

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL

Faculdade de Direito de Alagoas – FDA

MARINA DANTAS DOS ANJOS

**A TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE À LUZ DAS ADIs 3.406 E 3.470**

Maceió/AL.

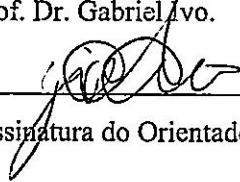
Abril/2021.

MARINA DANTAS DOS ANJOS

**A TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE À LUZ DAS ADIs 3.406 E 3.470**

Monografia de conclusão de curso, apresentada à
Faculdade de Direito de Alagoas (FDA/UFAL)
como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gabriel Ivo.


Assinatura do Orientador

Maceió/AL.

Abril/2021.

Catlogação na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto – CRB-4 – 1767

A599t Anjos, Marina Dantas dos.
A teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade à luz das ADIs 3.406 e 3.470 / Marina Dantas dos Anjos. – 2021.
76 f.

Orientador: Gabriel Ivo.
Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2021.

Bibliografia: f. 75-76.

1. Direito constitucional. 2. Controle da constitucionalidade. 3. Controle difuso de constitucionalidade. 4. Teoria da abstrativização. I. Título.

CDU: 341.231.4

MARINA DANTAS DOS ANJOS

A TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE À LUZ DAS ADIs 3.406 E 3.470

Esta monografia de conclusão de curso de graduação em Direito, apresentada à Faculdade de Direito de Alagoas (FDA/UFAL) como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, obteve a devida aprovação perante a presente banca examinadora.

Banca Examinadora:

THIAGO RODRIGUES DE PONTES BOMFIM-02473857431 Assinado em forma digital por THIAGO RODRIGUES DE PONTES BOMFIM-02473857431
Data: 2021.05.08 15:57:56 -0700

Presidente: Prof. Dr. Thiago Rodrigues de Pontes Bomfim

Mariana Rodrigues Gomes

Membro: Mestranda Mariana Rodrigues Gomes

Coordenador do NPE: Prof. Dr. Hugo Leonardo Rodrigues dos Santos

Maceió/AL.

Abril/2021.

RESUMO: A Constituição representa a norma suprema de um país, servindo de parâmetro a todo o ordenamento jurídico do Estado, de modo que quaisquer atos infraconstitucionais deverão encontrar-se em consonância com seu texto. Não obstante, não se pode olvidar que uma constituição não pode desconsiderar o contexto social no qual está inserido, sob pena de tornar-se obsoleta, desprovida de qualquer significado real. Neste sentido, surgem os mecanismos de alteração da constituição, sejam eles formais, através da reforma do texto constitucional por meio de emendas à Constituição, sejam informais, por meio das chamadas mutações constitucionais. Atualmente, verifica-se um discurso no sentido de mutação do art. 52, X, do texto de 1988 para fundamentar a aplicação da teoria da abstrativização no controle difuso exercido pelo STF, passando a conferir eficácia *erga omnes* a suas decisões. Neste contexto, o presente estudo objetivou analisar a possibilidade de enquadramento da teoria da abstrativização do controle difuso em sede de ação direta de inconstitucionalidade, partindo, para tanto, da análise das discussões no âmbito das ADIs 3.406/RJ e 3.470/RJ. A partir do estudo, concluiu-se pela impossibilidade de mutação do art. 52, X, da Constituição de 1988, para adoção da teoria da abstrativização no controle difuso, uma vez que esta se revelaria verdadeira mutação inconstitucional, tendo em vista que, ao promover a mudança pretendida da norma, restaria prejudicado o conteúdo do próprio texto constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Controle de Constitucionalidade. Controle Difuso. Impossibilidade de Enquadramento. Teoria da Abstrativização.

ABSTRACT: The Constitution represents the supreme rule of a country, served as a parameter to the entire legal system of the State, so that any infraconstitutional acts must be in line with its text. However, it cannot be overlooked that a constitution cannot disregard the social context in which it is inserted, under penalty of becoming obsolete, devoid of any real meaning. In this sense, mechanisms for altering the constitution arise, be they formal, through the reform of the constitutional text through amendments to the Constitution, or informal, through so-called constitutional changes. Currently, there is a discourse towards the mutation of art. 52, X, of the 1988 text to support the application of the theory of abstrativization in the diffuse control exercised by the STF, starting to confer efficacy *erga omnes* to its decisions. In this context, the present study aimed to analyze the possibility of framing the theory of abstraction of diffuse control in the context of direct action of unconstitutionality, based on the analysis of discussions within the scope of ADIs 3,406 / RJ and 3,470 / RJ. From the study, it was concluded that art. 52, X, of the 1988 Constitution, for the adoption of the theory of abstraction in diffuse control, since this would prove to be a true unconstitutional mutation, considering that, by promoting the intended change of the rule, the content of the constitutional text itself would be harmed.

KEYWORDS: Constitutional Law. Constitutionality Control. Diffuse Control. Impossibility of Framing. Theory of Abstrativization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	11
1.1 HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....	11
1.1.1 Constituição Imperial de 1824 e a Constituição Republicana de 1891.....	11
1.1.2 Constituição de 1934.....	13
1.1.3 Constituição de 1937.....	14
1.1.4 Constituição de 1946.....	15
1.1.5 Constituição de 1967.....	17
1.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988	17
1.2.1 Noções preliminares.....	17
1.2.1 A atuação do Poder Executivo no controle de constitucionalidade.....	19
1.2.3 A atuação do Poder Legislativo no controle de constitucionalidade.....	21
1.3 CONTROLE CONCENTRADO, POR VIA PRINCIPAL, ABSTRATO E SEUS EFEITOS.....	22
1.4 O CONTROLE DIFUSO, CONCRETO, POR VIA INCIDENTAL E SEUS EFEITOS.....	27
1.4.1 Noções gerais.....	27
1.4.2 Da análise da arguição de inconstitucionalidade em sede de controle difuso.....	29
1.5 O PAPEL DO SENADO NO CONTROLE DE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	31
1.5.1 Contexto histórico da participação do Senado Federal em sede de controle de constitucionalidade.....	31
1.5.2 Características da Resolução senatorial no controle difuso.....	31
1.5.3 Da finalidade do papel do Senado no controle de constitucionalidade difuso.....	33
2 DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	34

2.1	DO LIAME ENTRE DINAMISMO E ESTABILIDADE CONSTITUCIONAL.....	35
2.1.1	A reforma da Constituição - Poder constituinte reformador.....	36
2.1.2	O poder constituinte difuso e a mutação constitucional.....	40
2.2	ORIGEM.....	40
2.3	A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	41
2.4	CARACTERÍSTICAS.....	42
2.5	LIMITES À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	44
2.6	MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL POR VIA DE COSTUME.....	45
2.7	MUTAÇÕES INCONSTITUCIONAIS.....	47
2.7.1	Mutações manifestamente inconstitucionais.....	47
2.7.2	Dos processos anômalos de mudança da Constituição.....	48
3	DA SUPOSTA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X DA CRFB/88: ANÁLISE DOS EFEITOS DAS ADIs 3.406 E 3.470 PERANTE O STF.....	50
3.1	ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO.....	50
3.2	CASO CONCRETO – POSICIONAMENTO DOS MINISTROS ACERCA DO TEMA.....	52
3.2.1	Impossibilidade de enquadramento da teoria da abstrativização do controle difuso em sede de ação direta de inconstitucionalidade.....	60
3.2.2	Teoria da transcendência dos motivos determinantes como alternativa plausível.....	62
3.3	DA (IM)POSSIBILIDADE DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	64
3.3.1	O Supremo Tribunal Federal como legislador negativo.....	65
3.3.2	O princípio da separação dos poderes e a mutação inconstitucional.....	66
3.4	PRECEDENTE IMPORTANTE: RECLAMAÇÃO Nº 4335/AC.....	69
	CONCLUSÕES.....	72
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	75

INTRODUÇÃO

O termo Constituição pode ser conceituado de diversas formas, que variam de acordo com o prisma adotado por quem está analisando o que representa o texto constitucional. Assumindo diferentes prismas, a Lei Maior de um Estado pode ter diversos significados, representando desde a opção política de quem detém o Poder Constituinte, até uma folha de papel em branco, desprovida de qualquer significado, caso não reflita as forças sociais detentoras do poder constituinte. Desse modo, as diversas definições de “constituição” dependem diretamente do sentido adotado, que pode ser sociológico, político, material, formal, entre outros.

Não obstante a variedade de acepções possíveis, tendo em conta o objeto do nosso estudo, interessa-nos o sentido jurídico de Constituição. Na seara jurídica, pode-se dizer que Constituição representa a norma suprema, que serve de parâmetro a todo o ordenamento jurídico de um Estado, de modo que quaisquer normativos infraconstitucionais deverão se alinhar aos preceitos do Texto Maior. Disso decorre a importância da preservação da norma constitucional, representada por sua rigidez, bem como da manutenção do ordenamento no sentido de expulsar dele quaisquer normas que não se encontrem alinhadas com o texto supremo. Em outras palavras, impõe-se a necessidade de um procedimento mais rígido à sua alteração, tendo em vista ser ela a norma suprema, não se submetendo aos anseios dos legisladores infraconstitucionais, mas, pelo contrário, impondo a esse o dever de observar os preceitos constitucionais. Concomitantemente, visando a preservação da harmonia entre o ordenamento jurídico, faz-se necessária a criação de mecanismos capazes de analisar possíveis violações, ao texto constitucional, ocasionadas por normas infraconstitucionais, as quais deverão, caso constatada a inconstitucionalidade, serem extirpadas do ordenamento.

A análise da consonância das normas infraconstitucionais aos preceitos constantes da Constituição ocorre por meio do chamado controle de constitucionalidade. Esse tipo de controle só começou a ser exercido pelo Poder Judiciário brasileiros a partir do ano de 1890, com a Constituição Provisória de 1890 e com o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. Desde então, observou-se um longo processo evolutivo até a Constituição de 1988, que, aperfeiçoando os sistemas antecessores, admitiu o modelo híbrido nos moldes atualmente conhecidos, combinando o controle por via incidental e difuso e o controle por via principal e concentrado.

Não obstante a importância do Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade, não se pode olvidar que os demais Poderes, em decorrência do princípio

da separação dos poderes, também atuam no sentido de coibir a vigência de normas inconstitucionais, o que ocorre dentro dos limites de sua competência. Contudo, é inegável que a maior contribuição para este controle seja, de fato, do Poder Judiciário.

Em se tratando das formas de atuação do Poder Judiciário para o controle de constitucionalidade, vale mencionar que existem duas hipóteses. A primeira delas, através do controle abstrato/concentrado de constitucionalidade, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, e que ocorre através de uma ação especial e direta que veicula a questão constitucional como objeto principal da demanda. A segunda hipótese de controle é aquela consubstanciada no controle de constitucionalidade difuso, de competência das demais instâncias do judiciário, decorrente da não obrigação de aplicar norma que repute inconstitucional. Aqui, a análise da possível inconstitucionalidade ocorre no curso da demanda judicial concreta, como incidente dela, ou seja, depende da existência de um litígio judicial e, neste caso, uma das partes suscita a inconstitucionalidade de determinada norma específica. Assim, o juiz julga monocraticamente a questão, incidentalmente e originariamente, deixando de aplicar a norma considerada inconstitucional no caso concreto, ou seja, às partes do litígio.

Não obstante a necessidade de evitar qualquer ingerência de normas infraconstitucionais no Texto Maior, não se pode olvidar de que o texto constitucional não pode ser rígido ao ponto de restar estagnado ante às mudanças sociais, sob pena de tornar-se obsoleto em pouco tempo. Deste imperativo de acompanhar a evolução social, infere-se a necessidade de adaptação das normas constitucionais ao cenário social contemporâneo, decorrendo, daí, o fenômeno conhecido como mutação constitucional.

A mutação constitucional não decorre de previsão normativa que a determine, pelo contrário, trata-se de processo informal atinente à mudança do significado, do sentido e do alcance do texto constitucional, corolário de processos lentos, das transformações sociais, e da manifestação do poder constituinte difuso, exercitado através de mecanismos informais, desde que não contrariem os preceitos da própria Constituição, sob pena de “mutação inconstitucional”.

O tema da mutação constitucional mantém relação com as discussões ocorridas no seio dos julgamentos das ADIs 3.406/RJ e 3.470/RJ, oportunidade em que fora sustentada a possibilidade de se configurar a mutação constitucional do artigo 52, X, que atribui competência ao Senado Federal de suspender a execução de norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade difuso, conduzindo-nos à teoria da

abstrativização do controle difuso. Segundo esta teoria, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso de constitucionalidade, são dotadas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, sem a necessidade de participação do Senado Federal no sentido de conferir suspensão da execução dessa norma declarada inconstitucional.

É este, pois, o objeto do presente trabalho. Busca-se, a partir do presente estudo, analisar a possibilidade de enquadramento da teoria da abstrativização do controle difuso em sede de ação direta de inconstitucionalidade, partindo, para tanto, da análise das discussões no âmbito das ADIs 3.406/RJ e 3.470/RJ, e refletindo acerca da participação do Senado Federal no processo de controle de constitucionalidade, bem como das implicações de eventual adoção desta teoria no plano da separação dos poderes.

O trabalho foi dividido em três capítulos. O primeiro deles, intitulado “O controle de constitucionalidade”, parte de uma análise da evolução do tratamento dispensado ao tema desde a Constituição Imperial de 1824 até chegar ao Texto de 1988, que instituiu um sistema de controle mais complexo. Neste exame, busca-se salientar as principais diferenças entre o sistema instituído por uma constituição e outra, sobretudo quanto à função de cada Poder. Ao analisar a questão sob a luz da Constituição vigente, busca-se salientar os aspectos mais importantes de cada tipo de controle, aprofundando o estudo no que diz respeito ao controle difuso de constitucionalidade, este sim objeto do presente trabalho.

O segundo capítulo, “Da mutação constitucional”, vem acrescentar informações sobre o fenômeno de alteração informal das normas constitucionais. Inicialmente, buscou-se, através do segundo capítulo, demonstrar o liame entre dinamismo e estabilidade do texto constitucional, passando a pontuar as principais divergências entre reformas constitucionais, procedimentos previstos expressamente pelo Texto, e mutação constitucional, mudanças informais atinentes ao alcance da norma, pontuando, para tanto, as características de um e de outro fenômeno. Por fim, ressalta-se a importância de se observar os limites normativos à mutação do texto constitucional, demonstrando a possibilidade real de se praticar uma mutação inconstitucional, caso estes limites sejam ultrapassados.

Finalmente, no terceiro e último capítulo, intitulado “da suposta mutação constitucional do art. 52, x da CRFB/88: análise dos efeitos das ADIs 3.406 e 3.470 perante o STF.”, faz-se a análise das questões suscitadas no âmbito do julgamento destas ações no sentido de verificar se é possível ou não considerar a mutação constitucional do artigo 52, X, adotando, para isso, a teoria da abstrativização do controle difuso. Para tanto, parte-se dos argumentos apresentados

pelos Ministros atinente à sustentação de uma suposta mutação constitucional em relação ao referido dispositivo. Na sequência, destaca-se os principais pontos da teoria da abstrativização do controle difuso para, só então, discutir um possível enquadramento da teoria da abstrativização do controle difuso em sede de ação direta de inconstitucionalidade. E, finalmente, tratar da postura do Poder Judiciário, especificamente do STF, ante o caso concreto, e dos possíveis reflexos dessa postura adotada no que pertinente ao princípio da separação dos Poderes.

1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Antes de adentrarmos no tema principal do presente estudo, a saber, a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e a problemática da possível mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição da República, se faz necessária a construção de um arcabouço teórico acerca de assuntos tangenciais ao objeto em questão. Desse modo, o presente capítulo buscará analisar como se construiu o controle de constitucionalidade no Brasil, salientando não só a evolução normativa atinente ao tema, como também analisando, de forma mais detida ou superficial, a depender da importância da matéria para o objeto de estudo, as espécies e os respectivos procedimentos adotados no controle de constitucionalidade.

1.1 HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

1.1.1 Constituição Imperial de 1824 e a Constituição Republicana de 1891

Sob a égide da Constituição Imperial de 1824, havia-se instituído quatro Poderes: Poder Judiciário, Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Moderador, conforme o artigo 10^o do texto constitucional. Aqui, era conferido ao Poder Legislativo – na figura da Assembleia Geral - o dever de elaboração, de interpretação, de suspensão e de revogação das leis, conforme dicção do artigo 15, VIII, da Carta², ficando ao encargo do Imperador, no papel de Poder Moderador, estabelecer o equilíbrio entre os três poderes³, a quem incumbia exercer o controle das atividades dos demais poderes.

Dessa forma, a figura do magistrado era desprestigiada, uma vez que sua atividade ficava limitada à reprodução do texto da lei, sendo-lhe negada a possibilidade de interpretar, suspender ou revogar uma norma, e, conseqüentemente, fazer qualquer tipo de controle quanto a constitucionalidade dela. Percebe-se, com isso, que o seu papel de atuação era extremamente restrito, já que o Poder Legislativo detinha a acunha de guardião da Constituição, conforme o art. 15, IX⁴. Conforme destaca Luiz Guilherme Marioni, a origem desses valores data a Revolução Francesa e a Constituição de 1790, que impedia a interpretação judicial, exigindo-

¹Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.

²Art. 15. E' da attribuição da Assembléa Geral - VIII. Fazer Leis, interpretal-as, suspendel-as, e rovogal-as.

³FERNANDES, Bernado Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. Salvador: Juspdvim, 2015, p.1167.

⁴ Art. 15. E' da attribuição da Assembléa Geral - IX. Velar na guarda da Constiuição, e promover o bem geral da Nação.”

se que, na dúvida, o juiz recorresse a uma Comissão Legislativa⁵, dada a rigidez desse modelo de separação de poderes que era adotado na época.

É bem verdade que o controle de constitucionalidade só começou a ter espaço no Brasil após a Proclamação da República. Assim, na República, o controle de constitucionalidade deu seus primeiros passos a partir da Constituição Provisória de 1890 e do Decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890. Conforme ensinamento de Uadi Lammêgo Bulos, naquele momento, o primeiro esboço do controle de constitucionalidade podia ser observado com a fiscalização da constitucionalidade das normas realizado pela magistratura federal, havendo provocação das partes⁶. Desse modo, inicia-se o processo de sucessão entre Poder Moderador e do monopólio sobre a apreciação das normas exercido pelo Poder Legislativo.

A Constituição Republicana de 1891 foi a primeira incorporar, de maneira expressa no seu texto, o controle de constitucionalidade, mais precisamente nos artigos 59 e 60. Quanto ao conteúdo desses dispositivos, o art. 59, II, da Constituição da época previu a possibilidade de recurso perante o Supremo Tribunal Federal das decisões dos Juízes e Tribunais Federais, enquanto o §1º, *a e b*, desse mesmo artigo disciplinou o recurso específico das sentenças das Justiças dos Estados em última instância⁷. O art. 60, *a*, por sua vez, tratou da competência dos Juízes ou Tribunais Federais para processar e julgar “as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal”.

O texto constitucional de 1891 foi concebido sob forte influência da doutrina da *judicial review* norte-americana e, com efeito, foi introduzido o controle difuso de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, essa incorporação não fora por completa, a exemplo dos efeitos das decisões proferidas nos casos concretos, que no Brasil tem o condão de afastar sua incidência da lei ou ato normativo primário especificamente na lide em questão. Por outro lado, no modelo norte-americano, a Corte Constitucional possui competência para prolatar decisão sobre a (in)constitucionalidade de lei ou ato normativo com força vinculante sobre todas as instâncias do judiciário.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1246.

⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 201-2.

⁷ Art. 59 - À Justiça Federal compete: (...) II - julgar em grau de recurso as questões excedentes da alçada legal resolvidas pelos juízes e tribunais federais;

§ 1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a vigência ou a validade das leis federais em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar aplicação; (...) b) quando se contestar a validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas;

Destarte, em que pese as diferenças indiscutíveis entre os modelos brasileiro e norte-americano, adotou-se o modelo de fiscalização incidental/difuso da constitucionalidade de lei ou ato normativo primário. Dessa maneira, apesar das pequenas alterações que se sucederam ao decorrer das novas Constituições, a fórmula permaneceu substancialmente a mesma, alcançando a Constituição de 1988.⁸

1.1.2 Constituição de 1934

A Constituição do Brasil de 1934 manteve o controle de constitucionalidade difuso e passou a reconhecer a possibilidade de atribuição dos efeitos *erga omnes* à decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Poder Judiciário em controle difuso, através da atuação do Senado Federal no sentido de suspender a eficácia de uma lei ou ato normativo primário, consoante art. 91, IV, daquela Carta. Destaca-se que essa novidade legislativa é de suma importância para o presente trabalho, uma vez que a problemática ora proposta gira em torno desse papel dado pela Constituição Federal ao órgão político.

Outro ponto que merece destaque do texto constitucional diz respeito à instituição da “reserva de plenário” (destaca-se que essa expressão não era utilizada à época), afigurando-se que “só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público” (art. 179). Ou seja, de acordo com esse instituto, só será possível o afastamento da aplicação de determinado ato através da decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal ou Órgão Especial. Com isso, objetiva-se atribuir maior segurança jurídica às declarações de inconstitucionalidade.⁹ É neste sentido o ensinamento de Luís Roberto Barroso, que afirma: “No tocante ao controle incidental e difuso, a Constituição de 1934 passou a exigir o voto da maioria absoluta dos membros dos tribunais e previu a suspensão pelo Senado Federal da lei ou ato declarado inconstitucional”.¹⁰

Ademais, com a Constituição de 1934 foi dado o primeiro passo para a introdução do modelo de controle concentrado no Brasil, de competência do Supremo Tribunal Federal, qual seja, a representação interventiva. Se por um lado ainda não é possível afirmar que esta Constituição contava com um mecanismo próprio de controle de constitucionalidade, por outro, o poder constituinte da época deixou clara sua preocupação em criar institutos que concedessem

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 61.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1248.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 61.

uma análise da constitucionalidade em tese – em face de princípios sensíveis do Texto Constitucional – de atos normativos infraconstitucionais estaduais. Sobre esse dispositivo, interessa mencionar as lições do Ministro Gilmar Mendes:

Talvez a mais fecunda e inovadora alteração introduzida pelo Texto Magno de 1934 se refira à “declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal”, tal como a denominou Bandeira de Mello, isto é, a representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República, nas hipóteses de ofensa aos princípios consagrados no art. 7º, I, *a a h*, da Constituição. [...] Advirta-se, porém, que não se tratava de formulação de um juízo político, exclusivo do Poder Legislativo, mas de um exame puramente jurídico.¹¹

Por fim, manifesta-se digna de menção a questão da participação exercida pelo Procurador-Geral da República no controle de constitucionalidade mencionado, afinal, infere-se daí a preocupação do constituinte no ideal de “fiscalização” de atuação de cada Poder integrante da organização política-jurisdicional do Estado. Ora, esse zelo na manutenção da harmonia entre os Poderes nada mais é que a manifestação do ideal de freios e contra pesos, doravante a criação de mecanismos jurídicos que removessem do domínio exclusivo do Poder Legislativo a competência para avaliar a constitucionalidade – conseqüentemente a sua compatibilidade no ordenamento jurídico – dos atos normativos, inclusive os de sua própria autoria. De toda maneira, mesmo com as Constituições que se sucederam, o Poder Legislativo ainda conserva esta competência, embora com suas novas particularidades, dentre as quais seu exercício preventivo, ou seja, realizado num momento anterior à aprovação, publicação e vigência das normas de sua competência.

1.1.3 Constituição de 1937

A Carta de 1937 representou, de todas as maneiras, um verdadeiro retrocesso ao sistema de controle de constitucionalidade, uma vez que sua marca era incontestavelmente centralizadora e autoritária, corolário de um período político cruel do constitucionalismo brasileiro.

Nessa conjuntura, a ideia de separação dos Poderes estava sendo mitigada, tendo em vista que o Poder Executivo se sobressaía em detrimento dos demais, ocasionando o enfraquecimento do Legislativo e Judiciário. Menciona-se, a título de exemplo, o art. 73 desta Carta, que revela o momento político-jurisdicional da época: “O Presidente da República, autoridade suprema do Estado, coordena a atividade dos órgãos representativos, de grau

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1087.

superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional, e superintende a administração do País”.

O texto de 1937 manteve, na essência, o modelo de controle de constitucionalidade anteriormente instaurado, uma vez que não introduziu nenhuma modificação ao controle difuso (art. 101, III, *b e c*, desta Carta), preservando, também, a exigência de *quórum* específico para às declarações de inconstitucionalidade (art. 96)¹². Entretanto, acrescentou no art. 96, o parágrafo único, que proclamava que “no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”.

Essa inserção do Poder Executivo – nos moldes propostos à época – na fiscalização da compatibilidade normativa-constitucional, representou um verdadeiro retrocesso ao sistema de freios e contrapesos, já que devolvia ao Poder Legislativo o condão de “reviver” lei anteriormente declarada inconstitucional, o que, decerto anulava o papel exercido pelo judiciário.

Convém mencionar, ainda, que nesta Constituição fora excluída a possibilidade do Senado Federal se manifestar no sentido de suspender a execução, no todo ou em parte, de ato normativo declarado inconstitucional através do controle difuso de constitucionalidade. Dessa forma, inexistia instrumento de pudesse conferir efeito *erga omnes* e vinculantes para as eventuais declarações de inconstitucionalidade, restringindo os efeitos à lide em comento.

1.1.4 Constituição de 1946

A Constituição de 1946 retomou às origens inspiradas no modelo norte-americano de controle de constitucionalidade, sendo mantido o sistema difuso-incidental de 1891. O Poder Judiciário reconquistou a sua importância, sendo-lhe devolvida a última palavra em questões de natureza constitucional. Além disso, fora devolvido ao Senado Federal a possibilidade de ampliação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF (art. 64, desta Carta)¹³.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1088.

¹³ Art. 64 - incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, o Texto Magno de 1946 atribuiu uma nova configuração à representação interventiva – que posteriormente passou a ser conhecida como ação direta de inconstitucionalidade. Aduz o art. 7º, VII que não haverá intervenção do Governo Federal nos Estados, salvo (dentre outras coisas) para¹⁴:

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios:

- a) forma republicana representativa;
- b) independência e harmonia dos Poderes;
- c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes;
- d) proibição da reeleição de Governadores e Prefeitos, para o período imediato;'
- e) autonomia municipal;
- f) prestação de contas da Administração;
- g) garantias do Poder Judiciário.

Logo em seguida, preconiza o art. 8º, parágrafo único¹⁵:

Art 8º - A intervenção será decretada por lei federal nos casos dos nº s VI e VII do artigo anterior.

Parágrafo único - No caso do nº VII, o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção.

Da leitura dos dispositivos acima transcritos, observa-se a titularidade exercida pelo Procurador-Geral da República para representar a inconstitucionalidade em face de violação aos princípios supracitados. Ademais, neste contexto, tem-se como condicionamento da decretação de intervenção federal – por violação aos princípios constitucionais estabelecidos – o reconhecimento, pelo STF, da efetividade dessa ofensa, ou seja, o Supremo analisa os argumentos que levaram a constatação da existência de inconstitucionalidade do ato normativo, para declarar sua inconstitucionalidade e somente assim dar ensejo à intervenção.

Essa manifestação chegou ao patamar de maior proximidade ao modelo de controle concentrado, destacando o papel fundamental do Supremo Tribunal Federal no tocante aos exames definitivos de conformidade dos atos normativos e a Constituição, porquanto deixou garantida a exclusividade deste Tribunal para o julgamento em abstrato das normas estaduais face ao Texto Constitucional.

Ainda sobre esse tema, a Emenda Constitucional nº 16/65 à Constituição de 1946 trouxe consigo o controle de constitucionalidade concentrado das leis ou atos normativos no sistema jurídico brasileiro. Instituiu a representação de inconstitucionalidade como mecanismo de fiscalização abstrata e concentrada no Supremo Tribunal Federal. Aqui, objetiva-se,

¹⁴ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1937)**. Brasília: Senado Federal de 1937. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 19 mar. 2021.

¹⁵ *Ibidem*.

precipuaente, a análise da norma constitucional desvinculada de qualquer interesse pessoal. A legitimidade para a propositura dessa ação continuou sendo restrita ao Procurador Geral da República. Ademais, a decisão final proferida pela Corte era dotada de eficácia contra todos (*erga omnes*). Por fim, em decorrência dessas alterações, tinha-se, concomitantemente, a atuação desses dois sistemas, quais sejam, o controle concreto/difuso e controle concentrado/abstrato.

1.1.5 Constituição de 1967

A Constituição de 1967 não trouxe nenhuma inovação, seja positiva ou negativa. A Emenda nº 1, de 1969 (considerada por muitos uma própria Constituição), manteve e consagrou o modelo híbrido brasileiro de controle de constitucionalidade, ampliando a representação interventiva, delegada ao Procurador Geral da República, de maneira a proteger os princípios sensíveis (art.10, VII, desta Carta) e também de prover a execução de lei federal, conforme o art. 10, VI, (1ª parte)¹⁶.

Importa mencionar a Emenda Constitucional nº 7 de 1977, que possibilita que o Supremo Tribunal Federal aprecie pedidos cautelares inclusos nas representações opostas pelo Procurador Geral da República, tendo como consequência uma possível suspensão cautelar da norma impugnada, cuja constitucionalidade é objeto de análise da Corte.

1.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

1.2.1 Noções preliminares

A Constituição de 1988 aperfeiçoa os sistemas até então existentes, utilizando-se de um modelo híbrido que combina o controle por via incidental e difuso (sistema norte-americano) – presente desde o início da República - e o controle por via principal e concentrado (sistema austríaco) no ordenamento jurídico brasileiro, o que amplia significativamente os mecanismos de proteção judicial.

No que concerne ao controle difuso de constitucionalidade, sua força permanece inalterada. A partir da figura do recurso extraordinário, decorre a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade pelos magistrados de primeiro grau e tribunais¹⁷. Além disso, como

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1094.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 63.

inovação trazida pelo poder constituinte de 1988, o recurso extraordinário passa a ter seu âmbito de aplicação reduzido às questões constitucionais, conforme art. 102, III, *a, b, c e d*, da CRFB/88.¹⁸ Nessa esteira, é acrescido destaque ao Superior Tribunal de Justiça, na medida que a ele é confiado – através da interposição do recurso especial – a decisão nos casos de conflito entre o direito estadual e o direito federal ordinário (art. 105, III, *a, b, c e d*, da CRFB/88).

Ainda assim, tem-se como grande inovação e destaque advindo dessa Carta Maior o fortalecimento do controle concentrado/abstrato de constitucionalidade, que, indo de encontro ao que preceituado pelas Constituições antecessoras, cria a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo primário federal ou estadual, bem como a extinção do monopólio do Procurador Geral da República, com a ampliação do rol de legitimados ativos para a propositura da ação. Dessa maneira, o PGR passa a ser um entre os demais legitimados possíveis elencados no art. 103 e incisos da CRFB/88, que são: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Sobre o fortalecimento do controle concentrado, importantes apontamentos são suscitados pelo Min. Gilmar Mendes:

Tal fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação, e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento *de correção* do sistema geral incidente.

Não é menos certo, por outro lado, que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial – ainda que não desejada – no modelo de controle de constitucionalidade então vigente no Brasil.¹⁹

Ao lado do aumento do rol de legitimados ativos, acresceram-se também ações especiais e diretas²⁰ do controle abstrato, principalmente a partir da Emenda Constitucional nº 3 de 1993, que instituiu a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), para fazer parte do catálogo já existente, que incluía

¹⁸ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.”

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1104.

²⁰ JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 285.

a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e a representação de inconstitucionalidade (ADI Interventiva), substitutos constitucionais da anterior Representação de Inconstitucionalidade²¹, hoje trata do controle abstrato de constitucionalidade estadual.

Nesse ínterim, é certo constatar que a Carta Maior outorga ao Supremo Tribunal Federal um papel importantíssimo na guarda do texto constitucional, uma vez que, com a força do controle abstrato e o alargamento da sua legitimação, amplia-se a participação da Corte Superior nas controvérsias constitucionais relevantes. Ademais, a decisão final proferida em controle abstrato de constitucionalidade pelo STF tem efeitos vinculantes tanto em detrimento das demais instâncias do judiciário, quanto da administração pública direta ou indireta, federal, estadual ou municipal. Por isso, levando-se em consideração a celeridade processual deste modelo de controle, que permite a suspensão imediata da eficácia do ato normativo questionado, através de medida cautelar, chancela-se essa tendência adotada pelo constituinte de 1988 de privilegiar a palavra final da Corte Superior em questões de natureza constitucional. Soma-se isso ao fato de não ser possível excluir determinado ato normativo incompatível com a Constituição através do controle difuso. No máximo, tem-se a suspensão da execução, no todo ou em parte, pelo Senado Federal, em ato discricionário deste órgão político.

Por outro lado, apesar do modelo brasileiro adotar precipuamente a fiscalização da inconstitucionalidade com a outorga da palavra definitiva acerca da interpretação da Constituição aos órgãos do Poder Judiciário, impende mencionar que o controle de constitucionalidade não é realizado somente por este Poder. Na verdade, tanto ao Poder Executivo, quanto ao Poder Legislativo, dentro dos limites próprios de sua atuação, são-lhes conferidas algumas hipóteses relevantes no controle de constitucionalidade.

1.2.2 A atuação do Poder Executivo no controle de constitucionalidade

Conforme informado no tópico anterior, não detém o Poder Judiciário a competência exclusiva para efetuar o controle de constitucionalidade. É bem verdade que esse exercício pode se dar através de órgão político, que, à mercê do seu papel conferido pelo próprio texto constitucional, faz a análise da constitucionalidade do ato normativo em face da Constituição.

²¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. Salvador: Editora Juspodvim, 2015, p. 1171.

Afinal, todos os Poderes interpretam a Carta Maior e possuem o dever de assegurar o seu cumprimento.²²

Quanto ao Poder Executivo, a sua atuação é verificada no poder de veto, previsto no art. 66, §1º, da CRFB/88. Explico. O processo legislativo comum possui nuances próprias, e uma das fases desse procedimento é a remessa do projeto de lei que foi aprovado pelo legislativo ao Chefe do Poder Executivo para que este proceda com a sanção ou veto. No âmbito nacional, o Presidente da República poderá sancionar o projeto e convertê-lo em lei ou vetá-lo, no todo ou em parte. Assim, quando essa autoridade verifica alguma inconstitucionalidade no projeto apresentado deverá vetá-lo, total ou parcialmente, de modo que o impeça de ingressar eivado de inconstitucionalidade no ordenamento jurídico, esse é o veto jurídico. Por outro lado, ainda existe a modalidade de veto que se justifica na contrariedade ao interesse público, este denominado veto político. Considera-se controle preventivo de constitucionalidade o veto jurídico, por este decorrer da verificação da compatibilidade do projeto de lei em face da Constituição.

Questão controversa se instaura na possibilidade de os órgãos do Poder Executivo deixarem de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional. Anteriormente à Constituição de 1988, a questão era pacificada no sentido de ser conferido e, conseqüentemente, legítimo ao Chefe do Executivo deixar de aplicar uma lei que considerasse inconstitucional. Entretanto, com o advento da Carta de 1988, questionou-se esse poder reconhecido ao Executivo, por considerá-lo desnecessário, tendo em vista que o novo texto eliminou o monopólio do Procurador Geral da República para a propositura da ação do controle concentrado, inserindo tanto o Presidente da República, quanto o Governador de Estado e do Distrito Federal (art. 103, I e V, CRFB/88) no rol de legitimados ativos da ação direta de inconstitucionalidade. Ou ainda que essa prerrogativa fosse garantida somente ao Prefeito, já que este não figura como legitimado no art.103. Todavia, esse entendimento ainda não foi superado, de maneira que se milita para que o Chefe do Executivo deixe de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional, em respeito à supremacia constitucional²³. Ademais, nada o impede de propor uma ADI em face dessa norma contestada.

²² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 66.

²³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 67.

1.2.3 A atuação do Poder Legislativo no controle de constitucionalidade

Cuida-se aqui da participação do Poder Legislativo, enquanto órgão político, no controle de constitucionalidade brasileiro. Nesse sentido, destaca-se o pronunciamento da Comissão de Constituição e Justiça, nos termos do art. 58 da Constituição da República, que possui a função de verificar a compatibilidade das propostas de emenda constitucional e dos projetos de lei, em face do texto constitucional. Além disso, poderá o Congresso Nacional rejeitar o veto, seja parcial ou total, do Poder Executivo – ainda que tenha sido alegada a inconstitucionalidade na sua fundamentação -, desde que o ato presidencial seja apreciado em sessão conjunta, com a maioria dos deputados e senadores, conforme o disposto no art. 66, § 4º, da CRFB/88.

Outro ponto que merece destaque diz respeito à questão da sustação de ato normativo decorrente do Executivo que exorbite do poder regulamentar ou dos limites previstos na delegação legislativa, na forma do art. 49, V, da Constituição. Do mesmo modo, observa-se na Medida Provisória que afronta o texto constitucional ou não preenche o requisito de relevância e urgência que justifica a sua edição, de acordo com o disposto no art. 62, § 5º, da Carta Maior. Nesse caso, poderá o Poder Legislativo negar eficácia e sustar os efeitos produzidos pela MP²⁴.

Dando seguimento às atribuições conferidas ao Poder Legislativo no âmbito do controle de constitucionalidade, há de se destacar a possibilidade conferida ao parlamentar de impetrar Mandado de Segurança, de competência originária do Supremo Tribunal Federal, cujo objeto será a constitucionalidade de um projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional. Ou seja, é um instrumento garantidor do devido processo legislativo, de acordo com os ditames constitucionais. Tem-se aqui um controle preventivo judicial de constitucionalidade.

Nesse caso, a jurisprudência reforça que o cabimento desse remédio constitucional se restringe a situações específicas, como a questão do projeto de emenda constitucional que viola cláusula pétrea e no cenário de desconformidade, de projeto de lei ou projeto EC, com o processo legislativo²⁵. Essa limitação se justifica, principalmente, no cuidado de evitar que o STF atue de maneira indevida numa atividade específica do Poder Legislativo.

É interessante notar, mais uma vez, a importância exercida pelo Supremo Tribunal Federal no papel de guardião do texto constitucional. É bem verdade que essa breve exposição das atribuições do Executivo e Legislativo teve como objetivo precípuo asseverar que, em que

²⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. Salvador: Editora Juspodvim, 2015, p. 1661.

²⁵ BRASIL, STF. MS 20.257, Rel. Min. Moreira Alves, RT, DJ 8-10-1980

pese lhes serem garantidas ferramentas de atuação nesse sentido, ainda assim, tem-se o STF como órgão competente a proferir decisões em definitivo acerca da compatibilidade das normas com a Constituição, tendo em vista que, mesmo nas ferramentas dadas a esses Poderes, a regra geral é a subordinação à análise da Corte para que surtam efeitos.

Outro ponto importante, que está diretamente ligado à problemática deste trabalho, reside no fato de que mesmo nas declarações de inconstitucionalidades decorrentes do controle difuso em que o Senado Federal proceda com a suspensão da execução da norma em comento, não poderá este órgão político modificar o mérito da decisão final proferida pelo Supremo Tribunal Federal, porquanto seu papel constitucional restringe-se à suspensão ou não da norma impugnada, por ato discricionário. Sobre essa questão, serão dedicados tópicos próprios.

1.3 CONTROLE CONCENTRADO, POR VIA PRINCIPAL, ABSTRATO E SEUS EFEITOS

Sem esgotar em demasia esse tema fundamental para compreensão do controle de constitucionalidade brasileiro - uma vez que não é o foco do presente trabalho -, menciona-se os aspectos fundamentais do controle abstrato/concentrado, com o objeto de promover uma visão mais ampla dessa modalidade.

O controle concentrado de constitucionalidade de leis ou atos normativos primários federais ou estaduais é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Ele é realizado através de uma ação especial e direta que veicula a questão constitucional como objeto principal da demanda. Assim, o “controle de constitucionalidade por ação direta ou por via principal, conquanto também seja jurisdicional, é um exercício atípico de jurisdição, porque nele não há litígio ou situação concreta a ser solucionada mediante a aplicação da lei pelo órgão julgador”²⁶ ou seja, não existe nenhum caso concreto envolvendo partes nem direitos subjetivos a serem pleiteados. Tem-se uma ação objetiva, que instaura um processo objetivo, através do qual será analisada a questão constitucional.

Possui legitimidade ativa restrita, por se tratar de um processo específico destinado ao controle abstrato das normas jurídicas. Não se admite desistência, uma vez instaurada a ação. Além disso, descabe, inclusive, a arguição de suspeição, não se permitindo a intervenção de terceiros, em qualquer uma de suas modalidades. Por outro lado, é cabível a assistência entre

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 120.

os próprios legitimados ativos, sendo exceção aquele que estiver compondo o caso concreto como parte ré. Por fim, não cabe ação rescisória.²⁷

No Brasil, o controle concentrado de constitucionalidade é realizado através de cinco hipóteses previstas taxativamente na Constituição da República. Sendo elas: ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, inciso I, alínea "a", da CRFB/88); ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, inciso I, alínea "a", da CRFB/88); ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, da CRFB/88); arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §2º, da CRFB/88) e; representação de inconstitucionalidade no âmbito estadual (art. 125, §2º, da CRFB/88).

O controle é concentrado porque o seu exercício é exclusivo do Supremo Tribunal Federal ou dos Tribunais de Justiça dos Estados-membros e Distrito Federal. Além disso, é principal porque a sua propositura está condicionada à utilização de ações específicas, realizadas por um processo específico, através de um rol taxativo de legitimados ativos²⁸.

A *ação direta de inconstitucionalidade* foi criada com a Emenda Constitucional nº 16 de 1965, à Constituição de 1946, então vigente na época. Foi definida como uma representação de lei ou ato normativo primário federal ou estadual, de legitimidade do Procurador Geral da República para julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. Com o advento da Constituição de 1988, passou a ser denominada ação direta de inconstitucionalidade, tendo previsão expressa no art. 102, inciso I, alínea "a", da CRFB/88. A sua finalidade é fazer uma defesa genérica de todas as normas constitucionais, ou seja, tem o condão de retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo primário federal ou estadual que viole a ordem constitucional.

Convém destacar que os atos normativos devem ser contemporâneos ao parâmetro constitucional de controle, isso porque a jurisprudência entende que lei ou atos normativos incompatíveis com a Constituição superveniente são revogados, já que não se admite, no ordenamento jurídico, a inconstitucionalidade superveniente de norma anterior a Constituição em vigor. No caso em tela, a questão é de recepção ou não recepção da norma. Ademais, “também devemos notar que a Lei nº 9.882/99, art. 1º, parágrafo único, altera o rumo das discussões. É que, consoante o teor desse dispositivo, a arguição de descumprimento de preceito fundamental poderá ser utilizada para – de forma definitiva e com eficácia geral – solver

²⁷ JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 286.

²⁸ *Ibidem.*, p. 285.

controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição.²⁹

Segundo Dirley da Cunha Júnior, os atos normativos primários que admitem o controle abstrato por via de ação direta de inconstitucionalidade são os previstos no art. 59, da CRFB/88, quais sejam: as emendas constitucionais, as leis complementares e ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos e resoluções legislativas e os tratados internacionais.³⁰ Ademais, em virtude da sua natureza de processo objetivo, a ADI não pode ser promovida por qualquer pessoa, o rol de legitimados ativos é taxativo e previsto no próprio texto constitucional, mais especificamente no art. 103 e incisos.

Importa mencionar que a Constituição não faz nenhuma distinção entre os legitimados ativos, entretanto, jurisprudência do STF³¹ condiciona a propositura da ADI das entidades de classe, do Governador de Estado ou Distrito Federal, da Mesa da Assembleia Legislativa e da confederação sindical à comprovação da pertinência temática, que nada mais é a comprovação de que a lei ou ato normativo inconstitucional tem ligação lógica com os interesses desses legitimados. O Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o partido político com representação no Congresso Nacional, são considerados legitimados universais, por serem considerados defensores do texto constitucional, logo não precisam satisfazer o requisito da pertinência temática.

A decisão proferida pelo STF que declara a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado somente poderá ser proferida por maioria absoluta e possui eficácia contra todos (*erga omnes*), além de efeito vinculante para todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal, conforme art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99. Sem embargo, essa decisão não impede que o Poder Legislativo venha a editar novo ato idêntico ao conteúdo do julgado anteriormente inconstitucional, ou seja, não há óbice para a reedição de lei considerada inconstitucional por decisão final proferida pelo STF.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1166.

³⁰ JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 304.

³¹ BRASIL, STF. ADinMca 1519/AL, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 13.12.1996; BRASIL, STF. ADinMca 1096/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 22.09.1995; dentre outras.

Ademais, a declaração de inconstitucionalidade proferida em controle concentrado possui natureza declaratória³² e, via de regra, efeitos *ex tunc*, retroagindo para aniquilar o ato normativo desde o seu nascimento. Sucede que o art. 27 da Lei nº 9.868/99 dá a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão. Por isso, com a aprovação da maioria de dois terços dos ministros, tendo em vista a segurança jurídica ou excepcional interesse social, poderá o STF determinar que a eficácia dos efeitos da decisão só tenha início após seu trânsito em julgado ou em outro momento posteriormente fixado pelo acórdão.

Já a *ação declaratória de constitucionalidade* foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro com a Emenda Constitucional nº 03, de 17 de março de 1993. Seu objetivo precípua é sanar, em definitivo, a incerteza quanto à constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo primário federal, que surge a partir de grande controvérsia judicial. A comprovação da controvérsia judicial inclusive é requisito de admissibilidade desta ação. Assim, “não se afigura admissível a propositura de ação declaratória de constitucionalidade se não houver controvérsia ou dúvida relevante quanto à legitimidade da norma”³³. O rol de legitimados ativos é o mesmo da ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, o previsto no art. 103 e incisos da Constituição da República. A competência para julgamento é do Supremo Tribunal Federal, conforme art. 102, inciso I, alínea “a”, da CRFB/88 e, ao se manifestar sobre a constitucionalidade de determinada norma, a decisão deverá ser proferida por maioria absoluta dos ministros, produzindo eficácia *ex tunc* e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal.

A *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* tem a mesma natureza da ADI, logo, através dela terá origem um processo objetivo de controle concentrado de constitucionalidade. Objetiva fazer um controle abstrato das omissões inconstitucionais decorrentes do Poder Público, destinando-se a atacar a inércia de atuação dos órgãos políticos, fazendo-se valer da supremacia e efetivação dos preceitos constantes na Constituição da República. Assim sendo, as *normas de eficácia limitada* (dependentes de providências normativas do Poder Legislativo ou de prestações positivas do Poder Executivo) servirão de parâmetro para a ADO. Importa destacar que a inconstitucionalidade, neste caso, reside na ausência de agir do Estado quando a Constituição estabelece uma atuação específica, essa inércia origina um descumprimento de uma ordem constitucional. O rol de legitimados ativos

³² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 142.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1182.

são os mesmos das ações anteriormente citadas, ou seja, os encontrados no art. 103, e incisos, da CRFB/88. O processamento e julgamento será do Supremo Tribunal Federal, que determina ao legislador que diligencie as medidas necessárias para supressão da lacuna inconstitucional, dentro de um prazo razoável, para eliminar esse estado de inconstitucionalidade, esse posicionamento concretista foi adotado pelo STF a partir de 2007³⁴.

A *arguição de descumprimento de preceito fundamental* foi introduzida pela Constituição de 1988, com previsão no art. 102, §1º, da CRFB/88, sendo regulamentada pela Lei nº 9.882 de dezembro de 1999, que dispõe sobre seu processo e julgamento. Faz parte do rol das ações do controle concentrado de constitucionalidade, ou seja, a competência é exclusiva do Supremo Tribunal Federal para julgamento. Objetiva-se, aqui, tutelar os preceitos fundamentais mais importantes da Constituição ante aos inevitáveis atos lesivos oriundos do Poder Público.

Reconhece-se que nem a Constituição nem a legislação infraconstitucional trata de maneira específica o alcance e o sentido da expressão “preceito fundamental”, deslocando para a doutrina e eventual jurisprudência essa tarefa. Nesse sentido, peço a licença para transcrever a lição do Min. Luís Roberto Barroso:

[...] Estarão os fundamentos e objetivos da República, assim como as decisões políticas estruturantes, todos agrupados sob designação geral de princípios fundamentais, objeto do Título I da Constituição (arts. 1º a 4º). Também os direitos fundamentais se incluem nessa categoria, o que abrangeria, genericamente, os individuais, coletivos, políticos e sociais (art. 5º e s.). [...] Devem-se acrescentar, ainda, as normas que se abrigam nas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º) ou delas decorrem diretamente. E, por fim, os princípios constitucionais dito sensíveis (art. 34, VII), que são aqueles que por sua relevância dão ensejo à intervenção federal.³⁵

Menciona-se, ainda, que essa arguição pode ser tanto autônoma quanto incidental, objetivando reparar ou evitar lesão decorrente do Poder Público federal, estadual ou municipal. Vale destacar que ainda é cabível nos casos de controvérsia judicial de lei ou ato normativo (das três esferas da Federação) anteriores à Constituição. Por outro lado, possui caráter residual, só sendo aplicada quando não for possível o enquadramento de nenhuma outra ação do controle concentrado de constitucionalidade.

Quanto aos efeitos da decisão, via de regra, a ADPF tem eficácia *ex tunc*, *erga omnes* e efeito vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta ou indireta, federal, estadual e municipal. Só que, em virtude da segurança jurídica ou do

³⁴ BRASIL, STF. ADI 3682/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, 09.05.2007.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 192.

excepcional interesse da sociedade, poderá o Supremo Tribunal Federal modular esses efeitos, restringindo sua extensão. Além disso, haverá a devida comunicação aos órgãos ou às autoridades responsáveis pelo ato lesivo, informando a aplicação específica a ser adotada do preceito fundamental. Havendo descumprimento da decisão fixada, caberá Reclamação ao Supremo Tribunal Federal.

É importante pontuar – destacando não ser o foco do presente trabalho – a *ação direta de inconstitucionalidade interventiva (representação interventiva)*, que tem origem na Constituição de 1934. A legitimidade ativa para a sua propositura é do Procurador-Geral da República e o seu julgamento é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, nas hipóteses de inobservância dos Estados-membros aos princípios sensíveis da Constituição da República. Assim, essa ação objetiva a resolução de um conflito federativo. É uma modalidade de controle concentrado, já que é uma ação autônoma para julgamento do STF, entretanto não é um processo objetivo, vez que surge de um verdadeiro litígio entre o Estado-membro e a União.

Por fim, objetiva-se com a presente exposição destacar, mais uma vez, o papel do Supremo Tribunal Federal como guardião do texto constitucional, na medida que possui a palavra final na análise de compatibilidade de uma norma em face da Constituição. Ainda mais quando o rol de ações do controle concentrado, somando com o alargamento dos legitimados, possibilita que diversas questões controvertidas cheguem à Corte.

1.4 O CONTROLE DIFUSO, CONCRETO, POR VIA INCIDENTAL E SEUS EFEITOS

1.4.1 Noções gerais

O controle de constitucionalidade difuso – também conhecido como descentralizado, incidental, subjetivo, concreto, aberto³⁶ – tem origem nos Estados Unidos, especificamente a partir do célebre julgamento *Marbury v. Madison*, realizado pela Suprema Corte norte-americana em 1803³⁷. No Brasil, a primeira aparição foi na Constituição de 1891 sendo mantido pelas suas sucessoras.

Tem-se de instrumento que resguarda as demais instâncias do judiciário, no sentido não as obrigar a aplicar norma que repute inconstitucional. Logo, depreende-se que cabe a qualquer juiz ou tribunal aferir a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, afastando a

³⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 205.

³⁷ JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 224.

incidência desta norma no caso concreto, que é objeto da demanda em questão, por meio de apreciação da sua adequação constitucional. Contudo, cumpre destacar que cabe ao Supremo Tribunal Federal exercer o controle de constitucionalidade difuso nas causas de sua competência originária e daquelas oriundas de recursos ordinários.

No controle de constitucionalidade difuso, a análise da possível inconstitucionalidade de lei ou ato normativo é feita no curso da demanda judicial concreta, como incidente dela. Pressupõe-se, então, a existência de um litígio judicial em que uma das partes alega a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, no caso específico. Justamente por isso, essa verificação pode ser feita por qualquer juiz ou tribunal. Destarte, a inconstitucionalidade suscitada será uma questão prejudicial ao processo, porquanto este exame está associado ao mérito da causa, que deve ser apurado previamente, servindo como condição para a própria resolução da lide.

No direito brasileiro, o controle difuso abarca o exame dos atos e omissões do Poder Público, no âmbito de qualquer demanda judicial, desde que o seu exercício se dê em um processo *inter partes*, almejando a resolução de uma lide na defesa dos direitos subjetivos das partes interessadas. Como é uma questão prejudicial, depende de uma análise prévia para que ocorra o prosseguimento da ação judicial em comento. Segundo Dirley da Cunha, a fiscalização incidental da constitucionalidade pode ser provocada e suscitada:

(...) a) pelo autor, *na inicial de qualquer ação*, seja da natureza que for (civil, penal, trabalhista, eleitoral e, principalmente, nas ações constitucionais de garantia, como mandado de segurança, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, ação popular e ação civil pública), qualquer que seja o tipo de processo e procedimento (processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar) ou b) pelo réu, *nos atos de resposta* (contestação, reconvenção e exceção) ou nas *ações incidentais de contra-ataque* (embargos de execução, embargos de terceiros etc).³⁸

No tocante à legitimidade ativa para provocar o controle difuso, importa observar que o rol é amplo, incluindo todos aqueles que fazem partes da relação processual: o autor, o réu, os terceiros intervenientes e o Ministério Público - quando oficiar no caso. Além deles, pode reconhecer a inconstitucionalidade do ato impugnado o magistrado ou o Tribunal de ofício (*ex officio*), o que demonstra a importância jurídico-social desse instrumento contra a aplicabilidade de norma incompatível com a Constituição.

É importante pontuar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que, havendo alegação incidental de inconstitucionalidade, o magistrado ou Tribunal

³⁸ JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 260.

competente deverá, obrigatoriamente, analisá-la, sob pena de incorrer violação ao sistema de garantias constitucionais do devido processo legal e da jurisdição, além da restrição do acesso a parte interessada ao recurso extraordinário³⁹. Essa garantia é respaldada pela legislação do recente Código de Processo Civil, no disposto no art. 489, §1º, que preconiza ser elemento indispensável à decisão, a análise de todos os argumentos trazidos pelas partes que sejam, em princípio, pertinentes à matéria discutida na demanda judicial.

1.4.2 Da análise da arguição de inconstitucionalidade em sede de controle difuso

Em primeira instância, o juiz julga monocraticamente a questão, incidentalmente e originariamente, deixando de aplicar a norma considerada inconstitucional no caso concreto. Por outro lado, quando a análise é feita em segunda instância, o tribunal poderá fazê-la tanto originalmente quanto em grau de recurso, salvaguardando alguns aspectos específicos, que serão melhor abordados abaixo.

Consoante à competência dos tribunais para o exercício do controle difuso de constitucionalidade, cumpre a observância obrigatória do art. 97 da Constituição da República, que aduz que "somente pelo voto da maioria absoluta dos seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Pública". Dessa regra, extrai-se a exigência de um *quórum* de maioria absoluta dos membros e a reserva de plenário ou, no tribunal onde houver, do órgão especial. O princípio constitucional da reserva de plenário serve como uma verdadeira condição de eficácia para a decisão que declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, que se justifica em virtude do princípio de presunção de constitucionalidade das leis e dos atos estatais. Contudo, convém mencionar que essa cláusula não impede que um juiz de primeiro grau julgue monocraticamente sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, uma vez que apenas estabelece regras que devem ser observadas pelos tribunais para garantir a segurança jurídica aos atos legislativos.

No plano procedimental, quando a inconstitucionalidade é arguida perante um Tribunal, o relator do processo, depois de ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou à câmara responsável (art. 948, CPC). Se houver rejeição da arguição, o julgamento prosseguirá. De outra maneira, acolhida a arguição, por maioria simples, será lavrado o acórdão a fim de que a questão seja submetida ao tribunal do pleno ou órgão especial, ficando o julgamento do processo suspenso até a apreciação da inconstitucionalidade alegada em comento (art. 949,

³⁹ BRASIL, STF. RE 198-346-9/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ, 1, de 5-12-1997, p. 63919.

incisos I e II, CPC). Haverá a deliberação do tribunal, observando sempre o *quórum* de maioria absoluta. Por fim, sendo declarada ou não a inconstitucionalidade, o julgamento será retomado no órgão fracionário, utilizando-se da decisão proferida anteriormente pelo tribunal. Destaca-se que a decisão do plenário que resolve a questão do incidente de inconstitucionalidade é irrecorrível⁴⁰.

Outrossim, a cláusula de reserva de plenário deve ser observada mesmo nos casos em que o tribunal não manifeste expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, limitando-se a simplesmente afastar a sua incidência, total ou parcial no caso concreto. É o que se extrai da Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal: "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". Não obstante, o artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil, afirma que não haverá a necessidade de submissão de arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo quando houver pronunciamento dessa questão pelo plenário do Supremo Tribunal Federal ou pelo próprio plenário ou órgão especial do respectivo tribunal. Assim, só haverá a imposição da cláusula de reserva de plenário quando houver mudança de orientação por parte do próprio tribunal.

Quanto aos efeitos da decisão, o Min. Luís Roberto Barroso afirma que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo oriundo do poder público tem efeito declaratório e retroage à origem do ato, pronunciando sua nulidade. Desse modo, a produção dos seus efeitos será, via de regra, *ex tunc*⁴¹. Não obstante a essa regra, pode o órgão jurisdicional limitar os efeitos dessa declaração - modulação temporal -, desde que diante de situações excepcionais. Vale destacar que, no controle incidental, a declaração de inconstitucionalidade restringe-se às partes do litígio, mesmo que diante de um recurso extraordinário julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

O constituinte de 1988, visando dirimir a problemática relativa às decisões discrepante sobre um mesmo tema, outorga ao Senado Federal a competência para suspender a execução do ato normativo incidentalmente declarado inconstitucional em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, atribuindo efeito *erga omnes* à decisão que, anteriormente, estava

⁴⁰Súmula 513 do STF: A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmara, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 104.

adstrita às partes. Em virtude da complexidade do tema, será abordado em tópico próprio abaixo.

1.5 O PAPEL DO SENADO NO CONTROLE DE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

1.5.1 Contexto histórico da participação do Senado Federal em sede de controle de constitucionalidade

Quando o controle de constitucionalidade foi concebido no ordenamento jurídico brasileiro não havia nenhuma legislação específica acerca da possibilidade de ampliação dos efeitos provenientes da declaração de inconstitucionalidade em um caso concreto. Esta "deficiência", à época, configurava-se como uma das mais eloquentes diferenças ao modelo norte-americano, que adotava a *stare decisis*, ou seja, a decisão proferida pela Corte Constitucional (desse país) era dotada de um precedente com força vinculante para os demais órgãos jurisdicionais.

Com a Constituição de 1934, outorgou-se ao Senado Federal a competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional, de maneira a possibilitar a atribuição de eficácia geral (*erga omnes*) à decisão proferida no caso concreto, cujos efeitos, anteriormente, irradiavam apenas às partes componentes da demanda. A partir daí iniciou-se uma tradição que perdurou nas Constituições posteriores, mantendo-se, inclusive, com o constituinte de 88, mais precisamente, no rol de competências exclusivas do Senado Federal, nos termos do art. 52, X, da CRFB/88.

Por isso, diante da necessidade de concessão de eficácia geral às decisões de inconstitucionalidade proferidas pela Corte Superior, o constituinte introduziu a possibilidade de o Senado Federal conferir eficácia *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade expressadas pelo STF no controle difuso.

1.5.2 Características da Resolução senatorial no controle difuso

A competência no âmbito do controle difuso de constitucionalidade do Senado é operada através de resoluções em face de decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal, que, por maioria dos seus membros, diante de um caso concreto, opta por não aplicar a lei ou ato normativo do poder público, seja ele federal, estadual ou municipal, por considerá-lo inconstitucional. Assim, cabe à Corte comunicar ao Senado Federal a sua declaração, para que esse, fazendo uso de sua atribuição constitucional, possa deliberar sobre a possibilidade de suspensão da execução do ato, parcial ou totalmente.

Nesse sentido, é interessante constatar que essa atividade exercida pelo órgão político não é um poder-dever, mas sim um ato discricionário, ou seja, pressupõe-se a inexistência de obrigatoriedade na edição de resolução que suspenda a eficácia da norma declarada inconstitucional pelo STF. Chega-se a essa conclusão, notadamente, em virtude da falta de legislação específica que discorra sobre essa questão (da vinculação e do prazo específico de resposta do Senado). Destarte, "[...] o Senado é o juiz exclusivo do momento em que convém exercer a competência, a ele e só a ele atribuída, de suspender lei ou decreto declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal."⁴²

Importante observar que esta Resolução é irrevogável, inclusive em relação ao próprio órgão político. Por outro lado, isso não significa dizer que esse instrumento é "intocável". Na verdade, a Resolução Senatorial é sujeita ao controle concentrado de constitucionalidade, de competência do Supremo Tribunal Federal, que é, acima de tudo, guardião do texto constitucional.

Outrossim, quanto aos efeitos da deliberação senatorial, não há consenso doutrinário a seu respeito. Uma parcela da doutrina alude que a deliberação do Senado produz efeitos retroativos, *ex tunc*⁴³. Por outro lado, outra parcela doutrinária aduz que os efeitos decorrentes da manifestação do Senado seriam *ex nunc*⁴⁴, ou seja, para o futuro.

Ademais, é sempre importante reforçar que o Senado não declara a inconstitucionalidade da norma, uma vez que apenas empresta eficácia *erga omnes* à decisão - até então *inter partes* - que identifica a inconstitucionalidade no caso concreto. Até porque, ausente a manifestação do STF em uma demanda concreta, não cabe a este órgão político pronunciar-se de ofício a respeito, podendo, no máximo, provocar a Corte Suprema em controle abstrato. Nesse sentido, pontua Nelson Nery Junior que "O Senado tem o *controle político* da decisão do STF proferida em sede de controle concreto de constitucionalidade de lei. Sua

⁴² BROSSARD, Paulo. O Senado as leis inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 13, n. 50, p. 64, abr./jun. 1976. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181304>>. Acesso em: 15 mar. de 2021.

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 104.

⁴⁴ JUNIOR, Nelson Nery. O Senado e o controle concreto de constitucionalidade de leis e de atos normativos: Separação dos poderes, Poder Legislativo e interpretação da CF 52 X. *Revista de informação legislativa*, v. 47, n. 187, p. 195, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198654>>. Acesso em: 15 mar. de 2021.

atribuição é examinar a decisão do STF e emitir ou não resolução suspendendo a execução da lei.”⁴⁵

1.5.3 Da finalidade do papel do Senado no controle de constitucionalidade difuso

Transpassadas décadas desde a outorga ao Senado Federal da competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal, questiona-se qual seria a finalidade deste instrumento. Nesse sentido, Uadi Lammêgo Bulos identifica que o ato de suspensão da exequoriedade é meramente figurativo, tendo em vista que ao Senado cabe dar publicidade à decisão do Supremo⁴⁶. Dessa maneira, o Senado Federal teria a finalidade de dar publicidade a um estado de inaptidão, verificado no exame do caso concreto, do ato normativo em questão. Questiona-se, então, a utilidade da permanência dessa atribuição do Senado Federal em face às novas configurações do controle de constitucionalidade.

Por isso, insurgiu-se um movimento, entre doutrinadores, estudiosos e o próprio Supremo Federal, que defende a mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição da República, ante o suposto "desuso" desse dispositivo. Nessa lógica, Dirley da Cunha argumenta que, "essa competência do Senado, todavia, se foi necessária nos idos de 1934, e talvez até à década de 80, não revela hoje utilidade, em face do novel sistema jurídico desenhado pela vigente Constituição da República"⁴⁷. A partir desses comentários listados, pode-se extrair que o motivo da manutenção da competência do Senado, mesmo diante do texto de 1988, é essencialmente político, e que sua ausência não traria nenhum efeito prático, sob o argumento de que uma norma inconstitucional, assim, inexistente e ineficaz, não haveria de ser, mesmo que implicitamente, aplicada, tampouco executada.

Dessa forma, o presente trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade de ocorrência da mutação constitucional do papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade, notadamente em virtude do suposto *desuso* dessa norma constitucional combinada com a evolução jurisprudencial que caminha para essa realidade. Entretanto, esse

⁴⁵JUNIOR, Nelson Nery. O Senado e o controle concreto de constitucionalidade de leis e de atos normativos: Separação dos poderes, Poder Legislativo e interpretação da CF 52 X. **Revista de informação legislativa**, v. 47, n. 187, p. 193-200, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198654>>. Acesso em: 15 mar. de 2021.

⁴⁶BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 226.

⁴⁷JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 273.

exame será realizado em um momento posterior, fazendo-se necessário antes tecer comentários a respeito de alguns institutos jurídicos pertinentes ao cerne da questão.

2 DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Conforme visto no capítulo anterior, o controle de constitucionalidade é um instrumento importante para a verificação de compatibilidade das normas jurídicas em face da Constituição. Além disso, outro fenômeno importante e essencial para a problemática do presente trabalho é a mutação constitucional, uma mudança informal do texto constitucional. Esse capítulo será voltado para a compreensão da mutação constitucional para que, posteriormente, possamos averiguar se é cabível ou não seu enquadramento no artigo 52, X, da Constituição da República.

2.1 DO LIAME ENTRE DINAMISMO E ESTABILIDADE CONSTITUCIONAL

Em contraste à rigidez constitucional apresentada no capítulo anterior, especialmente a partir da exposição dos instrumentos formalmente previstos voltados à sua preservação e, conseqüentemente, da supremacia do texto constitucional, tem-se a necessidade de se reconhecer que nenhuma Constituição subsiste quando se mantém estática, afinal, a realidade constitucional é dinâmica.

Isso significa dizer que o texto constitucional precisa estar apto às transformações sociais, políticas e econômicas do seu contexto social. Afirmar que o conteúdo presente na Constituição deve ser imutável, imodificável e definitivo é ignorar o constante processo evolutivo da sociedade. Entretanto, mesmo nos processos implícitos de mudança, não é cabível que o direito constitucional escrito seja ultrapassado pelo não escrito. Nesse ínterim, Uadi Lammêgo Bulos define as Constituições como “organismos vivos, em íntimo vínculo dialético com o meio circundante, com as forças presentes da sociedade”⁴⁸.

Reconhece-se que a Constituição de um Estado, por ser a lei fundamental e estrutural que regerá todo o ordenamento infraconstitucional decorrente, presume-se estável, o que, decerto, não significa dizer que seja ela imutável. O texto constitucional precisa conter elementos que garantam sua estabilidade, de maneira a conferir equilíbrio ao seu conteúdo e, conseqüentemente, ao próprio Estado. Entretanto, da mesma maneira, precisa conferir, na sua capacidade de enquadrar ou fixar, instrumentos que possibilitem as inerentes transformações sociais.

⁴⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 3.

Nesse sentido, importa pontuar a diferença, defendida pela jurista Anna Cândida Ferraz, entre "estabilidade", que se relaciona principalmente à segurança jurídica, e "imutabilidade", que, na sua forma absoluta, condena o texto constitucional à obsolescência, transformando o conteúdo normativo da Carta Maior em um registro meramente histórico, incapaz de acompanhar as mudanças decorrentes do processo evolutivo social. Assim, a estabilidade e a mutabilidade são elementos fundamentais na definição de rigidez constitucional, do qual se deriva o princípio da supremacia da Constituição.⁴⁹

No mais, a partir desse pensamento, infere-se que com essa ponderação consegue-se evitar processos desgastantes à dinâmica jurídico-social, como a ruptura do texto constitucional e a recorrente atuação do poder constituinte originário.

Assinalando de maneira acertada sobre os processos de mudança, Uadi Lammêgo Bulos aduz:

Ainda que uma Constituição tivesse a pretensão de resistir à evolução social, as modificações viriam a dar-se, inexoravelmente, através da interpretação jurisprudencial, dos costumes, e até mesmo das revoluções, quando muito agudo se tornasse o desajustamento entre a ordem constitucional sociopolítica.⁵⁰

A despeito disso, a Constituição da República de 1988, fruto de um processo de redemocratização, saindo de um contexto histórico de pós-ditadura militar, reconhece a necessidade de o Texto Maior ser capaz de proteger os direitos constitucionais adquiridos, de maneira a preservar a supremacia do texto constitucional e, paralelamente, ser adaptável às posteriores modificações sociais, por isso, o Poder Constituinte definiu a competência, os limites e o modo de realização do poder reformador. Nesse sentido, aduz Luís Roberto Barroso:

[...] O poder reformador, frequentemente referido como poder constituinte derivado, é um poder de direito, e não um poder soberano. Por via de consequência, somente poderá rever a obra materializada na Constituição originária observando as formas e parâmetros nela estabelecidos. Essa é a prova, aliás, de que o poder constituinte originário, mesmo na sua latência, continua a se fazer presente. Os limites impostos ao poder de emenda ou de revisão da Constituição costumam ser sistematizados pela doutrina em temporais, circunstanciais, formais e materiais.⁵¹

Tem-se aqui o processo formal de reforma constitucional, revestido de requisitos próprios e expressos arrolados pelo legislador constituinte.

⁴⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Formais e Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonada, 1986, p. 6.

⁵⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 3.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva p. 171.

2.1.1 A reforma da Constituição - Poder constituinte reformador

Partindo-se da concepção da Constituição vigente como um diploma legal que abarca a possibilidade de mudanças, o constituinte de 1988 elencou as Emendas à Constituição, com previsão no art. 60, como verdadeiros instrumentos de mudança formal do texto, obviamente, com certo esmero nos requisitos materiais e formais para sua realização, em virtude da supremacia e da rigidez constitucional.

Outrossim, consoante o disposto no art. 60 da Constituição da República, essa alteração só será possível através de proposta de emenda do Presidente da República, de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ou, ainda, de mais da metade das Assembleias Legislativas dos Estados-membros, devendo cada uma delas se manifestar pela maioria relativa de seus membros. Além disso, precisa ser aprovada por três quintos dos membros, em dois turnos de votação em cada casa.

Acontece que, para além das limitações formais, o processo de reforma constitucional sofre, ainda, limitações circunstanciais e materiais. Essas limitações circunstanciais se referem à impossibilidade de alteração da Constituição durante os estados de exceção, incluindo-se a intervenção federal. As limitações materiais, por sua vez, podem ser subdivididas em expressas ou implícitas. No tocante às limitações materiais expressas, são as previstas no artigo supracitado, precisamente em seu §4º, que veda a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais.

As limitações materiais implícitas, por sua vez, são matérias que, embora não tenham previsão expressa no texto constitucional, a doutrina defende a sua preservação.

Tem-se, assim, um mecanismo taxativo de reforma à Constituição e, conseqüentemente, os legitimados à iniciativa da Emenda à Constituição, além dos competentes à apreciação, votação e promulgação, são denominados como "Poder Constituinte Reformador". A expressão encontra razão de ser na sua função, afinal, lhe são conferidas atribuições para reformar, de fato, o texto constitucional, ou seja, podem alterar, acrescentar, suprimir qualquer sentido à uma norma constitucional existente, desde que mantenha compatibilidade com a estrutura

constitucional, de maneira a não romper as prioridades estabelecidas na essência do texto, bem como dos valores sociais que ensejam a realidade vivenciada.

Observa-se que, em decorrência do dinamismo como elemento inerente à reforma constitucional, esse procedimento taxativo previsto no texto maior, por vezes, não é suficiente para acompanhar as diversas transformações sociais. Nessa conjuntura, o liame entre o dinamismo e a estabilidade possibilitam o surgimento de mudanças informais na Constituição, que não são revestidas de elementos preestabelecidos para sua reforma, mas, mesmo assim, alteram o significado, sentido e alcance das disposições constitucionais, sem a modificação do seu texto.

Passemos então à análise sucinta do denominado "poder constituinte difuso", que atua como garantidor da dinamicidade do texto constitucional, possuindo uma relação intrínseca com a mutação constitucional, uma vez que ela é resultante da atuação deste constituinte difuso.

2.1.2 O poder constituinte difuso e a mutação constitucional

Enquanto no âmbito poder constituinte reformador são estabelecidos critérios específicos para a expulsão de determinadas circunstâncias impertinentes à realidade jurídico-social, tem-se a impossibilidade de a produção legislativa acompanhar os acontecimentos sociais e, inevitavelmente, mudanças informais e imperceptíveis que tendem a suprir essa necessidade de evolução jurídica.

Ora, se a Constituição é um texto adaptável às mudanças sociais, é correto afirmar que o poder de mudar o texto constitucional não se restringe às possibilidades formais de mudanças – que dependem de manifestação legislativa nesse sentido -, pois, seria um enorme contrassenso ignorar os mecanismos implícitos de mudança constitucional. Assim, o poder constituinte difuso pode ser identificado como uma manifestação que não é organizada e por isso desprovida de procedimento específico, mas que, indiscutivelmente, influencia na manutenção da Constituição.

Convém pontuar, de maneira a acrescentar ao tema, os ensinamentos da jurista Anna Cândida Ferraz acerca da manifestação do poder constituinte difuso:

É uma decorrência lógica da Constituição, na medida em que esta é uma obra que nasce para ser efetivamente aplicada, sobretudo naquilo que tem de essencial, e o essencial, por vezes, é incompleto, exigindo atuação ulterior, capaz de defini-lo,

precisá-lo, resolver-lhe as obscuridades, dar-lhe continuidade e aplicação, sem vulnerar a obra constitucional escrita⁵².

No entanto, essa função exercida pelo poder constituinte difuso não é ilimitada, uma vez que esbarra no texto constitucional para ser válida. Explico. Como esse mecanismo de mudança é desprovido de qualquer especificidade na Constituição – logo, não possui parâmetros normativos próprios para sua realização -, a única barreira intransponível, nesse caso, seria a própria Carta Magna, de modo que não lhe seria cabível impossibilitando reformar a letra e o conteúdo constitucional.

Atinente à manifestação do Poder Constituinte Difuso, no mesmo sentido são os ensinamentos do doutrinador Luís Roberto Barroso, que assim leciona:

A conclusão que a que se chega é a de que além do poder constituinte originário e do poder de reforma constitucional existe uma terceira modalidade de poder constituinte: o que se exerce em caráter permanente, por mecanismos informais, não expressamente previstos na Constituição, mas indubitavelmente por ela admitidos, como são a interpretação de suas normas e o desenvolvimento de costumes constitucionais. Essa terceira via já foi denominada por célebre publicista francês como “poder constituinte difuso” [faz referência a George Burdeau, na obra *Tratado de Ciência Política*], cuja titularidade remanesce no povo, mas que acaba sendo exercido por via representativa pelos órgãos do poder constituído, em sintonia com as demandas e sentimentos sociais, assim como em casos de necessidade de afirmação de certos direitos fundamentais⁵³.

Dessa forma, o poder constituinte difuso apresenta uma natureza jurídica informal⁵⁴, tendo em vista que ocorre através das mudanças de sentido, sem promover nenhuma alteração no texto constitucional, ou seja, decorre do processo evolutivo da sociedade ou da evolução da prática jurídica propriamente dita, bem como através da influência exercida por grupos de pressão que tem o condão de impulsionar o reconhecimento do poder público de determinada prática.

Nesse contexto, é possível afirmar que há um limite jurídico à ocorrência difusa desse poder, qual seja, a própria Constituição, justamente por sua manifestação não encontrar nenhum respaldo normativo em qualquer dispositivo legal, possuindo fundamento em construções doutrinárias e jurisprudenciais. Retira-se daí, inclusive, a necessidade do estudo doutrinário acerca do tema.

⁵²FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Formais e Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonada, 1986, p. 10.

⁵³BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva p. 150.

⁵⁴BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 57.

Ademais, entende-se que as mutações constitucionais derivam da manifestação do Poder Constituinte Difuso, inferindo-se aqui uma relação de causa e efeito, a medida em que, para que se ocorra uma mutação constitucional – entendendo aqui a mudança de sentido da norma através de uma nova interpretação dada a ela –, é preciso que essa seja resultado da atuação deste poder constituinte difuso, que decorre das mudanças de costumes contemporâneos de um povo, que são levadas à realidade jurídica através das interpretações realizadas pelo Poder Judiciário.

2.2 ORIGEM

A doutrina alemã foi a primeira a tratar do fenômeno da mutação constitucional, quando observou a frequência com que a Constituição da época, mais precisamente a de 1871, era alterada sem a reforma do seu texto. Assim, o primeiro doutrinador a conceituar o fenômeno da mutação constitucional foi Paul Laband, que, examinando o Texto germânico, verificou a existências de mudanças informais, que se distinguiam das reformas formais.⁵⁵

Influenciado pelos estudos de Laband, Georg Jellinek⁵⁶ retomou a problemática decorrente da mutação constitucional e a diferenciou da reforma formal como sendo uma mudança não intencional. Acerca dos estudos de Jellinek, Konrad Hesse discorre:

(...) Diferentemente de Laband, G. Jellinek agrupa os casos de mutação constitucional por ele tratados (que não se limitam ao Direito alemão) segundo tipos sob os quais subsumem-se os mais diferentes fatos. Uma mutação constitucional pode resultar de uma interpretação incorreta da norma constitucional na prática dos parlamentos, dos governos e dos tribunais de justiça, podendo essa atuação inconstitucional original – quando reiteradamente efetuada e se impõe na prática – uma modificação da Constituição mesma. A necessidade política desempenha um papel relevante como motor das mutações constitucionais. Logo, há mutações constitucionais que se produzem através de regras constitucionais e em razão de um Direito Constitucional acomodatório. As mudanças da Constituição pelo desuso de competências estatais, assim como pela necessidade de cobrir lacunas constitucionais (...).⁵⁷

Esse autor (leia-se Jellinek) analisa a questão da mutação constitucional fazendo uma relação entre o direito e a política.

Outro autor importante acerca desse tema é Hsü Dau-Lin, que compreendeu que a mutação constitucional seria a ligação entre a Constituição e a realidade, concluindo no sentido de que as normas constitucionais poderiam ser alteradas sem a presença do poder reformador. A respeito desse autor, Konrad Hesse contextualiza sua doutrina:

⁵⁵BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8º ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 435.

⁵⁶JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Trad. Cristian Forter. Madrid: Centro de Estudios Constitucionalesm, 1991.

⁵⁷HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional. Limites da mutação constitucional**. São Paulo: Série IDP/Saraiva, 2009, p. 156-157.

Hsü Dau-Lin parte da “natureza” da Constituição como produto legislativo e sua tríplice especificidade em face de outros setores do ordenamento, a saber, o caráter inacabado e a elasticidade das normas constitucionais frente às necessidades vitais do Estado, o caráter de fim em si mesmo (*Selbestzweckhaftigkeit*), que tem o Estado como objeto de regulação jurídica por parte da sua Constituição e a limitação da eficácia da Constituição no que diz respeito às forças e garantias nela contidas. A Constituição não poderia ficar atrás em relação a um Estado em contínuo avanço, sendo a mutação constitucional o resultado dessa especial posição.⁵⁸

Sem embargo, conclui-se que a mutação constitucional pode ser compreendida como a aplicação de normas constitucionais que passam por um processo lento e imperceptível de mudança de sentido ou alcance sem que, contudo, seja alterado o seu texto.

2.3 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Como exposto no tópico anterior, as mudanças no âmbito constitucional não se limitam àquelas ocorridas através dos instrumentos de reforma ao texto previstos expressamente. Conforme salientado, não se pode olvidar dos processos informais de mudança da Constituição, notadamente da mutação constitucional.

A mutação constitucional é um fenômeno de alteração implícita, semântica, de conteúdo normativo do texto da Constituição, ou seja, graficamente não há mudança, todavia o entendimento nele previsto é outro. Difere-se, assim, dos procedimentos formais de sua reforma ou revisão, já que a mutação é verificada informalmente, sem previsão expressa, mas sem nenhum óbice por ela instituído. Leciona Anna Cândida da Cunha Ferraz:

[...] consiste na alteração, não da letra ou do texto exposto, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, por meio ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados uns dos outros, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas.⁵⁹

Assim, em seu sentido amplo, a mutação está intrinsecamente ligada à sobrevivência do texto constitucional, na medida em que permite que seu texto permaneça aplicável às novas conjunturas advindas das novas realidades jurídico-sociais. Isso remonta à ideia de que nenhuma Constituição é completa, pois o seu texto se refere ao momento social da sua época de edição, motivo pelo qual precisa ser dotada de certa mutabilidade para garantir a dinamicidade constitucional. É, dessa forma, de se garantir um projeto permanente de reconstrução da Constituição.

⁵⁸ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional: Limites da mutação constitucional**. São Paulo: Série IDP/Saraiva, 2009, p. 160.

⁵⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Formais e Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonada, 1986, p. 10.

Não existe na doutrina uma terminologia uniforme para cognominar a ocorrência das mudanças informais nas Constituições. São diversos os autores que se debruçam sobre o tema e o define à sua maneira. Gomes Canotilho, por exemplo, utiliza a expressão *transições constitucionais*, ao tratar que a “revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na Constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto”⁶⁰.

Anna Cândida da Cunha Ferraz, por outro lado, utiliza as expressões *processos indiretos*, *processos não formais* ou *processos informais*.

Simplificando a questão terminológica, as expressões *processos direto* ou *processo formal* serão usadas para indicar a alteração constitucional produzida por reforma constitucional, obra do Poder Constituinte instituído, em qualquer de suas modalidades ou formas de expressão, e, *processos indiretos*, *processos não formais* ou *processos informais* para designar todo e qualquer meio de mudança constitucional não produzida pelas modalidades organizadas de exercício do Poder Constituinte derivado.⁶¹

Blanco de Morais, ao lecionar acerca das mutações constitucionais, adota a terminologia “mutações constitucionais tácitas”, assim entendidas aquelas

(...) consistem, no tempo presente, em critérios invisíveis de decisão, de alcance constitucional, oriundos dos poderes político e jurisdicional, sendimentados informalmente junto do texto constitucional e impostos no plano jurídico face a este último, graças: à sua consolidação larvar associada ao tempo; à não oposição relevante da comunidade jurídica e política; e à aquiescência, expressa ou tácita, do custódio da Constituição quanto à validade e subsistência dessas alterações na ordem jurídica.⁶²

Em que pese as diversas denominações, todas convergem para o fato de que as mutações constitucionais são alterações difusas, não organizadas e espontâneas. São as mudanças decorrentes do não exercício das modalidades taxativas do poder constituinte derivado, são as que ocorrem informalmente, fruto de uma autorização constitucional implícita.

Além disso, Anna Cândida da Cunha Ferraz observa que a expressão “mutação constitucional”, por não ser empregada uniformemente pela doutrina, abriga duas espécies distintas de mutações, quais sejam, as mutações constitucionais e as mutações inconstitucionais. Nas palavras da autora:

A expressão *mutação constitucional* é reservada somente para todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido, o significado e o alcance da Constituição *sem contrariá-la*; as modalidades de processos que introduzem alteração

⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 231.

⁶¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Formais e Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonada, 1986, p. 12.

⁶² MORAIS, Carlos Blanco de. Mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso. In: FELLET, André, NOVELINO Marcelo (orgs.). **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 14.

constitucional, contrariando a Constituição, ultrapassando os limites constitucionais fixados pelas normas, enfim, as alterações inconstitucionais são designadas por *mutações inconstitucionais*.⁶³

Assim, é possível concluir que as mutações constitucionais são essenciais para a manutenção da Constituição, uma vez que seu texto é um organismo vivo e depende de atualização constante, todavia, o mau uso desse fenômeno, isto é, quando se promove alterações no texto ou quando a interpretação acaba por comportar valores não previstos na Constituição, surge uma nova modalidade de mutação, qual seja, a mutação inconstitucional.

2.4 CARACTERÍSTICAS

Conforme apreendido, a mutação constitucional se refere aos processos informais de mudança na Constituição, que atingem seu significado, o sentido e o alcance do texto. São processos lentos, frutos das inúmeras transformações sociais, e decorrentes da manifestação do poder constituinte difuso, que é exercitado através de mecanismos informais, não previstos na Constituição, mas que são indubitavelmente por ela admitidos⁶⁴.

Convencionou-se por parte da doutrina fazer a distinção entre reforma constitucional e mutação constitucional. No primeiro caso, tem-se modificações constitucionais devidamente reguladas pelo Texto Maior, que estabelece seus critérios e requisitos próprios. Já no segundo caso, conforme vem sendo exposto, são as alterações informais, desprovidas de diploma legal que regule a sua ocorrência, que não alteram a letra ou o texto expresso da Constituição, mas seu significado e alcance.

Anna Cândida da Cunha Ferraz aponta duas características fundamentais para a compreensão desse processo de mudança informal da Constituição. A primeira, diz respeito ao caráter marcante da mutação constitucional, que é a alteração do significado, sentido e alcance do texto constitucional sem a sua violação da letra e do seu espírito. A segunda reside no fato de que estas mudanças constitucionais, operadas fora das modalidades de exercício do poder constituinte instituído, são, no dizer de Georges Burdeau, - citado pela jurista - uma manifestação de poder constituinte difuso⁶⁵, que é um poder implícito e limitado, restrito a

⁶³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Formais e Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonada, 1986, p. 10.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, p. 150.

⁶⁵ BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*. Apud FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Formais e Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonada, 1986, p. 10.

modificação de sentido, significado e alcance de dispositivos constitucionais sem promover sua alteração formal. Nesse sentido, leciona:

Tais alterações constitucionais, operadas fora das modalidades organizadas de exercício do poder constituinte instituído ou derivado, justificam-se e têm fundamento jurídico: são, em realidade, obra ou manifestação de uma espécie inorganizada do Poder Constituinte, o chamado *poder constituinte difuso*, na feliz expressão de Burdeau.⁶⁶

Outrossim, conforme pontuado, não pode a mutação constitucional violar a Constituição. É bem verdade que inexistem critérios exatos que se possam conferir limites expressos às modificações, principalmente em virtude do seu estudo ser majoritariamente doutrinário e jurisprudencial, o que, fatidicamente, nos leva a concluir que a linha que divide a hermenêutica legítima do intérprete moldar os dispositivos constitucionais à nova realidade constitucional e a mutação inconstitucional que porventura se dê em razão desse mesmo processo de modulação é extremamente frágil.

Por outro lado, destaca-se a necessidade desse processo ser fruto de uma alteração informal da Constituição, de maneira a conferir nova interpretação ao dispositivo constitucional, soma-se isso manifestação do poder constituinte difuso. Ou seja, a mutação tem como característica, segundo a jurista citada, o processo informal de alteração do sentido do texto – sem violar à Constituição - e o fato de ser decorrente de um poder constituinte difuso.

Dessa forma, no processo hermenêutico de verificação da mutação constitucional, não se pode extrapolar os limites das interpretações plausíveis, de maneira a corromper a finalidade do dispositivo em questão. Assim, “o que se há de indagar, neste ponto, é se o texto resultante da mutação constitucional se mantém adequado à tradição [= à coerência] do contexto, reproduzindo-a, de modo a ele se emoldar com exatidão⁶⁷.”

Por isso, prossegue a jurista Anna Cândida da Cunha dizendo que:

Em resumo, a *mutação constitucional*, para que mereça o qualificativo, deve satisfazer, portanto, os requisitos apontados. Em primeiro lugar, importa sempre em alteração do sentido, do significado ou do alcance da norma constitucional. Em segundo lugar, essa *mutação* não ofende a letra nem o espírito da Constituição: é, pois, constitucional. Finalmente, a alteração da Constituição se processa por modo ou meio diferentes das formas organizadas de poder constituinte instituído ou derivado.⁶⁸

Nessa esteira, Bulos apresenta algumas características intrínsecas ao processo informal de alteração constitucional. A primeira reside na necessidade de a mudança ser constitucional,

⁶⁶ *Ibidem*, p. 10.

⁶⁷ BRASIL, STF, RC 4335-5/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 20-03-2014, p. 74.

⁶⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Formais e Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonada, 1986, p 11.

ou seja, precisa manter relação e observar as demais disposições contidas na Constituição. A segunda refere-se à natureza fática desse processo, o que implica dizer que as mudanças informais ocorrem de maneira natural e espontânea, não cabendo nenhuma previsão neste sentido. Por fim, essas modificações ocorrem em momentos espaçados, distintos e em virtude de contextos diferentes⁶⁹.

2.5 LIMITES À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A maioria da doutrina não enfrentou o tema de maneira específica, por consequência disso não existe um estudo sistemático sobre o assunto, cabendo a cada jurista expor suas considerações próprias acerca da problemática.

Relembra-se que a mutação constitucional é um processo de modificação do sentido, alcance e significado da norma constitucional, sem alterar-lhe o texto e tampouco o espírito, sendo a manifestação do poder constituinte difuso, já que não é correto afirmar que a Constituição se mantém estática desde sua criação. Neste cenário, insurge-se o questionamento referente aos limites interpostos a esse fenômeno implícito, principalmente em decorrência do receio em transformar os intérpretes da Constituição em possíveis legisladores sem mandato.

Uadi Lammego Bulos, citando Konrad Hesse no seu artigo “Da reforma à mutação constitucional”, aduz que este doutrinador foi o primeiro a chamar atenção sobre o tema, lecionando que a mutação constitucional encontra seu limite na própria normatividade da Constituição⁷⁰. Assim, a mutação constitucional está adstrita aos limites interpretativos possíveis da norma constitucional; ou seja, não é possível que ocorram alterações que contrariem o texto contido na Carta Maior, que é fundamento de validade para as demais normas do ordenamento jurídico.

Ainda segundo o autor, as mudanças informais na Constituição não encontraram limites expressos para o seu exercício, sendo que a única limitação seria subjetiva, ou seja, a consciência do intérprete em não extrapolar os limites constitucionais vigentes. O limite aqui ficaria a encargo da ponderação feita pelo intérprete no momento do seu processo interpretativo⁷¹. Isso implica dizer que caberia ao intérprete, no momento do processo interpretativo, verificar se essa mudança informal ofenderia o texto constitucional, na medida

⁶⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 61.

⁷⁰ BULOS, Uadi Lámego. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de informação legislativa**, v. 33, n. 129, p. 25-43, jan./mar. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176380>>. Acesso em: 10 fev. 2021.

⁷¹ *Ibidem*, p. 43.

em que a mutação constitucional não possui regulamentação por nenhum diploma legal e, notadamente em razão disso, ao intérprete ficaria o encargo de verificar a possibilidade dessa mudança indireta afrontar a Constituição.

Por outro lado, Luís Roberto Barroso, acertadamente, entende que a mutação constitucional é barrada quando vai de encontro a dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, ou seja, os sentidos possíveis do texto que se está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição⁷². Ora, se a mutação constitucional é um processo de mudança indireta da Constituição, notadamente por causa da evolução do jurídico-social decorrente da dinamicidade do texto constitucional em face das novas configurações sociais, obviamente, ficaria esta mutação adstrita ao próprio conteúdo normativo da Carta Maior, uma vez que se deve preservar o princípio da rigidez constitucional, isto é, para que se promova a mudança de sentido ou alcance de uma norma, tal mudança far-se-á dentro dos limites plausíveis da própria norma, caso contrário essa mutação ultrapassaria os limites de sua atuação, agindo como um próprio poder reformador, tornando-se, inevitavelmente, uma mutação inconstitucional.

Assim, a interpretação da norma constitucional deverá ter como parâmetro o próprio texto, uma vez que essa mudança informal no conteúdo da norma tem como limite o interior traçado pelo próprio dispositivo. A mutação constitucional não tem o condão de exercer uma função revogadora de dispositivo expresso do texto constitucional, uma vez que o texto é o limite inultrapassável para a verificação de uma mutação legítima.

Assim, quando da verificação de existência de novo sentido que não couber no texto, haverá a necessidade de convocação do poder constituinte reformador e a mudança deverá ser feita pelas vias formais preestabelecidas no texto constitucional, prestigiando o princípio da supremacia da Constituição que rege todo o ordenamento jurídico.

2.6 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL POR VIA DE COSTUME

De antemão, é importante asseverar a importância da força exercida pelos costumes e usos do povo no processo de mutação constitucional, na medida que esse fenômeno tem por função servir os destinatários diretos da norma, isto é, a sociedade que é regulada por estes dispositivos constitucionais.

⁷² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, p. 150.

O costume é previsto no ordenamento jurídico quando “através dele se manifesta uma norma com pretensão de império inexorável, regendo, portanto, numa coletividade, como se fora lei, isto é, sendo considerada como juridicamente obrigatória”⁷³. Ou seja, é adoção de uma prática válida reiterada e, por vezes, obrigatória. Entretanto, a prática de costume nas Constituições rígidas e escritas não é pacífica. Afinal, os costumes poderão trazer consigo uma interpretação informal da Constituição; poderão atualizar o texto constitucional; e, em alguns casos, poderão estar em contradição com a Constituição vigente. Em decorrência dessas situações Luís Roberto Barroso pontua a existência de três classificações de costume: *secundum legem* ou interpretativo, *preater legem* ou integrativo e *contra legem* ou derogatório.⁷⁴

O costume *secundum legem* ou interpretativo é admitido pelo direito positivo somente nos casos em que a ele se refere, bem como serve como elemento auxiliar na interpretação de texto escrito. Já o *preater legem* ou integrativo tem a função de preencher as lacunas das normas positivadas, assumindo a função de substituição do diploma legal quando a lei silencia a respeito, além disso, serve como elemento de interpretação. Por fim, *contra legem*, ou derogatório, é costume contrário à Constituição. Anna Cândida da Cunha Ferraz inclui, ainda, o desuso, ou seja, a inobservância constante do texto escrito como costume *contra legem*. Cumpre observar que uma parte da doutrina compreende que o desuso não atinge a eficácia da norma, havendo a possibilidade de sua aplicação a qualquer tempo. Aduz:

(...) o *desuso*, em substância, é mutação inconstitucional na medida em que torna a regra constitucional letra morta, em contradição, pois, como diz acertadamente Loewenstein, com a suposta ou pressuposta obrigatoriedade inalienável da lei fundamental.⁷⁵

Ademais, na seara constitucional, o entendimento predominante da doutrina aponta para a existência de costumes *secundum constitutionem* e *praeter constitutionem*, e rejeita os costumes *secundum constitutionem*⁷⁶. Entretanto, sua participação se restringe na interpretação, complementação e integração de normas constitucionais, não tendo a capacidade de revogar uma disposição constitucional. Logo, por consequência lógica, poderá o costume ser um meio eficaz para a realização de mutações constitucionais, nos casos em que, interpretando ou

⁷³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Formais e Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonada, 1986, 177.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva p. 157.

⁷⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Formais e Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonada, 1986, 237.

⁷⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Formais e Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonada, 1986, p. 180-1; BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva., p. 158; BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 177-8.

integrando a norma constitucional, acabe por produzir mudança no seu sentido, alcance ou significado, sem alterar a letra e o espírito da Constituição. Sua importância reside na necessidade de as normas constitucionais serem adaptáveis às necessidades sociais contemporâneas.

2.7 MUTAÇÕES INCONSTITUCIONAIS

Conforme se depreende das considerações feitas nos tópicos anteriores, os critérios de aferição às mutações constitucionais são frágeis, na medida que têm origem nos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, de forma que com muita facilidade alcança-se o limite entre uma mutação legítima e a violação do texto constitucional (mutação inconstitucional).

Nessa conjuntura, é comum que no processo interpretativo das normas constitucionais, ou até mesmo as práticas consuetudinárias de um povo, ocorra abuso da utilização da mutação constitucional. Nesse sentido, Anna Cândida da Cunha Ferraz classifica as mutações inconstitucionais como mutações manifestamente inconstitucionais e processos anômalos de mudança da constituição.

2.7.1 Mutações manifestamente inconstitucionais

Define-se como mutações manifestamente inconstitucionais as alterações que desrespeitam os limites impostos pela Constituição. Sua verificação pode ser feita através da interpretação administrativa, legislativa e judicial quando esta contrariar preceito constitucional, ou ainda nos casos de mutações por costumes *contra constitutionem*.

Essas mutações são capazes de: "a) contrariar parcialmente a Constituição; b) ab-rogar ou derogar determinada norma constitucional; c) suspender, temporariamente a eficácia de normas constitucionais; d) produzir rupturas no ordenamento constitucional; e) provocar mudança total na Constituição"⁷⁷. Exatamente pelo evidente dano que estas mutações podem ocasionar, devem ser rechaçadas do ordenamento jurídico. Na prática, contudo, é comum sua ocorrência.

Visando diminuir os casos de mutações inconstitucionais, Anna Cândida da Cunha Ferraz aduz algumas medidas que podem ser utilizadas para esse fim, dentre elas o estabelecimento de prazos para efetivação das normas de matérias mais importantes, bem como

⁷⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Formais e Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonada, 1986, p. 245.

a devida sanção pelo descumprimento, a ampliação do alcance dos remédios constitucionais e o fortalecimento dos órgãos de controle, dentre outras medidas.⁷⁸

2.7.2 Dos processos anômalos de mudança da Constituição

Podem ser considerados como processos anômalos de mutação a inércia no plano constitucional, o desuso constitucional e a mudança tácita da Constituição.

A *inércia no plano constitucional* é identificada quando uma norma constitucional não é aplicada em sua forma plena, de maneira intencional e provisória, por quem tinha a competência outorgada pela Constituição para a sua execução e cumprimento. Convém destacar que inexistente um prazo específico para a configuração da inércia, tendo em vista que alguns dispositivos constitucionais demandam aplicabilidade imediata e outros não.

A mutação inconstitucional derivada da inércia pode ser observada a partir da paralisação da eficácia da norma constitucional, decorrente de sua inaplicabilidade. Como consequência negativa da inércia, destaca-se a inevitável descrença popular na eficácia de normas asseguradas pela Constituição.

A *mudança tácita da Constituição* se baseia na mudança formal do seu texto. Lista-se dois aspectos importantes para a sua configuração: a) a reforma constitucional não indica com clareza e precisão o texto alterado; b) a reforma constitucional indica, precisamente, o texto alterado, mas a modificação que introduz contraria a norma ou normas existentes no texto da Lei Maior.

Vale explicar que essas situações são evidentes defeitos de técnica legislativa que podem acarretar alterações inimagináveis na Constituição. Consoante Anna Cândida Ferraz, é "inteiramente indesejável, vez que não se destina a adaptar a Constituição à realidade concreta ou se quer dar vida à norma constitucional, mas ao contrário, é fator de perturbação na vida constitucional".⁷⁹

É importante mencionar com certo destaque, por ser importante para a temática do presente trabalho, a figura do *desuso constitucional* como um processo anômalo de mudança da Constituição, sendo entendido como uma inobservância uniforme, perene, consciente e pública, por um relevante espaço de tempo, de um dispositivo constitucional. A grande

⁷⁸ *Ibidem*, p. 257.

⁷⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Formais e Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonada, 1986, p. 242.

diferença da inércia reside no fato de que no desuso não há perspectiva nenhuma de utilização da norma constitucional. Além disso, pode o desuso ser fruto de uma desativação de institutos ou instituições constitucionais, da não-aplicação de uma norma ou da não-realização de um ato previsto pela Constituição.

O desuso pode ser enquadrado como uma forma de mutação inconstitucional, uma vez que implica contrariedade reflexa da Constituição, de modo a perpetuar a inércia de um dispositivo por ela previsto, negando sua aplicabilidade, não apenas alterando o sentido da sua disposição. Nesse sentido, vale transpor o entendimento de Uadi Lammêgo Bulos:

[...] o costume contra a lei configura lídimo atendado à ordem jurídica instituída, porque um comando legislado só pode ser revogado por outro. [...] O papel do intérprete é dar vida aos textos legais e não os deteriorar, através de recursos antagônicos, homenageando expedientes contrários ao direito vigente.⁸⁰

Dessa forma, pode-se compreender que o afastamento de determinado dispositivo constitucional tão somente pelas práticas sociais, políticas e até jurisdicionais, sob o argumento de melhorar determinada situação jurídica é uma ofensa à Constituição. Afinal, se existe a previsão, ela deve ser realizada. Por outro lado, se essa mesma previsão estiver obsoleta em relação ao novo contexto jurídico-social, sua alteração deverá acontecer através dos mecanismos adequados. Nesse sentido, Anna Cândida da Cunha Ferraz entende que a reforma constitucional é o mecanismo correto para a alteração de normas que estão em desuso, quando é fruto de uma necessidade de adaptação da Constituição às novas realidades sociais.⁸¹

Em suma, não há como negar a importância das mutações constitucionais para a manutenção da Constituição, já que esse processo informal de mudança representa, sobretudo, a necessidade de evolução de determinada sociedade, em determinada conjuntura. As mutações são verdadeiras incorrelações existentes entre as normas constitucionais e a realidade social da qual foram derivadas, logo, são essenciais para manter o dinamismo constitucional e para a manutenção da Constituição enquanto organismo vivo que sustenta a estrutura de um Estado. Por outro lado, é evidente a necessidade de analisá-la com cautela, uma vez que o limite entre a constitucionalidade e inconstitucionalidade de uma mutação constitucional é frágil.

Além disso, conforme será visto no próximo capítulo, a argumentação de que deverá haver a mutação de determinado dispositivo constitucional em virtude de um suposto desuso é problemática, porque, como visto, mesmo que uma norma possa ser considerada obsoleta em

⁸⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 177.

⁸¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Formais e Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonada, 1986, p. 237.

um determinado contexto jurisdicional, não cabe a um processo indireto de mudança da Constituição promover alterações drásticas a esse texto. Existe um limite dentro das possibilidades semânticas da norma que impedem que a interpretação desse mesmo dispositivo comporte uma reforma no seu conteúdo.

3 DA SUPOSTA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X DA CRFB/88: ANÁLISE DOS EFEITOS DAS ADIs 3.406 E 3.470 PERANTE O STF.

Todos os conceitos e discussões jurídicas apresentadas no bojo do presente estudo convergem para uma melhor análise acerca da problemática proposta pelas ADIs 3.406/RJ e 3.470/RJ, ambas ajuizadas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI), onde declarou-se incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei federal nº 9.055/1995, que permite a extração, industrialização, distribuição e a comercialização do amianto da variedade crisotila no país. Ademais, imperioso destacar que não é objeto do presente trabalho o mérito quanto ao uso da crisotila e suas diferentes modalidades, analisando-se apenas a possibilidade da adoção da teoria da abstrativização do controle difuso e, conseqüentemente, da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição da República, uma vez que sustentou-se, nas ADIs, a possibilidade de se configurar a mutação constitucional desse dispositivo, que atribui competência ao Senado Federal de suspender a execução de norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade difuso. Havendo a mutação constitucional, ter-se-ia este órgão político a função de dar publicidade às decisões da Corte Superior, conseqüentemente, passaria esse Tribunal a adotar a denominada “teoria da abstrativização do controle difuso”.

3.1 ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

Inicialmente, para uma melhor compreensão acerca do julgamento das ADIs 3.406 e 3.470, convém mencionar, brevemente, os principais pontos a respeito da teoria da abstrativização do controle difuso.

A teoria da abstrativização do controle difuso defende a tese de que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso de constitucionalidade, são dotadas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, sem a necessidade de participação do Senado Federal no sentido de conferir suspensão da execução dessa norma declarada inconstitucional. Assim:

(...) de modo sintético, mas não menos preciso, pode-se dizer que a abstrativização brasileira consiste no processo de similarização entre os sistemas de controle de

constitucionalidade através da incorporação, por parte do controle difuso, de elementos típicos ou característicos do controle concentrado, feito em sede de ações diretas.⁸²

Isto é, almeja-se com essa teoria, atribuir aspetos objetivos ao controle difuso de constitucionalidade, compatibilizando os efeitos de sua decisão àqueles provenientes do controle abstrato. Assim, a repercussão das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que declararem a inconstitucionalidade de norma na averiguação de um recurso extraordinário, não ficariam adstritas às partes componentes do caso concreto, cabendo à própria Corte Suprema ampliar seus efeitos, de modo atribuir eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes.

A favor da tese da abstrativização, argumenta-se que a função do Supremo Tribunal Federal é agir na condição de guardião do texto constitucional, esse entendimento, inclusive, é uma decorrência lógica do *caput* do artigo 102 da Constituição, que consagra a Corte Suprema em um Tribunal Constitucional responsável pela palavra final na análise de compatibilidade das normas em face do Texto Maior. Alega-se, ainda, que essa teoria, promove a segurança jurídica às demais partes influenciadas pela lei declarada inconstitucional, uma vez que os magistrados monocráticos e tribunais inferiores deverão aplicar o precedente aos casos concretos.

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto no Recurso Extraordinário nº 376.852, alega que o instrumento (RE) “deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva.”⁸³

Por outro lado, para que a atribuição de eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes às declarações de inconstitucionalidade, em sede de controle difuso, ficasse ao encargo do Supremo Tribunal Federal, inevitavelmente esbarrar-se-ia na previsão constitucional do art. 52, X da Constituição da República, uma vez que é atribuição do Senado Federal proceder com a suspensão, no todo ou em parte, da norma declarada inconstitucional no controle difuso. É precisamente nesse ponto que reside o cerne da questão.

Dessa forma, contra a tese, alega-se que apesar de a Constituição priorizar o controle abstrato/concentrado de constitucionalidade, sua existência não anula a importância do controle difuso, e, conseqüentemente, da participação do Senado Federal para suspender, no todo ou em

⁸² MAIOR, Silvério Souto. **Fundamentos para uma nova teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade**. Tese de Mestrado em Direito – Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2019, p. 41.

⁸³ BRASIL, STF. RE nº. 376.852/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 13/06/2003.

parte, a eficácia de lei declarada inconstitucional pelo STF, destacando, para tanto, a opção do poder constituinte originário em manter um sistema híbrido de constitucionalidade no país, assegurando a participação desse órgão político como se vinha fazendo desde a Constituição de 1934. Nesse sentido, leciona Lenio Luiz Streck:

Deixar de aplicar o art. 52, X, da CF significa não só abrir precedente de não cumprimento de norma constitucional – enfraquecendo sobremodo a força normativa da Constituição –, mas também suportar as consequências, uma vez que a integridade também supõe integridade da própria Constituição. E não se pode esquecer que a não aplicação de uma norma é uma forma de aplicação. Incorreta, mas é.⁸⁴

Nesse sentido, convém, primeiramente, pontuar o posicionamento dos Ministros no julgamento das ADIs 3.406/RJ e 3.470/RJ acerca desse tema, para que possamos identificar se, no caso em comento, ocorreu ou não a adoção da teoria da abstrativização do controle difuso e, conseqüentemente, a mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição da República.

3.2 CASO CONCRETO – POSICIONAMENTO DOS MINISTROS ACERCA DO TEMA

Em 2017 foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, as ADIs 3.406/RJ e 3.470/RJ, que debatiam acerca da proibição de extração do amianto/asbesto no território do Estado do Rio de Janeiro. A ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3.406) foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI) contra a Lei nº 3.579/2001⁸⁵ que trata da substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que contenham asbestos, entre outras providências. Nesse ínterim, também foi ajuizada outra ADI - a ADI nº 3.470/RJ - com o mesmo objeto de impugnação, qual seja: a Lei nº 3.579/2001. Em virtude da similaridade das ADI's, houve o apensamento de ambas as ações.

Ambas ADIs alegavam haver inconstitucionalidade material na referida lei, uma vez que ofenderia os princípios da livre iniciativa, da concorrência e da proporcionalidade. Além disso, alegavam haver inconstitucionalidade formal, pois defendiam que caberia à União legislar, por meio de sua competência concorrente, sobre o tema.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade material da norma estadual, fundamentava-se que proibir sem justificativa plausível a fabricação, a extração e o comércio de materiais que contivessem qualquer espécie de amianto seria uma afronta direta aos princípios da

⁸⁴ STRECK, Lenio Luis. **Jurisdição Constitucional**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 213.

⁸⁵ RIO DE JANEIRO. **Lei nº 3.579/2001**. Assembleia Legislativa: Rio de Janeiro, 2001. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/fb3bff663634f12103256a6a004681ad?OpenDocument&Highlight=0,3579>>. Acesso em: 04 de mar. 2021.

proporcionalidade, da livre iniciativa, da concorrência, dos valores sociais do trabalho e o direito à propriedade, que são consagrados nos artigos 1º, IV, 5º, caput, II, XXII e LIV e 170, caput, II, IV e parágrafo único da Constituição Federal. Entretanto, a Relatora Min. Rosa Weber, entendeu que a proteção à saúde possui arranjo especial na proteção de grupos vulneráveis específicos, a exemplo de trabalhadores de determinado setor industrial, expostos a agentes nocivos.⁸⁶

Em segundo, sustentava-se haver uma usurpação da competência legislativa concorrente da União, de acordo com os artigos 24, V, VII e XII, e §§ 1º a 4º, da CRFB/88, em virtude de a lei estadual tratar de normas sobre a produção e consumo, proteção ao meio ambiente, controle de poluição e proteção e defesa da saúde. A competência para disciplinar sobre as matérias é da União, Estados e Distrito Federal, concorrentemente. Entendendo de maneira diversa, a Min. relatora Rosa Weber.

Além disso, alegava-se nas ADIs a existência de uma inconstitucionalidade formal em face dos artigos, 7º e 8º da Lei nº 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro, por esses dispositivos afrontarem competência privativa da União de organizar, manter e executar a inspeção do trabalho; e a competência privativa da União para legislar sobre trabalho e comércio exterior e interestadual, conforme, respectivamente, os artigos, 21, XXIV e 22, I e VIII, da CRFB/88. Refutou mais uma vez a Min. Rosa Weber.

Partindo do raciocínio da não incompatibilidade entre a lei fluminense com a lei federal nº 9.055/1955, aduz a Min. Relatora que a norma constante no art. 2º da Lei federal⁸⁷ supracitada é inconstitucional, uma vez que viola a ordem constitucional no que tange à proteção da saúde e ao meio ambiente, já que essa substância possui potencial cancerígeno altíssimo, com capacidade de causar - e já tendo causado em diversos países - tragédia humanitária. Além do inquestionável desalinhamento com os compromissos internacionais firmados pelo Estado Brasileiro.

Destaca-se que a Relatora ainda fez menção à ADI nº 4.066/DF, também de sua relatoria, afirmando que na ocasião, o art. 2º da lei federal supracitada foi declarado inconstitucional pela maioria dos ministros presentes, mas não obteve o quórum necessário de seis votos, consoante art. 97 da CRFB/88, para que fosse conferida eficácia vinculante à norma.

⁸⁶ BRASIL, STF, ADI 3.470, Rel. Rosa Weber, DJe 11.09.2020, p. 51.

⁸⁷Art. 2º O asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei.

Alegou ainda a parte autora que o art. 7º, incisos XII, XIII e XIV, 9º, 10 e 12 da Lei nº 3.579/2001 do Rio de Janeiro, de iniciativa parlamentar, estariam eivados de inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa, em face do artigo 84, II e VI, alínea "a", da CRFB/88, que dispõe sobre a competência privativa do Presidente da República. Conforme a Min. Relatora, esses artigos definiriam os procedimentos a serem observados pela Secretaria do Estado do Rio de Janeiro, órgão do Poder Executivo, e assinalavam atribuições quanto a servidores do Poder Executivo, especialmente os inspetores e fiscais das áreas relacionadas à saúde.

Por fim, como pedido principal das ADIs, pugnou-se pela inconstitucionalidade material da Lei nº 3.579/2001. Nesse ínterim, após diversas análises quanto a argumentação trazida pela parte autora, notadamente rica em institutos técnicos a respeito do amianto, além da sua modalidade crisotila, a Min. relatora Rosa Weber concluiu seu voto conhecendo as duas ações diretas de inconstitucionalidade, julgando improcedente os pedidos expostos e declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal nº 9.055/1995.⁸⁸

Quando deu início ao seu voto, o Min. Alexandre de Moraes atentou para a questão acerca da inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995, retomando à decisão do colegiado na ADI 4.066 que na ocasião não obteve a maioria dos ministros presentes para a declaração de inconstitucionalidade no exame do controle concentrado da lei federal, não havendo, por consequência lógica, o afastamento da norma com efeito *erga omnes* e vinculantes do art. 2º da lei federal supracitada. Continuou afirmando que, entendendo o Tribunal pela inconstitucionalidade do artigo citado, haveria proibição por lei federal de todo e qualquer tipo de amianto, menos a crisotila. Portanto, não haveria espaço para a legislação estadual instituir uma proteção mais exacerbada quanto a utilização, mesmo que da crisotila, uma vez que estaria vedada em sua totalidade, já que esse artigo é a base para tais legislações. Pontuou, ainda, o receio de causar divergência nas legislações estaduais.

Na ocasião, o Min. Gilmar Mendes chamou atenção para a necessidade de haver uma equalização das decisões em sede de controle abstrato e em controle incidental. Alegando que no Código de Processo Civil já não mais existe diferenciação entre ambas. Continuou explanando que a participação do Senado Federal era sazonal e por vezes negligenciada.⁸⁹

⁸⁸ BRASIL, STF, ADI 3.470, Rel. Rosa Weber, DJe 11.09.2020, p. 63.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 67.

Inobstante a fala do ministro, é imperioso destacar que o controle difuso e o concentrado possuem diferenças substanciais na sua formatação. Ora, enquanto o controle abstrato é exercido exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, o que significa dizer que sua legitimação estará resguardada tão somente pela tarefa de guarda à Constituição, o controle difuso comporta, de certa maneira, a participação da sociedade nesse processo, na figura do Senado Federal. Nesse sentido, excluir a competência do Senado de maneira a “equalizar” às decisões do STF, reduzindo-o à uma secretaria de divulgação das decisões, é uma completa ingerência do Poder Judiciário em face de uma atribuição constitucional dada ao Poder Legislativo.

Assim, levando em consideração que o controle de constitucionalidade brasileiro é híbrido, não se pode conceber a ideia de uma alteração tão substancial jurídico-social do país através de uma mutação constitucional, uma vez que nem mesmo seus critérios de existência, quais sejam, mudança do sentido, alcance e significado da norma sem a alteração formal do texto – que serão abordados em tópico próprios – foram identificados no caso em comento.

É curioso observar que, diante dessas alegações trazidas pelo Min. Gilmar Mendes, por ocasião do mencionado julgamento, o Min. Alexandre de Moraes logo o advertiu da seguinte maneira: "É que aqui é ação direta"⁹⁰. Posteriormente, na página 118 do referido acórdão, assinalou que:

A questão de uma nova interpretação do art. 52, X, não foi colocada nem como questão de ordem. Por que digo isso? Até hoje, o Supremo Tribunal Federal entende que, no controle difuso, o Senado Federal não está obrigado a estender os efeitos *inter partes* para *erga omnes* das declarações incidentais do Supremo. Isso são debates históricos e pode até vir - é sempre uma proposta do Ministro Gilmar -, mas até hoje o entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação ao art. 52, X, é que ao Supremo cabe declarar para o caso concreto e ao Senado cabe, se entender necessário, suspender, dados efeitos gerais. Aliás, a grande diferença do controle concentrado é que a suspensão dá efeito sempre *ex nunc*, não retroativos. Poderíamos até evoluir nesse sentido, mas eu quero dizer que eu não votei em relação a isso porque não era isso que estava em questão. Só para deixar claro.⁹¹

Aqui, vale mencionar que toda a discussão trazida acerca do papel do Senado no controle de constitucionalidade difuso, ou seja, da possibilidade de se evoluir a jurisprudência da Suprema Corte de maneira a proceder-se a mutação do dispositivo constitucional supracitado, deu-se no bojo de uma ação direta de inconstitucionalidade, que é um dos instrumentos hábeis do controle concentrado/abstrato, como bem advertiu o Ministro Alexandre

⁹⁰ BRASIL, STF, ADI 3.470, Rel. Rosa Weber, DJe 11.09.2020, p. 67.

⁹¹ *Ibidem*, p. 118.

de Moraes. Logo, se não bastasse os aspectos problemáticos a respeito da mutação, a sua discussão ainda é prejudicada por não se decorrer de uma análise de um caso em concreto, composto por lides, na busca pela proteção de direitos subjetivos. Aqui, apesar de a norma ter sido declarada incidentalmente (por não ser objeto da ADI), a sua declaração se deu em um processo objetivo, respaldado pela eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, logo, questionar o papel do Senado Federal em um processo que sequer este órgão político tenha competência é, no mínimo, indubitavelmente impertinente.

Acontece que a advertência não surtiu o efeito esperado, decerto que, logo em seguida (página 68 do acórdão em comento), o Min. Luiz Fux, na esteira do pensamento assinalado por Gilmar Mendes, concorda que não há nenhuma diferenciação entre o controle concentrado e o difuso, segundo o CPC.⁹²

Importante assinalar que, em meio aos debates que inevitavelmente insurgiram-se, o Ministro Mauro Aurélio pontuou que:

[...] quanto ao inciso X do art. 52, na redação originária do Constituinte de 1988, ainda considero que a Lei das leis do país é a Constituição Federal, e não o Código de Processo Civil".⁹³ Frisou ainda que "o fenômeno, previsto no art. X da Constituição Federal, no que revela a atribuição do Senado, não é simplesmente declaratório, é constitutivo, diz respeito à suspensão da execução da lei no território nacional.⁹⁴

Na mesma ocasião, a Ministra Cármen Lúcia atentou para uma possível inovação jurisprudencial no sentido de não ser declarado cada ato normativo em sua respectiva forma, mas na matéria que nele se contém.⁹⁵

Por fim, concluiu seu voto, o Ministro Alexandre de Moraes, julgando parcialmente procedente a Lei nº 3.579, em relação aos artigos 2º e 3º, excluindo a proibição, ou dando a interpretação conforme que fica proibida a extração de asbesto, excluída a variedade crisotila em todo território do Estado do Rio de Janeiro, e da mesma maneira o artigo 3º, ficando proibida a utilização de qualquer asbesto, excluída a variedade crisotila, por entender que o art. 2º da lei federal ainda foi retirado do ordenamento jurídico. Acompanhou a Relatora nos demais argumentos.

⁹² BRASIL, STF, ADI 3.470, Rel. Rosa Weber, DJe 11.09.2020, p. 68.

⁹³ *Ibidem*, p. 75.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 76.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 84.

O Ministro Edson Fachin acompanhou a Relatora no sentido de reafirmar a inexistência de inconstitucionalidade formal e material das leis impugnadas. Julgando improcedente as duas ações. Quanto à questão da declaração de inconstitucionalidade incidentalmente do art. 2º da Lei nº 9.055/95, acompanhou o posicionamento do Ministro Dias Toffoli, na ADI nº 3.937 - cujo objeto era a lei do Estado de São Paulo que determinava a supressão do asbesto/amianto crisotila nas atividades extração, industrialização, utilização e comercialização (na ocasião, a lei estadual foi declarada constitucional) -, pugando pela inconstitucionalidade do dispositivo supracitado, afirmando que esta declaração, mesmo que de forma incidental, opera uma preclusão consumativa da matéria.

O Ministro Luiz Fux entendeu que, em virtude de ter sido obtida a maioria para a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da lei federal na ADI nº 3.937, a questão estaria por si só resolvida. Afirmando que as leis permissivas seriam inconstitucionais, ao passo que a proibitivas seriam constitucionais. No tocante à questão do art. 52, X, entende que a chancela do Senado Federal seria meramente formal, não podendo este órgão político alterar a essência do decidido pelo Supremo na declaração de inconstitucionalidade. Por fim, acompanhou o voto da Ministra Relatora Rosa Weber.

Aqui, o ministro volta mais uma vez à questão do papel conferido ao Senado Federal pela Constituição da República. Reforço que este órgão político sequer deveria ser notificado no caso em comento, uma vez que não possui competência para suspender a execução de norma declarada inconstitucional no controle concentrado/abstrato de constitucionalidade.

O Ministro Dias Toffoli teve voto apenas na ADI 3.470 e acompanhou o posicionamento dos Ministros Gilmar Mendes e Edson Fachin quanto à questão do papel do Senado no controle de constitucionalidade.

Por fim, subscreveu a sua decisão tomada na ADI 3.937, de sua Relatoria para o acórdão, defendendo que o julgamento teria eficácia geral plena para todo o território nacional. Além disso, chancelou a ideia da preclusão em relação à decisão da matéria. Ademais, seguiu a Ministra Relatora nos fundamentos por ela expostos.

O Ministro Gilmar Mendes acompanhou a Relatora nas decisões tomadas e acrescentou a questão da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição da República, afirmando que a própria Corte já não estava mais prestando atenção a este dispositivo, uma vez que, nas palavras do Ministro: "Hoje misturamos situações da repercussão geral com o controle

concentrado".⁹⁶ Pontuou, ainda, a questão da declaração de inconstitucionalidade não apenas da norma, mas da matéria.

Ponto importante a ser destacado nessa passagem é a questão da declaração de inconstitucionalidade dos fundamentos determinantes da decisão. Aqui, convém mencionar a teoria da transcendência dos motivos determinantes, do qual será dedicado tópico próprio.

Já o Ministro Marco Aurélio, ressaltou as possibilidades constitucionais de atribuir efeito vinculante às decisões do STF. Primeiramente, vem, em decorrência do art. 102, §2º, da CRFB/88, que atribui ao julgamento definitivo de mérito, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, o efeito vinculante e eficácia contra todos. Segundo, destacou o art. 103-A, *caput*, do Texto Constitucional, que trata da Súmula Vinculante.

Segundo o Ministro, é inconcebível interpretar o papel do Senado Federal como um simples publicador de decisões do Supremo que são formalizadas no controle de constitucionalidade concreto, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Destaca-se que dispositivo constitucional prestigia, precipuamente, a independência e harmonia entre os Poderes, sinalizando um certo equilíbrio ao sistema como um todo.

Concluiu seu voto acolhendo os pedidos formalizados nas iniciais das duas ações diretas de inconstitucionalidade.

Reforça-se aqui o papel restrito do Senado Federal às suspensões de execução em controle difuso de constitucionalidade, não sendo possível estender seu papel – uma vez que a própria Constituição o limita – ao controle concentrado/abstrato, sob pena de incorrer um verdadeiro desalinhamento entre os controles.

O Ministro Celso de Mello acompanhou integralmente o voto proferido pela Ministra Relatora Rosa Weber. Da mesma forma entendeu a Ministra Cármen Lúcia, Presidente do Supremo Tribunal Federal na ocasião, acrescentando que estaria acontecendo uma evolução jurisprudencial para o "reconhecimento de que as matérias, sendo idênticas, sejam declaradas inconstitucionais".⁹⁷

Destaca-se que a manifestação favorável do Ministro Celso de Mello à tese da mutação constitucional do art. 52, X da CRFB/88 ocorreu apenas durante os debates ao decorrer do

⁹⁶ BRASIL, STF, ADI 3.470. Rel, Rosa Weber, DJe 11.09.2020, p. 120.

⁹⁷ BRASIL, STF, ADI 3.470. Rel, Rosa Weber, DJe 11.09.2020, p. 163.

juízo, determinando, posteriormente, o cancelamento das suas intervenções quanto a esse tema, conforme pode ser extraído da leitura do acórdão publicado, relativo às ADIs 3.406/RJ e 3.470/RJ.

Dessa forma, tem-se como resultado do julgamento das ADIs de relatoria da Min. Rosa Weber, a improcedência da ação, declarando, na oportunidade, a constitucionalidade da Lei estadual nº 3.579/2001, com a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal nº 9.055/1995, atribuindo efeitos vinculantes e *erga omnes*. Sendo assim, atestou-se a proibição, no território do Estado do Rio de Janeiro, a extração, a produção, a comercialização e a utilização de asbesto e de produtos que o tenham na sua composição.

Na ADI nº 3.406/RJ, os Ministros Dias Toffoli e Luís Roberto Barroso estavam impedidos de votar. Ausente o Ministro Ricardo Lewandowski. Vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio, de maneira que os Ministros Rosa Weber, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Celso de Mello e Edson Fachin votaram pela improcedência do pedido, acompanhando a Relatora, reconhecendo a constitucionalidade da lei estadual e declarando, incidentalmente, com efeito *erga omnes* e vinculante, a inconstitucionalidade do art. 2º da lei federal 9.055/1995, atingindo o quórum exigido de 6 votos para configurar maioria absoluta, conforme o art. 97 da Constituição da República.

Já na ADI nº 3.407/RJ, mais uma vez restou impedido de votar o Ministro Luís Roberto Barroso e ausente o Ministro Ricardo Lewandowski. Vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio, de maneira que os Ministros Rosa Weber, Dias Toffoli, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Celso de Mello e Edson Fachin votaram pela improcedência do pedido, acompanhando a Relatora, reconhecendo a constitucionalidade da lei estadual e declarando, incidentalmente, com efeito *erga omnes* e vinculante, a inconstitucionalidade do art. 2º da lei federal 9.055/1995, atingindo o quórum exigido de 6 votos para configurar maioria absoluta, conforme o art. 97 da Constituição da República.

A partir de então, começou-se a questionar, notadamente em virtude dessa declaração incidental no bojo do controle concentrado, se o Supremo Tribunal Federal teria feito mutação constitucional no art. 52, X, da CRFB/88, passando a adotar de vez a "teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade", de modo que não mais seria necessário comunicar o Senado Federal para que este optasse por suspender ou não a execução, parcial ou total, do ato normativo incidentalmente declarado inconstitucional em decisão final de mérito proferida pela Corte, reduzindo seu papel para mero publicador, no Diário do Congresso Nacional, da

respectiva decisão de inconstitucionalidade, a qual, independente disso, teria efeitos *erga omnes* e vinculantes, da mesma maneira que aconteceria no controle concentrado de constitucionalidade.

3.2.1 Impossibilidade de enquadramento da teoria da abstrativização do controle difuso em sede de ação direta de inconstitucionalidade

É incontestável que esse tema carrega consigo uma gama de questionamentos, uma vez que percorre no judiciário brasileiro de tempos em tempos, dividindo a doutrina entre seus defensores acirrados e seus críticos ferozes. Por isso, em que pese o posicionamento exarado, principalmente, pelos Ministros Gilmar Mendes, Luiz Fux e Dias Toffoli, o entendimento favorável à tese da teoria da abstrativização do controle difuso, com a mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição da República no julgamento das ADIs 3.406/RJ e 3.470/RJ é, no mínimo, inconcebível na situação ora posta. Isso porque só é cabível a aplicação do artigo constitucional supracitado nas declarações de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, ou seja, aquele que recai sobre o exame de um caso concreto, derivado de uma lide constituída por partes que defendem o seu direito subjetivo específico. Assim, a participação do Senado Federal fica adstrita à previsão do texto constitucional, qual seja: suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional, por decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

In casu, tem-se duas ações diretas de inconstitucionalidade, ambas de relatoria da Min. Rosa Weber, que, no regular exercício do controle concentrado/abstrato de constitucionalidade, acabou por declarar a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal nº 9.055/1995, incidentalmente (pois não era objeto dos pedidos feitos pelos autores), entretanto, por ser uma decisão proferida em controle concentrado, reveste-se, naturalmente, de eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante para todos os demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, conforme art. 102, §2º, da Constituição da República.

A doutrina pontua corretamente que a participação do Senado é específica, com sua hipótese prevista exclusivamente no texto da Carta Maior, assim, não pode essa casa política atuar para conferir determinado efeito que a própria Constituição já conferiu a outro dispositivo diverso. Nesse sentido, destaca-se o professor Flávio Martins Alves Nunes Júnior:

[...] essa atuação do Senado na suspensão da execução de leis inconstitucionais é exclusiva do controle difuso de constitucionalidade, não se aplicando ao controle concentrado. Assim, se o Supremo Tribunal Federal declarar uma lei inconstitucional

em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, não haverá remessa para o Senado, já que a própria decisão do STF produzirá efeito erga omnes e vinculante.⁹⁸

Ademais, leciona Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi que:

[...]mesmo no âmbito de uma ADIn, o STF pode examinar incidentalmente e de ofício uma norma que não foi impugnada, mas que deveria ser aplicada para responder à demanda principal. Assim podemos ter uma declaração incidental de inconstitucionalidade no controle principal e abstrato⁹⁹

Dessa maneira, declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de uma norma no controle concentrado/abstrato não invoca o disposto no art. 52, X, da Constituição da República, por não se tratar de hipótese de atuação do Senado Federal.

Na verdade, esses autores ainda usam como exemplo o precedente do STF na ADI 4.029, de relatoria do Min. Luiz Fux, julgado em 8 de março de 2012, em que o pedido principal foi julgado improcedente, havendo, a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 5º, caput, art. 6º, §§ 1º e 2º, da Resolução nº 01/2002, do Congresso Nacional. Conforme se extraí da ementa abaixo:

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI FEDERAL Nº 11.516/07. CRIAÇÃO DO INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE. LEGITIMIDADE DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DO IBAMA. ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL. VIOLAÇÃO DO ART. 62, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO. NÃO EMISSÃO DE PARECER PELA COMISSÃO MISTA PARLAMENTAR. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 5º, 6º, PARÁGRAFOS 1º E 2º, DA RESOLUÇÃO Nº 1 DE 2002 DO CONGRESSO NACIONAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA NULIDADE (ART. 27 DA LEI 9.868/99). AÇÃO DIRETA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. A democracia participativa delineada pela Carta de 1988 se baseia na generalização e profusão das vias de participação dos cidadãos nos provimentos estatais, por isso que é de se conjurar uma exegese demasiadamente restritiva do conceito de entidade de classe de âmbito nacional previsto no art. 103, IX, da CRFB. 2. A participação da sociedade civil organizada nos processos de controle abstrato de constitucionalidade deve ser estimulada, como consectário de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, na percepção doutrinária de Peter Häberle, mercê de o incremento do rol dos legitimados à fiscalização abstrata das leis indicar esse novel sentimento constitucional. [...] 11. Ação Direta julgada improcedente, declarando-se incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos 5º, 6º, parágrafos 1º e 2º, da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, postergados os efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, para preservar a validade e a eficácia de todas as Medidas Provisórias convertidas em Lei até a presente data, bem como daquelas atualmente em trâmite no Legislativo. (grifos nossos)

(STF - ADI: 4029 AM, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 08/03/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 26-06-2012 PUBLIC 27-06-2012)

⁹⁸ JÚNIOR, Flávio Martins Alves Nunes. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 641.

⁹⁹ DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 5 ed. São Paulo: RT, 2017, p. 93.

Convém frisar que nesse julgamento nenhum ministro atentou para a tese da mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88, ou seja, nem mesmo o Min. Gilmar Mendes cogitou a aplicação desse dispositivo para conferir eficácia *erga omnes* à decisão, claramente por ser incabível em sede de ação direta de inconstitucionalidade, tal qual é defendido no presente trabalho.

Como se vê, por dois motivos essenciais não se enquadra a “teoria da abstrativização do controle difuso” pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIs 3.406/RJ e 3.470/RJ. Primeiro, porque não era hipótese de participação do Senado Federal, por ser declaração de inconstitucionalidade proveniente do controle concentrado de inconstitucionalidade que é dotada, naturalmente, de eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes. Segundo, pelo fato de a tese de mutação constitucional não ter sido aderida expressamente pela maioria dos ministros presentes – os Ministros Rosa Weber, Cármen Lúcia e Edson Fachin não trataram sobre a mutação nos seus respectivos votos -, manifestando-se a favor apenas os Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, este em *obiter dictum*, sem aprofundar o tema. Além deles, o próprio Ministro Gilmar Mendes, que milita em favor dessa tese desde a Reclamação nº 4.335/AC, que será mencionada em tópico próprio.

3.2.2 Teoria da transcendência dos motivos determinantes como alternativa plausível

Inicialmente, convém destacar o encadeamento dos fatos indagados no tópico anterior, ou seja, na impossibilidade de se reconhecer uma evolução jurisprudencial do STF no sentido de se adotar a “teoria da abstrativização do controle difuso” e, conseqüentemente, conferir uma mutação constitucional ao art. 52, X, da Constituição da República, retirando o papel discricionário do Senado Federal em suspender ou não a norma declarada inconstitucional em sede de controle difuso de constitucionalidade, uma vez que não houve exercício do controle difuso no caso em tela.

Por outro lado, vale mencionar outra tese importante para a compreensão desse estudo, qual seja, a “teoria da transcendência dos motivos determinantes”. Em termos gerais, essa teoria se refere à possibilidade de se atribuir eficácia vinculante à fundamentação da decisão e não somente a parte dispositiva. Sobre essa tese discorre Luiz Guilherme Marioni:

Com a expressão “eficácia transcendente da motivação” se pretende significar a eficácia que, advinda da fundamentação, recai sobre situações que contém particularidades próprias e distintas, mas que, na sua integridade enquanto questão a

ser resolvida, são similares à já decidida, e, por isso, reclamam as mesmas razões que foram apresentadas pelo tribunal quando da decisão [...].¹⁰⁰

Prestigia-se a segurança jurídica dos precedentes do STF com a teoria dos motivos determinantes, na medida que se permite a observância obrigatórias das razões fundamentais de um determinado julgamento da Corte nas demais instâncias do Poder Judiciário. Tem-se, então, uma tentativa de aproximação com o *common law*, que atribui enorme prestígio aos precedentes das Cortes Supremas, a ponto de transformá-los em vinculantes.

Nesse sentido, relembra-se que o Supremo Tribunal Federal considerou a lei fluminense constitucional, proibindo, no território do Estado do Rio de Janeiro, a extração, a produção, a comercialização e a utilização de asbesto e de produtos que o tenham na sua composição. Na sua fundamentação (*ratio decidendi*), a Corte Suprema apontou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei federal nº 9.055/95, na ocasião lembrando que essa mesma inconstitucionalidade já havia sido reconhecida em outra ADI.

Assim, no caso em tela, atribuiu-se eficácia vinculante à fundamentação da decisão proferida em sede de controle concentrado. Pode-se considerar, então, que o fenômeno ocorrido foi o da transcendência dos motivos determinantes, na medida que foi conferido efeito vinculante a uma declaração incidental de inconstitucionalidade, que havia previsão na fundamentação no acórdão das ADIs. A própria Ministra Cármen Lúcia chamou atenção para uma evolução jurisprudencial no sentido de não ser declarado cada ato normativo em sua respectiva forma, mas na matéria que nele se contém.¹⁰¹

No entanto, não ficou claro no julgamento se o Supremo Tribunal Federal adotará a teoria da transcendência dos motivos determinantes nos casos posteriores, uma vez que vinha anteriormente com uma tendência de rechaçar o cabimento dessa tese em suas decisões¹⁰².

Nessa esteira, conclui-se que a tese que mais se aproxima a exarada pela Corte Suprema é a teoria da transcendência dos motivos determinantes, tendo em vista que a consequência foi justamente essa atribuição de eficácia vinculante à declaração incidental de inconstitucionalidade no bojo do controle concentrado. Não há como alegar a teoria da abstrativização do controle difuso, porque essa declaração incidental se deu em controle

¹⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1340.

¹⁰¹ BRASIL, STF, ADI 3.470, Rel. Rosa Weber, DJe 11.09.2020, p.84.

¹⁰² Como exemplo, lista-se: Rcl 11473 AgR/CE. Relator(a): Min. Roberto Barroso. DJ: 17/03/2017. 1ª T; Rcl 9.778-AgR/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 10.11.2011; Rcl 9.294-AgR/RN, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, DJe 3.11.2011.

abstrato, logo, não há participação do Senado Federal para atribuir efeitos vinculantes à decisão, visto que, tem-se como característica do controle concentrado, a competência do STF na atribuição dos efeitos vinculantes, assim, não é cabível falar em mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição da República.

Além disso, não bastando os argumentos trazidos, a tese da mutação não foi referendada pela maioria dos ministros, porquanto só foi mencionada taxativamente pelos Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Por fim, mesmo o Ministro Celso de Mello, que na ocasião do Informativo 886 avalizava a tese da mutação constitucional, optou por cancelar todos os seus comentários sobre esse assunto quando da publicação do acórdão, acompanhando apenas a Relatora da ação que nada tratou sobre essa temática.

3.3 DA (IM)POSSIBILIDADE DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Não obstante os aspectos técnicos – mencionados nos tópicos anteriores - a respeito da impossibilidade de adoção da teoria da abstrativização do controle difuso, convém mencionar, ainda, que a mutação constitucional pretendida não se adequa aos critérios legitimadores do instituto.

Conforme visto em capítulo específico, as mutações constitucionais são verdadeiras incorrelações entre a realidade jurídico-social e o texto Constitucional. É a necessidade de mudança de sentido, significado ou alcance da norma constitucional, sem que, nesse processo, viole-se o texto e o espírito da Constituição. A mutação constitucional é a mudança que não contraria a Constituição, de modo que, direta ou indiretamente, é acolhida pelo texto constitucional.¹⁰³

Sucedese que a proposta de mudança do artigo 52, X, da Constituição da República contraria de plano o primado basilar da mutação constitucional, ou seja, aqui, altera-se o texto constitucional. Explico. A norma citada encontra-se no rol de competências privativas do Senado Federal que dispõe que, em ato discricionário, pode “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional [...]”. Lembra-se que o Ministro Marco Aurélio acrescenta que “o fenômeno, previsto no art. 52, X da Constituição Federal, no que revela a atribuição do Senado, não é simplesmente declaratório, é constitutivo, diz respeito à suspensão da execução da lei no território nacional”¹⁰⁴. Entretanto, propõe-se que esse dispositivo passe a

¹⁰³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Formais e Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonada, 1986, p. 10.

¹⁰⁴ BRASIL, STF, ADI 3.470, Rel. Rosa Weber, DJe 11.09.2020, p. 76.

ter interpretação de que caberia ao Senado “dar publicidade” a decisão proferida pela Corte Suprema.

Nesse caso, estar-se-ia, notadamente, diante de uma elevação do fenômeno da mutação ao patamar de poder constituinte reformador, que possui regras formais, materiais e procedimentais rígidas. Enquanto a manifestação do poder constituinte difuso, nos termos já explanados, é a expressão de uma forma não organizada e sem qualquer respaldo normativo, de mudança de interpretação da norma constitucional, é um fenômeno que assegura a dinamicidade da Constituição, sem violar-lhe o espírito, e, exatamente por ser desprovido de qualquer processo taxativo de reforma, não goza de força legitimante suficiente para motivar alterações expressas no texto constitucional.

Assim, a norma constitucional estaria evidentemente comprometida, já que no processo de criação de uma nova função ao Senado Federal por ato do Poder Judiciário, além de se violar, manifestamente, o critério das possibilidades semânticas da norma, estar-se-ia diante de uma flagrante ofensa à separação dos poderes, posto que a fixação dessa competência haveria de ser feita através de manifestação do poder reformador, notadamente através de Emendas à Constituição, não por interpretação do Supremo Tribunal Federal, sob pena de se configurar uma completa ingerência de um Poder sobre o outro.

3.3.1 O Supremo Tribunal Federal como legislador negativo

É de se destacar que é dada a competência ao Supremo Tribunal Federal de aferir a adequação do ordenamento jurídico às circunstâncias jurídico-sociais vigentes. Essa função decorre competência precípua dessa Corte à guarda da Constituição. Entretanto, não se trata rigorosamente de uma liberdade, mas da necessidade de manter o equilíbrio entre às questões do mundo jurídico e as normas constitucionais, da maneira que se tem o limite da sua atuação nesses dois aspectos.

Em contrapartida, não pode o STF utilizar-se da atribuição de sentinela do texto constitucional para justificar qualquer atuação hermenêutica, de modo a agir como se legislador positivo fosse. Não cabe à Corte reeditar a norma, decerto que esse tipo de atividade é exclusivo do poder constituinte originário e reformador.

Ou seja, o que pretende o STF, com a mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88, não é promover a guarda da Constituição, muito pelo contrário, aqui, tenciona-se alterá-la, mudando atribuições previstas pelo seu próprio texto, agindo como se legislador fosse. Por isso,

admitir tal mudança é apequenar em demasia a rigidez constitucional, bem como violar, manifestamente, o sistema de proteção elaborado e previsto na Carta Magna.

Ora, admitir a mutação constitucional nos termos propostos seria conferir ao Poder Judiciário funções típicas do legislativo, colocando-o na posição de legislador positivo, à proporção que pretende estabelecer uma alteração na norma constitucional, contrário à essência do próprio dispositivo apontado (art. 52, X).

Ademais, não é possível que o questionamento acerca da obsolescência e suposta incompatibilidade do dispositivo face às novas configurações do controle difuso sirva como justificativa para tomar para si competência que não lhe foi atribuída pela Constituição. Nesse sentido, pontua-se o lecionado por Carlos Maximiliano: “O estatuto ordinário, embora contemporâneo do Código Supremo, não lhe pode revogar o texto, destruir o sentido óbvio, estreitar os limites verdadeiros, nem alargar fronteiras naturais”¹⁰⁵. Nesse caso, tem-se uma tentativa da Corte em alargar as fronteiras naturais do dispositivo, atribuindo previsão diversa a expressa no seu texto.

3.3.2 O princípio da separação dos poderes e a mutação inconstitucional

Ante o que fora até aqui analisado, o fenômeno da mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88, se trata de uma verdadeira ofensa ao princípio da Separação dos Poderes, ao passo que possibilita que Poder Judiciário atribua função distinta àquela prevista na Constituição. Dessa forma, estaria o STF em um completo desalinho ante a sua função de guardião do texto constitucional, de maneira que faz uso do seu *status* constitucional para impor dever ao Senado Federal que sequer o poder constituinte originário se dispôs a fazê-lo.

Importante afirmar que o conteúdo normativo do artigo supracitado não traz consigo uma simples recomendação, muito menos trata sobre circunstância jurídica que não tem pertinência na realidade fática contemporânea para se justificar uma mutação por desuso, uma vez que a sua utilização faz parte de um procedimento formal para que seja reconhecida a inconstitucionalidade de uma norma com efeitos vinculantes para todos, não se permitindo que a norma deixe simplesmente de ser aplicada tão somente pelo juízo de pertinência jurisdicional.

Esse dispositivo constitucional faz parte de um todo, que tem como finalidade afastar a incidência para todos de determinada norma declarada inconstitucional em sede de controle de constitucionalidade difuso. Ou seja, a suspensão da execução de norma reconhecida

¹⁰⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 250.

inconstitucional pelo Senado Federal é uma etapa de um procedimento formal, não podendo, dessa forma, suprimir este requisito para admitir efeitos jurídicos que só seriam possíveis a partir do seu preenchimento. Afinal, “o ordenamento constitucional representa o pressuposto de toda a organização do Estado”¹⁰⁶. Logo, quando ele é violado se põe em risco toda os preceitos democráticos conquistados.

O grande prejuízo é evidenciado quando se nota que não se trata de uma mutação na interpretação de um dispositivo constitucional, mas da aspiração de supressão completa de uma norma constitucional atribuída ao Senado Federal em prol de um novo “texto” que outorga uma nova competência ao STF.

Ademais, chama-se atenção, por fim, para a questão levantada pelo Ministro Gilmar Mendes, no bojo dessas ADIs, acerca da participação do Senado Federal ser sazonal e por vezes negligenciada. Veja:

Na prática, já fazemos isso um pouco. Não esperamos que o Senado suspenda. Como sabemos, é pouco sazonal a suspensão por parte do Senado. Às vezes esse assunto é negligenciado, e o Senado não se debruça sobre esse tema, porque é um tema assaz técnico, vamos dizer assim, considerando a formação da Casa política.¹⁰⁷

É curioso o argumento do Ministro Gilmar Mendes, principalmente em decorrência de um estudo publicado em dezembro de 2014, na Revista Direito GV São Paulo¹⁰⁸, que tratava acerca do número de vezes em que o Supremo Tribunal Federal comunicou o Senado Federal, provocando-o a agir nos termos no art. 52, X. Na ocasião, o jurista responsável pela análise, em posse de dados relacionados ao período de 1989 e 2009 – período disponível na base de dados à época -, concluiu-se que em 70% dos casos que o Supremo Tribunal Federal comunicou a respeito das decisões, o Senado Federal editou resolução referente à suspensão de execução da norma declarada inconstitucional.

Dessa forma, é incabível o enquadramento da mutação constitucional do art. 52, X, como uma das hipóteses relacionadas ao “desuso” da norma, tanto em virtude do próprio conteúdo da norma constitucional – que não comporta tamanha alteração no seu texto -, quanto em relação a argumentação de que o Senado agiria de maneira sazonal e negligenciada, já que

¹⁰⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p.95.

¹⁰⁷ BRASIL, STF, ADI 3.470, Rel. Rosa Weber, DJe 11.09.2020, p. 67.

¹⁰⁸ SANTOS, Carlos Victor Nascimento. Mutação à Brasileira. In: **DIREITO GV**, São Paulo, v. 10 n. 2, p. 597-614, julho, 2014): Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/48709/47089>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

não é possível se configurar que de fato há um comportamento que se enquadre como menosprezo ou desleixo deste órgão político.

Corroborando com isso o fato de o STF ter feito a remessa de cerca de 136 informes quando a Corte proveu, total ou parcialmente, cerca de 97.130 recursos extraordinários nessa época – conforme estudo mencionado acima. Assim, consegue-se notar que a questão vai muito além da alegação de “desuso” do dispositivo constitucional, porquanto a própria Corte corrobora com o pouco volume de resoluções senatoriais quando não procede com a remessa da questão à casa legislativa.

Assim, a pretensão de mutação é, nesse caso, manifestamente inconstitucional, pois qualquer alteração no texto da Constituição só é possível através do poder constituinte reformador, que dotado de competência para tanto, alteraria a norma para se enquadrar o pretendido, que seria, no caso, a redução do papel do Senado Federal para mero publicador das decisões do STF. Entretanto, como a mutação constitucional é uma manifestação do poder constituinte difuso, padece de competência para reformar o texto. Ademais, se não bastasse o aspecto mencionado nos primeiros tópicos, qual seja, a impossibilidade de se falar em teoria da abstrativização de controle difuso em declaração incidental de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado, essa mutação arrastaria consigo uma série de violações, posto que desrespeita a ideia base de mutação constitucional, que é a alteração de sentido ou alcance, dentro das possibilidades semânticas da norma, sem promover qualquer tipo de violação à Constituição da República, vez que, nesse caso, ofende o princípio da Separação dos Poderes, promovendo uma verdadeira ingerência do Poder Judiciário no Poder Legislativo.

Ademais, a Constituição garante ferramentas que permitam a edição de entendimentos com efeitos vinculantes, notadamente através da edição das Súmulas Vinculantes, instituto que foi inserido na Carta Magna com a Emenda nº 45 de 2004 e previsto no art. 103-A¹⁰⁹, ao qual o STF poderá sempre recorrer quando entender que a matéria debatida é relevante o suficiente – depois de reiteradas decisões - para que sejam atribuídos eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes para os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

¹⁰⁹Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

3.4 PRECEDENTE IMPORTANTE: RECLAMAÇÃO Nº 4335/AC

Diante de todos os argumentos trazidos no bojo do presente estudo, é importante pontuar o precedente que deu início à discussão acerca da possível mutação do artigo, 52, X, da Constituição da República, qual seja, a Reclamação nº 4.335/AC¹¹⁰. Em resumo, a Reclamação tratava sobre pedido de progressão de regime de cumprimento de sanção penal privativa de liberdade em virtude de condenação pela realização de crimes hediondos, progressão que foi negada aos representados pela Defensoria Pública, com fulcro na antiga redação do art. 2º, §1º da Lei nº 8.072/1990. O pedido da Reclamação era fundamentado na decisão proferida pelo STF no *Habeas Corpus* nº 82.959/SP, que reconhecia a inconstitucionalidade do referido dispositivo em um caso concreto – sendo realizado, portanto, o controle difuso de constitucionalidade -, almejando a extensão dos efeitos decorrentes da decisão do HC para os representados na demanda em questão.

No mérito da Reclamação Constitucional citada, o Min. Relator Gilmar Mendes argumentou quanto à possibilidade do art. 52, X, da Constituição ter sofrido mutação constitucional, no sentido de que o Senado Federal passaria apenas a dar publicidade geral a inconstitucionalidade declarada em sede de controle difuso, deixando então de suspender a eficácia dessa norma declarada inconstitucional, afastamento que ficaria ao encargo do próprio Supremo Tribunal Federal. Admitindo-se tal hipótese estar-se-ia diante de um caso de aplicação da “teoria da abstrativização do controle difuso”, de maneira a aceitar que o cenário jurídico-social teria tornado obsoleto esse dispositivo constitucional que atribuía a competência ao Senado Federal de participação no controle difuso de constitucionalidade.

Na oportunidade, o Min. Rel. Gilmar Mendes defendeu que a participação do 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 [...]”¹¹¹. Por outro lado, o Min. Eros Grau, em seu voto, tratando da tese da mutação constitucional, reconheceu que “[...] Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a

¹¹⁰BRASIL, STF, RC 4335-4/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 20-03-2014.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 130.

outro texto, que substitui o primeiro”¹¹². Entretanto, acompanhou o Min. Relator em considerar que *in casu* seria uma situação plausível de ocorrência da mutação constitucional.

Destaca-se, ainda, os ministros contrários à tese, quais sejam, os Ministros Sepúlveda Pertence, o Min. Joaquim Barbosa, o Min. Marco Aurélio e o Min. Ricardo Lewandowski. Na ocasião, o Min. Sepúlveda Pertence, ao proferir seu voto, segundo suas próprias palavras, “não se animou à mutação constitucional proposta”¹¹³, por entender que teria “cheiro de golpe de Estado”, por almejar “reduzir a nada o papel do Senado”. Manifestou-se entendendo que a mutação seria “ir além da marca”¹¹⁴. Nesse mesmo sentido, o Min. Joaquim Barbosa reforçou que a solução para atribuir eficácia *erga omnes* à decisão do HC 82.959 seria através da súmula vinculante.¹¹⁵

Venceu a tese do Min. Teori Zavaski, que na ocasião ressaltou que a competência do Senado Federal em suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal não impede que determinadas decisões da Corte possuam eficácia expansiva, mesmo diante de controvérsia de índole individual. Segundo o Ministro, “É inegável, por conseguinte, que, atualmente, a força expansiva das decisões do Supremo Tribunal Federal, mesmo quando tomadas em casos concretos, não decorre apenas e tão somente da resolução do Senado, nas hipóteses do artigo 52, inciso X, da Constituição”¹¹⁶. Por outro lado, o Ministro não partilhou da tese defendida pelo Ministro Gilmar Mendes quanto a mutação constitucional do artigo 52, X, da CRFB/88, acolhendo a Reclamação por violação da Súmula Vinculante nº 26. Vale destacar que embora a presente Reclamação tenha sido ajuizada um pouco mais de três anos antes da súmula mencionada, a aprovação do verbete, nas palavras do Ministro, é fato superveniente, ocorrido no percurso do julgamento, que não pode ser ignorado pelo magistrado, consoante artigo 462 do Código de Processo Civil da época (atual artigo 493 do novo CPC)¹¹⁷. O Ministro Teori Zavascki foi acompanhado pelos Ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello, para dar provimento à Reclamação com base na adição superveniente da Súmula Vinculante nº 26 do STF¹¹⁸, não adotando a tese da mutação constitucional do Min. Relator Gilmar Mendes. Tem-se a Ementa:

¹¹² *Ibidem*, p. 42.

¹¹³ BRASIL, STF, RC 4335-4/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 20-03-2014., p. 42.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 94.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 99.

¹¹⁶ *Ibidem* p. 162-163.

¹¹⁷ JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 278.

¹¹⁸ Súmula vinculante 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. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de

Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito *ultra partes* da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente"

Desse modo, a decisão do acórdão se deu nos termos do Relator, mas, embora tenha dado provimento à Reclamação, em razão da superveniência da Súmula Vinculante nº 26, restou-se afastada a tese da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição da República.

Por fim, menciona-se esse precedente no intuito de demonstrar que essa discussão quanto à possibilidade de mutação constitucional do dispositivo supracitado não é recente, mas que, mesmo agora, ainda não existe um consenso quanto à sua legitimidade.

Concluimos, portanto, defendendo que, apesar de o STF ser o guardião da Constituição, a ocorrência dessa mutação feriria o princípio da supremacia da Constituição, da rigidez constitucional e, principalmente da separação dos Poderes - conforme art. 2º da Carta Magna - , tendo em vista que seria uma latente ingerência de um Poder sobre outro. Como alternativa plausível a isso, destaca-se o uso das Súmulas Vinculantes ou até mesmo a manifestação do poder reformador, através dos procedimentos específicos constantes na própria Constituição.

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.

CONCLUSÕES

O presente estudo objetivou analisar a possibilidade de enquadramento da teoria da abstrativização do controle difuso em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Para tanto, analisou-se as discussões ocorridas no âmbito do julgamento das ADIs 3.406/RJ e 3.470/RJ, e refletiu-se acerca da participação do Senado Federal no processo de controle de constitucionalidade, bem como das implicações de eventual adoção desta teoria no plano da separação dos poderes.

A partir da análise do desenvolvimento do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, observou-se que esse tipo de controle, pelo Poder Judiciário, iniciou-se a partir de 1890 e seguiu em um processo evolutivo até se chegar ao modelo híbrido atualmente conhecido, que comporta o controle por via incidental e difuso, e o controle por via principal e concentrado, ampliando significativamente os mecanismos de proteção judicial.

Constatou-se que o controle concentrado, de competência exclusiva do STF, representou a ampliação da participação Supremo Tribunal Federal nas controvérsias constitucionais relevantes. Somou-se a isso o efeito vinculante atribuído às decisões finais proferidas em controle abstrato de constitucionalidade pela Corte ante as demais instâncias do judiciário, da administração pública direta ou indireta, federal, estadual ou municipal, corroborando o papel de guardião da Constituição atribuído à Suprema Corte.

No âmbito do controle difuso, através do qual qualquer juiz ou tribunal afere a constitucionalidade de norma, devendo-se afastar sua incidência exclusivamente no caso concreto, cabe ao Supremo Tribunal Federal exercer o controle de constitucionalidade nas causas de sua competência originária, e, ainda, em sede de recursos ordinários.

Não obstante o papel da Suprema Corte nas duas hipóteses de controle de constitucionalidade, não se pode olvidar que este não é um exercício privativo do Poder Judiciário, cabendo aos Poderes Legislativo e Executivo, nos limites de sua competência, atuarem no sentido de impedir que normas conflitantes com os preceitos constitucionais ingressem e permaneçam vigente no ordenamento jurídico.

Da análise da evolução histórica do controle de constitucionalidade ao longo das Constituições Brasileiras, concluiu-se que desde 1934, o Poder Constituinte outorgou ao Senado Federal a competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional,

atribuindo efeito *erga omnes* às decisões que declaravam inconstitucionais as normas até então aplicáveis ao caso concreto, competência mantida até hoje, conforme art. 52, X, da CRFB/88.

Nos termos do art. 52, X da Constituição de 1988, uma vez constatada a necessidade de concessão de eficácia geral às decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF, deverá ser o Senado Federal informado para, assim querendo, conferir efeitos *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade expressadas pelo STF no controle difuso.

Não obstante a previsão legal, existe atualmente uma corrente defensora da teoria da abstrativização do controle difuso, segundo a qual as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso de constitucionalidade, são dotadas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, sem a necessidade de participação do Senado Federal no sentido de conferir suspensão da execução dessa norma declarada inconstitucional. A aplicabilidade da teoria da abstrativização seria possível, conforme foi possível inferir, em decorrência da mutação constitucional do art. 52, X, do Texto de 1988.

Da análise da doutrina especializada, foi possível concluir que a mutação constitucional representa uma mudança informal do significado, do sentido e do alcance do texto constitucional, para adequá-lo à uma nova realidade social, distinta daquele pano de fundo sobre o qual fora o texto elaborado. Por não ter previsão normativa em seu sentido, por isso informal, estas mutações encontram seus limites no próprio texto constitucional, uma vez que, ao contrariá-lo, cometeriam violação da própria Constituição.

A partir da apreciação dos julgamentos, pelo Supremo Tribunal Federal, das ADI's nº 3.406/RJ e nº 3.470/RJ, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, observou-se a exteriorização de um discurso em prol da mutação constitucional do art. 52, X, da Carta de 1988, fundamentando, assim, a teoria da abstrativização do controle difuso. Não obstante, da análise dos casos em comento, verificou-se a impossibilidade, no caso concreto, de enquadramento da teoria da abstrativização do controle difuso, uma vez que não constituía hipótese de participação do Senado Federal, por se tratar de declaração de inconstitucionalidade proveniente do controle concentrado de constitucionalidade e que, por isso, já reveste a decisão de eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes. Ademais, mesmo que se tratasse de controle difuso, a tese de mutação constitucional não foi aderida expressamente pela maioria dos ministros presentes.

Ademais, mesmo que tratando-se de controle de constitucionalidade difuso, concluiu-se pela impossibilidade da mutação do artigo 52, X, da Constituição da República. Isso porque,

vale repisar, este fenômeno de mudança informal do conteúdo constitucional só é admitido quando não for de encontro com o que preceitua a Lei Maior. Ora, se o texto constitucional prevê expressamente a competência do Senado Federal para, de forma discricionária, suspender a execução de norma declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle difuso, admitir a mutação do dispositivo cominaria, em verdade, em alteração de competência determinada pelo texto constitucional, para determinar que caberia ao Senado “dar publicidade” à decisão proferida pela Corte Suprema, comprometendo, dessa forma, o conteúdo da norma constitucional.

Por outro lado, não se questiona aqui o mérito quanto a participação do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade, vez que parcela da doutrina considera essa atuação totalmente prescindível, principalmente perante as novas configurações do controle de constitucionalidade brasileiro. Nesse sentido, o presente trabalho buscou demonstrar que a utilização do fenômeno da mutação constitucional para apequenar a competência atribuída ao Senado Federal pelo texto constitucional é indevida, sob pena de configurar-se mutação inconstitucional.

Finalmente, defender a tese da mutação constitucional do dispositivo supracitado comprometeria um dos princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, o princípio da separação dos Poderes, consagrado pela Carta Magna no seu artigo 2º. Nessa perspectiva, ter-se-ia uma completa ingerência do Poder Judiciário em face do Poder Legislativo em prol de um de um “decisionismo” extremamente prejudicial e não autorizado pela Constituição da República, ao passo que é inadmissível a atribuição de força de lei a decisões que não a possuam.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva.
- _____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva.
- BRASIL, STF, ADI 3.682/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, 09.05.2007.
- BRASIL, STF, ADI 3.470. Rel. Rosa Weber, DJe 11.09.2020.
- BRASIL, STF, ADI 3.406. Rel. Rosa Weber, DJe 11.09.2020.
- BRASIL, STF, ADinMca 1096-RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 22.09.1995.
- BRASIL, STF, ADinMca 1519-AL, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 13.12.1996.
- BRASIL, STF. MS 20.257, Rel. Min. Moreira Alves, RT, DJ 8-10-1980.
- BRASIL, STF, RC 4335-5/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 20-03-2014.
- BRASIL, STF. RE 198-346-9/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ, 1, de 5-12-1997.
- BRASIL, STF, RE nº. 376.852/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 13/06/2003.
- BROSSARD, Paulo. **O Senado as leis inconstitucionais**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 13, n. 50, p. 64, abr./jun. 1976. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181304>>. Acesso em: 15 de março de 2021.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Da reforma à mutação constitucional**. Revista de informação legislativa, v. 33, n. 129, p. 25-43, jan./mar. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176380>>. Acessado em 10 de fevereiro de 2021.
- _____. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*. Apud FERRAZ, Anna Cândida da Cunha.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 19 mar. 2021.
- DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 5 ed. São Paulo: RT, 2017.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. Salvador: Juspodvim, 2015.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Formais e Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonada, 1986.
- HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional. Limites da mutação constitucional**. São Paulo: Série IDP/Saraiva, 2009.

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Trad. Cristian Forter. Madrid: Centro de Estudios Constitucionalesm, 1991.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

JUNIOR, Nelson Nery. **O Senado e o controle concreto de constitucionalidade de leis e de atos normativos**: Separação dos poderes, Poder Legislativo e interpretação da CF 52 X. Revista de informação legislativa, v. 47, n. 187, p. 193-200, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198654>>. Acesso em: 15 de mar. de 2021.

MAIOR, Silvério Souto. **Fundamentos para uma nova teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade**. Tese de Mestrado em Direito – Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAIS, Carlos Blanco de. Mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso. In: FELLET, André, NOVELINO Marcelo (orgs.). **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Juspodivm, 2013.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: RT, 2018.

RIO DE JANEIRO. **Lei nº 3.579/2001**. Assembleia Legislativa: Rio de Janeiro, 2001. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/fb3bff663634f12103256a6a004681ad?OpenDocument&Highlight=0,3579>>. Acesso em: 04 de mar. 2021.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento. Mutações à Brasileira. In: **DIREITO GV**, São Paulo, v. 10 n. 2, p. 597-614, julho, 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/48709/47089>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luis. **Jurisdição Constitucional**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.