

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

LAÍS FRANÇA MEDEIROS

**O PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE:** apontamentos sobre a tese da mutação constitucional do art.
52, X, da Constituição da República de 1988

São Luís
2016

LAÍS FRANÇA MEDEIROS

**O PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE:** apontamentos sobre a tese da mutação constitucional do art.
52, X, da Constituição da República de 1988

Monografia apresentada ao Departamento de Direito,
como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em
Direito, pela Universidade Federal do Maranhão.

Orientador: Prof. Me. Felipe Costa Camarão

São Luís

2016

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Medeiros, Laís França.

O Papel do Senado Federal no Controle Difuso de Constitucionalidade: apontamentos sobre a tese da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição da República de 1988 / Laís França Medeiros. - 2016.

83 f.

Orientador: Felipe Costa Camarão.

Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2016.

1. Controle Difuso de Constitucionalidade. 2. Direito Constitucional. 3. Mutação Constitucional. 4. Senado Federal. I. Camarão, Felipe Costa. II. Título.

LAÍS FRANÇA MEDEIROS

**O PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE:** apontamentos sobre a tese da mutação constitucional do art.
52, X, da Constituição da República de 1988

Monografia apresentada ao Departamento de Direito,
como requisito para a obtenção do Grau de Bacharel em
Direito, pela Universidade Federal do Maranhão.

Aprovada em: ____/____/____ Nota: ____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Felipe Costa Camarão (Orientador)
Universidade Federal do Maranhão

1º Examinador (a)

2º Examinador (a)

Aos meus pais e irmãos, por todo o amor e carinho que sempre me dedicaram.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, a quem tudo devo, por me guiar a cada passo e por ter me permitido concluir essa importante etapa.

Aos meus pais, Nonato e Roberta, razões da minha vida, pelo amor, carinho e constante dedicação.

Aos meus irmãos, Caê e Igor, pelo companheirismo e amizade.

A minha querida avó, Nilva, pelo exemplo de vida e de amor.

Ao meu namorado, Jesus Neto, pela compreensão, ajuda e incentivo diários.

Ao orientador, Felipe Costa Camarão, pela disponibilidade e também pelas lições, que me permitiram melhor conduzir este trabalho.

Aos colegas de curso, pelos cinco anos de caminhada, em que muito aprendi.

RESUMO

Estudo acerca do papel desempenhado pelo Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade à luz da tese da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Trata-se de estudo que visa analisar a legitimidade da tese relativa à mudança informal da atribuição constitucionalmente designada ao Senado Federal no âmbito do controle difuso de constitucionalidade para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Vale-se, para tanto, de método dedutivo e de técnica de pesquisa bibliográfica e documental, com destaque à revisão da literatura especializada. Nesse contexto, analisa o modelo difuso de controle de constitucionalidade brasileiro e o papel do Senado Federal neste, apontando as principais divergências doutrinárias sobre o tema. Identifica as características e particularidades do fenômeno da mutação constitucional, a partir de suas premissas fundamentais, sobretudo, as que dizem respeito a sua limitação, de modo a aferir a razoabilidade da releitura proposta. A partir da apresentação da tese encetada no julgamento da Reclamação Constitucional nº 4.335-5/AC no Supremo Tribunal Federal pelo Ministro Gilmar Mendes, confronta os argumentos favoráveis e contrários à proposição. Finalmente, avalia os prováveis efeitos e consequências da adoção da tese da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição da República, concluindo, em razão de violação aos limites impostos ao fenômeno de mudança informal desta, pela sua não constatação.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Controle Difuso de Constitucionalidade. Mutação Constitucional. Senado Federal.

ABSTRACT

Study on the role of the Senate in the diffuse control of constitutionality in light of the constitutional mutation of article 52, X, of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. This is study that aims at analyzing the legitimacy of the thesis concerning the informal change constitutionally designated assignment to the Senate under the diffuse control of constitutionality to stay the execution, in whole or in part, of law declared unconstitutional by final decision of the Supreme Court. It is, thus, deductive method and bibliographic and documentary research technique, with emphasis on review of specialized literature. In this context, analyzes diffuse control model of constitutionality and the role of the Senate in this, pointing out the main doctrinal differences about the topic. Identifies the characteristics and particularities of the constitutional mutation phenomenon, from its fundamental assumptions, especially those that relate to his limitation, in order to assess the reasonableness of the proposed retelling. From the presentation of the thesis pursued at trial of the Constitutional Complaint n°. 4.335-5/AC at the Supreme Court by the Minister Gilmar Mendes, confronts the arguments in favour and against the proposition. Finally, evaluates the probables effects and consequences of the adoption of the constitutional mutation of art. 52, X, of the Constitution of the Republic, concluding, in violation of the limits placed on the phenomenon of informal change this, by its not finding.

Keywords: Constitutional Law. Diffuse Control of Constitutionality. Constitutional Mutation. Federal Senate.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	Artigo
CCJ	Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
HC	Habeas Corpus
MI	Mandado de Injunção
RCL	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO	13
2.1	Conceito e origem	14
2.2	Legitimidade	17
2.3	Competência	18
2.4	Os efeitos da decisão no controle difuso de constitucionalidade	21
2.5	O papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade	25
2.5.1	Natureza do ato do Senado Federal	27
2.5.2	Efeitos temporais da suspensão	29
2.5.3	Abrangência da resolução senatorial	31
2.5.4	Pertinência da atuação senatorial em controle concentrado	31
3	O FENÔMENO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	33
3.1	Origem e fundamento	34
3.2	Conceito	37
3.3	Manifestação	40
3.3.1	Mutação pela interpretação constitucional	41
3.3.2	Mutação por construção constitucional	43
3.3.3	Mutação pelos costumes.....	44
3.4	Limites	45
3.5	Mutação inconstitucional	48
4	A TESE DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, DA CRFB/88 ...	52
4.1	Reclamação Constitucional nº 4.335-5/AC	52
4.2	A proposição dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau	57
4.3	Disposições contrárias à plausibilidade da tese da mutação constitucional	67
4.4	Consequências da adoção da tese da mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88	73
5	CONCLUSÃO	77
	REFERÊNCIAS	80

1 INTRODUÇÃO

De expressiva inspiração norte-americana, o controle difuso de constitucionalidade brasileiro é o mecanismo através do qual qualquer juiz ou Tribunal verifica a compatibilidade de lei ou de ato normativo para com a Lei Fundamental. É dito, ainda, incidental e concreto, posto que a inconstitucionalidade é suscitada como prejudicial de mérito pelas partes integrantes de uma demanda subjetiva submetida à juízo.

Assim, é que enquanto na via concentrada e abstrata de controle, a controvérsia constitucional coincide com o pedido do processo objetivo, na via difusa e incidental figura tão somente como causa de pedir.

Desse modo, por ser a controvérsia suscitada no bojo de um processo subjetivo, em que as partes alegam a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo com vistas à obtenção de determinado bem da vida, a decisão acerca da inconstitucionalidade do diploma normativo tem eficácia subjetiva restrita às partes, produzindo, assim, apenas efeitos *inter partes* e eficácia não vinculante.

A despeito de forte influência do sistema norte-americano de controle, em que as decisões acerca da inconstitucionalidade vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário em razão do *stare decisis*, atingindo para além das partes litigantes, o modelo brasileiro não incorporou tal instituto, convivendo durante determinado período com a inoportuna necessidade de que os demais interessados recorressem ao Poder Judiciário para ver afastada, do caso concreto, a aplicação de norma já anteriormente tida como inconstitucional.

Com vistas a superar tal inconveniente, o constituinte de 1934 outorgou ao Senado Federal a competência para suspender a execução de leis ou atos normativos que fossem declarados inconstitucionais por decisão do Supremo Tribunal Federal, expandindo, dessa forma, a eficácia subjetiva da decisão no controle difuso de constitucionalidade que terá, nessa hipótese, efeitos relativamente a todos.

À exceção da Constituição de 1937, todas as que se seguiram incorporaram a atribuição designada ao Senado Federal no controle de constitucionalidade das leis, restando tal competência inscrita no art. 52, X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que prevê a atuação senatorial para suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Embora a Constituição de 1988 tenha previsto tal atribuição, a mesma concedeu novos contornos ao modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, dando ênfase ao controle abstrato de normas através da ampliação da legitimação para a propositura das ações diretas de

inconstitucionalidade e também pela previsão da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, inserindo-se em 1993, por via da Emenda Constitucional nº 3, a Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Sob esse novo contexto delineado pela Carta de 1988, há que se falar em efetiva expansão das decisões com efeitos *erga omnes*, isto porque, são proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade cujas decisões, via de regra, possuem eficácia vinculante e efeitos daquela espécie.

Assim, é que se até aquele marco temporal prevalecia na jurisdição constitucional brasileira o modelo difuso de controle de constitucionalidade, em que se exigia a atuação do Senado Federal para ampliar os efeitos da decisão, após 1988, há efetiva convivência dos dois modelos, falando-se, então, em um sistema misto de controle de constitucionalidade.

Nesse cenário coloca-se a tese erigida por Gilmar Ferreira Mendes na Reclamação Constitucional nº. 4.335-5/AC, em que argumenta a ocorrência de autêntica mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição da República, não se exigindo, em virtude da mutação, para eficácia geral da decisão do Supremo no controle difuso, a edição de resolução suspensiva pelo Senado Federal.

Segundo o Ministro, com a ênfase dada pelo constituinte de 1988 ao modelo concentrado de controle de constitucionalidade, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal, ainda que em sede de controle difuso, seriam dotadas, por si só, de efeitos *erga omnes*, sendo dispensável e meramente histórica a competência designada ao Senado Federal para, através da suspensão da execução, outorgar efeitos *erga omnes* à decisão.

Conforme a proposição encetada, o Senado Federal deixaria de ser privativamente competente para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, como preceitua o texto constitucional, para ter simples atribuição de dar publicidade às decisões definitivas de mérito daquele Tribunal, que seriam, *per si*, dotadas de eficácia subjetiva genérica.

Sufragada pelo Ministro Eros Grau, para quem o dispositivo inscrito no art. 52, X, da Constituição teria um novo texto, tal tese foi objeto de diversas críticas e ponderações não apenas no curso do julgamento da referida reclamação, como também pela doutrina especializada.

Sob essa perspectiva, o presente trabalho parte da seguinte problemática: a tese da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição da República, tal como encetada da Reclamação Constitucional nº 4.335-5/AC, é dotada de plausibilidade, merece acolhimento?

A partir desta problemática, metodologicamente realiza abordagem dedutiva, partindo da fixação de premissas gerais para obter, ao final, conclusões particulares. Ademais, vale-se de técnica de pesquisa bibliográfica e documental, com especial destaque à revisão de literatura.

Deve-se ressaltar, ainda, a importância da temática objeto deste estudo, tendo em vista que a adoção da tese da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição da República implicaria, de forma primeira, substancial modificação do papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade das leis, que passaria atuar como órgão de publicação das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, sendo adotada a tese da mutação constitucional, o Senado Federal exerceria apenas a função de órgão de publicidade das decisões Supremo Tribunal Federal, de modo que, em controle difuso ou concentrado, as decisões definitivas de mérito daquele Tribunal acerca da inconstitucionalidade produziriam, independentemente da edição de resolução pelo órgão senatorial, efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante, o que, sobremaneira, limitaria a autonomia dos demais órgãos do Poder Judiciário, que restariam vinculados a tais decisões.

Ademais, percebe-se que há notável supressão de competência constitucionalmente atribuída ao Senado Federal, de modo a violar o princípio da separação de poderes, além de vulnerar os limites impostos ao fenômeno da mutação constitucional, sobretudo no que concerne ao texto e conteúdo constitucional, daí a relevância social e científica do tema em análise.

Em razão da relevância de tal problemática, neste trabalho busca-se investigar a idoneidade da tese da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição da República e, também, seus prováveis efeitos, a partir dos argumentos da literatura especializada, bem como da análise das proposições favoráveis e contrárias à ocorrência da mutação constitucional sob apreço.

Especificamente, almeja examinar o controle difuso de constitucionalidade brasileiro, bem como o papel do Senado Federal neste, além de identificar as premissas fundamentais acerca do fenômeno da mutação constitucional. Ainda quanto aos objetivos específicos, busca avaliar os argumentos acerca da tese da mutação constitucional do dispositivo em comento, apresentados pelos membros da Corte no julgamento e também pela doutrina.

Para tanto, o presente trabalho monográfico está estruturado em três partes, a saber: o controle difuso de constitucionalidade brasileiro; o fenômeno da mutação constitucional; e a tese da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

No primeiro capítulo, examina-se o modelo difuso de controle de constitucionalidade, através da apresentação de seus principais aspectos, bem como o papel do Senado Federal neste e as divergências mais relevantes em relação ao tema, com a finalidade de delimitar o campo de atuação senatorial, assim como seus contornos.

Por sua vez, no segundo capítulo, estuda-se a mutação constitucional, tomando como premissa para tal abordagem a necessidade de se harmonizar a estabilidade e o dinamismo da Constituição, buscando adequá-la e dar-lhe sentidos mais ajustados à realidade circundante. Para tanto, discorre sobre o fenômeno da mutação constitucional a partir de seu conceito, fundamento e limites, ponderando, ao final, acerca das mutações inconstitucionais.

Finalmente, no terceiro capítulo apresenta-se a tese da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição da República, a partir da exposição das proposições expendidas pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros no julgamento da Reclamação nº. 4.335-5/AC, bem como dos argumentos contrários a tal tese esgrimidos pelos o que a ela se opuseram, não apenas no Supremo Tribunal Federal, como no âmbito doutrinário, para ao final, discutir acerca dos prováveis efeitos e consequências que adviriam de sua adoção, assim como a legitimidade da referida tese em razão destes.

2 CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

O controle difuso de constitucionalidade das leis é, indubitavelmente, tema de importância expressiva para o Direito Constitucional. É, ademais, assunto de determinada complexidade e objeto de consideráveis análises e investigações por parte dos estudiosos daquela área. Por essa razão, convém destacar aqui a relevância dos conceitos e referenciais teóricos para a compreensão do problema a que se propõe averiguar, sem, contudo, pretender esgotá-los neste exame, que se limitará à abordagem de aspectos indispensáveis à compreensão da temática e dos capítulos seguintes.

À vista disso, faz-se necessária breve análise acerca do conceito e da finalidade do controle de constitucionalidade, para que apenas posteriormente se possa minudenciar acerca da modalidade difusa de controle e de sua aplicação no ordenamento constitucional brasileiro.

Por controle de constitucionalidade deve-se compreender a técnica de verificação da compatibilidade existente entre as leis e atos normativos do poder público e a Constituição da República, tendo como finalidade garantir a supremacia material e formal da Lei Maior.

Nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior define o controle de constitucionalidade como a “atividade de fiscalização da validade e conformidade das leis e atos do poder público à vista de uma Constituição rígida, desenvolvida por um ou vários órgãos constitucionalmente designados”.¹

Acerca do conceito e da finalidade do controle de constitucionalidade, leciona Kildare Gonçalves Carvalho:

Constituição e constitucionalidade são conceitos indeligiáveis, e o controle de constitucionalidade, técnica de limitação do poder, através da submissão dos poderes instituídos, visa garantir, por vários mecanismos, a supremacia material e formal da Constituição sobre as leis e os atos do governo e da administração.²

Trata-se, portanto, de mecanismo de tutela da supremacia constitucional, vez que visa aferir a conformidade entre as leis e atos normativos do poder público e a Carta Magna. Nessa esteira é o entendimento de José Afonso da Silva, ao afirmar ser o controle de

¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 269.

² CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 15. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 361.

constitucionalidade técnica especial destinada à defesa da supremacia constitucional contra as inconstitucionalidades.³

Decerto que o controle de constitucionalidade provém da necessidade de salvaguardar a supremacia constitucional, tendo em vista que, como bem salienta Felipe Camarão, a concepção acerca da inconstitucionalidade correlaciona-se à ideia de que a Constituição é *Lex Fundamental* de uma ordem jurídica, sendo pertinente afirmar que para uma regra ser válida em um ordenamento jurídico, é imprescindível que ela colha seu fundamento de validade em norma superior como o é a Constituição.⁴

Isto posto, cabe, então, analisar o controle difuso de constitucionalidade brasileiro quanto ao conceito, origem e demais particularidades.

2.1 Conceito e origem

O controle difuso de constitucionalidade é aquele realizado por qualquer juiz ou Tribunal, no bojo de um caso concreto submetido a sua análise, e que visa a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo como meio de tutelar determinado bem da vida.

Com efeito, o controle de constitucionalidade será tido como difuso quando possibilitar a todo e qualquer juiz ou Tribunal o exame da inconstitucionalidade de uma norma e caso seja verificada esta, a sua não-aplicação ao caso levado à apreciação.⁵

Destaque a que a não-aplicação da norma inquinada de inconstitucionalidade configura poder-dever do juiz ou Tribunal que realizar o controle de constitucionalidade, em razão de tratar-se de atribuição inerente ao desempenho da função jurisdicional.⁶

Ivo Dantas, dissertando sobre as características do modelo difuso de constitucionalidade, destaca o poder do magistrado, que se manifesta tão somente na resolução de pleito que lhe é submetido a exame, não havendo, como consequência, procedimento específico de inconstitucionalidade, em razão de ser esta aclarada dentro de um processo determinado.⁷

³ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 49.

⁴ CAMARÃO, Felipe Costa. Inconstitucionalidade Progressiva na Visão do Supremo Tribunal Federal: Uma Técnica de Efetivação dos Direitos Fundamentais. **Cadernos UNDB**, Ano II, n. 2, p. 157-185, jan./dez. 2007, p. 160.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 193.

⁶ Ibid, p. 489.

⁷ DANTAS, Ivo. **O valor da constituição**: do controle da constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional. 2. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 63.

No tocante à origem, o controle difuso de constitucionalidade foi formalizado em 1803, com a decisão de John Marshall, *Chief Justice* da Suprema Corte americana, no julgamento do memorável caso *Marbury vs. Madison*.

Tal caso foi levado à apreciação da Suprema Corte através de *writ of mandamus* impetrado por William Marbury, que tinha por finalidade a efetivação de sua nomeação como juiz de paz do condado de Washington, posto que, a despeito de ter sido nomeado para o cargo pelo presidente John Adams, pouco antes do término do mandato deste, não teria lhe sido entregue o ato de comissão, instrumento hábil a consumir a sua nomeação.

Thomas Jefferson, ao assumir como novo presidente dos Estados Unidos, determinou a James Madison, seu Secretário de Estado, que não mais procedesse a efetivação da nomeação de Marbury. Irresignado, este recorreu a Suprema Corte, intentando a efetivação de sua nomeação e posse.

Por ocasião do julgamento, John Marshall, *Chief Justice*, reconheceu a competência da Corte para afastar a aplicação de lei que contrariasse a Constituição, consagrando não apenas a supremacia constitucional, como também a competência do Poder Judiciário para o exercício do controle de constitucionalidade, sedimentando, desse modo, as bases do controle difuso de constitucionalidade.

Nesse contexto, sob forte influência do sistema norte-americano de controle de constitucionalidade, o controle difuso foi incorporado ao ordenamento constitucional brasileiro em 1891, tendo sido mantido pelos textos constitucionais que se seguiram.

Em que pese a previsão constitucional tenha se dado apenas em 1891, o Decreto nº. 510, de 1890, também denominado de Constituição provisória, já consagrava o modelo difuso de controle de constitucionalidade. É que em seu art. 58, §1º, a e b, já se estabelecia a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar recurso interposto contra sentença da justiça dos Estados em última instância “quando se questionar sobre a validade, ou a aplicabilidade de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal for contra ela” e “quando se contestar a validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou leis federais e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos os atos, ou leis impugnadas”.⁸

O Decreto nº. 848, de 11 de outubro de 1890, por sua vez, previu em seu art. 3º a competência da magistratura federal para intervir, em espécie e por provocação da parte, na

⁸ BRASIL. **Decreto nº 510**, de 22 de junho de 1890. Publica a Constituição dos Estados Unidos do Brazil Disponível em: <
http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=510&tipo_norma=DEC&data=18900622&link=s>. Acesso em: 09 de jun. 2016.

guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, o que, segundo Celso Agrícola Barbi, veio a consagrar no direito brasileiro o sistema de controle por via de exceção.⁹

Sistema esse que também é denominado de controle incidental e por via de defesa, uma vez que a controvérsia quanto à constitucionalidade é suscitada de forma incidental por qualquer das partes no curso de um processo judicial, tratando-se, portanto, de questão prejudicial ao mérito da causa e não o objeto desta.

Nesse sentido é a lição de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, ao afirmar que:

[...] tal controle é também denominado: incidental, *incidenter tantum*, por via de exceção, por via de defesa, concreto ou indireto. Todas essas designações remetem ao fato de que, no controle difuso, a controvérsia sobre a constitucionalidade representa uma questão acessória (um incidente) a decidir, surgida no curso de uma demanda judicial que tem como objeto principal o reconhecimento ou a proteção de um direito alegado em um caso concreto.¹⁰

Por meio da via de defesa ou de exceção, toda e qualquer parte, no bojo de uma demanda concreta, poderá alegar a inconstitucionalidade como questão prejudicial, competindo ao juiz ou tribunal decidi-la, para que, só então possa resolver a questão principal posta ao juízo.

É o que explica Kildare Gonçalves Carvalho:

A declaração de inconstitucionalidade não é objeto da lide, mas questão prejudicial, premissa lógica da conclusão da solução do problema principal. O que a parte pede no processo é o reconhecimento do seu direito, afetado, no entanto, pela norma cuja validade se questiona. O juiz, nessa ótica, não decide sobre a questão constitucional, como objeto principal do processo. Por isso mesmo é que a inconstitucionalidade não figura no dispositivo da sentença.¹¹

Nota-se, portanto, que a alegação de inconstitucionalidade da lei, no controle difuso de constitucionalidade, será analisada como pressuposto lógico para a resolução do conflito levado a juízo, consistindo na causa de pedir e não no pedido processual.

Assim, é que diferentemente do controle abstrato de constitucionalidade, em que a alegação de inconstitucionalidade se confunde com o pedido do processo objetivo, no controle difuso-concreto de constitucionalidade, será tão somente a causa de pedir.

⁹ BARBI, Celso Agrícola. Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito**, n. 7, p. 45-63, 1967. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/941/879>>. Acesso em: 09 jun. 2016.

¹⁰ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Controle de constitucionalidade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 39.

¹¹ CARVALHO, 2009, p. 427.

2.2 Legitimidade

Como já exposto, o controle difuso-incidental de constitucionalidade realiza-se no bojo de um caso concreto submetido a exame pelo Poder Judiciário, caracterizando-se, assim, pela “verificação concreta de inconstitucionalidade”¹². Assim sendo, possuem legitimidade para provocar o exame da inconstitucionalidade as partes em qualquer demanda, aqueles que integrem a relação processual na qualidade de terceiros, o Ministério Público, como *custos legis*, e o juiz ou Tribunal, *ex officio*.

Sabe-se que o controle difuso-incidental de constitucionalidade é provocado por via de exceção, tendo-se por exceção aquela deduzida passivamente ou ativamente, de modo que a alegação de inconstitucionalidade pode ser suscitada tanto pelo autor, quanto pelo réu, quando da resposta.

Nesse sentido é a lição de Dirley da Cunha Júnior:

[...] o controle incidental ou *incidenter tantum* é provocado, no direito brasileiro, por via de exceção, entendendo-se, aqui, por exceção, não um meio de defesa indireta do processo, mas no sentido amplo que abrange qualquer defesa oposta a uma lesão ou ameaça de lesão a direito, pouco importando, hodiernamente, se essa defesa é realizada passivamente, ou seja, pelo interessado residindo no pólo passivo de alguma ação contra ele intentada, ou se ela se dá numa ação proposta pelo interessado, em posição ativa, atacando, desde logo, o ato violador a direito seu, já praticado ou simplesmente ameaçado de ser praticado, com fundamento em lei ou ato normativo inconstitucional.¹³

Demais disso, em se tratando de questão incidental, a ser examinada na fundamentação do ato decisório, o reconhecimento da inconstitucionalidade pode se dar, inclusive, de ofício, sem que tenha havido provocação das partes.¹⁴

Pode, portanto, o juiz ou Tribunal a que couber a apreciação da controvérsia, declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo independentemente de provocação. Isto porque, trata-se de poder-dever a defesa da Lei Maior, sendo tal atribuição inerente à atividade judicante.

Ademais, conforme o entendimento de Uadi Lammêgo Bulos, o Supremo Tribunal Federal poderá, em sede de recurso extraordinário, examinar a questão da

¹² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 997.

¹³ CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 323.

¹⁴ NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012, p. 257.

inconstitucionalidade, mesmo ausente o prequestionamento, em razão de lhe competir a guarda da Constituição, consoante a redação do art. 102, *caput*, da Constituição da República.¹⁵

Vale destacar, contudo, que tal prerrogativa não se estende aos demais legitimados, sendo quanto a estes invencível o requisito do prequestionamento.

Quanto à legitimação do Ministério Público para suscitar a controvérsia acerca da constitucionalidade, leciona aquele autor:

[...] O *Parquet* deve manifestar-se sempre que for arguida a inconstitucionalidade na via de defesa. Ele é o fiscal da lei (*custos legis*). Mesmo nos processos que, em rigor, não tenha de intervir, é preciso convocá-lo para que se manifeste sobre a questão prejudicial.¹⁶

Desse modo, o Ministério Público além de legitimado para provocar o controle difuso de constitucionalidade, através da propositura de ação civil pública, *v.g.*, também tem a função de *custos legis*, devendo se manifestar sobre a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo sempre que a controvérsia acerca daquela for suscitada.

2.3 Competência

O controle difuso de constitucionalidade pode ser exercido por qualquer juiz ou Tribunal, observadas as regras processuais de competência.

Deve-se destacar que o controle difuso é definido como tal em razão de todos os juízes e Tribunais, quaisquer que sejam sua natureza ou grau, poderem desempenhar o controle de constitucionalidade das leis e atos do poder público.

No primeiro grau, o juiz examinará a controvérsia acerca da inconstitucionalidade de forma originária, cabendo ao Tribunal, por sua vez, a análise originária e recursal do incidente de inconstitucionalidade.

No que diz respeito aos Tribunais, cumpre destacar a cláusula de reserva de plenário, também denominada regra do “*full bench*”, insculpida no art. 97 da Constituição da República, que exige para a declaração de inconstitucionalidade pelos Tribunais o voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial. Quanto a este, prevê o art. 93,

¹⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 207.

¹⁶ *Idib*, p. 206.

XI, da Carta, a possibilidade de sua criação nos tribunais com mais de vinte e cinco julgadores, para o “[...] exercício das atribuições delegadas da competência do tribunal pleno [...]”.¹⁷

Assim, para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, o Tribunal deverá observar a exigência do voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial, onde houver.

Tal exigência decorre do princípio da presunção de constitucionalidade das leis e figura como condição de eficácia do ato decisório, que declara a inconstitucionalidade da lei ou de ato estatal.

Kildare Gonçalves Carvalho corrobora com o exposto quando assinala que a regra do “*full bench*” é decorrente do princípio da constitucionalidade das leis e objetiva, primordialmente, impedir que tal preceito seja limitado por decisões que não traduzam a convicção do Tribunal.¹⁸

Em sintonia com o entendimento deste autor, Luís Roberto Barroso assevera que “a reserva de plenário espelha o princípio da presunção da constitucionalidade das leis, que para ser infirmado exige um *quórum* qualificado do tribunal”.¹⁹

Quanto à natureza jurídica da cláusula de reserva de plenário, Alexandre de Moraes aduz a atuação desta como efetiva condição de eficácia jurídica da declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do poder público, sendo aplicável tanto na via difusa, quanto no controle concentrado de constitucionalidade.²⁰

Com efeito, Lúcio Bittencourt, ao analisar a natureza jurídica da regra prevista no art. 97, afirma que:

[...] não tem outro efeito senão o de condicionar a eficácia jurídica da decisão declaratória da inconstitucionalidade ao voto – nem mesmo à presença, mas ao voto, pronunciado pela forma que a lei ordinária estabelecer – da maioria dos membros do tribunal. O referido preceito não é, em si mesmo, nem uma regra de funcionamento, nem uma norma de competência: estabelece apenas uma condição de eficácia.²¹

Nessa perspectiva, verifica-se que a principal consequência da não observância à regra do “*full bench*” será a nulidade absoluta da decisão declaratória de inconstitucionalidade

¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 jun. 2016.

¹⁸ CARVALHO, 2009, p. 429.

¹⁹ BARROSO, 2012, p. 493.

²⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. rev. atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1135.

²¹ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 45-46.

proferida pelo órgão fracionário. Perfilha-se a esse entendimento Marcelo Novelino, para quem “a inobservância da cláusula da reserva de plenário fora das hipóteses supramencionadas acarreta a nulidade absoluta da decisão proferida pelo órgão fracionário”.²²

Destaque a que tal cláusula, consoante o entendimento do Supremo Tribunal Federal, deverá ser observada ainda que não haja declaração expressa da inconstitucionalidade. Desse modo, afastando, total ou parcialmente, a aplicação da lei ou ato normativo, deverá observar o Tribunal a regra insculpida no art. 97 da Constituição da República.

É o que explica Gilmar Ferreira Mendes:

Tema também importante relaciona-se à necessidade – ou não – de se observar a regra do art. 97 da Constituição no caso de não aplicação de uma dada norma ou de não adoção de determinada interpretação sem afetar a expressão literal (declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto). Entendemos que também nesse caso tem-se inequívoca declaração de inconstitucionalidade e, por isso, obrigatória se afigura a observância do disposto no art. 97 da Constituição Federal.²³

Nesse sentido, imperioso destacar a redação da Súmula Vinculante nº. 10 do STF, consoante a qual “viola a cláusula de reserva de plenário (CF, Artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência do todo ou em parte”.

Ainda no que diz respeito à observância do art. 97 da CRFB/88 pelos Tribunais quando da pronúncia de inconstitucionalidade, cumpre apontar a existência de exceção a tal regra.

É que, segundo o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal e positivado pelo legislador no parágrafo único, do art. 949 do Novo Código de Processo Civil, que mantém a dicção do parágrafo único, do art. 481, do Código de Processo Civil de 1973, os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do STF sobre a questão.

Infere-se da redação do supramencionado dispositivo legal que, havendo pronunciamento do Tribunal, de seu órgão especial ou plenário do Supremo Tribunal Federal acerca da controvérsia constitucional suscitada, será de atribuição dos órgãos fracionários do Tribunal ou do STF, o exame da inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, não se exigindo, portanto, para a declaração de inconstitucionalidade nessas hipóteses, o voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal ou de seu órgão especial.

²² NOVELINO, 2012, p. 271.

²³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1000.

Dirley da Cunha Júnior, aderindo a tal entendimento, considera que a reserva de plenário é regra que se impõe apenas quando houver modificação de orientação pelo órgão judicante.²⁴

Tal exceção à regra do “*full bench*”, segundo Bernardo Gonçalves Fernandes, tem por fundamento razão de instrumentalidade e economia processual, tendo em vista que havendo orientação do Tribunal acerca da inconstitucionalidade da lei dispensável se afigura a submissão de questão idêntica à apreciação pelo plenário.²⁵

Marcelo Novelino, igualmente, sustenta a desnecessidade de submissão de controvérsia acerca da inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, já objeto de pronunciamento pelo Tribunal:

[...] Existindo pronunciamento anterior sobre a constitucionalidade da norma por parte do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição incumbido de dar a última palavra em termos de interpretação constitucional, a adoção do mesmo entendimento pelo órgão fracionário prestigia a força normativa da Constituição. No caso de pronunciamento anterior do próprio tribunal, por ser a análise da constitucionalidade feita sempre em abstrato (incidente processual de natureza objetiva), o entendimento adotado pelo plenário (ou órgão especial) deve valer não apenas para o caso concreto em que surgiu o incidente, mas também como paradigma (*leading case*) para todos os demais processos da competência do tribunal. Seria irracional submeter ao pleno, por diversas vezes, a mesma questão já analisada anteriormente. Neste caso, ocorre uma vinculação horizontal que, apesar de não se estender aos juízes de 1.º grau nem a outros órgãos do Poder Judiciário, atinge todos os órgãos fracionários do próprio tribunal.²⁶

Por fim, deve-se afirmar ainda que a cláusula da reserva de plenário só será observada quando da declaração de inconstitucionalidade, não se exigindo, para declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, o voto da maioria dos membros do Tribunal, podendo, inclusive, ser pronunciada por órgão fracionário deste.

2.4 Os efeitos da decisão no controle difuso de constitucionalidade

Quanto aos efeitos da decisão no controle difuso de constitucionalidade, é possível identificar, ao menos, três importantes subdivisões, a saber: efeito temporal, efeito objetivo e efeito subjetivo da decisão.

O efeito temporal diz respeito à eficácia retroativa da decisão, ou seja, se esta inquina de inconstitucionalidade a lei ou ato normativo desde o nascimento, se a macula apenas do ato decisório em diante ou ainda, a partir de data futura firmada quando do julgamento.

²⁴ CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 327.

²⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. ampl. atual. até a EC nº 71 de 29/12/2012, e em consonância com a jurisprudência do STF. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 1094.

²⁶ NOVELINO, 2012, p. 270.

Ademais, enquanto o efeito objetivo se refere à forma e disposição pela qual a inconstitucionalidade é pronunciada, o efeito subjetivo compreende a eficácia do veredito relativamente às partes.

No tocante à eficácia temporal da decisão no controle difuso de constitucionalidade, relevante destacar a prevalência do entendimento segundo o qual se considera nulo o ato normativo declarado inconstitucional.

Desse modo, é que segundo Dirley da Cunha Júnior, “a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato positivo do poder público no caso concreto tem efeito declaratório, retroagindo à origem mesma do ato impugnado”. O que significar dizer que a decisão acerca da inconstitucionalidade apenas pronuncia vício preexistente da lei ou do ato estatal.²⁷

Como bem afirma Luís Roberto Barroso, ao lecionar acerca da natureza jurídica do ato inconstitucional:

[...] Lei inconstitucional é lei nula. Consequência natural e necessária dessa premissa é a de que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade é de natureza declaratória, limitando-se a reconhecer um vício preexistente. Diante disso, a pronúncia de nulidade da norma deve colhê-la desde o seu nascimento, impedindo-se que produza efeitos válidos.²⁸

Sob essa perspectiva, da compreensão acerca da nulidade do ato inconstitucional, decorrem duas implicações expressivas. A primeira delas diz respeito à natureza declaratória da decisão que proclama a inconstitucionalidade da lei ou de ato normativo, posto que limitada ao reconhecimento de mácula preexistente. A outra concerne aos efeitos da decisão acerca da inconstitucionalidade que, via de regra, retroagem à ocasião de surgimento da lei ou do ato estatal.²⁹

Nessa linha, é a arguição de Mauro Cappelletti, ao pontuar que no sistema norte-americano de controle, a lei declarada inconstitucional “[...] é considerada *absolutamente nula*

²⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 149.

²⁸ BARROSO, 2012, p. 569.

²⁹ CAMARÃO, Felipe Costa; BELLO FILHO, Ney de Barros. Evolução hermenêutica como fundamento para a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. In: VIEIRA, Adriana Dias; ZENNI, Alessandro Severino Valler; FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues (Org.). **HERMENÊUTICA II – CONPEDI/UFPB**. 1. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 289.

(‘null and void’) e, por isto, ineficaz, pelo que o juiz, que exerce o poder de controle, não anula, mas meramente *declara (pré-existente) nulidade da lei inconstitucional*.³⁰

Assim, como decorrência da adoção da teoria da nulidade, segundo a qual a norma tida como inconstitucional é considerada írrita e nula, na via difusa de controle de constitucionalidade se atribui, via de regra, efeitos retroativos – *ex tunc* - à decisão.

Nesse contexto, uma vez declarada a inconstitucionalidade da lei no caso concreto, restarão desconstituídas as relações jurídicas lastreadas sob a égide desta, tendo em vista a eficácia retroativa do ato decisório.

Contudo, a despeito da regra segundo a qual a declaração de inconstitucionalidade opera efeitos retroativos ou *ex tunc*, o Supremo Tribunal Federal tem admitido a modulação ou limitação dos efeitos temporais da decisão, que poderá ter eficácia *ex nunc* ou até mesmo prospectiva, efeitos *pro futuro*.

Em 2004, com o julgamento do RE 197.917/SP, a Corte Excelsa procedeu a mitigação da teoria da nulidade no controle difuso de constitucionalidade, a partir da aplicação analógica do art. 27, da Lei nº. 9.868/99, permitindo que a decisão em sede de controle difuso, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, opere efeitos somente a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento a ser fixado pelo Tribunal.

Convém ressaltar, como bem salienta Camarão, que até mesmo anteriormente à previsão pela Lei nº. 9.868/99, tal entendimento já compunha a concepção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, como se depreende dos julgamentos do MI 58, do HC 70.514 e RE 135328, ocasião em que a Corte adotou a técnica de inconstitucionalidade progressiva.³¹

Portanto, presentes imperativos de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, desde que pelo voto da maioria de dois terços de seus membros, modular os efeitos temporais da decisão no controle difuso de constitucionalidade, atribuindo-lhe não mais eficácia retroativa, mas sim efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*.

Sobre a possibilidade de limitação dos efeitos temporais da decisão no controle difuso de constitucionalidade, leciona Gilmar Ferreira Mendes:

A declaração de inconstitucionalidade in concreto também se mostra passível de limitação de efeitos. A base constitucional dessa limitação – necessidade de um outro princípio que justifique a não aplicação do princípio da nulidade – parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se abrangente do

³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves; revisão de José Carlos Barbosa Moreira. 2. ed. reimpr. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 115-116.

³¹ CAMARÃO, 2007, p. 174.

modelo de controle de constitucionalidade como um todo. É que, nesses casos, tal como já argumentado, o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, essa decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada.³²

No que diz respeito ao efeito objetivo da decisão, deve-se ressaltar que, por ser a inconstitucionalidade suscitada como questão prévia, isto é, como prejudicial de mérito, deverá ser deslindada no âmbito da fundamentação, não havendo, portanto, qualquer menção à declaração de inconstitucionalidade na parte dispositiva do *decisum*.³³

Demais disso, o controle difuso, como já afirmado, é a modalidade de controle exercida por qualquer juiz ou Tribunal, no curso de caso concreto. Dessa forma, a decisão que pronuncia a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo produz efeito *inter partes*, vinculando tão somente as partes integrantes da relação processual.

Assim, quanto à eficácia subjetiva, a decisão no controle difuso de constitucionalidade opera, *a priori*, efeitos *inter partes*, não atingindo terceiros. O que significa dizer que a lei ou o ato normativo declarados inconstitucionais no caso concreto continuam a ser aplicados em relação a terceiros não participantes da relação jurídico-processual.

Advirta-se que, muito embora o controle difuso instituído no Brasil tenha forte inspiração no sistema americano de controle de constitucionalidade, a decisão proferida naquele produz tão somente efeitos *inter partes*, enquanto as deste, possuem eficácia *erga omnes*.

Tal fato é explicado pela adoção, no sistema estadunidense de controle de constitucionalidade, da regra do *stare decisis*, mecanismo responsável por atribuir eficácia geral às decisões da Corte. Dessa forma, não havendo no controle difuso brasileiro expediente responsável por conferir efeito vinculante às decisões da Corte Superior, a eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade restará limitada às partes.

Nesse contexto, determinada lei poderá ter sua aplicação afastada quanto a determinado caso concreto e às partes deste e mantida quanto as terceiros, havendo, por consequência acúmulo de demandas idênticas, fundadas num mesmo diploma legal.

Visando solucionar tal situação, o constituinte desde 1934 outorga ao Senado Federal, a competência para “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada

³² MENDES, 2012, p. 528.

³³ NOVELINO, 2012, p. 259.

inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”³⁴, a quem caberá atribuir efeitos *erga omnes* a decisão que, em regra, possui eficácia limitada às partes.

2.5 O papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade

A atuação do Senado Federal no controle de constitucionalidade das leis remonta a 1934, ocasião em que o constituinte outorgou a este órgão a competência para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”.³⁵

Prevista no art. 91, IV, da Constituição de 1934, a suspensão da execução pelo Senado Federal de lei declarada inconstitucional visava solucionar a limitação dos efeitos subjetivos da decisão de inconstitucionalidade no controle difuso que, conforme já afirmado, vincula tão somente às partes, não possuindo eficácia contra terceiros. Caberia ao Senado Federal, portanto, atribuir eficácia *erga omnes* à decisão acerca da inconstitucionalidade que, em regra, produz tão somente efeitos *inter partes*.

A suspensão da execução pelo Senado Federal de lei ou ato declarado inconstitucional foi mantida pelas Constituições que se seguiram a de 1934, à exceção do texto constitucional de 1937, que deixou de recepcionar importantes institutos do controle de constitucionalidade.

Insculpida no art. 52, X, da Constituição da República de 1988, a função desempenhada pelo Senado Federal não tem outra finalidade senão a de conferir eficácia *erga omnes* às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso que, *a priori*, são dotadas de efeitos *inter partes*, uma vez que, como já anteriormente sublinhado, a inconstitucionalidade é suscitada como questão incidental.

Assim, proclamada a inconstitucionalidade de lei por decisão definitiva do STF far-se-á, logo após o trânsito em julgado, comunicação ao Senado Federal para se proceda a suspensão da execução, no todo ou em parte, do ato normativo em questão, consoante a disposição do Regimento Interno desta Corte.

Nesse sentido, dispõe o art. 178, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal:

Art. 178. Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão

³⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 jun. 2016.

³⁵ BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 15 jun. 2016.

interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII, da Constituição.³⁶

Demais disso, vale asseverar que o papel exercido pelo Senado Federal não tem o condão de declarar a inconstitucionalidade, cabendo a este tão somente a suspensão da execução do ato normativo. Não havendo que se falar, ainda, em revogação, posto que esta incube apenas ao órgão que detém competência para editar a lei ou ato normativo.

Nessa linha, como bem expõe André Ramos Tavares, a atuação do Senado, exercida através de resolução, ocorre no plano da eficácia da lei, não incidindo sobre a validade ou existência desta. Desse modo, a suspensão da execução pelo Senado “não se presta a reconhecer a invalidade da lei. Ao contrário, ela deve partir da invalidade, reconhecida em definitivo pelo Supremo Tribunal Federal, para alcançar a lei no plano de sua eficácia”.³⁷

Em adesão a este entendimento, leciona Alfredo Buzaid, ao defender que:

Suspender a execução de uma lei ou decreto, no todo ou em parte, é cassar-lhe definitivamente a eficácia. A lei não mais obriga. Deixa de ser obrigatória. Porém, o Senado não a substitui por outra, nem a revoga; limita-se a suspender-lhe a execução. A fórmula legal é exata, pois o legislador constituinte partiu da ideia de que as leis inconstitucionais, embora nulas, são executórias. Desta forma, depois da declaração de inconstitucionalidade, segue-se a manifestação complementar e necessária do Senado, que lhe cassa a executoriedade.³⁸

Nota-se, a partir do exposto, que não incumbe ao Senado Federal a declaração de inconstitucionalidade da lei, cabendo esta ao Supremo Tribunal Federal, limitando-se a atribuição da Casa Legislativa à suspensão da execução da lei, que tem a inconstitucionalidade reconhecida pela Corte, por meio de decisão definitiva.

Sob outro giro, relevante a análise acerca da possibilidade de retratação pela Casa Alta do Congresso Nacional quanto à suspensão da execução da lei. Quanto a este aspecto parece convergir grande parte da doutrina no sentido de ter como inadmissível a reversibilidade da suspensão.

Nessa perspectiva, uma vez exaurida a competência prevista no art. 52, X, da Constituição da República, não poderá o Senado Federal reconsiderar a decisão acerca da suspensão da execução da lei declarada inconstitucional, não se afigurando possível que esta

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno**. Brasília: STF, 2016. 1. v. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

³⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 414.

³⁸ BUZUID, 1958. apud TAVARES, 2012, p. 414.

Casa, tendo deliberado pela aprovação da resolução venha a revogá-la por meio de outra resolução.

Conforme ressalta Elival da Silva Ramos, em que pese as resoluções do Senado constituírem fatos suspensivos da eficácia da lei, em muito guardam semelhança aos fatores resolutivos, tendo em vista não ser facultado ao Senado a sua revogação.³⁹

Alexandre de Moraes, na mesma linha, aduz que, uma vez editada a resolução suspensiva de lei declarada incidentalmente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, terá o Senado Federal esgotado sua competência constitucional, não havendo possibilidade posterior de alteração de seu entendimento para que haja revogação ou modificação do conteúdo da resolução.⁴⁰

Finalmente, necessário destacar a existência de grande controvérsia acerca de pontos relevantes da atuação do Senado Federal no controle de constitucionalidade brasileiro. Sucintamente, tais divergências dizem respeito à natureza da atuação senatorial, se vinculada ou discricionária, aos efeitos temporais da suspensão, se *ex tunc* ou *ex nunc*, ao campo de aplicação da resolução suspensiva, à pertinência em controle concentrado e difuso, e serão a seguir investigadas em tópico pertinente.

2.5.1 Natureza do ato do Senado Federal

A natureza discricionária ou vinculada do ato do Senado Federal é tema bastante controvertido na doutrina. Cabe, então, neste trabalho, verificar tais divergências e apresentar, de forma sucinta, a posição majoritária.

Segundo parte da doutrina, tendo sido certificado pelo Supremo Tribunal Federal da decisão definitiva de inconstitucionalidade da lei, não poderá o Senado Federal, se recusar a suspender a execução da lei, no todo ou em parte, na forma do art. 52, X, da Constituição da República. Trata-se, portanto, de atuação vinculada, não cabendo à Câmara Alta a análise quanto à conveniência ou não da suspensão.

Sustentando tal corrente, Alfredo Buzaid defende que, preenchidos os requisitos legais, não poderá o Senado Federal abster-se de suspender a execução da lei declarada inconstitucional, mesmo que entenda de grande relevância ou de ordem positiva ao interesse público.⁴¹ Tal posicionamento é compartilhado por Lúcio Bittencourt, para quem:

³⁹ RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis**: vício e sanção. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 126.

⁴⁰ MORAES, 2016, p. 1138.

⁴¹ BUZAID, 1958 apud TAVARES, 2012, p. 417.

O ato do Senado, porém, não é optativo, mas deve ser baixado sempre que se verificar a hipótese prevista na Constituição: decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. O objetivo do art. 64 da Constituição é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos.⁴²

Na mesma linha, Celso Ribeiro Bastos aduz competir à Câmara Alta o exame dos pressupostos constitucionais da declaração acerca da inconstitucionalidade, não cabendo àquele órgão, uma vez preenchidos os requisitos exigidos, se eximir da suspensão da execução da lei proclamada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.⁴³

Outrossim, André Ramos Tavares sustenta a natureza vinculada da atuação do Senado Federal no controle de constitucionalidade das leis ao assinalar que a casa senatorial não pode interferir no mérito da decisão proferida pela Corte, não sendo permitido, dessa forma, negar-lhe cumprimento sob a justificativa de que teria julgado incorretamente o Supremo Tribunal Federal.⁴⁴

Esse também tem sido o entendimento de Dirley da Cunha Júnior, para quem a competência prevista no art. 52, X, da Constituição da República trata-se de competência vinculada, tendo o Senado Federal o dever jurídico-constitucional de proceder a suspensão da execução do ato declarado inconstitucional por decisão definitiva do STF.⁴⁵

Sob outra perspectiva, existe entendimento segundo o qual a natureza do ato do Senado Federal é discricionária, gozando o órgão de ampla margem de liberdade quanto à suspensão ou não da execução da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Pretório Excelso.

Para essa corrente, o Senado Federal não estaria obrigado a suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, podendo, inclusive, avaliar o acerto de tal atuação. Perfilham-se a tal posição, dentre outros, Paulo Brossard⁴⁶, Uadi Lammêgo Bulos⁴⁷ e Michel Temer⁴⁸.

Para este autor, o Senado Federal, ao exercer a competência prevista no art. 52, X, da Constituição da República, goza de discricção, podendo suspender ou não a execução da lei inquinada de inconstitucionalidade por decisão definitiva da Corte, conforme juízo próprio.⁴⁹

Paulo Brossard, sustentando a atuação discricionária do Senado Federal, assevera que:

⁴² BITTENCOURT, 1997, p. 145.

⁴³ BASTOS, 1972 apud CARVALHO, 2009, p. 438.

⁴⁴ TAVARES, 2012, p. 417.

⁴⁵ CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 338.

⁴⁶ BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. **Revista de informação legislativa**, v. 13, n. 50, abr./jun. 1976, p. 62.

⁴⁷ BULOS, 2014, p. 229.

⁴⁸ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 49.

⁴⁹ TEMER, loc. cit.

Atribuir ao Senado papel mecânico, fazê-lo autômato, transformá-lo em carimbo, meirinho, cartório ou porteiro de auditórios, não significa apenas atribuir-lhe uma função subalterna, mas, e especialmente, sem qualquer significação e utilidade, tarefa que poderia ser desempenhada, com proficiência e vantagem, por qualquer funcionário da secretaria do Supremo Tribunal.⁵⁰

Na mesma linha, Luís Roberto Barroso defende a discricionariedade do ato ao afirmar que a atuação do Senado sujeita-se apenas ao juízo de oportunidade e conveniência da casa legislativa, não estando sujeita, inclusive, a prazo.⁵¹

Esse, aliás, parece ser o entendimento dominante, sendo, pois, a atuação do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade, ato discricionário, cabendo tão somente aquele órgão a opção ou não pela suspensão da execução do ato normativo inconstitucional.

2.5.2 Efeitos temporais da suspensão

Sobre a eficácia temporal da resolução senatorial há também notável divergência doutrinária. Controverte-se acerca dos efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* do ato de suspensão da execução pelo Senado Federal da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Filia-se à tese dos efeitos *ex nunc* da resolução suspensiva Kildare Gonçalves Carvalho, para quem tal instrumento normativo deverá produzir tão somente efeitos *ex nunc*, de modo a não perturbar situações jurídicas anteriormente constituídas sob o lastro de lei declarada inconstitucional a posteriori.⁵²

Elival da Silva Ramos corrobora tal entendimento quando aduz que o Senado Federal não promove a revogação do ato normativo, tendo em vista que tal atribuição, no ordenamento brasileiro, caberá tal somente ao órgão legislativo com competência para editar a norma objeto da revogação. Assinala ainda que, por não cuidar-se de declaração de inconstitucionalidade, mas sim de uniformização do controle incidental, as resoluções senatoriais, incontestavelmente, geram efeitos não retroativos.⁵³

Igualmente, André Ramos Tavares sustenta a eficácia não retroativa do ato de suspensão ao asseverar que a lei declarada inconstitucional por decisão definitiva da Suprema Corte perde sua eficácia para o futuro, não atingindo, dessa forma, situações pretéritas.⁵⁴ No mesmo

⁵⁰ BROSSARD, 1976, p. 62.

⁵¹ BARROSO, 2012, p. 581.

⁵² CARVALHO, 2009, p. 439.

⁵³ RAMOS, 1994, p. 123-124.

⁵⁴ TAVARES, 2012, p. 415.

sentindo, encontram-se as disposições de Themístocles Cavalcanti e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.⁵⁵

Bernardo Gonçalves Fernandes, na mesma esteira, assinala que, não obstante o Pretório Excelso tenha firmado entendimento pela eficácia retroativa da resolução senatorial, hodiernamente, tem prevalecido na doutrina convicção acerca dos efeitos não retroativos de tal atuação.⁵⁶

Em contraposição, há quem defenda a eficácia retroativa da resolução suspensiva do Senado Federal. Aqueles que se alinham a essa tese sustentam que o ato de suspensão da execução da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF atinge a norma inconstitucional em sua origem primeira, desconstituindo-a retroativamente. São partidários dos efeitos *ex tunc* da resolução, dentre outros, Gilmar Ferreira Mendes, Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso.⁵⁷

Dirley da Cunha Júnior, na mesma linha, assevera a tese dos efeitos *ex tunc* do ato suspensivo nos seguintes termos:

Data venia da maioria, se a competência do Senado em suspender a execução de lei declarada incidentemente inconstitucional pelo STF deveu-se ao fato de se pretender obviar aqueles inconvenientes (possibilidade de decisões contraditórias, etc.) propiciados pelo sistema americano, quando seguido por países carentes do *stare decisis*, compartilhamos da orientação segundo a qual a resolução do Senado produz efeitos *ex tunc* ou retroativos. E isso significa apenas que cumpre ao Senado tão-somente emprestar eficácia geral à decisão do Supremo Tribunal Federal, que fica, assim, valendo para todos, com todos os seus efeitos, inclusive os retroativos, como se a lei jamais houvesse existido.⁵⁸

Em sintonia com a postura de Dirley da Cunha Júnior, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino assinalam que, caso aceita a eficácia prospectiva da suspensão, o fundamento para atribuição da competência prevista no art. 52, X, da Constituição da República desaparecia por completo, posto que a finalidade dessa norma constitucional seria justamente resolver o problema da limitação da eficácia subjetiva da decisão no controle difuso, evitando, dessa forma, que todos os possíveis interessados tivessem que recorrer ao Poder Judiciário para ver afastada a aplicação de lei já declarada inconstitucional.⁵⁹

⁵⁵ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 164; MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: J. Bushasky, 1980, p. 211.

⁵⁶ FERNANDES, 2013, p. 1097.

⁵⁷ CARVALHO, 2009, p. 441.

⁵⁸ CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 155.

⁵⁹ PAULO; ALEXANDRINO, 2007, p. 52.

2.5.3 Abrangência da resolução senatorial

No que diz respeito ao campo de abrangência da regra prevista pelo art. 52, X, da Constituição da República, deve-se asseverar que, muito embora esse dispositivo faça referência apenas à suspensão de lei declarada inconstitucional, a atribuição do Senado Federal alcança outras espécies normativas, sejam estas de natureza federal, estadual, distrital ou municipal.

Desse modo, caberá ao Senado Federal a suspensão da execução de qualquer lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, sendo irrelevante a natureza federal, estadual, distrital ou municipal destes. Essa é a posição, dentre outros, de Dirley da Cunha Júnior, Kildare Gonçalves Carvalho, Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes.⁶⁰

Finalmente, vale examinar a extensão da atuação do Senado Federal no que diz respeito à expressão “no todo ou em parte”, trazida pelo art. 52, X, da Constituição da República. Segundo a doutrina majoritária, não se afigura possível que a Câmara Alta, tendo o Supremo Tribunal Federal decidido pela inconstitucionalidade total, suspenda apenas parcialmente a execução da lei.

Assim, deverá o órgão senatorial seguir os limites do *decisum*, não sendo possível que venha restringir ou ampliar os termos da declaração de inconstitucionalidade, tendo em vista a natureza de tal atribuição constitucional, que visa tão somente dar eficácia *erga omnes* à decisão que, em regra, é dotada de efeitos *inter partes*.

2.5.4 Pertinência da atuação senatorial em controle concentrado

Por fim, cumpre verificar a pertinência da atuação do Senado Federal, nos termos previstos pelo art. 52, X, da Constituição da República, em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Como já afirmado, a suspensão da execução pelo Senado Federal de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal foi instituída em 1934 e tinha como finalidade precípua solucionar a questão da limitação da eficácia subjetiva da decisão no controle de constitucionalidade que, à época, limitava-se à via incidental, operando tão somente efeitos *inter partes*.

⁶⁰ CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 153; CARVALHO, 2009, p. 441; MORAES, 2016, p. 1138; MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de informação legislativa*, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun., 2004, p. 154.

Com o surgimento, em 1965, da modalidade concentrada de controle de constitucionalidade, controverteu-se acerca da pertinência de tal atribuição também no âmbito deste.

Tal controvérsia, contudo, não parece mais persistir. É que o próprio Supremo Tribunal Federal firmou, há longa data, entendimento segundo o qual, restringe-se à modalidade difusa de controle, a atuação prevista no art. 52, X, da Constituição da República. Nesse contexto, oportuno destacar a lição de Gilmar Ferreira Mendes:

Em 1970, o Tribunal começou a debater o tema, tendo firmado posição, em 1977, quanto à dispensabilidade de intervenção do Senado Federal nos casos de declaração de inconstitucionalidade de lei proferida na representação de inconstitucionalidade (controle abstrato). Passou-se, assim, a atribuir eficácia geral à decisão de inconstitucionalidade proferida em sede de controle abstrato, procedendo-se à redução teleológica do disposto no art. 42, VII, da Constituição de 1967/69.⁶¹

Assim, tendo a decisão em sede de controle concentrado de constitucionalidade eficácia desde logo *erga omnes*, desnecessária se afigura a atuação do Senado Federal no âmbito desta modalidade.

Destaque à previsão pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal, no sentido da desnecessidade do ato senatorial em sede de controle concentrado de constitucionalidade. O art. 178 deste diploma prevê que, uma vez declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, far-se-á a comunicação, após o trânsito em julgado, ao Senado Federal, para efeito da regra atualmente prevista no art. 52, X, da Constituição da República.⁶²

Também nesse sentido é, inclusive, a redação do parágrafo único, do art. 28, da Lei n.º 9.868/99, que atribui efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante à declaração de inconstitucionalidade proferida no bojo no controle concentrado de leis.

A atuação do Senado Federal, por todo o exposto, restará limitada à modalidade difusa de controle de constitucionalidade, não havendo que se falar em suspensão da execução, por este órgão, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

⁶¹ MENDES, 2004, p. 155.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Regimento interno**. Brasília: STF, 2016. 1. v. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

3 O FENÔMENO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Apresentadas as considerações a respeito do controle difuso de constitucionalidade e do papel desempenhado pelo Senado Federal em sede deste, busca-se neste capítulo o exame da mutação constitucional, de modo a analisar a viabilidade da tese da alteração informal do art. 52, X, da Constituição da República de 1988, tal como foi levantada na Reclamação Constitucional nº. 4.335-5/AC.

A abordagem aqui levada a efeito parte de uma premissa principal, qual seja, a necessidade de se garantir, a um só tempo, a estabilidade e a mudança do texto constitucional como meio de se assegurar a eficácia da Lei Fundamental no transcurso do tempo, dando-lhe, assim, sentidos mais ajustados à realidade.

Nesse contexto, deve-se preservar as denominadas decisões fundamentais, garantindo-se, pois, a estabilidade da Lei Maior, bem como é necessário que se assegure a adequação das normas constitucionais à realidade e à evolução social, sem, contudo, retirar-lhes a essência.

A alteração constitucional como mecanismo de efetivação da Carta Maior opera-se através de processos formais e informais. O processo formal, também denominado como reforma constitucional, encontra limites expressos e bem delimitados pelo próprio texto constitucional.

Na Constituição da República de 1988, compreende o processo de emenda à Constituição e também o de revisão. Quanto a este último, cumpre ressaltar seu esgotamento, tendo em vista a disposição do art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, norma de eficácia exaurida, que prevê que a revisão constitucional realizar-se-á após cinco anos, contados da promulgação do texto constitucional, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral, não havendo que se falar, portanto, em revisão constitucional de tempos em tempos.

O processo de emenda à Constituição, por seu turno, encontra-se previsto no art. 60, da Constituição da República, que disciplina suas particularidades, tais como iniciativa, quórum, procedimento e limitações.

Conforme o dispositivo supra, a Constituição só será emendada através de proposta de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, do Presidente da República, ou ainda de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da federação, manifestando-se, cada uma destas, por meio da maioria relativa de seus membros.

Outrossim, não há que se falar em reforma constitucional quando da vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de sítio. As emendas serão submetidas, ainda, a

discussão e votação, em dois turnos, em cada casa do Congresso Nacional, restando aprovadas caso obtenham, em ambos os turnos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

Além disso, as propostas de emendas que versem acerca da supressão da forma federativa de Estado, do voto direto, secreto, universal e periódico, da separação de Poderes ou de direitos e garantias individuais não serão objeto de deliberação.

Ademais, ainda no que concerne à questão, cumpre salientar a existência de controvérsia acerca da adoção dos termos reforma, revisão e emenda constitucionais, havendo na doutrina quem as entenda como expressões sinônimas e também quem aponte relevantes singularidades entre os vocábulos. Em que pese a divergência, consoante o magistério de Kildare Gonçalves Carvalho, “no Direito Constitucional brasileiro não há uma precisão de linguagem quanto à adoção da terminologia em exame”, tendo em vista que a história constitucional previu tais expressões de maneira diversificada.⁶³

No que diz respeito ao processo informal de mudança da Constituição - assim denominado por promover alteração no sentido e alcance das normas constitucionais, sem modificar-lhes o texto -, deve-se ressaltar que, a despeito das diversas abordagens que a temática merece, o exame a que se procede abordará somente alguns aspectos do fenômeno, sobretudo aqueles de expressiva relevância para a compreensão da tese da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição da República de 1988.

Para tanto, abordar-se-á o fenômeno da mutação constitucional quanto à origem, justificativa, conceito, forma de manifestação, limites e também quanto às hipóteses de mutação inconstitucional.

3.1 Origem e fundamento

O exame da mutação constitucional enquanto fenômeno tem como referenciais teóricos estudos de juristas da Escola Alemã de Direito Público, elaborados no período entre o final do século XIX e início do século XX, sob a égide da Constituição bismarckiana. Nesse contexto, tem-se como precursor deste estudo Paul Laband, que seguido por Georg Jellinek, é responsável por uma análise mais formalista do conceito de mutação constitucional.

Em linhas gerais, Laband, em seus estudos, diferenciou os fenômenos de reforma constitucional (*Verfassungänderung*) e mutação constitucional (*Verfassungswandlung*), sendo este o evento de mudança de sentido da Constituição, sem a necessidade de que se altere seu

⁶³ CARVALHO, 2009, p. 329.

texto. Para Jellinek, por seu turno, reforma e mutação se diferenciam quanto à intenção, consubstanciada aquela através de um ato de vontade.

Adeptos de uma visão formalista da Constituição, Laband e Jellinek concebiam a mutação constitucional enquanto problema, em razão da constatação da ocorrência de mudanças constitucionais sem que fossem, para tanto, observados os mecanismos formais de alteração.

Posteriormente, aponta-se, contudo, teoria em sentido contrário, em que se considerava o processo informal de alteração da Constituição não mais como óbice, mas aspecto intrínseco à própria Constituição.

Ainda no plano internacional, convém destacar a relevância da pesquisa de Hsü Dau-Lin, responsável por sistematizar o estudo da mutação constitucional, concebendo-a enquanto demonstração da dinamicidade da Constituição. No cenário nacional, por sua vez, destacam-se o magistério de Anna Cândida da Cunha Ferraz e de Uadi Lammêgo Bulos.

Deve-se asseverar que tal agenda de pesquisa encontrou motivação a partir da identificação de disparidades entre a realidade social e a Constituição, de maneira que, hodiernamente, se aponta como justificativa para a ocorrência do fenômeno da mutação constitucional a aparição destas discrepâncias – entre a realidade e a letra constitucional –, sobretudo, quando analisada a necessidade de se harmonizar a estabilidade e dinamicidade das normas constitucionais.

Nesse enfoque, como bem salienta Barroso, o fundamento da mutação constitucional:

[...] deve ser buscado no ponto de equilíbrio entre dois conceitos essenciais à teoria constitucional, mas que guardam tensão entre si: a rigidez da Constituição e a plasticidade de suas normas. A rigidez procura preservar a estabilidade da ordem constitucional e a segurança jurídica, ao passo que a plasticidade procura adaptá-la aos novos tempos e às novas demandas, sem que seja indispensável recorrer, a cada alteração da realidade, aos processos formais e dificultosos de reforma.⁶⁴

Sobre fundamento de ocorrência do fenômeno de alteração informal da Constituição, Daraya, Ferreira, Silva, Fleitas e Gama pontuam:

A admissibilidade da mutação constitucional reside em dois fenômenos: 1º) de ordem jurídica, que vê nesse fenômeno manifestação de uma espécie não organizada do Poder Constituinte, chamado tecnicamente de Poder Constituinte difuso; 2º)

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 127.

decorrentes da própria Constituição, na medida do desenvolvimento social, político e econômico, para dar-lhe efetiva aplicação.⁶⁵

Ademais, como já dito, a Constituição tem predisposição a estabilidade, posto que acolhe as decisões mais fundamentais de um Estado. Tal estabilidade, contudo, não deve se confundir com imutabilidade, ou seja, o texto constitucional deve ser adaptado à realidade social, econômica e política de um povo, salvaguardando, no entanto, seu núcleo fundamental.

Relevo a que essa adequação e harmonização entre os fenômenos de permanência e mudança constitucionais permitem que a Lei Maior se mantenha eficaz com o decorrer do tempo, não se configurando tão somente como letra morta, inapta a reger um ordenamento jurídico. Nessa linha, como bem assinala Konrad Hesse:

Quanto mais o *conteúdo* de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa. Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e defesa da consciência geral. Afigura-se, igualmente, indispensável que a Constituição mostre-se em condições de adaptar-se a uma eventual mudança dessas condicionantes.⁶⁶

Ainda, segundo Hesse, a matéria relativa à estabilidade e mobilidade da Constituição não deve ser analisada sob o prisma de alternativa, e sim como questão de coordenação de tais elementos que, conforme o autor, são indispensáveis à abertura e amplitude, em razão de possibilitarem a satisfação de mudança histórica e a diferenciabilidade das circunstâncias de vivência. Dessa maneira, tal coordenação deve proceder de modo que:

O persistente não deve converter-se em impedimento onde o movimento e progresso estão dados; senão o desenvolvimento passa por cima da normalização jurídica. O movente não deve abolir o efeito estabilizador das fixações obrigatórias; senão a tarefa de ordem fundamental jurídica da coletividade permanece invencível.⁶⁷

Nesse sentido é, ainda, o entendimento de Canotilho para quem, se de certo modo, a Constituição não deve manter-se distanciada de alterações, por outro, consagra princípios

⁶⁵ DARAYA, Flávia Rodrigues et. al. Mutação constitucional: revisão e emenda na constituição federal de 1988: aspectos jurídicos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 22, p. 211, jan. 1988. In: DTR\1998\44, p. 9.

⁶⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 20-21.

⁶⁷ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 45.

estruturantes do direito constitucional que devem subsistir em face de mudanças, sob pena de a Lei Maior destituir-se como ordem jurídica fundamental do Estado para solver-se no dinamismo das forças políticas.⁶⁸

À visto disso, notabiliza-se a valia dos mecanismos de mudança constitucional, consubstanciados através de processos formais e informais. Aqueles encontram previsão no próprio texto constitucional, que já disciplina todos os seus pormenores, enquanto estes, em razão de sua natureza informal, modificam a Constituição em seu sentido, significado e alcance, a despeito de qualquer formalidade expressamente prevista em seu texto.

Todavia, convém ressaltar a limitação de tais meios formais de alteração que, por vezes, são insatisfatórios quanto aos resultados a que se propõem obter. Diante disso, mister destacar a relevância dos processos informais de modificação da Constituição, responsáveis por dar a esta sentidos mais ajustados à realidade circundante.

Nessa esteira é a lição de Anna Cândida da Cunha Ferraz, para quem:

[...] a previsão constitucional de processos de mudança não tem sido suficiente para abranger e resolver toda a problemática da tensão entre estabilidade e mudança, entre a estática e a dinâmica constitucionais. Até porque "não é possível calcular sempre os rumos futuros; tampouco dispor de preceitos escritos para todas as possíveis mudanças e transformações que possam aplicar-se às novas relações jurídicas".⁶⁹

Constata-se do exposto a necessidade de outros meios de mudança do texto constitucional, diversos daqueles prévia e expressamente estabelecidos pelo constituinte, não sendo, portanto, a via formal de alteração a única alternativa capaz de operar modificações na Lei Fundamental. Observa-se, ademais, a utilidade da coexistência dos mecanismos formais e informais de alteração das normas constitucionais, de modo a possibilitar a mais efetiva adaptação da Constituição a novas circunstâncias de uma sociedade.

3.2 Conceito

Por mutação constitucional deve-se compreender o instrumento informal de alteração da Constituição, sem que haja, para tanto, mudança textual desta. Desse modo, através deste fenômeno verifica-se a ocorrência de modificações na Carta de um Estado, não havendo,

⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 216.

⁶⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, vol. 1, p. 765, maio 2011. In: DTR/1993/641, p. 8.

contudo, observância de processo formal de mudança constitucional, tampouco alteração de seu texto.

Tal fenômeno possibilita a transmutação do texto constitucional em seu sentido e significado através de processos informais de modificação, vez que a alteração formal da Constituição, repisa-se, só se procede através de reforma constitucional, assim genericamente denominada.

Diversamente da reforma constitucional, que decorre de manifestação do poder constituinte derivado, a via informal de mudança da Constituição é, na realidade, “obra ou manifestação de uma espécie inorganizada do Poder Constituinte, o denominado poder constituinte difuso.”⁷⁰

Ademais, convém destacar, ainda, a existência de certa divergência terminológica quanto à denominação da mudança informal da Constituição. Doutrinariamente, há quem fale em mutação constitucional, sendo este o termo mais usualmente adotado, em vicissitude constitucional tácita, transições constitucionais, processos informais, dentre outros.⁷¹

Nesse contexto, pode-se apontar como justificativa para tal problema terminológico o fato de que as mutações constitucionais são alterações espontâneas e livres de maiores formalidades, ocorrendo, portanto, de modo diverso dos mecanismos expressamente previstos pela Constituição.

Disto isto, faz-se necessária a análise e exposição do conceito adotado pela doutrina constitucionalista. Com efeito, a mutação constitucional, consoante a lição de Barroso, traduz-se em alteração do significado de certa norma constitucional, sem cumprimento da técnica constitucionalmente prevista para as emendas e, ademais, ausente qualquer mudança textual.⁷²

Para este autor, além disso, o novo sentido ou alcance da norma constitucional pode advir de modificação na realidade fática ou de nova compreensão do Direito, sendo legítima a mutação constitucional quando correspondente à demanda da sociedade e, lastreada, portanto, na soberania popular.⁷³

Canotilho, adotando o termo “transição constitucional”, o conceitua como “revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição, sem alteração do texto constitucional”, o que para o autor, em síntese, “muda o sentido sem mudar o texto”.⁷⁴

⁷⁰ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 10.

⁷¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 57.

⁷² BARROSO, 2009, p. 125.

⁷³ BARROSO, loc. cit.

⁷⁴ CANOTILHO, 2003, p. 1128.

Ferraz, por sua vez, ao conceituar mutação constitucional, entende que essa expressão destina-se a “todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido, o significado e o alcance da Constituição, *sem contrariá-la*”. Constrói, então, um conceito mais específico de mutação constitucional, tendo por finalidade a diferenciação do fenômeno de mutação constitucional e mutação inconstitucional, o que será abordado mais a frente em tópico apropriado.⁷⁵

Em síntese, para a teórica, a alteração informal da Constituição para fazer jus ao qualificativo de “constitucional”, deverá atender, pois, a determinados requisitos, importando sempre em modificação de sentido, significado ou alcance da norma constitucional. Ademais, não poderá ofender a letra, tampouco o espírito da Constituição, posto que constitucional, se processando por meios e maneiras diversas das formalmente organizadas pelo poder constituinte instituído ou derivado.⁷⁶

Uadi Lammêgo Bulos, em análise dedicada ao estudo da mutação constitucional, assim a conceitua:

[...] denomina-se mutação constitucional o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais.⁷⁷

Cabe anotar, por fim, a lição de José Cláudio Pavão Santana:

A mutação constitucional enquanto elemento de mudanças históricas é bem-vinda em nome de um Direito Constitucional sem fronteiras, mas não pode ignorar a autodeterminação desta República. Portanto, é com o propósito de concretização constitucional que a Constituição é reinventada, a fim de que suas bases fundamentais e propositivas sejam concretizadas em nome da criação, formação e sedimentação de um verdadeiro sentimento constitucional, que nos dê a todos a precisa, adequada e fundada compreensão e o necessário convencimento do que é uma República.⁷⁸

À vista dos conceitos apresentados, é possível constatar que a mutação constitucional, em linhas gerais, traduz-se como via informal de mudança da Constituição, alterando-a quanto ao sentido, significado e alcance, sem, contudo, contrariá-la em sua essência. Finalmente,

⁷⁵ FERRAZ, 1986, p. 10.

⁷⁶ Ibid, p. 11.

⁷⁷ BULOS, 1997, p. 57.

⁷⁸ SANTANA, José Cláudio Pavão. **A Constituição de ontem e de hoje. O que nos reserva o futuro? Os 400 anos das Leis Fundamentais do Maranhão.** Palestra na Escola Superior da Advocacia da OAB-MA, em 13 de novembro de 2012. Disponível em <<https://sigaa.ufma.br/sigaa/public/docente/producao.jsf?siape=407143>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

verifica-se, também, que tal conceito é diretamente associado à noção de alteração sem substituição do texto original.

3.3 Manifestação

Como já dito, a mutação constitucional não segue procedimento expresso – e daí decorre sua natureza informal. Ademais, consoante a lição de Bulos, tal instrumento de mudança não formal da Constituição processa-se lentamente sendo, por vezes, desaperecebido. Ocorre, ademais, em ocasiões cronologicamente diversas, desenvolvendo-se, via de regra, em momentos separados no tempo. Contudo, é possível que se apresente, igualmente, em períodos próximos.⁷⁹

Diante disso, não é possível determinar com precisão a forma pela qual se manifesta a mutação constitucional, identificando-a, entretanto, sempre que verificada a alteração da Constituição, sem que tenha havido a modificação de seu texto ou vulneração de sua essência.

Pois bem, dito isto, deve-se, então, analisar os mecanismos de consumação da mutação constitucional, isto é, suas modalidades. Também neste ponto diverge a doutrina, não havendo uniformidade quanto aos critérios adotados para o exame das modalidades da mutação constitucional.

Para a compreensão acerca das modalidades da mutação constitucional, figura como de extrema utilidade o estudo desenvolvido pelo supramencionado autor, na abordagem acerca dos diversos critérios utilizados por aqueles que teorizam a respeito da problemática.

Hsü Dau-Lin, responsável pela sistematização dos estudos sobre o fenômeno, apontava quatro categorias de mutação constitucional, a saber: alterações por práticas que não vulneram a Constituição, modificação pela impossibilidade de se aplicar determinada norma constitucional, mudança pela adoção de prática dispare ao texto constitucional e alteração por interpretação constitucional.⁸⁰

Jellinek, por sua vez, referiu-se à possibilidade de mutação constitucional em decorrência de atividade legislativa, prática parlamentar-governamental e atuação judicial.⁸¹

⁷⁹ BULOS, 2014, p. 436.

⁸⁰ DAU-LIN, 1932 apud BULOS, 1997, p. 63.

⁸¹ JELLINEK, 2000 apud SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 342.

No cenário nacional, destacam-se as modalidades apontadas por Anna Cândida da Cunha Ferraz, Bulos e Barroso. Para este autor, são mecanismos de atuação de mutação constitucional a interpretação, a atuação legislativa e o costume.⁸²

Ferraz, em obra denominada “Processos informais de mudança da Constituição”, ressalta a não uniformidade da doutrina quanto à determinação das modalidades de mutação, apontando como processos de tal fenômeno a interpretação constitucional, nas suas mais diversas espécies e, também, os usos e costumes constitucionais.⁸³

De outro turno, Bulos entende que a mutação constitucional pode ser agrupada nas seguintes modalidades, a saber: a) mutação por interpretação constitucional; b) mutação por construção constitucional; c) mutação por práticas constitucionais e; e) mutações inconstitucionais.⁸⁴

Dessarte, conforme se depreende do exposto, a mutação constitucional restará caracterizada através de diversas modalidades, tais como a interpretação constitucional, construções constitucionais, costumes, práticas constitucionais, dentre outras.

Contudo, em que pese a expressiva relevância de cada um dos critérios aqui apontados, adotar-se-á, em linhas gerais, neste exame, a abordagem defendida por Uadi Lammêgo Bulos, que propõe uma classificação quadripartite, como supramencionado. Desse modo, faz-se necessária a análise sucinta de cada um destes mecanismos de atuação do fenômeno da mutação constitucional, através de investigação acerca da maneira pela qual se processam.

3.3.1 Mutação pela interpretação constitucional

Por interpretação pode-se compreender “a atividade prática que se dispõe a determinar o sentido e o alcance dos enunciados normativos”⁸⁵. Nesse contexto, a interpretação constitucional destina-se a revelar, a partir do texto, a norma constitucional, com seus respectivos sentido, alcance e significados.

Conforme a preleção de Anna Cândida da Cunha Ferraz, “interpretar a Constituição é conhecê-la, não apenas em sua letra, mas também, em seu espírito, em seus significados mais profundos e em seu verdadeiro alcance”.⁸⁶ Assim, traduz-se a interpretação como o mecanismo de atuação de mutação constitucional mais comumente verificado, tendo em vista que, caso o

⁸² BARROSO, 2009, p. 129.

⁸³ FERRAZ, 1986, p. 13.

⁸⁴ BULOS, 1997, p. 71.

⁸⁵ CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 200.

⁸⁶ FERRAZ, op. cit., p. 22.

ato interpretativo modifique a norma constitucional em seu sentido, alcance ou significado, sem que lhe seja modificado o texto, estar-se-á diante de verdadeira mutação constitucional.

Nessa esteira é o entendimento de Barroso, para quem a mudança informal da Constituição através da interpretação representa a alteração de sentido do preceito constitucional, em confronto com compreensão preexistente. Acrescenta, ainda, que por só haver norma a partir da interpretação, a mutação constitucional processar-se-á por ocasião de modificação de uma interpretação anteriormente firmada.⁸⁷

Sob essa perspectiva, pode-se afirmar que haverá mutação constitucional nos casos em que, pela via interpretativa, houver alteração de entendimento anteriormente firmado acerca do significado, sentido e alcance de determinada norma constitucional, modificando-se um destes aspectos, sem que haja, para tanto, mudança textual.

Acerca da mutação constitucional por intermédio de interpretação, Bulos externa as seguintes considerações, assinalando as hipóteses em que se dará por ocorrido tal fenômeno:

[...] haverá o fenômeno, através da interpretação, quando: a) modificarem o sentido de um vocábulo; b) alterarem os fins inspiradores de uma norma; c) alargarem ou restringirem o conteúdo de uma dada expressão normativa; d) imprimirem novo significado à letra da lei; e) procurarem colmatar lacunas e f) adaptarem a norma a novas realidades surgidas após a edição da Constituição, dentre outros infundáveis exemplos, certamente, encontrados na prática e experiência constitucionais.⁸⁸

Ademais, cabe anotar que a interpretação constitucional poderá ser efetuada tanto pelo Judiciário, mormente o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, quanto por atuação legislativa ou executiva. A mutação por atuação do Judiciário restará consubstanciada na ocasião em que, a Corte, *v.g.*, modifique o sentido, bem como o significado ou alcance anteriormente atribuídos a determinada norma constitucional, passando a adotar orientação diversa.

Por sua vez, a mutação constitucional por interpretação legislativa dar-se-á nos casos em que o legislador, “por ato normativo primário, procurar-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional”⁸⁹. Enquanto isso, o processo informal de mudança constitucional por atuação do Executivo restará configurado sempre que este poder, no desempenho de suas atribuições, modifique o sentido atribuído a determinado preceito constitucional, sem alteração de sua letra.

⁸⁷ BARROSO, 2009, p. 130.

⁸⁸ BULOS, 1997, p. 130.

⁸⁹ BARROSO, *op. cit.*, p. 132.

Por fim, cumpre anotar que atuação dos instrumentos de mudança informal da Constituição está sujeita a determinadas limitações, que visam, principalmente, compatibilizá-la com o espírito e essência constitucionais, de modo a assegurar que a adaptação da Lei Maior, sob a justificativa de harmonizá-la, não a vulnere naquilo que guarda de mais fundamental. Tais aspectos serão, mais adiante, abordados.

3.3.2 Mutação por constru o constitucional

No que diz respeito   ocorrência de mudanças informais da Constitui o por via de constru o constitucional importante algumas considera es preliminares. A primeira   relativa   divergência doutrinária atinente   questão de saber se tal mecanismo de atua o se confunde com a via interpretativa, sendo espécie desta, ou se dela se distingue.

Ferraz, embora assinala a existência de controvérsia, afirma não haver motivo para diferencia o como se processos diversos fossem. Para autora, “a interpreta o constitucional   o g nero do qual ambas são espécies, que se distinguem particularmente pelos elementos ou critérios interpretativos que adotam e pelos resultados finais alcançados”.⁹⁰ Esse também   o entendimento de Bulos, para quem a constru o constitucional figura como etapa do processo de interpreta o.⁹¹

De outro turno, há quem as trate enquanto coisas distintas. Bulos, explanando acerca da doutrina americana sobre a constru o constitucional, assinala que, para essa corrente, a interpreta o estaria relacionada ao texto, enquanto a constru o seria utilizada não apenas para fixar o sentido textual, mas o significado da Constitui o como um todo.⁹²

De origem norte-americana, a *construction* consiste em técnica através da qual a Corte Constitucional constrói o direito a ser efetivamente aplicado, indo além da letra constitucional, adaptando, pois, a Constitui o   realidade e a situa es não previstas pelo constituinte. Figura, portanto, como importante mecanismo de adapta o do texto constitucional, sem que haja necessidade de altera o formal deste. Ademais,   técnica de expressiva utiliza o pela Suprema Corte norte-americana, como revela a experiência constitucional deste país.

Conforme Henry Campbell Black, a constru o constitucional traduz-se como meio de definir o sentido, o significado genuíno e elucida o dos vocábulos intrincados de uma lei,

⁹⁰ FERRAZ, 1986, p. 47-48.

⁹¹ BULOS, 1997, p. 144.

⁹² Ibid, p. 141-142.

destinando-se a sua realização diante de um caso concreto, por ocasião da existência de dúvida ou conflito e, até mesmo, por não encontrar expressa previsão a situação fática.⁹³

Assim, a construção, diversamente da interpretação, se atém ao texto como um todo, enquanto aquela ocupa-se de sua letra, buscando aclarar-lhe o sentido e significado. De fato, enquanto a interpretação revela o sentido, a construção firma o direito. Desse modo, quando a Corte Constitucional vai mais adiante do texto, analisando-o como um todo, havendo alteração do sentido, alcance ou significado de norma constitucional, estar-se-á diante de efetiva mutação constitucional.

No cenário nacional, a doutrina traz como experiência de construção constitucional a denominada teoria brasileira do *habeas corpus*, teoria esta que foi responsável pelo alargamento do campo de aplicação do remédio constitucional, que deveria ser utilizado não apenas para salvaguardar a liberdade do paciente, como também outros direitos pessoais.⁹⁴

3.3.3 Mutação pelos costumes

Por fim, a mudança informal da Constituição pode ocorrer, ainda, por intermédio dos costumes. Contudo, deve-se pontuar que a presença destes no plano constitucional não é matéria tranquila, dada a rigidez que permeia a Lei Fundamental de determinadas ordens, como é o caso do Brasil.

Segundo a lição de Barroso, a noção de costume como fonte do direito advém do acatamento de determinada prática reiterada, a qual se reconheça a validade e, até mesmo, em determinados casos, a obrigatoriedade. Para o autor:

O costume, muitas vezes, trará em si a interpretação informal da Constituição; de outras, terá um papel atualizador de seu texto, à vista de situações não previstas expressamente; em alguns casos, ainda, estará em contradição com a norma constitucional.⁹⁵

Doutrinariamente, são identificados em três categorias, a saber: *secundum constitutionem*, *praeter constitutionem* e *contra constitutionem*. A primeira diz respeito ao costume como decorrência da própria Constituição, que deve prevê-lo senão expressa, ao menos, tacitamente. Por sua vez, costume *praeter constitutionem* consubstancia-se através de

⁹³ BLACK, 1896 apud BULOS, 1997, p. 142.

⁹⁴ BULOS, 2014, p. 437.

⁹⁵ BARROSO, 2009, p. 134.

aplicação supletiva, isto porque, sua atuação é posterior a Constituição, atuando tão somente em sua integração.

Contra constitutionem é a modalidade de costume contrário a Constituição e que, por essa razão, não deverá ser instrumento de mudança constitucional. É que permitir que práticas inconstitucionais, mesmo que reiteradamente observadas, modifiquem o sentido, significado e alcance da Constituição equivaleria a retirar-lhe sua eficácia e, conseqüentemente, sua supremacia.

Acerca da ocorrência de mutações constitucionais por via de costumes, apresenta Uadi Lammêgo Bulos as seguintes considerações:

Convém lembrar que as mutações realizadas pelos usos e costumes não vão de encontro aos textos rígidos, formais e escritos. Ambos, em nada são incompatíveis. Urge, tão-somente, que sejam *constitucionais*, isto é, que estejam consoantes à manifestação constituinte originária, e promanam de práticas condizentes com as expressas finalidades legais. Se admitirmos o contrário, não poderíamos explicar o fato de os costumes exercerem as funções interpretativa e supletiva, admitidas, tacitamente, pelo legislador constituinte, e, expressamente, pelo legislador ordinário, como ocorre, inclusive, na ordem jurídica brasileira (LICC, art. 4º).⁹⁶

Nota-se, a partir dos conceitos aqui apresentados que os costumes podem veicular verdadeiras mutações constitucionais, adaptando a Carta e dando-lhe sentidos mais ajustados aos novos tempos. Devem, contudo, assim como os demais veículos de mutação constitucional, observar a Constituição em seu texto e essência, respeitando o sistema plasmado pelo constituinte quando de sua elaboração.

3.4 Limites

Como anteriormente afirmado, o texto constitucional deve, a um só tempo, ser estável, na medida em que protege as decisões políticas fundamentais de um Estado, e dinâmico, adaptando-se à realidade social, em constante evolução, tarefa que é levada a efeito pelos mecanismos de mudança da Constituição, mormente a mutação constitucional.

Nesse contexto, a mutação enquanto fenômeno de alteração informal da Constituição deve, assim como os mecanismos de reforma - guardadas as devidas particularidades - possuir limites a sua atuação, de modo a compatibilizar-se com o próprio texto e espírito constitucionais, adaptando a Lei Maior aos novos tempos sem, contudo, ignorar a necessidade de preservação de seu núcleo fundamental.

⁹⁶ BULOS, 1997, p. 190.

Todavia, a doutrina não é uniforme também nesse aspecto. Se por um lado, há quem entenda ser possível precisar seus limites, há, porém, quem os repute incompatíveis. Perfilha-se a esta última corrente Uadi Lammêgo Bulos, para quem:

Não se afigura possível determinar os limites da mutação constitucional, porque o fenômeno é, em essência, o resultado de uma atuação de forças elementares, dificilmente explicáveis, que variam conforme acontecimentos derivados do fato social cambiante, com exigências e situações sempre novas, em constante transformação.⁹⁷

Assim, é que segundo o autor, o fenômeno da mutação constitucional teria como única limitação – esta de natureza subjetiva e, inclusive, psicológica - o sentir do intérprete em não exceder a essência do texto constitucional, através de interpretações que violem os princípios fundamentais que estruturam a Lei Maior.⁹⁸

Em sentido diverso, Ferraz afirma ser a mutação constitucional, inevitavelmente, limitada, tendo em vista figurar como exercício de função constituinte implícita. Para a autora, tais limites são, obrigatoriamente, mais amplos e demarcados que os impostos ao poder de reforma constitucional, posto que este, com *vênia* dada pela Carta, opera justamente em sua reforma, modificando seu texto e conteúdo, enquanto o “poder constituinte difuso, [...] porque nasce de modo implícito e por decorrência lógica, não pode reformar a letra e o conteúdo expresso da Constituição”, limitando-se a especificar ou alterar o sentido, alcance e significado, sem, no entanto, ofender o texto constitucional.⁹⁹

Adriana Zandonade, em consonância com o entendimento de Ferraz, defende a limitação da mutação constitucional nos seguintes termos:

[...] os limites da mutação não se resumem nos limites do Poder Constituinte, pois não atua originariamente, nem se restringem àqueles consignados ao poder reformador, sendo, em verdade, mais severos do que estes. Cuida-se, aqui, de uma expressão da função constituinte, sim, mas além disso, implícita e, portanto, essencialmente limitada. Tais limites são bem mais definidos do que os que atinem ao poder reformador, expressos no texto constitucional, porque lhe é vedado alterar o próprio texto ou a letra da norma constitucional.¹⁰⁰

⁹⁷ BULOS, 1997, p. 197.

⁹⁸ Id, 2014, p. 439.

⁹⁹ FERRAZ, 1986, p. 11.

¹⁰⁰ ZANDONADE, Adriana. Mutação constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 35, p. 195, abr. 2001. In: DTR\2001\172, p. 7.

Na mesma linha, Barroso ressalta que a mutação constitucional possui limites que, uma vez extrapolados, violam o poder constituinte e, com isso, a soberania popular. Sob essa perspectiva é que, como bem salienta o autor:

Por assim ser, a mutação constitucional há de estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição. Se o sentido novo que se quer dar não couber no texto, será necessária a convocação do poder constituinte reformador. E se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o poder constituinte originário.¹⁰¹

Ora, a partir das lições apresentadas, verifica-se que a mutação constitucional enquanto fenômeno que modifica as normas constitucionais, sem a necessidade de alteração textual destas, tem como limite primeiro o espírito da Constituição, isto é, sua essência, que será apreendida pelo intérprete a partir de seu texto e dos princípios fundamentais ali insculpidos. Nesse contexto, desbordados estes limites, estar-se-á diante de mutação incompatível com a Constituição e, portanto, inconstitucional.

Desse modo, traduzem-se como constitucionais, tão somente quando “adequadas à razão constitucional”¹⁰², sendo como bem assevera Kubliskas “alterações ocorridas no âmbito normativo e comportadas pelo programa normativo [...] as quais devem ser aferidas no processo de densificação e concretização e aplicação das normas constitucionais”.¹⁰³

De fato, cumpre asseverar que os mecanismos de atuação da mutação constitucional, deverão se ater ao texto e conteúdo constitucionais, devendo, além disso, observar as regras previstas pelo já mencionado art. 60, da Constituição da República, que prevê, além de limitações formais e circunstanciais, limites de ordem material, não sendo possível a proposição de emenda que tenda a restringir as denominadas cláusulas pétreas, a saber: a forma federativa de estado, o voto secreto, direto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias fundamentais.

Assim, tendo como limite o próprio texto e espírito da Lei Fundamental, o processo informal de mudança constitucional deverá respeitar, ademais, as cláusulas pétreas, não sendo possível que mutação constitucional, *v.g.*, altere norma relativa à autonomia dos entes

¹⁰¹ BARROSO, 2009, p. 128.

¹⁰² SANTANA, Patrícia da Costa. Mutações constitucionais como manifestação da interpretação constitucional pluralista. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 76, p. 71, jul. 2011. In: DTR\2011\2482, p. 6.

¹⁰³ KUBLISCKAS, 2009 apud SANTANA, 2011, p. 6.

federativos, concernente à repartição de competências ou até mesmo modifique preceito referente à atribuição de competência aos poderes instituídos.

Portanto, em que pese a natureza difusa que permeia o fenômeno em exame e a complexidade de tal reconhecimento, para que este faça jus ao qualificativo “constitucional”, deverá observar a Constituição enquanto letra e essência, observando o sistema firmado pelo constituinte, sem perder de vista os limites impostos aos processos formais de alteração desta, sobretudo, os que dizem respeito às cláusulas pétreas, sob pena de inconstitucionalidade.

3.5 Mutação inconstitucional

A locução “mutação constitucional” enquanto gênero, compreende duas espécies bem distintas, a saber: mutação constitucional e mutação inconstitucional. A primeira destas, como já dito, modifica a Constituição, dando-lhe sentidos mais ajustados à realidade, sem que haja, para tanto, alteração de seu texto ou vulneração de seu espírito.

A segunda, por sua vez, a despeito de alterar o texto constitucional em seu significado, sentido e alcance, o contraria, violando-o em sua essência, sendo, portanto, inconstitucional. Dessa maneira, são ditos inconstitucionais os processos não formais de modificação das normas constitucionais que contrariem a própria Constituição.

Portanto, para ser constitucional, a mutação, como anteriormente explicitado, deverá respeitar as limitações veiculadas pela própria essência e letra das normas constitucionais. Assim, uma vez ultrajado o texto e o espírito da Constituição, através da violação dos limites impostos por esta, restar-se-á configurada mutação inconstitucional.

Nesse sentido é o magistério de Anna Cândida da Cunha Ferraz, segundo o qual, a prática constitucional comprova que a sentença “mutação constitucional”, isto é, os processos informais de alteração da Constituição, embora não seja uniforme na doutrina, acaba por englobar duas espécies diferentes do fenômeno da mutação: as que não violam a Constituição, ou seja, que, se uma vez submetidas a controle de constitucionalidade, não serão inquinadas de inconstitucionalidade, e as mutações inconstitucionais, que contrariam o texto constitucional e, diante de conflito com a Lei Maior, não remanescem.¹⁰⁴

Gonçalves Carvalho, corrobora o entendimento de Ferraz quando sinaliza que as mutações constitucionais “abrigam dois tipos: as que não violentam a Constituição e que,

¹⁰⁴ FERRAZ, 1986, p. 9.

portanto, não se revelam inconstitucionais, e as que contrariam o texto constitucional – mutações inconstitucionais.”¹⁰⁵

Esse tem sido o entendimento de Bulos que, igualmente, sustenta a existência de mutações inconstitucional que, “nada têm em comum com as mutações constitucionais, haja vista que, além de violarem a Letra da Lei das Leis, desbordam o próprio controle de constitucionalidade”.¹⁰⁶

Zandonade, por sua vez, reconhece a existência de mutações inconstitucionais nos seguintes termos:

De outra sorte, também não se pode negar a existência desses resultados “inconstitucionais”. Contudo, deve-se ter presente que eles não representam mais do que *anomalias*. Cuida-se de distorção havida no processo, gerada a partir da violação dos seus limites, assim como pode ocorrer no processo legislativo e, ainda, no processo formal de alteração da Constituição. Não obstante, tais anormalidades são perigosas sim, e devem ser rigorosamente repelidas.¹⁰⁷

Depreende-se da lição supra, além da definição de mutação inconstitucional, a importância de se diferenciar as mutações constitucionais daquelas, não se descuidando, também, da necessidade de eliminação de tais processos manifestamente inconstitucionais e perniciosos à ordem jurídico-constitucional.

Ademais, convém destacar que a espécie mutação inconstitucional comporta, ainda, subdivisões, isto porque, sob a mesma denominação reúnem-se duas categorias de processos informais de alteração da Constituição, contrários a seu texto. Nesse cenário, tem-se mutação inconstitucional quando desrespeitados os limites impostos à alteração informal da Lei Fundamental e também nos demais casos de introdução de mudanças expressamente vedadas por esta. É o que explica Anna Cândida da Cunha Ferraz:

Não se pode desconhecer, na prática, que os processos informais de mutação constitucional, podem, facilmente, desbordando os limites que lhe são impostos, resvalar para mudanças verdadeiramente inconstitucionais que persistem, de fato, diante da inexistência ou ineficácia de um controle de constitucionalidade. Por outro lado, a experiência constitucional releva outras modalidades de processos informais, que conduzem também a mudanças não admitidas pela Constituição. A inconstitucionalidade desses processos, nesses casos, decorre principalmente da ideia de que a Constituição nasce para ser aplicada e que qualquer obstáculo que se anteponha à sua efetiva aplicação é incompatível com ela. Esses dois grupos de processos informais são reunidos sob a denominação comum de *mutações inconstitucionais*.¹⁰⁸ (grifos do autor)

¹⁰⁵ CARVALHO, 2009, p. 330.

¹⁰⁶ BULOS, 1997, p. 71.

¹⁰⁷ ZANDONADE, 2001, p. 9.

¹⁰⁸ FERRAZ, 1986, p. 13

A teórica, em estudo diverso acerca dos processos indiretos de alteração da Constituição, subdivide a mutação inconstitucional em dois outros tipos de processos, que podem ser genericamente denominados como “processos anômalos” e “mutações manifestamente inconstitucionais”. Por processos anômalos compreendem-se a inércia dos poderes constituídos, a mudança tácita de normas constitucionais e o desuso.

Quanto a este, mister tecer breves considerações, isto porque, como se verá mais adiante, o problema que aqui se busca responder tem sustentáculo, justamente, na alegação de que a regra que prevê a atuação do Senado Federal no controle de constitucionalidade das leis, nos termos do art. 52, X, da CRFB, estaria em desuso, como argumentado por Eros Grau e Gilmar Ferreira Mendes nos autos da Reclamação Constitucional nº. 4.335-5/AC.

Para Ferraz, o desuso traduz-se no descumprimento consciente, uniforme, consentido, público e reiterado, por longo período temporal, de um preceito constitucional que, assim como a inércia, acaba por implicar na suspensão da aplicação de determinada norma constitucional.¹⁰⁹

Em consonância, Bulos define o desuso como a não aplicação ou desobediência de prescrição, sem, contudo, haver a substituição por outra que lhe seja contrária. Salieta, ainda, o autor que há oportunidades em que tal desobediência altera, de modo informal, as normas constitucionais, sem, no entanto, haver modificação textual destas. Contudo, “nem todo desuso acarreta mutação constitucional, [...] pois pode haver desuso sem mutação constitucional.”¹¹⁰

Por sua vez, constituem mutações manifestamente inconstitucionais as violações ao texto constitucional, assim consideradas todas as práticas, até mesmo as formais, que induzam mudança na Constituição contrária à previsão de seu texto e que, dada a ineficácia do controle de constitucionalidade, acabam por subsistir.¹¹¹

Com efeito, da leitura das lições apresentadas é possível afirmar que os processos informais de mudança constitucional podem conduzir alterações constitucionais e inconstitucionais, tendo como parâmetro para tal classificação o respeito a Constituição, em seu texto e essência.

Assim, uma vez aviltados os limites impostos ao processo de mudança informal, estar-se-á diante de verdadeira mutação inconstitucional que, se submetida à verificação por controle de constitucionalidade, não deverá permanecer na ordem jurídica.

De fato, pode-se concluir, ademais, acerca do potencial ofensivo de tais alterações – inconstitucionais – que, sob a alegação de adaptarem a Constituição às novas circunstâncias

¹⁰⁹ FERRAZ, 2011, p. 13.

¹¹⁰ BULOS, 2014, p. 233-234.

¹¹¹ FERRAZ, loc. cit.

sociais, políticas e econômicas de uma coletividade, acabam por ofender e macular a própria ordem constitucional.

À vista disso, e partir das bases teóricas aqui lançadas, faz-se necessária análise acerca da tese da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição da República, tal qual levantada na Reclamação Constitucional nº. 4.335-5/AC, pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, o que será empreendido no capítulo seguinte.

4 A TESE DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, DA CRFB/88

Nesta oportunidade, abordar-se-á a tese da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição da República de 1988, sustentada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes quando do julgamento da Reclamação Constitucional nº. 4.335-5/AC, dando-se especial atenção aos argumentos e proposições na ocasião ventilados tanto pelos defensores da referida mudança informal da norma constitucional em exame, quanto pelos que a ela se opuseram, e também o tratamento destinado pela doutrina.

Deve-se asseverar que, muito embora, ainda em 2014 a Corte tenha julgado procedente a supramencionada reclamação, a análise da temática não é ainda questão fechada, sobretudo, em razão da composição daquele Tribunal. É que, na ocasião, não votaram os Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Edson Fachin, sendo, portanto, pertinente o exame a que se propõe.

Ademais, a referida tese foi alvo de expressivas críticas, não apenas no curso do julgamento da reclamação, como também em sede doutrinária, mormente, em razão das prováveis consequências que traria sua adoção, dada a substancial alteração do papel desempenhado pelo Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade.

A referida Casa Legislativa não mais teria a atribuição de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, para tão só dar publicidade à decisão de inconstitucionalidade, que já seria dotada, *per si*, de efeitos *erga omnes*.

Em face disto, faz-se necessária investigação acerca da razoabilidade da proposição, a partir do exame do julgamento da Reclamação nº. 4.335-5/AC, dos argumentos por ocasião deste levantados e das prováveis consequências de sua adoção, utilizando-se, para tanto, das bases teóricas da doutrina constitucionalista acerca da mutação constitucional e dos limites desta.

4.1 Reclamação Constitucional nº 4.335-5/AC

A Reclamação Constitucional nº. 4.335-5/AC foi ajuizada em 2006 perante o Supremo Tribunal Federal pela Defensoria Pública em face da decisão de Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais de Rio Branco, comarca do Estado do Acre. O magistrado, na decisão em questão, indeferiu pedido de progressão de regime prisional a dez condenados. Na espécie, os

apenados cumpriam pena em regime integralmente fechado, em razão de cometimento de crimes hediondos.

Conforme aduziu o reclamante, houve violação à autoridade de decisão do Supremo Tribunal, em razão do descumprimento da decisão deste Tribunal proferida no HC 82.959/SP, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, ocasião em que o Pretório Excelso afirmou a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei nº. 8.072/1990, que dispõe sobre os crimes hediondos e a estes equiparados, arredando, portanto, a vedação de progressão de regime aos apenados pela prática de crimes daquela natureza.

Em informações prestadas ao relator, a autoridade reclamada ponderou pelo não conhecimento do instrumento constitucional, por entender não preenchidos os requisitos legalmente exigidos pelo art. 13, da Lei nº. 8.038/1990, posto que, segundo o magistrado, não havia que se falar em usurpação de competência do Supremo Tribunal ou de desrespeito à autoridade de decisão daquele, tendo em vista a competência da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, vez que nesta comarca cumpriam pena os interessados na RCL. Anotou, ainda, que até aquele momento não era de conhecimento do Juízo, decisão do STF no sentido de expedir ordem em favor dos interessados na reclamação.

Ademais, alegou que a decisão do Supremo acerca da inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei de Crimes Hediondos fora proferida em controle difuso de constitucionalidade, tendo efeito tão somente *inter partes*, razão pela qual não estaria vinculado a ela e indeferiu, pois, os pedidos de progressão de regime.

Ainda segundo o reclamado, para que tal decisão viesse a ter eficácia genérica, necessária seria a comunicação da Corte a Casa Alta do Congresso Nacional, para que esta, a seu critério, pudesse suspender, no todo ou em parte, a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 52, X, da Constituição da República de 1988. Na ocasião, apresentou as seguintes considerações:

[...] não havendo qualquer notícia de que o Senado Federal tenha sido comunicado e que tenha suspenso a eficácia do artigo declarado incidenter tantum inconstitucional, o que se tem até a presente data é que ainda está em vigor o art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90, que veda a progressão de regime. Se a decisão do Supremo Tribunal Federal tivesse sido tomada em sede de ação direta de inconstitucionalidade (controle concentrado), produziria eficácia contra todos e efeito vinculante, relativa aos demais órgãos do Judiciário e até à Administração Pública direta e indireta, nos exatos termos do art. 102, §2º, da Constituição Federal. Todavia, como dito, não foi o que se verificou – a decisão se deu no controle difuso. A remansosa e respeitada

doutrina nacional tem pacificado esse entendimento sobre as formas de controle de constitucionalidade.¹¹²

Na oportunidade, transcreveu, ainda, a decisão denegatória de progressão de regime, em que reitera que a decisão proferida pela Corte no HC 82.959/SP, por ter declarado a inconstitucionalidade *incidenter tantum* do dispositivo que veda a progressão de regime aos apenados em decorrência de crimes hediondos, deu-se para solução de um caso concreto, em sede de controle difuso de constitucionalidade, o que “significa dizer que os seus efeitos se aplicam somente entre as partes do processo, e mesmo que suspenda a eficácia da lei pelo Senado Federal, no tempo, os efeitos se operam ‘ex nunc’”.¹¹³

Assim, é que segundo o entendimento do magistrado da Vara de Execuções Penais da comarca de Rio Branco, conforme fez constar em comunicados afixados no Fórum, a decisão proferida em sede do HC 82.959/SP, em que a Excelsa Corte declarou a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei de Crimes Hediondos, que proibia a progressão de regime de pena, só teria eficácia ampliada, isto é, relativa a todos demais os condenados por crimes hediondos ou a estes equiparados, “a partir da expedição, pelo Senado Federal, de resolução suspendendo a eficácia do dispositivo de lei declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal”.¹¹⁴

Em síntese, o reclamado aduziu não ter usurpado a competência do Supremo Tribunal Federal, tampouco ter desrespeitado a autoridade de decisão deste, tendo em vista que a decisão acerca da inconstitucionalidade do dispositivo que vedava a progressão de regime a condenados pela prática de crime hediondo fora proclamada em sede de controle difuso, produzindo, via de regra, efeitos relativamente às partes.

Não tendo havido suspensão da execução do dispositivo por resolução do Senado Federal, não haveria que se falar em efeito vinculante da decisão proferida no referido HC, razão pela qual indeferiu os pedidos de progressão de regime prisional em desfavor dos dez apenados e posicionava-se pelo descabimento da reclamação.

Pois bem, expostos os fatos, cabe então analisar o posicionamento do Tribunal quando do julgamento da referida reclamação.

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4.335-5/AC**. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, DF, 20 de março de 2014, p. 7-8. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

¹¹³ Ibid, p. 9.

¹¹⁴ Ibid, p. 11-12.

Ajuizada em 2006, a RCL nº. 4.335-5/AC teve seu julgamento iniciado em 01 de fevereiro de 2007, oportunidade na qual o relator então designado, o Ministro Gilmar Mendes, votou pelo conhecimento e procedência desta. Para o relator, consoante o posicionamento delineado em seu voto, a reclamação deveria ser conhecida e, além disso, julgada procedente, tendo em vista a ocorrência de verdadeira mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, CRFB/1988.

Conforme dispôs em seu voto, a atribuição do Senado Federal no controle de constitucionalidade das leis teria, hodiernamente, leitura diversa daquela prevista em sua redação original. Assim, é que para o Ministro, ao Senado Federal não mais caberia a atribuição de outorgar eficácia geral às decisões do Supremo, tendo em vista que as decisões deste, ainda que proferidas em sede de controle incidental de constitucionalidade, já seriam dotadas de efeitos gerais, cabendo a Casa Legislativa tão somente a atribuição de lhes dar publicidade, através de publicação no Diário do Congresso.

Inicialmente, o relator da RCL nº. 4.335-5/AC, Ministro Gilmar Mendes, afastou o argumento firmado pelo Ministério Público em sede de parecer, no sentido de inexistir decisão do Supremo Tribunal Federal cuja autoridade deva ser preservada. Segundo o relator, restava assente na jurisprudência do Tribunal o cabimento de reclamação “[...] para todos aqueles que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às teses do STF”, sendo, portanto, cabível a reclamação constitucional.¹¹⁵

A partir dessa compreensão, o Ministro concluiu que a decisão do juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, ao não conceder o benefício da progressão de regime prisional aos apenados por crimes hediondos, desrespeitou a eficácia ampliada que deveria ter sido concedida à decisão do Supremo Tribunal no HC 82.959/SP, sendo cabível, portanto, a reclamação, razão pela qual dela conheceu e votou pela procedência.

Proferido o voto do relator, pediu vista dos autos o Ministro Eros Grau que, em posterior oportunidade, acompanhou o voto do Ministro Gilmar Mendes, no sentido julgar procedente a reclamação e, também, reconhecer a mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição da República.

Todavia, ainda que sufragada por Gilmar Mendes e por Eros Grau, a tese da mutação constitucional do supramencionado dispositivo não foi perfilhada pelos demais ministros, a saber: Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Levandowski, Teori Zavascki, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Marco Aurélio e Celso de Mello.

¹¹⁵ BRASIL, 2014, p. 13.

Vencidos, os ministros Joaquim Barbosa, Ricardo Levandowski e Marco Aurélio manifestaram-se pelo não conhecimento da reclamação constitucional - acompanhados pelo Ministro Sepúlveda Pertence que votou pela improcedência desta -, por entenderem que a decisão proferida no HC 82.959/SP teria eficácia vinculada às partes, razão pela qual a outorga de efeitos *erga omnes* estaria condicionada à edição de resolução suspensiva pelo Senado Federal ou de Súmula Vinculante, pelo Supremo Tribunal Federal.

Não admitiram, desse modo, a proposição acerca da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição da República de 1988, vez que ao Senado Federal ainda caberia a atribuição de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, não sendo dotada a decisão deste Tribunal, no controle incidental, de eficácia por si só ampliada. Ademais, por entenderem inconstitucional o regime prisional integralmente fechado, votaram por conceder *habeas corpus* de ofício.

Sob outra perspectiva, os Ministros Teori Zavascki, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello, votaram pela procedência da reclamação, em razão de ofensa à disposição da Súmula Vinculante nº 26, do Supremo Tribunal Federal.

Para os ministros, a decisão da autoridade reclamada, ao indeferir os pedidos de progressão de regime, em razão do cumprimento de pena por prática de crimes hediondos, teria desrespeitado enunciado dotado de eficácia vinculante, dada a superveniência da referida Súmula Vinculante, editada apenas em 2009 e que assim estabelece:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.¹¹⁶

Conforme se verifica, o enunciado sumular em questão reproduz o entendimento do Supremo Tribunal firmado quando do julgamento do HC 82.959/SP e que, por ser aquele dotado de efeitos vinculantes, autoriza o ajuizamento de reclamação constitucional em face de ato administrativo ou de decisão judicial que o contrariar, nos termos do §3º, do art. 103-A, da Constituição da República.

Com efeito, quando em seus votos, julgaram procedente a Reclamação Constitucional nº. 4.335-5/AC, os referidos ministros o faziam com fundamento na superveniente violação à disposição de Súmula Vinculante e não por sufragarem a tese da mutação constitucional do art.

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 26**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

52, X, da CRFB, tal como encetada pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, tampouco por reconhecerem a eficácia vinculante das decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Nesse cenário, por maioria de seis votos a quatro, o Supremo Tribunal Federal, em 20 de março de 2014, sete anos após o ajuizamento, conheceu e julgou procedente a Reclamação Constitucional nº. 4.335-5/AC. Restaram vencidos, como já dito, os Ministros Sepúlveda Pertence, que julgava improcedente, e Joaquim Barbosa, Ricardo Levandowski e Marco Aurélio, “[...] que não conheciam da Reclamação, mas concediam *habeas corpus* de ofício.”¹¹⁷

Contudo, a despeito de ter sido julgada procedente a reclamação, não foi reconhecida, naquela ocasião, a plausibilidade da tese da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição da República de 1988, tal como argumentada pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, com a conseqüente releitura do papel desempenhado pelo Senado Federal no controle de constitucionalidade das leis.

Tal proposição, em verdade, foi objeto de importantes análises e ponderações não apenas no curso do julgamento da reclamação, como também no âmbito doutrinário, onde se pode se verificar manifestações favoráveis e desfavoráveis a esta.

Por essa razão, deve-se, nesse estudo, analisar de maneira pormenorizada os argumentos que justificariam a legitimidade da tese da mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB, com a reinterpretação do papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade, como arguida por Mendes e Grau, bem como aqueles que apontam para sua não procedência, sobretudo em razão da limitação ao fenômeno de mudança informal da Constituição.

4.2 A proposição dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau

Entendendo pelo cabimento da reclamação constitucional, em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes ressalta a necessidade de realizar breves digressões acerca do papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade, para que a partir da compreensão desta atribuição, se possa analisar a afirmação da autoridade reclamada de que a decisão proferida no HC 82.959/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, somente produziria efeitos *erga omnes* a partir da expedição de resolução suspensiva pelo Senado Federal, no exercício de competência constitucionalmente atribuída pelo art. 52, X, da Carta Maior.

¹¹⁷ BRASIL, 2014, p. 196-197.

Destaca, preliminarmente, a originalidade da atribuição constitucionalmente designada ao Senado Federal, sobre a qual, como abordado anteriormente na seção 2.5, muito se discute acerca da natureza e efeitos, de seu caráter vinculado ou discricionário, bem como sobre sua abrangência e campo de aplicação.

No voto, Gilmar Ferreira Mendes, após realizar investigação histórica acerca do papel desempenhado pelo Senado Federal, assinala que a atuação deste no controle de constitucionalidade das leis foi a maneira encontrada pelo constituinte para atribuir eficácia *erga omnes* às decisões definitivas acerca da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Assim, é que, introduzida com a Constituição de 1934, a suspensão senatorial figurava como “mecanismo destinado a outorgar generalidade à declaração de inconstitucionalidade”.¹¹⁸

Conforme o relator da reclamação, o ato da Câmara Alta dispensava eficácia geral à decisão definitiva acerca da inconstitucionalidade que, a priori, teria eficácia restrita às partes.

Destaca, ainda, que em 1977 procedeu-se a redução teleológica desta atuação que, a partir daquele momento, estaria restrita aos casos de declaração de inconstitucionalidade de lei proferida no bojo de controle difuso, sendo dispensável, portanto, em sede de controle concentrado, o qual as decisões já seriam dotadas de eficácia genérica.

Para o Ministro, conforme sublinha em seu voto e também em estudo sobre a temática datado de 2004¹¹⁹, o contexto normativo da Constituição da República de 1988 deu novo significado ao instituto de suspensão da execução pelo Senado Federal de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Isto porque, tendo em vista a ampliação do modelo abstrato de controle, em que é possível, inclusive, a suspensão liminar da eficácia das leis ou atos normativos, com efeitos gerais, não figura razoável que as decisões, em sede de controle concreto, possuam eficácia tão somente *inter partes*.

Acrescenta, ademais, que o papel desempenhado pelo Senado Federal no controle de constitucionalidade, hodiernamente, justifica-se em razão de natureza, exclusivamente, histórica, consoante se pode verificar na seguinte passagem de seu voto:

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação dos Poderes – hoje inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até

¹¹⁸ BRASIL, 2014, p. 15.

¹¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação legislativa**, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes? A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica.¹²⁰

Portanto, conforme a proposição assentada pelo Ministro relator, a atuação do Senado Federal no controle de constitucionalidade merece, atualmente, expressiva releitura, dada a nova configuração da jurisdição constitucional sob o contexto normativo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Gilmar Mendes sintetiza as razões que ensejariam uma releitura do papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade, destacando, dentre outras: a) a introdução e ênfase dada ao controle abstrato de constitucionalidade, em que se torna possível a suspensão, por via de pedido cautelar, da eficácia da lei ou de ato normativo, com efeitos *erga omnes* e também em decorrência da ampliação do rol de legitimados a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, o que permitiu que quase a totalidades das matérias constitucionais sejam submetidas a Corte através de controle abstrato; b) a possibilidade de que o relator negue seguimento ou dê provimento a recurso extraordinário, nas hipóteses de manifesto confronto com a jurisprudência da Corte, cuja decisão também em controle concreto, teria seus efeitos estendidos a todos; c) o efeito vinculante não apenas da parte dispositiva, como também dos fundamentos determinantes da decisão em sede de controle de constitucionalidade do direito municipal; e d) os efeitos gerais de que são dotadas as declarações de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle de constitucionalidade nas ações coletivas.

Nessa perspectiva, como visto, o primeiro dos argumentos alçados pelo relator para sustentar a tese da mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB diz respeito, justamente, à ênfase dada pela Constituição de 1988 ao modelo abstrato de controle de constitucionalidade, sobretudo, em razão da ampliação do rol de legitimados ativos para propositura das ações diretas do controle. Assim, é que segundo defende Gilmar Mendes:

A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal fique a depender de uma decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988, perdeu parte do seu significado com a introdução do controle abstrato de normas.¹²¹

Desse modo, segundo sustenta o relator, com a ampliação da legitimidade para propositura das ações do controle concentrado de normas, nos termos do art. 103, da

¹²⁰ BRASIL, 2014, p. 27.

¹²¹ Ibid, p. 33.

Constituição de 1988, o constituinte pretendeu reforçar esse modelo de controle, permitindo, assim, que quase a totalidade das questões constitucionais pudessem ser submetidas a verificação de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, através de controle em tese.

Para o Ministro, ademais, ao ampliar, expressivamente, a legitimidade para provocação da Corte através de controle abstrato de constitucionalidade, o constituinte restringiu, de modo profundo, a amplitude do controle difuso, de maneira a sugerir a necessidade de uma releitura do papel do Senado Federal, como bem salienta no seguinte trecho:

Portanto, parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. Assim, se se cogitava, no período anterior a 1988, de um modelo misto de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle. O controle direto continuava a ser algo acidental e episódico dentro do sistema difuso.¹²²

Aduz, ainda, que a introdução da Ação Declaratória de Constitucionalidade, somada a já referida ampliação da legitimidade para provocação do Supremo Tribunal, procedeu a alterações significativas na relação entre os modelos de controle de constitucionalidade, a saber: controle difuso e controle concentrado de normas. Dessa forma, com a ênfase dada pela Carta de 1988, passaram a predominar os efeitos *erga omnes* das decisões proclamadas em controle abstrato.

Destaca, também, que a disciplina atribuída à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF, pela Lei nº. 9.882/1999 “[...] revela, igualmente, a inconsistência do atual modelo”, tendo em vista que a decisão proferida no bojo de uma ADPF, dada a natureza objetiva desta, terá efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante, enquanto, idêntica questão, caso submetida a controle incidental, terá eficácia tão somente *inter partes*.¹²³

Ademais, no intuito de demonstrar a aproximação entre os modelos de controle de constitucionalidade - com a ênfase dada ao modelo abstrato - e a dispensabilidade da atuação senatorial para que se outorgue eficácia ampliada às decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade, Gilmar Mendes assinala, ainda, a possibilidade de que o relator negue seguimento ou, até mesmo, dê provimento a recurso extraordinário, quando houver manifesto confronto à jurisprudência do

¹²² BRASIL, 2014, p. 35.

¹²³ Ibid, p. 42.

Pretório Excelso ou de Tribunal Superior, consoante a disposição do art. 557, §1º-A, do Código de Processo Civil de 1973.

Para o Ministro, tal permissivo legal explicita a extensão dos efeitos das decisões do STF também em controle difuso de constitucionalidade. Essa posição foi defendida por Gilmar na seguinte passagem de seu voto:

Também aqui parece evidente que o legislador entendeu possível estender de forma geral os efeitos da decisão adotada pelo Tribunal, tanto nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade incidental de determinada lei federal, estadual ou municipal – hipótese que estaria submetida à intervenção do Senado -, quanto nos casos de fixação de uma dada interpretação constitucional pelo Tribunal. Ainda que a questão pudesse comportar outras leituras, é certo que o legislador ordinário, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, considerou legítima atribuição de efeitos ampliados à decisão proferida pelo Tribunal, até mesmo em sede de controle de constitucionalidade incidental.¹²⁴

Parece certo afirmar que, ao defender a necessidade de releitura do papel do Senado Federal, em decorrência de verdadeira mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição da República Federativa do Brasil, o Ministro Gilmar Mendes aduz, igualmente, o fenômeno de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, através de aproximação dos modelos de controle, bem como da similitude dos efeitos produzidos a partir de suas decisões, isto é, efeitos *erga omnes*.

Outrossim, acentua como justificativa para a mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB, a atribuição de efeitos vinculantes não só à parte dispositiva das declarações de inconstitucionalidade, como também aos fundamentos determinantes destas no controle de constitucionalidade do direito municipal, isto porque:

Tal procedimento evidencia, ainda que de forma tímida, o efeito vinculante dos fundamentos determinantes da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade do direito municipal. Evidentemente, semelhante orientação somente pode vicejar caso se admita que a decisão tomada pelo Plenário seja dotada de eficácia transcendente, sendo, por isso, dispensável a manifestação do Senado Federal.¹²⁵

De fato, ao colacionar os julgados em que a Corte, em controle de constitucionalidade do direito municipal, atribuiu eficácia ampliada às suas decisões, Gilmar Mendes busca demonstrar a dispensabilidade da atuação senatorial no controle difuso de constitucionalidade, tendo em vista que as decisões do Supremo Tribunal, ainda que em sede deste, possuem eficácia

¹²⁴ BRASIL, 2014, p. 43.

¹²⁵ Ibid, p. 45.

geral, independentemente de suspensão da execução pelo Senado Federal, o que sugere sua reinterpretação.

Assim, mostra-se como importante argumento para proposição da mudança informal do art. 52, X, da CRFB, a atribuição de efeitos vinculantes à decisão e seus fundamentos determinantes em sede de controle de constitucionalidade do direito municipal, dadas as inúmeras decisões da Corte, através de seus designados relatores, o que evidencia a dispensabilidade da atuação do Senado Federal, com vistas a outorgar eficácia genérica a essas decisões.

Segundo o relator, pode-se apontar, ainda, como argumento para erigir a tese da mutação constitucional do referido dispositivo, o controle de constitucionalidade nas ações coletivas, nas quais “[...] somente por força de uma compreensão ampliada ou do uso de uma figura de linguagem, pode-se falar em decisão com eficácia *inter partes*”.¹²⁶ Nestas hipóteses, como bem salienta em seu voto:

[...] a suspensão de execução da lei pelo Senado, tal como vinha sendo entendida até aqui, revela-se, para o dizer o mínimo, completamente inútil caso se entenda que ela tem uma outra função que não a de atribuir publicidade à decisão declaratória de ilegitimidade.¹²⁷

Com efeito, entende ainda que a “decisão de calibragem” no controle de constitucionalidade, ou em outras palavras, a decisão acerca da modulação dos efeitos temporais da decisão, debilita, expressivamente, a intervenção do Senado Federal, posto que ao próprio Tribunal cabe a deliberação quanto aos efeitos da decisão, restando desvinculado de qualquer atuação do Senado.

Por outra, destaca que a repercussão da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo que em sede de controle incidental, atinge outros Tribunais que, não precisarão submeter ao Pleno ou seu ao órgão especial a matéria constitucional, nos termos do art. 97, da Constituição da República, quando já houver pronunciamento da Corte acerca da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade.

Para o relator, essa convicção explícita a evolução do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro que, passa a aproximar os efeitos das decisões proferidas quer em controle abstrato, quer em controle concreto, em evidente apoio ao fenômeno de abstrativização

¹²⁶ BRASIL, 2014, p. 45.

¹²⁷ Ibid, p. 45-46.

do controle difuso de constitucionalidade, posto que, para o Ministro, a decisão do STF antecipa o efeito vinculante de seus julgados, ainda que proferidos em controle incidental.

Finalmente, defende a suplantação da atribuição conferida pelo art. 52, X, da CRFB a partir do entendimento de que a Súmula Vinculante, nos termos do art. 103-A, também da Constituição República, outorga eficácia ampliada às decisões do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade, independentemente de qualquer atuação do Senado Federal, o que segundo Gilmar Mendes, evidencia a superação do referido dispositivo.

Sob essa perspectiva é que, segundo Mendes, a atuação do Senado Federal, tal como prevista no art. 52, X, da Constituição da República de 1988, merece releitura. De fato, para o relator, a evolução do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, com a ênfase dada pela Constituição de 1988 ao modelo abstrato, indicam que o ato de suspensão da execução pelo Senado Federal teria sofrido autêntica mutação constitucional, atualmente, abarcando, tão-somente a atribuição de dar publicidade às decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferida pelo STF que, por sua vez, já seriam dotadas de eficácia geral, não dependendo, outrossim, da fórmula inserida pelo constituinte em 1934. A conclusão do Ministro acerca da mutação constitucional do dispositivo em comento resta evidente na seguinte passagem de seu voto:

É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto. Em verdade, a aplicação que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao disposto no art. 52, X, da CF indica que o referido instituto mereceu uma significativa reinterpretação a partir da Constituição de 1988.¹²⁸

Dessa forma, consoante defende o Ministro, o papel a ser desempenhado pelo Senado Federal merece ressignificação, não sendo mais o de suspender a execução de lei declarada inconstitucional, mas tão-somente o de dar publicidade a decisão declaratória de inconstitucionalidade, proferida pelo STF, como bem salienta no trecho, *verbis*:

[...] parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que

¹²⁸ BRASIL, 2014, p. 53.

confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 140,5 - publicação a cargo do Chanceler Federal, e Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art.31, (2), publicação a cargo do Ministro da Justiça).¹²⁹

Nesse contexto, é que segundo o entendimento do Ministro, a decisão de inconstitucionalidade firmada pelo Supremo, mesmo no controle incidental, é dotada de eficácia vinculante e efeitos *erga omnes*, não estando, assim, condicionada sua generalização ao ato de suspensão da execução pelo Senado Federal, a quem somente cabe dar publicidade ao *decisum*.

Em seu voto-vista, o Ministro Eros Grau ratifica a tese levantada pelo relator da Reclamação, no sentido da ocorrência de verdadeira mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição da República de 1988, que, como já visto, dispõe sobre o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade das leis.

Como premissa, firma a necessidade de que, primeiramente, se investigue se o Ministro relator, quando de sua proposição, não excedeu a moldura do texto normativo, de forma a operar engenhosidade própria ao ato interpretativo, excedendo a atividade que lhe incumbe, tal como sintetiza no seguinte trecho de sua preleção:

A esta altura importa indagarmos se não terá ele excedido a moldura do texto, de sorte a exercer a criatividade própria à interpretação para além do que ao intérprete incumbe. Até que ponto o intérprete pode caminhar, para além do texto que o vincula? Onde termina o legítimo desdobramento do texto e passa ele, o texto, a ser subvertido?¹³⁰

Nesse mister, assevera que haverá que se falar em subversão do texto nas hipóteses em que o intérprete apresente norma não correta, por assim dizer. Em contrapartida, estar-se-á diante de não-subversão textual sempre que a norma – esta obtida a partir do texto – restar inserida na moldura do direito, bem como quando “[...] o discurso que o justifica processa-se de maneira racional” e “atende ao código dos valores dominantes”.¹³¹

Ressalta, outrossim, acerca da submissão do intérprete, quando da apreciação do texto normativo, a certas limitações bastante específicas, tendo em vista que a este incumbe produzir a norma, através da compreensão do sentido primeiro do texto, devendo o manter como

¹²⁹ BRASIL, 2014, p. 55.

¹³⁰ Ibid, p. 67.

¹³¹ Ibid, p. 68.

referencial para a norma que constrói. Nessa perspectiva, é que o intérprete, ao produzir a norma a partir do texto legislado deverá se ater a estas limitações, sobretudo as de seu texto, tendo em vista que:

[...] o texto normativo obedece a limitações coletivas bastante estritas nas variações às quais se presta ao ser transformado em norma; ainda quando operem o que chamamos de mudança de jurisprudência, os intérpretes autênticos não estão livres para modificá-lo, o texto normativo, à vontade, reescrevendo-o a seu bel prazer; o intérprete inscreve-se na tradição do texto --- quer se amolde a ela com exatidão, quer se afaste dela em algum ponto, para atualizá-lo, o texto, é sustentado por ela, apóia-se nela e deve referir-se a ela, pelo menos implicitamente, se quiser que sua narrativa seja entendida pelo público; o intérprete há de construir a norma respeitando a coerência interna do texto, sujeito a uma série de associações, oposições e homologias que conferem sentido ao texto, de modo que, em verdade, não inventa a norma.¹³²

Todavia, muito embora ressalte em seu voto acerca da limitação à atividade interpretativa, pondera que em sua performance, o Ministro Gilmar Mendes não se limitou a interpretar o texto do art. 52, X, da CRFB, tendo ido além disto ao propor a substituição de um texto por outro texto, consubstanciando verdadeira mutação constitucional. Desse modo, por tratar-se de mutação constitucional, e não de atividade interpretativa, tal proposição não restaria limitada ao texto.

A despeito de entender a mutação constitucional enquanto alteração de sentido de preceito constitucional, sem que haja modificação textual, sustenta que através de tal fenômeno o intérprete passa de um texto para outro texto, que vem substituir o primeiro.

Nesse cenário, para o Ministro, a mudança informal da Constituição não se realiza através da simples apreensão pelo intérprete de uma norma diversa a partir de um mesmo texto normativo, mas sim quando não somente a norma obtida é outra, como também o próprio texto normativo o é.

Sob essa perspectiva, reafirma que a tese erigida pelo relator não se reduz à interpretação, concretizando, em verdade, a substituição do texto que outorga ao Senado Federal a competência para suspender a execução de ato declarado inconstitucional por decisão definitiva no Supremo por outro, que lhe atribui a incumbência de dar publicidade à decisão daquele Tribunal. É o que sustenta no seguinte trecho de seu voto:

O eminente Relator não está singelamente conferindo determinada interpretação ao texto do inciso X do artigo 52 da Constituição. Não extrai uma norma diretamente desse texto, norma essa cuja correção possa ser sindicada segundo parâmetros que linhas acima aponteí. Aqui nem mesmo poderemos indagar da eventual subversão, ou

¹³² BRASIL, 2014, p. 69-70.

não subversão, do texto. O que o eminente Relator afirma é mutação, não apenas uma certa interpretação do texto do inciso X do artigo 52 da Constituição.¹³³

Assim, segundo o Ministro Eros Grau, por não se consubstanciar a atividade empreendida pelo Ministro relator em ato de interpretação, mas sim em mutação constitucional, razão não há para a indagação acerca da subversão ou não do texto normativo, tendo em vista que a mutação constitucional pressupõe, inclusive, a substituição de um texto por outro.

Desse modo, como “na mutação constitucional não apenas a norma é nova, mas o próprio texto normativo é substituído por outro”, a justeza de tal evento há de coincidir com a sua adequação ao contexto e tradição. De fato, como as reflexões apontadas pelo relator da RCL nº. 4.335-5/AC indicam a efetiva ocorrência de releitura do papel do Senado Federal, o novo texto normativo delineado pela mutação constitucional figura compatível ao contexto em que se propõe, não violando as demais normas constitucionais, tampouco seus princípios.¹³⁴

Após fazer todas essas ponderações, o Ministro, em consonância com a convicção firmada por Gilmar Mendes em seu voto, sustenta a obsolescência do texto da fórmula prevista pelo art. 52, X, da Constituição da República. Assim, é que segundo Eros Grau mostra-se:

Obsoleto o texto que afirma ser da competência privativa do Senado Federal a suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nele se há de ler, por força da mutação constitucional, que compete ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo.¹³⁵

À vista dos argumentos aqui apresentados, vê-se, pois, que assim como Gilmar Mendes, Eros Grau perfilha-se a tese da mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB, entendendo, igualmente, que ao Senado Federal, sob o contexto normativo dado pela Carta de 1988, outorga-se tão somente competência privativa para dar publicidade à decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que, no todo ou em parte, declara a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, tendo tal ato decisório, por si só, “força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional”.¹³⁶

¹³³ BRASIL, 2014, p. 72.

¹³⁴ Ibid, p. 74.

¹³⁵ Ibid, p. 77.

¹³⁶ Ibid, p. 71.

4.3 Disposições contrárias à plausibilidade da tese da mutação constitucional

A tese da mutação constitucional, tal como erigida pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, como já dito em outra oportunidade, foi alvo de diversas ponderações e críticas não apenas no curso do julgamento da Reclamação Constitucional nº. 4.335-5/AC, como também pela doutrina constitucionalista.

Nessa esteira, abordados os pretextos favoráveis à ocorrência da referida mutação, constitucional, importante o exame dos argumentos levantados por aqueles que se contrapuseram a essa proposição, que deslocaria a competência constitucionalmente atribuída ao Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva tomada pelo Supremo Tribunal Federal para o dever de mera publicação das decisões deste Tribunal.

No curso do julgamento da RCL, destacam-se, especialmente, quanto à oposição à tese da mutação constitucional, as preleções dos Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Levandoswki e Teori Zavascki, este último não só no sentido de inadmitir a mudança informal da norma inscrita no art. 52, X, da Constituição, mas, além disso, de reconhecer a eficácia expansiva das decisões proferidas pelo STF, independentemente da resolução senatorial, dada a evolução do direito brasileiro no sentido de valorização dos precedentes judiciais.

Inicialmente, o Ministro Sepúlveda Pertence, como sublinha em seu voto, destaca que reduzir a nada o papel do Senado Federal, isto é, acolher a tese da mutação constitucional, que altera o sentido do art. 52, X, da CRFB para fixá-lo enquanto atribuição de mera publicidade, vai “além da marca”, razão pela qual se opõe a proposição veiculada por Gilmar Mendes e Eros Grau.¹³⁷

Nesse contexto, apesar de reconhecer a obsolescência do referido mecanismo constitucionalmente previsto desde 1934, não sufraga a tese da mutação constitucional, tendo em vista que a tem por desnecessária, dada a existência de outros mecanismos capazes de atribuir eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal, como explicita no trecho, *verbis*:

Hoje, o mecanismo da suspensão da vigência, a meu ver, deve subsistir como competência do Senado Federal, mas sem prejuízo do mecanismo constitucional explícito que nos permite dar efeito geral e compulsório à jurisprudência consolidada do Tribunal, mediante súmula vinculante.¹³⁸

¹³⁷ BRASIL, 2014, p. 94.

¹³⁸ Ibid, p. 106.

O Ministro Joaquim Barbosa, igualmente, reconhece a ocorrência de fatores que vieram a aperfeiçoar o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, entendendo, em razão disso, que o STF não depende apenas, atualmente, da atuação do Senado Federal, tal como inscrita no art. 52, X, da CRFB, para outorgar efeitos *erga omnes* às suas decisões.

Nessa esteira, sinaliza que a proposta de mutação constitucional, tal como arguida pelo relator e também pelo Ministro Eros Grau, alteraria o sentido de norma constitucional pela via interpretativa, o que não entende ser possível. Ademais, reputa a necessidade de decorrência de maior lapso temporal para a constatação da referida mudança informal do dispositivo em questão, além da exigência de desuso.

Quanto a este último, contrapondo a afirmação de que tal instituto justifica-se em razão de natureza, exclusivamente, histórica, apresenta dados empíricos que comprovam que, efetivamente, o Senado Federal tem exercido tal atribuição constitucionalmente fixada, como se evidencia na seguinte passagem de seu voto:

Além disso, mesmo que se aceitasse a tese da mutação, entendo que seriam necessários dois fatores adicionais: o decurso de um espaço de tempo maior, para a constatação dessa mutação, e a consequente e definitiva "désuetude" do dispositivo. Ora, em relação a esse último fator, impede, a meu juízo, esse reconhecimento um dado empírico altamente revelador: pesquisa rápida na base de dados do Senado Federal indica que desde 1988 aquela Alta Casa do Congresso suspendeu a execução de dispositivos de quase 100 normas declaradas inconstitucionais (sendo sete em 2006, Resoluções do SF de n° 10, 11, 12, 13, 14, 15 e 16; e uma já, neste ano, em 2007, resolução n° 2). (grifos do autor)¹³⁹

Segundo o Ministro, portanto, a partir dos dados apresentados, o Senado Federal estaria, efetivamente, exercendo a competência prevista pelo art. 52, X, da CRFB, motivo pelo qual não há que se falar em desuso, tampouco se cogitar a ocorrência de verdadeira mutação constitucional, tendo em vista que a realidade constitucional demonstra a efetivação de tal outorga e não a sua inaplicação, como defendeu Gilmar.

À vista disso, e por reconhecer a existência de outros mecanismos que viabilizem a outorga de eficácia universal à decisão tomada pelo STF, tal como a Súmula Vinculante, enxerga o instituto previsto no dispositivo em questão como um complemento e não como um obstáculo.¹⁴⁰

¹³⁹ BRASIL, 2014, p. 100.

¹⁴⁰ BRASIL, loc. cit.

Além das razões expostas, entende pela não plausibilidade da tese encetada por Gilmar, tendo em vista o próprio texto do dispositivo, que figura como “obstáculo intransponível” a mutação constitucional.¹⁴¹

Na mesma linha, o Ministro Ricardo Levandoswki diverge do relator quanto à ocorrência de mutação constitucional, por entender que tal instituto não se cuida de lembrança tão somente histórica, tendo em vista que a Casa Alta do Congresso Nacional tem exercido tal competência. Com efeito, assim como Joaquim Barbosa, traz à baila dados numéricos que comprovam a efetivação de tal atribuição.

Nesse mister, destaca que o Senado Federal não tem “descuidado do cumprimento dessa relevante competência que os constituintes brasileiros lhe tem atribuído, de forma reiterada, desde o advento da Carta de 1934”, uma vez que, entre o período de 07 de fevereiro do ano de 2007 e 16 de junho do ano de 2010, a CCJ de tal casa incluiu na pauta para deliberação pelos Senadores cinquenta e três, 53, ofícios encaminhados pelo Supremo Tribunal Federal, em que se instava o exercício da atribuição prevista pelo art. 52, X, da CRFB.¹⁴²

Por esta razão, sustenta que a referida tese da mutação constitucional implicaria em redução de competência expressamente atribuída pelo constituinte ao Senado Federal, o que provocaria, assim, vulneração do ideal de separação de poderes, tendo em vista que a competência atribuída à Câmara Alta do Congresso Nacional para outorgar efeitos *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade proclamadas pelo STF em controle difuso reduzir-se-ia a de mera divulgação de tais decisões, como assinala no seguinte trecho de seu voto:

Tal interpretação, contudo, a meu ver, levaria a um significativo aviltamento da tradicional competência daquela Casa Legislativa no tocante ao controle de constitucionalidade, reduzindo o seu papel a mero órgão de divulgação das decisões do Supremo Tribunal Federal nesse campo. Com efeito, a prevalecer tal entendimento, a Câmara Alta sofreria verdadeira *capitis diminutio* no tocante a uma competência que os constituintes de 1988 lhe outorgaram de forma expressa. A exegese proposta, segundo entendo, vulneraria o próprio sistema de separação de poderes, concebido em meados do século XVIII na França pré-revolucionária pelo Barão de la Brède e Montesquieu, exatamente para impedir que todas as funções governamentais – ou a maioria delas - se concentrem em determinado órgão estatal, colocando em xeque a liberdade política dos cidadãos.¹⁴³

Nessa perspectiva, em que pese reconhecer o fortalecimento do papel do Supremo Tribunal Federal, o Ministro entende que tal fato não se confunde com a supressão de competências constitucionalmente atribuídas aos Poderes, sobretudo, daquela inscrita no art.

¹⁴¹ BRASIL, 2014, p. 101.

¹⁴² Ibid, p. 119.

¹⁴³ Ibid, p. 120-121.

52, X, da Constituição da República. Além desta justificativa, argumenta contrariamente à tese da referida mutação constitucional a partir da observação dos limites formais e materiais da Lei Maior, que prevê como cláusula pétrea a separação de poderes.

Para Levandoswki, em verdade, a proposição levantada por Gilmar Mendes trata de transferência de competência de um Poder para outro Poder, o que não logra êxito, tendo em vista o reconhecimento de limitação ao fenômeno da mutação constitucional, como confirma a doutrina majoritária. É o que salienta no trecho *in verbis*:

Não se está a afastar, por evidente, a via da interpretação enquanto forma corriqueira e até mesmo salutar de modificação do alcance de uma norma constitucional, a fim de amoldá-la à evolução social. O que se está a repudiar é a alteração de seu conteúdo essencial pela via da exegese. Em outras palavras, a hermenêutica constitucional desborda dos lindes nos quais lhe é lícito atuar quando afronta o próprio âmago da norma, como parece ser a hipótese sob exame.¹⁴⁴

Dentre outras considerações, em linhas gerais, defende o Ministro a possibilidade da ocorrência de mutação constitucional pela via interpretativa, desde que respeitado o conteúdo essencial da norma constitucional objeto de alteração informal, isto é, desde que observados os limites impostos ao fenômeno da mutação constitucional, dentre os quais, o próprio texto da norma constitucional.

Com efeito, aduz, ainda acerca da repercussão das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso. Inobstante, não reconhece, contudo, a necessidade de se atribuir novo sentido, alcance e significado ao disposto no art. 52, X, da CRFB, posto que é possível haver a atribuição de efeitos universais às decisões do STF, sem que haja a necessidade de nova interpretação do referido dispositivo.

Isto porque, segundo assinala o Ministro, através do instituto da Súmula Vinculante, introduzido com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, é possível que se outorgue efeitos vinculantes às decisões do STF em controle incidental, sem a vulneração da competência constitucionalmente designada ao Senado Federal.

No âmbito doutrinário, relevo a preleção de Streck, Lima e Oliveira que tecem importantes considerações em sentido contrário à plausibilidade da tese da mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB, notadamente no que concerne à limitação e legitimidade da jurisdição constitucional.

Para estes autores, eliminar a competência do Senado Federal ou dar-lhe tão somente a atribuição de dar publicidade ao entendimento do Supremo Tribunal, tal como propõe o relator

¹⁴⁴ BRASIL, 2014, p. 123.

da RCL, expressa a redução do papel da Câmara Alta do Congresso “[...] à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa” das decisões tomadas pelo STF. Em outras palavras, revela, portanto, a exclusão de legitimação através do aval emitido pelos representantes do povo do processo de controle difuso de constitucionalidade, o que não se presume ao menos insinuado pelo constituinte de 1988.¹⁴⁵

Em contraposição aos argumentos erigidos por Gilmar Mendes e Eros Grau, sustentam que tal proposição além de reduzir o papel do Senado Federal a de um órgão de mera publicidade, como já dito, importa em resultado perniciosos ao sistemas de direitos e garantias fundamentais, tendo em vista que, ao outorgar eficácia universal e efeito vinculante às decisões proferidas pelo Supremo, no bojo de controle incidental, fere-se princípios constitucionais de grande relevância, tais como o do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, uma vez que, dessa forma, se estende esses efeitos àqueles que “não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará”.¹⁴⁶

Assinalam, ainda, o risco de que decisões da Corte, como a da Reclamação Constitucional nº. 4.335-5/AC, em que se aduz a ocorrência de verdadeira mutação constitucional, são capazes de cometer incorreções, como bem resumem no seguinte excerto:

[...] decisões do Supremo Tribunal Federal, como a da Reclamação sob comento, podem incorrer no equívoco de confundir as tarefas constituídas daquelas constituintes, o que traduziria, portanto, uma séria inversão dos pressupostos da teoria da democracia moderna a que se filia a Constituição da República.¹⁴⁷

Desse modo, depreende-se da lição apresentada a impossibilidade do Poder Judiciário, mesmo através de sua Suprema Corte, substituir o Poder Constituinte, alterando o texto constitucional através de supostas mutações constitucionais, tais como a que se refere à norma inscrita no art. 52. X, da Constituição, sob pena de se violar a própria democracia.

Ribeiro Moreira e Monteiro da Silva, em estudo acerca da Reclamação sob comento, igualmente, sustentam a não plausibilidade da tese da mutação constitucional do dispositivo em apreço, tendo em vista que a atribuição conferida ao Senado Federal somente poderia ser suprimida por ação do Poder Constituinte reformador, não cabendo, pois, ao Supremo Tribunal

¹⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, PR, n. 7, p. 45-68, fev. 2013. Disponível em: < <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72/72>>. Acesso em: 26 jul. 2016.

¹⁴⁶ Ibid, p. 50-51.

¹⁴⁷ Ibid, p. 65.

Federal, atribuir ao dispositivo sentido oposto ao que lhe é atribuído pelo constituinte desde 1934. Nesse contexto, é que segundo os autores:

[...] Ao desconsiderar a tradição hermenêutica, bem como a linguagem, rompe-se com a integridade do direito e suplanta-se instituições democráticas de representação popular (Senado), responsável por uma parcela do poder constituinte reformador. O casuísmo não pode produzir uma mutação constitucional atribuindo-se efeitos de publicação à exigência de tomada de decisão do Senado Federal (art. 52, X), porque neste caso estar-se-ia derogando o texto constitucional. A mutação encontra limite por não poder justificar o texto e mudá-lo à vontade do intérprete. Quando a mutação é levada ao oposto do conteúdo normativo (como compreender publicação, quando se exige um ato e votação do Senado Federal, para suspensão da lei) estamos diante de uma mutação inconstitucional, ou o que seria mais técnico, de uma mutação constitucional realizada com ativismo judicial, o que viola o conteúdo normativo do art. 52, X, da CF/1988.¹⁴⁸

Vê-se, pois, a partir dos ensinamentos expostos, que a proposição erigida por Gilmar e Mendes e Eros Grau para se mostrar idônea deverá respeitar os limites impostos à mutação constitucional, mormente, no que diz respeito, como já dito, ao texto da norma e também à essência da Constituição, como um todo. A tal conclusão perfilham-se as lições de Souza Neto e Sarmiento.¹⁴⁹

Tomando como pano de fundo a limitação à mutação constitucional, oportuno destacar a lição de Konrad Hesse, segundo a qual, o preceito constitucional figura como limite à interpretação e, conseqüentemente, à mutação constitucional. Desse modo, ainda que alterações na realidade possam ocasionar mudanças da interpretação constitucional, tal fenômeno estará limitado pelo próprio texto.¹⁵⁰

Sob outra linha de pensamento, Dalton Santos Morais, a despeito de reconhecer, assim como o fez o Ministro Joaquim Barbosa em seu voto, a existência de outros mecanismos introduzidos pelo constituinte capazes de proceder a expansão da eficácia subjetiva da decisão definitiva do STF em controle difuso, sustenta que a interpretação que é dada ao art. 52, X, pela proposição da mutação constitucional mostra-se contrária à interpretação valorativa que deve ser destinada à Carta, ocasionando, com efeito, concentração de poder e arbítrio, o que o constituinte buscou evitar através da adoção de um sistema de freios e contrapesos, além de violar a própria literalidade do texto constitucional.¹⁵¹

¹⁴⁸ MOREIRA, Eduardo Ribeiro; SILVA, Guilherme Cuiabano Monteiro. O caso da reclamação 4.335/AC e a interpretação no estado democrático de direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 87, p. 149, abr. 2014. In: DTR\2014\3635, p. 7.

¹⁴⁹ SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 354-355.

¹⁵⁰ HESSE, 1991, p. 23.

¹⁵¹ MORAIS, Dalton Santos. Crítica à caracterização da atuação senatorial no controle concreto de constitucionalidade brasileiro como função de publicidade: a importância da jurisdição constitucional ordinária

Bulos, em que pese reconheça o “descompasso social” do papel desempenhado pelo Senado Federal no controle de constitucionalidade das leis, refuta a tese da mutação constitucional erigida por Gilmar Mendes e Eros Grau no bojo da RCL nº. 4.335-5/AC, não constatando, pois, a ocorrência de qualquer alteração informal no sentido, significado e alcance do referido preceito constitucional.¹⁵²

Finalmente, quanto à alegação de que o instituto inscrito no art. 52, X, da CRFB estaria em desuso, Nascimento dos Santos, em análise empírica da proposição da mutação constitucional, corroborando os argumentos levantados pelos Ministros Barbosa e Levandoswki, demonstra através da apresentação de dados, que a competência outorgada ao Senado Federal tem sido, efetivamente, exercida.

Isto porque, a partir dos resultados obtidos em sua investigação, verificou-se que no período compreendido entre 1989 e 2009, dentre o universo de 97.130 recursos extraordinários providos total ou parcialmente, o Supremo Tribunal Federal comunicou ao Senado Federal da decisão apenas 136 vezes, tendo a Casa Legislativa expedido 95 resoluções suspensivas, em exercício da competência que lhe foi atribuída pelo art. 52, X, da Constituição da República, o que, de fato, comprova que o Senado Federal vem exercendo tal atribuição, razão pela qual, segundo o autor, restaria enfraquecido o argumento encetado pelo relator da RCL sob comento, não restando tal instituto justificado por razão de natureza, exclusivamente, histórica.¹⁵³

Ademais, segundo o pesquisador, tais dados revelam, em verdade, que a Corte não tem instado o Senado Federal através de comunicação, como prevê o art. 178, de seu Regimento Interno e que, apesar no diminuto número de comunicações, a Câmara Alta manifestou-se expedindo resoluções suspensivas, nos termos do artigo em apreço, aproximadamente 70% das vezes em que instada, o que permite concluir que a prática das instituições constituídas não corrobora o argumento lançado à mão por Gilmar Mendes na RCL nº. 4.335-5/AC.¹⁵⁴

4.4 Consequências da adoção da tese da mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88

Apesar de não ratificada a tese da mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB no julgamento da Reclamação nº. 4.335-5/AC, a discussão é ainda fértil, haja vista, principalmente, a composição do Supremo Tribunal, que mudou significativamente desde o julgamento e

e os limites da mutação constitucional. **Revista de Processo**, vol. 176, p. 50-92, out. 2009. In: DTR\2009\620, p. 7.

¹⁵² BULOS, 2014, p. 234.

¹⁵³ SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. “Mutações à brasileira”: uma análise empírica do art. 52, X, da Constituição. **Revista Direito GV**, São Paulo, SP, p. 597-614, jul./dez. 2014, p. 605.

¹⁵⁴ SANTOS, loc. cit.

também dada a possibilidade de que esta Corte modifique o entendimento firmado na ocasião, sobretudo, porque ainda que se entenda que suas decisões, mesmo em controle difuso de constitucionalidade, possuem efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante, tal eficácia é relativa tão somente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, não vinculando, portanto, a própria Corte, que poderá decidir de modo diverso.

Nessa perspectiva, faz-se necessário discutir acerca dos prováveis efeitos e consequências da admissibilidade da tese da mutação constitucional do supramencionado preceito no arranjo do controle de constitucionalidade e também no ordenamento constitucional como um todo.

A primeira destas consequências diz respeito justamente à aproximação dos modelos de controle de constitucionalidade, isto é, da via difusa e concentrada. Sabe-se que a decisão no controle difuso de constitucionalidade possui eficácia subjetiva restrita às partes, enquanto a proclamada na via concentrada, gera efeitos *erga omnes*.

Ao se entender que a decisão definitiva do STF proferida em controle difuso é, por si só, dotada de eficácia genérica, independentemente, de atuação do Senado Federal, equipara-se, sobremaneira, as modalidades difusas e concentradas de controle, consubstanciando a denominada abstrativização do controle difuso.

Como decorrência desta equiparação, há que se pontuar a provável e expressiva ampliação do número de Reclamações Constitucionais a serem ajuizadas, uma vez que a decisão acerca da inconstitucionalidade proferida pelo STF em controle difuso vincularia, então, os demais órgãos do Poder Judiciário e também da Administração Pública. Dessa maneira, a inobservância de tal *decisum*, serviria de parâmetro para a proposição de tais instrumentos constitucionais, levando ao atravancamento da Corte.¹⁵⁵

Ainda, se ratificada fosse a tese da mutação constitucional em comento, provocaria o decréscimo da autonomia dos demais órgãos do Poder Judiciário, que restariam vinculados à maior parte das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, o que segundo a lição de Lucas Buril de Macêdo, “[...] é uma forma de petrificar o direito, vedando o debate jurídico e o amadurecimento dos posicionamentos da corte”.¹⁵⁶

Além disso, conforme pontuam Streck, Lima e Oliveira, ao conferir à norma prevista no art. 52, X, o sentido de dar publicidade às decisões definitivas proferidas pelo STF, retira-se o caráter democrático imbuído, de forma indireta, ao controle difuso através da outorga de

¹⁵⁵ SANTOS, 2014, p. 608.

¹⁵⁶ MACÊDO, Lucas Buril de. Duas notas sobre o art. 52, X, da constituição federal e a sua pretensa mutação constitucional. **Revista de Processo**, vol. 215, p. 437, jan. 2013. In: DTR\2013\372, p. 8.

competência ao Senado Federal, para suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva daquele Tribunal, uma vez que com a edição da resolução suspensiva pela Casa Legislativa se estende a todos, inclusive, aos que não participaram do contraditório, de modo que por ser atribuída a órgão representativo, garantida se diz, pois, a participação democrática. Tal supressão, por conseguinte, fere os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.¹⁵⁷

Com efeito, ainda segundo aqueles autores, ao se negar aplicação à norma inscrita no art. 52, X, suscita-se o enfraquecimento da força normativa da Lei Maior, posto que instaurado precedente para seu não cumprimento.¹⁵⁸

Outrossim, ao atribuir ao papel desempenhado pelo Senado Federal tão somente o dever de publicação das decisões definitivas do STF em controle difuso, viola-se, ainda que indiretamente, o princípio da separação de poderes, posto que cuida-se, em verdade, de supressão de competência daquela Casa Legislativa por aquela Corte, o que, sobremaneira, ocasiona o efetivo arrefecimento de algumas instituições constituídas às custas do fortalecimento de outras de maneira não prevista nem desejada pelo constituinte.

Acerca do princípio da separação de poderes, enquanto “cláusula rígida de limitação” ao ativismo judicial e do risco inerente a sua não observância, José Cláudio Pavão Santana apresenta as seguintes considerações:

Ora, como decisão política estruturante da Assembleia Nacional Constituinte está a separação de Poderes da República (artigo 2º) que se constitui em cláusula rígida de limitação ao ativismo jurídico. Por isso é que a doutrina estabelece como princípio hermenêutico a observância à justeza ou conformidade funcional, em que o esquema das decisões políticas estruturantes deve ser observado pelo intérprete. Fugir desse limite é um risco que pode atingir o princípio da segurança jurídica e da legalidade, fazendo do servidor da República algoz de si mesmo.¹⁵⁹

Sob essa perspectiva, pode-se afirmar que ao ratificar a tese da mutação constitucional do art. 52, X, o Supremo Tribunal Federal estaria, pela via interpretativa, suprimindo competência constitucionalmente outorgada ao Senado desde 1934 e, com isso, desbordando os limites inerentes ao prisma da separação de poderes, vulnerando não apenas estes princípios, como outros intrínsecos à sistemática constitucional.

¹⁵⁷ STRECK; LIMA; OLIVEIRA, 2013, p. 50.

¹⁵⁸ Ibid, p. 54.

¹⁵⁹ SANTANA, José Cláudio Pavão. **A Constituição Reinventada**. Palestra no Instituto Florence, em 26 de abril de 2012. Disponível em: <<https://sigaa.ufma.br/sigaa/verProducao?idProducao=136735&key=468f35c02c560334c1ee112c8c9e7f15>>. Acesso em: 11 jul. 2016.

Cumpra anotar, ainda, como provável resultado da adoção da proposição expendida por Gilmar Mendes a “inutilização” do instituto da Súmula Vinculante inserido pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, isto porque, ao outorgar eficácia universal e vinculante às decisões proferidas pelo STF em controle difuso por simples maioria de 6 a 5, esvazia-se, pois, a relevância da Súmula Vinculante, que para ser editada exige reiteradas decisões acerca da matéria constitucional e quórum de 2/3, dois terços, dos membros do Supremo Tribunal, como prevê o art. 103-A, da CRFB. Esse tem sido o entendimento preconizado por Souza Neto e Sarmento¹⁶⁰ e também por Carlos Victor Nascimento dos Santos.¹⁶¹

Por todo o exposto, confrontando os argumentos erigidos pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau no julgamento da Reclamação com as alegações apresentadas por vasta doutrina constitucionalista há, indubitavelmente, que se reconhecer a ocorrência de expressivas alterações na jurisdição constitucional pátria. De modo que, atualmente, sobretudo em razão do instituto da Súmula Vinculante, da Repercussão Geral e da possibilidade de modulação dos efeitos temporais da decisão pelo STF, dentre outros, existem mecanismos, além do previsto pelo art. 52, X, que outorguem eficácia geral às decisões daquela Corte.

Contudo, a despeito disso e tomando por base as premissas fundamentais do fenômeno da mutação constitucional previamente arroladas neste estudo, mormente as que concernem aos seus limites – em especial, o texto e essência constitucional -, não merece acolhimento a tese encetada na RCL nº 4.335-5/AC, não detendo o Senado Federal o papel de mero órgão de publicidade em sede de controle de constitucionalidade, sobretudo quando observada a necessidade de manter a força normativa da Lei Maior e salvaguardar princípios substanciais desta, como o princípio democrático e o da separação de poderes.

¹⁶⁰ SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 355.

¹⁶¹ SANTOS, 2014, p. 607.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico se dispôs a verificar a plausibilidade da tese da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nos termos defendidos pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau durante o julgamento da Reclamação Constitucional nº. 4.335-5/AC.

À vista disso, buscou-se investigar, primeiramente, acerca do papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade brasileiro, o fundamento desta atribuição e seus principais contornos para, posteriormente, abordar o fenômeno da mutação constitucional e a proposição quanto à ocorrência deste, como sugerido na referida Reclamação.

Diante dessa análise, constata-se que o controle difuso de constitucionalidade brasileiro, ainda que de forte inspiração norte-americana, não incorporou mecanismo através do qual se atribuísse eficácia geral e vinculante às decisões da Corte, tal como o *stare decisis*. Por esta razão, à decisão proferida naquele sistema atribuía-se eficácia não vinculante e restrita às partes integrantes da demanda subjetiva submetida à juízo.

Desse modo, ainda que reconhecida a inconstitucionalidade de determinada lei e afastada sua aplicação a um caso concreto, esta restaria mantida quanto a terceiros, devendo os interessados recorrerem ao Poder Judiciário para ver afastada a aplicação do diploma anteriormente tido como inconstitucional por decisão da Corte.

Com o propósito de ampliar a eficácia subjetiva das decisões pela inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e, assim, solucionar o inconveniente da limitação dos efeitos subjetivos destas, a atuação do Senado Federal foi inserida pelo constituinte de 1934, consubstanciando-se em verdadeiro mecanismo através do qual se outorgava efeitos *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade que, via regra, produziam tão somente efeitos *inter partes*.

Mantido pela Carta de 1988, o papel desempenhado pelo Senado Federal no controle de constitucionalidade resta inscrito no art. 52, X, desta, que prevê a competência privativa para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Segundo a linha de argumentação desenvolvida pelo Ministro Gilmar Mendes e acompanhada pelo Ministro Eros Grau no julgamento da Reclamação, tal atribuição, sob o contexto normativo da Carta de 1988, carecia releitura, razão pela qual sustentavam a ocorrência de verdadeira mutação constitucional. Assim, sob esta ótica, o Senado Federal não mais seria competente para editar resolução suspensiva de lei declarada inconstitucional por

decisão definitiva da Corte, tendo apenas o dever de dar publicidade às decisões desta que, por si só, já seriam dotadas de eficácia vinculante e efeitos *erga omnes*.

Por toda a argumentação aduzida ao longo deste estudo, conclui-se que tal proposição não merece prosperar, carecendo, portanto, de plausibilidade. Inicialmente, tal proposição encontra óbice no próprio fundamento da mutação constitucional, isto porque, só há que se falar em mutação constitucional nas hipóteses de efetiva incongruência entre o texto constitucional e o contexto no qual se insere.

Analisando o contexto delineado pela Carta 1988 e a prática das instituições constituídas, verifica-se que a competência inscrita no art. 52, X vem sendo, efetivamente, exercida pelo Senado Federal, não configurando desuso, como alegam os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau. O Senado Federal, de fato, consoante demonstram os dados apresentados neste estudo, tem editado resoluções suspensivas das leis inquinadas de inconstitucionalidade por decisão definitiva da Corte, não havendo, portanto, real descompasso entre o texto constitucional e a realidade.

Ademais, a tese tem como obstáculo o conceito de mutação constitucional. Consoante a doutrina, por mutação constitucional se compreende a alteração informal do sentido, significado e alcance de determinado preceito constitucional, sem que haja necessidade de modificação de seu texto. Conforme a argumentação sustentada por Eros Grau, não só o sentido, significado e alcance do art. 52, X, seriam alterados, como também o próprio texto, passando-se, em verdade, de um texto a outro texto e não de um texto a uma nova norma.

Assim, por ser a mutação constitucional meio de mudança informal da Constituição, em que se altera o significado, alcance e sentido de disposições constitucional, sem a alteração textual, tal proposição, ao sustentar a substituição do texto por novo texto, não merece acolhimento.

Isto porque, além de consubstanciar mecanismo de alteração informal da Constituição, a mutação encontra limites no próprio e espírito daquela. Nessa perspectiva, para configurar-se como verdadeira mutação constitucional, a alteração do sentido, significado e alcance do preceito da Lei Fundamental deverá observar o próprio texto e, além disso, o espírito delineado pelo constituinte, isto é, a essência da Constituição.

Desse modo, por sustentar a substituição textual, a proposição encetada pelos Ministros não pode ser concebida como verdadeira mutação constitucional. Outrossim, por resultar em verdadeira supressão de competência constitucionalmente atribuída ao Senado Federal, transformando-lhe em órgão de publicação das decisões do Supremo Tribunal Federal, a tese

viola o princípio da separação de poderes, desrespeitando, portanto, a essência delineada pelo constituinte.

Sob outra perspectiva, além de implicar em violação ao texto e espírito da Constituição, a tese expendida na Reclamação nº. 4.335-5/AC, caso adotada, resultaria em consequências prejudiciais à sistemática constitucional, razão pela qual esvazia-se de plausibilidade. Diante dos argumentos aqui apresentados, verifica-se que a ratificação da tese da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição da República de 1988 pelo Supremo implicaria em violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, com significativa diminuição do caráter democrático do controle difuso de constitucionalidade, tendo em vista que a decisão não mais produziria efeitos *inter partes*, mas sim *erga omnes*, atingindo terceiros, a quem não se assegurou tais princípios.

Como resultado, aponta-se, ainda, a redução da autonomia dos demais do órgãos do Poder Judiciário, que estariam vinculados não somente às decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, como também as do controle difuso, além das Súmulas Vinculantes. Quanto a estas, a adoção da tese da mutação constitucional provocaria sua inutilização, posto que às decisões proferidas em controle difuso, ainda que tomadas por simples maioria, seriam atribuídos efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante, sem a exigência de quórum de 2/3 e reiteração da matéria.

Igualmente, ao atribuir ao art. 52, X tão somente o dever de publicação das decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade, tem-se como resultado o aumento expressivo do ajuizamento de Reclamações Constitucionais o que, posteriormente, ocasionaria em abarrotamento do Tribunal, tendo em vista que não só suas decisões em controle abstrato permitiram o manejo daquele instrumento constitucional, como também as proclamadas em controle difuso.

Forçoso constatar, ainda, que a jurisdição constitucional brasileira atual apresenta mecanismos através dos quais é possível ampliar a eficácia subjetiva das decisões em controle de constitucionais, a saber: a Súmula Vinculante, a repercussão geral, a possibilidade de modulação dos efeitos temporais da decisão, dentre outros. Contudo, a existência destes mecanismos não autoriza a conclusão quanto à ocorrência de verdadeira mutação constitucional e supressão da competência conferida ao Senado Federal.

Por todo o exposto, conclui-se que a tese da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição, que reduz o Senado Federal a órgão de publicidade, não merece prosperar, isto porque além de violar a Constituição em seu texto e essência, é desnecessária, dada a existência da Súmula Vinculante, que produz iguais resultados.

REFERÊNCIAS

- BARBI, Celso Agrícola. Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito**, n. 7, p. 45-63, 1967. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/941/879>>. Acesso em: 09 jun. 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 15 jun. 2016.
- _____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 jun. 2016.
- _____. **Decreto nº 510**, de 22 de junho de 1890. Publica a Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=510&tipo_norma=DEC&data=18900622&link=s>. Acesso em: 09 de jun. 2016.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4.335-5/AC**. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, DF, 20 de março de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 15 jul. 2016.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno**. Brasília: STF, 2016. 1. v. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2016.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 26**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>>. Acesso em: 18 jul. 2016.
- BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. **Revista de informação legislativa**, v. 13, n. 50, p. 55-64, abr./jun. 1976.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAMARÃO, Felipe Costa; BELLO FILHO, Ney de Barros. Evolução hermenêutica como fundamento para a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. In: VIEIRA, Adriana Dias; ZENNI, Alessandro Severino Valler; FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues (Org.). **HERMENÊUTICA II – CONPEDI/UFPB**. 1. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 278-303.

CAMARÃO, Felipe Costa. Inconstitucionalidade Progressiva na Visão do Supremo Tribunal Federal: Uma Técnica de Efetivação dos Direitos Fundamentais. **Cadernos UNDB**, Ano II, n. 2, p. 157-185, jan./dez. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves; revisão de José Carlos Barbosa Moreira. 2. ed. reimpr. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 15. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPODIVM, 2012.

DANTAS, Ivo. **O valor da constituição: do controle da constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional**. 2. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DARAYA, Flávia Rodrigues et. al. Mutação constitucional: revisão e emenda na constituição federal de 1988: aspectos jurídicos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 22, p. 211, jan. 1988. In: DTR\1998\44.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. ampl. atual. até a EC nº 71 de 29/12/2012, e em consonância com a jurisprudência do STF. Salvador: JusPODIVM, 2013.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, vol. 1, p. 765, maio 2011. In: DTR/1993/641.

_____. **Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

MACÊDO, Lucas Buriel de. Duas notas sobre o art. 52, X, da constituição federal e a sua pretensa mutação constitucional. **Revista de Processo**, vol. 215, p. 437, jan. 2013. In: DTR\2013\372.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: J. Bushasky, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de informação legislativa**, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun., 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. rev. atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAIS, Dalton Santos. Crítica à caracterização da atuação senatorial no controle concreto de constitucionalidade brasileiro como função de publicidade: a importância da jurisdição constitucional ordinária e os limites da mutação constitucional. **Revista de Processo**, vol. 176, p. 50-92, out. 2009. In: DTR\2009\620.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro; SILVA, Guilherme Cuiabano Monteiro. O caso da reclamação 4.335/AC e a interpretação no estado democrático de direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 87, p. 149, abr. 2014. In: DTR\2014\3635.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Controle de constitucionalidade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994.

SANTANA, José Cláudio Pavão. **A Constituição de ontem e de hoje. O que nos reserva o futuro? Os 400 anos das Leis Fundamentais do Maranhão**. Palestra na Escola Superior da Advocacia da OAB-MA, em 13 de novembro de 2012. Disponível em <<https://sigaa.ufma.br/sigaa/public/docente/producao.jsf?siape=407143>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

_____. **A Constituição Reinventada**. Palestra no Instituto Florence, em 26 de abril de 2012. Disponível em :< <https://sigaa.ufma.br/sigaa/verProducao?idProducao=136735&key=468f35c02c560334c1ee112c8c9e7f15>>. Acesso em: 11 jul. 2016.

SANTANA, Patrícia da Costa. Mutações constitucionais como manifestação da interpretação constitucional pluralista. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 76, p. 71, jul. 2011. In: DTR\2011\2482.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. “Mutação à brasileira”: uma análise empírica do art. 52, X, da Constituição. **Revista Direito GV**, São Paulo, SP, p. 597-614, jul./dez. 2014.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, PR, n. 7, p. 45-68, fev. 2013. Disponível em: < <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72/72>>. Acesso em: 26 jul. 2016.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

ZANDONADE, Adriana. Mutação constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 35, p. 195, abr. 2001. In: DTR\2001\172.