EM PARTE, PARA QUE, AFASTADA A TESE EM CONTRARIO DO ACÓRDÃO RECORRIDO, PROSSIGA O TRIBUNAL NA APRECIÇÃO DAS DEMAIS QUESTÕES DA APELAÇÃO, INCLUIDA AQUELA RELATIVA 'AO ERRO QUANTO A IDADE DA VÍTIMA'”<sup>47</sup>

EMENTA: Habeas Corpus. 2. Estupro. Presunção de violência. Vítima menor de 14 anos de idade. 3. Sequer elide a presunção de violência o alegado fato do consentimento da vítima quanto à relação sexual. 4. A violência ficta, prevista no art. 224, letra "a", do Código Penal, é absoluta e não relativa, conforme iterativa jurisprudência do STF. 5. Por outro lado, não há nulidade no fato de não terem sido intimados os advogados cujo mandato fora revogado. 6. Habeas corpus indeferido.<sup>48</sup>

Em atenção divergente, segue ementa do acórdão relatado pelo Min. Marco Aurélio, em que se observou, no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mudança de entendimento, malgrado tenha sido produzido em instância de Turmas do Tribunal, configurando, na hipótese, clara mutação jurídica, em sede de normas infraconstitucionais. Ei-lo:

COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. ESTUPRO - PROVA - DEPOIMENTO DA VÍTIMA. Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros. ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exsurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a

---

47 Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 108267/PR. Rel. Sydney Sanches. Data de julgamento: 21.3.1989.

48 Brasil Supremo Tribunal Federal. HC 72.575/PE. Rel. Min. Néri da Silveira. Data de julgamento: 04.08.1995.

ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea "a", do Código Penal.<sup>49</sup>

Na oportunidade, salientou o Ministro Relator:

(...) Diante de tais colocações, forçoso é concluir que não se verificou o tipo do artigo 213 do Código Penal, no que preceitua como estupro o ato de “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.” A pouca idade da vítima não é de molde a afastar o que confessou em Juízo, ou seja, haver mantido relações com o Paciente por livre e espontânea vontade. O quadro revela-se realmente estarrecedor, porquanto se constata que menor, contando apenas com doze anos, levava vida promíscua, tudo conduzindo à procedência do que articulado pela defesa sobre a aparência de idade superior aos citados doze anos. A presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão, são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as selecionando sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pelas dessemelhanças. Assim é que, sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural. Tanto não se diria nos idos dos anos 40, época em que exsurgia, glorioso e como símbolo da modernidade e liberalismo, o nosso vetusto e ainda vigente Código Penal. Àquela altura, uma pessoa que contasse doze anos de idade era de fato considerada criança e, como tal, indefesa e despreparada para os sustos da vida.

Ora, passados mais de cinqüenta anos – e que anos: a meu ver, correspondem, na história da humanidade, a algumas dezenas de séculos bem vividos – não se há de igualar, por absolutamente inconcebível, as duas situações. Nos nossos dias, não há crianças, mas moças de doze

---

49 Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC 73.662/MG. Rel. Min. Marco Aurélio. Data de julgamento: 21.05.1996.

anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de conseqüências que lhes pode advir. Tal lucidez é que de fato só virá com o tempo, ainda que o massacre da massificação da notícia, imposto por uma mídia que se pretende onisciente e muitas vezes sabe-se irresponsável diante do papel social que lhe cumpre, leve à precipitação de acontecimentos que só são bem-vindos com o tempo, esse amigo inseparável da sabedoria.

Portanto, é de se ver que já não socorre à sociedade os rigores de um Código ultrapassado, anacrônico e, em algumas passagens, até descabido, porque não acompanhou a verdadeira revolução comportamental assistida pelos hoje mais idosos. Com certeza, o conceito de liberdade é tão discrepante daquele de outrora que só seria comparada aos que norteavam antigamente a noção de libertinagem, anarquia, cinismo e desfaçatez.

Alfim, cabe uma pergunta que, de tão óbvia, transparece à primeira vista como que desnecessária, conquanto ainda não devidamente respondida: a sociedade envelhece; as lei, não?

Ora, enrijecida a legislação – que, ao invés de obnubilar a evolução dos costumes, deveria acompanhá-la, dessa forma protegendo-a – cabe ao intérprete da lei o papel de arrefecer tanta austeridade, flexibilizando, sob o ângulo literal, o texto normativo, tornando-o, destarte, adequada e oportuno, sem o que o argumento da segurança transmuda-se em sofisma e sevirá, ao reverso, ao despotismo inexorável dos arquiconservadores de plantão, nunca a uma sociedade que se quer global, ágil e avançada – tecnológica, social e espiritualmente. (...)

No *iter* da celeuma, veio à lume pensamento distinto – repriminção da jurisprudência anterior -, em julgamento no qual o Ministro Sepúlveda Pertence foi relator, cujo pensamento foi a absoluta presunção de violência quando a vítima for menor de 14 anos. Aresto assim ementado:

EMENTA: Crimes sexuais mediante violência ou grave ameaça (C. Pen., arts. 213 e 214): presunção de violência, se a vítima não é maior de 14 anos (C. Pen., art. 224, a): caráter absoluto da presunção, que não é inconstitucional, visto não se tratar de presunção de culpabilidade do

agente, mas de afirmação da incapacidade absoluta de menor de até 14 anos para consentir na prática sexual: análise da jurisprudência do STF - após a decisão isolada do HC 73.662, em sentido contrário - conforme julgados posteriores de ambas as Turmas (HC 74286, 1ª T., 22.10.96, Sanches, RTJ 163/291; HC 75608, 10.02.98, Jobim, DJ 27.03.98): orientação jurisprudencial, entretanto, que não elide a exigência, nos crimes referidos, do dolo do sujeito ativo, erro justificado quanto à idade da vítima pode excluir.<sup>50</sup>

Invoca o relator, no voto, a jurisprudência posterior ao julgamento do HC 73.662/MG, datado de 1996, acima discutido, repudiando a tese da inconstitucionalidade da absoluta presunção de violência nos crimes contra os costumes, praticados em detrimento de menores de 14 anos.

A questão que se põe, portanto, traduz-se no alcance do sentido de uma leitura feita à vista de momentos distintos de julgamento, diante do texto legal – Código Penal. Percebe-se, no ponto de análise, uma releitura de normas jurídicas, com alterações de sentidos e alcances, apta a adotar a afirmação de incidência de uma modalidade informal de mudança das normas jurídicas – mutação jurídica.

---

50 Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC. 81.268/DF. Rel Min. Sepúlveda Pertence. Data de julgamento: 16.10.2001.

## 9 - O PROCESSO FORMAL DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO

Diz Inocência Mártirez Coelho que, em coisas opostas ou duplas, *um só é o que é enquanto o é para o outro*.<sup>51</sup> Com essas palavras, não podemos deixar de mencionar, ainda que de modo conciso, o processo formal de reforma da Constituição, em oposição ou alternativa ao meio informal de mudança do texto constitucional.<sup>52</sup>

Decorrente do poder constituinte originário, o processo formal de reforma do texto da Constituição vem estatuído no tema que toca ao processo legislativo, que prevê alguns requisitos.

Em cunho rigoroso de elaboração de normas jurídicas, as introduções inseridas no

---

51 COELHO, Inocência Mártirez. *As idéias de Peter Häbele e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro*. Revista de Informação Legislativa. Bsb, a. 35 n. 137 jan./mar. 1998, p. 162.

52 No que tange à mudança das normas jurídicas em geral, em especial as leis infraconstitucionais, pertinente é a menção à Lei de Introdução ao Código Civil (decreto-lei 4.657/1942), que disciplina: “Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. (...)”

texto constitucional devem obediência a procedimentos previamente introduzidos no próprio texto magno. Com disciplina prevista no artigo 60 e seguintes da Constituição Federal, as Emendas Constitucionais são introduzidas no ordenamento jurídico com a finalidade, entre outras, de dar condições de compatibilidade do texto à realidade, em idêntico sentido com os processos informais de mudança.

A reforma da Constituição é processo técnico de mudança constitucional. Trata-se de criação do poder constituinte originário, do qual o poder de reforma recebeu a incumbência de introduzir alterações na Constituição, para aperfeiçoá-la às exigências do tempo. A reforma da Constituição decorre do poder constituinte derivado ou instituído, ocupando posição diversa do poder constituinte originário, pela previsão de limites deste impostos àquele. Não dispõe da plenitude criadora do poder constituinte originário e se

s  
o  
b  
r  
e  
p  
õ  
e  
  
a  
o  
  
l  
e  
g  
i  
s  
l  
a  
d  
o

---

<sup>53</sup> In *Permanência, mutações e mudança constitucional*. Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel – Coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 603.

o  
r  
i

## CONCLUSÃO

A partir das considerações expendidas, percebe-se que o tema relativo à alteração das leis num todo e da Constituição em especial está a merecer um detido estudo, mormente quanto à classificação de ambas. Com isso, estamos a afirmar que a alteração das normas jurídicas – e dentro delas estão as de natureza constitucional – pode ser viabilizada tanto formalmente, com todas as cerimônias e os requisitos expressamente previstos no processo de elaboração de lei – processo Legislativo, quanto por meios outros que sejam capazes de preservar o significativo e mutabilizar o significado de normas jurídicas que demandam adequação e sintonia com outra realidade, que não aquela em que foi nascida a norma. Há de se observar, também, que a idéia da intangibilidade da Constituição, concebida como instrumento protetor de princípios constitucionais insuscetíveis de substituição por emenda, revisão ou reforma, adquiriu outra configuração no constitucionalismo latino-americano de nosso século. Formula-se a intangibilidade da Constituição, afirmando sua continuidade e duração, mesmo quando interrompida sua vigência por ato de força e de violência. Assim, a lei deve estar em constante sintonia com a realidade fática-social vivida em determinado momento histórico. Com isso, elaboram-se normas jurídicas com a suposição de que irá ter duração eterna, senão duradoura. Pressupõe-se, dessa forma, que a validade da norma jurídica está condicionada à compatibilidade de seus enunciados com as relações vividas pelos seus destinatários. Todavia, o fato de torcer pela estabilidade de seu texto não priva a realidade de mudanças havidas em seu seio. Estabilidade não é o mesmo que imutabilidade. E nesse ponto, a durabilidade de sentidos de determinadas normas jurídicas estará condicionada à durabilidade da realidade social em que foi criada. Nessa perspectiva, cumpre ressaltar que é possível, na utilização dos processos informais de mudança das normas jurídicas, haver a configuração de mutações constitucionais inconstitucionais, em eventual afronta aos ditames constitucionais. Essa possível desobediência, acaso existente, para preservação do texto e dos temas materialmente constitucionais, há de ser levada a cabo por grau de jurisdição inferior àquele capaz de proteger a guarda da Constituição, a fim de que, através do Controle de Constitucionalidade, preserve ou se adote o sentido que melhor se ajuste ao espírito do sistema constitucional, utilizando, à guisa de exemplo, a técnica de interpretação conforme. Portanto, os fatores atribuídos à mutação em seu sentido *latu* estão ligados a fatores e situações, tais como as gramaticais, semânticas, sociais e institucionais aptas a atribuir a um enunciado legal diversos sentidos e compreensões que lhe são pertinentes, por diferentes intérpretes.



## REFERÊNCIAS

- Brasil Supremo Tribunal Federal. HC 72.575/PE. Rel. Min. Néri da Silveira.  
Data de julgamento: 04.08.1995.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC 73.662/MG. Rel. Min. Marco Aurélio.  
Data de julgamento: 21.05.1996.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC. 81.268/DF. Rel. Min. Sepúlveda  
Pertence. Data de julgamento: 16.10.2001.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC.86.834/SP. Rel. Min. Marco Aurélio.  
Julgamento: 23/08/2006.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC-AgR 90905/SP. Relator Min.  
SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento:10/04/2007.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC-QO 86009. Rel. Min. Carlos Britto. Data  
de Julgamento: 29.8.2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 232-DF. Relator:  
Min. Moreira Alves. Brasília, DF, 8 de abril de 1994.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 695-MA. Relator:  
Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 01 de março de 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 712-PA. Relator:  
Min. Eros Grau. Brasília, DF, 25 de outubro de 2007.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. Rcl. 4335-5/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes.  
Reclamante. Defensoria Pública da União.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 108267/PR. Rel. Sydney Sanches. Data  
de julgamento: 21.3.1989.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. Rcl. 4335-5/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes.  
Reclamante. Defensoria Pública da União.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *As idéias de Peter Häbele e a abertura da  
interpretação constitucional no direito brasileiro*. Revista de Informação  
Legislativa. Bsb, a. 35 n. 137 jan./mar. 1998, p. 159.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *As idéias de Peter Häbele e a abertura da  
interpretação constitucional no direito brasileiro*. Revista de Informação  
Legislativa. Bsb, a. 35 n. 137 jan./mar. 1998, p. 162.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. Série jurídica Max Limonad. São Paulo: ed. Max Limonad, 1986, p. 13.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 59.

HORTA, Raul Machado, in *Permanência, mutações e mudança constitucional*. Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel – Coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 594/596.

In *Permanência, mutações e mudança constitucional*. Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel – Coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 603.

In *Reforma e mutação constitucional como instrumentos de realização constitucional*. Disponível na internet no site: <http://concursos.obcursos.com.br/portal/OBPortal2006/home/palavraqentende258.php>. Acesso em 23 de janeiro de 2008.

In revista jurídica Consulex. Ano XI, Nº 260 – 15 de novembro de 2007.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. Bahia: ed. Juspodivm, 2008. p. 192.

MARTINS, Ives Granda da Silva. *Das Cláusulas Pétreas*. Constituição Federal 15 anos. Mutação e evolução- comentários e perspectivas. Coordenação. André Ramos Tavares, Olavo A V Alves Ferreira e Pedro Lenza. São Paulo: ed. Método, 2003. p.190/191.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Brasília: Saraiva – série IDP, 2007, p. 220.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Brasília: Saraiva – série IDP, 2007, p. 220

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Brasília: Saraiva – série IDP, 2007, p. 123.

Mutación de la Constitución, trad. de Pablo Lucas Verdú y Christian Förster,

Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1.998, pág. 29.

*Processo constitucional no Brasil: nova composição do STF e mutação constitucional* – Revista de direito constitucional e internacional, v. 14, n 57, p. 100-108, out./dez., 2006..

Rcl. 4335-5/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes. Reclamante. Defensoria Pública da União.

REALE, Miguel. Filosofia do direito. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 594.

Reforma y mutación de la Constitución, trad. de Christian Förster Y Pablo Lucas Verdu, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.991.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêtica jurídica em crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999, p. 210/211.

ZANDONADE, Adriana. In Revista de direito constitucional e internacional. Mutação Constitucional. Ano 9., abr./jun., 2001. Ed. Revista dos Tribunais. p. 195/227.