



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO**

GUSTAVO PONTES BARROS

**TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO: A MUTAÇÃO
CONSTITUCIONAL E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
NO EXERCÍCIO DO CONTROLE DIFUSO**

**Fortaleza
2023**

GUSTAVO PONTES BARROS

TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO: A MUTAÇÃO
CONSTITUCIONAL E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
NO EXERCÍCIO DO CONTROLE DIFUSO

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito Público da
Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Ceará, como requisito parcial
à obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Área de concentração: Direito
Constitucional.

Orientadora: Profa. Dra. Gretha Leite
Maia

Fortaleza
2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Sistema de Bibliotecas

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

B277t Barros, Gustavo.

Teoria da Abstrativização: Mutação constitucional e o papel do Supremo Tribunal Federal no exercício do controle difuso / Gustavo Barros. – 2022.

58 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2022.

Orientação: Prof. Dr. Gretha Leite Maia.

1. abstrativização. 2. controle de constitucionalidade. 3. mutação constitucional. 4. supremo tribunal federal. I. Título.

CDD 340

GUSTAVO PONTES BARROS

TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO: A MUTAÇÃO
CONSTITUCIONAL E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
NO EXERCÍCIO DO CONTROLE DIFUSO

Monografia apresentada ao Departamento de
Direito Público da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial à obtenção do grau de bacharel em
Direito. Área de concentração: Direito
Constitucional

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Gretha Leite Maia (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profa. Dra. Raquel Coelho de Freitas
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profa. Me. Geórgia Oliveira Araújo
Centro Universitário Christus (UniChristus)

RESUMO

Esta pesquisa pretende contribuir com o estudo crítico da teoria da abstrativização no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da análise pormenorizada das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.406 e 3.470 e dos institutos subjacentes que justificaram a conclusão do julgamento, bem como na discussão da referida tese, seus impactos no controle difuso de constitucionalidade e os fundamentos e críticas a seu respeito. Sob esse viés, registre-se que a abstrativização pode ser conceituada partindo-se do pressuposto de que há no Brasil uma tendência progressiva de estreitamento ou equiparação dos efeitos produzidos nos controles difuso e abstrato, ocasionando a convergência das duas formas de controle. A princípio, discute-se o contexto que suscitou o debate das ADIs em questão, com a análise do RE 971.197 e da Rcl 4.335-5/AC, para só então debruçar-se nas temáticas da mutação constitucional ocorrida no art. 52, inciso X da CF/88 – pilar da argumentação que justifica a tese em discussão -, do controle de constitucionalidade e suas formas de exercício e efeitos, bem como do papel da Suprema Corte e do Senado Federal nesse processo. Nessa perspectiva, mencione-se que o controle difuso, ainda que exercido pelo STF, emana efeitos inter partes e não vinculantes, o que foi controvertido a partir da discussão da tese da abstrativização nessa forma de controle, em razão do que as decisões do STF em sede de controle difuso-incidental passariam a emanar efeitos erga omnes e vinculantes independentemente da resolução senatorial prevista no art. 52, inciso X da CF/88, a qual teria apenas o condão de dar publicidade ao que foi exarado em decisão definitiva pelo STF. Em sequência, vislumbra-se a exposição dos argumentos que corroboram a tese da objetivização do controle difuso por parte da doutrina e dos principais votos dos Ministros do STF nos julgados debatidos neste trabalho, capitaneados principalmente pelo Ministro Gilmar Mendes, para em seguida apresentar os argumentos que denotam a inviabilidade total da tese defendida, com ênfase na defesa do sistema misto de controle e da prevalência de suas características próprias, além de mencionar o conceito de mutação inconstitucional.

Palavras-chave: abstrativização, controle difuso-incidental, mutação constitucional, supremo tribunal federal.

ABSTRACT

The objective of this work is part of the detailed analysis of Direct Actions of Unconstitutionality nº 3,406 and 3,470 and of the underlying institutes that justified the conclusion of the judgment, as well as in the study of the thesis of abstractionization or objectivization of constitutional review in the Brazilian legal system and the foundations and criticisms about it. At first, the context that gave rise to the debate of the DAUs in question is discussed, with the judgment of RE 971.197 and Rcl 4.335-5/AC, and only then to focus on the themes of the constitutional mutation that occurred in art. 52, item X of CF/88 - pillar of the argument that justifies the thesis under discussion -, of constitutional review and its forms of exercise and effects, as well as the role of the Supreme Court and the Federal Senate in this process. In this perspective, it should be mentioned that diffuse control, even if exercised by the STF, emanates inter partes and non-binding effects, which was controversial from the discussion of the abstractionization thesis in this form of control, because of what the decisions of the STF in terms of diffuse-incidental control, they would emanate erga omnes and binding effects regardless of the senatorial resolution provided for in art. 52, item X of CF/88, which would only have the power to publicize what was written in a final decision by the Federal Supreme Court. In sequence, the exposition of the arguments that corroborate the thesis of the objectivization of the diffuse control on the part of the doctrine and the main votes of the Ministers of the STF in the judgments discussed in this work, led mainly by Minister Gilmar Mendes, to then present the arguments that denote the total unfeasibility of the thesis defended, with emphasis on the defense of the mixed system of control and the prevalence of its own characteristics and with the concept of unconstitutional mutation imposing brakes on interpretive manipulations.

Keywords: abstractionization; constitutional review; constitutional mutation, federal supreme court.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AI – Agravo de Instrumento
Cf. – Conferir
CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CN – Congresso Nacional
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
DJ – Diário de Justiça
DOU – Diário Oficial da União
EC – Emenda Constitucional
HC – Habeas Corpus
J. – Julgado em
Min. – Ministro
MP – Ministério Público
MS – Mandado de Segurança
p. – página(s)
Rcl - Reclamação
RE – Recurso Extraordinário
REsp – Recurso Especial
Rel. – Relator
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STF – Supremo Tribunal Federal
TSE – Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA	13
2.1 RE 197.917/SP.....	13
2.2 RCL 4.335/AC	14
2.3 Análise das ADIs 3.406/RJ e 3.470/RJ: a discussão da mutação constitucional do art. 52, inciso X, da CF/88.....	18
3 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL EM ANÁLISE	20
3.1 Conceito	20
3.2 Limites à mutação (in)constitucional	24
4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	27
4.1 A Supremacia da Constituição.....	27
4.2 Noções introdutórias de controle e a invalidade das leis inconstitucionais	29
4.3 Sistemas de Controle de Constitucionalidade: conceito, legitimidade e efeitos.....	31
4.3.1 Controle Concentrado	31
4.3.2 Controle Difuso.....	34
5 AS CORRENTES TRADICIONAL E MODERNA DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	38
5.1 O Papel do Senado no Controle Difuso nos moldes da Teoria Tradicional.	38
5.2 A Teoria da Abstrativização	41
5.3 Críticas à Teoria da Abstrativização	44
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
7 REFERÊNCIA	54

1 INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade é um importante instrumento na verificação da compatibilidade entre os atos normativos e os preceitos previstos na CF. Nesse sentido, a partir da rigidez e do princípio da supremacia da constituição, os quais colocam a Constituição no “vértice” do ordenamento jurídico, nas palavras de José Afonso da Silva, tem-se o exercício do controle na garantia da harmonia jurídica, o qual, a partir da classificação a ser considerada no presente trabalho, pode dividir-se em concentrado-principal e difuso-incidental.

A princípio, mencione-se as características do controle abstrato. Este, por sua vez, pode ser exercido apenas no bojo de ações próprias, a exemplo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), e só poderá ser julgado por um único órgão jurisdicional, a saber, o Supremo Tribunal Federal (STF) em se tratando da Constituição Federal como parâmetro, ou o Tribunal de Justiça, quando a norma for questionada em face da Constituição Estadual. Ademais, destaque-se que tal controle emana efeitos erga omnes e vinculantes, ou seja, produz-se efeito relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, conforme dispõe o art. 102 §2º da CF/88.

Já em se tratando do controle difuso, verifique-se que o seu exercício pode se dar em qualquer ação, de qualquer natureza, desde que a arguição de inconstitucionalidade seja a causa de pedir processual - e não o pedido principal -, ou seja, o controle é questão prejudicial, devendo ser tratado incidentalmente. Ainda, tal controle pode ser exercido por qualquer juízo ou tribunal, respeitando-se, em alguns casos, a cláusula de reserva de plenário do art. 97 da CF/88. Por fim, ressalte-se seus efeitos inter partes e não vinculantes, isto é, impõe-se apenas às partes do processo e não vincula a administração pública e os demais órgãos do Poder Judiciário, diferindo-se do controle abstrato.

Sob esse viés, no julgado das ADIs 3.470 e 3.406, o Supremo Tribunal Federal demonstrou inclinação para um novo entendimento, segundo o qual o controle difuso, quando exercido pela Suprema Corte, emanaria efeitos erga omnes e vinculantes -

características próprias do controle abstrato. Diante disso, indaga-se se houve uma superação da teoria tradicional do controle difuso, na qual se entendia que havia produção de efeitos inter partes e não vinculantes mesmo em se tratando de decisão de mérito do próprio STF, passando-se a adotar a teoria da abstrativização, de concepção moderna, nessa hipótese.

Logo, havendo impugnação da constitucionalidade de lei ou ato normativo a ser julgado pelo plenário da Suprema Corte, ainda que em julgamento de Recurso Extraordinário, isto é, no bojo do exercício do controle difuso, haveria de reconhecer-se efeitos erga omnes e vinculantes, independente da resolução senatorial.

Tal fenômeno teria sido propiciado por uma técnica interpretativa informal chamada mutação constitucional, a partir do que ocorre uma superação no entendimento de determinado dispositivo constitucional sem, contudo, modificar o seu texto. Diante disso, o papel do Senado Federal, previsto no art. 52, inciso X da CF/88, seria apenas o de dar publicidade àquilo que foi decidido pelo STF, mesmo sem ter ocorrido nenhuma alteração legislativa que justificasse essa conclusão, equiparando-se os efeitos do controle difuso e abstrato.

O panorama geral acima esboçado é pequeno resumo de uma questão complexa e salpicada de muitos outros detalhes que lhes são inerentes. Portanto, esse trabalho trata das referidas decisões judiciais, o contexto e o histórico judicial no qual elas ocorreram, bem como os institutos a elas subjacentes.

Diante do exposto, mencione-se que o objetivo geral desse trabalho é a análise das decisões judiciais que suscitaram a discussão acerca da teoria da abstrativização no ordenamento jurídico vigente. No que tange aos objetivos específicos, vislumbra-se analisar o histórico judicial e as decisões judiciais que fundamentaram as discussões ora pautadas e seus efeitos, especialmente as ADIs 3.470 e 3.406; identificar, descrever e fundamentar os institutos jurídicos utilizados na fundamentação e conclusão dos julgados pertinentes, a exemplo do fenômeno da mutação constitucional e das formas de controle no ordenamento pátrio; distinguir o papel do Senado Federal antes e depois da modificação interpretativa e relacionar as teorias tradicional e moderna do controle difuso de constitucionalidade a partir da mutação constitucional do art. 52, inciso X, da CF/88, delineando-se as críticas ventiladas acerca dessa discussão.

Ainda, mencione-se que o critério utilizado para a escolha dos casos analisados – Recurso Extraordinário 197.917, Reclamação 4335 e ADIs 3.406 e 3.470 – se deu a partir da observação da abordagem de aspectos nos quais a abstrativização foi discutida, ainda que de forma tangencial.

A metodologia utilizada nesta pesquisa compreende a pesquisa do tipo bibliográfica por meio da análise de livros, artigos científicos, periódicos, legislação pertinente e decisões judiciais. A pesquisa é pura e de natureza qualitativa com finalidade explicativa e exploratória.

Com a finalidade de instituir uma sequência lógica para o raciocínio formulado, o trabalho foi separado em 5 capítulos. O primeiro capítulo faz uma abordagem introdutória e sucinta acerca do controle de constitucionalidade, da mutação constitucional, do papel do Senado Federal e dos aspectos relevantes à teoria da abstrativização.

Em sequência, o segundo capítulo tece considerações acerca do contexto jurídico no qual se deu o presente debate, a iniciar pelo julgamento do RE 197.917 e da Rcl 4.335, seguindo-se pelas discussões ocorridas no bojo das ADIs 3.406 e 3.470. Disserta-se, ainda, sobre os votos dos Ministros em seus posicionamentos favoráveis ou contrários como forma de estímulo à discussão do tema, especialmente do Ministro Gilmar Mendes, precursor da objetivização do controle difuso na Suprema Corte.

O terceiro capítulo, por sua vez, por meio dos ensinamentos de Konrad Hesse, Uadi Lammêgo Bulos, Gilmar Mendes, Michel Rosenfeld, Jorge Miranda, J.J. Gomes Canotilho, Roberto Eros Grau e outros, procede-se à discussão efetivamente doutrinária do tema, iniciando-se pela conceituação da mutação constitucional como meio informal de mudança da Constituição. Ainda, discute-se os limites a esse processo informal, o qual é evidentemente subjetivo e de difícil definição, o que deve ocorrer considerando o espírito da Constituição e os limites semânticos do texto constitucional, até finalmente debruçar-se sobre o conceito de mutação inconstitucional. Ressalte-se que o conceito de mutação constitucional adotado no presente trabalho é o restrito, levando-se em consideração o espírito da Constituição e os limites semânticos da constituição, e não apenas o distanciamento da norma constitucional em face da realidade social.

Ato contínuo, o quarto capítulo trata do controle de constitucionalidade

propriamente, a iniciar pelo princípio da supremacia da Constituição, pedra angular no estudo dos mecanismos de controle de compatibilidade constitucional dos atos normativos. A partir da conceituação de Canotilho, Alexandre de Moraes, Pedro de Veja, José Afonso da Silva, Kelsen, Marcelo Novelino, José Horácio Meirelles Teixeira, Luis Roberto Barroso, Uadi Lammego Bulos, Gilmar Mendes, Cappelletti e Paulo Bonavides, traça-se as noções introdutórias do controle judicial de constitucionalidade e da teoria da nulidade adotada pela doutrina brasileira, para só então debruçar-se sobre os conceitos, legitimidade e efeitos das formas de controle concentrado-principal e difuso-incidental no Brasil.

Por fim, no quinto capítulo, relaciona-se as correntes tradicional e moderna do controle difuso. Por intermédio dos ensinamentos de, entre tantos outros, Martonio Mont'Alverne Barreto, Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, Nelson Nery Junior, Fredie Didier, Marcelo Novelino, Bulos e Gilmar Mendes, especialmente seu artigo "O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional", discute-se o papel do Senado Federal no exercício do controle difuso-incidental sob a ótica tradicional e moderna, para então discutir as críticas da doutrina à tese da abstrativização ou objetivização do controle difuso no seio de uma suposta mutação constitucional.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

A princípio, note-se que os casos selecionados para debate neste capítulo foram pautados no histórico da discussão da abstrativização nos tribunais brasileiros, isto é, ações e recursos nos quais a abstrativização foi discutida, ainda que mínima ou tangencialmente, como se verá adiante.

2.1 RE 197.917

Em sede de ação civil pública, o MP de São Paulo requereu que se reduzisse o número de vereadores do Município de Mira Estrela, de 11 para 9 membros, o que seria compatível com o texto original previsto no art. 29, IV¹, da CF/88, o qual prevê a proporcionalidade entre a quantidade de vereadores do município e a população.

Naquela ocasião, o MP/SP pedia a devolução dos subsídios indevidamente pagos e a declaração incidental da inconstitucionalidade da lei, visualizando-se o exercício do controle difuso, com efeitos inter partes e retroativos, naturalmente.

Todavia, em respeito aos princípios da segurança jurídica, da confiança, da ética jurídica e da boa-fé, o STF, no julgamento do RE 197.917², declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Orgânica nº 226, do Município de Mira Estrela, mas entendeu por mitigar os efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade incidental e determinou que a aludida decisão só atingiria a próxima legislatura, emanando efeitos *pro futuro*. Foi o entendimento da Suprema Corte:

“situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos ex tunc, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade, valendo apenas para as eleições seguintes” (se os efeitos fossem normais, toda a atuação do parlamento anterior à decisão, que atuou com 11 e o correto seriam 9 vereadores, estaria comprometida) (cf. RE 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 06.06.2002, Pleno, DJ de 07.05.2004)

¹ A redação original do art. 29, IV, “a”, antes da redação dada pela EC n. 58/2009, prescrevia que o número de Vereadores, proporcional à população do Município, deveria observar os seguintes limites nos Municípios de até um milhão de habitantes: mínimo de 9 e máximo de 21. Como se percebe, havia uma abertura muito grande, diferente do que se observa na atual redação

² RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 07/05/2004.

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>> Acesso em: 24 out de 2022.

No referido RE, verifica-se que, apesar de se reconhecer que os efeitos normais seriam *ex tunc*, o STF, por prevalência do interesse público, determinou que a decisão teria eficácia apenas na legislatura seguinte, *pro futuro*, reconhecendo-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. Destaque-se, ainda, as ponderações do Ministro Maurício Corrêa neste julgado, segundo o qual:

“... a declaração de nulidade com os ordinários efeitos *ex tunc* da composição da Câmara representaria um verdadeiro caos quanto à validade, não apenas, em parte, das eleições já realizadas, mas dos atos legislativos praticados por esse órgão sob o manto presuntivo da legitimidade. Nessa situação específica, tenho presente excepcionalidade tal a justificar que a presente decisão prevaleça tão somente para as legislaturas futuras, assegurando-se a prevalência, no caso, do sistema até então vigente em nome da segurança jurídica...”³

Ato contínuo, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) editou a Resolução nº 21.702/2004, a qual concedeu efeito vinculante à decisão prolatada no bojo do RE 197.917 para os demais municípios. Nesse diapasão, o ato normativo foi objeto das ADIs 3.345 e 3.365, as quais, a partir do princípio da força normativa da Constituição, foram julgadas improcedentes pelo STF.

Ante o exposto, verifica-se a inovação legislativa: no julgado em comento, foi reconhecida a legitimidade da aplicação da modulação temporal de efeitos das decisões do STF proferidas em controle incidental, a qual era prevista apenas para o controle abstrato no art. 27 da Lei nº 9.868/99. Nesse momento, vislumbra-se um resquício da possível futura equalização dos efeitos dos controles difuso e concentrado, a denominar-se abstrativização ou subjetivização do controle concreto.

2.2 RCL 4.335/AC

Em ocasião posterior, no julgamento do HC 82.959/SP⁴, o Supremo declarou,

³ Cf. RE 197.917/SP — Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 06.06.2002, Pleno; DJ de 07.05.2004, p. 8 (“EMENTA: ... 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de “nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade”). Cf., ainda, trazendo vários exemplos de “modulação de efeitos da decisão”, a densidade do voto do Min. Gilmar Mendes.

⁴ HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.02.2006, Plenário, DJ de 1.º.09.2006
Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206> Acesso: 26 out 2022.

incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º da Lei nº 8.072, o qual estabelecia a vedação à progressão de regime prisional às pessoas submetidas à condenação pela prática de crime hediondo. Naquela ocasião, entendeu-se que a referida vedação era incompatível com a garantia constitucional da individualização da pena (art 5º, XLVI da CF/88).

Frise-se mais uma vez que, nesse tipo de controle, é produzido efeitos inter partes e vinculantes, via de regra. Desse modo, no Acre, um juiz da Vara de Execuções Penais, fundamentando que a Lei ainda está em vigência, negou a progressão de regime para condenados por crimes hediondos, ao aplicar o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, vez 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, como ocorre no controle concreto.

O juiz de direito da Vara de Execuções Penais, após indeferir o pedido da DPU, afixou, nas dependências do fórum, aviso do seguinte teor⁵:

“Comunico aos senhores reeducandos, familiares, advogados e comunidade em geral que a recente decisão Plenária do Supremo Tribunal Federal proferida nos autos do ‘Habeas Corpus’ n. 82.959, a qual declarou a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos que vedava a progressão de regime prisional (art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90), somente terá eficácia a favor de todos os condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados que estejam cumprindo pena, a partir da expedição, pelo Senado Federal, de Resolução suspendendo a eficácia do dispositivo de lei declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal”

Ato contínuo, a Defensoria Pública da União (DPU), sob alegação de que o juiz descumpriu a decisão da Suprema Corte no HC supra, ajuizou a Reclamação nº 4.335/AC⁶, de modo que se pudesse aplicar a decisão do STF no bojo do HC 82.959/SP a todos os condenados, ainda que sem a resolução do Senado Federal.

Nesse caso, novamente, o STF estaria diante de um embate cuja discussão principal é a adoção ou rejeição da teoria da abstrativização pela Suprema Corte, haja

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva. 10. ed. 2021. p. 2579.

⁶ Rcl. Nº 4335/AC, Rel Min. Gilmar Ferreira Mendes, DJ de 22/10/2014 < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101> > Acesso em: 24 de outubro de 2022.

vista que, se a reclamação fosse julgada procedente, restaria entendido que a decisão prolatada em sede de controle difuso, no HC 82.959/SP, teria os mesmos efeitos daquela exarada em sede de controle abstrato, equalizando-se os efeitos das duas formas de controle.

Nesse diapasão, porém, cristalizou-se a súmula vinculante nº 26, em 16/12/2009, com efeito erga omnes e vinculante, a qual dispunha que o art. 2º da Lei de Crimes Hediondos é inconstitucional, a partir do que se deve observar os requisitos objetivos e subjetivos para se conceder a liberdade provisória, podendo ser realizado, inclusive, exame criminológico. Nesse sentido:

“Súmula Vinculante nº 26: para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2.º da Lei n. 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”

Sob esse viés, a súmula referida dispensou o STF de decidir, naquele momento, acerca da abstrativização. Desse modo, em 2014, a Reclamação foi julgada procedente, mas não por afronta à decisão proferida no HC, mas pela contrariedade à súmula vinculante de nº 26. No caso, optou-se pela interpretação de que não houve mutação constitucional no art. 52, X, da CF/88 e de que não se adotou a teoria da abstrativização pela Suprema Corte.

Nessa linha, em seu voto, vencido, no julgamento da Rcl 4.335, o Ministro Gilmar Mendes mostrou seu nítido interesse em aproximar os efeitos dos controles difuso e concentrado, o que seria reafirmado no superveniente julgamento das ADIs 3.406/RJ e 3.470/RJ, aumentando o papel da Suprema Corte e reduzindo o papel do Senado Federal, de modo a reforçar seu posicionamento favorável em termos de “abstrativização” do controle difuso e de consagração da tese da transcendência da ratio decidendi. É o que afirma:

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

geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. (...) Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (...) Portanto, a não publicação, pelo Senado Federal, de Resolução que, nos termos do art. 52, X, da Constituição, suspenderia a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia jurídica” (fls. 55-56 do acórdão).

No julgamento da referida reclamação, 2 Ministros, Gilmar Mendes e Eros Grau, sustentaram, no caso concreto da Rcl 4.335, a partir do julgamento do referido HC, mesmo sem a edição da súmula vinculante, o efeito transcendente e erga omnes da decisão (tese da mutação constitucional do art. 52, X). Por sua vez, Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio não admitiam a mutação constitucional e, assim, para o efeito erga omnes, exigindo a necessidade de resolução do Senado Federal ou a edição de súmula vinculante.

Como esses 4 concordavam com a tese da inconstitucionalidade do regime fechado, não conheceram da reclamação, mas concederam habeas corpus de ofício. Com o voto-vista do Min. Teori Zavascki, devolvido em 20.03.2014, acompanhado pelos Mins. Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello, no julgamento da referida Rcl 4.335-AC, esses outros 4 Ministros julgaram procedente a reclamação não em razão da tese da abstrativização, mas diante da existência de fato superveniente (art. 462 do CPC/73, correspondente ao art. 493 do CPC/2015), qual seja, a súmula vinculante nº 26.

Ressalte-se que o Min. Teori Zavascki, apesar de admitir uma inegável expansividade das decisões do STF, ainda que no bojo de demandas individuais, entendeu que tal premissa não seria suficiente para fundamentar o cabimento da reclamação com base no art. 102, I, “I”, da CF, sob pena de transformar a Corte em órgão recursal. Assim, sustenta-se uma necessária interpretação estrita dessa competência, sob pena de se caracterizar acesso per saltum à Suprema Corte e combatida supressão de instância, transformando-se o STF em verdadeira Corte Executiva. Vejamos:

“O mesmo sentido restritivo há de ser conferido à norma de competência sobre cabimento de reclamação. É que, considerando o vastíssimo elenco de decisões da Corte Suprema com eficácia expansiva, e a tendência de universalização dessa eficácia, a admissão incondicional de reclamação em caso de descumprimento de qualquer delas, transformará o Supremo

Tribunal Federal em verdadeira Corte executiva, suprimindo instâncias locais e atraindo competências próprias das instâncias ordinárias. Em outras palavras, 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. Por outro lado, conforme ficou decidido na Reclamação (AgRg) 16.038 (Min. Celso de Mello, 2.^a T., j. 22.10.2013) 'o remédio constitucional da reclamação não pode ser utilizado como um (inadmissível) atalho processual destinado a permitir, por razões de caráter meramente pragmático, a submissão imediata do litígio ao exame direto do Supremo Tribunal Federal'" (fls. 168 do acórdão).

Muito embora o STF tenha, por maioria de 6 x 4, conhecido e julgado procedente a referida Rcl 4.335, entre esses 6 Ministros (no sentido de procedência da reclamação), apenas os Mins. Gilmar Mendes e Eros Grau fundamentaram com base na tese da mutação. Registre-se, então, que 8 Ministros (os outros 4 dos 6 que conheciam da reclamação, bem como os 4 que não conheciam da reclamação) se pronunciaram no sentido de não se admitir a mutação do art. 52, X. Em outras palavras, o efeito erga omnes no controle difuso ainda dependia de resolução do Senado Federal⁷. Ressalte-se, porém, que todo esse julgamento foi proferido na vigência do CPC/73, de sorte que não houve arguição que levasse em conta as regras do CPC/15.

Por fim, vale registrar que a proposta de redefinição do papel do Senado por intermédio de uma mutação constitucional, a fim de que sua resolução apenas conferisse publicidade às decisões do Supremo Tribunal Federal, dotando-as de efeitos gerais mesmo quando proferidas no controle difuso, foi rejeitada pela maioria dos ministros no julgamento desta Reclamação nº 4.335/AC, voltando a ser discutida apenas nas ADIs 3.406 e 3.470.

2.3 Análise das ADIs 3.406/RJ e 3.470/RJ: a discussão da mutação constitucional do art. 52, inciso X, da CF/88

A ADI 3406 foi ajuizada em 11.02.2005, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria, tendo por objeto a Lei n. 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro, que proibiu a extração do asbesto/amianto em todo território daquela unidade da federação, estabelecendo, ainda, a progressiva substituição da produção e da comercialização de produtos que contivessem amianto. Por outro lado, a ADI 3470 foi

⁷ Direito Constitucional / Pedro Lenza. – 26. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2022.

ajuizada em 15.04.2005, tendo o mesmo objeto da ADI 3.406 e, por isso, distribuída por prevenção. Com efeito, ambas trataram da discussão relativa à proibição de normas que permitam a extração, industrialização, comercialização e distribuição do uso do amianto na variedade crisotila.

Na ocasião, a parte autora pedia a inconstitucionalidade da referida lei do Estado do Rio de Janeiro tendo em vista que o ente federativo teria supostamente usurpado competência constitucional da União, que já havia editado norma geral sobre a matéria, a saber, a Lei federal nº 9.055/1995, a qual permite uma das variações do mineral (crisólita ou asbesto branco), ainda que haja estudos modernos que apontam para o seu alto potencial cancerígeno.

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, julgou improcedente a ação, e, incidentalmente, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei federal nº 9.055/95, com efeito vinculante e erga omnes.⁸

A partir do julgamento das referidas ações, em novembro de 2017, ambas de relatoria da Ministra Rosa Weber, o STF reascendeu a discussão relativa à teoria da abstrativização do controle difuso. Isso porque o art. 2º da Lei federal nº 9.055/1995 não era objeto da ação, mas foi arguida sua inconstitucionalidade na causa de pedir processual, isto é, pela via incidental, ao que lhe foi conferido efeitos erga omnes e vinculantes, dispensando-se a resolução senatorial para tal fim.

Na oportunidade, o ministro Marco Aurélio votou no sentido da teoria tradicional, isto é, optando-se pelo entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade incidental deve reverberar efeitos apenas inter partes, não conferindo à resolução senatorial eficácia meramente declaratória, mas constitutiva. Com efeito, o ministro defendeu uma postura mais ativa do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade, reforçando, inclusive, a supremacia da Constituição diante do Código de Processo Civil, argumento esse endossado pelo Ministro Alexandre de Moraes, segundo o qual a CF não poderia ser suplantada pelo CPC. Nesses termos:

“O fenômeno, previsto no inciso X do artigo 52 da Constituição Federal, no que revela a atribuição do Senado, não é simplesmente declaratório, é

⁸ ADI nº 3406/RJ e ADI nº 3470/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, DJ de 29/11/2017 < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749020501> > Acesso em: 24 de outubro de 2022.

constitutivo, diz respeito à suspensão da execução da lei no território nacional.”⁹

Em sentido contrário, no julgamento, prevaleceu o entendimento do Ministro Gilmar Mendes, seguido pelos Ministros Celso de Mello, Cármen Lúcia e Edson Fachin. Na oportunidade, Gilmar Mendes entendeu que o *modus operandi* do Senado Federal seria “sazonal”, por, às vezes, negligenciar a notificação do Supremo, acarretando imprevisibilidade do direito. Em seu argumento, cita-se que os arts. 926 e 927, do CPC/15, valorizam o precedente judicial, reforçando que a decisão da Corte é bastante em si. O Informativo 886 do STF cristalizou os referidos julgados ao estabelecer a equalização da decisão nos controles abstrato e incidental, o que seria endossado pelo CPC, a partir de uma “releitura” do dispositivo constitucional que estabelece a necessidade da resolução senatorial.¹⁰

Nos termos do voto dos ministros, notabiliza-se que Carmem Lúcia afirmou que a Corte vislumbra uma inovação jurisprudencial, de modo que não se declara mais inconstitucional cada ato normativo, mas a própria matéria que nele se contém; os Ministros Edson Fachin e Dias Toffoli, ademais, pontuaram que a declaração, pelo STF, de inconstitucionalidade de determinado ato normativo, ainda que na causa de pedir processual, isto é, incidentalmente, opera uma preclusão consumativa da matéria. Ministro Celso de Mello, todavia, retirou todas as suas falas dos textos registrados nas ADIs 3.470 e 3.406, embora figure no Informativo 886 seu posicionamento favorável à tese de mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88¹¹.

3 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL EM ANÁLISE

Historicamente, os estudiosos perceberam que as Constituições podem sofrer mudanças decorrentes de processos informais sem que haja alteração do texto normativo, sem revisões ou emendas, independente do poder constituinte derivado.

⁹ ADI nº 3406/RJ e ADI nº 3470/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, DJ de 29/11/2017

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo 886. Brasília. DOU 30 nov. 2017. Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>. Acesso em: 24 out. 2022.

¹¹ Novelino, Marcelo Curso de direito constitucional/ Marcelo Novelino. - 16. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2021, p. 208.

Tal fenômeno deve ser abordado haja vista que entender pela abstrativização do controle difuso no Brasil significa, paralelamente, concordar que houve a mutação constitucional do art. 52, inciso X, da CF/88, conforme discutido na análise das ADIs 3.406 e 3.470, o que será aprofundado adiante.

3.1 CONCEITO

Conforme aduz Konrad Hesse, “a Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassalle”¹², de sorte que maior será a disposição de reconhecer a legitimidade da matéria disposta no Constituição da República se esta corresponder à realidade social predominante em determinado momento histórico.

Desse modo, leciona¹³:

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

No mesmo sentido, Uadi Lamêgo Bulos¹⁴ ensina:

“O caráter dinâmico e prospectivo da ordem jurídica propicia o redimensionamento da realidade normativa, onde as Constituições, sem revisões ou emendas, assumem significados novos, expressando uma temporalidade própria, caracterizada por um renovar-se, um refazer-se de soluções, que, muitas vezes, não promanam de reformas constitucionais.”

Nesse mesmo viés, Gilmar Mendes¹⁵ aponta que, às vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma

¹² HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 25.

¹³ Idem. A força normativa da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 20-21.

¹⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. Da reforma à mutação constitucional. Revista de informação legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 33, n. 129, p. 30, jan./mar. 1996. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176380> >. Acesso em: 21 out. 2022.

¹⁵ Mendes, Gilmar Ferreira Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco. – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (Série IDP), p. 266

nova visão jurídica a predominar na mentalidade social, a Constituição muda sem que suas palavras tenham sofrido modificação na prática. À luz dessa constatação, tal fenômeno foi denominado de mutação constitucional: se a sociedade evolui, também o Estado deve evoluir¹⁶.

A terminologia do fenômeno da alteração constitucional informal não é uniforme. Jorge Miranda utiliza o termo vicissitude constitucional tácita¹⁷, ao passo que José Joaquim Gomes Canotilho utiliza-se do termo “transição constitucional” para referir-se à “revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto”¹⁸.

Nesse contexto, a Constituição é um organismo vivo e integra tão-somente o *status quo* existente no momento de seu nascimento, por isso não pode prever o futuro. É como leciona Karl Loewenstein¹⁹:

“Cada Constituição é um organismo vivo, sempre em movimento como a própria vida, e está submetido à dinâmica da realidade que jamais pode ser captada através de fórmulas fixas. Uma Constituição jamais é idêntica consigo mesma, e está submetida constantemente ao *panta rhei* heraclítico de todo o vivente.”

Eros Roberto Grau²⁰, por sua vez, descreve:

“o direito é um organismo vivo, peculiar, porém, porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade”

Em contraposição ao conceito amplo, alguns autores²¹ passaram a adotar um conceito mais restrito, a partir do qual se entende que não basta o distanciamento do texto constitucional com a realidade para que haja a ocorrência da mutação, sendo

¹⁶ ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 41

¹⁷ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, t. II, p. 132.

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1212

¹⁹ Tradução livre do texto em espanhol: “Cada constitución es un organismo vivo, siempre en movimiento como la vida misma, y está sometido a la dinámica de la realidad que jamás puede ser captada a través de fórmulas fijas. Una constitución no es jamás idéntica consigo misma, y está sometida constantemente al *panta rhei* heraclítico de todo o viviente” (LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976, p. 164)

²⁰ GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 59

²¹ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Processos Informais de mudança da constituição. 2. ed. Osasco: Edifício. 2015. p.10.

necessário, ainda, que esse distanciamento se dê dentro dos limites impostos pelo texto constitucional, sob pena de caracterizar realidade constitucional inconstitucional²², como se verá em momento oportuno.

Essas mudanças informais podem ocorrer com o surgimento de novos costumes constitucionais e envolvem, também, uma relação de tensão entre o direito e a realidade social subjacente. Nesse sentido, visualiza-se que o fator temporal é essencial para sua ocorrência, dado que, a título de ilustração, a mentalidade que permeia uma sociedade no momento da promulgação de uma Constituição dificilmente será a mesma após anos ou décadas, sendo o fenômeno da mutação essencial para evitar uma Constituição ultrapassada e desprovida de força normativa.

Foi na Constituição Alemã de 1871 que se notou, primariamente, esse fenômeno, visto que sofria mudanças quanto ao funcionamento das instituições do *Reich* sem que ocorresse reformas constitucionais. Dessa feita, Paul Laband distinguiu reforma e mutação constitucional ao notar importantes modificações na Constituição para acompanhar a situação constitucional do império sem que se acionem os mecanismos de reforma constitucional, conforme consta em sua obra *Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung*²³. Georg Jellinek, por sua vez, identificou ausência de elemento volitivo na mutação constitucional, a qual estaria presente apenas na reforma²⁴.

Nos ensinamentos de Bulos²⁵, tal fenômeno não é algo programável, premeditado, sob pena de se descaracterizar. Desse modo, a espontaneidade e a imprevisibilidade de quando irá ocorrer são algumas de suas particularidades, derivando, sobretudo, do poder constituinte difuso, que existe em estado de latência na ordem jurídica.

Sob esse viés, percebe-se que a mutação constitucional foi tema amplamente discutido nas ADIs 3.406 e 3.470, bem como nos demais julgados cuja abstrativização do controle difuso se tornou pauta, sendo Gilmar Mendes seu principal defensor.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 5. Ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1192

²³ Cf. versão francesa: LABAND, Paul. *Le droit public de l'Empire allemand*. Trad. C. Gandilhon. Paris: V. Giard & E. Brière, 1900.

²⁴ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1991. p.7.

²⁵ BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2018, p. 161.

Nesse sentido, o Ministro diz que o texto do art. 52, X, da CF/88 tornou-se obsoleto, havendo que entender pela mutação constitucional do referido dispositivo, de modo que a função da resolução senatorial seria apenas a de dar publicidade ao *quantum* já decidido pelo STF com força de definitividade.:

Cumprе salientar, porém, que a interpretação fruto do fenômeno mencionado há de encontrar apoio no texto da Constituição, sob pena de incorrer em grave interpretação inconstitucional, o que se verá adiante.

3.2 DOS LIMITES À MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL

Ante todo o exposto, discorre-se acerca das limitações necessárias a esse fenômeno. Buscando uma forma de materializar a dificuldade de impor tais limites, ensina Bulos²⁶ que a mutação constitucional é resultado de forças elementares, dificilmente explicáveis, de modo que não é possível lhe delinear barreiras. É o que declara:

Estamos que é impossível se estipular critérios exatos para o delineamento dos limites da mutação constitucional. Isto porque uma Constituição é um organismo vivo, em cujo esteio encontramos a autoconsciência de um povo, assentado em uma base territorial definida, e submetido a um governo soberano, numa determinada época histórica, sujeita a fatores sociais cambiantes.

Nesse contexto, ao oposto da reforma constitucional, a mudança difusa e informal das constituições não segue limites previstos pelo legislador constituinte, de modo que o intérprete deve ter cautela ao empreender o processo interpretativo, sob pena de incorrer em decisões deformadoras dos princípios e regras constitucionais. Assim, o autor entende que a única limitação possível a esse fenômeno seria de natureza subjetiva, isto é, a própria consciência do seu intérprete em não violar o Texto Constitucional.

Com efeito, a doutrina não definiu, em parâmetros claros, o limite ou as barreiras para a efetivação do fenômeno mutacional²⁷. Konrad Hesse, por exemplo,

²⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. Da reforma à mutação constitucional. Revista de informação legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 33, n. 129, p. 42, jan./mar. 1996. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176380> > . Acesso em: 21 out. 2022.

²⁷ AGRA, Walber de Moura. Curso de direito constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 17. Cf. também: AGRA, Walber de Moura. Fraudes à Constituição: um atentado ao poder reformador. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 119.

expressa as dificuldades em se estabelecer tais limites tendo em vista ser impossível resolver juridicamente o problema da influência da realidade em face do conteúdo da norma:

uma teoria jurídica da mutação constitucional e de seus limites só seria possível mediante o sacrifício de um dos pressupostos metódicos básicos do positivismo: a estrita separação entre “Direito” e “realidade”, bem como o que constitui sua consequência, a inadmissão de quaisquer considerações históricas, políticas e filosóficas no processo de argumentação jurídica. Sobre tais supostos resultava impossível resolver juridicamente o problema da influência da “realidade” sobre o conteúdo das normas.

Ana Victoria Sánchez Urrutia²⁸, por sua vez, aduz que somente é possível denotar modificações informais na Lei Suprema a partir de sua concepção normativa, e apenas desde que a concepção da Constituição, enquanto ordenação do sistema político e normativo, possa ser estabelecida de tal forma que a mutação seja integrada por um de seus elementos.

Em esforço a delinear quais seriam os limites à mutação, ao discorrer sobre as eventuais arbitrariedades em que o intérprete pode incorrer nesse processo informal, Lenio Luiz Streck²⁹ esclarece:

a afirmação “a norma é (sempre) produto da interpretação do texto”, ou que o “intérprete sempre atribui sentido (Sinngabung) ao texto”, nem de longe pode significar a possibilidade deste – o intérprete – poder dizer “qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem “existência” autônoma)

Ainda, Paulo Bonavides³⁰ pontua a importância de se ter segurança no processo de interpretação constitucional, ainda que se trate de processo informal no bojo do qual o intérprete disponha de razoável discricionariedade. Nesse sentido, o autor declara:

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,

²⁸ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. Revista Española de Derecho Constitucional, Madri, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000, p. 106.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir do “ontological turn”. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 89, p. 121-160, jan./jun., 2004, p. 131

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

com apreensão de todos, que o juiz, investido de poderes decisórios extremamente dilatados, usurpe a função constituinte do povo ou da representação democrática legítima.

Já conforme J.J Gomes Canotilho³¹, a conciliação entre a realidade subjacente e a Constituição deve encontrar respaldo nos próprios princípios estruturais da constituição, sob pena de incorrer em realidade constitucional inconstitucional. Nessa análise, a CF/88 estaria limitada pelo seu próprio texto, não podendo violar seu espírito.

No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso assevera que essa alteração informal se esbarra em limites advindos do próprio espírito da Constituição, a saber, suas possibilidades semânticas e os princípios fundamentais que estruturam a Constituição da República. Conforme preleciona o autor:

[...] 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.

Ante o exposto, embora a Constituição, como organismo vivo, permita ampla abertura para o intérprete, ela ainda possui normatividade e obrigatoriedade. Sob esse viés, não se pode, de maneira alguma, tolerar a ausência de limites em um Estado Democrático de Direito, estando a mutação constitucional sujeita à normatividade da CF/88. É necessário, portanto, ainda que em processo informal de modificação, a preservação do princípio da supremacia da Constituição, segundo o qual a CF/88 deve se sobrepor às demais normas do ordenamento, não podendo a mutação constitucional ameaçar a *Lex Superior*³² da Constituição.

4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO CONTEXTO BRASILEIRO

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 4. Ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1192

³² VEGA, Pedro de. La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente. Madri: Tecnos, 1999, p. 214-215.

A partir do princípio da supremacia da Constituição, o qual será discutido no item seguinte, o legislador constituinte originário criou mecanismos por meio dos quais se controlam os atos normativos, verificando sua adequação aos preceitos previstos na Constituição da República. Assim, pode-se dizer que o controle de constitucionalidade busca o estabelecimento da harmonia do ordenamento jurídico.³³

4.1 Da Supremacia da Constituição

José Afonso da Silva³⁴ conceituou bem a supremacia da Constituição ao ensinar que esta se encontra “no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos”, sendo a “pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”. Desse modo, trata-se da lei suprema do Estado, sendo responsável pela definição da estrutura do estado, da organização dos poderes e do estabelecimento dos direitos e garantias fundamentais à dignidade humana, bem como as demais normas essenciais ao funcionamento do Estado de Direito, a partir do que se percebe, então, a hierarquia das normas e o controle de constitucionalidade.

Conforme Marcelo Novelino³⁵, por estabelecerem os direitos e garantias fundamentais, a estrutura do Estado e a organização dos poderes, as constituições possuem uma supremacia de conteúdo em relação às leis.

Desse modo, a supremacia material seria advinda do objeto clássico das constituições por abrangerem por si os fundamentos do Estado de Direito (a exemplo dos direitos e garantias fundamentais, estrutura do estado e organização dos poderes).

O autor ainda acrescenta que, com as revoluções liberais, responsáveis por introduzir o modelo moderno de constituição (escrita, formal e dotada de rigidez), surge a ideia de supremacia formal como atributo exclusivo das constituições rígidas.

³³ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed São Paulo: Saraiva, 2016. E-book Kindle, p.23.

³⁴ José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional positivo, p. 47 e 49.

³⁵ Novelino, Marcelo Curso de direito constitucional/ Marcelo Novelino. - 16. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2021, p. 189.

Ademais, no plano dogmático, a constituição rígida se traduz na superioridade hierárquica de suas normas em relação a todas as demais espécies normativas, as quais só serão válidas quando produzidas em consonância com a forma e/ou o conteúdo constitucionalmente determinados, muito embora seja possível a supremacia material de constituições flexíveis. Destarte, a supremacia da constituição impõe a compatibilidade vertical das normas do ordenamento jurídico, fiscalizada por órgãos encarregados de impedir a criação ou manutenção de atos normativos em desacordo como seu fundamento de validade.

Mas, afinal, a supremacia constitucional pode coexistir com as mutações constitucionais? Nesse sentido, Pedro de Vega³⁶ identifica que as mutações se tornam um problema quando a tensão entre a norma e o mundo dos fatos põe em risco a própria noção de supremacia. Assim, por respeito à supremacia, José Horácio Meirelles Teixeira³⁷ afirma que o intérprete, de um lado, terá “o respeito à Constituição, como expressão máxima e solene da soberania nacional e, por outro, essa necessidade de constante adaptação dos seus princípios e cláusulas às supremas exigências da paz social, da Justiça e do Bem Comum”.

Nesse ínterim, tendo em vista que os poderes públicos retiram a validade de suas competências da constituição, presume-se, de forma relativa, agirem de acordo com ela. Essa presunção é *juris tantum*, isto é, relativa, de modo que se acredita ser o ato constitucional até que, por meio do controle de constitucionalidade dos atos normativos primários, declare-se sua inconstitucionalidade.

Esse sistema reforça o princípio democrático que impõe ao Judiciário o respeito às escolhas feitas pelos poderes cujos membros foram democraticamente eleitos para definir e implementar as políticas públicas.

Diante do exposto, o princípio supra tem como uma de suas consequências a imposição da verificação da compatibilidade vertical das normas do ordenamento jurídico pátrio, a partir da análise da harmonia de normas de escalonamento inferior (os atos normativos primários – aqueles que tiram sua validade diretamente da CF/88, a exemplo de leis infraconstitucionais, decretos autônomos, medidas provisórias etc.) em face do bloco de constitucionalidade (“normas de referência” do controle de

³⁶ VEGA, Pedro de. Op. cit., p. 215. Nota 715

³⁷ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. Curso de direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 152.

constitucionalidade). No que diz respeito ao que se chama de bloco de constitucionalidade, ressalte-se que abrange, em sentido amplo, além das normas formalmente constitucionais (aquelas presentes no texto literal da CF/88), as apenas materialmente constitucionais - normas de direitos humanos compreendidas no Pacto de São José da Costa Rica -, além de outras que, embora situadas abaixo da constituição, são "vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental."³⁸.

4.2 Noções introdutórias de Controle Judicial de Constitucionalidade e Nulidade da Lei Inconstitucional

Para Alexandre de Moraes, "controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais." (MORAES, 2005, p. 627).

Como requisitos essenciais para o exercício do controle, Pedro Lenza registra a existência de uma Constituição rígida e a atribuição de competência a um órgão para resolver incompatibilidades constitucionais, o que variará de acordo com o sistema de controle adotado, a exemplo do Supremo Tribunal Federal, no caso da CF/88, ou dos Tribunais de Justiça Estaduais, no caso de normas que violem dispositivos de constituições estaduais, via de regra.

Desse modo, 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.

Cumprido, ainda, debruçar-se acerca dos efeitos da nulidade na arguição de inconstitucionalidade, haja vista serem fundamentais para a conceituação da teoria da abstrativização do controle difuso, impondo-se minuciosa análise acerca desse aspecto.

³⁸ STF - ADI 595/ES, Rei. Min. Celso de Mello, decisão monocrática (18.02.2002); ADI 514/PI, Rei. Min. Celso de Mello, decisão monocrática (24.03.2008). Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346486> > Acesso em: 22 out 2022.

A partir da teoria da nulidade adotada pela ampla maioria da doutrina brasileira³⁹, inclusive por influência norte-americana, tem-se que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo primário afeta o plano da validade.

Nesse caso, a lei já nasceu “morta” – isto porque, embora exista enquanto ato estatal, está em desconformidade em face do “bloco de constitucionalidade”, já debatido em momento anterior, a partir do que se enxerga o vício de inconstitucionalidade capaz de declarar a invalidade do ato normativo.

Uadi Lammego Bulos⁴⁰ aponta dois regimes de sanção constitucional: o da sanção de nulidade e o da sanção de anulabilidade. Esse autor ensina que o Brasil adota o regime da sanção de nulidade desde a Constituição de 1891, a partir do qual os efeitos da sentença de inconstitucionalidade são ex tunc, isto é, retroagem 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 Mendes⁴¹ 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

Cappelletti⁴², ao descrever o sistema “norte-americano”, observa que “... a lei inconstitucional, porque contrária a uma norma superior, é considerada absolutamente nula (‘null and void’) e, por isto, ineficaz, pelo que o juiz, que exerce o poder de controle, não anula, mas, meramente, declara (preexistente) nulidade da lei inconstitucional”.

Diante do exposto, tem-se que a compreensão do que é o controle de constitucionalidade demanda o entendimento de que há uma pirâmide no ordenamento jurídico, sob o prisma Kelseniano, a partir do que se entende que a

³⁹ BULOS, Uadi Lammego. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p.167- 169.

⁴⁰ BULOS, Uadi Lammego. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p.167- 169

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva. 10. ed. 2021. p. 1306.

⁴² M. Cappelletti, O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado, p. 115-116.

CF/88 se encontra no topo e que os atos normativos primários – os quais estariam no corpo dessa figura – estariam sujeitos a avaliações de compatibilidade. Assim, aplicando-se a teoria das nulidades, notabiliza-se que os atos normativos primários que violem os dispositivos constitucionais serão declarados nulos, não sendo a declaração de inconstitucionalidade o que lhe retira o efeito, mas apenas a declara para que os atos irregularmente praticados pela sua incidência sejam desfeitos, pois foram realizados sem amparo normativo válido.

4.3 Sistemas de Controle Judicial de Constitucionalidade no Brasil: Conceito, Legitimados e Efeitos

No Brasil, o Controle de Constitucionalidade pode ser subdividido em dois métodos: o concentrado-principal e o difuso-incidental. Desse modo, haja vista o sistema híbrido de controle, discute-se acerca da conceituação, dos legitimados e dos efeitos.

4.3.1 Controle Abstrato

No que diz respeito ao controle concentrado de normas, também chamado de abstrato principal, objetivo ou em tese, de influência e origem no direito austríaco, notadamente na Constituição Austríaca de 1920, idealizado por Hans Kelsen⁴³, o STF julga ações autônomas contendo controvérsias constitucionais, marcadas pela generalidade, impessoalidade e abstração, sem um litígio referente à situação concreta. Nesse ínterim, frise-se que tal controle é exercido a partir das típicas ações do controle concentrado, as quais estão positivadas no art. 103 da CF/88, que prevê a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), além da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) prevista no art. 102, § 1º, da CF/88.

⁴³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 30. ed. São Paulo: Malheiros. 2015, p. 319.

Nesse tipo de controle, ressalte-se que a arguição de inconstitucionalidade é o pedido principal, de modo que não se discute um caso concreto subjacente para se chegar à conclusão da inconstitucionalidade da norma ou ato discutido.

No processo constitucional abstrato não há partes propriamente ditas⁴⁴, motivo pelo qual se diz instaurar-se um processo objetivo, sem partes, inexistindo litígio concreto de pretexto.

A legitimidade ativa para provocar o controle normativo abstrato está prevista na Constituição de 1988. Desse modo, depreende-se da CF/88:

CF, art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Conforme sustenta Marcelo Novelino⁴⁵ e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, há distinção entre dois grupos de legitimados. Primeiramente, menciona-se os governadores de Estados e do Distrito Federal, as mesas das Assembleias Legislativas estaduais e da Câmara Legislativa distrital, as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional, os quais são denominados legitimados especiais. Desse modo, devem comprovar pertinência temática entre seus interesses institucionais e a inconstitucionalidade a ser arguida pela lei ou ato normativo impugnado.

Por outro lado, o Presidente da República, as mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos com representação no

⁴⁴ STF - Rei 11.022/DF, Rei. Min. Cármen Lúcia (18.12.201 O); ADI 2.982 ED/CE, Rei. Min. Gil mar Mendes (02.08.2006); Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=995> > Acesso em: 24 out 2022. Em sentido contrário, NEVES (2011): "Entendo que não existe réu no processo objetivo, mas o autor naturalmente é parte e como tal será tratado no processo'."

⁴⁵ Novelino, Marcelo Curso de direito constitucional/ Marcelo Novelino. - 16. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2021 , p. 223.

Congresso são legitimados ativos universais, de modo que não precisam demonstrar "pertinência temática". Assim, diferencia-se os legitimados ativos do art. 103 da CF/88.

Ainda, discorre-se acerca dos efeitos no controle objetivo. A par do que sustenta a doutrina majoritária, menciona-se que esse controle apresenta efeitos vinculantes, erga omnes e ex tunc, conforme art. 102 §2º da CF/88.

Desse modo, os efeitos da decisão em controle abstrato são vinculantes pois obrigam todos os órgãos do Poder Judiciário e a administração pública, eximindo-se, apenas, o Poder Legislativo, o qual possui competência para alterar a própria CF/88, como ocorreu com a Lei n. 15.299/2013, do estado do Ceará, a qual regulamentava a vaquejada e foi objeto da ADI 4.983⁴⁶, sendo declarada inconstitucional nessa ocasião, mas, posteriormente, "revalidada" pela EC nº 96/2017, gerando inúmeras discussões sociais e políticas naquele contexto.

Ainda, tais efeitos são erga omnes, pois se impõem não apenas às partes do processo, mas contra todos.

Por fim, eman-se eficácia ex tunc, ou seja, retroagem à data de "nascimento" da lei ou ato normativo impugnado, podendo ser modulado pelo quórum de 2/3 de aprovação do pleno do Tribunal, conforme aduzido da aplicação da modulação de efeitos prevista para o controle abstrato no art. 27 da Lei nº 9.868/99, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Ademais, conforme o parecer jurisprudencial do Ministro Luís Roberto Barroso⁴⁷:

"ainda no regime constitucional anterior, o STF, no julgamento do Processo Administrativo 4.477/72, estabeleceu o entendimento de que a comunicação ao Senado (acrescente-se, art. 52, X), somente é cabível na hipótese de declaração incidental de inconstitucionalidade, isto é, na apreciação de caso concreto. No controle por via principal concentrado, a simples decisão da Corte, por maioria absoluta, já importa na perda de eficácia da lei ou ato normativo"

Ante todo o exposto, mencione-se que os efeitos da decisão em controle abstrato produzem seus efeitos independente da resolução senatorial prevista no art.

⁴⁶ (ADI 4.983, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 06.10.2016, DJE de 27.04.2017). Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>. Acesso em: 24 out 2022.

⁴⁷ (STF, DJU de 16.05.1977, p. 3123)

52, X da CF/88, a qual, nos termos da teoria tradicional, deve ser levada em conta apenas em sede de controle difuso.

4.3.2 Controle Difuso

Diferindo-se do controle abstrato, o controle difuso, repressivo, posterior, também chamado de controle pela via de exceção, aberto ou subjetivo foi adotado nas constituições brasileiras, a partir de 1891, por influência norte-americana (judicial review of legislation), o que remonta ao histórico caso *Marbury versus Madison* de 1803.

O controle difuso está previsto implicitamente no art. 5º, inciso XXXV da CF/88, que consagra o princípio da inafastabilidade jurisdicional, bem como no art. 97 da Constituição, o qual prevê a cláusula de reserva de plenário, que será discutida em momento oportuno.

Nesse diapasão, menciona-se que esse tipo de controle pode ser exercido por qualquer juízo ou tribunal – observando-se as regras de competência do processo civil -, em qualquer grau de jurisdição e tipo de ação, desde que a arguição de inconstitucionalidade seja a causa de pedir processual e não o pedido principal. A título de exemplificação, requer-se algo ao juízo e a inconstitucionalidade seria o fundamento ou a justificativa do pedido, isto é, 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.

Assim, vislumbra-se que, diferentemente do que ocorre no controle abstrato, aqui se exige que haja um contexto subjacente capaz de justificar a discussão relativa à constitucionalidade da lei ou do ato normativo impugnado, ao passo que a declaração de inconstitucionalidade dar-se-á de forma incidental, em questão preliminar ou prejudicialmente ao exame de mérito.

Sintetizando as características do controle difuso, leciona Masson (2016, p. 1072):

“Todo e qualquer órgão investido do ofício judicante tem competência para proceder ao controle difuso de constitucionalidade”. Assim, o controle difuso, segundo o modelo norte-americano, realiza-se no caso concreto, em qualquer ação, incidentalmente. Nessa via de controle, o juízo de verificação da compatibilidade da norma com o texto constitucional não é a questão

principal (objeto da ação), mas, tão somente uma questão prejudicial, isto é, um antecedente lógico a ser resolvido antes de se passar a questão principal.”

No mesmo sentido, Alexandre de Moraes ensina:

“Controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo pois objeto principal da ação” (MORAES, 2003, ed. 3, p. 477)

Registre-se, ainda, que o legislador constituinte originário consagrou alguns instrumentos jurídicos que possuem essencialmente um caráter constitucional, a exemplo do Mandado de Injunção, previsto no art. 5º, LXXI, da CF/88, o qual será concedido sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, como no caso de omissões legislativas, bem como o Recurso Extraordinário, previsto no art. 102, III, “a”, “b”, “c”, e “d”, da CF/88, que permite que questões de elevada relevância e repercussão alcancem a Suprema Corte, ocasião em que poderá, de forma concreta, exercer o controle de constitucionalidade⁴⁸.

Outrossim, destaca-se a cláusula de reserva de plenário, também chamada de regra do *full bench*. Nesse ínterim, a CF/88 estabelece:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Além do texto constitucional acima transcrito, a cláusula de reserva de plenário foi corroborada pelo teor da súmula vinculante de nº 10. Notabilize-se:

Súmula Vinculante nº 10: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Diante do exposto, a cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da CF/88 e corroborada pela súmula vinculante nº 10, determina que os tribunais devem, via de regra, submeter a arguição de inconstitucionalidade ao pleno (ou ao órgão

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed, São Paulo: Saraiva, 2016. E-book Kindle, p. 63.

especial, onde houver), não sendo possível a seus órgãos fracionários – a exemplo das turmas e câmaras dos tribunais – declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo ou sequer afastar a incidência, no caso concreto, de lei considerada inconstitucional, salvo nas exceções sedimentadas pela jurisprudência.

Desse modo, se o órgão fracionário vislumbrar a possível inconstitucionalidade arguida, deve-se submeter essa questão ao pleno. Ato contínuo, apenas após julgada a questão incidental, o órgão fracionário, vinculado à decisão exarada, julgará a questão principal.

Por fim, discorre-se acerca dos efeitos da decisão em sede de controle difuso. Nesse sentido, a decisão exarada em sede de processo subjetivo de controle emana efeitos *inter partes*, vinculantes e *ex tunc*.

Destarte, afirma-se *inter partes* pois os efeitos da decisão se impõem apenas às partes do processo, diferindo-se do controle abstrato, no qual se emana eficácia *contra todos*. Cumpre destacar que Paulo Bonavides⁴⁹ denomina esse atributo de “relatividade da coisa julgada”, na medida em que a lei declarada inconstitucional permanece a produzir efeitos fora do processo do qual foi afastada incidentalmente, de modo 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.”.

Ainda, tais efeitos são vinculantes, pois obrigam toda a administração pública federal, estadual, distrital e municipal, bem como os órgãos do Poder Judiciário, eximindo-se, porém, o Poder Legislativo em sua função típica, conforme já mencionado. Ainda, tais efeitos são *ex tunc*, ou seja, retroativos, podendo sofrer a modulação de efeitos⁵⁰ prevista para o controle abstrato no art. 27 da Lei nº 9.868/99.

Por fim, mencione-se a resolução senatorial prevista no art. 52, inciso X, da CF/88. Nesse sentido, o constituinte optou por seguir com a histórica disposição constitucional brasileira ao reservar ao Senado Federal a competência para suspender a eficácia das leis declaradas inconstitucionais, o que já vinha previsto em Constituições passadas. Destaque-se o texto da própria CF/88:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...]

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 30. ed. São Paulo: Malheiros. 2015. p. 310.

⁵⁰ RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Correia, DJ de 07/05/2004. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>> Acesso em 21 out. 2022.

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

A partir da teoria tradicional e da interpretação literal do dispositivo, depreende-se que, após o STF declarar uma lei inconstitucional de forma incidental ao processo, deve haver a comunicação ao Senado Federal, o qual possui a discricionariedade de editar uma resolução suspendendo a eficácia da referida lei, ou seja, apenas a resolução senatorial operará os efeitos erga omnes da declaração de inconstitucionalidade⁵¹. Essa peculiaridade do controle difuso será discutida de forma mais aprofundada em momento posterior, a partir da dicotomia entre as teorias tradicional e moderna, bem como dos julgados das ADIs 3.406 e 3.470.

5 AS CORRENTES TRADICIONAL E MODERNA DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

A princípio, pela interpretação literal do art. 52, inciso X da CF/88, verifica-se que cumpre ao Senado Federal a suspensão da execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, no todo ou em parte.

Todavia, com o julgamento das ADIs 3.406 e 3.470, tal panorama mudou, razão pela qual se faz necessária a distinção entre as correntes tradicional e moderna do controle difuso de constitucionalidade, especialmente no que tange ao papel do Senado Federal, como será debruçado a seguir.

5.10 Papel do Senado Federal no Controle Difuso nos moldes da Teoria Tradicional

Nesse caso, tal suspensão se restringe às decisões proferidas apenas no âmbito do controle difuso-concreto⁵² pelo STF, haja vista que, no controle abstrato, a decisão por si só já possui eficácia erga omnes e efeito vinculante automaticamente⁵³,

⁵¹ BULOS, Uadi Lammego. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2018.p. 229.

⁵² (RISTF, art. 178)

⁵³ BULOS, Uadi Lammego. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 225.

dispensando-se a resolução senatorial nessa hipótese, por expressa disposição do art. 203 §2º da CF/88. Desse modo, a título de ilustração, caso haja declaração de inconstitucionalidade em controle abstrato (no bojo de uma ADI, por exemplo), a extensão dessa decisão produzirá efeitos em todo o território nacional com a publicação da ata de julgamento no Diário de Justiça, sendo cabível Reclamação no caso de descumprimento:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

Com efeito, conforme já mencionado, o STF poderá realizar o controle de constitucionalidade difuso, excepcionalmente, a partir da interposição de Recurso Extraordinário no bojo de processo cuja inconstitucionalidade de lei ou ato normativo esteja sendo arguida incidentalmente.

Ato contínuo, declarada a inconstitucionalidade por decisão definitiva do STF, a partir do voto da maioria absoluta do Pleno desse tribunal, o Regimento Interno do STF (RISFT), em seu art. 178, determina que deverá haver a comunicação ao Senado Federal, o qual terá discricionariedade para suspender a lei declarada inconstitucional, por meio de resolução. Nesse ínterim, tal comunicação deverá ocorrer mediante ato do Presidente do Tribunal, representação do Procurador-Geral da República e projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, conforme dispõe o art. 386 do Regimento Interno do Senado Federal (RISF).

No que diz respeito à discricionariedade, embora polêmica, verifica-se sua compatibilidade com o princípio da separação dos poderes. Desse modo, trata-se de discricionariedade política, não incorrendo em omissão inconstitucional a recusa do Senado em editar a referida resolução, e a resolução que suspende a lei declarada inconstitucional é irrevogável⁵⁴. Nesse sentido, Celso de Mello ensina:

“O Senado exaure a sua competência constitucional no momento em que promulga e edita a resolução suspensiva. Não pode, ao depois, a pretexto de melhor interpretar a decisão judicial proferida pelo STF, modificar-lhe o sentido ou restringir-lhe os efeitos.” Nesse sentido: RTJ, 38:5, 38:569, 39:628” (Constituição Federal anotada, p. 139-140).

⁵⁴ BULOS, Uadi Lammego. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 227- 228.

No que diz respeito à expressão “no todo ou em parte”, frise-se que o Senado Federal está vinculado à decisão exarada, de modo que não pode ampliar ou restringir a extensão dos efeitos da decisão nos moldes prolatados pelo STF, não sendo possível suspender menos ou mais do que o decidido pela Suprema Corte.

Desse modo, a suspensão pode se efetivar em face de leis federais, estaduais, distritais ou municipais, desde que, em sede de controle difuso de constitucionalidade, sejam declaradas inconstitucionais por decisão definitiva do STF. Conforme ensina Michel Temer⁵⁵, cumpre destacar:

“pode e deve o Tribunal de Justiça ou Tribunal de Alçada, após declarar a inconstitucionalidade, remeter essa declaração à Assembleia Legislativa para que esta suspenda a execução da lei (evidentemente, nos Estados em que as Constituições confirmam essa competência à Assembleia)”

No que diz respeito aos efeitos da resolução senatorial que suspende a execução da lei, menciona-se que se trata de eficácia *erga omnes* e *ex nunc*. Desse modo, a referida resolução possui eficácia contra todos, mas não retroage, produzindo efeitos apenas pro futuro⁵⁶. Registre-se, porém, o art. 1º §2º do Decreto nº 2.346/97, que dispõe que haverá efeitos retroativos no âmbito da administração pública federal com a resolução que suspende a eficácia da lei declarada inconstitucional, de modo que, nessa hipótese, pode-se dizer em efeitos *ex tunc*. É o que dispõe:

Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.

§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia *ex tunc*, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.

Ante o exposto, note-se que no julgamento das ADIs 3406 e 3470 a diferença nos efeitos do controle difuso e abstrato foi afastada. Na oportunidade, a maioria dos ministros entendeu que as decisões nas duas formas de controle devem emanar

⁵⁵ Elementos de direito constitucional, p. 44

⁵⁶ C. M. Clève, A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 122

efeitos erga omnes e vinculantes, o que, para alguns autores e para os grandes manuais⁵⁷, esvazia o papel do Senado.

Sumariamente, verifica-se, então, o seguinte procedimento: o STF, em sede de controle difuso de constitucionalidade, *incidenter tantum*⁵⁸, declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em face da Constituição. Ato contínuo, tal declaração apenas faz coisa julgada *inter partes*, sendo necessário que haja a comunicação da decisão ao Senado Federal para que ocorra a expedição da resolução do art. 52, inciso X, da CF/88. Sendo assim, para que haja eficácia erga omnes, faz-se necessária resolução do Senado Federal, a qual decorre de discricionariedade política, a partir de sua independência e do princípio da separação dos poderes, produzindo efeitos *erga omnes* e *ex nunc, pro futuro*, não podendo o Senado Federal revogá-la.

5.2 Teoria da Abstrativização

Após todo o estudo exposto no presente trabalho, discorre-se acerca da teoria da abstrativização. Nesse sentido, frise-se que entender que houve mutação constitucional no art. 52, inciso X da CF/88 significa aderir à adoção da tese da abstrativização ou da objetivação do controle difuso.

Nessa senda, o controle difuso, conforme já discutido no que tange à teoria tradicional, emana efeitos inter partes, retroativos e não vinculantes. Isso porque essa forma de controle de constitucionalidade pode ser exercida por qualquer juízo ou tribunal, ainda que se trate de juiz singular, e em qualquer tipo de ação, desde que a arguição de inconstitucionalidade seja a causa de pedir processual, conforme discutido em outra oportunidade neste trabalho.

Durante muito tempo, essa foi a teoria adotada, sendo considerada a corrente tradicional da matéria; todavia, no julgamento das ADIs 3.406 e 3.470, e considerando-se toda a contextualização jurisprudencial histórica anterior a esse

⁵⁷ Novelino, Marcelo Curso de direito constitucional/ Marcelo Novelino. - 16. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2021, p. 213.

⁵⁸ DIDIER Jr, Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). Leituras complementares de constitucional. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 274.

Nesse sentido, já no julgamento da Rcl 4.335, em 2014, a tese da abstrativização era nitidamente defendida pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, os quais queriam que o HC 82.959 tivesse eficácia erga omnes a fim de obrigar o juiz da vara de execuções penais do acre a seguir o determinado pela Suprema Corte. O autor ainda 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 jurídico⁶¹. Assim, Gilmar Mendes⁶² afirmou:

Parece legítimo entender que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Dessa forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo -se a comunicação ao Senado Federal para que publique a decisão no Diário do Congresso

Desse modo, não seria (mais) a decisão do Senado a conferir eficácia geral ao julgamento do Supremo, haja vista que a própria decisão já emana essa força normativa. Não há, pois, o que se falar em faculdade, por parte da casa legislativa, em publicar ou não a decisão, tratando-se então de dever de publicação. Destarte, verifica-se que tal dever já foi reconhecido a outros órgãos políticos em diferentes sistemas constitucionais, a exemplo da Constituição austríaca, em seu art. 140, 5, cuja publicação fica a cargo do Chanceler Federal, e a Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art. 31, 2, cuja publicação fica a cargo do Ministro da Justiça.⁶³

Assim, sinteticamente, no que tange aos efeitos da decisão exarada pelo STF em sede de controle difuso, tem-se o seguinte esquema⁶⁴:

Concepção tradicional	Concepção moderna (atual)
Eficácia inter partes	Eficácia erga omnes
Efeitos não vinculantes	Efeitos vinculantes

⁶¹ 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. 160-161

⁶² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva. 10. ed. 2021. p. 2577.

⁶³ *Idem, ibidem*, p. 2577

⁶⁴ ANDRÉ, Marcio. STF muda sua jurisprudência e adota efeito vinculante de declaração incidental de inconstitucionalidade. Dizer o Direito, 2017. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2017/12/stf-muda-sua-jurisprudencia-e-adota.html#:~:text=Em%20uma%20explica%C3%A7%C3%A3o%20bem%20simples,seja%2C%20efic%C3%A1cia%20erga%20omnes%20e> Acesso em: 26 out. 2022.

5.3 CRÍTICAS À TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO

Depois de expor os principais argumentos favoráveis arguidos pela doutrina e pelos Ministros nos julgamentos que suscitaram o presente debate, data vênica, discute-se acerca das críticas à tese da abstrativização no ordenamento jurídico brasileiro.

A princípio, destaque-se que o Ministro Gilmar Mendes, para justificar a mudança no sentido imputado ao art. 52, X da CF/88 sem que tenha ocorrido alteração textual, afirma estar de frente a uma autêntica mutação constitucional, haja vista a completa reformulação do sistema jurídico⁶⁵.

Todavia, conforme já debruçado em capítulo anterior, a mutação constitucional exsurge a partir de uma alteração da realidade social capaz de modificar o sentido que se dá ao texto magno sem, contudo, alterar o seu espírito; de outro modo, caso o processo informal de alteração viole a Constituição da República, de sorte que o intérprete fundamente a alteração do sentido e alcance da norma sem que tenha preenchido os requisitos necessários, estar-se-á diante de verdadeira mutação inconstitucional⁶⁶.

Nesse sentido, frise-se que as palavras ou expressões empregadas pelo legislador não poderiam, de forma alguma, alterar o significado do texto da Constituição, implicando perda de sua essência⁶⁷. Nesse sentido, Nelson Nery Junior⁶⁸ destaca que a mutação não pode ser forçadamente construída, uma vez que é processo de interpretação natural da Constituição. Logo, não se trata de fundamento que se pretende utilizar para modificar o texto constitucional, mas de mudança de paradigma constitucional.

Com efeito, nos termos do art. 52, inciso X, da CF/88, vislumbra-se uma obrigação positiva destinada ao Senado Federal, de maneira expressa, no caso, a de suspender o ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do STF.

⁶⁶ BULOS, Uadi Lammego. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 439.

⁶⁷ BARROSO, 2009, p. 130.

Por outro lado, o que se quer com a nova interpretação do dispositivo é suplantando uma obrigação expressamente definida pelo poder constituinte originário e esvaziar seu significado⁶⁹. Nesse sentido, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Lenio Luiz Streck denotam:

Excluir a competência do Senado Federal –ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal –significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988(LIMA; OLIVEIRA; STRECK, 2013)

A esse respeito, o ministro Eros Grau, em seu voto favorável à tese da abstrativização e da mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88 na Rcl 4.335, arguiu:

[...] 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.

Ora, tal entendimento vai de encontro ao que se entende por mutação constitucional já debruçado neste trabalho, sobretudo quando se afirma que na mutação “não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado”. Nessa linha, Martonio Mont'Alverne e Marcelo Cattoni advertem que tal entendimento pode significar o soterramento do poder constituinte originário pelo Poder Judiciário sob a alegativa da mutação constitucional. Isso porque, conforme já delineado, o fenômeno da mutação constitucional encontra barreiras no próprio espírito da Constituição e nos limites semânticos do próprio texto constitucional. Nesse sentido, os autores⁷⁰ ensinam:

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.

⁶⁹ DIMOULIS, 2016, p. 240

No contexto da CF/88, notabiliza-se um fortalecimento do Judiciário, o qual gradualmente intensifica o exercício de uma suposta função política⁷¹. Todavia, para Luís Roberto Barroso⁷², o Judiciário apenas pode assumir uma postura mais ativa no processo de interpretação da norma quando houver omissão legislativa. Partindo dessa premissa, não poderia o intérprete mudar os sentidos de uma norma com fundamentos meramente políticos, sobretudo em uma situação em que o constituinte previu expressamente uma situação específica, não cabendo ao judiciário se furtar na conveniência da norma. Desse modo, para o autor, o ativismo judicial é um modo específico e proativo de interpretar a constituição, mas esclarece:

[...]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.

Ademais, é verdade quando se afirma que há uma tendência de ampliar o controle de constitucionalidade abstrato e seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro, mormente com a promulgação da CF/88 e a Emenda Constitucional nº 45/04. Sob esse viés, visualiza-se o aumento do grau de amplitude para os legitimados à propositura das ADIs, bem como o aumento no número de ações capazes de suscitar o controle abstrato (a exemplo da ADPF). Ainda, com a aprovação pelo Poder Legislativo da previsão do instituto da súmula vinculante e da repercussão geral, bem como com o atual sistema de precedentes trazido pelo CPC/15, visualiza-se uma tendência em conferir ao STF o poder de atribuir efeitos ergas omnes às suas próprias decisões mesmo fora do controle abstrato.

Entretanto, conforme argumenta o ministro Ricardo Lewandowski⁷³, da conclusão supra se extrai outra diversa, haja vista que todos os institutos arguidos passaram pelo devido processo legislativo, o que, de acordo com o ministro, difere-se da mutação constitucional em questão, a qual se mostra um “fenômeno complexo e de difícil legitimação democrática”. Assim, a aprovação dos institutos anteriormente

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Madrid: Anuario iberoamericano de justicia constitucional, 2009, 13: 17-32. p. 19.

⁷² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Madrid: Anuario iberoamericano de justicia constitucional, 2009, 13: 17-32. p. 31.

mencionados, embora signifiquem uma ampliação da força expansiva das decisões do STF, não podem significar o soterramento do controle difuso e de suas características próprias, vez que, se assim o Legislativo quisesse, tê-lo-ia feito por Emenda Constitucional. De igual modo, o Ministro Alexandre de Moraes⁷⁴ afirma que as novas disposições trazidas pelo CPC/15 não poderiam suplantar, em regra, a CF/88.

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes argumenta que o Senado Federal não exerce sua competência outorgada pelo art. 52, inciso X da CF/88, razão pela qual deve ser atribuída nova interpretação ao texto constitucional, já que o Senado não cumpre sua função. Todavia, não é razão autorizadora para o deslocamento da competência o mero descumprimento ou a morosidade no exercício de determinada função constitucionalmente atribuída. Caso contrário, a comprovada morosidade na satisfação do mérito em processos judiciais seria circunstância autorizadora para a autotutela

Por fim, conclui-se que não há razão para o acolhimento da tese da mutação constitucional do art. 52, inciso X, da CF/88, havendo que se falar, na verdade, em verdadeira *manipulação inconstitucional*. Nas palavras de Uadi Lammego Bulos⁷⁵, tal fenômeno é um meio de mutação inconstitucional que busca legitimar competências inconstitucionais, a partir do que o ativismo judicial propicia o abuso e a manipulação das normas visando a fraudes na Constituição.

⁷⁵ BULOS, Uadi Lammego. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 443.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, conclui-se que a mutação constitucional ocorrida no art. 52, inciso X, da CF/88, ainda é muito controversa em vários aspectos, gerando discussões doutrinárias inclusive anos após os julgados das ADIs 3.407 e 3.470.

A Constituição não codifica, mas regula – frequentemente as linhas essenciais – aquilo que se afigura relevante e carecedor de uma definição. Não existe, pois, uma pretensão de completude do sistema constitucional, não se tratando de uma regulamentação precisa e completa. E é, exatamente, essa característica que empresta à Constituição a flexibilidade necessária ao contínuo desenvolvimento e permite que o seu conteúdo subsista aberto dentro do tempo.

Nessa perspectiva, a mutação constitucional afigura-se importante processo informal de modificação da norma constitucional (e não do seu texto), de sorte que busca evitar uma Constituição ultrapassada e desprovida de força normativa, na medida em que a mentalidade que permeia uma sociedade no momento da promulgação de uma Constituição dificilmente será a mesma após anos ou décadas.

Entretanto, não se pode, de maneira alguma, tolerar a ausência de limites em um Estado Democrático de Direito, estando a mutação constitucional sujeita à normatividade da Constituição. É necessário, portanto, ainda que em processo informal de modificação, a preservação do princípio da supremacia da Constituição, a partir dos limites impostos pelo próprio texto semântico e pelo espírito da Constituição.

Pela leitura do texto constitucional, visualiza-se que o poder constituinte originário buscou estabelecer mecanismos de controle judicial repressivo de normas em abstrato com a possibilidade de o STF analisar a constitucionalidade de leis ou atos normativos primários, mediante provocação dos legitimados ativos, a partir do que o Senado Federal teria a incumbência de suspender a lei declarada inconstitucional por decisão definitiva da Corte. Desse modo, verifica-se que o constituinte considerou suficiente esses instrumentos para defender a supremacia da Constituição.

Portanto, vislumbra-se improcedente a tese da mutação constitucional do art. 52, inciso X, da CF/88, a qual, a partir da visão da doutrina crítica, reduziu a função do Senado Federal a de mero mensageiro, tornando-a obsoleta, ainda que se trate de

dispositivo hermético, o qual o texto evidentemente não abre margem a qualquer interpretação compatível com a de apenas dar publicidade à decisão exarada pelo STF.

Por essas razões e pelas demais fundamentações expostas no presente trabalho, em cordial respeito ao pensamento dissidente, notabiliza-se desarrazoada e imprópria a adoção da tese da abstrativização ou da objetivização do controle difuso no ordenamento constitucional pátrio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 17. Cf. também: AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: um atentado ao poder reformador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

ANDRÉ, Marcio. **STF muda sua jurisprudência e adota efeito vinculante de declaração incidental de inconstitucionalidade**. Dizer o Direito, 2017. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2017/12/stf-muda-sua-jurisprudencia-e-adota.html#:~:text=Em%20uma%20explica%C3%A7%C3%A3o%20bem%20simples,seja%2C%20efic%C3%A1cia%20erga%20omnes%20e> Acesso em: 26 out. 2022.

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

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed São Paulo: Saraiva, 2016.

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

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

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

BULOS, Uadi Lammêgo. **Da reforma à mutação constitucional**. Revista de informação legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 33, n. 129, p. 30, jan./mar. 1996. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176380>. Acesso em out. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. Trad. Aroldo P. Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COUTO, Mônica Bonnetti. **O Supremo Tribunal Federal e a repercussão geral no direito processual civil brasileiro**: notas de relevo. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Lisboa, ano 1, n. 5, 2012. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/05/2012_05_2557_2604.pdf. Acesso em: 26 out. 2022.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA. 2005.

DIDIER Jr, Fredie. **O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de constitucional*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

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

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

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

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

JUNIOR, Nelson Nery. **O Senado Federal e o controle concreto de constitucionalidade de leis e de atos Normativos Separação de poderes, Poder Legislativo e interpretação da CF 52 X**. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 47, n. 187, p. 197, jul./set. 2010. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198654> > Acesso em: 21 de out. de 2022.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.

MEDEIROS, Orione Dantas de. **O controle de constitucionalidade na constituição brasileira de 1988: do modelo híbrido à tentativa de alteração para um sistema misto complexo**. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 50, n. 200, p. 193, 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/502943>.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

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.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 10. ed. 2021.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, t. II.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional/ Marcelo Novelino**. - 16. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. **“Mutação à brasileira”: uma análise empírica do art. 52, x, da constituição**. Revista direito GV, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 606, jul-dez. 2014. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/snMjLdzqxN8w5R5YBdWznBC/?lang=pt#:~:text=52%2C%20X%2C%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%2C%20afeta%2C%20mesmo%20que,a%20comp et%C3%A7%C3%A3o%20que%20o%20art.>>. Acesso em: 26. out. 2022.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. **“Mutação à brasileira”: uma análise empírica do art. 52, x, da constituição**. Revista direito GV, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 597-614, jul-dez. 2014. ISSN 2317-6172. Disponível em: < <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/21682?show=full> >. Acesso em: 15. out. 2022.

SIQUEIRA, Oniye Nashara; BARUFI, Renato Britto; NETO, Zaiden Geraige. **A objetivação do controle difuso e os fundamentos da inaplicabilidade da mutação do art. 52, x da constituição federal**. Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania, n. 8, p. 1525, 12 dez. 2020. ISSN 2358-1557. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/2151>. Acesso em: 26 out. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir do “ontological turn”**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 89, p. 121-160, jan./jun., 2004.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, n. 7, p. 51, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72/72> Acesso em: 16 nov. 2022.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991

TORRES, Sylvia Amorim. et al. **A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE – ATUAL TENDÊNCIA DO STF**. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/633/1/TCCSYLVIATORRES.pdf> Acesso em: 26 out. 2022.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. **Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto**. Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000.

VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente**. Madrid: Tecnos, 1999.