

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS**  
**ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO**  
**GRADUAÇÃO EM DIREITO**



**ARTUR DE ALMEIDA LOURENÇO JUNIOR**

**A mutação constitucional como realização de defesa da Constituição da República  
Federativa do Brasil de 1988**

Rio de Janeiro, maio de 2011.

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS  
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO  
GRADUAÇÃO EM DIREITO**



**ARTUR DE ALMEIDA LOURENÇO JUNIOR**

**A mutação constitucional como realização de defesa da Constituição da República  
Federativa do Brasil de 1988**

Trabalho de Conclusão de Curso, sob orientação da Professora Flávia Bahia apresentado à FGV DIREITO RIO como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Rio de Janeiro, maio de 2011.

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS**  
**ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO**  
**GRADUAÇÃO EM DIREITO**



**A mutação constitucional como realização de defesa da Constituição da República  
Federativa do Brasil de 1988**

Elaborado por ARTUR DE ALMEIDA LOURENÇO JUNIOR

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à FGV DIREITO RIO  
como requisito parcial para obtenção  
do grau de bacharel em Direito.

**Comissão Examinadora:**

Nome do Orientador: Flávia Bahia

Nome do Examinador 1: \_\_\_\_\_

Nome do Examinador 2: \_\_\_\_\_

**Assinaturas:**

\_\_\_\_\_  
Professor Orientador

\_\_\_\_\_  
Examinador 1

\_\_\_\_\_  
Examinador 2

**Nota final:**

Rio de Janeiro, \_\_\_\_ de junho de 2011.

Dedico este trabalho á meu irmão Gabriel pelo simples fato de ele existir e a meus pais que não só me deram a oportunidade de cursar a faculdade de Direito na Fundação Getúlio Vargas, como também sempre acreditaram em mim e no meu potencial vibrando com cada nova conquista acadêmica.

## AGRADECIMENTO

Como não poderia ser diferente, agradeço primeiramente a Deus que sempre iluminou meus caminhos e me abençoou com saúde, sabedoria e paciência.

Agradeço a meus pais que sempre me deram carinho, incentivo e condições para poder estudar. Confesso que não sou merecedor de tanta expectativa mais espero que este momento de conclusão de curso seja para eles motivo de grande orgulho e sentimento de missão cumprida.

Peço máxima vênia para agradecer em especial a minha mãe, Maria Aparecida da Rocha Lourenço, que nunca duvidou da minha capacidade, mesmo nos momentos em que eu mesmo o fazia. O apoio e seu amor incondicional foram determinantes para o meu sucesso.

Agradeço aos amigos que conquistei na FGV, amizade sincera e verdadeira que levo para toda vida. Não poderia deixar de citar a minha família Varguista composta por Raphaella Ayres, Fernanda Fábregas, Pedro Américo, e os mosqueteiros Paulo Leonardo e Fernando Pizzinni. Amigos cumprimos a promessa, fomos até o fim!

O meu agradecimento também aos amigos angariados em momento anterior a faculdade que sempre demonstraram preocupação com minha vida acadêmica e vibraram com minhas conquistas como se deles fossem, em especial ao amigo/irmão Marcelo.

Agradeço ao todos os professores que acrescentaram de alguma forma na minha vida acadêmica, em especial aos mestres Thiago Bottino e Guilherme Leite que me acompanharam durante toda essa jornada e cujo os conselhos e profissionalismo levo para minha vida toda como exemplo.

Por fim mais não menos importante, gostaria de agradecer a minha orientadora Flávia Bahia por ter aceitado o convite em me orientar, fato que me deu muito orgulho, e que sempre foi uma fonte inspiradora de estudo e conhecimento.

## RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar a plausibilidade da tese da mutação constitucional como mecanismo de efetivação da Constituição da República Federativa Brasil de 1988 e a partir dos 6 (seis) principais julgados do Supremo Tribunal Federal verificar se os limites impostos a esse fenômeno estão sendo respeitados. Com objetivo de comprovar esta tese foi estudado desde a opção do poder constituinte originário em atribuir aspecto rígido a Constituição pátria, permitindo que algumas matérias de seu texto através de mecanismos específicos possam ser alterados, até a legitimidade reflexa dos ministros do STF para atuarem como legisladores positivos alterando o sentido da norma sem modificação de seu conteúdo. A exposição dos limites impostos a mutação constitucional também foi alvo de especial destaque, pois somente a partir da compreensão destes seria possível uma análise sobre eventual extrapolação de competência do Poder Judiciário. A partir dos julgados do STF verificamos que a mutação constitucional está sendo aplicada dentro os limites impostos, logo este instituto atingiu seu objetivo central de aproximar as normas constitucionais a realidade da sociedade sem ferir o princípio da Separação de Poderes. Como resultado concluímos que a mutação constitucional a partir do cenário político atual que assume a asfixia e a conseqüente morosidade do Poder Legislativo, é um instrumento imprescindível para dar efetividade aos preceitos e princípios fundamentais da Constituição. Na atual conjuntura abdicar deste valioso instrumento seria o mesmo que assumir o fracasso e a inobservância de todo ordenamento jurídico, já que este não conseguirá reger as relações humanas da sociedade.

**Palavras-Chave:** Poder Constituinte Originário e Derivado. Mutação constitucional. Efetividade constitucional. Supremo Tribunal Federal. Separação de poderes.

## ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the plausibility of the thesis of the constitutional mutation as a mechanism for effectuation of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 from 6 (six) main judgments of the Supreme Court determine whether the limitations of this phenomenon are being respected. Aiming to prove this thesis it was studied since the choice of the original constituents in assign a hard feature to the homeland Constitution allowing certain subjects its text to be changed through specific mechanisms, even the reflex legitimacy of STF judges to act as positive regulators changing the meaning of the rule without changing its content. The exposure of the limits of constitutional mutation also received particular attention, since only from the comprehension of these limits could be made an analysis of possible extrapolation of competence of the Judiciary. From the judgments of the Supreme Court we verify that the constitutional mutation is being applied within its limits, so this institute achieved its central goal of bringing the constitution close to the reality of the society without violating the principle of Separation of Powers. As a result we conclude that the constitutional mutation, from the current political scenario of suffocation and slowness of the Legislative Power, is an essential tool to enforce the fundamental principles and precepts of the Constitution. At this juncture, abdicate this valuable tool would be the same of admitting the failure and non-observance of the legal system since it wouldn't be able to rule society's human relations.

**Key-Words:** constituent power of originating and derived. constitutional mutation. effective constitutional. Supreme Federal Court. separation of powers

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

STF- Supremo Tribunal Federal

PEC- Projeto de Emenda Constitucional

CN – Congresso Nacional

Min.- Ministro

TSE- Tribunal Superior Eleitoral

MS- Mandado de Segurança

ADI- Ação Declaratória de Inconstitucionalidade

ADPF- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

PGR- Procurador Geral da República

AGU- Advogado Geral da União

PR- Presidente da República

Re.- Recurso Extraordinário

CC- Código Civil



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1. A MUDANÇA NA CONSTITUIÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>1.1. Poder Constituinte Originário e Derivado .....</b>	<b>12</b>
<b>1.2. A Rigidez Constitucional.....</b>	<b>18</b>
<b>1.3 Mecanismos Formais de Alteração Constitucional.....</b>	<b>20</b>
1.3.1. Emenda.....	20
1.3.2 Revisão Constitucional.....	21
<b>1.4 Mecanismo Informal de Alteração Constitucional .....</b>	<b>22</b>
1.4.1 Mutação Constitucional.....	22
<b>2. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>23</b>
<b>2.1 Formas de Auação da Mutação Constitucional .....</b>	<b>26</b>
2.1.1 Mutação a partir da interpretação judicial e administrativa .....	26
2.1.2 Mutação Constitucional a partir do Legislador .....	28
2.1.3 Mutação Constitucional a partir dos Costumes.....	29
<b>2.2 Origem e Aplicação do Instituto no Direito Comparado Alemão e Estadunidense</b>	<b>30</b>
<b>2.3. Separação dos Poderes e Constitucionalidade da Mutação .....</b>	<b>33</b>
<b>2.4 A mutação como instrumento de defesa da Constituição .....</b>	<b>35</b>
<b>2.5 Limites da Mutação Constitucional .....</b>	<b>38</b>
<b>3. ANÁLISE DOS PRINCIPAIS JULGADOS DO STF SOBRE A MUTAÇÃO</b>	
<b>CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>42</b>
<b>3.1. Fidelidade Partidária - Mandado de Segurança 26.603-1.....</b>	<b>42</b>
<b>3.2 A redefinição do papel do AGU no controle concentrado de constitucionalidade -</b>	
<b>ADI 3916/DF.....</b>	<b>46</b>
<b>3.3. Poder de Agenda do Congresso Nacional - MS 27931.....</b>	<b>48</b>
<b>3.4- Prisão Civil e Depositário Infiel – Re 466.343/SP .....</b>	<b>51</b>
<b>3.5 União Estável Homoafetiva – ADPF 132/RJ e ADI 4277 .....</b>	<b>54</b>
<b>3.6. Cancelamento da Súmula 394 STF – Inquérito 687/SP .....</b>	<b>56</b>
<b>4. CONCLUSÃO.....</b>	<b>59</b>
<b>5 REFERÊNCIA.....</b>	<b>64</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso visa debater sobre a real necessidade de existência da mutação constitucional como um instrumento de defesa da Constituição e analisar, a partir de alguns julgados, de que forma ocorre a aplicação deste fenômeno, principalmente em relação a seus limites, por meio do Supremo Tribunal Federal que é a última instância constitucional do Poder Judiciário.

Após mapear o objetivo, insta demonstrar o recorte feito, já que este trabalho acadêmico não tem a pretensão de esgotar o tema mutação constitucional e verificar sua aplicação em todos os países democráticos, nem tampouco se debruçar sobre uma possível solução quanto ao limite funcional do STF em caso de extrapolação.

A escolha do tema ocorreu pelo crescente número de casos presentes no cenário nacional em que o fenômeno da mutação constitucional foi aplicado, fazendo com que o STF por ser o guardião da Constituição acabe se tornando um legislador positivo, tendo em vista sua atividade funcional de observar se os preceitos constitucionais estão sendo efetivados pela legislação infra.

O tema escolhido é um assunto muito interessante tanto com relação ao aspecto jurídico como social. Sobre a questão jurídica é cada vez mais importante que se compreenda o porquê da atuação do STF ser cada vez mais ativa mudando o sentido das normas constitucionais, e se este órgão do Poder Judiciário está de fato cumprindo com o que lhe compete ou está suprimindo outros Poderes ferindo a consagrada Separação de Poderes que norteia o Estado Democrático de Direito no Brasil. Com relação ao aspecto social o tema também demonstra ser merecedor de estudo porque é imprescindível que a sociedade, regida pela Lei Maior, perceba o que está acontecendo com as normas e entenda que apesar da manutenção do texto os dispositivos legais podem ter sentidos diversos.

A Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988 atribui ao STF uma maior amplitude de competências originárias, logo se mostra relevante o presente estudo para identificar a questão da legitimidade operacional da Corte em determinados casos, principalmente relacionado com a aplicação de mutação das normas.

A mutação constitucional é um fenômeno utilizado apenas pela Suprema Corte como subsídio para dar efetividade a Constituição. O fato da aplicação exclusiva por parte deste órgão do Poder Judiciário se justifica por esse ser o único com competência para funcionar

como guardião da Constituição, logo nada mais razoável que seja detentor de dar a última palavra do texto constitucional após ser provocado pela jurisdição.

Com efeito, a partir de todo o exposto o presente trabalho foi dividido da seguinte forma:

O primeiro capítulo versa sobre os conceitos e a evolução histórica do poder constituinte originário e derivado com intuito de demonstrar desde o processo de criação de uma Constituição democrática escrita, até a possibilidade da mudança de suas normas a partir dos mecanismos de alteração pela via formal e informal. Ainda de forma introdutória, demonstro os tipos de Constituições possíveis para esclarecer a opção feita pelo poder constituinte originário ao formular nossa Carta Magna de optar pela rigidez na alteração do texto constitucional. Por fim, é exposto que mesmo considerando o aspecto da rigidez, é necessária a possibilidade de existirem meios para que a Constituição seja alterada, já que não se admite na doutrina contemporânea a possibilidade de uma Constituição imutável e engessada. Neste momento são abordadas as formas de alteração constitucional pela via formal através das emendas e da revisão, e também pela via informal com a mutação constitucional que será mais bem abordada no capítulo subsequente.

O segundo capítulo pode ser considerado como o coração do trabalho porque nele serão discutidas as definições dadas pelos principais doutrinadores à mutação constitucional, sua origem e evolução no Direito Constitucional Alemão e a instrumentalização deste fenômeno a partir das interpretações judiciais e administrativas, pelos legisladores e através dos costumes. A aplicação da mutação constitucional possibilita que o STF atue como legislador positivo, então será debatido ainda sobre essa relação de atuação da Suprema Corte com o princípio da Separação de Poderes, se existe de fato uma supressão do Poder Judiciário em razão dos demais. Trataremos sobre a real razão de existência da mutação constitucional como elemento determinante para dar efetividade a Constituição, já que na maioria das vezes a via formal de alteração da constituinte é demasiadamente morosa. Por fim, e não menos importante, serão expostos os limites da mutação com intuito de se compreender que as boas intenções originárias deste fenômeno não legitimam sua aplicação de forma descabida, até porque caso os limites impostos não sejam respeitados estaríamos diante de uma “quebra da constituição”.

O terceiro capítulo decorre de um estudo de 6 (seis) julgados do STF, escolhidos por seu grau de importância e repercussão geral na sociedade, com intuito de se averiguar a atuação do órgão de última instância constitucional, através dos votos de seus ministros, em

relação aos limites da mutação constitucional. A análise dos julgados levou em consideração o contexto histórico da época e os principais argumentos utilizados pelos ministros que justificaram a aplicação da mudança de sentido da norma sem que seu texto fosse alterado.

O quarto capítulo objetiva apresentar a conclusão do presente trabalho em relação a real necessidade de aplicação da mutação constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, se os limites impostos a esse fenômeno estão sendo respeitados pela Suprema Corte e por fim se este órgão de última instância constitucional tem a intenção de suprimir o Poder Legislativo.

## 1. A MUDANÇA NA CONSTITUIÇÃO

### 1.1 Poder Constituinte Originário e Derivado

É de suma importância que se compreenda, antes de definirmos o poder constituinte originário e derivado, o surgimento do poder constituinte e sua atuação no decorrer dos anos. O doutrinador Paulo Bonavides, leciona que o poder constituinte sempre esteve presente em todas as sociedades, representando um traço em comum entre todas as sociedades políticas o fato de se reunirem para deliberarem sobre o modo que se daria sua organização. A teoria do poder constituinte, por sua vez, antes de qualquer função, surgiu para legitimar o poder constituinte, ou seja, a construção desta teoria, a partir do século XVIII, visou dar legitimidade ao poder constituinte. O jurista supra assevera que:

A teoria do poder constituinte empresta dimensão jurídica às instituições produzidas pela razão humana. Como teoria jurídica, prende-se indissociavelmente ao conceito formal de Constituição, separa o poder constituinte dos poderes constituídos, torna-se ponto de partida e matriz de toda a obra levantada pelo constitucionalismo de fins do século XVIII.<sup>1</sup>

Existe uma crescente evolução histórica em relação a quem pertence a titularidade do poder constituinte originário, sendo certo que primeiro pertenceu a Deus, posteriormente ao monarca, a nação e por fim ao povo. Para a religião judaico-cristã, a sociedade deveria estar á mercê das ordens divinas porque somente de Deus emanava a autoridade legítima, logo o poder constituinte originário era de titularidade de Deus. A monarquia também transmitia ao povo essa idéia de divindade das ordens, só que nesse período o monarca era associado á imagem de Deus, dessa forma o poder constituinte originário a ele pertencia porque como imagem não poderia contrariar a vontade divina.

O ideal monarca teve fim quando revolucionários franceses, inspirados no doutrinador Emmanuel Sieyès, implementaram o pensamento que a titularidade do poder constituinte pertencia á nação, impedindo que qualquer um exerça esse poder sem levar em consideração os ideais da nação. O autor supra mencionado afirmava que: “A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Antes dela e acima dela só existe o direito natural”<sup>2</sup>. Entretanto, na teoria

---

<sup>1</sup> BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 136.

<sup>2</sup> SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**. Trad. Norma Azeredo, 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997, p. 91-94.

constitucional contemporânea, entende-se que a titularidade da manifestação originária pertence somente ao povo tendo em vista a teoria da soberania nacional.

A teoria da soberania nacional, que assegura ao povo a titularidade do poder constituinte é amplamente aceita pela doutrina, sendo certo que a Constituição não precisa ser elaborada pelo povo porque o poder constituinte é eleito pelo próprio, logo a vontade da nação será automaticamente materializada.

A tese que atribuíra ao povo a titularidade da soberania nacional está presente na maioria das constituintes dos países democráticos, como a norte americano, alemã, francesa e a brasileira, que asseveram sempre em seus preâmbulos ou no texto legal que a legitimidade para criação da constituinte emanou do povo<sup>3</sup>.

Nesse momento, é oportuno destacar o conceito de poder constituinte originário, que também é chamado de genuíno, inaugural, inicial ou simplesmente poder constituinte.

Esse poder que de acordo com o artigo 1º parágrafo único da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>4</sup>, emana do povo através de seus eleitos, representa "*a manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado*"<sup>5</sup>.

José Afonso da Silva, por sua vez, leciona que o Poder Constituinte originário é aquele: "*(...) poder que cabe ao povo de dar-se uma Constituição. É a mais alta expressão do poder político, porque é aquela energia capaz de organizar política e juridicamente a Nação.*"<sup>6</sup>.

O poder constituinte originário tem a função precípua de formular uma Constituição fazendo com que um Estado seja concebido, porém é importante destacar que essa criação pode ocorrer tanto a partir de uma ruptura com ordem jurídica anteriormente estabelecida ou simplesmente a partir de um ponto inicial onde não havia qualquer ordenamento jurídico existente. Nessa toada, o poder constituinte originário atua dando a primeira estrutura para um Estado, de fato o criando, ou recria o Estado fornecendo um novo molde, rompendo com o anterior. O exercício do poder constituinte originário é de suma importância para que o

<sup>3</sup>A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reitera a tese da teoria da soberania popular, já que prevê em seu preâmbulo: "Nós, representantes do povo brasileiro" e também em seu artigo 1º que " Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição"

<sup>4</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em 28/04/2011.

<sup>5</sup>MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p.54

<sup>6</sup>SILVA, José Afonso. **Poder Constituinte e Poder Popular**. 1ª ed., Editora Malheiros, 2000, p. 67

governo se estabeleça de fato, já que o Estado somente existe a partir da promulgação de sua Constituição<sup>7</sup>.

Assim que o poder constituinte originário cumpre sua função precípua de formular a constituinte, este subsiste, ou seja, perde a função, e as normas por ele criadas passam a vigorar, fazendo com que a soberania nacional se transforme em supremacia constitucional.

A partir do momento em que o poder constituinte é criado, se instaura uma nova ordem jurídica que rompe por completo com a anterior, já que o objetivo fundamental deste poder é criar um novo Estado.

O professor Michel Temer, de forma bastante elucidativa, faz a seguinte explanação a cerca do assunto:

Ressalta-se a idéia que surge novo Estado a cada nova Constituição, provenha ela de movimento revolucionário ou de assembléia popular. O Estado Brasileiro de 1988 não é o de 1969, nem o de 1946, o de 1937, de 1934, de 1981, ou de 1824. Historicamente não é mesmo. Geograficamente pode ser o mesmo. Não o é, porém, juridicamente. A cada manifestação constituinte, editora de atos constitucionais como Constituição, Atos institucionais e até Decretos (veja-se o Decreto n.º. 1. de 15/11/1889, que proclamou a República e instituiu a Federação como forma de Estado), nasce o Estado. Não importa a rotulação conferida ao ato constituinte. Importa sua natureza. Se dele decorre a certeza de rompimento com a ordem jurídica anterior, de edição normativa em desconformidade intencional com o texto em vigor, de modo a invalidar a normatividade vigente, tem-se o novo Estado<sup>8</sup>

O poder constituinte possui como característica (s) o fato de ser inicial, autônomo, ilimitado juridicamente, incondicionado e soberano na tomada de decisões.

- **Inicial** porque trata-se de uma nova ordem jurídica que é instaurada, iniciada e inaugurada rompendo por completo com ordem jurídica anterior caso exista, ou criando um novo Estado. No momento da concepção da Constituição, o Estado é substituído por outro, já que não é o Estado que escolhe uma Constituição e sim esta dá origem a um novo Estado. O ministro Carlos Ayres Britto assevera que:

(...)só uma Constituição pode trocar o Estado por outro. Não um Estado a trocar sua Constituição por outra. E mais: o Direito feito para o Estado tem de permanecer o referencial do Direito feito pelo Estado, durante todo o

---

<sup>7</sup> Michel Temer afirma ainda que: “Antes dessa manifestação (poder constituinte originário), o Estado tal como veio positivado, não existia. Existe, a partir da Constituição. (...) Historicamente pode ser o mesmo. Geograficamente é o mesmo. Não o é, porém, juridicamente.” (TEMER, Michel, **Elementos de Direito Constitucional**. 18. ed.. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 33)

<sup>8</sup> TEMER, Michel, apud LENZA, Pedro de. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 116

tempo de vigência da obra que uma dada Assembléia Constituinte vier a promulgar.<sup>9</sup>

- **Autônomo** porque não está subordinado a qualquer ordem jurídica anterior, ou seja, não é necessário qualquer tipo de adequação a direito anterior.
- **Ilimitado juridicamente** porque não precisa respeitar eventuais limites impostos por direito anterior uma vez existente.<sup>10</sup>
- **Incondicionado e soberano na tomada de decisões** porque não precisa observar procedimento anteriormente estabelecido para elaborar nova Constituição.

Vale destacar que dependendo da corrente filosófica adotada, existe divergência na doutrina em relação ao poder constituinte originário ser de fato ilimitado.

Os adeptos do jusnaturalismo, que consideram a natureza jurídica do poder constituinte como sendo um poder de direito afirmam que este seria de fato ilimitado pelo direito positivo, já que não é necessário ser observada qualquer regra anterior a nova constituinte, entretanto existiria uma limitação perante o direito natural.

O doutrinador Manoel Gonçalves Ferreira, assevera que:

(...) Todas correntes estão de acordo em reconhecer que ele é *ilimitado* em face do Direito positivo (no caso a Constituição vigente até sua manifestação). A este caráter os positivistas designam soberano, dentro da concepção de que, não sendo limitado pelo Direito positivo, o Poder Constituinte não sofre qualquer limitação de direito, visto que para essa escola de Direito somente é Direito quando positivo. Os adeptos do jusnaturalismo o chamam de *autônomo*, para sublinhar que, não limitado pelo Direito positivo, o Poder Constituinte deve sujeitar-se ao Direito natural.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> BRITO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 25

<sup>10</sup> A teoria que afirma sobre o poder constituinte originário ser ilimitado vem sofrendo diversas críticas e já não é mais aceito pela doutrina majoritária. Canotilho (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 81) justifica essa crítica a partir de uma suposto “Vontade da Constituição” que acaba por impor condições e limitações ao poder constituinte originário. O autor demonstra que as seguintes condições limitam a manifestação originária: a) Como a constituinte deve não só organizar e reger a sociedade como também limitar o poder, podemos concluir que o poder constituinte originário sofre uma limitação pois ao criar a carta magna esta atrelado a essa condição, ou seja, mesmo que pense algo diverso o legislador ordinário estará condicionado a criar uma limitação de poder. b) O poder constituinte originário não está desassociado a padrões e influencias culturais, éticas, morais, que estão inerentes a cada indivíduo que compõe a esse poder inaugural, logo estamos diante de mais um condicionamento imposto. c) Todos possuem determinados sentidos de justiça que acabam mais uma vez condicionando os integrantes do poder constituinte originário. d) O poder constituinte originário de um determinado país não conseguirá representar de forma plena a vontade do povo que é o titular deste poder, isso porque não se pode lesionar os princípios de Direito Internacional.

<sup>11</sup> FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 23



O doutrinador Abade Sieyès, diferenciando o poder constituinte originário do poder constituído explica que:

A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o direito natural. Se quisermos ter uma idéia exata da série das leis positivas que só podem emanar de sua vontade, vemos, em primeira linha, as leis constitucionais que se dividem em duas partes: umas regulam a organização e as funções do corpo legislativo; as outras determinam a organização e as funções dos diferentes corpos ativos. Essas leis são chamadas de fundamentais, não no sentido de que possam tornar-se independentes da vontade nacional, mas porque os corpos que existem e agem por elas não podem tocá-las. Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada as condições de sua delegação. É neste sentido que as leis constitucionais são fundamentais. As primeiras, as que estabelecem a legislatura, são fundadas pela vontade nacional antes de qualquer Constituição; formam seu primeiro grau. As segundas devem ser estabelecidas por uma vontade representativa especial. Desse modo, todas as partes do governo dependem em última análise da nação. (...) <sup>12</sup>

Dessa forma, após as citações supramencionadas podemos afirmar com precisão que para os filiados ao jusnaturalismo o poder constituinte originário possui limitação quanto às normas fundamentais consideradas de primeiro grau, já que estas são fundadas e emanam da vontade nacional. O poder constituinte originário mesmo que não expressamente acaba sendo influenciado por princípios gerais do direito natural, ou seja, esses princípios são inerentes ao exercício da criação da Constituição não sendo possível desassociá-los no momento das tomadas de decisões. A limitação do poder constituinte é dada pela soberania popular que é preexistente!

Contudo, o positivismo jurídico liderado por Hans Kelsen <sup>13</sup> que no início do século XX lecionou sobre a Teoria Pura, discorda radicalmente de uma suposta limitação quanto ao poder constituinte originário, já que para esta corrente todas as questões anteriores ao processo de criação de um novo ordenamento jurídico, deveriam ser ignoradas, pois se tratavam de questões metajurídicas, ou seja, sem relevância no ordenamento jurídico que estaria sendo criado. Inclusive, vale ressaltar que a corrente positivista afirma que o poder constituinte originário é um poder de fato e não um poder jurídico, porque como poder de fato está vinculado somente à realidade social com enfoque político, tendo que atender então as demandas sociais sem qualquer tipo de restrição.

<sup>12</sup> SIEYÈS, Emmanuel Joseph, *op. cit.*, p. 12

<sup>13</sup> KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Tradução: Luis Carlos Borges

O poder constituinte originário entendendo que a sociedade é uma organização de indivíduos que está em constante mudança e desenvolvimento, sendo certo que as normas constitucionais devem se adequar as realidades sociais da época, previu a possibilidade de utilização de determinados mecanismos formais para mudança do texto constitucional. Dessa forma a Reforma Constitucional deve ser conceituada então como um mecanismo de alteração total ou parcial do texto da constituinte.

É de suma importância expor que apesar da Constituição prever a alteração de seu texto, deve ser observado o conteúdo do artigo 60 da CRFB/88 que excepciona determinadas matérias, chamadas cláusulas pétreas, que não podem ser objeto de reforma. Os legitimados para propor a Reforma Constitucional são o Presidente da República, 1/3 dos membros Câmara dos Deputados ou 1/3 dos membros do Senado Federal e mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação. Entretanto vale dizer que diferentemente do poder constituinte originário, o derivado possui dois titulares que são o Congresso Nacional e o próprio povo, até porque não seria razoável que este último fosse titular do poder que cria a constituinte e não da sua reforma.

Nesse momento fica estabelecido o poder constituinte derivado, também chamado como reformador constituído e instituído, que ao contrário do poder constituinte originário, possui como principais características o fato de ser secundário subordinado e limitado juridicamente, isso porque está condicionado ao conteúdo das normas preexistentes que acabam lhe dando legitimidade.

Existem 3 (três) espécies formais de poder constituinte derivado, o reformador, revisor e o decorrente.

- **Poder constituinte derivado reformador** ocorre através de um procedimento específico que visa reformar o texto constitucional, chamado de emenda constitucional, com previsão no artigo 59, I, e 60 da CRFB/88. Tendo em vista advir de um poder derivado, ou seja, limitado, as emendas constitucionais possuem restrições procedimentais, verificadas no artigo 60 parágrafo 1º, 2º e 4º da CRFB/88.
- **Poder constituinte derivado decorrente** tem como objetivo materializar a capacidade de auto-organização, autogoverno e auto-administração<sup>14</sup>, previsto

---

<sup>14</sup> O poder constituinte derivado decorrente, a partir da jurisprudência atual do STF, não se aplica ao Município e nem aos territórios do Distrito Federal porque este mantém um grau de subordinação ao Estado, conforme prevê

respectivamente na CRFB/88 nos artigos 25, caput, 27, 28, 125,18 e 25 a 28. A ilustre professora Anna Cândida da Cunha Ferraz afirma que:

(...) o poder constituinte intervém para exercer uma tarefa de caráter nitidamente constituinte, qual seja a de estabelecer a organização fundamental das entidades componentes do Estado Federal. Tem o poder constituinte decorrente um caráter de complementaridade em relação á Constituição; destina-se a perfazer a obra do Poder constituinte Originário nos Estados Federais, para estabelecer a Constituição dos seus Estados componentes<sup>15</sup>.

- **Poder constituinte derivado revisor** está expresso no artigo 3º da ADCT que determinava a revisão constitucional que deveria ser feitas após 5 (cinco) anos contados a partir da promulgação da CRFB/88, pela votação da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional em sessão unicameral.

## 1.2 A RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

Existem diversos modos para classificar as espécies de Constituições, tudo dependerá dos critérios utilizados, já que podem ser quanto ao conteúdo (materiais e formais), quanto ao modo de elaboração (dogmático ou histórico), quanto à origem (promulgada ou outorgada) e até mesmo quanto à forma (escritas ou não escritas).

Entretanto, destaco a classificação feita pelo doutrinador Nelson Sampaio que utilizando como critério a estabilidade constitucional, classificou as constituintes de quatro formas, imutáveis, fixas, rígidas e flexíveis<sup>16</sup>.

As constituintes imutáveis são aquelas que não estipulam no corpo de seu texto qualquer possibilidade de mecanismo de reforma, ou seja, a vontade do poder constituinte originário será a primeira e última manifestação a ser considerada. O professor Fernando Machado da Silva Lima conceitua esse tipo de constituinte como “Constituição suicida”, já que esta não acompanhará o desenvolvimento da sociedade o que faz com que a Carta Magna se torne apenas uma mera folha de papel sem qualquer relevância.

---

o artigo 29 CRFB/88. Dessa forma o controle de constitucionalidade da lei orgânica não deve pretender a declaração de inconstitucionalidade e sim de ilegalidade do ato normativo.

<sup>15</sup> FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes: o poder congressual de sustar atos normativos do poder executivo**. São Paulo: RT, 1994, p. 32.

<sup>16</sup> SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder da reforma constitucional**. Salvador: Livraria Progresso, 1954, p. 37.

Já as constituintes ditas fixas, são aquelas que só poderiam ser modificadas com a manifestação de outro poder constituinte originário, ou seja, não existe a previsão legal de qualquer mecanismo de reforma para a atuação do poder constituinte derivado. As constituintes fixas se assemelham muito com as imutáveis porque ambas elevam ao grau máximo a preservação da vontade do legislador originário ao não preverem possibilidade de alteração do texto constitucional.

Por sua vez a Constituição rígida é aquela que admite em seu texto a existência de mecanismos de procedimento capazes de modificar as normas constitucionais, através do Poder Legislativo. Entretanto é importante ressaltar que esses procedimentos específicos de reforma passam por um processo especial, diverso e mais difícil do que o utilizado em lei ordinária. A rigidez na alteração das normas constitucionais, apesar de pretender exaltar o ato normativo originário que possui status de absolutamente constitucional, admite a possibilidade de adequação das normas tendo em vista o surgimento de novas demandas sociais.

Por fim a Constituição flexível é definida como aquela que admite a reforma de seu texto, sendo certo que o procedimento deve ser feito pelo mesmo modo da legislação ordinária, ou seja, os mecanismos de reforma não passam por tratamento mais rigoroso e específico. Uma Lei Maior com característica flexível assume o risco da falta de segurança jurídica das relações e ainda da difícil implementação do princípio da soberania constitucional porque a alteração permanente de seu texto dificultaria a absorção do conteúdo normativo e conseqüentemente do regimento da sociedade.

Após o esclarecimento das 4 (quatro) espécies de Constituições criadas por Nelson Sampaio, podemos afirmar que de fato uma constituinte deve apresentar elementos que assegurem estabilidade de seus preceitos e princípios, contudo estes não podem ser preservados de forma extrema sob pena de fazer com que a lei maior do ordenamento jurídico não cumpra sua função central que é reger a sociedade. Deve ser desenvolvido um meio termo entre estabilidade constitucional que reafirme o princípio da soberania de seu texto, e a possibilidade de alteração de algumas normas, mesmo por meios mais rígidos, que assegurem a interação entre Constituição e sociedade.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é considerada pela teoria dominante como sendo rígida, já que a constituinte pátria apesar de admitir mecanismos específicos para a alteração de seu texto prevê que estes ocorrerão por procedimento mais rígido do que a legislação ordinária. Existe uma corrente minoritária que afirma sobre a

possibilidade da CRFB/88 possuir também como característica a imutabilidade, tendo em vista a impossibilidade de algumas disposições serem alteradas como, por exemplo, as cláusulas pétreas. Entretanto essa afirmação sofre inúmeras críticas da doutrina, pois mesmo as cláusulas pétreas, como exemplo o artigo 60, § 4º da CRFB/88, não devem ser consideradas imutáveis, já que o seu conteúdo pode ser alargado com intuito de atribuir ainda mais segurança jurídica. O que está resguardado e impedido é a possibilidade de supressão, logo não há que se falar em imutabilidade e sim em uma constituinte com característica rígida.

Dessa forma, apesar da natureza rígida da CRFB/88 prever a possibilidade através de mecanismos específicos da modificação de seu texto, é imperioso ressaltar a importância do controle de constitucionalidade, já que é através desse que será preservada a estabilidade da constituinte e a real intenção do legislador no poder originário.

Tendo em vista a separação definida a partir da doutrina, podemos afirmar que a CRFB/88 pode ser modificada por mecanismos formais que são representados pela emenda e revisão constitucional, e por um mecanismo informal através da mutação constitucional que é o tema da presente monografia.

### **1.3 Mecanismos Formais de Alteração Constitucional**

#### **1.3.1. Emenda**

Existem 2 (dois) tipos de mecanismos formais previstos na CRFB/88 capazes de alterar o conteúdo do texto constitucional, são eles a emenda e a revisão constitucional.

José Afonso da Silva leciona sobre a emenda constitucional afirmando que:

(...) a emenda á Constituição é a modificação de certos pontos, cuja estabilidade o legislador constituinte não considerou tão grande como outros mais valiosos, se bem que submetida a obstáculos e formalidades mais difíceis que os exigidos para alteração de leis ordinárias<sup>17</sup>.

Sendo a emenda constitucional um dos mecanismos exercidos pelo poder constituinte derivado revisor, sua utilização decorre de uma série de limitações estabelecidas no artigo 60 da CRFB/88.

Basta dizer que no conteúdo do artigo supracitado está previsto uma série de requisitos que precisam ser preenchidos para a propositura e posterior aprovação da emenda

---

<sup>17</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 62.

constitucional, como a necessidade de um quórum privilegiado para sua aprovação, o impedimento de determinadas matérias serem emendadas, e ainda somente figurando como legitimado o Presidente da República e os membros do Congresso Nacional.

Essa limitação imposta tem o condão de preservar a soberania e a supremacia nacional da constituinte, fazendo com que a vontade do poder constituinte originário seja preservada e a segurança jurídica das relações jurídicas asseguradas.

Sendo assim, por óbvio chegamos a conclusão que por mais que a emenda constitucional seja um mecanismo específico para modificar o texto da constituinte, essa revisão além de ter um procedimento mais rigoroso do que lei ordinária, somente poderá alterar de forma parcial a carta magna, já que se trata de um poder limitado a determinadas matérias.

### 1.3.2 Revisão Constitucional

A revisão constitucional está prevista no artigo 3º do Ato de Disposição Constitucional Transitória, sendo certo que a partir do conteúdo deste dispositivo a referida revisão deveria ocorrer 5 (cinco) anos após a promulgação da CRFB/88.

Considerando que o ADCT é formado por normas estabelecidas no mesmo nível hierárquico da Constituição, podemos afirmar que de fato a revisão constitucional é um dos mecanismos formais de modificação ao texto constitucional.

É de suma importância demonstrar que a revisão constitucional por ser uma manifestação de vontade expressa do poder constituinte originário, que considerou de forma sábia a necessidade de adequação da Constituição depois de 5 (anos) da sua promulgação, possui menos rigidez do que a emenda a Constituição.

Entretanto as normas presentes no ADCT são precárias, tendo em vista o limite temporal que possuem. Dessa forma o artigo 3º dos presentes Atos que estipulam a necessidade de revisão constitucional já não possuem mais força normativa porque a revisão de fato já ocorreu em meados de 1994.

Por esse motivo, por mais que a revisão constitucional tenha sido uma das possibilidades de modificação do texto constitucional, atualmente podemos afirmar que somente existe um mecanismo formal que é a emenda constitucional.

## 1.4 Mecanismo Informal de Alteração Constitucional

### 1.4.1 Mutação Constitucional

A muta o constitucional, objeto central de estudo no decorrer deste trabalho principalmente relacionada   sua utiliza o perante o Supremo Tribunal Federal,   considerada como o único mecanismo informal de altera o do texto constitucional.

O Min. Gilmar Mendes sobre muta o, leciona que:

(...) as muta es constitucionais nada mais são que as altera es semânticas dos preceitos da Constitui o, em decorrência de modifica es no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplica o (...). Muitas e muitas vezes, porém, as palavras das leis conservam-se imutáveis, mas a sua acep o sofre um processo de erosão ou, ao contrário, de enriquecimento, em virtude da transferência de fatores diversos que vêm almodar a letra da lei a um novo espírito, a uma imprevista ratio júris, que atribui nova dire o aos enunciados jurídicos.<sup>18</sup>

O fenômeno da muta o constitucional ocorre a partir de um novo sentido dado a determinado ato normativo sem que o texto deste seja alterado, ou seja o conteúdo da norma   preservado, muda-se apenas a interpreta o. Em verdade, a muta o constitucional objetiva fazer com que a Constitui o consiga acompanhar a crescente evolu o da sociedade que por sua vez espera um resposta concreta do ordenamento jurídico que a rege.

A aplica o da muta o constitucional faz com que seja reafirmada a soberania e a força normativa da constituinte em vigor, já que o novo sentido dado a norma fará com que a demanda social seja atendida, logo a fun o da Constitui o em reger a sociedade estará consolidado. Nesse mesmo sentido, o doutrinador Pedro de Vega assevera que: “.. a base das muta es constitucionais se situa na contraposi o do normativo com o fático”<sup>19</sup>

O capítulo subsequente abordará de forma aprofundada a origem, as espécies e os limites da muta o constitucional, para que posteriormente possamos analisar a atua o na prática deste fenômeno nos principais julgados do STF.

---

<sup>18</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 188.

<sup>19</sup> VEGA, Pedro de, **La Reforma Constitucional** apud GARCIA, Emerson. **Conflitos entre Normas Constitucionais: esboço de uma teoria geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 437.



## 2. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Este fenômeno, relativamente novo no ordenamento jurídico nacional, é definido por Anna Cândida da Cunha Ferraz como:

(...) um processo indireto, processos não formais ou processos informais, para designar todo e qualquer meio de mudança constitucional não produzida pelas modalidades organizadas de exercício do Poder Constituinte Derivado.<sup>20</sup>

Uadi Lammêgo Bulos, conceitua a mutação constitucional como sendo:

processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da Lex Legum, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (construction), bem como dos usos e costumes constitucionais<sup>21</sup>

O doutrinador francês George Burdeau, por sua vez, sobre o tema em debate afirma que:

(...) esse fenômeno é operado fora das modalidades organizadas de exercício do poder constituinte instituído ou derivado, justificam-se e têm fundamento jurídico: são, em realidade, obra ou manifestação de uma espécie inorganizada do Poder Constituinte, o chamado poder constituinte difuso(...).<sup>22</sup>

Canotillo contribui com a vasta doutrina, definindo mutação constitucional como:

Considerar-se-á como transição constitucional ou mutação constitucional a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto.<sup>23</sup>

O jurista alemão Karl Loewenstein define a mutação constitucional como:

En la mutación constitucional, por otra lado, se produce una transformación en la realidad de la configuración del poder político, de la estructura social o del equilibrio de intereses, sin que quede actualizada dicha transformación

<sup>20</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 12.

<sup>21</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p 57.

<sup>22</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 10.

<sup>23</sup> CANOTILLO, José Joaquim Gomes apud BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 57.



em el documento constitucional: el texto de La constitución permanece intacto.<sup>24</sup>

Logo, a partir dos conceitos expostos podemos concluir que a mutação constitucional é um mecanismo informal que visa obter uma alteração material das normas constitucionais sem que haja alteração do texto, objetivando de fato uma adequação necessária entre a Constituição e as crescentes e novas demandas sociais.

A promulgação da CRFB/88 tinha o objetivo, dentre outros aspectos, de fazer com que o sistema político nacional adotasse o regime democrático em detrimento da ditadura até então vigente, logo a carta magna em questão no corpo de seu texto, não só garantia como priorizava os direitos fundamentais dos indivíduos que foram outrora desrespeitados e ignorados pelo regime ditatorial.

É de suma importância que se compreenda o período histórico em que nosso país vivia até a instauração da nova ordem jurídica constitucional de 1988, pois somente a partir desse momento a tomada de decisão do legislador ordinário quanto à rigidez da constituinte será compreendida pela sociedade.

O regime militar esteve em vigência no Brasil durante 21 (vinte e um) anos, de 1964 a 1985, sendo governado por 5(cinco) presidentes<sup>25</sup>. Segundo algumas estimativas oficiais, sem considerar presos, perseguidos e torturados, aproximadamente 421 (quatrocentos e vinte uma) pessoas morreram nesta época<sup>26</sup>.

O regime da ditadura militar foi instaurado em 31/03/1964 com o apoio norte americano e das elites conservadoras que temiam pela instauração do comunismo. A implementação deste governo trouxe inúmeras conseqüências jurídicas, políticas e econômicas, sendo uma delas o chamado “milagre econômico” em que se constatou um enorme crescimento econômico na época, crescimento esse liderado pelos considerados ricos, o que justifica a concentração de renda e um aumento absurdo da dívida externa. Outro aspecto importante ocorrido foi a forte supressão dos direitos constitucionais, onde vigorava a questão da censura, perseguição política e exílio daqueles que eram contrários ao regime.

---

<sup>24</sup> LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2ª ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1986, pág. 164-165.

<sup>25</sup> O Brasil na época do regime militar teve os seguintes presidentes: Marechal Castello Branco (1964 a 1967); Marechal Costa e Silva (1967 a 1969); General Medici (1969 a 1974); General Ernesto Geisel (1974 a 1979); General Figueiredo (1979 a 1985).

<sup>26</sup> O endereço que segue foi acessado em 06/05/2011, porem é importante ressaltar que esse dados são extremamente debatidos e não se sabe ao certo até hoje qual o real número de mortos registrados pela ditadura militar no Brasil. Disponível em: <http://www.tipografiavirtual.blog.br/artigo.asp?id=152&pl=raio-x-do-regime-militar-no-brasil-de-1964-a-1985>.

A ditadura pode ser definida como um governo antidemocrático em que inexistente participação popular ou essa ocorre de maneira restrita, fazendo com que a tomada de decisão seja feita por apenas uma instância, ou seja, concentração total e arbitrária de poderes.

A partir dessa definição, fica mais fácil compreender a enorme pressão popular no Brasil para que fosse instaurada uma constituinte que rompesse com o regime político vigente, com intuito de instaurar a democracia e garantir os direitos fundamentais que eram largamente lesionados.

A CRFB/88 foi promulgada como um marco no processo de redemocratização em nosso país, que temendo uma tentativa de volta ao poder da ditadura militar, previu no corpo de seu texto mecanismos e procedimentos rígidos para a alteração, supressão e até mesmo criação das normas.

Com efeito, podemos verificar que os anseios da sociedade foram cumpridos pelo legislador ordinário para a elaboração da constituinte, já que dentre muitos aspectos determinou no artigo 60 § 4º a forma de governo a ser adotada, os mecanismos de proteção aos direitos fundamentais individuais e, por conseguinte os limites de atuação do Estado<sup>27</sup>.

É importante diferenciar a questão da rigidez com uma pretensa imutabilidade constitucional, isso porque apesar desses conceitos serem bastantes distintos são facilmente confundidos. A rigidez constitucional visa atribuir maior força normativa ratificando assim a soberania e supremacia constitucional perante o resto do ordenamento jurídico, porém isso não ocorre de forma absoluta, pois existe no próprio texto da constituinte rígida mecanismos adequados que permitem, dependendo da matéria a ser tratada, a alteração, supressão e até mesmo criação de normas.<sup>28</sup> A idéia de imutabilidade constitucional não admite que a constituinte seja alterada de forma alguma, uma vez criada só poderia ocorrer alguma mudança no ordenamento jurídico a partir da criação de uma nova constituinte, ou seja as gerações futuras se submeteriam aquilo que foi estipulado anteriormente.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> Art 60 § 4º: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

**I** - a forma federativa de Estado;

**II** - o voto direto, secreto, universal e periódico

**III** - a separação dos Poderes;

<sup>28</sup> Apesar da CRFB/88 notoriamente rígida possuir mecanismos para alteração de seu texto, é importante destacar que existem determinadas matérias que não podem ser alvo de modificações, são as chamadas cláusulas pétreas.

<sup>29</sup> A imutabilidade constitucional é uma idéia utópica que sofre inúmeras críticas da doutrina, porque além de nenhuma Constituição poder ser considerada eterna, aderir a este conceito seria o mesmo que retirar de uma geração futura a capacidade de autogoverno porque esta estaria sendo obrigada a se submeter ao estipulado por gerações passadas. Thomas Paine, em seu livro “The rigs of man” com edição em 1791 afirmou de forma

Ademais nenhuma constituinte pode ser considerada imutável porque seu papel precípua é reger a sociedade através de normas que devem ser elaboradas pautadas nas demandas sociais, logo o conceito de imutabilidade não pode ser encaixado como característica de nenhuma constituinte porque sempre haveria um hiato entre a carta magna e a demanda social.

Com intuito de adequar a constituinte as novas demandas sociais é possível que a CRFB/88 seja alterada através de EC em que o procedimento de alteração ocorre de forma mais complexa do que a elaboração de legislação ordinária, e por via informal através da mutação constitucional, mecanismo que transforma o alcance da norma constitucional sem a alteração de seu texto.

## **2.1 FORMAS DE ATUAÇÃO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL**

### **2.1.1 Mutações a partir da interpretação judicial e administrativa**

Existe por parte da doutrina pátria, uma imensa confusão relacionada a questão da mutação e interpretação constitucional, muito devido a similaridade dos vocábulos, porém iremos demonstrar que além de existirem diferenças entre essas duas expressões, muitas das vezes elas se complementam.

O Min. Gilmar Mendes<sup>30</sup> afirma que caso se conceitue a mutação constitucional apenas como uma alteração de sentido da norma amparada por uma mudança de contexto, não existe qualquer diferenciação entre mutação e interpretação constitucional, já que o objetivo de ambos é apenas a releitura de um texto constitucional. Entretanto o próprio Min. admite que a mutação constitucional não deve ser confundida com a interpretação, isso porque a primeira é proveniente de um processo complexo que leva em consideração muitos fatores, fazendo com que a mutação não possa ser definida apenas como uma simples releitura de um texto.

A interpretação constitucional é conceituada como um mecanismo que visa determinar o sentido da norma constitucional para que esta seja aplicada plenamente. A razão de existência da interpretação de uma norma constitucional é a presença no corpo da carta magna

---

brilhante que: “ A vaidade e a presunção de governar para além do túmulo é a mais ridícula e insolente das tiranias”

<sup>30</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 190.

de conceitos juridicamente indetermináveis e abstratos, como dignidade humana, ampla defesa, igualdade, moralidade, dentre outros.

Estes conceitos juridicamente indeterminados impõem ao intérprete uma atuação de co participação no processo de criação do direito. Dessa forma, não é uma verdade absoluta que o Poder Legislativo é quem cria o direito e os outros Poderes apenas o aplicam, já que existem determinados órgãos e agentes públicos que possuem inerentes a sua função o papel de interpretar o direito, logo fica configurado a sua co participação.

Luis Roberto Barroso<sup>31</sup> prevê que existem dois tipos de interpretação, a construtiva e a evolutiva. A primeira diz respeito à possibilidade de se ampliar o sentido da norma constitucional a fim de prever uma nova possibilidade de incidência que não havia até então considerada, como por exemplo, o artigo 5º LXIII CRFB/88<sup>32</sup> que a partir de uma interpretação construtiva forneceu ao indivíduo a possibilidade de não se auto incriminar. A interpretação evolutiva soluciona o problema em que novas situações surgiram após a promulgação da constituinte mais que podem ser extraídas pelo sentido da carta magna, como por exemplo, a questão da evolução da internet que apesar de não possuírem previsões expressas nesse sentido, a partir da interpretação evolutiva podem ser regidas pelos dispositivos que tratam sobre a liberdade de expressão e sigilo de correspondência.

A mutação constitucional por sua vez, atua exatamente na mudança de uma interpretação que foi anteriormente atribuída a uma norma, tendo em vista a alteração de uma determinada realidade social ou até mesmo percepção diversa do direito.

Em contra partida a interpretação constitucional ocorre a partir de uma norma de conteúdo abstrato onde é necessário que o intérprete, acabe atribuindo diversos sentidos e formas ao texto constitucional, sem que haja a necessidade para que esse processo ocorra que tenha sido constatada uma transformação de comportamentos sociais.

Em verdade, podemos afirmar que a mutação constitucional pode ser efetivada por via de interpretação judicial basta que fique demonstrado, por exemplo, uma alteração de entendimento do STF, tendo em vista uma nova percepção do direito, sobre uma norma que já

---

<sup>31</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129.

<sup>32</sup> **Art. 5º**- Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

**LXIII** - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado

havia sido alvo de mudança de sentido.<sup>33</sup> Para melhor elucidar a questão podemos nos utilizar também da questão da prerrogativa de função onde o Supremo entendeu por muito tempo, a partir do artigo 102, I, "b" da CRFB/88, que o ocupante de cargo público mesmo após exercê-lo teria direito a foro privilegiado, porém esse entendimento foi cancelado pelo próprio Supremo fazendo com que o foro privilegiado seja dado apenas para o ocupante do cargo em vigor.

Por óbvio, a mutação constitucional também pode ser aplicada a partir de interpretações na via administrativa, já que a própria Lei do Processo administrativo Federal de número 9.784/99 assegura essa possibilidade em seu artigo 2 XIII.<sup>34</sup> Um exemplo da mutação constitucional a partir da interpretação na via administrativa ocorreu no caso da Resolução 7 do Conselho Nacional de Justiça<sup>35</sup>, que mudou o entendimento sobre a prática até então tolerada de nepotismo. Através dessa Resolução do CNJ, o nepotismo passou a não ser mais aceito, com efeito *ex tunc*.

### **2.1.2 Mutação Constitucional a partir do Legislador**

O Poder Legislativo, através de seus membros eleitos pelo povo possui a função típica e originária de criar normas que devem reger a sociedade, logo ao legislar este Poder deve levar em consideração não só as normas como também os princípios já existentes em nossa Carta Magna, já que é através da lei maior que se extrai o restante do ordenamento jurídico. Nesta linha de raciocínio, podemos asseverar que incube ao Poder Legislativo a função de desenvolver e dar concretude a vontade do legislador originário para que de fato a Constituição consiga atingir sua finalidade

---

<sup>33</sup> No decorrer das duas últimas décadas é comum verificar diversas mudanças jurisprudenciais, principalmente porque as composições dos Tribunais vêm sofrendo diversas alterações relacionadas à sua composição. Então é importante ressaltar que a mudança na jurisprudência não pode ser relacionada com a mutação constitucional, porque a segunda ocorra apenas quando de fato existe uma nova percepção do direito ou se comprovada nova tomada de posicionamento da sociedade.

<sup>34</sup> Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

<sup>35</sup> Resolução n. 7 do CNJ foi acessada em 16/05/2011, Disponível em <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12121-resolu-no-7-de-18-de-outubro-de-2005-original>.

A mutação constitucional ocorre por meio do Poder Legislativo quando este Poder cria uma lei visando dar sentido diverso a uma determinada norma constitucional, logo a mutação constitucional estará comprovada caso haja uma mudança de sentido pela criação de uma norma complementar.

Basta imaginar que antes do recente julgamento realizado pelo STF sobre a possibilidade de reconhecimento da união estável homoafetiva, o Poder Legislativo estabelecesse uma lei regulando a possibilidade da união estável tanto de casais heterossexuais como homossexual. Neste caso ficaria configurada uma mutação constitucional a partir do legislador, já que o entendimento até então em vigor só considerava a hipótese da união estável heterossexual.

É de suma importância destacar que a nova lei que pretende atribuir sentido diverso a norma constitucional, está sujeita ao controle de constitucionalidade, ou seja, apesar de existir a possibilidade de aplicação da mutação constitucional por diversos mecanismos, o único órgão competente para atribuir validade á uma mutação constitucional é o Supremo Tribunal Federal, guardião da CRFB/88.

### **2.1.3 Mutação Constitucional a partir dos Costumes**

Por fim, trazemos a possibilidade de a mutação constitucional ocorrer através dos costumes, tendo em vista a importância desses nas Constituições escritas, sendo, até mesmo considerado como fonte do direito. A mutação através dos costumes é concluída a partir do momento que a prática reiterada de diversos costumes acabam sendo aceitos e considerados válidos em nosso ordenamento jurídico.

A doutrina pátria, em sua maioria, diverge sobre a possibilidade de considerar os costumes como fonte de direito, dessa forma torna-se bastante difícil trazer algum exemplo para elucidar a questão.

Com efeito, tendo em vista que o costume não é uma fonte de direito admitido no Brasil, nota-se que apesar do costume ser uma hipótese de instrumentalizar a mutação constitucional, no cenário nacional esta prática não é comum.

## 2.2 Origem e Aplicação do Instituto no Direito Comparado Alemão e Estadunidense

O conceito da mutação constitucional surgiu e começou a ser alvo de estudo no final do século XIX, mais precisamente a partir da Constituição Alemã de 1871, pela teoria constitucional alemã liderada pelo doutrinador Paul Laband que fixou a distinção entre a “mutação constitucional” (*Verfassungswandlung*) e a “reforma constitucional” (*Verfassungänderung*)<sup>36</sup>.

Como já foi visto anteriormente no presente trabalho, a mutação constitucional foi definida como a mudança de sentido da norma sem que houvesse alteração em seu texto, enquanto na reforma constitucional a mudança da norma ocorre somente a partir da alteração do texto.<sup>37</sup>

Nesta época Paul Laband defendia a tese de que a Constituição alemã estaria sendo modificada por meios diferentes aos fixados em seu texto, ou seja, admitia a possibilidade de alteração da Carta Magna através do sentido da norma sem modificação textual. A aplicação da mutação constitucional ocorria porque com o passar dos anos foi constatada diferenças latentes entre o conteúdo das normas e a realidade social, o que resultava na desvalorização das normas.

Os juristas positivistas a época alegavam que a modificação da constituinte só poderia ocorrer pela via formal, ou seja, com a alteração de seu texto, já que a Constituição teria como característica central a rigidez. Em oposição a este pensamento estavam juristas como Paulo Bonavides asseverando que a natureza constitucional era dinâmica e flexível, e que os positivistas só estariam com a razão quando o fato e a norma estivessem em consonância, contudo quando estes se separam a mutação constitucional seria a única opção: “*A mudança sempre ocorre, mas o positivismo não sabe e nem pode explicar em que medida ela se atém apenas a variações levadas a cabo juridicamente mediante alteração formal de textos*”.<sup>38</sup>

O doutrinador Hsü Dau-Lin teve papel fundamental no estudo da mutação constitucional após seu surgimento na teoria constitucional alemã, sendo certo que este criou

<sup>36</sup> LABAND, Dresden. Wandlungen der deutschen Reichverfassung apud BULOS, Uadi Lammêgo. **Da reforma à mutação constitucional**. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 33, n.º 129, jan./mar., 1996, p. 26.

<sup>37</sup> O autor Georg Jellinek, afirma que: “Por reforma de La Constitución entiendo La modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de La Constitución, entiendo La modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formamente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por La intención, o consciencia, d etal mutación”. (JELLINEK, Georg apud BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123).

<sup>38</sup> BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 173.



uma teoria quadripartite que versa sobre os meios que a Constituição poderia ser alterada através dos chamados procedimentos da via informal.<sup>39</sup> Logo, a partir deste momento tentarei expor sobre cada uma das modalidades dessa teoria.

De acordo com a primeira modalidade estaríamos diante da mutação constitucional quando, sem que houvesse o desrespeito a normas constitucionais existisse uma determinada prática reiterada social de determinada conduta sobre um fato. A melhor maneira de se compreender esta modalidade é através de exemplos, basta imaginar o direito que todo cidadão possui de circular de forma ampla e desimpedida em todo o território nacional presente no artigo art. 5º, XV, da CRFB/88,<sup>40</sup>. Esta garantia não pode ser considerada violada pelo fato da impossibilidade de uma pessoa não poder circular em áreas indígenas porque especificamente nesse caso, as tribos não podem ser acusadas de lesionar o direito constitucional de ir e vir, já que a intenção desse povo é apenas de preservar seus costumes. Dessa forma a mutação constitucional se configuraria, pois houve uma mudança no sentido na norma que garante o exercício de ir e vir de todo cidadão.

A segunda modalidade constitucional ocorreria a partir da constatação que uma determinada previsão constitucional não estaria conseguindo atingir o objetivo exposto, ou seja, ao invés de tirar a previsão do ordenamento deve ser encontradas alternativas para que a disposição seja de fato efetivada. Um bom exemplo disso seria o conteúdo do art. 205 da CRFB/88<sup>41</sup> que afirma que a educação é direito de todos devendo ser provida pelo Estado e família. É de notório saber que nem o Estado e muito menos a família, por inúmeros motivos, consegue prover de forma ampla o acesso a educação para todos, dessa forma cabe a implementação de políticas públicas com intuito de auxiliar essa complementação.<sup>42</sup>

A terceira modalidade alega que de mutação estaria sendo aplicada quando a repetição de determinadas condutas que mesmo violando aos preceitos constitucionais, acabam sendo

<sup>39</sup> DAU-LIN, Hsü. apud BULOS, Uadi Lammêgo. **Da reforma à mutação constitucional**. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 33, n.º129, jan./mar., 1996, p. 30

<sup>40</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

<sup>41</sup> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

<sup>42</sup> O Supremo Tribunal Federal em ADI 1458, afirma que a segunda modalidade de mutação constitucional retirada da teoria quadripartite de Hsü Dau-Lin não teria aplicabilidade no Brasil já que o Estado deve adotar medidas para concretizar os preceitos fundamentais e que se não o fizer estará desempenhando um papel de intérprete negativo da constituinte. O ministro Celso de Mello em seu voto afirma que: (...)as situações configuradoras de omissão inconstitucional refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição(...)



constitucionalizadas. Para o melhor entendimento desta questão me recorro a um exemplo dado por Anna Cândida da Cunha Ferraz relacionado aos “votos de lideranças”. Essa é uma prática que mesmo não sendo prevista já é largamente utilizada na Câmara dos Deputados onde os líderes das bancadas negociam os votos dos parlamentares que compõe suas bancadas. Insta destacar que a autora supra mencionada afirma não concordar com tal prática e que no seu entendimento trata-se de um ato corriqueiro inconstitucional.<sup>43</sup>

Por fim, a quarta e última modalidade de mutação constitucional, ocorreria quando fosse alterado o sentido de uma palavra por outro, ou seja, uma norma que tenha sofrido uma alteração de alguma expressão no seu corpo textual.

O fenômeno de modificação da norma constitucional sem a alteração de texto é largamente utilizado no direito norte americano, porque além de vigorar neste país o sistema da common Law<sup>44</sup>, sua Constituição é bastante sintética, ou seja, com poucas normas constitucionais, fazendo com que essas normas apenas tragam conceitos abertos e abstratos.

O doutrinador Bruce Ackerman<sup>45</sup>, com intuito de demonstrar a aplicabilidade da mutação constitucional nos EUA, publicou um artigo em 2007, “The Living Constitution”, onde afirma que a Constituição estadunidense no decorrer do século XX vem sofrendo diversas alterações em seu corpo normativo, entretanto estas não ocorrem pela via formal através de emendas e sim pela mutação constitucional.

A partir dessas características marcantes, a jurisprudência norte americana apresenta casos de bastante notoriedade onde esteve presente a mutação constitucional, como por exemplo, *Brown x Board of Education*, que será abordado a seguir. Este caso que foi julgado em 1954, versava sobre a separação entre as pessoas em escolas públicas tendo em vista a sua raça, já que existia o famoso entendimento constitucional que asseverava a doutrina do “igual mais separado”. A partir deste leading case, a Suprema Corte americana mudou seu entendimento sem que houvesse modificação em seu texto legal, fazendo com que houvesse uma integração racial irrestrita em escolas públicas.

---

<sup>43</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. 1ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 26.

<sup>44</sup> O sistema de common Law é desenvolvido a partir das decisões de tribunais, ou seja, o direito acaba sendo modulado pelos juízes que a partir de suas decisões acabam gerando precedentes. Neste sistema os costumes e as jurisprudências possuem um valor maior do que os preceitos legais fixados anteriormente. As sentenças judiciais acabam gerando precedentes que são utilizados futuramente em casos análogos.

<sup>45</sup> Disponível em: [http://www.harvardlawreview.org/issues/120/may07/Lecture\\_4367.php](http://www.harvardlawreview.org/issues/120/may07/Lecture_4367.php). Acesso em: 07/04/2011.

A partir de todo o exposto é razoável dizer que a mutação constitucional é um mecanismo sem previsão no corpo da constituinte, que modifica o sentido da norma sem alterar o seu texto. Entretanto esse fenômeno por pertencer a via informal de alteração constitucional, deve apenas ocorrer quando existir uma nova percepção do direito a partir de uma nova demanda social, ou seja, é necessário que ocorra para legitimar e resguardar o princípio da soberania popular.

### 2.3. Separação dos Poderes e Constitucionalidade da Mutação

A separação dos poderes é um dos princípios basilares de um Estado Democrático de Direito, que surgiu a partir das teorias de Locke<sup>46</sup> e Montesquieu<sup>47</sup>, cuja finalidade é não atribuir a um só órgão a concentração de poderes, marca registrada dos Estados Absolutistas.

Com intuito de materializar essa idéia de separação de poderes, foram criados o Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, em uma dinâmica de freios e contrapesos, ou seja, apesar de serem autônomos<sup>48</sup> em suas funções típicas de legislativo, administrativo e judiciário respectivamente, podem intervir de forma limitada uns nos outros, evitando dessa maneira a formação de uma concentração tripartida de funções.

É importante ressaltar que os Poderes possuem funções típicas e atípicas, ressaltando a idéia de autonomia e não de independência entre os Poderes. O Poder Legislativo, por exemplo, possui a função típica de legislar, entretanto é possível encontrar previsões legais de função normativa no Poder Judiciário<sup>49</sup> (96, I alínea “a” da CRFB/88) e Poder Executivo<sup>50</sup> (62 da CRFB/88).

---

<sup>46</sup> LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil**. São Paulo: Nova Cultural, Coleção Pensadores, 1978.

<sup>47</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **O Espírito das Leis**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

<sup>48</sup> O Poder Legislativo, Executivo e Judiciário são autônomos e não independentes, porque a idéia de independência entre os poderes vai de encontro com a questão dos freios e contrapesos que permite ainda que de forma limitada a intervenção entre os poderes, logo o conceito de autonomia se encaixa perfeitamente como característica dos poderes.

<sup>49</sup> O artigo 96, I, “a”, da CRFB/88 prevê a possibilidade de competência privativa aos tribunais de elaborar seus regimentos internos, ou seja, o Poder Judiciário exercendo a função atípica de legislar.

<sup>50</sup> No conteúdo do artigo 62 da CRFB/88 fica previsto expressamente a possibilidade do Presidente da República, chefe do Poder Executivo, em determinados casos de relevância e urgência legislar através de medidas provisórias.

Podemos asseverar que os Poderes possuem previsões pontuais para exercerem funções atípicas, contudo essa intervenção limitada deve ocorrer somente quando existir disposição legal, já que caso contrário estaria configurada uma supressão entre os poderes.

O fenômeno da mutação constitucional é aplicado pelo STF quando este órgão jurisdicional é provocado pelos instrumentos presentes tanto no controle de constitucionalidade concentrado como no difuso. Tendo em vista a crescente demanda ao Supremo, a mutação vem ganhando principal destaque no cenário nacional, sendo, por conseguinte objeto de diversos estudos aprofundados e críticas. O fato do STF ser intitulado como o guardião da Constituição<sup>51</sup> nos remete a afirmativa que este é o último órgão competente para julgar ações do controle concentrado, logo cabe ao Supremo a aplicação do fenômeno estudado nesta monografia.

O Poder Legislativo vem sofrendo um evidente processo de asfixia porque existem inúmeros projetos de leis a serem votados que estão paralisados prejudicando assim o seu exercício funcional. A ineficiência do Poder Legislativo acaba fazendo com que haja um avanço do Poder Judiciário, pois a sociedade não pode ser regida por normas defasadas, nesse sentido é imperioso que o Supremo diante da ausência de normas que atendam as demandas sociais acabe adequando e alterando o sentido dos atos normativos.

Neste sentido não existe qualquer razão para que pairam dúvidas sobre uma suposta violação ao princípio da Separação de Poderes porque o Poder Judiciário somente está de forma subsidiária mudando o sentido de normas constitucionais para atender as demandas sociais e não legislando indiscriminadamente com intuito de reprimir a competência do Poder Legislativo.

Quando a Suprema Corte altera o sentido de uma determinada norma constitucional, apesar de atuar como legislador positivo, não se pode alegar que este órgão do Poder Judiciário estará suprimindo o Poder Legislativo. Como podemos assumir que está havendo uma supressão de Poderes se o Poder Legislativo não legisla? Existe supressão de competência inutilizada?

A mesma dinâmica se apresenta na evolução histórica do Mandado de Injunção que é um remédio constitucional que quando começou a ser utilizado servia apenas para declarar a mora do Poder Legislativo sobre determinada lacuna normativa. Com o passar do tempo se averiguou que apenas a declaração da mora não era suficiente para atender as expectativas dos

---

<sup>51</sup> O artigo 102 caput da CRFB/88 expõe o que segue: “ Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:”

indivíduos que estavam sendo prejudicados pela ausência de norma, então o Poder Judiciário começou a também aplicar lei de forma analógica enquanto o Poder Legislativo não legislasse sobre o assunto. Da mesma forma acontece com a mutação constitucional, pois enquanto o Legislativo não legisla deixando de atender com as demandas sociais, o Judiciário deve continuar a dar novos sentidos às normas para a sociedade ter seus anseios atendidos, sem que o princípio da Separação de Poderes seja lesionado.

#### **2.4 A mutação como instrumento de defesa da Constituição**

A mutação constitucional cumpre a salutar função de equilibrar a tênue relação entre Carta Magna em não se distanciar da realidade social, isso porque com o passar dos anos a tendência é que a sociedade continue em crescente evolução, modificando a sua maneira de pensar sobre diversos assuntos, e cabe ao direito conseguir acompanhar esse desenvolvimento. Caso contrário, teremos um ordenamento jurídico completamente inócuo e sem qualquer lastro com o mundo fático da sociedade que conseqüentemente não será regida por nenhuma norma.

É bem verdade que os mecanismos previstos pela via formal também visam adequar a relação entre o ordenamento jurídico e o crescente desenvolvimento social, porém tendo em vista a questão da rigidez constitucional esses meios admitidos pela via formal de alteração constitucional pecam pela morosidade e dependem de uma vontade política que está alheia aos problemas da sociedade.

O jornal O Globo em matéria publicada no dia 15/05/2011<sup>52</sup>, trouxe uma série de estatísticas que evidenciam a omissão do CN em cumprir sua função precípua de legislar, já que este órgão, através da Câmara dos Deputados e do Senado, possui mais de 30 (trinta) mil projetos de leis pendentes de julgamento, sendo certo que seguindo o trâmite normal esses projetos demorariam aproximadamente um século para serem votados.

O número de projetos de leis pendentes de votação e o tempo hábil para que estes possam ser votados, além de causar certa perplexidade demonstra que a mutação constitucional assume papel fundamental para dar efetividade a nossa Constituição. Caso o Supremo não utilize este fenômeno para atribuir novo sentido á norma constitucional,

---

<sup>52</sup> CASADO, José. Um século para votar os 30 mil projetos em tramitação. O GLOBO (Blog do Noblat), dia 15.05.2011. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/noblat/posts/2011/05/15/um-seculo-para-votar-os-30-mil-projetos-em-tramitacao-380137.asp>. Acesso em: 17.05.11.

estaremos diante de uma sociedade sem constituição impossibilitando o pleno exercício do Estado Democrático de Direito, ou seja, a ausência de regras que tragam uma solução para as demandas sociais fará com que o ordenamento jurídico como um todo perca sua razão de existir.

A pergunta que se faz a partir dos números trazidos pela reportagem supracitada é a seguinte: Será que a sociedade brasileira está disposta a aguardar um século para ter suas demandas atendidas? A resposta é não! Ainda que esses projetos sejam um dia votados estaremos diante de uma situação patética porque a demanda social de hoje provavelmente não será a mesma das próximas gerações.

O direito constitucional contemporâneo não vem admitindo a idéia da constituinte como algo estático e petrificado, já que a carta magna elaborada por uma determinada geração deve estar sempre em constante evolução, como um organismo vivo para se adequar aos anseios das novas gerações. A norma constitucional não é um fim em si mesmo, ou seja, não se exaure no texto constitucional, pois este deve servir apenas como um parâmetro para os novos sentidos que serão conferidos às normas com o passar do tempo.

Dessa forma, cabe a mutação fazer com que o Direito de fato interaja com a realidade, pois caso contrário o ordenamento jurídico perderá completamente a sua razão de existir.

O doutrinador Luis Roberto Barroso, de forma bastante concisa, assevera que:

O direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide. Pelo contrário, em uma razão intensa e recíproca, em fricção que produz calor, mas nem sempre a luz, o Direito influencia a realidade e sofre influência desta.<sup>53</sup>

O Direito deve ser observado como uma realidade dinâmica, pois este deve acompanhar o desenvolvimento característico das relações humanas, fazendo conseqüentemente as devidas modificações em seu texto normativo para que consiga solucionar as demandas que são apresentadas a partir da constante evolução da sociedade.

Imaginar o Direito apenas como um conjunto de normas que por si só trazem todas as soluções e respostas para as demandas sociais, seria o mesmo que aceitar o seu fracasso e admitir sua falta de executoriedade. Por esse motivo é importante que se compreenda a mutação constitucional, porque é fato que o Direito está, assim como a sociedade, em crescente evolução.

---

<sup>53</sup> BARROSO, Luis Roberto, **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, São Paulo: Saraiva, 2009, p.126.

Partindo do pressuposto que o Direito possui como característica o fato de ser dinâmico e que as normas vigentes não conseguem isoladamente apresentar as soluções para as demandas sociais, é correto afirmar que a mutação constitucional é um instrumento muito valioso para preencher as lacunas normativas cada vez mais evidentes pelo desenvolvimento social do ordenamento jurídico como um todo.

A mutação constitucional não deve ser considerada como o único mecanismo correto para equilibrar a relação entre Direito e realidade social, já que existe a possibilidade dessas alterações ocorrerem pela via formal, configuradas pelas emendas, como dispôs o legislador ordinário. Inclusive os juristas que se filiam a corrente positivista, ou seja, sentido estrito da norma, afirmam que a mutação constitucional não tem qualquer razão de existir, já que qualquer outro mecanismo utilizado para mudar a constituinte que não tenha sido previsto pelo legislador ordinário deveria ser declarado inconstitucional.

De fato, a mutação constitucional não deve ser considerada a única forma de aproximar o Direito a realidade social, já que coaduna com a idéia que esta aproximação pode ser feita também pela via formal, porém é incontestável que esse fenômeno é muito mais célere que a PEC<sup>54</sup>, até porque apenas o conteúdo da norma é alterado.

Ademais, me parece bastante razoável afirmar que a mutação constitucional, assim como todos os institutos jurídicos, possui efeitos favoráveis e desfavoráveis. Se por um lado a rigidez da constituinte, cuja existência pretende resguardar a supremacia constitucional, é afetada com a mutação, podemos afirmar que esse fenômeno preserva a forma visual da carta magna que não precisará ser emendada cada vez que uma norma seja alterada. Deve haver uma ponderação de valores para que se chegue a conclusão sobre o prós e os contras da utilização referente a mutação constitucional.

No capítulo anterior foi exposto as principais características e conseqüentemente as diferenças entre o poder constituinte originário e o poder reformador. Entretanto boa parte da doutrina, norteadas pelo doutrinador francês Georges Burdeau, afirmam que existe um terceiro poder constituinte, que teria um caráter permanente mesmo não estando previamente disposto na Constituição, denominado como poder constituinte difuso<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> A PEC é um projeto de emenda que tendo em vista seu objetivo em alterar o texto da CRFB/88 acaba exigindo um tempo maior para seu preparo, elaboração e posterior aprovação, basta verificar o artigo 60 da CRFB/88. Este artigo estabelece que a proposta de emenda constitucional deve ser votada em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos e somente pode ser considerada aprovada caso consiga, em ambas as Casas, 3/5 dos votos favoráveis dos respectivos membros.

<sup>55</sup> A autora, Anna Cândida da Cunha Ferraz (apud BARROSO, Luis Roberto, **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.127) demonstra seu apoio a idéia de poder constituinte difuso

O doutrinador francês assegura que:

Há um exercício cotidiano do poder constituinte que, embora não esteja previsto pelos mecanismos constitucionais ou pelos sismógrafos das revoluções, nem por isso é menos real.(...) Parece-me, de todo modo, que a ciência política deve mencionar a existência desse poder constituinte difuso, que não é consagrado em nenhum procedimento, mas sem o qual, no entanto, a Constituição oficial e visível não teria outro sabor que o dos registros de arquivo.<sup>56</sup>

O poder constituinte difuso, é uma realidade latente cada vez mais utilizado em nosso país, dessa forma não existe razão para ignorá-lo. O que devemos verificar são os seus limites para que esse mecanismo não se transforme em um meio contra a própria previsão constitucional.

O processo legislativo qualificado que determina o procedimento pela via formal de alteração constitucional é notoriamente lento, já que depende de questões e mobilizações políticas.

A mutação constitucional se justifica para dar novos sentidos às normas constitucionais em um tempo razoável para atender as demandas sociais, já que o procedimento pela via formal é caracterizado por sua morosidade. A celeridade é o principal argumento que ampara a mutação constitucional, pois aguardar a reforma pela via formal é o mesmo de assumir o risco que após a efetivação de uma suposta emenda a sociedade, que está em crescente evolução, já tenha outro entendimento consolidado sobre o mesmo assunto.

## **2.5 Limites da Mutação Constitucional**

A partir da leitura do capítulo anterior ficou comprovada a imprescindibilidade da mutação constitucional, porém isto não significa dizer que este fenômeno pode ser utilizado de qualquer forma, já que mesmo cumprindo a função de aproximar o Direito a realidade, existem limites e parâmetros que devem ser respeitados. Para que a mutação possa de fato ser considerada constitucional o novo sentido da norma deve estar de acordo com o conteúdo do texto alterado, ou seja ser uma das possíveis leituras que poderia ser dada não podendo ser atribuído um sentido completamente diverso do que o previsto na norma afetada, e no

---

criada por Georges Burdeau. A autora assegura ainda que o poder constituinte difuso é uma espécie desorganizada de poder constituinte: “Tais alterações constitucionais, operadas fora das modalidades organizadas de exercício do poder constituinte instituído ou derivado, justificam-se e tem fundamento jurídico: são, em realidade, obra ou manifestação de uma espécie inorganizada do Poder Constituinte, o chamado poder constituinte difuso, na feliz expressão de Burdeau.”

<sup>56</sup> BURDEAU, Georges, *Traité de science politique*, 1969,pág.246-247, Apud BARROSO, Luis Roberto, **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 127.



segundo momento não pode ser contrário aos princípios fundamentais resguardados pela constituinte.

Como bem assevera o Min. Gilmar Mendes<sup>57</sup> é imprescindível que o novo sentido atribuído a norma, sem a redução de seu texto, deve ser possível a partir da simples leitura do conteúdo do ato normativo afetado, caso contrário não se pode falar em mutação constitucional e sim em criação de normas formulando novos preceitos por parte de interpretes que assumirão de forma ilícita a função de legisladores sem mandato.

O doutrinador Canotilho<sup>58</sup>, sobre os limites da mutação constitucional, afirma que o intuito da mutação constitucional em aproximar a Constituição a realidade social é benéfico, até porque a Carta Magna não pode ser considerada estática e demasiadamente rígida, entretanto não se pode permitir que os interpretes atuem livremente modificando e alterando a Constituição como bem entenderem.

Os limites de atuação deste fenômeno visam resguardar a soberania constitucional e o poder constituinte originário, isto porque caso a mutação constitucional comece a ser utilizada rompendo com seus limites, estaremos diante de um grande problema em que o Supremo Tribunal Federal começará a exercer o papel de poder constituinte originário permanente em vez de guardião da CRFB/88.

A percepção dos limites impostos á mutação constitucional são importantes não só para que se evite o seu uso indevido como também para que a doutrina como um todo verifique que este fenômeno deve ser aplicado subsidiariamente, sendo a regra á utilização do mecanismo previsto pela CRFB/88 por sua via formal através das emendas

A atuação do STF em relação á mutação constitucional deve ser analisada minuciosamente, porque caso a Suprema Corte extrapole os limites impostos a este fenômeno, este órgão acabaria em determinados casos indo além de sua competência e atuaria como um legislador ordinário, logo haveria uma clara violação de competência, pois um órgão do Poder Judiciário estaria legislando, ou seja, exercendo uma função típica do Poder Legislativo.

O STF não possui qualquer previsão legal que lhe atribua, ainda que de forma limitada, a possibilidade de legislar, logo a partir do momento em que este órgão do Poder Judiciário ao invés de respeitar os limites impostos a mutação constitucional, comece a criar normas ou extrair de normas já existentes sentidos diversos do texto legal que serve como

---

<sup>57</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.191

<sup>58</sup> CANOTILHO, J. J Gomes apud MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 191.



parâmetro nesse processo, haverá uma séria lesão e ameaça ao Estado Democrático de Direito.

A preocupação em o STF vir a utilizar a mutação constitucional sem respeitar os seus limites é evidenciado a partir da Reclamação 4335-5/AC<sup>59</sup>, ainda pendente de julgamento, que discute o real sentido do conteúdo do artigo 52 X da CRFB/88.<sup>60</sup>

O Min. Relator Gilmar Mendes e o Min. Eros Grau afirmaram em seus votos, em síntese, que tendo em vista a força vinculante das decisões do STF, este artigo 52 X CRFB/88 sofreria mutação constitucional, pois não seria necessário que o Senado Federal se pronunciasse sobre a decisão no controle difuso para que esta tivesse efeito vinculante já que as decisões do STF por si só já possuem essa força normativa.

Os ministros supracitados defendem que o texto deve ser alterado, fazendo com que o Senado Federal fique responsável apenas por dar publicidade a decisão do STF, que independentemente do pronunciamento do Senado já teria efeito vinculante no controle de constitucionalidade difuso. Em outras palavras, conforme assevera Lenio Streck:

Significa reduzir as atribuições do Senado Federal á de uma secretaria de divulgação infra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; significa por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988.<sup>61</sup>

O requerido pelos ministros, alteração do texto normativo, não pode ser feito através do fenômeno da mutação constitucional, já que este é conceituado por inúmeros doutrinadores, Canotilho, Uadi Lamego Bullos, George Burdeau, Anna Cândida, dentre outros, como a alteração de sentido da norma sem mudança do texto. Ainda que não fosse pretendida a alteração do texto, o novo sentido estipulado á norma não poderia prosperar, pois afronta o conteúdo do texto, onde o legislador ordinário prevê a necessidade do pronunciamento do Senado Federal para que a decisão do STF em controle difuso tenha efeito erga omnes.

<sup>59</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5**. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Comarca de Rio Branco – AC. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

<sup>60</sup> Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal.

**X** - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

<sup>61</sup> STRECK, Lenio apud NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. **Mutação constitucional e STF. Limites**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1665, 22 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10876>>. Acesso em: 3/05/ 2011

Insta lembrar que a norma constitucional não se exaure em si própria, porém serve como parâmetro no momento da escolha de um novo sentido que lhe irá ser atribuído. No caso concreto o legislador originário demonstra claramente sua vontade sobre a necessidade de pronunciamento do Senado Federal para atribuir efeito vinculante nas decisões de controle difuso.

Dessa forma, considerando que a moldura do texto estaria sendo subvertida, entendo que a pretensa mutação constitucional não merece prosperar, tendo em vista a violação aos seus limites e seus propósitos devendo ser considerado que houve uma quebra na constituição<sup>62</sup>.

O novo conceito que o STF estaria impondo á mutação constitucional neste caso, faria com que este órgão se tornasse um super poder, porque além de ser a última instância do Poder Judiciário agregaria também para si a possibilidade de alterar as normas e até mesmo mudar os sentidos dessas independentemente do parâmetro estipulado pela moldura normativa que exterioriza a vontade do legislador ordinário. Como bem assevera Lenio Streck: “(...) estaríamos frente a um Poder Judiciário que teria as mesmas características de um poder constituinte permanente e ilegítimo.”<sup>63</sup>

Caso exista realmente a necessidade de alteração do dispositivo legal, essa deve ocorrer através dos mecanismos corretos, ou seja, pelo mecanismo presente na via formal e não pela via informal que não se propõe a este tipo de alteração.

A falta de respeito aos limites impostos a mutação constitucional fará com que novos preceitos sejam inseridos na Constituição, preceitos estes que não possuem razão de existir, podendo inclusive afetar diretamente o núcleo da Constituinte, que são materializados pelas cláusulas pétreas, fazendo, por conseguinte que a lei maior acabe por perder a identidade imposta pelo poder constituinte originário.

---

<sup>62</sup> HORTA, Raul Machado, **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, edição 2002, acessado em 16/05/2011, que pode ser encontrado no endereço [www.tce.mg.gov.br/revista](http://www.tce.mg.gov.br/revista). O termo “quebra da constituição” é utilizado pelo doutrinador Raul Machado Horta com intuito de demonstrar que os limites impostos a mutação constitucional devem ser respeitados, pois caso contrario existirá exatamente uma “quebra da constituição”.

<sup>63</sup> STRECK, Lenio apud NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. **Mutação constitucional e STF. Limites**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1665, 22 jan. 2008. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/10876>. Acesso em: 3/05/2011

### 3. ANÁLISE DOS PRINCIPAIS JULGADOS DO STF SOBRE A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

#### 3.1. Fidelidade Partidária - Mandado de Segurança 26.603-1

O mandado de segurança nº 26.603-1<sup>64</sup> versa sobre a questão da fidelidade partidária, e foi impetrado pelo partido político PSDB contra decisão do Senhor Presidente da Câmara dos Deputados que indeferiu requerimento da citada agremiação partidária objetivando a renúncia presumida dos mandatos dos Deputados Federais eleitos sob a legenda do partido que resolveram mudar de filiação partidária.

O PSDB, a partir da consulta nº. 1.398 DF promovida pelo DEM em 03/04/2007 ao Tribunal Superior Eleitoral requereu ao Presidente da Câmara dos Deputados que os cargos dos parlamentares que mudaram de partido político após sua nomeação fossem declarados em vacância, logo deveria ser possibilitado a este partido a nomeação de suplentes para preencher tais cargos.

Imperioso ressaltar que em sua resposta a consulta o TSE se pronunciou no sentido de preservar aos partidos políticos e suas coligações o direito a vaga que, por óbvio, foi obtida pelo sistema eleitoral pátrio, logo a partir do momento em que o parlamentar trocasse de partido após a eleição, estaríamos diante de uma renúncia do mandato que poderia ser ocupado pelo suplente escolhido pelo partido.

Ocorre que o Presidente da Câmara dos Deputados indeferiu este requerimento do PSDB, por entender que as únicas hipóteses de vacância de mandato parlamentar estão elencadas no artigo 238 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados<sup>65</sup>. Ademais a infidelidade partidária não é um dos requisitos presentes no artigo 55 da CRFB/88 que prevê as hipóteses de perda de mandato, logo não existiria qualquer base jurídica legal amparando o argumento apresentado pelo PSDB de que a mudança de um partido para outro do parlamentar após a eleição fosse considerada uma renúncia presumida.

---

<sup>64</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 26.603-1**. Impetrante: Partido Político PSDB. Impetrado: Senhor Presidente da Câmara dos Deputados – SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Acesso em 15/04/2011, disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121> >.

<sup>65</sup> BRASIL. Regimento Interno da Câmara dos Deputados, com acesso em 09/05/2011 no endereço: [http://www.camara.gov.br/internet/legislacao/regimento\\_interno/RIpdf/RegInterno.pdf](http://www.camara.gov.br/internet/legislacao/regimento_interno/RIpdf/RegInterno.pdf)

O voto vencedor do Min. Relator Celso de Mello, com conteúdo bastante rico, será objeto de análise para que se compreenda o porquê, apesar do indeferimento do Mandado de Segurança, deve ficar configurado a perda do mandato para os parlamentares que mudaram de legenda partidária após sua eleição.

Com relação ao mérito, o Ministro Relator inicia seu voto lembrando que já se pronunciou sobre essa questão da fidelidade partidária no ano de 1989 no MS 20.927/DF, e que coaduna com a idéia expressa pelo TSE em resposta a consulta nº. 1.398 DF, ou seja, entende que em regra os partidos políticos e as coligações partidárias de fato possuem o direito de permanecer com a vaga obtida no sistema eleitoral em casos de infidelidade partidário, sendo certo que a exceção seria a partir da comprovação pelo parlamentar que esteja sofrendo perseguição política ou quando seu partido mudar sua orientação programática. Em suma, a partir deste momento o Min. em seu voto aborda questões como a essencialidade dos partidos políticos em nosso sistema eleitoral, importância da fidelidade partidária, o caráter partidário do sistema proporcional adotado e as relações de dependência entre eleito, eleitor e partido político.

A garantia constitucional de “reserva de estatuto” aos partidos políticos visa atribuir a estes a possibilidade de se autogovernar, auto administrar e de reger seus próprios interesses, inclusive sobre esse tema o voto destaca os julgamentos de ADI 1.063/DF e ADI 1.407/DF, ambas com a relatoria do próprio Min. Celso de Mello, que trazem elementos ricos que acrescentam sobre a discussão em tela. Essa proteção constitucional se justifica devida a essencialidade do partido político que além de ser o único responsável pelos cargos a serem eleitos, atuam também como instrumento entre as demandas sociais e a resposta política desses anseios por parte da sociedade civil.

Outro fator que reforça a essencialidade dos partidos políticos é o fato de ser através de suas orientações programáticas que o candidato acaba sendo eleito, já que essa orientação acaba servindo como amparado de credibilidade para o eleitor. A autonomia partidária que está sendo objeto de comentário, não permite que haja uma interferência do Estado sobre o âmbito interno do partido e muito menos um influencia em seu caráter ideológico, fazendo com que se possa afirmar categoricamente que a proteção aos partidos políticos é necessária para garantir o pleno exercício do regime democrático que possui o condão de sistema representativo.

Entretanto, é importante ressaltar que a “reserva de estatuto” dos partidos políticos, não impede que estes estejam sujeitos a jurisdição constitucional e a supremacia de suas

normas, No caso em tela, como já abordado nas preliminares, ficou demonstrado que o STF poderia analisar a pela mandamental porque não se configura qualquer violação a “reserva de estatuto”, isso porque o assunto em questão, fidelidade partidária, não se refere a questões internas das agremiações e sim assunto constitucional que trata sobre o sistema democrático representativo.

O mandato do parlamentar eleito, ao contrário do que muitos pensam, possui natureza dúplici, já que está vinculado tanto ao partido político como também ao povo que o elegeu, isso porque na ausência de qualquer um desses vínculos o parlamentar não conseguirá se eleger. Esse novo entendimento fortaleceu os partidos políticos, porque estes possuem o monopólio das candidaturas, vide artigo 14 § 3º da CRFB/88, que versa sobre a necessidade da inscrição dos candidatos nos partidos, logo mais uma vez está comprovado a indispensabilidade das agremiações políticas para a concretização do sistema proporcional eleitoral brasileiro.

O Min. Relator Celso de Mello, cita uma estatística referente a eleição de 2006, extraída do voto do Min.Relator Cesar Alfor Rocha da resposta a consulta nº. 1.398/ DF, que afirma que dos 513 deputados eleito apenas 31 deles conseguiriam o coeficiente necessário para se elegerem sem os votos de legenda de seus partidos, o que segundo este Min. demonstra o caráter partidário no sistema proporcional vigente.<sup>66</sup>

A infidelidade do parlamentar não seria somente partidária como também eleitoral, porque o eleitor que votou neste determinado parlamentar infiel terá sua legítima confiança de seu voto afetado, fazendo com que suas expectativas sejam frustradas e que prevaleça o sentimento de fraude. Com o desejo de proteger o sistema representativo, seria necessário então considerar a fidelidade partidária como um valor constitucional, dessa forma estaria se reconhecendo o direito do partido político em preservar as vagas obtidas no processo eleitoral além de preservar a vontade da soberania nacional materializada pelos votos dos eleitores.

---

<sup>66</sup> O Código Eleitoral em seu artigo 108 prevê que:

Art. 108: “Estarão eleitos tantos candidatos registrados por um Partido ou coligação quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido.”

Dessa forma fica evidente a dependência do futuro mandato com o partido político. Ademais insta citar o artigo 175 § 3º e 4º do mesmo código eleitoral, onde o legislador mais uma reforça a importância do partido político, vejamos:

“Art. 175. Serão nulas as cédulas:

§ 3º Serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados.

§ 4º O disposto no parágrafo anterior não se aplica quando a decisão de inelegibilidade ou de cancelamento de registro for proferida após a realização da eleição a que concorreu o candidato alcançado pela sentença, caso em que os votos serão contados para o partido pelo qual tiver sido feito o seu registro

Insta destacar que o direito dos partidos políticos em relação as vagas não surgiu a partir da consulta ao TSE, essa garantia advém do texto constitucional quando preserva e expõe os princípios do Estado Democrático de Direito que podem ser encontrados no artigo 1º, I, II e V da CRFB/88.

É de suma importância que se compreenda que a infidelidade partidária não resulta em sanção com eventual perda de mandato do parlamentar, já que a infidelidade partidária não está prevista no rol taxativo do artigo 55 da CRFB/88 de possibilidades de perda de mandato com caráter punitivo. Na verdade, a questão é se a transferência do parlamentar eleito para outro partido tem como efeito a preservação da vaga em relação ao partido de origem, já que a agremiação política possui o direito subjetivo as vagas obtidas na eleição o que se traduz em representação proporcional no Congresso.

O Min. Relator assevera ainda que além da infidelidade partidária representar um desvio ético-político que lesiona o princípio democrático eleitoral, faz com esse rompimento unilateral do parlamentar acabe resultando um desequilíbrio representativo no Congresso, ou seja, o direito das minorias também assegurado constitucionalmente está sendo violado.

A infidelidade partidária traz conseqüentemente um processo em cadeia de malefícios já que este ato acaba por ofender o senso de responsabilidade política, pois se configura em deslealdade não só com os partidos políticos como também com o eleitor, o que dá origem a um problema de representação popular e violando por tabela a questão da vontade popular dos eleitores. Dessa forma, o Min. Relator ratifica seu entendimento, fiel a resposta do TSE á consulta nº. 1.398 DF, sendo contrario a infidelidade partidário com intuito de preservar o processo eleitoral, a vontade soberana do eleitor, o fortalecimento dos partidos políticos e o sistema proporcional instituído no processo eleitoral.

De qualquer forma existe uma preocupação do STF em garantir que os parlamentares que pretendem mudar de legenda partidária possam apresentar sua defesa com intuito de preservar os cargos eleitos, já que o exercício do principio da ampla defesa e do contraditório é que legitima os atos estatais que restringe algum direito. Essa defesa do parlamentar deve de fato ser exercida até porque caso este comprove que esta sofrendo perseguição política ou que o partido de origem mudou sua orientação programática, este parlamentar poderá trocar de partido sem perder seu mandato. Dessa forma deve ser garantido ao parlamentar a possibilidade de instaurar em órgão eleitoral competente sua defesa para que sejam analisados seus argumentos que justificam a desfiliação do partido, sendo certo que nada impede que o próprio TSE regulamente o procedimento de defesa.

Com o entendimento consolidado sobre a nova orientação da preservação de mandato pelo partido político em casos de infidelidade partidária injustificada, é iniciada uma discussão sobre a partir de que momento poderia ser aplicado esse entendimento, ou seja, se este novo padrão hermenêutico terá efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*. Para solucionar esta problemática, foi levado em conta a falta de entendimento e previsão que fizesse com que os parlamentares “infiéis” não pudessem prever que poderiam estar renunciando tacitamente a seus cargos, logo tendo em vista o princípio da segurança jurídica, ficou estipulado que o marco temporal que delimita a eficácia do novo entendimento será a data em que o TSE respondeu a consulta nº. 1.398 DF, dia 27/03/2007, pois a partir deste momento já havia possibilidade de previsibilidade por parte dos parlamentares.

Com efeito, apesar da concordância com o entendimento do TSE sobre a questão da preservação do mandato com os partidos políticos em casos de infidelidade partidária, o presente MS foi indeferido pelo Min. Relator Celso de Mello já que todos os parlamentares que estavam presentes no pólo passivo da ação mandamental mudaram de filiação partidária antes do pronunciamento do TSE que foi escolhido como marco inicial para produção de efeitos do novo padrão hermenêutico.

No caso exposto, ficou evidente a aplicação do fenômeno da mutação constitucional nos artigos 14 § 3º e 55 da CRFB/88, porque além de respeitar os limites impostos foi dado um novo sentido a uma norma sem que houvesse qualquer tipo de alteração em seu texto. O novo sentido hermenêutico, não contraria as bases delimitadoras que a norma estipula, e se posiciona no sentido de que transferência de um parlamentar após a eleição para outro partido terá como consequência, em regra, a preservação do cargo com o partido originário que nomeará o suplente.

### **3.2 A redefinição do papel do AGU no controle concentrado de constitucionalidade - ADI 3916/DF**

A presente ADI 3916/DF<sup>67</sup> foi proposta pelo Procurador Geral da República com intuito de declarar a inconstitucionalidade dos artigos 7ª, I e III, e 13 em seu parágrafo único

---

<sup>67</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3916**. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Governador do Distrito Federal - DF. Relator: Eros Grau. 03/02.2010.Plenário. **Informativo 562**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI+3916&base=baseAcordaos>, acesso em 07/05/2011.



de Lei Distrital 3.669/2005. Os referidos dispositivos legais, dentre outros aspectos, trazem em seu conteúdo a possibilidade de criação de carreira de atividades penitenciárias. O PGR ampara suas pretensões legais nos artigos 21, XIV<sup>68</sup> e 32, § 4º<sup>69</sup>, ambas da CRFB/88, que prevêm que essa matéria tratada pela Lei Distrital compete a União.

Dessa forma, é alegado pelo PGR que a referida Lei Distrital deve ter seus artigos 7º, I e III, e 13 em seu parágrafo único, declarados inconstitucionais porque estes visam reformar a organização da Polícia Civil do Distrito Federal, contrariando assim a previsão legal do regime jurídico estabelecido anteriormente por lei federal para os agentes penitenciários. Vale ressaltar que lei federal deve determinar as diretrizes a serem seguidos pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, não podendo esses entes estabelecer normas com previsão contrária, apenas complementar.

A questão central deste caso em voga ocorre quando o Min. Marco Aurélio suscita preliminarmente uma questão de ordem afirmando que o processo deveria ser suspenso tendo em vista a emissão de parecer favorável do Advogado Geral da União em declarar a inconstitucionalidade da lei em debate. O Min. Marco Aurélio suscitou essa questão porque entende que o artigo 103, § 3º da CRFB/88<sup>70</sup> é bastante claro ao afirmar que cabe ao AGU defender o texto impugnado, ou seja, o ministro, adstrito a forma da lei, não admitiria que o AGU emita outro parecer que não seja em defesa do ato normativo que esta sendo impugnado, não existindo no caso liberdade funcional.

O Tribunal por maioria de votos rejeitou a questão de ordem suscitada pelo Min. Marco Aurélio, entendendo que o artigo 103, § 3º da CRFB/88 deve ser alvo de uma interpretação sistemática, pois o que o referido dispositivo pretende garantir que o AGU emita seu parecer e não sobre a obrigatoriedade em defender o ato normativo impugnado.

Ademais, no caso exposto o AGU está diante de uma situação bastante conflituoso porque o ato normativo que em tese ele teria que defender, tendo em vista a literalidade do artigo 103, § 3º da CRFB/88, vai de encontro com os interesses da União, ente que deve ser

---

<sup>68</sup> Art. 21. Compete à União:

XIV - organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio.

<sup>69</sup> Artigo 32 § 4º CRFB/88 dispõe que:

§ 4º - Lei federal disporá sobre a utilização, pelo Governo do Distrito Federal, das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar.

<sup>70</sup> O artigo 103 § 3º CRFB/88 dispõe que:

§ 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado



protegido pelo próprio AGU de acordo com o artigo 131 da CRFB/88<sup>71</sup>. Dessa forma, o AGU não poderia emitir um parecer contrário ao ato normativo impugnado, já que os interesses do autor se confundem também com os interesses da União.

Com efeito, ainda sobre este ponto, forçar ao AGU a emitir um parecer contrário a inconstitucionalidade de um ato normativo que vai de encontro com os interesses da União, seria o mesmo que retirar do AGU a sua função primordial de defender os interesses da União, previsão que pode ser extraída pelo já citado artigo 131 da CRFB/88.

Por fim, o julgado ressalta mais um argumento que reforça o entendimento sobre a necessária interpretação sistemática do artigo 103, § 3º da CRFB/88, que é o fato de não existir previsão legal da Corte para impor qualquer tipo de sanção ao AGU por este não emitir parecer contrário ao ato impugnado, ou seja, não existe qualquer meio coercitivo fazendo com que o AGU de fato possa ter a necessária liberdade funcional e emitir o parecer de acordo com seu livre convencimento nestes casos.

Como podemos observar a partir deste julgado, houve uma mutação constitucional no artigo 103, § 3º da CRFB/88, que impõe ao AGU, com intuito de estabelecer o contraditório no processo objetivo, que este emitisse sempre parecer contrário ao ato impugnado. Entretanto com a nova interpretação hermenêutica dado ao artigo supra, entendeu-se que nos casos em que existe um interesse concorrente entre o autor da ação com a União, poderá o AGU emitir parecer defendendo a inconstitucionalidade da norma impugnada, até mesmo para garantir a supremacia constitucional porque não seria razoável que o AGU defendesse o ato normativo impugnado mesmo entendendo que este fosse contrário aos preceitos constitucionais.

### **3.3. Poder de Agenda do Congresso Nacional - MS 27931**

O presente Mandado de Segurança preventivo com medida cautelar n. 27931<sup>72</sup>, foi impetrado por membros do Congresso Nacional contra decisão do Senhor Presidente do

---

<sup>71</sup> Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

<sup>72</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 27931**. Impetrante: Membros do Congresso Nacional. Impetrado: Senhor Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Celso de Mello 16/12/2009. **Informativo 572**. Disponível em

Congresso Nacional que em suma firmou posicionamento no Plenário da Câmara dos Deputados, no sentido de que o sobrestamento previsto no § 6º do art. 62 da CRFB/88 somente deveria ocorrer nos casos em que o projeto de lei for de matéria ordinária. Dessa forma o MS preventivo visa fazer cautelarmente com que o Presidente da Câmara dos Deputados aprecie todas as medidas provisórias pendentes que estão trancando a pauta do Congresso para que posteriormente ultrapassada essa etapa haja deliberação legislativa.

A decisão prolatada pelo Senhor Presidente da Câmara dos Deputados trazia diversas questões interessantes que vão ser abordadas neste momento de forma minuciosa.

A decisão questionada afirma em seu conteúdo que a medida provisória por tratar exclusivamente de matéria ordinária não poderia trancar a pauta das casas do Congresso Nacional como um todo, sendo certo que esse trancamento deve ocorrer apenas nos projetos de lei ordinários e não nas propostas de emendas constitucionais, projeto de lei complementar, das resoluções e dos decretos legislativos, ou seja, de toda e qualquer matéria presente no § 1º do art. 62 CRFB/88.

O Presidente da Câmara expõe duas razões centrais para fundamentar sua decisão, uma de natureza política e outra jurídica. A de natureza política afirma que o trancamento de pauta faz com que o Congresso seja alvo de imensas críticas porque enquanto as medidas provisórias não sejam votadas estarão paralisadas todas as votações. Logo, é fundamental que se crie uma solução a partir da interpretação do texto constitucional para que exista essa possibilidade de destrancamento de pauta nesses casos, pois caso contrário, dependendo do número de medidas provisórias editadas pelo Presidente da República, os parlamentares podem passar um ano inteiro de trabalho sem poder legislar.

Quanto à natureza jurídica o Presidente da Câmara alega que a CRFB/88 ao instituir o sistema da Separação de Poderes o fez principalmente para impedir que um Poder pudesse ser politicamente ou juridicamente superior a outro, sendo certo que incumbia a cada Poder uma função típica. É bem verdade que os Poderes são dotados também de funções atípicas, basta lembrar que o Presidente da República ao editar medidas provisórias estará excepcionalmente legislando, porém a regra é que o Poder Legislativo legisle, o Poder Judiciário julga e o Poder Executivo executa.

Ocorre que está havendo um flagrante uso indevido de edição de medidas provisórias por parte do Presidente da República, já que estas segundo o artigo 62 CRFB/88 somente

podem tratar de matéria ordinária em casos de relevância e urgência. A partir do momento em que as medidas provisórias são editadas sem que seus limites sejam respeitados, relevância e urgência, o maior afetado será o Congresso Nacional já que a falta de análise em 45 dias das medidas fará com que haja um trancamento de pauta, § 6º do art. 62 CRFB/88. Logo, podemos asseverar que existe um claro controle do Poder Executivo em razão do Poder Legislativo porque o primeiro edita inúmeras medidas provisórias e o segundo tem o dever de apreciá-las em um determinado lapso temporal sob pena de trancamento de pauta.

Outro argumento a partir da natureza política diz respeito novamente ao § 6º do art. 62 CRFB/88, pois o conteúdo desse dispositivo afirma que caso a medida provisória não seja apreciada em 45 dias, esta sobrestá as demais deliberações legislativas, entretanto o Presidente da Câmara questiona quais seriam essas deliberações legislativas, se todas ou apenas as que possuem matéria ordinária. Deveria haver um novo entendimento para que as deliberações legislativas sobrestadas devessem ser apenas as de conteúdo de lei ordinária já que as medidas provisórias só tratam deste tipo de matéria, ou seja, deve ser feita uma leitura sistêmica do artigo supra.

A questão relacionada ao trancamento de pauta deve ser estudada com bastante atenção e cautela porque este trancamento produz um impacto devastador nas Casas do CN que ao ficarem impedidos de legislar deixem de cumprir sua função originária.

O Min. Relator Celso de Mello em sua decisão afirma que já discorreu sobre esse assunto na ADI 2.213- MC/DF, ao enfatizar sua preocupação no exercício compulsivo do Presidente da República em editar medidas provisórias, medidas essas que somente deveriam existir em casos excepcionais. A edição de medidas provisórias pelo PR possui um intuito salutar porém o seu uso descabido fere por completo a Separação de Poderes e o convívio harmônico que deve existir entre esses.

O ato que pretende se impugnar através do presente MS preventivo demonstra uma justa preocupação da autoridade coatora porque a prática de trancamento de pauta no Poder Legislativo gerado pelas inúmeras medidas provisórias evidencia uma violação a instituição essencial no regime democrático de Direito. Por conseguinte, o Presidente da Câmara dos Deputados ao buscar um novo sentido ao conteúdo da norma constitucional, estaria somente tentando reequilibrar a relação até então em descompasso, entre Poder Executivo e Poder Legislativo.

A tentativa de nova interpretação atribuída pelo Presidente da Câmara dos Deputados ao § 6º do art. 62 CRFB/88, objetiva fazer com que a Câmara dos Deputados se liberte do

aprisionamento de seu desempenho funcional, e se configura como uma reação do Parlamento a uma situação que perdura a um longo tempo.

A partir dos argumentos expostos pela decisão proferida pela autoridade coatora, o Min. Relator Celso de Mello entendeu que deve ser rejeitado o pedido de medida cautelar do presente MS preventivo, sendo certo que deve ocorrer uma mutação no § 6º do art. 62 da CRFB/88. A mutação visa firmar um novo entendimento permitindo o trancamento de pauta, tendo em vista a falta de apreciação de medida provisória no prazo de 45 dias, no CN porem esse somente deve sobrestar os projetos de lei que tratem de matéria ordinária, fazendo com que o Parlamento possua o poder de selecionar de forma autônoma a ordem de suas deliberações tendo em vista sua importância.

### **3.4- Prisão Civil e Depositário Infiel – Re 466.343/SP**

O Re 466.343/SP<sup>73</sup> foi interposto pelo Banco Bradesco S.A, com objetivo de impugnar acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que em seu conteúdo negou provimento ao recurso de apelação por entender inconstitucional a disposição do artigo 5ª XVII da CRFB/88 que se refere a possibilidade da prisão civil de depositário infiel. Ressalto neste caso o voto do Min. Gilmar Mendes que em relação ao mérito trouxe inúmeros argumentos que serão analisados no decorrer desta exposição para justificar sua negativa ao provimento ao Recurso Extraordinário supracitado.

Existe um grande tipo de divergência em relação á legitimidade constitucional da prisão civil por descumprimento de clausula contratual, salvo no que se diz respeito a devedor de alimentos pois neste caso existe entendimento pacificado sobre a possibilidade da prisão civil por inadimplência. O questionamento sobre a possibilidade da prisão civil de depositário infiel tem inicio a partir da adesão por parte do Estado Brasileiro, em 1992, da Convenção Americana de Direitos Humanos intitulada como Pacto San José da Costa Rica que prevê em seu artigo 7ª a impossibilidade de prisão por qualquer tipo de dívida.

Ocorre que tendo em vista o conteúdo do artigo 5º XVII da CRF/88, iniciou-se um grande debate sobre a possibilidade de revogação deste dispositivo legal e da legislação infra

---

<sup>73</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Re 466.343**. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido:Tribunal de Justiça - SP. Relator: Cesar Peluso. 03/12/2008. Plenário.**Informativo 531**. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=466343&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> , acessado em 07/04/2011.

que decorreu deste, considerando a adesão ao Pacto San Jose da Costa Rica, ou seja, em outras palavras discute-se sobre a possibilidade de um direito humano internacional poder prevalecer sobre uma norma interna de um Estado, porque para decidir esta questão é necessário que se adote a teoria monista ou dualista<sup>74</sup>

O texto do artigo 5<sup>a</sup> § 2<sup>o</sup> da CRFB/88, deu ensejo a algumas interpretações sobre como deveria ocorrer as recepções dos tratados internacionais celebrados pelo Brasil, porém podemos afirmar que o modelo de internacionalização dos tratados ocorria a partir do artigo 84, VIII c/c 49,I, ambos da CRFB/88, sendo certo que o tratado a partir do decreto presidencial somente teria status de lei ordinária federal. Entretanto, com a Emenda Constitucional 45, foi inserido no ano de 2004 o § 3<sup>o</sup> ao artigo 5<sup>o</sup> da CRFB/88 que previa após aprovação em dois turnos, em cada Casa do Congresso Nacional por 3/5 de seus membros, o tratado através de decreto presidencial assumiria status de EC. A problemática fica evidente porque o Pacto San Jose da Costa Rica foi internalizado em 1992, ou seja, pelo modelo vigente da época esse teria apenas status de lei ordinária federal, infraconstitucional, e não poderia por óbvio ir de encontro qualquer disposição constitucional, pois esta seria hierarquicamente superior.

A partir desta questão, surgiu na doutrina e na jurisprudência um intenso debate jurídico sobre qual seria o status jurídico que deveria revestir os tratados internacionais, o que originou a criação de 4(quatro) modelos: a) natureza supra constitucional, b) constitucional,c) de lei ordinária e d) supralegal.

O primeiro modelo não pode ser aceito no Brasil porque este feriria o principio da material e formas da soberania constitucional, fazendo com que esses tratados internacionais não pudessem ser alvo nem mesmo de controle de constitucionalidade, basta lembrar que o decreto legislativo que aprova a internalização do tratado pode ser objeto de ADI e ADC, com força preventiva.

O segundo modelo tem como base jurídica o § 2<sup>o</sup> do artigo 5<sup>o</sup> da CRFB/88 que deveria ser encarado como uma clausula aberta de recepção de direitos humanos internacionais celebrados pelo Brasil. Este modelo, no entanto também não poderia ser adotado porque

---

<sup>74</sup> Em suma teoria monista defendida por Kelsen alega que quando existir conflito entere norma internacional e nacional, deve prevalecer a mais benéfica ao cidadão, ou seja, no caso exposto para quem defende esta teoria seria inconstitucional a prisão civil de depositário infiel. A teoria dualista defendida por Triepel afirma que existindo conflito entre norma internacional e nacional deve prevalecer a nacional em prol da prevalência do principio da soberania constitucional.

estaríamos diante de mais uma hierarquia dos tratados sobre a Constituição, pois de acordo com o § 1º do artigo 5º da CRFB/88, as normas internacionais teriam aplicação imediata no ordenamento interno a partir da celebração sem que houvesse qualquer tipo de controle pelo Poder Legislativo. Essa tese seria contrária também ao § 3º do artigo 5º da CRFB/88 que após cumpridos os requisitos, o tratado celebrado pelo Estado possui natureza de EC e não de natureza constitucional.

O modelo que defende os tratados com natureza de lei ordinária defende a idéia que estes tratados não podem ser contrários a Constituição e muito menos confrontar a lei maior. Entretanto, esta tese não possui qualquer guarita a partir da EC/45 de 2004, pois com a inserção do § 3º do artigo 5º da CRFB/88, não existe a menor possibilidade que o tratado celebrado assumira o status pretendido por este modelo.

O quarto e ultimo modelo que pretende atribuir natureza de supralegalidade aos tratados internacionais celebrados pelo Brasil, é defendido pelo ministro porque este parafraseando Peter Harbele, afirma que vivemos em um Estado Constitucional Cooperativo. Esta expressão significa dizer que não existe mais um Estado Constitucional que objetiva apenas um regramento próprio e sim uma integração entre os Estados Constitucionais de uma determinada comunidade, fazendo com que os direitos humanos internacionais e os fundamentais ganhem força.

É demonstrado no voto, a partir de direito comparado, que existe uma tendência mundial em se aceitar a internalização de direitos humanos internacionais na maioria das Constituições mundiais, por isso é preciso que o STF mude sua jurisprudência para se adequar a essa necessidade. Embora seja evidente a nova tendência mundial, não se pode permitir que o conteúdo dos novos tratados celebrados viole o principio da soberania constitucional, logo deve se achar um meio termo para alocar esses tratados em algum lugar no ordenamento jurídico de modo que não possa violar a soberania constitucional, mas sem fazer com que este tenha sua importância diminuída figurando como lei ordinária federal apenas.

O Min. afirma que o principio da soberania constitucional impede que a Convenção que dispunha sobre direitos humanos internacionais, celebrado pelo Brasil, não revogou o disposto no artigo 5ª LXVII da CRFB/88 ao dispor sobre a possibilidade da prisão de depositário infiel. Todavia essa previsão deixou de ser possível tendo em vista a supremacia desta Convenção sobre a legislação infraconstitucional que disciplina a matéria. Dessa forma os tratados internacionais assumem natureza supralegal, fazendo com que a legislação infraconstitucional tenha eficácia paralisada, como por exemplo o artigo 652 do CC.

A natureza de supralegalidade foi a melhor maneira encontrada para conferir status não só aos tratados internacionais celebrados pelo Brasil como um todo, mas também ao Pacto San José da Costa Rica, pois não se fere a soberania Constitucional e nem atribui a estes tratados importância inferior às legislações infraconstitucionais.

Com efeito, o Tribunal por decisão unânime negou provimento ao Re em questão, modificando então sua jurisprudência ao entender que o artigo 5<sup>a</sup> LXVII CRFB/88 possui na verdade eficácia limitada, dessa forma o Pacto San José da Costa Rica ao assumir status supralegal permitia que a legislação ordinária versasse sobre a impossibilidade da prisão civil de depositário infiel. Logo, fica caracterizada uma mutação constitucional no artigo 5<sup>a</sup> LXVII CRFB/88, porque houve mudança de sentido da norma, sendo inclusive editada súmula vinculante número 25 que tratando dessa questão.

### **3.5 União Estável Homoafetiva – ADPF 132/RJ e ADI 4277**

A ADPF 132/RJ e ADI 4277<sup>75</sup>, proposta pelo então governador do Estado do Rio de Janeiro e Procurador Geral da República respectivamente, tinha como objetivo atribuir ao artigo 1.723 do Código Civil, que se referia a união estável entre homem e mulher, um novo entendimento no sentido de que o dispositivo legal supra, garantisse também a possibilidade de caracterização da união estável aos casais homoafetivos. É importante destacar que a norma do artigo 1.723 do CC, tem como objetivo basilar proteger os casais que mesmo não casados formalmente devem ser tutelados pelo Estado já que possuem o caráter de entidade familiar, tendo em vista sua convivência pública, contínua e duradora que demonstravam a sua intenção de constituir uma família.

Quanto ao mérito o Min. Relator Ayres Britto alegou em seu voto que a partir de uma interpretação conforme entre a Constituição e o artigo 1.723 CC, não existe qualquer impedimento que impeça o reconhecimento da união estável entre os casais homoafetivos, sendo certo que esses devem ter o mesmo tipo de tratamento atribuído aos casais heterossexuais já que a nossa lei maior prevê expressamente a impossibilidade de qualquer tipo de preconceito em razão do sexo e da diferença entre homem e mulher.

---

<sup>75</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277**. Partes: Procurador Geral da República, dentre outros -. Relator: Ayres Britto. 24/09/2009. Plenário. **Informativo 625**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4277&processo=4277>, acessado em 07/05/2011.



O Min. afirmou ainda que assim como a origem social, idade e cor da pele não podem ser considerados causa de merecimento, a sexualidade também não se configura como razão suficiente para dar mais benefícios a uns em detrimento de outros. O silêncio da Constituição sobre a possibilidade do exercício livre da sexualidade humana é mais um argumento que reforça a tese sobre a possibilidade de equiparação de direitos entre casais do mesmo sexo, já que se não existe proibição por parte da constituinte entende-se que é possível juridicamente.

Outro argumento utilizado é o fato do emprego da livre sexualidade humana revelar uma garantia à intimidade e a vida privada do indivíduo, podendo ser considerado um direito a personalidade, logo, por conseguinte trata-se também de um direito fundamental do indivíduo assegurado pelo conteúdo do § 1º do art. 5º da CRFB/88.

A demanda que versa sobre a possibilidade da união estável homoafetiva é um assunto reincidente, principalmente a partir do século XXI, fazendo com que a sociedade se posicionasse no sentido desse reconhecimento. Ademais, fere ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, o fato dos casais homoafetivos mesmo comprovando o caráter duradouro e estável de seus relacionamentos com o claro intuito de constituir uma família, não serem poderem gozar dos mesmos benefícios conferidos a casais heterossexuais em situações idênticas.

O que deve ser levado em consideração no momento da caracterização da união estável é o conceito de família e não a opção sexual adotada pelo casal, até porque tanto a união estável quanto o casamento são institutos jurídicos que visam preservar exatamente a família que merece proteção especial do Estado, pois se encaixa como a base da sociedade, vide artigo 226 da CRFB/88. Dessa forma, é importante uma nova interpretação do sistema jurídico para que haja isonomia no tratamento entre os casais independentemente de suas opções sexuais, já que ambos possuem o direito ao conteúdo do § 3º artigo 226 da CRFB/88, após comprovarem continuidade, visibilidade e durabilidade de seus relacionamentos.

A mudança de entendimento do artigo 1.723 CC, fazendo com que exista a possibilidade de reconhecimento da união estável aos casais homoafetivos, fará com que diversos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito como a dignidade da pessoa humana, proteção das minorias, isonomia, igualdade, dentre outros, sejam efetivos.

Tendo em vista o rico conteúdo dos votos dos Min. Ricardo Lewandowski e do Min. Gilmar Mendes, farei algumas considerações sobre esses, porque reputam alguns argumentos trazidos pelo voto do Min. Relator Carlos Ayres Britto, embora no final aceitem a possibilidade da união estável entre casais homoafetivos.



O Min. Ricardo Lewandowski alegou em seu voto que a relação entre pessoas do mesmo sexo não podem se valer do instituto da união estável, porque este exige que o casal seja formado entre pessoas de gêneros diferentes. Entretanto, tendo em vista a ausência de instituto que se aplique aos casos de entidade familiar previsto no rol taxativo do artigo 226 da CRFB/88, de pessoas do mesmo sexo, em medida emergencial deve haver uma integração analógica aplicando ao relacionamento homossexual o mesmo tratamento inerente a união estável heterossexual, até que exista legislação pertinente sobre o assunto.

O Min. Gilmar Mendes, por sua vez, reconheceu que por analogia deve ser o a artigo 226 § 3º da CRFB/88 interpretado extensivamente a fim de se reconhecer a possibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo, já que o direito a liberdade assegura que os indivíduos escolham livremente suas opções sexuais e ainda que a contínua falta de institutos jurídicos de proteção aos casais do mesmo fomenta a discriminação destes. Por fim, ressaltou que a Corte Constitucional prestou um grande serviço a sociedade como um todo porque caso esta Corte se omitisse existiria um agravamento no que se diz respeito a desproteção ao direito das minorias.

Com efeito, o voto do Min. Relator Carlos Ayres Britto prevaleceu e foi deferido por todo o Plenário o pedido da ADPF 132/RJ que pleiteava mudança de sentido dos artigos 1.723 CC e 226 § 3º da CRFB/88, sendo certo que os casais homoafetivos, após comprovarem os requisitos legais inerentes também aos casais heterossexuais, pudessem se valer do instituto da união estável.

### **3.6. Cancelamento da Súmula 394 STF – Inquérito 687/SP**

A súmula 394 STF<sup>76</sup>, criada em 1964, após vigorar durante mais de 35(trinta e cinco) anos em nosso ordenamento jurídico foi cancelada a partir de uma questão de ordem suscitada no Inquérito 687/SP.

A súmula<sup>77</sup> em questão dispunha em seu conteúdo sobre a possibilidade de prevalecer a competência de foro especial para julgar os ocupantes de cargos públicos e mandatários do povo mesmo após o final de seus mandatos.

---

<sup>76</sup> A Súmula 394 afirmava que: Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício".

Insta destacar que a prerrogativa especial de foro é um instrumento extremamente válido fazendo com que os indivíduos ao ocuparem cargos relevantes do Estado sejam julgados por órgãos superiores em prol da realização plena de suas funções e dos princípios da utilidade pública e maior independência das instâncias superiores.

É bem verdade que essa prerrogativa sofre algumas críticas principalmente pelo fato do artigo 5<sup>a</sup> CRFB/88 prever que todos são iguais perante a lei. Entretanto, tendo em vista a importância do cargo assumido pelo indivíduo, não se pode dizer que existe um tratamento mais benéfico, afinal somente existe vedação ao foro privilegiado e não ao especial.

A mudança de entendimento do STF fez com que fosse alterada a competência para processar e julgar os ex ocupantes de cargos público e ex mandatário, já que anteriormente se o delito ocorresse durante o período da função ou do mandato, o ex ocupante teria direito a foro especial. De fato, a presente súmula não tinha qualquer razão para prosperar tamanha sua falta de razoabilidade, pois basta imaginar que se um governador durante seu mandato praticasse algum delito, ele deveria ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça mesmo após o término de sua função ou até mesmo se renunciasse ao mandato.

No caso em voga houve uma evidente mutação constitucional do artigo 102, I, “b” da CRFB/88, pois o STF ao cancelar a súmula 394 demonstrou que dispositivo constitucional citado, deveria ser entendido de maneira restritiva, ou seja, a competência originária do Supremo para julgar e processar determinadas infrações comuns do Presidente da República, do Vice-Presidente, dos membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, deve se restringir a período de mandato desses. O Min. Relator Sidney Sanches proferiu em seu voto que a decisão que cancelou a súmula em debate deveria ter efeitos ex nunc, logo os casos já decididos antes deste julgado não seriam afetados e muito menos revistos.

A prerrogativa de foro especial está vinculada a proteção ao cargo ocupado e não a quem o ocupa, logo não existe qualquer argumento possível que consiga defender a tese da extensão dessa prerrogativa mesmo após o cumprimento da função ou do mandato. Considerar que a prerrogativa de foro especial possa ser interpretativa seria o mesmo que violar diretamente o artigo 5 da CRFB/88, que prevê a igualdade de todos perante a lei. O

---

<sup>77</sup> O cancelamento da súmula 394 STF, deu origem ao informativo 159, disponível em [http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=cancelamento\\_sumula\\_394&numero=159&pagina=17&base=INFO](http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=cancelamento_sumula_394&numero=159&pagina=17&base=INFO), acessado em 07/05/2011.

indivíduo ao deixar o cargo público, por qualquer que seja o motivo, deverá ter seu processo transferido para o foro comum, juízos de primeira instância, mesmo que os atos que deram origem ao processo tenham ocorrido no decorrer de sua passagem pelo cargo.

Ademais, se já não bastasse toda argumentação que ampara e justifica o cancelamento da súmula principalmente porque a prerrogativa de foro está intimamente ligada ao cargo e não a quem o ocupa, devemos ressaltar o caráter prático e célere que será dado no julgamento dos casos em que as ex autoridades estejam envolvidas. Essa celeridade se justifica porque a partir do momento que a apuração dos fatos ocorra no local onde estes se deram e não em Brasília ou nas Capitais, não será preciso expedição de cartas com intuito de angariar diligência probatória, ou seja, existe um claro ganho de eficiência e efetividade no processo.

Com efeito o cancelamento da súmula 394 do STF representou um marco no direito brasileiro porque mesmo após esta ficar em vigência de 1964 até 1999, o Supremo entendeu sobre a necessidade de mudar o entendimento quanto a extensão da prerrogativa de foro aos ex ocupantes de cargos públicos e ex mandatários, ou seja, houve uma mutação no artigo 102, I, "b" da CRFB/88 que trata sobre a competência originária do STF em processar e julgar determinados casos.

#### 4. CONCLUSÃO

A mutação constitucional é um fenômeno que visa transformar o sentido da norma constitucional sem que exista qualquer tipo de modificação no texto, por isso, é aplicada através da via informal de alteração constitucional. Esta mudança de sentido hermenêutico tem como função precípua equilibrar a tênue relação entre o texto constitucional e as novas demandas apresentadas pela sociedade, já que caso a Carta Magna não consiga acompanhar essa evolução social, ou seja, não consiga apresentar respostas às demandas apresentadas, esta ficará inócua e perderá de fato o seu sentido.

O Direito, assim como a sociedade que é regida por ele está em constante desenvolvimento, por isso considerar que apenas os atos normativos expostos em todo ordenamento jurídico serão suficientes para dar efetividade ao Direito, seria um erro. As normas devem servir apenas como um parâmetro com o intuito de fornecer as diretrizes que o intérprete deve seguir no momento de atribuir um novo sentido constitucional ao dispositivo legal. O Direito é dinâmico então suas normas devem estar em constante mutação para que a sociedade encontre as respostas das demandas apresentadas por ela, ou seja, a mutação constitucional é um mecanismo de extrema valia dado ao Direito para que esse possa de fato cumprir sua função original de reger a sociedade.

Assim sendo, este trabalho admite e reafirma a questão sobre a essencialidade da mutação constitucional e seus benefícios, pois se configura como um instrumento de extrema relevância para a plena eficácia da Constituição e do ordenamento jurídico em geral.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sem dúvida alguma, o Supremo Tribunal Federal teve alargado seus poderes e sua área de atuação, basta dizer que o artigo 102 da nossa Carta Magna intitula este órgão como sendo o guardião da Constituição. O STF, como é de notório saber, é a última instância do Poder Judiciário sobre questões constitucionais, sendo composto por 11 ministros escolhidos pelo Presidente da República e sabatinados pelo Senado Federal, por isso, fala-se em legitimidade reflexa, já que mesmo não sendo eleitos diretamente pelo povo os Ministros são escolhidos pelos representantes deste.

Considerando que o Estado possui o dever/poder de reger a sociedade através de seu ordenamento jurídico e que o STF é o guardião da CRFB/88, norma suprema que ampara e legitima a legislação infraconstitucional, é cediço o entendimento que este vem se tornando o órgão máximo do Poder Judiciário, que interpreta o texto constitucional para fazer valer a

vontade original do legislador originário. A partir destas funções, surge a necessidade de estudar-se o STF, pois suas decisões, que possuem caráter vinculante, afetam diretamente todas as relações sociais.

Após se compreender que a mutação constitucional é definida como mudança de sentido sem alteração do texto da norma constitucional, nada mais razoável e legítimo do que afirmar que a aplicação desse fenômeno é feita prioritariamente pelo STF, guardião da CRFB/88.

A partir dos julgados estudados no decorrer deste trabalho podemos observar que os limites impostos à aplicação da mutação constitucional estão sendo de fato respeitados de forma ampla pelo Supremo, porém não se consegue vislumbrar qualquer tipo de controle sobre atuação deste órgão.

Entendo que este problema, controle sobre os limites do STF na aplicação da mutação constitucional, ainda não foi alvo de intenso debate no mundo jurídico pela doutrina pátria porque a mutação possui realmente um objetivo nobre e essencial de aproximar a Constituição da realidade, contudo quando o Supremo utilizar deste mecanismo para criar normas constitucionais que por óbvio afetam toda a sociedade desvirtuando completamente sua função, estaremos diante de um enorme embrólio jurídico sem solução aparente. Sem dúvida, a necessidade de controle sobre o STF na aplicação da mutação constitucional ainda será alvo de muitos estudos e discussões doutrinárias, principalmente pelo crescimento do Supremo no cenário político e social.

É bem verdade que existe uma boa parcela da doutrina que critica a atuação do STF relacionada à mutação, afirmando que estaríamos caminhando a passos largos, como bem intitula Oscar Viñena, para a chamada Supremocracia do Supremo, onde este órgão do Poder Judiciário cada vez mais absorve novas competências e conseqüentemente poderes, caracterizando um desequilíbrio em relação aos Poderes Legislativo e Executivo, fazendo com que a sistemática adotada pela Separação de Poderes e sua idéia de freios e contra pesos seja fadada ao fracasso.

Entretanto, é de suma importância destacar que o STF como órgão do Poder Judiciário, ao se utilizar da mutação constitucional não está de forma alguma objetivando suprimir o Poder Legislativo e Executivo, pelo contrário, o objetivo é prestar um serviço que não está sendo prestado por esses Poderes. Tendo em vista o princípio da inércia inerente aos órgãos do Poder Judiciário, o STF somente atua quando é provocado pela jurisdição constitucional, logo a partir desta o STF não pode e nem deve se recusar a prestar sua contribuição.

O Congresso Nacional esta cada vez mais abdicando de seu poder de legislar, basta relembrar da citada matéria do jornal O Globo que demonstrou a existência de 30 mil projetos de leis estagnados presentes na Câmara dos Deputados e no Senado. A partir deste cenário o STF, como guardião da Constituição, não pode e nem deve somente declarar a mora do Poder Legislativo porque se assim fosse estaria deixando de dar efetividade a nossa Carta Magna. Dessa forma, diante da omissão do Poder Legislativo a Suprema Corte como não possui a função típica de legislar, deverá se utilizar da mutação constitucional para fazer com que mesmo sem alteração do texto, a Constituição continue sendo válida e eficiente na sua função de reger a sociedade.

A doutrina pátria tem de se render ao plano factual e reconhecer que desde a promulgação da constituinte em 1988 o Poder Legislativo tem abdicado de sua função de legislar. A omissão deste Poder afeta diretamente a sociedade que apesar de apresentar novas demandas não recebe respostas através de leis, ou seja, a mutação constitucional surge em um momento propício para fazer, através do STF, com que a sociedade continue a ser regida pelo ordenamento jurídico.

Ademais, é importante recordar que a idéia central da Separação de Poderes é fazer com que não exista concentração de um só Poder e que estes sejam harmônicos entre si, ou seja, nada mais razoável que o STF diante de uma deficiência do Poder Legislativo, o auxilie melhorando a elaboração de leis, mesmo que através somente de novos sentidos extraídos da norma, na sociedade.

A atuação do STF esta cada vez mais crescente no cenário nacional porque o Poder Legislativo não está cumprindo de forma plena e eficaz com sua função típica e originária de legislar. É um ciclo vicioso bastante lógico, porque a partir do momento que a sociedade estando em desenvolvimento apresenta novas demandas e o Poder Legislativo não cria normas para que essas sejam solucionadas, os indivíduos provocam o Poder Judiciário, através do STF para que as demandas sejam de fato solucionadas. Neste momento, configurada a falta de resposta do Poder Legislativo, não pode se esperar outra atitude do STF que não seja a mudança de entendimento de determinadas normas constitucionais, mesmo sem a alteração do seu texto, para que a Constituição se adéqüe a realidade social que está regendo.

A sociedade cada vez mais apresenta novas demandas e espera que estas sejam solucionadas em tempo relativamente hábil, pois a demora não só faz com que o ordenamento jurídico deixe de exercer sua função como também assume o risco de quando solucionada a demanda esta já esteja superada.

A questão sobre a possibilidade de união estável entre homossexuais, demonstrada no presente trabalho, é um bom exemplo da falta de eficiência do Poder Legislativo, basta fazer uma análise de quanto tempo a sociedade apresentou essa demanda e nenhuma providência foi tomada. Diante da inefetividade do Poder Legislativo e Executivo, mais uma vez o STF teve de abordar uma questão polêmica para responder a uma demanda social e decidiu que no caso em voga deveria ocorrer uma mutação constitucional no artigo 1.723 CC e 226 § 3ª CRFB/88, fazendo com que fosse admitida a união estável entre casais homossexuais.

O STF ao assumir a responsabilidade de enfrentar casos polêmicos demandados pela sociedade, ao contrário do que muitos pensam, não estará o fazendo com intuito de se tornar um super Poder até porque essa exposição faz com que o Supremo seja alvo de diversas críticas e até mesmo questionamentos. É importante que se compreenda essa afirmativa, já que a atuação do STF na aplicação da mutação ocorre em boa parte pela falha na prestação do Poder Legislativo e não para suprimir outros poderes, por isso foi importante demonstrar a partir dos julgados estudados, que os limites impostos á mutação estão sendo respeitados.

Ademais as tomadas de decisão pelo STF gozam de plena legitimidade por 3 (três) motivos:

- 1- Os ministros são escolhidos pelo chefe do Executivo e sofrem sabatina pelo Senado Federal, ou seja, fica caracterizada a legitimidade reflexa dos ministros.
- 2- Existem instrumentos que são permitidos para dar um maior grau de legitimidade democrática às decisões, como a possibilidade do Amicus Curiae e da Audiência Pública, fazendo com que o Tribunal se torne um espaço democrático de reflexão e argumentação. A presença destes instrumentos faz com que a decisão do STF além de ganhar legitimidade democrática, co divida a responsabilidade com a sociedade.
- 3- Por fim o fato da própria Constituição intitular o STF como o guardião de seu texto já é mais do que suficiente para lhe conferir legitimidade.

É de suma importância que se entenda a essencialidade da mutação constitucional a partir de uma sistemática jurídica como a do Brasil em que o Poder Legislativo simplesmente não legisla. A mudança hermenêutica deve ser considerada como uma medida imprescindível no cenário atual mas que perderá naturalmente sua força de atuação a partir do momento em que o Poder Legislativo cumpra com sua função típica.

O que este trabalho acadêmico buscou demonstrar além de toda sistemática em relação a mutação constitucional, foi que esse fenômeno realmente era essencial para o Direito, tendo

em vista sua dinamicidade e que o STF está o aplicando, na maioria das vezes, de maneira correta respeitando seus limites.



## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto, **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, São Paulo: Saraiva, 2009, p.126.

BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 26.603-1**. Impetrante: Partido Político PSDB. Impetrado: Senhor Presidente da Câmara dos Deputados – SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Acesso em 15/04/2011, disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121>>.

BRASIL. Regimento Interno da Câmara dos Deputados, com acesso em 09/05/2011 no endereço:  
[http://www.camara.gov.br/internet/legislacao/regimento\\_interno/RIPdf/RegInterno.pdf](http://www.camara.gov.br/internet/legislacao/regimento_interno/RIPdf/RegInterno.pdf)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3916**. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Governador do Distrito Federal - DF. Relator: Eros Grau. 03/02.2010. Plenário. **Informativo 562**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI+3916&base=baseAcordaos>, acesso em 07/05/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 27931**. Impetrante: Membros do Congresso Nacional. Impetrado: Senhor Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Celso de Mello 16/12/2009. **Informativo 572**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=27931&classe=MS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acessado 08/05/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Re 466.343**. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Tribunal de Justiça - SP. Relator: Cesar Peluso. 03/12/2008. Plenário. **Informativo 531**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=466343&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> , acessado em 07/04/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277**. Partes: Procurador Geral da República, dentre outros -. Relator: Ayres Britto. 24/09/2009. Plenário. **Informativo 625**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4277&processo=4277> , acessado em 07/05/2011.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em 28/04/2011.

BRITO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002

CASADO, José. Um século para votar os 30 mil projetos em tramitação. O GLOBO (Blog do Noblat), dia 15.05.2011. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/noblat/posts/2011/05/15/um-seculo-para-votar-os-30-mil-projetos-em-tramitacao-380137.asp>. Acesso em: 17.05.11.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo**. São Paulo: RT, 1994.

\_\_\_\_\_. *Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

HORTA, Raul Machado, **Revista do Tribunal de Constas do Estado de Minas Gerais**, edição 2002, acessado em 16/05/2011, que pode ser encontrado no endereço [www.tce.mg.gov.br/revista](http://www.tce.mg.gov.br/revista)

KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Tradução: Luis Carlos Borges

LENZA, Pedro de. **Direito Constitucional Esquemático**. 13ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil**. São Paulo: Nova Cultural, Coleção Pensadores, 1978.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010,

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **O Espírito das Leis**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. **Mutação constitucional e STF. Limites**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1665, 22 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10876>>. Acesso em: 3/05/ 2011

Resolução n. 7 do CNJ foi acessada em 16/05/2011, Disponível em <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12121-resolu-no-7-de-18-de-outubro-de-2005-original>.

SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder da reforma constitucional**. Salvador: Livraria Progresso, 1954, p. 37.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**. Trad. Norma Azeredo, 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001

\_\_\_\_\_. **Poder Constituinte e Poder Popular**. 1ª ed., Editora Malheiros, 2000,

TEMER, Michel, **Elementos de Direito Constitucional**. 18ª. ed.. São Paulo: Malheiros, 2002

<<http://www.tipografiavirtual.blog.br/artigo.asp?id=152&pl=raio-x-do-regime-militar-no-brasil-de-1964-a-1985>>. Acesso em 07/04/2011.

<[http://www.harvardlawreview.org/issues/120/may07/Lecture\\_4367.php](http://www.harvardlawreview.org/issues/120/may07/Lecture_4367.php)> Acesso em: 07/04/2011.

O cancelamento da súmula 394 STF, deu origem ao informativo 159, disponível em [http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=cancelamento\\_sumula394&numero=159&pagina=17&base=INFO](http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=cancelamento_sumula394&numero=159&pagina=17&base=INFO) , acessado em 07/05/2011.