



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

BEATRIZ FERNANDES BEZERRA

**A TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO NO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE: A MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL DO
ARTIGO 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

FORTALEZA
2018

BEATRIZ FERNANDES BEZERRA

A TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO NO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE: A MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL DO ARTIGO
52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Monografia submetida à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Público

Orientador: Prof. Dr. Felipe Braga
Albuquerque.

FORTALEZA

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

B469t Bezerra, Beatriz Fernandes.

A Teoria da Abstrativização no Controle Difuso de Constitucionalidade : a mutação inconstitucional do artigo 52, inciso X, da constituição federal de 1988 / Beatriz Fernandes Bezerra. – 2018.
75 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2018.

Orientação: Prof. Dr. Felipe Braga Albuquerque.

1. Controle de Constitucionalidade. 2. Abstrativização no Controle Difuso. 3. Mutação Constitucional. I. Título.

CDD 340

BEATRIZ FERNANDES BEZERRA

A TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO NO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE: A MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL DO ARTIGO
52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Monografia submetida à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Público

Orientador: Prof. Dr. Felipe Braga
Albuquerque

Aprovada em ___/___/___.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Felipe Braga Albuquerque
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profa. Dra. Fernanda Cláudia Araújo da Silva
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Dedico esse trabalho ao maior privilégio
que Deus me proporcionou: meus pais,
Roberto e Liana.

AGRADECIMENTOS

A minha eterna gratidão ao meu pai e mestre, Roberto Bezerra, que mesmo após a partida continua presente na minha educação e valores, a saudade e o amor nunca permitiriam a sua ausência nesse momento.

À maior responsável por essa conquista, minha mãe, Liana Fernandes, que compartilhou desse sonho, das angústias e agora da felicidade em poder apresentar esse trabalho, nenhuma palavra seria capaz de descrever a minha gratidão pela sua dedicação.

À minha avó Zélia Fernandes, às minhas irmãs Lara Bezerra e Roberta Bezerra, às minhas tias Marlúcia Bezerra e Raquel Silveira e à minha sogra Verônica Montenegro, por serem, juntamente com a minha mãe, as minhas inspirações como mulheres independentes, fortes e capazes de serem e estarem onde almejem.

Ao meu namorado e melhor amigo, Marcelo Montenegro, pelo companheirismo capaz de tornar os sacrifícios necessários à produção desse trabalho mais suaves, e pelo exemplo diário de dedicação e probidade.

Ao meu orientador, Prof^o Felipe Albuquerque, pelo acompanhamento, aprendizado e apoio dedicado a mim durante esse desafio de produzir o meu Trabalho de Conclusão de Curso. Ao Prof^o William Marques e à Prof^a Fernanda Cláudia da Silva, por terem aceitado participar da banca examinadora. O meu convite foi motivado pela admiração que nutro pelo comprometimento que dedicam à docência e à pesquisa.

À Faculdade de Direito da UFC, que, junto aos professores, colegas e amigos que conheci, me proporcionou nos 4 anos da minha graduação tanto conhecimento, cultura, formação humanística e, principalmente, tantas felicidades.

Por fim, mas não menos importante, à Deus, pois de nada adiantaria todo o apoio recebido pelos amigos, professores e familiares se não fosse a benção dele. Nenhum sucesso é possível sem as oportunidades por ele concedidas.

“A injustiça num lugar qualquer é uma
ameaça à justiça em todo o lugar.”

(Martin Luther King)

RESUMO

A abstrativização no controle difuso de constitucionalidade é uma teoria que permite à Suprema Corte adotar em sede de controle difuso efeitos exclusivos do controle concentrado, conferindo a essas decisões efeitos *erga omnes* independentemente da Resolução do Senado Federal, a qual é prevista no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal como apta a suspender a eficácia de leis declaradas inconstitucionais por decisões definitivas do STF. Nesse sentido, a competência do Senado Federal prevista nesse artigo teria mero efeito de publicidade da decisão do Supremo. Esse entendimento se fundamenta em mudanças informais no sentido do artigo. 52, inciso X, da Constituição Federal por meio do processo de mutação constitucional. Esse trabalho tem por objeto o estudo da aplicabilidade dessa teoria no Brasil e a análise quanto à sua legitimidade, fazendo-se necessário, para tanto, verificar a possibilidade de ocorrer mutação constitucional com o art. 52, inciso X, da Constituição Federal, de acordo com a sua natureza jurídica.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Abstrativização no Controle Difuso. Mutação Constitucional.

ABSTRACT

“Abstractiveness” of the diffuse control of constitution is a theory which allows the Supreme Court to adopt in the diffuse control exclusive effects of concentrated control, conferring on these decisions *erga omnes* effects regardless of the Federal Senate Resolution envisaged in art. 52, item X of Federal Constitution to suspend the effectiveness of laws declared unconstitutional by the Supreme Court's final decisions. In these sense, the jurisdiction of the Senate would be mere advertising effect of the decision of the Supreme. This understanding is based on informal changes in the sense of art. 52, item X, of the Federal Constitution with the process of constitutional mutation. The objective of this work is to study the applicability and legitimacy of this theory in Brazil. For this, it is necessary to verify the possibility of a constitutional mutation with art. 52, item X of Federal Constitution, according to its legal nature.

Keywords: Constitutionality Review. Abstractivization in Diffuse Control. Constitutional Mutation.

LISTA DE ABREVIATURAS

CF/88- Constituição Federal de 1988

CPC- Código de Processo Civil

STF- Supremo Tribunal Federal

TSE- Tribunal Superior Eleitoral

ADI- Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADC- Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADO- Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

RE- Recurso Extraordinário

RCL- Reclamação Constitucional

EC- Emenda Constitucional

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	O SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	14
2.1	A nulidade da lei inconstitucional	17
2.2	A teoria da abstrativização no controle difuso	20
2.2.1	<i>O papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade segundo a teoria da abstrativização</i>	20
2.3	O entendimento do STF	25
2.3.1	<i>RE 197.917</i>	25
2.3.2	<i>RCL 4.335</i>	26
2.3.3	<i>ADI's 3.470 e 3.406</i>	27
3	A ATUAÇÃO OBSOLETA DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE	29
3.1	O papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade nas constituições brasileiras	29
3.2	As mudanças na teoria da separação de poderes	32
3.3	A expansão do controle abstrato de constitucionalidade	36
3.4	A força vinculante dos precedentes do STF	39
4	A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	43
4.1	A mutabilidade constitucional ante a rigidez	43
4.2	Os limites da jurisdição	47
4.3	Os mecanismos de alteração constitucional	51
4.3.1	<i>O conceito de mutação constitucional</i>	53
4.3.2	<i>Os limites da mutação constitucional</i>	55
4.3.3	<i>A mutabilidade da Constituição Federal de 1988</i>	57
4.3.4	<i>As modalidades de mutação constitucional</i>	60
4.4	A mutação inconstitucional do art. 52, inciso X, da CF/88	65
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
	REFERÊNCIAS	72

INTRODUÇÃO

No constitucionalismo moderno a constituição é concebida como um documento escrito e rígido, diante da essencialidade dos temas por ela tratados e da sua função de promover a organização política do Estado, fundada na limitação do poder dos governantes, o que torna necessário a estabilidade do Texto Constitucional.

Um dos mecanismos de evitar o esvaziamento normativo da constituição por meio de mudanças radicais que alteram o seu espírito é a previsão de um processo de alteração formal dos dispositivos constitucionais mais solene do que o de modificação da legislação ordinária, o que diferencia as duas normas, conferindo superioridade hierárquica às previstas na constituição.

Para assegurar a rigidez constitucional e, portanto, a própria estabilidade da Carta Política, o ordenamento deve prever garantias de que a legislação infraconstitucional e os atos do Poder Público não violem a Constituição que lhes é superior hierarquicamente. Para tanto, há o controle de constitucionalidade, que pode ser político ou judicial, o qual visa, entre outros objetivos, conferir segurança jurídica à coletividade por meio da promessa de que a organização estatal e os direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna não sucumbirão diante dos anseios de uma minoria detentora do poder ou até mesmo de uma maioria circunstancial.

Embora seja híbrido o modelo brasileiro de controle judicial de constitucionalidade, o controle concreto vem sofrendo uma paulatina objetivação, decorrente de novos institutos que conferem predominância ao controle abstrato de normas.

A expansão do controle abstrato de normas ocorreu preponderantemente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que prevê as ações diretas do controle de constitucionalidade com ampla legitimidade ativa, as quais permitem que o Supremo Tribunal Federal emita decisões vinculantes e de efeitos gerais acerca da compatibilidade da legislação infraconstitucional com a CF/88. Aliado a essas mudanças, a sistemática processual constitucional, em especial após a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, fortaleceu a força dos precedentes do STF, conferindo eficácia transcendente a julgados da Suprema Corte que discutem a constitucionalidade de normas fora do controle abstrato.

No entanto, embora tenha o STF alargado as suas competências por meio dessas inovações, continua a CF/88 prevendo no art. 52, inciso X, que as suas decisões que

declaram a inconstitucionalidade de uma norma no controle difuso possuem efeitos apenas *inter partes*, ante a competência do Senado Federal para suspender a executoriedade das referidas leis por meio de uma resolução responsável por conferir eficácia *erga omnes* à decisão.

Esse dispositivo surgiu na ordem constitucional brasileira em 1934, com o objetivo de não ferir o princípio da separação de poderes no ato de suspensão da eficácia de leis inconstitucionais, pois seria operado por um órgão integrante do Poder Legislativo. No entanto, o contexto constitucional brasileiro no século XXI é muito diferente do existente em 1934, o que põe em dúvida a adequação da resolução senatorial com o restante do ordenamento jurídico.

Nesse contexto, surgiu uma tendência em equiparar os efeitos da decisão do STF no controle difuso e no controle concentrado, conferindo a ambas eficácias *erga omnes* desde a publicação, por um processo conhecido como abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Para fundamentar essa tese mesmo diante do previsto no art. 52, inciso X, da CF/88, os seus defensores afirmam que esse dispositivo sofreu alterações de sentido sem mudança no texto pelo processo de mutação constitucional, responsável por alterar a competência do Senado Federal de órgão responsável por suspender a eficácia de leis declaradas inconstitucionais no âmbito do controle incidental, para apenas dar publicidade a essas decisões que já nascem com efeitos gerais.

Esse processo de mutação constitucional do art. 52, inciso X, da CF/88 se baseia em mudanças na realidade que tornaram a norma que se extrai desse dispositivo obsoleta, em especial a evolução na doutrina da separação de poderes, a expansão do controle abstrato de constitucionalidade e os novos institutos processuais que conferem força vinculante às decisões do STF.

Frise-se que esse trabalho parte de dois pressupostos: a) o conceito de mutação constitucional adotado nessa pesquisa é o restrito, no qual o distanciamento da norma constitucional da realidade social não é o único requisito a legitimar uma autêntica alteração do seu alcance e sentido sem modificação formal do texto, o que demonstra a necessidade de demonstrar não apenas se o papel do Senado Federal no controle difuso está obsoleto, mas também se a mutação constitucional do dispositivo que consagra essa competência contrariou os limites desse fenômeno; b) por ser a mutação constitucional um processo informal, não é pelo simples fato de ter a Suprema Corte declarado no julgamento das ADI's nº 3.470 e 3.406 que ela ocorreu com o art. 52, inciso X, da CF/88, que estará assegurado a sua legitimidade.

Assim, os objetivos imediatos desse trabalho são verificar, de acordo com o método indutivo, a aplicabilidade da teoria da abstrativização no controle difuso brasileiro segundo a doutrina e a jurisprudência do STF e analisar criticamente a legitimidade da mutação constitucional do art. 52, inciso X, da CF/88, com o intuito de aferir se o STF cometeu excessos ao acolher a referida tese.

Para tanto, é apresentado os fundamentos expostos pelo Gilmar Mendes em artigo publicado em 2004, intitulado “O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional.”, bem como em seus votos proferidos em casos julgados pelo STF no quais se levantou o tema, diante da especial importância da influência do trabalho do referido autor ante a sua posição de ministro do STF em um período no qual a Corte começa a afastar a doutrina tradicional para acolher a objetivação do controle difuso. Também é analisado os ensinamentos de outros autores que trataram diretamente da teoria da abstrativização no controle difuso, como Lúcio Bittencourt, Dirley da Cunha Júnior e Uadi Lammego Bulos. A mutação constitucional é estudada de acordo com a doutrina que analisa especificamente esse fenômeno, em especial Anna Candida da Cunha Ferraz, Márcio Kubliskas e Martônio Mont’Alverne. As lições de outros autores que discutiram assuntos próximos e correlatos, principalmente acerca da interpretação judicial, como Luís Roberto Barroso e Paulo Bonavides, é também considerada.

Com o intuito de demonstrar se o art. 52, inciso X, da CF/88 está obsoleto, julgados do STF responsáveis por conferir eficácia transcendente às decisões da Suprema Corte são analisados, mais especificamente o RE nº 197.917, a RCL nº 4.335 e as ADI’s nº 3.470 e 3.406. Além disso, um estudo histórico acerca da atuação do Senado Federal, de acordo com as constituições brasileiras, é pertinente para o êxito desse objetivo.

Nesse sentido, o item 2 apresenta o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade; em que consiste a teoria da abstrativização e quais os seus fundamentos, correlacionando-os às mudanças proporcionadas no modelo tradicional; e qual o entendimento do STF quanto à sua aplicabilidade.

Após a exposição da teoria da abstrativização é analisado a sua legitimidade sob o viés da mutação constitucional, ou seja, se os requisitos desse fenômeno foram devidamente preenchidos no julgamento das ADI’s nº 3.470 e 3.406, quando o STF declarou que o art. 52, inciso X, da CF/88 sofreu alterações de sentido sem modificação do texto para atribuir ao Senado a função de dar publicidade às decisões do STF no controle difuso.

Assim, o item 3 trata dos possíveis fatores responsáveis por tornar o art. 52, inciso X, da CF/88 obsoleto, em especial a evolução do papel do Senado no controle difuso brasileiro, as mudanças na teoria da separação de poderes, o processo de expansão do controle abstrato de constitucionalidade e a força vinculante dos precedentes do STF, com o intuito de concluir se a norma tradicional que se extrai desse dispositivo realmente não condiz mais com a realidade constitucional.

Por fim, o último capítulo, item 4, busca um estudo da doutrina que trata especificamente do conceito, fundamentos e limites do processo de mutação constitucional, correlacionando esses ensinamentos à natureza jurídica do art. 52, inciso X, da CF/88, o que possibilita uma completa análise da compatibilidade da tese da abstrativização no controle difuso brasileiro com o instituto da mutação constitucional.

2 O SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição Federal de 1988 disciplinou um processo de alteração do texto constitucional mais solene do que o rito de alteração da legislação ordinária, o que lhe conferiu rigidez, significando, também, que as normas constitucionais brasileiras são superiores e por isso devem ser parâmetro de controle da legislação infraconstitucional, a qual não pode contrariar seus preceitos.

Daí decorre que se uma conduta, pública ou privada, resultar em atos que contrariarem o texto constitucional estará configurada a sua inconstitucionalidade, pois se a CF/88 é uma constituição rígida, a supremacia constitucional estaria comprometida se não houvesse mecanismos capazes de adequar as normas hierarquicamente inferiores aos seus comandos¹, por isso faz-se necessário que o ordenamento jurídico brasileiro possua a denominada de *sanção de inconstitucionalidade*, que é “a manifestação do Poder Judiciário para expurgar do ordenamento jurídico o ato público ou privado que estiver em desconformidade com o texto maior.”²

Ressalte-se que o controle de constitucionalidade não é exercido exclusivamente pelo Judiciário, também sendo competente para exercê-lo o Legislativo e o Executivo, mas, por ser o objeto desse trabalho o estudo de uma etapa do controle difuso judicial de constitucionalidade, será ele o destinatário das considerações a serem expostas.

Nesse sentido, são diversos os instrumentos destinados à fiscalização da constitucionalidade dos atos do poder público pelo Judiciário, prevendo a CF/88 a possibilidade de todos os juízes e tribunais analisarem a constitucionalidade da norma no controle difuso e a existência do controle abstrato das normas pelo Supremo Tribunal Federal.³

O controle difuso de constitucionalidade, de origem no direito norte-americano, permite que o julgador afaste a incidência de referido ato normativo do caso *sub judice*, ao acolher eventual impugnação quanto à sua inconstitucionalidade. Esse modelo foi previsto implicitamente na CF/88, no art. 5º, inciso XXXV, que consagra o princípio da inafastabilidade das decisões judiciais e no art. 97, que exige a observância pelos tribunais, para o controle difuso, da cláusula de reserva de plenário, que determina que a

¹ CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 6. Ed. Salvador: Juspodivm. 2012. p.268.

² BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 167.

³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 10. ed. 2015. p. 1106.

lei só poderá ser declarada inconstitucional no âmbito do tribunal pelo voto da maioria absoluta dos seus membros ou dos membros do órgão especial.

O controle é difuso porque pode ser realizado por qualquer juízo ou tribunal, em todos os graus de jurisdição, não sendo necessário a alegação das partes quanto à inconstitucionalidade da lei, podendo o juiz ou tribunal afastar a sua incidência de ofício.

Nesse modelo não há apenas uma ação ou um recurso destinado à combater a inconstitucionalidade das leis, possuindo o ordenamento um extenso rol de ações destinadas à tutelar os direitos fundamentais, em especial as ações constitucionais, na qual é possível que a parte alegue a inconstitucionalidade de uma lei para os fins de não se submeter aos seus efeitos, mas essa arguição é incidental ao processo, ou seja, o bem da vida pretendido pela parte não é a declaração de inconstitucionalidade da lei, mas sim outro qualquer em que a incidência da norma inconstitucional impede o seu exercício.⁴

Tradicionalmente, o controle difuso possui eficácia apenas *inter partes*, permanecendo a lei declarada inconstitucional a produzir efeitos fora do processo subjetivo em que foi arguida a sua inconstitucionalidade. Paulo Bonavides⁵ denomina esse atributo de relatividade da coisa julgada, afirmando que “nada obsta pois a que noutro processo, em casos análogos, perante o mesmo juiz ou perante outro, possa a mesma lei ser eventualmente aplicada.”

No entanto, quando o responsável por declarar a inconstitucionalidade for o STF há a possibilidade de estender os efeitos da decisão para todos, segundo prevê o art. 52, inciso X, da CF/88. A interpretação tradicional que se extrai desse dispositivo é que, após o STF declarar uma lei inconstitucional de forma incidental ao processo, deve comunicar ao Senado Federal, que possui a discricionariedade de editar uma resolução suspendendo a eficácia da referida lei, ou seja, expandindo os efeitos da decisão que passam a ser *erga omnes*. Nessa linha de entendimento, somente após a resolução senatorial a decisão do STF atinge a todos de forma genérica e abstrata.⁶

Em complemento ao controle difuso, a CF/88 adotou o controle concentrado de normas, de origem austríaca idealizado por Hans Kelsen⁷, no qual o STF julga ações autônomas contendo controvérsias constitucionais. As típicas ações do controle concentrado estão no art. 103 da CF/88 que prevê a ação direta de inconstitucionalidade,

⁴ Idem, Ibid. p. 1108.

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros. 2015. p. 310.

⁶ BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2018.p. 229.

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros. 2015p. 319.

a ação declaratória de constitucionalidade e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, além da arguição de descumprimento de preceito fundamental prevista no art. 102, § 1º, da CF/88.

Essas ações somente podem ser propostas pelos legitimados elencados no art. 103 da CF/88 e possuem como objeto principal o controle de constitucionalidade, por isso trata-se de um controle pela via principal, além de ser um processo objetivo no qual não há o elemento da pretensão resistida de interesses presente nos processos subjetivos, sendo a lei analisada de forma abstrata.

Diferentemente das decisões proferidas no controle difuso, que só atingem a todos depois que o Senado Federal edita a resolução suspendendo a eficácia da lei declarada inconstitucional pelo STF, as decisões proferidas nas ações do controle abstrato de normas possuem efeitos *erga omnes* e vinculante automaticamente⁸, por expressa previsão constitucional no art. 102, § 2º da CF/88, assim, por exemplo, caso uma ADI que tenha por objeto uma lei federal seja julgada procedente, essa não surtirá mais efeitos em todo o território nacional logo após a publicação da ata de julgamento no Diário de Justiça da União e, caso algum juízo ou órgão da administração pública ignore os efeitos vinculantes das decisões proferidas pelo STF no controle abstrato, prevê a CF/88 no art. 102, I, l, o uso da Reclamação para preservar a autoridade da decisão.

Frise-se que o controle judicial de constitucionalidade pode gerar decisões diversas da declaração de constitucionalidade da lei ou da declaração de inconstitucionalidade, sendo possível que o juiz ou tribunal determine uma interpretação específica que seja constitucional, por meio da técnica de interpretação conforme à Constituição e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.⁹

Portanto, por congregarem tanto o controle difuso quanto o controle concentrado de normas, a Constituição Federal de 1988 assegura um modelo híbrido de controle de constitucionalidade¹⁰, com o objetivo de defender a supremacia constitucional ao retirar do mundo jurídico normas que ferem preceitos constitucionais.

Esse breve apanhado do controle judicial de constitucionalidade na CF/88 faz-se necessário para o completo entendimento acerca da teoria da abstrativização no

⁸ BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 225.

⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas. 2003. p. 47.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 10. ed. 2015. p. 1049.

controle difuso, bem como a análise quanto aos seus fundamentos, uma vez que a referida teoria modifica essa sistemática.

2.1 A nulidade da lei inconstitucional

Por ser a natureza jurídica da *sanção constitucional*- o efeito decorrente da declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo- um dos fundamentos determinantes da teoria da abstrativização, faz-se oportuna uma análise mais detalhada desse aspecto.

Uadi Lâmmego Bulos¹¹ aponta dois regimes de sanção constitucional: o da sanção de nulidade e o da sanção de anulabilidade. Segundo o autor, o Brasil adota o regime da sanção de nulidade desde a Constituição de 1891, no qual os efeitos da sentença de inconstitucionalidade são *ex tunc*, retroagindo ao momento de publicação da lei inconstitucional, ante a sua natureza declaratória, ou seja, a lei inconstitucional já nasce sem produzir efeitos, servindo a atuação do Poder Judiciário para cessar a efetividade social da norma inconstitucional, que não admite convalidação do Poder Legislativo.

Gilmar Mendes¹² credita o dogma da nulidade da lei inconstitucional na antiga doutrina norte-americana, segundo a qual “*the unconstitutional statute is not law at all*”, o que inspirou a doutrina brasileira a posicionar-se em favor da equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade.

Nesse sistema a norma inconstitucional é tida por inexistente, ante a sua carência de fundamento dentro da Constituição, não sendo a declaração de inconstitucionalidade o que lhe retira o efeito, apenas a declara para que os atos irregularmente praticados pela sua incidência sejam desfeitos, pois foram realizados sem amparo normativo válido.

Tanto a declaração de inconstitucionalidade de uma lei proferida no controle abstrato de normas quanto a decorrente do controle difuso possuem eficácia *ex tunc*, desconstituindo as situações ocorridas com base na lei inconstitucional desde o início da sua vigência.

¹¹ BULOS, Uadi Lâmmego. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p.167-169.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 10. ed. 2015. p. 1306.

No entanto, há autores, como José Afonso da Silva¹³, que diferenciam os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso para o caso *sub judice* e para as demais situações abrangidas pela expansão dos efeitos da decisão operada pela resolução senatorial. Para o referido autor:

No que tange ao caso concreto, a declaração surte efeitos *ex tunc*, isto é, fulmina a relação jurídica fundada na lei inconstitucional desde o seu nascimento. No entanto, a lei continua eficaz e aplicável, até que o Senado suspenda a sua executoriedade; essa manifestação do Senado, que não revoga nem anula a lei, mas simplesmente lhe retira a eficácia, só tem efeitos, daí por diante, *ex nunc*. Pois até então a lei existiu. Se existiu, foi aplicada, revelou eficácia, produziu validamente seus efeitos.

Para essa linha de entendimento defendida por José Afonso da Silva, a lei inconstitucional, quando declarada por decisão proferida no controle difuso, é inexistente apenas para as partes no processo, não incidindo para essa relação que surgiu antes que o STF declarasse a nulidade da lei. Ocorre que, para as demais relações formadas no mesmo período, a norma existe e é aplicada, pois somente para as situações ocorridas após a resolução do Senado, que expande os efeitos da decisão, a lei declarada inconstitucional não produziria mais efeitos.

É fácil perceber a incongruência dessa tese, ao ferir diretamente o princípio constitucional da isonomia que determina que situações juridicamente semelhantes devem possuir o mesmo tratamento do ordenamento jurídico.

Assim, embora não sejam unânimes para a doutrina os efeitos da resolução do Senado¹⁴, parece estar com a razão Gilmar Mendes¹⁵ ao defender que “a constitucionalidade da lei parece constituir pressuposto inarredável de categorias como direito adquirido e ato jurídico perfeito”. Assim, a resolução do Senado prevista no art. 52, inciso X, da CF/88 permite a revisão dos atos praticados com base na lei inconstitucional, ao possuir eficácia *ex tunc*.

Reconhecida a natureza nula da lei inconstitucional, passa-se para a análise dos efeitos decorrentes desse atributo.

Nesse sentido, a decisão que declara a inconstitucionalidade da norma no controle concentrado possui efeito repristinatório automático, ou seja, volta a ter vigência

¹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 54.

¹⁴ BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 228.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 10. ed. 2015. p. 1149.

os atos normativos revogadas pela lei declarada inconstitucional.¹⁶ Além disso, as decisões judiciais embasadas em leis inconstitucionais não fazem coisa julgada.

No entanto, esses efeitos decorrentes da eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade podem gerar anomalias no sistema, não sendo vantajosa para a ordem social.¹⁷ Por isso, a eficácia retroativa não é uma regra absoluta, sendo cabível que, diante das particularidades de casos que ensejam a defesa de outros princípios constitucionais, como o da segurança jurídica, da confiança legítima, da razoabilidade e da proporcionalidade, o STF module os efeitos da sentença declaratória de inconstitucionalidade para restringi-los ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, conforme dispõe o art. 27 da Lei nº 9.868/99.

À semelhança da tese defendida por José Afonso da Silva de que a resolução senatorial tem eficácia *ex nunc*, aparentemente aqui também caberia cogitar em afronta à isonomia, pois a lei existiria apenas para uma parte de situações aptas a ensejar a sua incidência. No entanto, enquanto na primeira hipótese não há ponderação entre a isonomia com outro princípio constitucional, segundo Uadi Lammêgo Bulos¹⁸ no caso de modulação de efeitos da sentença declaratória de inconstitucionalidade o afastamento da incidência do princípio da nulidade, que continua a ser a regra, “dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente importante”.

Frise-se que, embora previsto expressamente apenas para o controle abstrato de constitucionalidade, a modulação de efeitos para parte da doutrina também é cabível no âmbito do controle difuso. Nesse sentido, se posiciona Gilmar Mendes¹⁹, entendendo que no caso de viabilidade da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no caso concreto:

[...] 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,

¹⁶ É o que prevê o art. 11, § 2º da Lei 9868/99 para as cautelares concedidas no bojo da ADI. Embora previsto para a medida cautelar, a doutrina e a jurisprudência entendem que a regra se aplica também para a decisão definitiva de mérito. (BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p.351)

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros. 2015. p. 351.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 10. ed. 2015. p. 1329.

¹⁹ Idem, Ibid. p. 1149.

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.

É válido ressaltar que, como todo e qualquer poder atribuído ao órgão julgador, “essa margem de discricionariedade conferida ao Pretório Excelso, para fixação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, não pode conduzir ao arbítrio, nem ao abuso. Tanto é assim que se condiciona pelo princípio da proporcionalidade”²⁰. Essa afirmação coaduna com as razões acima expostas para a constitucionalidade da modulação de efeitos da sentença declaratória de constitucionalidade, qual seja a ponderação no caso concreto entre a isonomia e os demais princípios constitucionais, não podendo decorrer de considerações políticas, mas sim de específico fundamento constitucional.

2.2 A teoria da abstrativização no controle difuso

Apresentada a visão tradicional do modelo de controle de constitucionalidade brasileiro instituído pela Constituição Federal de 1988, passa-se para o estudo específico da teoria da abstrativização no controle difuso, a qual propõe uma releitura dos dispositivos constitucionais que tratam do controle de constitucionalidade, em especial do art. 52, inciso X, da CF/88, para adequá-los à realidade social.

2.2.1 O papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade segundo a teoria da abstrativização

Dispõe o art. 52, inciso X, da CF/88 que “Compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Pela leitura desse dispositivo pode-se chegar à conclusão de que o constituinte de 1988 outorgou ao Senado Federal a competência para expandir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF no controle difuso, que originalmente alcança apenas as partes no processo e com a resolução senatorial passa a ter eficácia *erga omnes*.

²⁰ BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 349.

Segundo o art. 386 do Regimento Interno do Senado Federal, a declaração de inconstitucionalidade proferida em decisão definitiva pelo STF será conhecida mediante comunicação do Presidente do Tribunal, representação do Procurador-Geral da República e projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Preenchidos esses requisitos, deve-se juntar o parecer do Procurador-Geral da República, o texto da lei impugnada e a cópia da decisão do STF.

No julgamento do MS nº 16.512 em 1966, o STF deixou assente o caráter discricionário da resolução senatorial, a qual apresenta natureza de controle político, não incorrendo em omissão inconstitucional a recusa do Senado em editar a referida resolução.²¹ Entretanto, ao optar por exercer a competência prevista no art. 52, inciso X, da CF/88, o Senado Federal é obrigado a ater-se aos limites do julgado e não pode posteriormente revogar a resolução.²²

Segundo Miguel Calmon Dantas²³ “a decretação da inconstitucionalidade, a detecção do vício e aplicação da sanção resultam da decisão final do Supremo Tribunal Federal e não do Senado Federal”. Assim, a discricionariedade do Senado reside única e exclusivamente em editar a resolução responsável por conferir eficácia geral à decisão do STF que declara a inconstitucionalidade de uma lei.

Embora o art. 52, inciso X, da CF/88 se refira apenas à *lei*, entende-se que todos os atos normativos que sejam passíveis de julgamento pelo STF em recurso extraordinário se submetem à competência senatorial,²⁴ inclusive os atos estaduais.

Ocorre que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado aplica-se apenas para os casos de declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo proferida no controle difuso, não sendo cabível nas hipóteses em que o STF fixa uma interpretação constitucional adequada, adota a técnica de interpretação conforme à

²¹ Frise-se que, embora não concordando com essa prática, Uadi Lammego Bulos afirma que “o papel do Senado na ‘suspensão da excoutoriedade’ do ato inconstitucional é meramente figurativo, destinando-se a dar publicidade à decisão do Supremo”, devido aos efeitos transcendentes que o STF tem aplicado a alguns de seus julgados. (BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 226.)

²² BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 227-228.

²³ DANTAS, Miguel Calmon. **Competência do Senado Federal do Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/36198306/Competencia_do_Senado_Federal_no_Control_de_Constitucionalidade_-_SITE_PGE.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1526041103&Signature=RY5%2BPVW51%2FmN0TljJ8Ec5A81UE%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DCOMPETENCIA_DO_SENADO_FEDERAL_NO_CONTROL.pdf/>. Acesso em: 14 maio. 2018. p. 22.

²⁴ Idem Ibid. p. 24.

Constituição, decide pela declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto ou declara a não-recepção de uma lei pré-constitucional.²⁵ Nesses casos, ao aceitar a competência tradicional do Senado Federal para conferir eficácia geral às decisões do STF no controle difuso, não haveria a possibilidade de expandir o entendimento consagrado às demais situações, remanescendo, contudo, as técnicas processuais de vinculação dos precedentes da Suprema Corte.

Há ainda hipóteses na qual a decisão do STF no controle incidental possui eficácia geral desde a sua publicação, sem qualquer atuação do Senado Federal, que é quando a Suprema Corte declara a inconstitucionalidade de uma lei de forma incidental a um processo coletivo, como a ação civil pública (art. 16 da Lei nº 7.347/85) e a ação popular (art. 18 da Lei nº 4.717/65), nos quais a decisão já possui eficácia *erga omnes*, por expressa previsão legal e pela natureza objetiva desses processos, não havendo sentido, nesses casos, que o Senado seja comunicado para exercer a competência prevista no art. 52, inciso X, da CF/88.²⁶

Além disso, o STF pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei via controle abstrato, no qual a decisão já nasce com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, segundo o art. 102, § 2º da CF/88, sendo mais um mecanismo de controle judicial de constitucionalidade no qual a atuação do Senado Federal não se faz necessária. Gilmar Mendes²⁷ defende que:

A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido cautelar, fazem com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado. Assim, se continuarmos a ter um modelo misto de controle de constitucionalidade, a ênfase passou a residir não mais no sistema difuso, mas no de perfil concentrado.

Nesse sentido, a predominância do controle abstrato na CF/88 apresenta-se como mais um dos argumentos elencados pelo Gilmar Mendes para defender o caráter obsoleto do art. 52, inciso X, da CF/88.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 10. ed. 2015. p. 1133-1134.

²⁶ Idem, Ibid. p.1141.

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 41 n. 162 abr./jun. 2004. p. 159.

A tese da abstrativização no controle difuso foi defendida ainda sob a égide do CPC/1973, onde o referido autor já constatava que o poder dado ao relator para dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com a súmula ou jurisprudência do STF conferia eficácia transcendente às decisões da Corte no controle difuso, pois vinculava os demais juízos e graus de jurisdição, inclusive quando não houvesse a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, mas a fixação de uma determinada interpretação.²⁸ Após a promulgação do CPC/2015 as decisões do STF ganharam significativa força vinculante, devido à aproximação do direito brasileiro com o modelo do *common law*, decorrente da instituição de um sistema de precedentes vinculantes.

Embora a doutrina e a jurisprudência tenham defendido a competência do Senado para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF em processos subjetivos, continuaram a aceitar a teoria da nulidade da lei inconstitucional, salvo situações excepcionais que tornem necessário a modulação de efeitos das decisões, a qual confere à decisão judicial que constata a inconstitucionalidade da norma efeito apenas declaratório de uma situação de inexistência do ato normativo.

Com base nessa contradição, Gilmar Mendes²⁹ questiona como pode os efeitos de uma lei nula dependerem da decisão de um órgão político quando a sua nulidade já foi declarada por um órgão jurídico? Assim, entende o autor que “se a doutrina e a jurisprudência entendiam que a lei inconstitucional era *ipso jure* nula, deveriam ter defendido, de forma coerente, que o ato de suspensão a ser praticado pelo Senado destinava-se a conferir publicidade à decisão do STF.” O referido autor, fundamenta o seu posicionamento nas lições de Lúcio Bittencourt³⁰, segundo o qual “dizer que o Senado ‘suspende a execução’ da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato sendo ‘inexistente’ ou ‘ineficaz’, não pode ter suspensa a sua execução”.

Tal conclusão parte do pressuposto de que “a atribuição de funções substantivas ao Senado Federal era a própria negação da idéia de nulidade da lei devidamente declarada pelo órgão máximo do Poder Judiciário”³¹, pois ao condicionar a eficácia geral

²⁸ Idem, Ibid. p. 161.

²⁹ Idem, Ibid. p. 160-161.

³⁰ BITTENCOURT, Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Atualizado por José Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p.145-146.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 41 n. 162 abr./jun. 2004. p. 161.

da decisão do STF que declara a inconstitucionalidade da lei à uma decisão política e discricionária do Senado, a ordem jurídica aceita que um *nada constitucional* produza efeitos a despeito de ter o órgão responsável por defender a Constituição analisado e constatado a sua contrariedade ao Texto Magno, o qual deve servir de suporte de existência da norma, não sendo juridicamente possível que uma norma o contrarie e ao mesmo tempo lhe retire fundamento.

Gilmar Mendes³² acredita que essas dissonâncias da atuação do Senado no controle difuso com o resto do sistema de controle de constitucionalidade decorrem do fato de que essa competência foi instituída em um contexto muito diferente do presente em 1988, quando a norma foi reproduzida ao lado de institutos que retiraram o seu sentido, o que lhe confere hoje índole exclusivamente histórica, defendendo o autor que:

[..] 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, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa.

Assim, sem tecer maiores comentários sobre o que seria o fenômeno da mutação constitucional, Gilmar Mendes defendeu que por estar obsoleta a norma insculpida no art. 52, inciso X, da CF/88, essa sofreu mudanças de significado e alcance sem alteração do texto que foram responsáveis por alterar a competência do Senado Federal no controle difuso de órgão responsável por dar eficácia *erga omnes* às decisões do STF, segundo juízo político-discricionário, para órgão que possui o dever de dar publicidade a essas decisões, que já nascem com efeitos gerais e vinculantes.

São esses os fundamentos da teoria da abstrativização do controle difuso que, em suma, confere efeitos gerais e abstratos às decisões proferidas pelo STF no exercício do controle de constitucionalidade incidental, propondo a equiparação dos efeitos das decisões do STF no controle concreto e no controle abstrato.

³² Idem, Ibid. p. 155.

2.3 O entendimento do STF

Por ser Gilmar Mendes um dos principais autores que defendem a teoria da abstrativização no controle de constitucionalidade difuso brasileiro, a sua atuação como ministro do STF acendeu o debate em torno da competência do Senado no controle de constitucionalidade em alguns julgamentos no qual a Suprema Corte se pôs em situações de impasse quanto à necessidade de conferir eficácia geral às suas decisões ou seguir a interpretação tradicional do art. 52, inciso X, da CF/88, comunicando a decisão ao Senado e aguardando a resolução senatorial para expandir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Passa-se para o estudo desses principais julgados.

2.3.1 RE 197.917

Em 2004, o STF declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Orgânica nº 226 do Município de Mira Estrela, a qual fixara em 11 o número de vereadores daquele município, ferindo o art. 29, inciso IV, da CF/88, que prevê a proporcionalidade entre a quantidade de vereadores do município e a população.³³

A despeito de reconhecer que os efeitos normais seriam *ex tunc*, na ocasião o STF conferiu efeitos *ex nunc* para a declaração de nulidade, determinando que a decisão teria eficácia para a próxima legislatura, por prevalência do interesse público. Assim, reconheceu-se a possibilidade no âmbito do controle concreto da aplicação da modulação de efeitos prevista para o controle abstrato no art. 27 da Lei nº 9.868/99.

Em seguida, o TSE editou a Resolução nº 21.702/2004 conferindo efeito vinculante ao entendimento do STF consagrado no RE nº 197.917 para os demais municípios. A referida resolução foi objeto das ADI's nº 3.345 e 3.365, que foram julgadas improcedentes, entendendo a Suprema Corte que o princípio da força normativa da Constituição permitia que o TSE afastasse as divergências interpretativas da cláusula de proporcionalidade prevista no art. 29, inciso IV, da CF/88.

No caso, foram duas as inovações jurisprudenciais: a legitimidade na aplicação da modulação temporal de efeitos das decisões do STF proferidas no controle incidental e a possibilidade de conferir efeitos gerais a essas decisões sem a resolução do Senado prevista no art. 52, inciso X, da CF/88.

³³ RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Correia, DJ de 07/05/2004.

1.3.2 RCL 4.335

No julgamento do HC nº 82.959/SP, o STF declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que vedava a progressão de regime para os condenados por crimes hediondos.³⁴

Entretanto, no Acre, um juiz da Vara de Execuções Penais negou a progressão de regime para condenados por crimes hediondos, ao aplicar o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, alegando que a inconstitucionalidade declarada no HC nº 82.959/SP somente teria eficácia a favor dos demais condenados pelos crimes de mesma natureza quando o Senado expedisse a resolução prevista no art. 52, inciso X, da CF/88.

Nesse contexto, a Defensoria Pública da União ajuizou a Reclamação nº 4.335/AC em face do ato do referido juiz, requerendo que fosse concedida a progressão de regime para os condenados por crimes hediondos, alegando a autoridade da decisão judicial proferida no HC nº 82.959/SP.³⁵ Ou seja, ao julgar a reclamação procedente, o STF estaria conferindo efeitos transcendentais às suas decisões proferidas em processos subjetivos, o que significaria que estaria aceitando a teoria da abstrativização no controle difuso, pois a declaração incidental de inconstitucionalidade proferida no HC nº 82.959/SP teria efeitos *erga omnes* independentemente da resolução senatorial.

Sobreveio a Súmula Vinculante nº 26³⁶, consagrando a impossibilidade de negativa da progressão de regimes para os condenados por crimes hediondos. Assim, em 2014, a Reclamação nº 4.335/AC foi julgada procedente, mas não por afronta à decisão do STF proferida no HC nº 82.959/SP, mas pela contrariedade à referida súmula. No caso, o plenário decidiu pela não aplicação da teoria da abstrativização no controle difuso de constitucionalidade e que o artigo 52, inciso X, da CF/88, não havia sofrido o fenômeno da mutação constitucional.

Votaram pela procedência da Reclamação com fundamento na eficácia vinculante e geral do HC nº 82.959/SP os ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, que entenderam que o art. 52, inciso X, da CF/88 havia sofrido o fenômeno da mutação constitucional, mudando de sentido para conferir ao Senado Federal a competência de

³⁴ HC nº 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 01/09/2006.

³⁵ Rcl. Nº 4335/AC, Rel Min. Gilmar Ferreira Mendes, DJ de 22/10/2014.

³⁶ A SV nº 26 dispõe que “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”

apenas dar publicidade às decisões proferidas pelo STF no controle incidental de constitucionalidade.

No entanto, também votou pela procedência da Reclamação, o ministro Teori Zavascki, cujo entendimento foi seguido pelos ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello, mas com fundamento na contrariedade da Súmula Vinculante nº 26, pois, embora tenha deixado claro que as decisões do STF têm-se revestido ao longo dos anos de eficácia expansiva devido à força dos precedentes dos tribunais superiores, deve-se dar interpretação restritiva ao cabimento da Reclamação Constitucional, sob pena de transformar o STF em uma *Corte Executiva*, suprimindo instâncias locais e atraindo competências próprias das instâncias ordinárias. Em seu voto, o ministro Teori Zavascki deixou assente que “não se pode estabelecer sinonímia entre força expansiva e eficácia vinculante *erga omnes* a ponto de criar uma necessária relação de mútua dependência entre decisão com força expansiva e cabimento de reclamação.”

Portanto, restou-se consignado, quando do julgamento da Reclamação nº 4.335 que o STF não havia ainda acolhido a teoria da abstrativização no controle difuso, embora tenha prevalecido o entendimento que reconhece que as decisões do STF vêm ganhando eficácia expansiva, o que demonstrou a inclinação da Suprema Corte em acolher a mutação constitucional do art. 52, inciso X, da CF/88 em julgados futuros.

2.3.3 ADI's 3.470 e 3.406

As ADI's nº 3.470 e 3.406 trataram da discussão acerca da proibição de normas que permitiam a extração, industrialização, comercialização e a distribuição do uso do amianto na variedade crisotila. As ações foram julgadas improcedentes, mas embora a ADI seja uma ação tipicamente do controle de constitucionalidade na via direta o STF declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995 no julgamento dessas ações, além de proibir o uso da substância em todo o Brasil e entender pela inconstitucionalidade sucessiva das normas que venham a ser produzidas nesse teor.³⁷ Ou seja, o STF declarou a inconstitucionalidade de uma norma via controle incidental e conferiu eficácia *erga omnes*, independentemente da resolução senatorial.

Embora tenha o Min. Marco Aurélio votado pela interpretação tradicional do art. 52, inciso X, da CF/88, pois entendeu que a natureza constitutiva e não declaratória

³⁷ ADI nº 3406/RJ e ADI nº 3470/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, DJ de 29/11/2017

da resolução senatorial seria uma regra que atenderia à independência e harmonia entre os poderes, prevaleceu o entendimento do Min. Gilmar Mendes, que foi seguido pelo Min. Celso de Mello, o qual considerou que o art. 52, inciso X, da CF/88 sofreu o fenômeno da mutação constitucional, entendendo que a decisão do STF já contém eficácia vinculante, sendo o papel do Senado apenas divulgar, mediante publicação, a decisão da Corte, pela a Min. Cármen Lúcia, que afirmou que a Corte está caminhando para uma inovação da jurisprudência no sentido de não ser mais declarado inconstitucional cada ato normativo, mas a própria matéria que nele se contém, e pelo Min. Edson Fachin, o qual concluiu que a declaração de inconstitucionalidade, ainda que incidental, opera uma preclusão consumativa da matéria.³⁸

Segundo Gilmar Mendes³⁹:

Com essa decisão torna-se perceptível que a tese há muito defendida por nós – no sentido de que, caso o Supremo, em sede de controle incidental, declare definitivamente que determinada lei é inconstitucional, essa decisão deverá ter eficácia *erga omnes*, devendo ser feita a comunicação ao Senado Federal apenas para que publique a decisão no *Diário do Congresso* – passa a ganhar contornos concretos e a ser adotada inclusive em decisões do Supremo Tribunal Federal.

Em suma, apenas 3 anos depois do julgamento da Reclamação nº 4.335 em que o STF negou expressamente a aplicação da teoria da abstrativização no controle difuso brasileiro, a mesma Corte acolheu em 2017, no julgamento das ADI's nº 3.470 e 3.406 a referida tese, por influência do Min. Gilmar Mendes, o qual defendeu uma releitura do art. 52, inciso X, da CF/88, no sentido de equiparar os efeitos das decisões proferidas tanto no controle direto quanto no controle incidental, conferindo ao Senado Federal a competência para dar publicidade à decisão da Corte, que já nasce com eficácia geral.

³⁸ Informativo nº 886, STF.

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 13. ed. 2018. p. 1285.

3 A ATUAÇÃO OBSOLETA DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Reconhecida a aplicação da teoria da abstrativização no controle difuso na jurisprudência do STF, que opera profundas mudanças no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, faz-se necessário analisar a legitimidade de tal entendimento sob a perspectiva do estudo do fenômeno da mutação constitucional, pois a mutação constitucional é um fenômeno espontâneo, que independe de uma específica ação humana. Segundo Uadi Lâmmego Bulos⁴⁰ “Os juízes podem proferir decisões paradigmáticas, alegando a tese da mutação constitucional. Mas, se o fenômeno inexistir, de nada adianta o magistrado dizer o contrário.” Ou seja, não é pelo fato de ter o STF declarado que o art. 52, inciso X, da CF/88 sofreu mutação constitucional que se encerram todas as discussões sobre o assunto.

Como o primeiro requisito da ocorrência de uma autêntica mutação constitucional são alterações na ordem jurídica que tornam a norma tradicional que se extrai de determinado dispositivo obsoleta, faz-se necessário correlacionar a atuação do Senado no controle difuso aos diversos contextos históricos desde o seu surgimento, bem como a eventuais fatores que poderiam ser responsáveis por distanciá-lo da realidade constitucional, com o intuito de analisar se o art. 52, inciso X, da CF/88 está realmente obsoleto.

3.1 O papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade nas constituições brasileiras

A Constituição Imperial de 1824 não previu nenhum mecanismo de controle judicial das leis em face dos seus preceitos, devido ao dogma existente à época quanto à competência exclusiva do Poder Legislativo para definir os contornos da legislação, consubstanciado no art. 15, n. 8º e 9º, que dispunha ser tarefa do Poder Legislativo fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las.

Assim, embora estivesse previsto um procedimento de emenda constitucional mais difícil do que o da elaboração das leis, somente era cabível o controle de constitucionalidade operado pelo Poder Legislativo, o que não se mostrou hábil para

⁴⁰ BULOS, Uadi Lâmmego. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 232.

garantir o respeito à Constituição⁴¹, ou seja, a Constituição do Império era apenas formalmente rígida, já que não havia mecanismos eficazes para defender a sua supremacia.

O controle judicial de constitucionalidade das leis não era possível dentro daquele sistema, uma vez que o Poder Judiciário carecia de independência material, pois embora fosse previsto no art. 10 da Constituição de 1824 que ele era reconhecido como um poder político, a competência concedida ao Imperador para decretar aposentadorias compulsórias e transferências impediu a efetiva independência do Poder Judiciário.⁴²

Proclamada a República, sob influência do sistema norte-americano⁴³, a Constituição provisória de 1890 e a subsequente Constituição de 1891 instituíram o modelo difuso de controle de constitucionalidade, ao dispor ser competência de todos os tribunais conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição.

Embora consolidado um amplo sistema de controle difuso de constitucionalidade, não havia nenhum mecanismo de controle abstrato das normas, nem tampouco que conferisse eficácia geral às decisões do STF que declaravam uma lei inconstitucional, permanecendo os seus efeitos adstritos às partes do processo.

Ocorre que, o modelo norte-americano que serviu de inspiração para a adoção pelo constituinte de 1891 do controle difuso, prevê o *stare decisis*, no qual os juízos de instâncias inferiores devem seguir as decisões de tribunais superiores, em especial a respeito da constitucionalidade das leis, possuindo os vereditos da Suprema Corte efeito vinculante em virtude da força dos precedentes do direito norte-americano⁴⁴, enquanto a ordem constitucional brasileira não previa semelhante vinculação, possibilitando que as leis declaradas inconstitucionais pelo STF fossem aplicadas pelos demais juízos. Segundo Sérgio Resende de Barros⁴⁵ “um complexo de causas levou a afastar da corte constitucional brasileira não somente o *stare decisis*, mas qualquer outro meio de

⁴¹ SLAIBI FILHO, Nagib. **Breve História do Controle de Constitucionalidade**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.23836&seo=1>>. Acesso em: 07 maio 2018.

⁴² NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras: 1824**. Vol. 1. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. p. 37.

⁴³ Iniciado no caso “Marbury vs. Madison”, estabeleceu-se um sistema americano de controle de constitucionalidade no qual todos os juízes e tribunais poderiam afastar a aplicação de uma lei inconstitucional ao caso sob julgamento. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros. 2015.)

⁴⁴ BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 194.

⁴⁵ BARROS, Sérgio Resende. **Função do Senado no controle de constitucionalidade**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/funcao-do-senado-no-controle-de-constitucionalidade.cont>>. Acesso em: abr. 2018. P 141.

generalizar *erga omnes* a inconstitucionalidade verificada *inter partes*”, ocasionando decisões contraditórias e, conseqüentemente, insegurança jurídica, ao ensejar a possibilidade de prosperarem soluções distintas para casos semelhantes.

Nesse contexto, os primórdios do controle difuso de constitucionalidade enfrentaram as perplexidades causadas pela necessidade de segurança jurídica nas decisões judiciais.

A Constituição de 1934 operou profundas mudanças no controle judicial de constitucionalidade, entre as quais se destacam o quórum especial de maioria absoluta dos membros do tribunal para a declaração de inconstitucionalidade, a representação interventiva em caso de violação dos princípios constitucionais sensíveis, e a competência do Senado para suspender a execução de lei, decreto, regulamento ou deliberação, declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário, conferindo eficácia *erga omnes* às decisões proferidas pelo STF no controle difuso.⁴⁶

Pode-se afirmar que o constituinte de 1934 depositou na resolução senatorial a esperança de conferir legitimidade à suspensão da lei declarada inconstitucional pelo Judiciário, já que seria operada por órgão integrante do Poder Legislativo, o que possibilitaria conciliar a defesa da separação de poderes e a necessidade de que as leis inconstitucionais não produzissem mais efeitos. Além disso, a Constituição de 1934 foi responsável por aproximar a realidade brasileira do modelo europeu de Corte Constitucional com a representação para intervenção, a ação precursora do controle abstrato de constitucionalidade.⁴⁷

O Senado Federal funcionava como uma espécie de coordenador dos Poderes, pois a Constituição de 1934 previa, além da competência para suspender a eficácia da lei declarada inconstitucional pelo STF, no art. 91, inciso II, a possibilidade de o Senado Federal examinar, em confronto com as respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, e suspender a execução dos dispositivos ilegais. No entanto, tal competência foi suprimida já na Constituição de 1937 e não voltou nas constituições subsequentes.⁴⁸

⁴⁶ BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 202.

⁴⁷ SLAIBI FILHO, Nagib. **Breve História do Controle de Constitucionalidade**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.23836&seo=1>>. Acesso em: 07 de maio de 2018.

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 10. ed. 2015. p. 1082.

Portanto, em 1934 a realidade jurídica brasileira sofria influência da doutrina da estrita separação de poderes, da necessidade de maior segurança jurídica, ante as incongruências geradas por decisões conflitantes que não seguiam a orientação do STF quanto à inconstitucionalidade de referido ato normativo, e da ideia de destinar ao Senado um pouco da função de Alta Corte Constitucional.⁴⁹ Foi esse o contexto do surgimento da competência do Senado Federal para conferir eficácia *erga omnes* às decisões do STF no controle difuso.

Embora tenha a Constituição de 1937 suprimido a competência do Senado para suspender a eficácia da lei declarada inconstitucional no controle difuso, essa foi reincorporada na Constituição de 1946 e se manteve nos textos das constituições que a sucederam, inclusive na Constituição de 1988.

Ocorre que, Gilmar Mendes defende que as circunstâncias que levaram à instituição da competência do Senado foram drasticamente alteradas, ante a inexistência nas constituições seguintes de competências semelhantes à contida no art. 91, inciso II, da Constituição de 1934, o que afasta do Senado o papel de coordenador dos demais poderes; a evolução na doutrina da separação de poderes; e o surgimento e abrangência do controle abstrato de normas. Acredita o autor que essas mudanças retiram o fundamento substancial para a manutenção da competência descrita no art. 52, inciso X da CF/88.⁵⁰

3.2 As mudanças na teoria da separação de poderes

O declínio das monarquias absolutistas do século XVII, decorrente, entre outros fatores, da concentração do poder no monarca, que se confundia com o próprio Estado, reclamava “a postulação de um ordenamento político impessoal, concebido segundo as doutrinas de limitação do poder, mediante as formas liberais de contenção da autoridade e as garantias jurídicas da iniciativa econômica.”⁵¹

Nesse contexto, Montesquieu sistematizou em 1748 na obra *Do Espírito das Leis* a separação de poderes, que representa a maior garantia das liberdades individuais presente no Estado Moderno. Para o pensador francês, em cada Estado existe três poderes

⁴⁹ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. v 1. Rio de Janeiro: Guanabara, 1938. p. 770.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 10. ed. 2015. p. 1136-1139.

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 21. ed. São Paulo: Malheiros. 2014. p. 146.

com distintas funções: o poder legislativo, responsável por elaborar, aperfeiçoar e revogar as leis; o Poder Judiciário, que possui a competência para punir os delitos e resolver os litígios civis; e o poder executivo, o qual exerce as demais funções do Estado.⁵²

Montesquieu⁵³ deposita nessa separação a fonte da liberdade política, existente quando não haja temor recíproco entre os cidadãos e o Estado, afirmando que “uma experiência eterna atesta que todo homem que detém o poder tende a abusar do mesmo”. Ou seja, para evitar o abuso de poder, faz-se necessário que ele possua limites dentro dele próprio.

Paulo Bonavides⁵⁴, analisando o pensamento de Montesquieu, explica como a concentração de poder é nefasta para as liberdades políticas:

Quando uma única pessoa, singular ou coletiva, detém o poder legislativo e o poder executivo, já deixou de haver liberdade, porquanto persiste, segundo Montesquieu, o temor da elaboração de leis tirânicas, sujeitas a uma não menos tirânica aplicação.

Se se trata do poder judiciário, duas consequências deriva o mesmo pensador da nociva conjugação dos poderes numa só pessoa ou órgão. Ambas as consequências importam na destruição da liberdade política. O poder judiciário mais o poder legislativo são iguais ao arbítrio, porque tal soma de poderes faz do juiz legislador, emprestando-lhe poder arbitrário sobre a vida e a liberdade dos cidadãos.

O poder judiciário ao lado do poder legislativo, em mãos de um titular exclusivo, confere ao juiz a força de um opressor. A opressão se manifesta pela ausência ou privação da liberdade política.

No entanto, em seguida, o autor alerta para a crise nas relações entre os poderes tradicionais, fazendo nascer a interferência de novos poderes, como o científico, o partidário, o militar e os grupos de pressão, o que sugere a necessidade de um poder moderador, teoricamente neutro em relação aos interesses envolvidos⁵⁵. Esse quarto poder, segundo Benjamin Constant, deveria ser destinado ao rei,⁵⁶ ante o seu interesse em manter o equilíbrio entre os poderes.

Foi sob a influência da teoria do poder moderador que o Brasil adotou na Constituição do Império a teoria quadripartida da separação de poderes, exercendo o Imperador tanto a função executiva quanto a moderadora dos demais poderes.

⁵² MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.p. 25.

⁵³ Idem, Ibid. p. 25.

⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 21. ed. São Paulo: Malheiros. 2014. p. 149-150.

⁵⁵ Idem, Ibid. p. 155.

⁵⁶ LYNCH, Cyril; EDWARD, Christian. O discurso político monarquiano e a recepção do conceito de poder moderador no Brasil (1822-1824). **Dados-Revista de Ciências Sociais**, 2005, 48.3.

No entanto, a experiência brasileira demonstrou que o ideal proposto por Benjamin Constant de um Poder Moderador neutro e comprometido com a harmonia entre os poderes se transformou em um veículo de arbítrio, o que aniquila a possibilidade de efetivo equilíbrio entre os poderes proporcionador das liberdades políticas almejadas por Montesquieu.

Devido ao fracasso do Poder Moderador, a Constituição Republicana de 1891 adotou a tradicional teoria tripartida da separação de poderes, com a rígida distribuição de funções entre o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, mas, devido à necessidade de garantir a supremacia constitucional, adotou o controle difuso de constitucionalidade de efeitos exclusivamente *inter partes*.

Com o objetivo de garantir a liberdade individual, Montesquieu, ao propor uma estrita divisão de funções entre os poderes estatais, não se preocupou com a eficiência do Estado. Assim, o Estado Liberal elegeu o princípio da separação de poderes como um dos dogmas do Estado Moderno, na qual as três funções estatais eram desempenhadas com exclusividade por cada um dos poderes, sendo utilizado pela burguesia como um mecanismo que, embora limitasse o poder estatal, dificultava a sua democratização, ao enfraquecer o Estado e impedir a sua interferência na vida social, servindo o Estado apenas como “vigilante e conservador das situações estabelecidas pelos indivíduos”.⁵⁷

Foi nesse contexto do liberalismo e do fracasso do Poder Moderador, que a Constituição subsequente, de 1934 conferiu ao Senado Federal a competência para suspender a eficácia das leis declaradas inconstitucionais pelo STF, em um período de ainda forte influência da rígida separação de poderes, sendo inconcebível à época que o STF tivesse a possibilidade de extirpar do ordenamento jurídico uma lei inconstitucional, uma vez que representa o fruto da atividade típica do Poder Legislativo.

Dalmo Dallari⁵⁸, ao criticar o sistema de separação de poderes, afirma que esse jamais ocorreu de forma efetiva, mesmo previsto expressamente na constituição há sempre uma intensa interpenetração, além de nunca ter sido capaz de cumprir o seu propósito de assegurar as liberdades individuais, ante as injustiças criadas pelo liberalismo decorrentes das desigualdades e privilégios ofertados a uma parcela da população detentora do poder econômico.

⁵⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva. 32. ed. 2013. p. 214-217.

⁵⁸ Idem, Ibid. p. 218-219.

Ocorre que, com a passagem do Estado Liberal para o Social desapareceram as ameaças do absolutismo real e as necessidades sociais passaram a ser os novos desafios estatais, o que, segundo Paulo Bonavides⁵⁹, impede um princípio rigoroso de separação ante as responsabilidades adquiridas pelo Estado nessa nova conformação, em que esse princípio “como arma dos conservadores, teve larga aplicação na salvaguarda de interesses individuais privilegiados pela ordem social”, assim, para o autor⁶⁰:

O princípio vale unicamente por técnica distributiva de funções distintas entre órgãos relativamente separados, nunca porém valerá em termos de incomunicabilidade, antes sim de íntima cooperação, harmonia e equilíbrio, sem nenhuma linha que marque separação absoluta ou intransponível.

No mesmo sentido de crítica à estrita tripartição de poderes, Dalmo Dallari⁶¹ defende que “é necessário que se reconheça que o dogma da rígida separação formal está superado, reorganizando-se completamente o Estado, de modo a conciliar a necessidade de eficiência com os princípios democráticos.”

Portanto a teoria da separação de poderes que predominava em 1934 não é mais cabível no contexto da Constituição Federal de 1988, que, dado o seu caráter social exige efetiva garantia de liberdade e democracia nas ações estatais.

Conclui-se que, caso a CF/88 previsse que a decisão do STF que declara uma lei inconstitucional produzisse efeitos gerais independente de qualquer atuação do Poder Legislativo, não haveria ofensa ao princípio da separação de poderes, presente no art. 2º, da própria CF/88, ante a necessidade de dar eficiência à atuação estatal de garantir a substancial aplicação dos seus preceitos.

Frise-se que não se está a concluir pela constitucionalidade da teoria da abstrativização no controle difuso brasileiro, uma vez que há ainda outros aspectos a serem analisados, mas sim tecer uma crítica ao legislador constitucional ao manter o art. 52, inciso X, da CF/88, em um contexto onde não se fazia mais necessário esse instituto.

⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 21. ed. São Paulo: Malheiros. 2014. p. 159.

⁶⁰ Idem, Ibid. p. 158.

⁶¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva. 32. ed. 2013. p. 220.

3.3 A expansão do controle abstrato de constitucionalidade

No controle pela via de ação o ato normativo questionado é analisado de forma abstrata, ou seja, desvinculado de qualquer processo subjetivo, por meio de uma ação específica prevista na Constituição, possuindo eficácia *erga omnes*. Embora nesse sistema o STF atue como *legislador negativo*, não podendo inovar a ordem jurídica,⁶² Paulo Bonavides⁶³ ressalta a agressividade da ação direta, pois, segundo o autor “uma vez declarada inconstitucional, a lei é removida da ordem jurídica com a qual se apresenta incompatível.”

Talvez seja esse radicalismo ressaltado por Paulo Bonavides que tenha retardado a instituição do controle abstrato de normas na ordem jurídica brasileira, ante o dogma da rígida separação de poderes presente na primeira metade do século XX.

Embora tenha a CF/88 mantido a representação interventiva, como pressuposto necessário para a intervenção federal destinada a preservar os princípios constitucionais sensíveis presentes no art. 34, VII, da CF/88⁶⁴, ela operou profundas mudanças no sistema de controle de constitucionalidade, em especial no âmbito do controle abstrato, com a instituição das ações diretas com ampla legitimidade ativa.

Sob a égide da Constituição de 1967/69 a única ação do controle abstrato de normas – a representação interventiva – tinha como legitimado exclusivo o Procurador-Geral da República, o que foi responsável por manter a predominância do controle difuso de constitucionalidade como principal via do controle de legitimidade constitucional dos atos do poder público.

A CF/88 ampliou as ações do controle abstrato de normas, com a previsão inicial da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) a ser instituída por lei específica, além da posterior introdução pela EC 3/93 da ação declaratória de constitucionalidade (ADC).

A ADI passou a ser um importante processo de competência do STF no âmbito da proteção da rigidez constitucional, ao possibilitar que a constitucionalidade de

⁶² BULOS, Uadi Lâmmego. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 237.

⁶³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros. 2015. p. 315.

⁶⁴ Embora mantida na Constituição Federal de 1988, a representação interventiva teve pouca aplicação diante dos demais mecanismos de controle de constitucionalidade, tornando-se, segundo Gilmar Mendes, praticamente obsoleta. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 10. ed. 2015. p. 1104.)

qualquer ato normativo pós-constitucional federal ou estadual seja questionada perante a Suprema Corte⁶⁵, que profere decisão que vincula a todos os juízos e a administração pública desde a sua publicação, extirpando do ordenamento jurídico as normas materiais ou formalmente inconstitucionais. Já a ADC reduziu as possibilidades do controle difuso ao vincular todos os juízos e tribunais a manter a aplicação da lei federal, mesmo diante da arguição incidental de inconstitucionalidade. A ADO, ao lado do Mandado de Injunção, buscou dar efetividade material à Constituição, combatendo as omissões inconstitucionais responsáveis por impedir a concretização dos comandos constitucionais.

Antes da Lei nº 9.882/99, que regulamentou a ADPF, remanescia uma série de questões constitucionais insusceptíveis de serem veiculadas no âmbito da ADI, ADC ou ADO, quais sejam o juízo de recepção da legislação pré-constitucional, controvérsias sobre normas revogadas e compatibilidade do direito municipal frente à Constituição Federal, o que restava à parte alegá-las incidentalmente nos processos subjetivos. No entanto, após a sua regulamentação, a ADPF passou a ser o meio idôneo para os legitimados do art. 103 da CF/88 suscitarem essas controvérsias, o que, segundo Gilmar Mendes⁶⁶ “vem completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no Supremo Tribunal Federal.”

No art. 103 da CF/88 há um extenso rol de legitimados para propor as ações diretas do controle abstrato de normas, o que, aliado às novas modalidades, segundo Gilmar Mendes⁶⁷, denota a vontade do constituinte em “reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente.” O referido autor acredita que a ampliação das ações do controle abstrato e dos seus legitimados foi responsável por reduzir a importância do controle incidental, ao permitir “que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.”⁶⁸

É válido ressaltar que, embora tenha ampliado os legitimados das ações diretas, a CF/88 não previu a possibilidade da arguição popular no âmbito do controle abstrato, o

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros. 2015.p. 340.

⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 10. ed. 2015. p. 1103.

⁶⁷ Idem, Ibid. 1096.

⁶⁸ Idem, Ibid. p. 1096.

que, segundo Paulo Bonavides⁶⁹, “não era dos instrumentos mais adequados a uma defesa direta das liberdades e direitos individuais” Assim, embora esteja correta a afirmação do Gilmar Mendes⁷⁰ de que a CF/88 conferiu ênfase não mais ao sistema difuso mas ao modelo concentrado, o controle incidental permanece com relevância na tutela dos direitos individuais, ainda mais diante da mora dos legitimados das ações diretas.

No entanto, a expansão do controle abstrato de normas na Constituição Federal de 1988 demonstrou que não deve mais subsistir os receios existentes sob a égide das constituições pretéritas quanto ao possível desequilíbrio na separação entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, ao possibilitar que esse cesse a eficácia geral dos atos daquele. Ou seja, o fundamento na necessidade de resguardar a harmonia entre os poderes na manutenção da resolução senatorial prevista no art. 52, inciso X, da CF/88, é afastado, já que a própria Carta Magna destinou ao STF diversos meios de fulminar os atos normativos editados em contrariedade ao texto constitucional.

Nesse sentido, Dirley da Cunha Junior⁷¹ não aceita a distinção da eficácia das decisões do STF no âmbito no controle incidental e no direto, segundo o autor:

[...]no contexto atual, é absolutamente sem sentido, chegando a soar como teratológica a explicação de que, no controle difuso, o Supremo decide *inter partes*, enquanto no controle concentrado decide *erga omnes*. E tudo isso só porque o STF, na primeira hipótese, declara a inconstitucionalidade resolvendo uma questão incidental e, na segunda, declara a mesma inconstitucionalidade solucionando a própria questão principal. Onde está a lógica disso, já que – seja decidindo *incidenter tantum* ou *principaliter tantum* – o órgão prolator da decisão é o mesmo?

Frise-se que o que se encontra obsoleto não é o controle incidental de normas que, como visto, representa importante meio de defesa dos direitos subjetivos, mas a necessidade de manifestação de uma das casas legislativa para que as decisões do STF no controle pela via de exceção alcancem a todos.

⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros. 2015. p. 317.

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 10. ed. 2015. p. 1105.

⁷¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley. O Princípio do “Stare Decisis” e a Decisão do Supremo Tribunal Federal no Controle Difuso de Constitucionalidade. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 283-284.

3.4 A força vinculante dos precedentes do STF

O Código de Processo Civil de 2015, seguindo uma tendência de fortalecer a força dos precedentes judiciais dispôs expressamente no art. 926 que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”, gerando um dever de coerência nas decisões emanadas de um mesmo órgão julgador. Em seguida, o mesmo código consagrou no art. 927 um sistema de precedentes obrigatórios:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Os incisos I e II do art. 927 do CPC/2015 apenas enfatizaram o que o texto constitucional já dispunha- a força vinculante das decisões proferidas via controle concentrado de constitucionalidade e os enunciados de súmulas vinculantes-, o que não deixa de fortalecer a convicção de que o legislador deseja que o entendimento da Suprema Corte em matéria constitucional seja plenamente seguido pelos demais juízos e tribunais.

A Súmula Vinculante, introduzida na ordem constitucional brasileira pela EC n. 45/2004 e prevista no art. 103-A da CF/88, que decorre de decisões tomadas em casos concretos, possibilita que o STF declare a inconstitucionalidade de uma conduta, uma prática ou uma interpretação com efeitos vinculantes e gerais. Embora ela não possa retirar a vigência de uma lei inconstitucional, impede a sua aplicação pelos demais juízos, o que equivale a sustar os seus efeitos, o que acabou por aproximar o ordenamento jurídico brasileiro do sistema norte-americano do *stare decisis*.

Ressalte-se, nesse sentido, a Súmula Vinculante nº 26, que atestou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072/90, determinando que os juízos de execução penal não podem utilizá-la para negar a progressão de regime para condenados por crimes hediondos, o que sedimentou as controvérsias acerca da eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade incidental do mesmo artigo proferida pelo próprio STF no julgamento do HC nº 82.959/SP, em outras palavras, a Suprema Corte contornou

a inércia do Senado Federal em editar a resolução suspendendo a eficácia do art. 2º da Lei nº 8.072/90 ao editar a súmula vinculante nº 26.

Não obstante a ausência no art. 927 do CPC/2015 da previsão como precedentes vinculantes dos julgamentos de recursos extraordinários, típicos instrumentos do controle incidental, quando possuírem repercussão geral reconhecida, o CPC/2015 conferiu-lhe relativa força vinculante em outros dispositivos. É o que prevê o § 5º do art. 988, ao possibilitar o ajuizamento da reclamação constitucional para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, embora condicione ao esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, o CPC/2015 lhe oferece certa obrigatoriedade, uma vez que estende o cabimento da reclamação no caso de não observância da tese fixada em tais julgamentos, sendo esse mecanismo utilizado para preservar a observância dos precedentes obrigatórios.⁷²

Há ainda o art. 1.030, inciso I, alínea a, do CPC/2015 que possibilita a inadmissão pelo presidente ou vice-presidente do tribunal local de recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento em repercussão geral, o que confere ainda mais efeito expansivo às decisões proferidas pelo STF nos processos subjetivos.

Além disso, quando o STF decide pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma incidentalmente e o Senado Federal não edita a resolução prevista no art. 52, inciso X, da CF/88, esse entendimento pode fundamentar que os órgãos fracionários dos tribunais dispensem a necessidade de submeter a questão ao pleno ou ao órgão especial do respectivo tribunal para atender à cláusula de reserva de plenário contida no art. 97 da CF/88. É o que já previa a jurisprudência do STF sob a égide do CPC/1973⁷³, tendo o CPC/2015 sedimentado esse posicionamento no parágrafo único do art. 949.

Essa possibilidade de dispensa da cláusula de reserva de plenário, para Gilmar Mendes⁷⁴ “antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever

⁷² BEZERRA, Beatriz Fernandes. Inadmissibilidade de recurso extraordinário no tribunal de segundo grau baseado em precedentes do STF: recursos cabíveis e afronta ao princípio da ampla defesa. In: **Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação das Decisões no CPC**: estudos em homenagem à Professora Juliana Cristine Diniz Campos / Coordenadoras: Janaina Soares Noleto Castelo Branco; Lara Dourado Mapurunga Pereira. 1. ed. — Fortaleza: Mucuripe, 2018. p. 343.

⁷³ RE 190.728. Min. Ilmar Galvão, DJ de 30-5-1997. AI-AgRg 168.149, rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 4-8-1995.

⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 10. ed. 2015. p. 1136.

de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado”.

Como a decisão proferida pelo STF em controle incidental de constitucionalidade firma um precedente com eficácia de coisa julgada, pelo disposto no § 1º do art. 503 do CPC/2015, segundo Dirley da Cunha Junior⁷⁵ “ela seguramente vinculará todos os demais órgãos do Poder Judiciário”. O referido autor⁷⁶ defende que a nova sistemática processual já acolheu a tese da abstrativização no controle difuso ao dispor:

[...] o novo CPC/2015 colocará um fim a essa discussão, a respeito da necessidade da Resolução do Senado para atribuir efeitos gerais à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF no controle incidental de constitucionalidade. Com o CPC/2015, penso que a decisão do Supremo Tribunal Federal, que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no caso concreto, passará a vincular todos os Juízes e Tribunais, independentemente da Resolução suspensiva do Senado Federal.

No entanto, conforme disposto no art. 927 do CPC/2015, acima transcrito, o legislador poderia ter elencado a declaração de inconstitucionalidade proferida incidentalmente no rol de precedentes vinculantes, o que não o fez. A única conclusão possível diante de tal omissão é que as decisões do STF possuem eficácia expansiva e devem servir de orientação para os demais juízos sob pena das decisões contrárias serem objeto de reclamação constitucional, mas somente com a resolução senatorial prevista no art. 52, inciso X, da CF/88 a norma declarada inconstitucional no controle difuso é extirpada definitivamente do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, observa-se que o entendimento exposto acima de Dirley da Cunha Junior não leva em consideração que o STF pode mudar de entendimento acerca da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade anteriormente declarada em um processo subjetivo que virou um precedente, enquanto após a resolução do Senado Federal a norma declarada inconstitucional não pode mais produzir efeitos, não sendo possível a revogação da resolução. Assim, é prematuro afirmar que a força dos precedentes do STF confere eficácia *erga omnes* às suas decisões no controle difuso.

No entanto, com essa sistemática processual que dispõe de diversos mecanismos para a Suprema Corte impedir a aplicação de dispositivos inconstitucionais, independentemente da atuação do Senado Federal, é possível concluir o art. 52, inciso X,

⁷⁵CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: Juspodvm. p. 296.

⁷⁶ Idem, Ibid. p. 296.

da CF/88 realmente está obsoleto, não possuindo mais as razões para a sua manutenção no contexto brasileiro do século XXI.

4 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

O fenômeno da mutação constitucional pressupõe o distanciamento da norma da realidade social, mas, como se verá, esse não é o único requisito necessário para configurar a legitimidade de tal instituto. Assim, estando demonstrado no item 3 que o art. 52, inciso X, da CF/88 está obsoleto, faz-se necessário passar para a análise dos demais requisitos da mutação constitucional, com o objetivo de averiguar se eles estiveram presentes na ocasião em que o STF acolheu a tese da abstrativização no controle difuso quando do julgamento das ADI's nº 3.470 e 3.406, e, conseqüentemente, concluir se ocorreu ou não uma mutação inconstitucional.

4.1 A mutabilidade constitucional ante a rigidez

A constituição, embora possa tratar de vários aspectos, disciplina a decisão política fundamental do povo o qual ela busca tutelar, devendo conter os *elementos mínimo-irredutíveis*, que consistem nas matérias ligadas à estruturação do poder, às liberdades públicas e aos órgãos do Estado. Diante da essencialidade das matérias por ele tratadas, o texto constitucional deve possuir um mínimo de estabilidade, pois, caso contrário, mudanças impulsionadas por ideias momentâneas poderiam lhe retirar o seu espírito, sendo necessário que as suas alterações sejam fruto de um consenso político.⁷⁷

Nesse sentido está a ideia de rigidez constitucional, que, em suma significa que o processo formal de alteração da constituição é mais difícil do que o da legislação ordinária, o que confere superioridade à norma constitucional. Assim, da rigidez constitucional advém o princípio da supremacia constitucional que coloca a Constituição no vértice do ordenamento jurídico, sujeitando-o aos seus limites e contornos.⁷⁸

Os autores que defendem uma visão positivista da Constituição admitem apenas como legítimas as mudanças formais decorrentes do rito estipulado na própria Carta Magna. No seu entender, quem muda a constituição é o legislador, e não o intérprete⁷⁹, o que acabou por distanciar a regulamentação jurídica da realidade social.

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 159.

⁷⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. Ed. São Paulo: Malheiros. 2010, p. 45.

⁷⁹ Paulo Bonavides não despreza a importância de garantir a evolução da norma constitucional de acordo com a realidade social, de forma a atualizá-la e manter a sua legitimidade, mas alerta para os riscos de uma nova hermenêutica altamente discricionária que fuja do sentido proposto pelo texto escrito da norma, ao

Já a teoria materialista, em suas diversas visões, contesta o normativismo exclusivo⁸⁰, mas também é alvo de críticas, principalmente na sua visão pura, por defender a predominância do fato e do contexto social à norma, estando a Constituição imersa na realidade. Todavia, essa concepção acaba por dar muita discricionariedade aos intérpretes constitucionais, abalando a segurança jurídica. Por isso, os autores contemporâneos tendem a negar as concepções unilaterais e reconhecer que qualquer conceito de Constituição deve conjugar fato e norma, como componentes que se condicionam reciprocamente na formação do fenômeno constitucional.⁸¹

Deve-se reconhecer, inicialmente, que a interpretação não se resume à subsunção mecânica do fato à norma, pois “entre o texto legal e a situação concreta se dá uma relação circular da qual é parte o mesmo intérprete, cuja compreensão da correlação do texto e do caso não é desvinculável do contexto específico em que está inserida.”⁸²

Para ser possível esse diálogo entre o fato e a norma, a visão pós-positivista parte do pressuposto de que a Constituição é um sistema normativo aberto, composto por regras e princípios. Para Canotilho⁸³, um modelo constituído apenas por regras resulta em um sistema jurídico de limitada racionalidade, uma vez que exige uma disciplina legislativa exaustiva e completa, onde não há espaço para complementação e desenvolvimento do sistema constitucional, que necessariamente é um sistema aberto, já um modelo baseado exclusivamente em princípios leva a indeterminação, inexistência de regras precisas, coexistência de princípios conflitantes, dependência do fático e do jurídico, o que, conseqüentemente, conduz a um sistema falho de segurança jurídica.

afirmar que “a interpretação, quando excede os limites razoáveis em que se há de conter, quando cria ou “inventa” *contra legem*, posto que aparentemente ainda aí à sombra da lei, é perniciosa, assim à garantia como à certeza das instituições. Faz-se mister, por conseguinte, ponderar gravemente nas conseqüências que advêm de um irrefletido alargamento do raio de interpretação constitucional, como a observação tornou patente desde que se introduziram métodos desconhecidos na hermenêutica das Constituições.” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros. 2015. p. 495.)

⁸⁰ Luís Roberto Barroso tece fortes críticas à visão normativista, que retira do âmbito do Direito o mundo fático, a filosofia, a ética e os conceitos de justiça. Para o autor, “A norma tem a pretensão de conformar os fatos ao seu mandamento, mas não é imune às resistências que eles podem oferecer, nem aos fatores reais do poder. No caso das mutações constitucionais, é o conteúdo da norma que sofre o efeito da passagem do tempo e das alterações da realidade de fato.” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2017. 163.)

⁸¹ KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e Mutações Constitucionais**: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: atlas. 2009. p. 21.

⁸² ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política**: pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p. 80.

⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina. 1993. p. 168-170.

Para Gilmar Mendes⁸⁴, citando Konrad Hesse⁸⁵, a Constituição não possui a pretensão de ser completa, o que lhe dá a flexibilidade necessária para se desenvolver e manter o seu conteúdo dentro do tempo:

Têm-se, assim, a um só tempo, rigidez e flexibilidade. E, segundo Hesse, o ponto decisivo situa-se, precisamente, na polaridade desses elementos. Não se trata de eleger alternativas, mas de coordenar esses momentos. Concilia-se, assim, estabilidade e desenvolvimento, evitando-se, de um lado, a dissolução da ordem constitucional, e, de outro, o congelamento da ordem jurídica.

Felipe Albuquerque e Juliana Diniz⁸⁶ apontam para necessidade de adequar a hermenêutica jurídica à baixa normatividade dos princípios:

Em verdade, o reconhecimento da existência de normas com estrutura de princípios, caracterizadas pela sua baixa densidade normativa e pela aplicação da técnica da ponderação, sinaliza a necessidade de que o direito seja suficientemente plástico, flexível, para dar conta da pluralidade de pretensões, valores, condutas e eticidades existentes no corpo social. A constituição, assim, para fazer frente à diversidade, precisa ser ela mesma aberta, inclusiva, “principiológica”.

Nesse sentido, a abertura constitucional se apresenta como um fenômeno responsável por inter-relacionar a Constituição atual ao meio cultural e sócio-político, possibilitando que valores, postulados morais e outros direitos até então estranhos possam ter o potencial de influenciar a norma constitucional.⁸⁷

Embora a Constituição deva possuir normatividade, as mudanças sociais ocorrem com tamanha rapidez que a necessidade de modificação formal da Constituição pode deixar certas situações e pessoas à margem da tutela constitucional⁸⁸, sendo necessário a evolução do texto constitucional direcionada pelos valores nela expressos e originados da realidade social.

⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 10. ed. 2015, p. 1042.

⁸⁵ HESSE, Konrad. **Elementos do direito constitucional da República Federal da Alemanha**. 20. ed. Tradução Alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre. Sérgio A. Fabris, Editor, 1988. p. 39. Apud MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 10. ed. 2015, p. 1042.

⁸⁶ CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Nova hermenêutica constitucional e (in)segurança jurídica: características e crítica da virada linguística no interpretar da constituição. **Revista Questio Iuris**, v. 8, p. 774-792, 2015. p.779.

⁸⁷ BRANCO, Carolina Nobre Castello. **A constituição aberta como categoria dogmática**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7283>. Acesso em abr 2018.

⁸⁸ BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 122.

Konrad Hesse⁸⁹ aponta para a necessidade da abertura constitucional à realidade social como forma de dar mais efetividade e normatividade para aos seus comandos ao afirmar que “a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade”

Caso a Constituição escrita se mantenha imune às mudanças sociais, essas aniquilarão a sua força normativa, tornando-a, nas palavras de Ferdinand Lassale⁹⁰, uma Constituição *formal* que não corresponde à Constituição *real*, assim:

[...] onde a Constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a *folha de papel*, sucumbirá necessariamente, perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país.

Com a abertura constitucional, por meio de conceitos abertos e princípios, é possível vislumbrar a harmonia entre a necessidade de previsibilidade das relações sociais, por meio de normas escritas, e a necessidade de mudança decorrente do distanciamento da lei aos fatos no decorrer da evolução social.

Luís Roberto Barroso⁹¹ defende que a mutação constitucional se legitima no equilíbrio entre a rigidez da Constituição e a plasticidade de suas normas, segundo o autor

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 difíceis de reforma.

No entanto, a abertura constitucional confere uma certa liberdade ao intérprete para extrair do texto constitucional uma norma diversa da prevista pelo legislador constitucional, o que pode gerar arbítrios ante a discricionariedade conferida pelo uso indiscriminado dos princípios constitucionais, fazendo-se oportuno analisar os limites desse poder do intérprete de conformar a Constituição com a realidade cambiante.

⁸⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991. p. 24.

⁹⁰ LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição: o que é uma constituição?** 3. Ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995. p. 60.

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 164.

4.2 Os limites da jurisdição

O debate acerca da mutação constitucional por interpretação é também o da legitimidade do intérprete/aplicador da Constituição⁹². Assim, faz-se oportuno analisar os limites da jurisdição constitucional, ante o risco de um sistema jurídico de irrefletida discricionariedade interpretativa.

A Constituição Federal de 1988 adotou, no seu art. 1º, parágrafo único, o valor democrático, ao afirmar que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição. Esse dispositivo consagra a soberania popular, o que conduz à necessidade de haver participação das pessoas na vida política do país.

Ocorre que houve um distanciamento entre os representantes e os representados, tendo esses deixado de se interessar pelas decisões políticas ao não reconhecerem nas ações parlamentares a representação dos seus anseios, ocasionado uma crise no sistema representativo, o que gera “uma crença na capacidade compensatória do Poder Judiciário no papel de concretização dos direitos.”⁹³

As causas para a crise de representatividade são várias e a sua análise foge ao propósito desse estudo, sendo suficiente entender os seus efeitos na abrangência das competências dos tribunais.

Esse fenômeno, segundo Alexandre de Moraes⁹⁴, desenvolve uma séria crise das formas de trabalho, da organização econômica, das relações dos vários setores do capital, do sistema empresarial, do sistema sindical, do papel do Estado no sistema produtivo, o que acaba por ocasionar a crise dos partidos, o engrandecimento dos movimentos sociais e o neocorporativismo. Segundo o autor, tudo isso abre espaço para a atuação de grupos de pressão que objetivam exercer o poder político.

Nesse cenário, os grupos sociais passam a buscar meios de interferir nas decisões políticas, o que nem sempre ocorre de maneira lícita e ordeira. Os *lobbies*⁹⁵, por exemplo,

⁹² LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *et al.* **Política e Jurisdição Constitucional**. Florianópolis: Modelo, 2012. p. 170.

⁹³ CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Nova hermenêutica constitucional e (in)segurança jurídica: características e crítica da virada linguística no interpretar da constituição. **Revista Questio Iuris**, v. 8, 2015. p. 787.

⁹⁴ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**: garantia suprema da constituição. São Paulo: Atlas, 2000. p. 49.

⁹⁵ Lobbying é o processo pelo qual os grupos de pressão buscam participar do processo estatal de tomada de decisões, contribuindo para a elaboração de políticas públicas do país. (OLIVEIRA, Andrea Cristina de Jesus. **Lobby e representação de interesses**: lobistas e seu impacto sobre a representação de interesse no

são atualmente importantes agentes que pressionam as decisões do Parlamento, e que não possuem nenhuma regulamentação. Assim, a lei acaba não representando, muitas vezes, a vontade do povo, ao ser elaborada para atender a interesses exclusivos de uma parcela da sociedade detentora do poder econômico/político, o que fere o valor democrático contido no art.1º, parágrafo único, da CF/88, fazendo-se necessário a atuação do Poder Judiciário para garantir o respeito a tal comando.

Aliado ao distanciamento da população à vida política do país, a atuação do STF se legitima como protetor dos interesses das minorias ao defender os direitos fundamentais, mesmo que seja contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. Assim, a função do STF segundo Luís Roberto Barroso⁹⁶, “é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios - não de política - e de razão pública- não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas.”

Segundo Paulo Hamilton Siqueira Jr, a atividade proativa do Poder Judiciário coaduna com o Estado Social presente na CF/88, em contraposição à passividade judicial existente no liberalismo. Segundo o autor⁹⁷, “a democracia social exige um órgão independente que tenha como meta a guarda da constituição”, à medida que os princípios e valores previstos na Constituição devem ser antes de tudo concretizados.

Portanto, a Democracia deve ser exercida em conjunto com a proteção do *Estado de Direito*, que limita os seus desvios ao consagrar a supremacia constitucional e o respeito aos direitos e garantias fundamentais. Para garantir o *Estado de Direito* a jurisdição constitucional não pode se ater exclusivamente à função típica do Poder Judiciário de aplicar a lei ao caso concreto, mas deve questionar a sua própria legitimidade à medida que o dogma da soberania popular não pode servir de manto para o desvio do público para o particular que ocorre quando a atividade do parlamento não encontra limites.

Nesse sentido, o STF se apresenta como um órgão político⁹⁸, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei, mas não possui competência para substituir a vontade

Brasil. 2004. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Departamento de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas/SP. 2004. p. 12.)

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Madrid: **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, 2009, 13: 17-32. p. 26.

⁹⁷ SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Jurisdição Constitucional Política**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.60.

⁹⁸ O STF é um órgão político primacialmente na sua função de atender aos anseios da coletividade ao ser competente para concretizar a Constituição Federal de 1988, que é uma carta de alto cunho social. Paulo Bonavides admite que do ponto de vista formal o Judiciário, como órgão responsável pelo controle de

governamental, apenas podendo corrigir e delimitar os seus contornos. A judicialização da política, para Felipe Albuquerque⁹⁹:

[...]é uma conseqüência da supremacia da constituição (que colocou os três poderes, a priori, numa mesma hierarquia e abaixo dos ditames do constituinte) e do controle da constitucionalidade, possibilitando a interferência do Judiciário em questões, que, historicamente, não lhe pertenciam. Isso se dá pela legitimação do seu papel de guardião dos direitos constitucionais fundamentais.

No entanto, para o referido autor, a judicialização da política não transfere ao judiciário funções próprias de outros poderes, mas requer “uma atitude mais ativa, um redesenho de seu papel em razão da própria estrutura social e constitucional”.¹⁰⁰

O STF, ao declarar a nulidade de uma lei, entra em confronto com a soberania da maioria legislativa, pondo-se em cheque a sua legitimidade, que não decorre à primeira vista da vontade popular.¹⁰¹ No entanto, a jurisdição constitucional retira fundamento de validade na própria Constituição, ao ser instituída por ela, o que lhe confere poder para neutralizar ações do Poder Legislativo que a contrariem, visto ser esse um poder constituído. Assim, a atuação do Poder Judiciário visa impedir o desvirtuamento das manifestações parlamentares que desrespeitam a vontade popular, consubstanciada no texto constitucional.

A nova hermenêutica constitucional aparece como um instrumento capaz de ressignificar a delimitação entre a função jurisdicional e a legiferante, à medida que atribui ao Poder Judiciário aptidão para, interpretando as suas próprias competências, “ser detentor de uma tarefa mais ativa na conformação dos interesses sociais em torno dos conteúdos normativos constitucionalmente protegidos.”¹⁰²

A moderna jurisdição constitucional se legitima nessa necessidade de complementaridade entre Democracia e Estado de Direito; na composição dos Tribunais

constitucionalidade, realiza um controle judicial, mas do ponto de vista material trata-se de um controle político, à medida que não é possível determinar com exatidão o que se entende por temas políticos. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros. 2015. p.325)

⁹⁹ ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política**: pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p.96.

¹⁰⁰ Idem, Ibid. p. 99.

¹⁰¹ CUNHA JUNIOR. Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**: teoria e prática. 9. ed. Salvador: Juspodvm. 2017. p. 38.

¹⁰² CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Nova hermenêutica constitucional e (in)segurança jurídica: características e crítica da virada linguística no interpretar da constituição. **Revista Questio Iuris**, v. 8, 2015. p. 786.

Constitucionais por meio da atuação do Parlamento e do Executivo na escolha dos seus membros; e na fundamentação, publicidade e aceitação popular das suas decisões.¹⁰³

Nesse sentido, Alexandre de Moraes¹⁰⁴ conclui que:

A legitimidade da Justiça constitucional consubstancia-se, portanto, na necessidade de exigir-se que o poder público, em todas as suas áreas, seja na distribuição da Justiça, seja na atuação do Parlamento ou na gerência da *res pública*, pautar-se pelo respeito aos princípios, objetivos e direitos fundamentais consagrados em um texto constitucional, sob pena de flagrante inconstitucionalidade de suas condutas e perda da própria legitimidade popular de seus cargos e mandatos políticos pelo ferimento ao Estado de Direito.

Ocorre que, nesse cenário de abrangência das funções do STF há ainda atos que, dado o seu caráter político, caso não interfiram em direitos individuais estão fora desse âmbito de competências.¹⁰⁵ Afastando os inúmeros conceitos e classificações dos atos políticos, as ações relativas às relações entre os poderes do Estado estão tradicionalmente nesse rol de questões políticas que estão excluídas da possibilidade de haver apreciação judicial.¹⁰⁶

Felipe Albuquerque¹⁰⁷ elenca como um dos critérios hábeis para classificar uma questão como política a análise se a Constituição a define como uma competência privativa do poder Legislativo ou do Executivo, caso positivo, tal questão não poderá ser examinada pelo Judiciário. Observe que o *caput* do art. 52 da CF/88 determina que “Compete privativamente ao Senado Federal”. Assim, é possível concluir que os atos descritos nos incisos do art. 52 da CF/88, se realizados nos moldes prescritos na Constituição, não podem ser revistos pelo STF.

Tanto é assim, que tradicionalmente a doutrina e a jurisprudência entendiam que a resolução do Senado Federal que suspende a eficácia de uma lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF é um ato discricionário dessa casa legislativa, não incorrendo em omissão inconstitucional a sua inércia.¹⁰⁸ Portanto, é necessário cautela na análise dos argumentos do Gilmar Mendes que defendem a mutação constitucional do art. 52, inciso X, da CF/88 para dar eficácia geral às decisões do STF no controle difuso, pois se antes o Senado não era obrigado a suspender a eficácia da lei

¹⁰³ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**: garantia suprema da constituição. São Paulo: Atlas, 2000. p. 67.

¹⁰⁴ Idem, Ibid. p. 76.

¹⁰⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros. 2015.p. 332.

¹⁰⁶ ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política**: pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p. 114.

¹⁰⁷ Idem, Ibid. p. 155.

¹⁰⁸ BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 229.

declarada inconstitucional pelo STF, não haveria sentido aceitar que possui agora a função de apenas dar publicidade à decisão que já nasce com efeitos *erga omnes*.

Em suma, entre outros fundamentos, a jurisdição constitucional se legitima para dar coercibilidade ao texto constitucional, sujeitando a atividade legiferante e administrativa aos princípios constitucionais e impedindo o seu desvirtuamento para fins diversos do social.

Entendidos os fundamentos da jurisdição constitucional é possível concluir que o STF deve atuar na extrema medida das razões para as suas competências, ou seja, sendo a função de proteger a Constituição o que lhe confere poder para exercer o controle de constitucionalidade das leis, não haveria sentido que essa corte pudesse retirar a validade de uma lei com fundamento outro qualquer que não a sua contrariedade ao texto constitucional, mesmo que a referida lei seja inconveniente ou inoportuna para os conceitos da Suprema Corte.

Assim, qualquer decisão que limite as ações legislativas – o exercício da soberania popular- deve guardar fundamentação dentro do Texto Constitucional, sob pena de não apenas tutelar a vontade do povo, mas suprimi-la por meio de decisões políticas carentes de fundamentação lógica dentro do texto escrito.

4.3 Os mecanismos de alteração constitucional

Uma nova Constituição inaugura uma ordem jurídica ao proteger os valores já inerentes à sociedade no momento de sua criação e prever objetivos e metas a serem seguidos em prol da sua efetivação. Portanto, ao discriminar a estruturação do Estado e os direitos e garantias fundamentais, o texto constitucional deve se manter firme diante dos anseios passageiros da sociedade, que muitas vezes é manipulada por sentimentos coletivos, como a insegurança, mas estar aberto a adaptações decorrentes de mudanças estruturais na sociedade.

Segundo José Afonso da Silva¹⁰⁹, a Constituição possui em seu corpo as denominadas *normas de estabilização constitucional* que fornecem mecanismos assecuratórios dos princípios que a inspiram e da sua durabilidade, premunindo os meios e técnicas contra a sua alteração e infringência. Dentre esses mecanismos está a rigidez constitucional, as cláusulas pétreas e a jurisdição constitucional.

¹⁰⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 45.

Em contrapartida, há *mecanismos de alteração constitucional*, que são responsáveis ou por alterar a constituição, por meio de emendas, ou por mudar o alcance e sentido das normas escritas, sem alteração de texto, por meio da mutação constitucional.

Nesse contexto, Wellington Márcio Kubliskas¹¹⁰ sintetiza os mecanismos de alteração constitucional aplicáveis à Constituição Federal de 1988:

A Constituição Federal de 1988 está submetida, basicamente, a dois mecanismos legítimos de alteração: a *reforma constitucional*, que é o mecanismo formal de alteração do texto máximo, cujas modalidades são a *revisão constitucional* e *as emendas constitucionais*; e a *mutação constitucional*, que é o conjunto das modificações informais, representada pela interpretação- administrativa, legislativa e judicial-, pelos costumes e pelas demais formas anômalas de alteração do significado, do sentido e do alcance das normas constitucionais.

Para o referido autor, a mutabilidade constitucional, respeitados os seus limites, possui, entre outras funções: a) a correção de erros e a introdução de melhorias no texto constitucional, com o intuito de garantir a sua aplicabilidade; b) a possibilidade de atualização da Constituição à realidade socioeconômica e política; c) integração e legitimação da Constituição para a comunidade atual; d) garantia da permanência e estabilidade da Constituição, pois, segundo o autor, a imutabilidade constitucional pode ocasionar a ruptura com a ordem estabelecida em momentos de grave tensão entre a norma e a realidade.¹¹¹

Nesse sentido, é válido lembrar que o poder de reforma é um poder constituído, limitado pelo poder constituinte originário, o qual lhe confere fundamento. Caso fosse necessário o poder constituinte originário sempre que se pretendesse alterar a Constituição, haveria uma quebra de continuidade jurídica, uma vez que este é ilimitado e incondicionado juridicamente, além de ser um poder político.¹¹²

Ocorre que as mutações constitucionais não podem retirar fundamento de validade no Poder Constituinte Originário, uma vez que esse presta a instalar uma nova constituição, e nem tampouco no Poder Constituinte Derivado, pois as mutações constitucionais não são aptas a alterar o texto constitucional e nem estabelecer uma constituição estadual.

¹¹⁰ KUBLISKAS, Wellington Márcio. **Emendas e Mutações Constitucionais**: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: atlas. 2009. p. 163

¹¹¹ Idem, Ibid. p. 36

¹¹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros. 2015. p.148.

A doutrina passou então a fundamentar o fenômeno da mutação constitucional no chamado *Poder Constituinte Difuso*¹¹³, entendendo ser esse um poder latente que altera de modo informal a constituição; inorgânico, pois é exercido por todos aqueles que interpretam o texto constitucional; informal, ou seja, sem revisões ou emendas; e espontâneo, tendo como finalidade complementar o texto escrito dentro de limites impostos pela própria Constituição.

Para Anna Cândida da Cunha Ferraz¹¹⁴, o Poder Constituinte Difuso possui fundamento na própria Constituição, ainda que implicitamente, e possui a função de completar a Constituição nos chamados *vazios constitucionais* por meio da interpretação.

Dessa forma, o Poder Constituinte Difuso, ao fundamentar a mutação constitucional, confere legitimidade e poder aos intérpretes da Constituição para determinar os seus contornos, ante a impossibilidade de haver uma previsão exaustiva pelo legislador constitucional de todas as situações passíveis de incidência. Assim, é necessário analisar o conceito e limites da mutação constitucional, sob pena de outorgar ao intérprete constitucional a própria função legiferante.

4.3.1 O conceito de mutação constitucional

A mutação constitucional é o fenômeno involuntário pelo qual as normas constitucionais sofrem alteração de sentido, significado e alcance sem alteração do texto constitucional pelo processo formal previsto na Constituição. Segundo Uadi Lâmmego Bulos¹¹⁵, a mutação constitucional, por derivar do poder constituinte difuso apresenta as mesmas características deste, logo é um fenômeno latente, permanente, informal e contínuo.

A necessidade dessa reforma informal da Constituição advém da mudança contínua da sociedade, que se vê diante de inovações científicas, políticas e econômicas, o que acaba por alterar os seus valores, distanciando a realidade jurídica da social.

A doutrina alemã foi a primeira a tratar sobre o tema, iniciada por Paul Laband, que distinguiu pela primeira vez a reforma constitucional da mutação constitucional, e seguida por Georg Jellinek, que diferenciou os dois fenômenos no elemento volitivo,

¹¹³ BULOS, Uadi Lâmmego. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 434.

¹¹⁴ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos Informais de mudança da constituição**. 2. ed. Osasco: Edifício. 2015. p.10.

¹¹⁵ BULOS, Uadi Lâmmego. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 434.

entendendo estar presente na reforma constitucional e inexistente na mutação constitucional.¹¹⁶ Esse entendimento consagrava o conceito amplo de mutação constitucional, no qual a discrepância entre a Constituição e a realidade era o requisito necessário para legitimar a mutação constitucional. Sob essa perspectiva, como o art. 52, inciso X, da CF/88 está obsoleto, seria legítimo a mutação constitucional operada pelo STF.

No entanto, criticando o conceito amplo, por negar a força normativa e a rigidez constitucional, autores como Anna Candida da Cunha Ferraz¹¹⁷, passaram a adotar um conceito restrito de mutação constitucional, entendida como não apenas o distanciamento da Constituição com a realidade, mas quando essa discrepância se dá dentro de limites impostos pelo próprio texto constitucional, pois, caso essa mudança de sentido das normas constitucionais contrarie princípios estruturais da constituição haverá uma verdadeira realidade constitucional inconstitucional, segundo J.J Gomes Canotilho.¹¹⁸

Ou seja, a mutação constitucional do art. 52, inciso X, da CF/88 é limitada pela própria Constituição, não podendo ofender o espírito da Carta Magna, pois, embora as normas constitucionais permitam uma maior abertura para a complementação do intérprete, elas possuem normatividade, e, portanto, gozam de obrigatoriedade.

Sintetizando os conceitos modernos de mutação constitucional, Wellington Márcio Kubliskas¹¹⁹ elenca como características desse fenômeno: a) informalidade, pois não há a atuação dos mecanismos de reforma constitucional formalmente previstos para essa finalidade; b) pluralidade de agentes, diante da possibilidade de atuação tanto de agentes estatais quanto da sociedade civil; c) distanciamento no tempo, uma vez que geralmente é um processo lento de transição do sentido das normas constitucionais, contudo, não é afastada a possibilidade de ocorrer de forma radical; d) manutenção do texto, alterando-se apenas a norma constitucional; e) sujeição a limites, podendo apenas desenvolver, atualizar ou complementar as normas constitucionais escritas, e nunca contrariá-las.

¹¹⁶ JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1991. p.7.

¹¹⁷ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos Informais de mudança da constituição**. 2. ed. Osasco: Edifio. 2015. p.10.

¹¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4. Ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1192

¹¹⁹ KUBLISKAS, Wellington Márcio. **Emendas e Mutações Constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: atlas. 2009. p. 81.

Nesse sentido, o fenômeno da mutação constitucional apresenta-se como um remédio ao conflito existente entre a necessidade de garantir estabilidade à Constituição em prol da segurança jurídica, e os anseios de aproximação entre o texto constitucional e a realidade social, uma vez que é um processo geralmente lento, espontâneo e fruto da atuação de toda a sociedade, o que permite mudanças decorrentes de um amadurecimento político e não de sentimentos passageiros.

4.3.2 Os limites da mutação constitucional

Para Uadi Lâmmego Bulos¹²⁰, a única limitação possível ao fenômeno da mutação constitucional, dado o seu caráter involuntário, seria de natureza subjetiva, ou seja, para esse autor a consciência do intérprete em não extrapolar a forma prescrita no Texto Constitucional é a única ponderação possível entre a mutação constitucional e a mutação inconstitucional.

Dado o seu alto grau de discricionariedade, a consciência do intérprete como única limitante ao poder constituinte difuso faria letra morta o texto constitucional e toda a doutrina da supremacia constitucional, pois todas as vezes que o intérprete fundamentar a mudança de sentido da norma na mutação constitucional, carecerá de controle, pois tudo estará no subjetivismo do intérprete.

Nesse sentido Paulo Bonavides¹²¹ adverte para os perigos dessa discricionariedade:

Dissolvendo na casuística a lei constitucional, a moderna hermenêutica provoca do mesmo passo uma incerteza ou insegurança manifesta com respeito ao Direito Constitucional, às suas formas, institutos, técnicas e conceitos. Presume-se, com apreensão de todos, que o juiz, investido de poderes decisórios extremamente dilatados, usurpe a função constituinte do povo ou da representação democrática legítima.

Partindo-se da análise da interação entre o *refluxo político* e do *refluxo jurídico*, Canotilho¹²² enfatiza a força que a ideia de *Estado Constitucional Informal* tem ganhado. Para o autor, essa articulação é concretizada nos fenômenos da *des-oficialização*, traduzida no amolecimento da supremacia hierárquica das fontes de direito formal,

¹²⁰ BULOS, Uadi Lâmmego. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 439.

¹²¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 497.

¹²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina. 1993, p 21

sobretudo do Estado; da *des-codificação*, expressa na progressiva dissolução da ideia de *código* como *corpus* coerente e homogêneo, cultural e superior do direito legal; da *des-legalização*, isto é, retirada do direito legal e até de todo o direito formal estadual (*des-regulamentação*) e restituição das áreas por ele ocupadas à autonomia dos sujeitos e dos grupos.

No entanto, Canotilho alerta para a *euforia informalista*, defendendo o autor que esse fenômeno de informalidade da Constituição obedeça a certos requisitos, que, no seu entender, seria o dever de constituir expectativa regulares de comportamento que ganharam profundidade institucional, devem ter conexão imediata com as normas jurídico-constitucionais, devem ter um fundamento de validade jurídica, tendendo os autores a procurá-lo num consenso processual e material, dentro dos limites e das normas e princípios do direito constitucional formal.

Portanto, o referido autor pondera a tendência de informalizar o texto constitucional com a necessidade de se atribuir limites e critérios ao aplicador da norma, enumerando uma série de requisitos à instituição de um *Estado Constitucional Informal*.

A doutrina tradicional negava a possibilidade de haver limites jurídicos à mutação constitucional, dado o seu caráter político. Contudo, Konrad Hesse, seguido por outros autores, passou a defender limites jurídicos nas próprias normas constitucionais escritas.

Para o referido autor¹²³, o reconhecimento e a legitimidade permanente da normatividade constitucional são os objetivos a serem alcançados. Porém, toda mutação constitucional deve acontecer nos limites do texto, pois, de outro modo, teríamos não uma mutação, mas uma *ruptura constitucional*. Assim, é possível ocorrer a mutação constitucional pela via interpretativa, mas o autor rechaça o desvio do texto em cada caso concreto. Portanto, para que essa interpretação seja constitucional deve ter o texto da norma como limite.

Admitir a possibilidade de haver processos informais de mudança constitucional contra a própria constituição brasileira não condiz com a rigidez dessa carta política, enquanto norma suprema da ordem jurídica brasileira.¹²⁴

¹²³ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Trad. Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 170

¹²⁴ LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *et al.* **Política e Jurisdição Constitucional**. Florianópolis: Modelo, 2012. p. 166.

Embora Luís Roberto Barroso¹²⁵ admita que as normas constitucionais devem se adaptar às novas realidades, afirma que “essa capacidade de adaptação não pode desvirtuar o espírito da Constituição”, pois, se o intérprete ultrapassar os limites da mutação constitucional estará violando o poder constituinte e, em consequência, a soberania popular. Segundo o autor¹²⁶:

[...] 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; e 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.

Possuir o Texto Constitucional como limite aparentemente comporta uma afirmação contraditória, pois poderia se entender que toda interpretação deve seguir *ipsis litteris* o texto do dispositivo a ser interpretado, o que, logicamente, aniquilaria a possibilidade de ocorrência do fenômeno da mutação constitucional, já que, com a inalterabilidade do texto não seria possível uma nova interpretação.

Nesse sentido, deve ficar claro que afirmar que a mutação constitucional possui o texto da norma como limite significa que ela não pode contrariar de modo evidente o espírito da Constituição, que deve ser fundamentada nos próprios dispositivos constitucionais interpretados, o que lhe confere racionalidade, além de dever ser legitimada pela opinião da comunidade,¹²⁷ e não simplesmente que a interpretação literal é a única cabível.

4.3.3 A mutabilidade da Constituição Federal de 1988

Por óbvio, o primeiro requisito para a ocorrência da mutação constitucional em um dado ordenamento jurídico é a abertura da sua Constituição. Pelo simples fato da Constituição estar no vértice da pirâmide normativa é possível concluir que ela possui um maior grau de elasticidade se comparado com a legislação ordinária, mas essa não é por

¹²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 164.

¹²⁶ Idem, Ibid. p. 164-165.

¹²⁷ KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e Mutações Constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: atlas. 2009. p. 153.

si só um pressuposto do caráter aberto da Constituição, devendo haver uma análise, entre outros aspectos, quanto à presença de princípios no corpo normativo, a necessidade de harmonização das normas constitucionais na ocorrência de colisão de direitos, a existência de muitas normas de eficácia limitada ou contida e a presença de lacunas normativas.¹²⁸

Analisando a Constituição Federal de 1988 pode-se concluir que ela é uma constituição aberta, que dá espaço para a atuação do intérprete na formação da norma.¹²⁹

Essa elasticidade se deve, entre outros fatores, ao contexto histórico da Constituição Federal de 1988, a qual foi promulgada em um momento de ascensão do *neoconstitucionalismo*¹³⁰, que conferiu à Carta Magna um alto caráter principiológico, e ao fortalecimento da jurisdição constitucional exercida pelo STF, que atua como um intérprete máximo do texto constitucional, o que favorece o ativismo judicial.

Os diversos princípios presentes na CF/88, nas palavras de Felipe Albuquerque e Juliana Diniz¹³¹, “atuam, assim, como “canais” de abertura semântica da constituição à contingência, à plasticidade dos sentidos extraídos do texto das normas constitucionais”.

Tanto é assim, que cada vez mais o STF, como guardião da constituição, delimita e complementa as suas disposições, principalmente no âmbito de concretização dos direitos e garantias fundamentais, interferindo nas políticas públicas em nome de princípios como o da dignidade da pessoa humana, dos direitos sociais, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Além disso, o grau de rigidez constitucional, representado pela dificuldade na alteração formal do texto constitucional, é outro fator que pode impulsionar a proliferação de mutações constitucionais, pois caso o processo legislativo de alteração formal da Constituição for célere é preferível esse mecanismo diante da sua legitimidade popular e

¹²⁸ Idem Ibid. p. 82.

¹²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 174.

¹³⁰ O neoconstitucionalismo ou o novo direito constitucional foi um movimento do pós-positivismo, responsável por mudar os paradigmas do Direito Constitucional, surgido como resposta à insuficiência do positivismo exacerbado da primeira metade do século XX. Nessa concepção, é reconhecida força normativa para a Constituição, a jurisdição constitucional é expandida e uma nova hermenêutica constitucional é responsável por irradiar os princípios e regras constitucionais por todo o ordenamento jurídico. O Brasil adotou esse modelo após a Constituição Federal de 1988. (BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Boletim de Direito Administrativo [recurso eletrônico], São Paulo, v. 23, n. 1, p. 20-49, jan. 2007. Disponível em: <http://dspace/xmlui/bitstream/item/7404/geicIC_FRM_0000_pdf.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30 ago. 2013.)

¹³¹ CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Nova hermenêutica constitucional e (in)segurança jurídica: características e crítica da virada linguística no interpretar da constituição. **Revista Questio Iuris**, v. 8, 2015. p. 783.

da segurança jurídica trazida pela lei escrita. Assim, quanto menor o número de alterações formais na Constituição, maior é a probabilidade da ocorrência da mutação constitucional.¹³²

Sob esse prisma, observa-se que a Constituição Federal de 1988 já sofreu muitas alterações via emenda constitucional – até o final de 2017 foram 105, contando com as emendas de revisão, o que demonstra o seu baixo grau de rigidez.

Dessa forma, é possível afirmar que embora a CF/88 seja uma constituição rígida, uma vez que o seu art. 60 determina um procedimento de aprovação de uma emenda constitucional mais difícil do que o de uma lei ordinária¹³³, possui um grau de rigidez menor do que outras cartas políticas, como a norte-americana¹³⁴, o que viabiliza o processo de alteração formal do seu texto, via emendas constitucionais.

Em contrapartida, com fundamento na rigidez constitucional, embora em baixo grau, a existência de um mecanismo de controle de constitucionalidade propicia a ocorrência da mutação constitucional por via jurisprudencial, à medida em que atribui aos tribunais poderes para garantir a efetivação de comandos constitucionais, embora enfraqueça as mutações decorrentes de instrumentos normativos.

O Brasil conta atualmente com um sistema de controle de constitucionalidade, tanto na via incidental quanto na direta, o que proporcionou a consolidação de alterações de sentido, força e alcance de normas constitucionais, sem o processo de emenda constitucional, operadas pela atuação do STF.

Portanto, é possível concluir que o espírito da Constituição Federal de 1988 permite a ocorrência do fenômeno da mutação constitucional pelos tribunais, dado o seu caráter aberto e a rigidez constitucional. No entanto, o processo formal de alteração da Constituição, presente no seu art. 60, viabiliza a modificação constitucional pelas

¹³² Para Paulo Bonavides “quanto mais rígida a Constituição, quanto mais dificultosos os obstáculos erguidos a sua reforma, mais avulta a importância da interpretação, mais flexíveis e maleáveis devem ser os seus métodos interpretativos, em ordem a fazer possível uma perfeita acomodação do estatuto básico às exigências do meio político e social”. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 469)

¹³³ Segundo o art. 60 da Constituição Federal de 1988, para a aprovação das Emendas Constitucionais é exigido uma maioria qualificada de três quintos dos votos, após votação em dois turnos na Câmara e no Senado, enquanto para a aprovação de uma lei ordinária é exigido apenas a maioria simples dos votos, após votação em um turno na Câmara e no Senado.

¹³⁴ Segundo o art. V da Constituição dos Estados Unidos de 1789, para haver alteração formal da Constituição dos Estados Unidos deve haver iniciativa de dois terços dos membros da Câmara e do Senado ou pedido de dois terços dos 50 estados, e para a emenda entrar em vigor, necessita que seu texto seja ratificado por três quarto dos estados.

emendas constitucionais, que garantem maior segurança jurídica, dada a sua legitimidade popular.

Assim, pelo menos *a priori*, o art. 52, inciso X, pode sofrer alteração de sentido sem mudança no seu texto para conferir efeitos gerais às decisões do STF no controle difuso, pois está inserido em um diploma normativo que favorece esse fenômeno.

Ocorre que, para autores como Wellington Márcio Kubliskas¹³⁵, os dispositivos constitucionais, entre outros aspectos, podem ser divididos em duas categorias:

[...] os dispositivos abertos e flexíveis são susceptíveis à incidência do fenômeno da mutação constitucional para a adaptação e adequação, dentro dos limites postos, das normas que eles veiculam à realidade cambiante. Os dispositivos redigidos de modo hermético, que não dão qualquer margem de atuação criativa por parte do aplicador, são modificados apenas e tão-somente através de procedimentos de alteração formal- os procedimentos de reforma constitucional.

Assim, faz-se necessário a análise da natureza jurídica do art. 52, inciso X, da CF/88, pois caso se entenda que se trata de um dispositivo constitucional *hermético*, somente seria possível a sua alteração por uma emenda constitucional.

3.3.4 As modalidades de mutação constitucional

Após analisar a aptidão da Constituição Federal de 1988 em sofrer processos de mutação constitucional em geral, faz-se oportuno mudar o objeto de análise para o próprio art. 52, inciso X, com o intuito de concluir pela legitimidade ou não da sua alteração de sentido sem modificação do seu texto.

Entre inúmeras classificações, a doutrina mais recorrente divide os mecanismos de mutação constitucional entre interpretação constitucional e costume constitucional.¹³⁶

Por serem os costumes hierarquicamente inferiores às normas constitucionais escritas, pois são constituídos por poder difuso não expressamente previsto, e, portanto, não são dotados da mesma eficácia das normas constitucionais, devem se sujeitar a elas.

Nesse sentido, o costume *contra constitutionem* é o tipo de costume que se forma mediante práticas e comportamentos nitidamente contrários às normas constitucionais

¹³⁵ KUBLISKAS, Wellington Márcio. **Emendas e Mutações Constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988.** São Paulo: atlas. 2009. p. 166.

¹³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 165.

escritas, tratando-se de uma prática ilegítima, configurando-se em uma situação inconstitucional.¹³⁷

Os demais casos de costume constitucional – costume *secundum constitutionem* e costume *praeter constitutionem* – servem para os casos de normas constitucionais obscuras ou omissas, não se aplicando ao art. 52, inciso X, da CF/88. Ou seja, entre as modalidades de costume constitucional, o único aplicável ao art. 52, inciso X, da CF/88 seria o costume *contra constitutionem*, sendo a sua aplicabilidade rechaçada pela doutrina, o que inviabiliza o uso do costume constitucional para legitimar a mutação da referida norma.

Portanto, para que seja possível a aplicação da teoria da abstrativização no controle difuso na atual conjuntura jurídica é necessária a viabilidade da interpretação constitucional para alterar o sentido e alcance do art. 52, inciso X, da CF/88.

A interpretação constitucional é uma espécie da interpretação jurídica, possuindo peculiaridades decorrentes do seu objeto, o que lhe confere métodos específicos. Nesse sentido, a já apontada elasticidade do texto constitucional decorrente dos seus conceitos abertos e princípios enseja do intérprete maior complementação em relação à interpretação da legislação ordinária.

A interpretação constitucional, mais especificamente a nova hermenêutica constitucional¹³⁸ com seus métodos e princípios, proporciona a mudança de sentido e alcance das normas constitucionais sem alteração de texto¹³⁹ à medida que oferece ao intérprete maior liberdade em conformar o texto escrito com as mudanças sociais. Nesse sentido ocorre a mutação constitucional pela via interpretativa.¹⁴⁰

¹³⁷ Para Anna Cândida da Cunha Ferraz, o costume constitucional não é incompatível com uma constituição rígida, mas ela observa que a ação dos poderes constitucionais ao criarem o costume constitucional é limitada. Assim, não é admissível juridicamente a formação do costume constitucional *contra constitutionem*. (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de mudança da constituição**. 2 ed. Osasco: Edifio. 2015. p.184)

¹³⁸ A Nova Hermenêutica Constitucional trata dos métodos aplicáveis à interpretação de normas principiológicas, que normalmente são normas constitucionais, dada a insuficiência dos métodos interpretativos clássicos. Frise-se que a interpretação gramatical, histórica, sistemática ou teleológica ainda poderá ser utilizada pelo intérprete, desde que conjugados com os métodos e princípios particulares da Nova Hermenêutica. (BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Boletim de Direito Administrativo [recurso eletrônico], São Paulo, v. 23, n. 1, p. 20-49, jan. 2007. Disponível em: <http://dSPACE/xmlui/bitstream/item/7404/geicIC_FRM_0000_pdf.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30 ago. 2013. p.8)

¹³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 468.

¹⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 167.

Segundo Wellington Márcio Kubliskas¹⁴¹, os métodos modernos de interpretação, também conhecidos como nova hermenêutica constitucional, possibilitam maior abertura da Constituição às condições sociopolíticas da realidade, diferenciando-se dos métodos tradicionais na medida em que o foco central da interpretação constitucional deixa de ser a vontade do legislador ou da lei abstratamente considerados e passa a ser a atividade do aplicador da norma constitucional, que, inserido em contexto histórico diferente do constituinte, pode compreender o sentido e a realidade de uma lei constitucional de maneira diversa.

Superada a concepção da separação total entre o fato e norma, a doutrina vem incorporando à interpretação constitucional a concretização, onde não se busca descobrir o sentido de uma norma, mas obtê-la em um processo que envolve interpretação, densificação e posteriormente aplicação a um caso concreto, levando-se em conta a realidade envolvida. Nessa concepção, os fatos passam a integrar a norma constitucional.¹⁴²

Dessa forma, partindo-se da premissa da necessidade de incluir os fatos na construção das normas, as mudanças paulatinas na atuação do Senado no controle difuso decorrente da evolução na doutrina da separação de poderes, além da abrangência das competências da STF como guardião do texto constitucional, poderiam integrar a interpretação dos dispositivos constitucionais que tratam do controle de constitucionalidade pela via de exceção.

Segundo Glauco Barreira Magalhães Filho¹⁴³:

A interpretação da Constituição deve referir os seus princípios aos novos problemas da sociedade, de tal maneira que haja uma concretização continuada. Os princípios textualizados, por sua vez, devem ser interpretados à luz dos valores vivenciados pela comunidade.

J.J Gomes Canotilho¹⁴⁴ defende que “deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais,

¹⁴¹ KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e Mutações Constitucionais**: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: atlas. 2009. p. 111.

¹⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 4. Ed. Coimbra: Almedina, 2000. P. 1164-1165,

¹⁴³ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Curso de Hermenêutica Jurídica**. São Paulo: atlas. 5ª ed. 2015. p. 112.

¹⁴⁴ CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 4. Ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1189.

possibilitem a actualização normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência”

A interpretação constitucional é influenciada pelo caráter político da Constituição. Nesse sentido Paulo Bonavides¹⁴⁵ ensina que:

A força do regime político, enquanto critério interpretativo, se manifesta também com toda a evidência nos casos de interpretação, ab-rogante, isto é, nos casos relativos àquela interpretação que leva a não aplicar uma norma porque já não é conforme aos princípios da matéria ou da estrutura jurídica do Estado.

[...]o Direito Constitucional, sendo o Direito das normas fundamentais, da soberania em seu exercício, de princípios básicos como a liberdade e a igualdade, o Estado de Direito, o Estado Democrático e o Estado Social, é de natureza primacialmente política.

No entanto, embora reconheça o caráter político da Constituição, o referido autor¹⁴⁶ conclui que “não se há de conceder importância extrema ao elemento político de que se acha impregnada a norma constitucional, chegando-se por essa via ao sacrifício da norma”.

O art. 52 da Constituição Federal de 1988 trata das competências do Senado Federal, portanto é uma norma nitidamente política, estando, inclusive, inserida no Título IV que trata “Da Organização dos Poderes”.

Por outro lado, como salientado por Paulo Bonavides, o elemento político não pode sacrificar a norma, assim a realidade fática é um fator que complementa a norma constitucional quando ela permite essa conjugação, não estando apto a substituir uma norma por outra.

A primazia do elemento político sobre os contornos do Texto Constitucional permite que o intérprete parta de concepções já formadas e tente fundamentá-la na subjetividade inerente a tal ferramenta, invertendo as fases do processo de produção da norma, que, ordinariamente, se estrutura da fundamentação para a conclusão, e não o contrário.

No mesmo sentido, Paulo Bonavides¹⁴⁷ entende que os métodos modernos que buscam integrar na norma o aspecto social e, conseqüentemente, dar maior liberdade para a atuação do intérprete ou do juiz transforma o Estado de Direito Clássico em um Estado de Justiça, em que o social acaba com o jurídico e o Direito Constitucional se transforma

¹⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 470-474.

¹⁴⁶ Idem Ibid.

¹⁴⁷ Idem, Ibid. p.488

em uma Sociologia ou Jurisprudência da Constituição, onde “a manipulação dos fins e do sentido faz devesas fácil o tráfego a soluções de conveniência, a conclusões pré-concebidas, a subjetivismos, em que o aspecto jurídico sacrificado cede complacente a solicitações do aspecto político”.

A mutação constitucional do art. 52, inciso X, da CF/88, atende justamente aos interesses institucionais do próprio intérprete, fazendo-se necessário perquirir se os seus defensores, mais especificamente o Ministro Gilmar Mendes, primeiro objetivaram alargar as suas competências e em seguida buscaram fundamentá-la nas mudanças históricas do papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade.

Um dos indicativos para a imparcialidade do STF está nas suas decisões que, em controle de constitucionalidade, afeta os seus interesses políticos¹⁴⁸, como é o caso da abrangência dos efeitos das suas decisões no controle difuso, que alarga as suas competências para além do que a Constituição lhe reservou¹⁴⁹.

Além disso, é válido lembrar a classificação doutrinária que divide as normas constitucionais em princípios e regras, diferenciando as duas na maior abstração das primeiras, embora possuam a mesma hierarquia. Devido à maior indeterminação dos princípios a eles são aplicadas regras de interpretação diferentes das aplicáveis às regras, sendo a ponderação o método adequado para resolver a colisão de princípios, enquanto o conflito de regras se resolve com a invalidade de uma delas.¹⁵⁰

Na ponderação o que irá determinar o princípio aplicável são as circunstâncias do caso, o que evidentemente confere maior discricionariedade ao intérprete se comparado com a aplicação das regras.

Ocorre que não é possível a utilização de princípios mediante a ponderação para os casos em que há uma regra apta a incidir, sendo “uma atitude que afronta a constituição, sob o argumento de efetivá-la”¹⁵¹. Ou seja, a eficácia das decisões do STF em controle difuso é definida na Constituição por uma *regra*, e não por um *princípio*, ante a

¹⁴⁸ ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política**: pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p.81-82.

¹⁴⁹ A Constituição Federal disciplina a repartição de competências do Legislativo, Executivo e Judiciário, estando os poderes do Presidente da República, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal enumerados no texto constitucional, cabendo ao judiciário a competência remanescente. (ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política**: pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p.113).

¹⁵⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 215, 1999. p. 158.

¹⁵¹ CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Nova hermenêutica constitucional e (in)segurança jurídica: características e crítica da virada linguística no interpretar da constituição. **Revista Questio Iuris**, v. 8, 2015. p. 785.

inexistência de caráter principiológico do art. 52, inciso X, da CF/88, o que impossibilita aplicar-lhe a técnica da ponderação para definir os seus contornos.

Segundo Wellington Márcio Kubliskas¹⁵², o art. 52, inciso X, da CF/88 é uma norma hermética, do tipo que não comporta mais de uma interpretação válida condicionada pelo contexto fático envolvido. Para o autor, a interpretação defendida pelos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau extrapolou os limites da mutação constitucional.

Assim, mesmo sendo verificado que a competência do Senado de suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF não condiz mais com os princípios estruturantes do Estado, em especial os contornos da separação de poderes, não é possível que o intérprete deixe de aplicá-la ou reinterprete-a no sentido de adequar o seu texto constitucional à realidade política, pois a norma descrita no art. 52, inciso X, da Constituição Federal não dá margem de discricionariedade ao intérprete, ou seja, embora seja uma norma de cunho político, não comporta a abertura necessária ao uso de tal técnica.

Em suma, o fato de a atuação do Senado Federal no controle de constitucionalidade estar obsoleta não legitima a mutação constitucional pela via interpretativa do art. 52, inciso X, da CF/88.

4.4 A mutação inconstitucional do art. 52, inciso X, da CF/88

Mutações inconstitucionais são os processos informais de violação da carta magna¹⁵³, onde o intérprete fundamenta a alteração de sentido e alcance de uma norma no fenômeno da mutação constitucional, sem que esteja preenchido os seus requisitos e respeitado os seus limites.

A realidade constitucional brasileira, em especial após a judicialização decorrente da redemocratização e da Constituição Federal de 1988, vem sentindo um fortalecimento do Judiciário¹⁵⁴ que paulatinamente passa a exercer uma intensa função política, em especial ao exercer o controle de constitucionalidade. Essa situação alarga as competências do STF, por meio da interpretação das normas constitucionais ou da

¹⁵² KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e Mutações Constitucionais**: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: atlas. 2009. p. 260.

¹⁵³ BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 439.

¹⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Madrid: **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, 2009, 13: 17-32. p. 19.

interpretação das regras emanadas em termos vagos pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo, o que confere larga discricionariedade judicial.¹⁵⁵

Felipe Albuquerque e Juliana Diniz¹⁵⁶ apontam para a falta de uma referência ética que possa orientar essa interpretação, o que confere ambiguidade às decisões judiciais, vistas essas como um *ato de vontade*. Assim, há medida que a nova hermenêutica constitucional permite que o intérprete mude a Constituição, possibilita que ele altere o próprio critério objetivo de justiça, assim, “para realizar o justo se transforma e ressignifica o próprio parâmetro de justiça.”

Para Luís Roberto Barroso¹⁵⁷ o ativismo judicial é uma atitude, uma escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. No entanto o autor adverte que:

[...]havendo manifestação do legislador, existindo lei válida votada pelo Congresso concretizando uma norma constitucional ou dispondo sobre matéria de sua competência, deve o juiz acatá-la e aplicá-la. Ou seja: dentre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular.

Ou seja, até para autores como Luís Roberto Barroso, que adotam a corrente substancialista da atuação judicial, a postura mais ativa do Poder Judiciário ao interpretar um texto constitucional e dele extrair uma norma somente é cabível nos casos de omissão legislativa, o que nos leva a concluir que nos casos em que o legislador, ainda mais o constituinte, prevê expressamente determinada situação, como ocorreu com a atuação do Senado Federal no controle difuso presente no art. 52, inciso X, da CF/88, não cabe ao judiciário se imiscuir na conveniência da norma, e mudá-la com fundamentos políticos.

A Constituição Federal prevê expressamente o Senado Federal como legitimado a conferir efeitos gerais às decisões do STF no controle difuso, ao dispor literalmente no art. 52, inciso X, que “Compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. No entanto, pela corrente aplicada pelo STF no julgamento das ADI’s nº 3.470 e 3.406 a interpretação desse dispositivo levaria ao comando de que “Compete

¹⁵⁵ ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política**: pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p. 76-78.

¹⁵⁶ CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Nova hermenêutica constitucional e (in)segurança jurídica: características e crítica da virada linguística no interpretar da constituição. **Revista Questio Iuris**, v. 8, 2015. p. 789.

¹⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Madrid: **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, 2009, 13: 17-32. p. 31.

privativamente ao Senado Federal dar publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal que declara, no todo ou em parte, uma lei inconstitucional por decisão definitiva.”

Ou seja, um Texto Constitucional seria substituído por outro, enquanto a mutação constitucional se presta a atribuir uma nova norma a um texto que permanece inalterado, configurando, portanto, uma mutação inconstitucional, uma vez que a nova interpretação contrariou a letra e o espírito da Constituição, que, como acima demonstrado, é um limite jurídico à mutação constitucional.¹⁵⁸

A *contrariu sensu* de todos os posicionamentos apontados acerca do conceito de mutação constitucional, o Ministro Eros Grau, em seu voto proferido na Reclamação Constitucional 4.335/AC defendeu a legitimidade de tal fenômeno, afirmando que:

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

Nesse sentido, Lenio Streck, Martonio Mont’Alverne e Marcelo Cattoni, advertem que os votos proferidos pelos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau na Reclamação 4.335/AC, podem representar, equivocadamente, a mutação constitucional como a substituição do poder constituinte pelo Poder Judiciário, para os autores:¹⁵⁹

Agir no limite de um contexto significa obedecer aos ditames do poder constituído, condição existencial do Supremo Tribunal Federal como poder jurisdicional vinculado à Constituição. Esta compreensão, claro, origina-se do simples fato de que os poderes de um Estado estão submetidos a uma mesma vontade política, objetivamente identificada num determinado percurso histórico das sociedades, ou seja, o instante constituinte.

Para Martonio Mont’Alverne (et al)¹⁶⁰, a mutação constitucional do art. 52, inciso X, da CF/88 foi uma verdadeira mutação inconstitucional, pois operaram uma mudança no próprio texto da norma, o que, só poderia ocorrer mediante um processo formal de alteração da constituição segundo as regras do processo legislativo.

¹⁵⁸ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos Informais de mudança da constituição**. 2 ed. Osasco: Edifício. 2015. p. 245.

¹⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. **A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre Controle Difuso: Mutação Constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. p. 4. Disponível em: www.jus.com.br. Acessado em 6 de Abril de 2018.

¹⁶⁰ LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. *et al.* **Política e Jurisdição Constitucional**. Florianópolis: Modelo, 2012. p. 195.

Além disso, há também a confusão entre o modelo difuso e o modelo concentrado, que “além de anular quaisquer diferenças entre as duas formas de jurisdição constitucional, pode ocasionar lesões a direitos fundamentais aquém da lide, em controle concreto, não participe.”¹⁶¹ Ou seja, acolhida a tese da abstrativização no controle difuso, o STF altera a essência do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Uadi Lâmmego Bulos¹⁶² afirma que a *manipulação inconstitucional* de normas constitucionais é um perigoso meio de mutação inconstitucional, que se procede, entre outras formas para legitimar competências inconstitucionais. Para o referido autor o ativismo judicial abusa da interpretação, da construção e da manipulação, propiciando fraudes constitucionais e, não raro, mutações inconstitucionais. Nesse sentido, a interpretação se apresenta como um veículo de arbitrariedades do intérprete.

A tese defendida pelo Gilmar Mendes representa uma verdadeira *mutação inconstitucional*, transformando o Senado Federal em uma espécie de diário oficial do Supremo Tribunal Federal em tais questões¹⁶³.

Esse fenômeno desprestigia o princípio da força normativa da Constituição e compromete a sua estabilidade. Segundo Luís Roberto Barroso¹⁶⁴, a ocorrência de mutações inconstitucionais “em um cenário de normalidade institucional, deverão ser rejeitadas pelos Poderes competentes e pela sociedade. Se assim não ocorrer, cria-se uma situação anômala, em que o fato se sobrepõe ao Direito.”

Dessa forma, resta à opinião pública criticar a atuação do STF ao declarar a mutação constitucional de uma regra de competência, transferindo para si uma função que é constitucionalmente outorgada ao Senado Federal, atendendo unicamente aos interesses institucionais dessa Corte Suprema, que ao invés de cumprir o seu papel de protetora das normas constitucionais incentiva a violação da Carta Magna quando lhe é conveniente.

¹⁶¹ Idem, Ibid. p. 182.

¹⁶² BULOS, Uadi Lâmmego. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 443.

¹⁶³ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre Controle Difuso: Mutação Constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. p. 4. Disponível em: www.jus.com.br. Acessado em 6 de Abril de 2018. p. 49.

¹⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 165.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição, por disciplinar as matérias fundamentais do Estado, principalmente os direitos e as garantias fundamentais, deve vincular primacialmente o poder legiferante ordinário. Assim, a legislação infraconstitucional, por retirar fundamento de validade na Constituição não pode contrariá-la, sob pena de enfraquecer a maior garantia de estabilidade estatal.

O que a CF/88 prevê, em breve síntese, como mecanismos de controle judicial repressivo de normas são a possibilidade do STF analisar a inconstitucionalidade em abstrato de atos normativos mediante provocação dos legitimados ativos do controle concentrado e de todos os juízes e tribunais negarem aplicação a leis inconstitucionais, podendo o Senado Federal, nesses casos, conferir eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF, o que leva à conclusão de que o constituinte originário considerou suficiente esses instrumentos para defender a supremacia constitucional.

Embora parte da doutrina e jurisprudência critique a efetividade de tais mecanismos e defenda que o Judiciário deve possuir uma postura mais ativa na sua função de concretizar os comandos constitucionais, são esses meios previstos no texto constitucional que devem ser observados pelo intérprete constitucional, ante os perigos da subjetividade inerente a tais posicionamentos, que não podem servir de fundamento para que a Constituição seja alterada sem o processo formal de alteração do texto.

O art. 52, inciso X, da CF/88 é um dispositivo *hermético*, o qual o texto não permite uma interpretação que destine ao Senado a função de apenas dar publicidade às decisões definitivas do STF que declaram a inconstitucionalidade de uma lei no controle difuso, uma vez que há a menção expressa do verbo *suspender*, o que leva à conclusão de que a única norma possível de se extrair desse dispositivo é que apenas com a resolução senatorial a lei declarada inconstitucional pelo STF de forma incidental não produzirá mais efeitos fora da relação processual originária.

Inclusive o art. 52, inciso X, da CF/88 dispõe de uma regra de competência e não de um princípio, o que impede a ponderação dessa norma com outras. Assim, embora a necessidade da resolução senatorial para cessar a eficácia de uma lei inconstitucional declarada pelo STF incidentalmente a um processo pareça ferir princípios constitucionais,

como a isonomia, esses não podem afastar ou minimizar a incidência dessa regra, que deve ser aplicada em sua plenitude.

Não se deve ignorar a dissonância do art. 52, inciso X, da CF/88 com o resto do ordenamento jurídico, que a par de manter a eficácia *inter partes* das decisões do STF que declaram a inconstitucionalidade de uma lei incidentalmente, confere competências para a Corte Suprema impedir a aplicação de leis inconstitucionais de diversas formas, como no controle abstrato, nos processos coletivos e na edição de súmulas vinculantes.

Essas e outras hipóteses constitucionalmente previstas de situações na qual um Poder interfere nas funções de outro sem que se configure uma usurpação de competências demonstra que embora tenha a CF/88 adotado o princípio da separação de poderes no art. 2º e elegido ele como cláusula pétrea, não outorgou nenhuma função com exclusividade a um dos Poderes, e sim a predominância no seu desempenho, o que demonstra não mais subsistir na ordem jurídica brasileira o dogma da rígida separação de poderes defendida em 1934 quando surgiu a resolução senatorial no Brasil.

No entanto, diante da natureza de regra hermética do art. 52, inciso X, da CF/88, o fato de ele estar obsoleto não é suficiente para legitimar uma autêntica mutação constitucional pela via interpretativa, pois esse fenômeno possui limites dentro do próprio texto constitucional.

Ao não preencher os demais requisitos da mutação constitucional, mais especificamente a necessidade de a nova norma não contrariar o texto, o STF provocou uma mutação inconstitucional quando acolheu a tese da abstrativização no controle difuso no julgamento das ADI's nº 3407 e 3406.

Qualquer mutação inconstitucional operada ao arpejo do texto e do espírito da Constituição confere mais competências ao STF, que, paulatinamente passa a se comportar como o próprio constituinte originário, pois lhe atribui o poder de alterar qualquer norma constitucional, tratando-se do mais alto grau de ativismo judicial, uma vez que não apenas permite que o Poder Judiciário determine os contornos da legislação ordinária de acordo com os princípios abertos da Constituição, mas possibilita a alteração da própria Constituição, inclusive de dispositivos ditos *herméticos*, com fundamento em um fenômeno que se evidenciou, pela prática constitucional, como de difícil delimitação exata.

Conjugando-se os riscos e perigos inerentes a qualquer mutação inconstitucional, o STF passa ainda a poder suspender a eficácia das leis, com efeitos gerais, independentemente da provocação dos legitimados ativos do controle abstrato

dispostos em rol taxativo no art. 103 da CF/88 ou da atuação do Poder Legislativo, o qual se obriga a permanecer inerte diante da usurpação de suas competências pelo próprio protetor da sua repartição.

Dessa forma, concluindo-se estar obsoleto o papel do Senado no controle difuso brasileiro, o único meio hábil para adequá-lo à realidade social é pelo processo solene de alteração do texto constitucional presente no art. 60 da CF/88, o único a possuir a legitimidade para alterar o verbo suspender, presente no art.52, inciso X, da CF/88, para publicar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política: pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático.** Florianópolis: Conceito Editorial. 2013.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 215, 1999.

BARROS, Sérgio Resende. **Função do Senado no controle de constitucionalidade.** Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/funcao-do-senado-no-controle-de-constitucionalidade.cont>>. Acesso em: abr. 2018

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** Boletim de Direito Administrativo [recurso eletrônico], São Paulo, v. 23, n. 1, p. 20-49, jan. 2007. Disponível em: <http://dSPACE/xmli/bitstream/item/7404/geicIC_FRM_0000_pdf.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30 ago. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Madrid: **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, 2009, 13: 17-32.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das leis.** Rio de Janeiro: Forense, 1965.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 21. ed. São Paulo: Malheiros. 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 30. ed. São Paulo: Malheiros. 2015.

BRANCO, Carolina Nobre Castello. **A constituição aberta como categoria dogmática.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7283>. Acesso em abr. 2018.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional.** 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Nova hermenêutica constitucional e (in)segurança jurídica: características e crítica da virada linguística no interpretar da constituição. **Revista Questio Iuris**, v. 8, 2015. p. 774-792.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 4. Ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina. 1993.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino. **A democratização do Poder Judiciário**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. 9. ed. Salvador: Juspodvm. 2017.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 6. Ed. Salvador: Juspodivm. 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. O Princípio do “Stare Decisis” e a Decisão do Supremo Tribunal Federal no Controle Difuso de Constitucionalidade. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva. 32. ed. 2013

DANTAS, Miguel Calmon. **Competência do Senado Federal do Controle de Constitucionalidade**. Disponível em:
<https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/36198306/Competencia_do_Senado_Federal_no_Control_de_Constitucionalidade_-_SITE_PGE.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1526041103&Signature=RY5%2BPVW51%2FmN0Tllj8Ec5A8lUE%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DCOMPETENCIA_DO_SENADO_FEDERAL_NO_CONTROL.pdf>. Acesso em: 14 maio. 2018.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos Informais de mudança da constituição**. 2 ed. Osasco: Edifio. 2015.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Trad. Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1991.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e Mutações Constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: atlas. 2009.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição: o que é uma constituição?** 3. Ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *et al.* **Política e Jurisdição Constitucional**. Florianópolis: Modelo, 2012.

LYNCH, Cyril; EDWARD, Christian. O discurso político monarquiano e a recepção do conceito de poder moderador no Brasil (1822-1824). **Dados-Revista de Ciências Sociais**, 2005, 48.3.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros. 2010.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Breve História do Controle de Constitucionalidade**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.23836&seo=1>>. Acesso em: 07 maio 2018.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Curso de Hermenêutica Jurídica**. São Paulo: atlas. 5ª ed. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 10. ed. 2015.

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

MIRANDA. Pontes de. **Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. v 1. Rio de Janeiro: Guanabara, 1938

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.p. 25.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas. 2003.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**: garantia suprema da constituição. São Paulo: Atlas, 2000.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras**: 1824. Vol. 1. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

OLIVEIRA, Andrea Cristina de Jesus. **Lobby e representação de interesses**: lobistas e seu impacto sobre a representação de interesse no Brasil. 2004. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Departamento de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas/SP. 2004.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Jurisdição Constitucional Política**. São Paulo: Saraiva. 2017.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre**

Controle Difuso: Mutação Constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. p. 4. Disponível em: www.jus.com.br. Acessado em 6 de Abril de 2018.