



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL

FACULDADE DE DIREITO

2024.2

GABRIEL TOLEDO CAVALCANTE CORREIA

**A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO:
UMA ANÁLISE DA TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE
DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE À LUZ DOS PROCESSOS
INFORMAIS DA MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO**

MACEIÓ – AL
2024

GABRIEL TOLEDO CAVALCANTE CORREIA

**A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO:
UMA ANÁLISE DA TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE
DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE À LUZ DOS PROCESSOS
INFORMAIS DA MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), apresentado à Banca Examinadora do Curso de Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL), como requisito para obtenção do título de graduação do Curso de Direito.

Orientador: Prof. George Sarmento Lins Júnior.

MACEIÓ – AL
2024

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

Bibliotecária: Helena Cristina Pimentel do Vale – CRB4 - 661

C824m Correia, Gabriel Toledo Cavalcante.

A mutação constitucional do art. 52, x, da Constituição : uma análise da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade à luz dos processos informais da mudança da Constituição / Gabriel Toledo Cavalcante Correia. – 2024.
55 f.

Orientador: George Sarmento Lins Júnior.

Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade Federal de Alagoa, Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2024.

Bibliografia. f. 54-55.

1. Controle de constitucionalidade. 2. Teoria da abstrativização do controle difuso.
3. Mutação constitucional. 4. Suspensão senatorial. I. Título.

CDU: 342.7(81)

Folha de Aprovação

GABRIEL TOLEDO CAVALCANTE CORREIA

A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO: UMA ANÁLISE DA TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE À LUZ DOS PROCESSOS INFORMAIS DE MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO.

Trabalho de conclusão de curso (TCC)
apresentado no curso de graduação em Direito da
Universidade Federal de Alagoas, como requisito
para obtenção do título de bacharel Direito.

Banca Examinadora

Documento assinado digitalmente
 **GEORGE SARMENTO LINS JÚNIOR**
Data: 04/04/2025 09:02:46-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Orientador: Prof. Dr. George Sarmento Lins Júnior.
(Universidade Federal de Alagoas)

THIAGO RODRIGUES DE
PONTES BOMFIM:02473857431

Assinado de forma digital por THIAGO
RODRIGUES DE PONTES
BOMFIM:02473857431
Dados: 2025.04.03 16:38:54 -03'00'

Examinador: Prof. Ms. Thiago Rodrigues de Pontes Bonfim
(Universidade Federal de Alagoas)



Documento assinado digitalmente

MAURICIO ANDRE BARROS PITTA

Data: 03/04/2025 18:22:34-0300

Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Examinador: Prof. Ms. Maurício André Barros Pitta
(Universidade Federal de Alagoas)

RESUMO

Este trabalho analisa a mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição da República Federativa do Brasil, já declarada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), com enfoque nas análises dos processos informais de mudança da constituição, do sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil e da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Para tanto, explora-se o tema da mutação constitucional e a diferença entre esta e a interpretação inconstitucional. Além disso, analisa-se o sistema de controle de constitucionalidade misto que há no Brasil, explicando as diferenças existentes entre os controles concentrado e difuso. Ainda, após alertar para a possibilidade de aproximação dos efeitos das duas formas de controle de constitucionalidade, através da concessão de eficácia *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade em sede de controle difuso, faz-se uma exposição a respeito da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, comentando se houve, ou não, mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal e a respectiva retirada da competência atribuída ao Senado Federal pelo Poder Constituinte.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade; Teoria da abstrativização do controle difuso; Mutação constitucional; Suspensão senatorial.

ABSTRACT

This paper analyzes the constitutional mutation of Article 52, X, of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, already declared by the Federal Supreme Court, with a focus on the analysis of informal processes of constitutional change, the system of constitutional control adopted in Brazil, and the theory of the abstractness of diffuse constitutional control. To this end, the theme of constitutional mutation is explored, as well as the difference between it and unconstitutional interpretation. Furthermore, the mixed system of constitutional control in Brazil is analyzed, explaining the differences between concentrated and diffuse controls. After highlighting the possibility of bringing the effects of both forms of constitutional control closer together through the granting of erga omnes effectiveness to declarations of unconstitutionality in diffuse control, an exposition on the theory of the abstractness of diffuse constitutional control is presented, discussing whether or not there has been a constitutional mutation of Article 52, X, of the Constitution and the respective removal of the competence originally attributed to the Federal Senate by the Constituent Power.

Key-words: constitutionality control; diffuse control abstraction theory; constitutional mutation; senatorial suspension;

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADII	Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (Representação Interventiva)
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CCJ	Comissão de Constituição e Justiça
CF	Constituição Federal
CF/OAB	Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil
CN	Congresso Nacional
CPC	Código de Processo Civil
DP/AC	Defensoria Pública do Estado do Acre
STF	Supremo Tribunal Federal
SF	Senado Federal
TS	Tribunal Superior
RE	Recurso Extraordinário
RIC/STF	Regimento Interno da Corte do Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	07
2	MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: CONCEITOS INICIAIS	10
2.1	CONCEITO.....	10
2.2	MECANISMOS DE ATUAÇÃO.....	12
2.3	FUNDAMENTOS.....	14
2.4	LIMITES.....	16
3	O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL NO BRASIL E O PAPEL DO SENADO NO CONTROLE DIFUSO.....	18
3.1	CONCEITO E CLASSIFICAÇÕES	18
3.1.1	Conceito.....	18
3.1.2	Classificação	21
3.2	O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....	25
3.2.1	Conceito.....	25
3.2.2	Efeitos.....	26
3.2.3	O Papel do Senado Federal no Controle Difuso-Incidental.....	29
3.3	O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....	33
3.3.1	Conceito.....	33
3.3.2	A Provocação do Controle Concentrado de Constitucionalidade	34
4	A TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE SOB A ÓTICA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	36
4.1	A TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO.....	36
4.1.1	Fundamentos.....	38
4.2	A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO.....	42
4.3	ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF: ADI Nº3.406 E ADI Nº3.470/RJ.....	46
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	54

1 INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) busca analisar, com as lentes dos processos informais de alteração do art. 52, X, da Constituição da República Federativa do Brasil (CF/1988), a mutação constitucional, e todas as implicações no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro dela decorrentes, com um olhar sobre a teoria da abstrativização do controle difuso da mesma. A escolha do presente tema se deu em razão da relevância temática para o Direito Constitucional brasileiro, notadamente, com intuito de evidenciar a importância da jurisdição constitucional na fiscalização de validade das normas do ordenamento pátrio.

Para possibilitar uma compreensão adequada do assunto tratado, este trabalho se debruça sobre temas como os processos informais de alteração da Constituição e a mutação constitucional; o sistema de controle de constitucionalidade que vigora no Brasil, explicando as diferenças existentes entre os controles difuso e concentrado num sistema misto, como é o caso; o papel do Senado Federal (SF) no controle difuso de constitucionalidade e a suspensão da eficácia da norma declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (STF); a mutação constitucional ocorrida no art. 52, X, da Constituição e uma análise das decisões da Suprema Corte pertinentes ao tema.

O tema objeto do presente trabalho é de grande importância para o Direito Constitucional, além de possuir relevância social, tendo em vista que enfrenta diretamente problemáticas como a separação dos poderes, a efetividade das decisões judiciais e a fiscalização das leis e dos atos do poder público, mediante o controle de constitucionalidade. Além disso, é um assunto atual, uma vez que ainda é objeto de acalorados debates doutrinários desde 2017 e que buscam compreender a decisão mais importante da Suprema Corte que versa sobre o tema.

É possível visualizar, ainda, no presente trabalho, uma relação de interdisciplinaridade entre o Direito Constitucional (DC) e o Direito Processual Civil (DPC), tendo em vista que aqui são analisados os dispositivos presentes no Código de Processo Civil (CPC) de 2015 que prescrevem a obrigatoriedade de observância, por parte dos juízes nas decisões judiciais, dos precedentes. A esse respeito, vê-se aqui que tais mandamentos alteram completamente os rumos da discussão objeto do presente trabalho, haja vista a força vinculante, conferida pelo CPC (2015), dos precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF).

De seu turno, a metodologia utilizada para a realização da pesquisa que culminou neste trabalho foi a pesquisa bibliográfica de livros e artigos jurídicos, bem como, na análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). O que buscamos aqui, é analisar a bibliografia do tema, no que diz respeito tanto aos processos informais de mudança da Constituição, como do controle de constitucionalidade no direito brasileiro, passando pela abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Num segundo momento, após a compreensão do que diz a doutrina sobre a temática, passa-se a analisar a jurisprudência da Corte Constitucional sobre a matéria, conferindo aplicabilidade prática a todo o aparato teórico trabalhado.

De um modo geral, o objetivo do trabalho é analisar o instituto da mutação constitucional, compreender o modelo de controle de constitucionalidade que vigora no Brasil, analisar o papel do Senado Federal (SF) no controle de constitucionalidade, compreender o art. 52, X, da Constituição Federal, para, ao fim, identificar se realmente houve mutação constitucional do referido dispositivo da Constituição (como reconheceu o STF), ou se houve mera interpretação inconstitucional por parte da Suprema Corte.

No primeiro capítulo, analisa-se o fenômeno da mutação constitucional, criação doutrinária amplamente difundida em todo o mundo e aceita no Direito pátrio, inclusive reconhecida pela Suprema Corte em vários julgados. Para tratar da mutação constitucional, analisamos o instituto com base em seu conceito, fundamentos, mecanismos de atuação, limites e na diferenciação entre a mutação constitucional e as interpretações inconstitucionais. O cerne da questão é compreender os processos informais de mudança da Constituição Federal para saber, ao final, se houve, de fato, a mutação constitucional do art. 52, X, da CF, como reconheceu o STF.

No segundo capítulo, o controle de constitucionalidade judicial no Brasil e o papel do Senado Federal do controle difuso de constitucionalidade são os objetos abordados. Para isso, aborda-se neste capítulo o conceito e as classificações do controle de constitucionalidade, com o objetivo de esclarecer o que é a inconstitucionalidade da lei e como ela é declarada. Além disso, explicamos o sistema misto de controle de constitucionalidade existente no Brasil, demonstrando tudo o que há de essencial tanto no controle difuso, quanto no controle concentrado. O ponto central é dissecar os procedimentos pelos quais cada um deles se manifesta e a distinção quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em cada um

deles. Aborda-se, ainda, o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade, que consta expressamente na Constituição Federal, em seu art. 52, X. Tudo isso com o objetivo de compreender a competência do Senado atribuída pela própria Lei Maior e a razão da existência da controvérsia quanto à ocorrência ou não de mutação constitucional desse dispositivo.

Por fim, no terceiro capítulo, realiza-se uma abordagem mais aprofundada da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e uma análise acerca da mutação do art. 52, X, da CF. De início, explica-se o princípio da controvérsia que deu origem à mencionada teoria, elencando cada um dos fundamentos que a embasam, assim como aqueles que buscam retirar sua legitimidade. Em seguida, passa-se a analisar a mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal e, de forma semelhante, expondo os mais relevantes argumentos que a embasam e que a criticam. Por derradeiro, faz-se uma análise a respeito das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) que deram vida à controvérsia, através de uma descrição dos votos de cada um dos Ministros.

O que se espera é que o presente trabalho tenha capacidade de explicar os institutos de compreensão necessários antes de passar para a análise da mutação constitucional em questão e da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. É importante ressaltar que não seria possível discutir tal temática sem antes trazer uma breve exposição sobre temas como a mutação constitucional e os processos informais de mudança da constituição; os controles difuso e concentrado no modelo misto de controle de constitucionalidade que vigoram no Brasil; uma análise da jurisprudência do STF; e as discussões sobre a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e a mutação constitucional do art. 5, X, da Constituição Federal.

2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: CONCEITOS INICIAIS

2.1 CONCEITO

É natural se observar, nas Constituições de vários países, a característica da rigidez constitucional. Essa valência consiste em ter na Lei Maior um procedimento mais dificultoso, para sua própria alteração, do que o procedimento previsto para a alteração das leis ordinárias. A referida qualidade está presente, inclusive, na Constituição da República Federativa do Brasil (1988), que prevê um procedimento mais solene para a edição de emendas à Constituição (limitações nos legitimados para propor, quórum para aprovação maior), do que para a elaboração de uma lei ordinária ou uma lei complementar.

É necessário compreender, no entanto, que não se inclui nas Constituições essa característica por capricho. Ela existe exatamente para que a essência das Constituições – que são compostas de decisões fundamentais que se pretende excluir da política ordinária (Barroso, 2024, p. 100) – tenha mais duração no tempo, e para que o legislador ordinário não a altere frequentemente, de forma desnecessária.

Ocorre que a Carta Maior, apesar de ter a vocação da permanência (Horta, 2002, p. 97), precisa sofrer alterações ao longo do tempo, para que continue adequada à realidade social. Para o Ministro Barroso (2024), as Constituições não podem perpetuar seu texto de forma eterna, a ponto de se tornarem imutáveis, mas devem prever mecanismos institucionais para sua alteração e adaptação às novas realidades, sob pena de poder-se a elas atribuir a indesejável responsabilidade sobre a possibilidade de haver um governo dos mortos sobre os vivos (Barroso, 2024, p. 100). Isso é necessário para que não haja uma separação entre a realidade proposta pela Constituição Federal e a realidade social, ocasionando, conseqüentemente, uma ruptura institucional na busca por uma Lei Fundamental mais próxima à realidade dos fatos.

Por esta razão, as Constituições costumam prever mecanismos formais para sua própria alteração – são exemplos, na Constituição Federal brasileira (1988), a reforma constitucional e a revisão constitucional –, que exigem a atuação do Poder Constituinte Derivado para alteração de seu texto.

Entretanto, além desses mecanismos formais, há, de outro lado, um processo informal de alteração da Lei Fundamental que, apesar de ter o condão de modificar a

norma extraída do texto constitucional, mantém este intocado. A essa técnica dá-se o nome de Mutação Constitucional.

Nesse sentido, consiste a Mutação Constitucional na alteração do alcance, do sentido e do significado da norma constitucional, sem alteração expressa do texto, e que pode se manifestar através de decisões judiciais, dos costumes e das leis (Da Cunha Ferraz, p. 9). Para Silva (2004), mutação constitucional “consiste num processo não formal de mudanças das constituições rígidas, por via dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial que afetem a estrutura orgânica do Estado” (Silva, 2004, p. 231).

Para o Ministro Barroso (2024, p. 103), mutação constitucional é “uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular.” (Barroso, 2024, p. 103).

É digno de nota a necessidade de se tomar cuidado em diferenciar o reconhecimento da ocorrência de uma mutação constitucional com as interpretações inconstitucionais. A esse respeito, Ferraz (Da Cunha Ferraz, p. 10) argumenta que 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 Federal (CF) sem contrariá-la. As modalidades de processo informal de mudança da (CF) que contrariem a Lei Maior, ultrapassando os limites constitucionais fixados pelas normas, enfim, as alterações inconstitucionais, são chamadas de mutações inconstitucionais (Da Cunha Ferraz, p. 10).

No mesmo sentido, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes entende que “por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição Federal (1988) muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação

constitucional. A nova interpretação há, porém, de encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violentar os princípios estruturantes da Lei Maior; do contrário, haverá apenas uma interpretação inconstitucional” (Mendes, 2024, p. 99).

Em síntese, para que se possa falar em mutação constitucional, é necessário que alguns requisitos se realizem. Assim, deve haver sempre alteração do sentido, do significado ou do alcance da norma constitucional. Além disso, não pode a mutação ofender o texto, nem o espírito da Constituição. Por último, esta forma de alteração da Magna Carta se processa de uma forma diferente daquela instituída para as alterações formais do texto constitucional (Da Cunha Ferraz, p. 11). Caso contrário, não é possível falar em mutação constitucional, havendo apenas interpretação inconstitucional, naqueles casos em que se pretende atribuir à norma um alcance que o texto não possibilita.

2.2 MECANISMOS DE ATUAÇÃO

Para uma compreensão suficiente do fenômeno da mutação constitucional é necessário analisar, para além de seu conceito, os mecanismos através dos quais ela se manifesta. Nesse trilhar, o Ministro Barroso (2024) sugere que a Constituição Federal se atualiza através dos processos informais de mudança, que se manifestam pela via interpretativa – que pode ser realizada pelos membros dos três poderes constituídos –, pela atuação do Legislador e através da via dos costumes (Barroso, 2024, p. 103).

Milton Campos (1996, p. 19), por sua vez, arrola, entre os processos de mutação constitucional, a complementação legislativa, a construção judiciária e o consenso costumeiro (Campos, 1996, p. 19). O Ministro Meirelles Teixeira (1991, p. 72-73), indica a interpretação constitucional, as leis complementares e os costumes como meios ou processos não formais de alteração das Constituições (Teixeira, 1991, p. 72-73). De toda sorte, passa-se a analisar o fenômeno, em linhas gerais, como possível de ocorrer por três formas distintas: a via da interpretação constitucional, a via legislativa e a via dos costumes.

A primeira delas consiste, como define Barroso (2024), “na determinação do sentido e alcance de uma norma constante da Constituição, com vistas a sua aplicação” (Barroso, 2024, p. 105). Na mesma linha, afirma o Ministro Gilmar Mendes

(2024) que a atividade destinada a descobrir o sentido de uma Constituição que proclama valores a serem protegidos, seguidos e estimulados pelos poderes constituídos e pela própria sociedade, assume grande importância para a vida social e para a definição do Direito. Na realidade, não se busca um sentido para uma norma senão com o fito de conformar a vida social; a interpretação da Constituição Federal só faz pleno sentido posta a serviço da aplicação e não se cogita de aplicação sem interpretação. Portanto, o trabalho de interpretar a Constituição integra o esforço de aplicar uma norma constitucional (Mendes, 2024, p. 44).

Observa-se claramente, na realidade brasileira, que a atividade de intérprete direto da constituição é exercida, em maior medida, pelo Poder Judiciário. Este, notadamente no exercício da jurisdição constitucional, determina o sentido e o alcance das normas constitucionais levadas a discussão cotidianamente.

Entretanto, é necessário esclarecer que não é apenas o Poder Judiciário que possui competência de interpretar a Lei Maior. Nessa toada, argumenta Marinoni (2022, p. 331) que “a interpretação constitucional não pode ficar apenas a cargo dos juízes, em razão de que esta não é apenas um documento formal a ser utilizado na resolução de casos judiciais, mas uma carta que determina a forma de atuar de todas as instituições e que possui influência direta no modo de vida da sociedade” (Marinoni, 2022, p. 331).

Por este motivo, têm também competência para tanto os Poderes Executivo e Legislativo, que, a propósito, devem exercê-la na realização de suas atribuições para que se construa um estado constitucional adequado. Assim entende Sarmento (2008, p. 14), ao defender que se deve tomar cuidado ao adotar a posição de que o único intérprete possível da Constituição Federal é o Poder Judiciário, nos seguintes termos:

(...) vejo com reticências a sedimentação, na nossa cultura jurídica, da visão de que o grande – senão o único – intérprete da Constituição seria o Poder Judiciário. Esta leitura descarta a autocontenção judicial bem como tende a desprezar a possibilidade de que sejam travados construtivos diálogos interinstitucionais entre diversos órgãos estatais para a definição da melhor interpretação dos ditames constitucionais (Sarmento, 2008, p. 14).

Tendo isso em mente, a mutação constitucional – por via de interpretação – se dá na mudança de sentido da norma, em contraste com o entendimento preexistente. Como só existe norma a partir da interpretação do texto e, ademais, da maioria dos textos, é possível a extração de mais de uma norma, ocorre a mutação constitucional

por via interpretativa quando se extrai norma diversa da que era comumente extraída antes, de um mesmo dispositivo da Constituição (Barroso, 2024, p. 106).

O segundo mecanismo a ser tratado é a mutação constitucional pela atuação do legislador. Portanto, haverá mutação constitucional por via legislativa quando, por meio de ato normativo primário, o legislador atribuir certo significado à norma, dentre as possibilidades semânticas oferecidas pelo texto, modificando o sentido, o significado ou a extensão conferida a ela anteriormente. É claro que, naturalmente, este ato normativo – que nasce com presunção de constitucionalidade –, poderá ter sua compatibilidade com a Constituição questionada, cuja decisão caberá ao Poder Judiciário (Barroso, 2024, p. 106).

A mutação constitucional por via de costume, de seu turno, existe na medida em que se considera o costume como fonte do direito, questão que não é pacífica na doutrina. O Ministro Barroso (2024) leciona que:

O costume, muitas vezes, trará em si a interpretação informal da Constituição; de outras, terá um papel atualizador do seu texto, à vista de situações não previstas expressamente; em alguns casos, ainda, estará em contradição com a norma constitucional. Diante de tais possibilidades, a doutrina identifica três modalidades de costume: *secundum legem* ou interpretativo, *praeter legem* ou integrativo e *contra legem* ou derogatório (Barroso, 2024, p. 109-110).

Como de intuitivo, o costume *contra legem* não passa de uma prática reiterada inconstitucional e, por esse motivo, não é idôneo a ensejar uma mutação constitucional. Esta, por conseguinte, só ocorrerá por via dos costumes, se consagrada por costume interpretativo ou integrador.

2.3 FUNDAMENTOS

Se é verdade que existem processos informais de mudança da Constituição, é certo também, consequentemente, que eles devem ter fundamento e limites. Não é possível que se altere a norma de maior hierarquia do ordenamento jurídico – que, formalmente, exige um processo excessivamente solene para sua alteração – por meio de um mecanismo informal infundado e ilimitado. Se assim fosse, não haveria mais razão para existência dos processos formais de mudança da Constituição.

Assim, é necessário ter noção de que o direito não tem existência dissociada da realidade na qual está imerso. Na verdade, ele tanto possui o poder de alterar tal

realidade, como esta possui, também, poder de alterá-lo. Por isso, alguns autores defendem que a mutação constitucional possui fundamento nessa intensa relação entre a Constituição e a realidade – traduzidos na necessidade de a Constituição Federal possuir as características da rigidez e da plasticidade, para que se adeque da melhor forma possível à realidade social na qual se insere.

O Ministro Barroso (2024), a respeito disso, defende que a legitimidade da mutação constitucional deve ser buscada no ponto de equilíbrio entre dois conceitos essenciais à teoria constitucional, mas que guardam tensão entre si: a rigidez da Constituição Federal e a plasticidade de suas normas. A rigidez procura preservar a estabilidade da ordem constitucional e a segurança jurídica, ao passo que a plasticidade procura adaptá-la aos novos tempos e às novas demandas, sem que seja indispensável recorrer, a cada alteração da realidade, aos processos formais e dificultosos de reforma (Barroso, 2024, p. 103).

O referido autor fecha tal raciocínio afirmando que a conclusão atingida “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 *poder constituinte difuso*, 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 fundamentais” (Barroso, 2024, p. 104).

Em sentido semelhante, Bulos (1996) entende que o fundamento das mutações constitucionais deriva das características da rigidez e da mutabilidade da Constituição. Classificando-os como elementos estático e dinâmico, respectivamente, explica o mencionado autor que o elemento estático consigna uma exigência indispensável à segurança jurídica, evitando, ao menos em tese, a instabilidade institucional, procurando salvaguardar os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana; o elemento dinâmico propicia a adaptação das Constituições às exigências do progresso, da evolução e do bem-estar social (Bulos, 1996, p. 35).

Assim, para Bulos (1996), a mutação constitucional, especificamente, deriva diretamente do conceito de mutabilidade informal, explicando o autor que:

A Mutabilidade é a qualidade daquilo que é mutável. O termo logra dois sentidos completamente distintos: um formal e outro informal. A mutabilidade formal delinea-se através da reforma constitucional, seja por revisão, seja por emenda. Já a mutabilidade informal concerne ao processo difuso de modificação da Constituição (Bulos, 1996, p. 34).

Ou seja, no entendimento do referido autor, os processos informais de mudança da Constituição derivam diretamente da qualidade da mutabilidade informal da Carta Maior. E conclui afirmando que:

Diante das transformações sociais, políticas, econômicas, bem como do influxo de substanciais deslocamentos nos esquemas de distribuição do poder político, as constituições flexíveis – do mesmo modo que as rígidas –, evoluem no sentido, significado e alcance de seus preceitos, através dos processos informais de alteração constitucional (Bulos, 1996, p. 41).

2.4 LIMITES

Os processos informais de mudança da Constituição Federal não são ilimitados. Ora, nem mesmo as alterações formais da Constituição são ilimitadas. Estas possuem seus limites fixados no art. 60 da CF (1988); e podem ser circunstanciais, temporais, formais ou materiais. Sendo assim, não seria possível imaginar que as mutações constitucionais fossem ilimitadas.

A esse respeito, o Ministro Barroso (2024) fixa dois limites ao poder constituinte difuso, que são: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, ou seja, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e, b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição (Barroso, 2024, p. 104).

Ainda segundo o mencionado autor, as mutações que contrariem a Constituição Federal (1988), vale dizer, as interpretações inconstitucionais, podem certamente ocorrer, gerando mutações inconstitucionais. Em um cenário de normalidade institucional, deverão ser rejeitadas pelos Poderes competentes e pela sociedade. Se assim não ocorrer, cria-se uma situação anômala, em que a realidade fática se sobrepõe ao direito. A persistência de tal disfunção identificará a falta de normatividade da Constituição, uma usurpação de poder ou um quadro revolucionário. A inconstitucionalidade, tendencialmente, deverá resolver-se, seja por sua superação, seja por sua conversão em Direito vigente (Barroso, 2024, p. 104).

Daí a importância de se investigar a respeito da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal (CF), reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº3.406/RJ e nº3.470/RJ, para saber se foi respeitadora de tais limites, na medida em que, à primeira vista parece contrariar diretamente o texto constitucional, retirando do Senado Federal, conseqüentemente, competência que lhe foi dada expressamente pelo poder constituinte originário.

3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL NO BRASIL E O PAPEL DO SENADO NO CONTROLE DIFUSO

Enquanto norma fundamental e alicerce de todo o sistema, a Constituição Federal (CF) se impõe diante de todas as demais normas que compõem o ordenamento jurídico. Assim, é necessário, para que a norma mantenha seu fundamento de validade, que ela se adeque aos ditames constitucionais. Para isso, as normas jurídicas infraconstitucionais devem observar, por exemplo, os procedimentos a serem necessariamente adotados para sua regular elaboração, e devem manter a harmonia entre seu texto e o texto constitucional, de forma que não o contradiga e nem ofenda seus princípios.

Quando esses mandamentos não são cumpridos, deixando de lado o respeito à hierarquia imanente ao ordenamento jurídico, diz-se que a norma é inconstitucional. A consequência disso é a perda do fundamento de validade da norma e a necessária declaração de nulidade desta, tendo esta declaração diferentes efeitos a depender da forma que é declarada.

Ocorre que, em razão de as normas jurídicas serem dotadas de presunção de constitucionalidade – ou seja, presume-se que as normas estão de acordo com a Constituição Federal (CF), tanto formalmente, quanto materialmente –, a própria Constituição estabelece os procedimentos a serem adotados para que se obtenha a declaração de inconstitucionalidade da norma jurídica que não está de acordo com a Lei Maior. A essa tarefa fundamental dá-se o nome de Controle de Constitucionalidade e, para seu desempenho, a Constituição da República Federativa do Brasil (1988) atribui competência aos três poderes constituídos, mas é ao Poder Judiciário, notavelmente, que recai a maior parte desta atribuição.

3.1 CONCEITO E CLASSIFICAÇÕES

3.1.1 Conceito

Todas as normas constitucionais são normas jurídicas, ou seja, são dotadas de juridicidade, carregam uma imperatividade em si, a obrigatoriedade de um comportamento. Todavia, o que difere as normas constitucionais das demais normas jurídicas – também dotadas de imperatividade – é que a imperatividade daquelas

assume uma feição peculiar, qual seja, a supremacia em relação às demais normas do ordenamento jurídico. Assim, a norma constitucional assume uma posição de norma suprema face às normas infraconstitucionais, que deverão a ela se adequar, seja quanto ao modo de sua elaboração, seja quanto à matéria de que tratam (Cunha Júnior, 2024, p. 33).

Para Cunha Júnior (2024), essa supremacia da Constituição (ou sua imperatividade reforçada ou superlativa, nos termos do autor) em face aos demais instrumentos normativos, advém, naturalmente, do fato de que as normas constitucionais emanam do poder constituinte originário, ao passo que, as normas infraconstitucionais, advém dos poderes constituídos, que, de seu turno, são criaturas do constituinte originário. Além disso, ainda vigora na doutrina a ideia de que a Constituição é suprema em razão da natureza de suas normas, na medida em que refletem a real estrutura da organização do poder político de determinado Estado, que elas retratam e disciplinam (Cunha Júnior, 2024, p. 33).

Diante dessa superioridade normativa da Constituição, surge como necessidade, para a própria manutenção dessa estrutura, a criação de mecanismos que garantam a submissão das normas infraconstitucionais à Lei Maior, caso contrário, teríamos apenas uma supremacia normativa constitucional fictícia. É nesse sentido que Kelsen (1929) defende que se deve retirar a norma inconstitucional do ordenamento jurídico e, uma Constituição que não o faz, não pode ser considerada propriamente obrigatória. Para o referido autor,

Embora não se tenha plena consciência disso – porque uma teoria dominada pela política não lhe dá ensejo – é certo que uma Constituição que, por não dispor de mecanismos de anulação, tolera a subsistência de atos e sobretudo de leis com ela incompatíveis, não passa de uma vontade despida de qualquer força vinculante. Qualquer lei, simples regulamento ou todo negócio jurídico geral praticado por entes privados têm força jurídica superior à Constituição a que estão subordinados e lhe outorga validade. É que a ordem jurídica zela para que todo ato que contraria uma norma superior diversa da Constituição possa ser anulado. Assim, essa carência de força obrigatória contrasta radicalmente com a aparência de rigidez outorgada à Constituição através da fixação de requisitos especiais de revisão. Por que tanta precaução se as normas da Constituição, ainda que quase imutável, são, em verdade, desprovidas de força obrigatória? Certo é, também, que uma Constituição, que não institui uma Corte Constitucional ou órgão análogo para anulação de atos inconstitucionais, não se afigura de todo desprovida de sentido jurídico. A sua violação pode dar ensejo a sanções onde exista pelo menos o instituto da responsabilidade ministerial contra os órgãos que participaram da formação do ato, desde que admita sua culpa. Mas, além do fato de que, como ressaltado, essa garantia não se mostra muito eficaz, uma vez que deixa íntegra a lei inconstitucional, não se há de admitir que a Constituição estabeleça uma única via possível para a edição de leis. O texto

constitucional explícita, consoante seu sentido literal e subjetivo, que as leis devem ser elaboradas de um certo modo e não de ter, ou não, determinado conteúdo. Mas, no seu sentido objetivo, admite a Constituição que a lei é válida, mesmo em caso de inobservância de regras de índole procedimental ou material (Kelsen *apud* Gilmar, 1929, p. 1251).

Daí se extrai que, para Kelsen (1929) não basta que sejam sancionados os órgãos responsáveis pela produção da norma inconstitucional. Ao contrário, é indispensável que a Constituição preveja um procedimento que possibilite a anulação do ato que a contradiga e, além disso, deve haver um órgão de jurisdição constitucional competente para tal. É em decorrência desse entendimento que o Ministro Gilmar Mendes afirma que “a jurisdição constitucional é uma decorrência lógica da Constituição em sentido estrito” (Mendes, 2024, p. 1252).

Visto a importância da imperatividade das normas constitucionais para o regular funcionamento da ordem jurídica, organizada de forma hierárquica, passa-se a conceituar o procedimento criado para declarar nulos os atos inconstitucionais, como sugeriu Kelsen 1929. Assim, Cunha Júnior (2024, p. 44) propõe uma conceituação do controle de constitucionalidade a partir de duas perspectivas. Para o autor, numa perspectiva estrutural, o controle de constitucionalidade é um mecanismo de defesa da Constituição, que atua como um “sistema imunológico” das normas constitucionais. Por outro lado, numa perspectiva funcional, o controle de constitucionalidade consiste em uma atividade de fiscalização dos atos do poder público face à Constituição (Cunha Júnior, 2024, p. 44).

Analisando de forma conjunta as duas perspectivas, chega a conclusão o autor supramencionado que o controle de constitucionalidade nada mais é do que em um sistema de defesa da integridade e higidez normativa da Constituição, que funciona por meio de uma atividade de fiscalização das leis e atos normativos do Estado face à Constituição. De outro lado, enquanto garantia de tutela da supremacia da Constituição, é uma atividade de verificação da validade e conformidade das leis e atos do poder público à vista de uma Constituição, desenvolvida por um ou vários órgãos constitucionalmente designados, no exame de um caso concreto (decorrente de uma ação judicial entre partes) ou na análise abstrata de um mero conflito de normas (decorrente do julgamento de ações diretas) (Cunha Júnior, 2024, p. 44).

Para além disso, a doutrina traça ainda alguns pressupostos para a existência do controle de constitucionalidade. O primeiro deles é a exigência de que a Constituição deve ser escrita e formal, em razão de que, as chamadas Constituições

históricas – também conhecidas como costumeiras ou não escritas – por serem Constituições juridicamente flexíveis, não dispõem de um controle de constitucionalidade, já que, nos países que a adotam, vige o princípio da supremacia do parlamento, não se aceitando a fiscalização dos atos dele decorrentes (Cunha Júnior, 2024, p. 46).

O segundo pressuposto é o da supremacia e rigidez constitucional. Supremacia constitucional consiste na qualidade da Lei Maior de pertencer ao maior patamar hierárquico do ordenamento jurídico, devendo as normas pertencentes a degraus menores na pirâmide hierárquica se adequar às margens impostas pela norma constitucional. Já a rigidez decorre de um processo mais solene previsto para a elaboração e a alteração das normas constitucionais. Não é possível, assim, imaginar a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade material de uma lei pertencente a um ordenamento jurídico em que a Constituição esteja em relação de igualdade, hierarquicamente, com as demais normas jurídicas, na medida em que estas não deveriam respeito àquela. No mesmo sentido, não há como reconhecer a inconstitucionalidade formal, por exemplo, de uma emenda constitucional cuja elaboração deve respeitar o mesmo processo previsto para a elaboração de uma lei ordinária.

Pressupõe-se, ainda, para que haja controle de constitucionalidade, a previsão de órgão competente para apreciar o pedido de declaração de inconstitucionalidade da norma. Esse órgão poderá exercer tanto a função jurisdicional, como função política, a depender do sistema a ser adotado pela própria Constituição Federal (CF). No Brasil, cumpre, em maior medida, ao Poder Judiciário o exercício do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público, em que pese a faculdade atribuída aos Poderes Legislativo e Executivo de desempenharem o controle preventivo e repressivo de certos atos, o que consagra o sistema brasileiro misto adotado, que congrega elementos dos sistemas de controle de constitucionalidade norte-americano e austríaco.

3.1.2 Classificação

Classificar significa separar os objetos em categorias distintas, separando-os segundo as qualidades que lhes são inerentes, e considerando suas semelhanças e distinções. Para a Ciência do Direito, especificamente, “as classificações são

utilizadas como método para a apreensão de fenômenos normativos que se submetem a regimes jurídicos distintos” (Marques, 2000, p. 121).

Nesse sentido, para classificar as diferentes formas de controle de constitucionalidade, a doutrina utiliza diversos critérios distintos, que podem variar de acordo com o autor. Em linhas gerais, classifica-se o controle de constitucionalidade levando em conta o parâmetro de controle, o objeto do controle, o momento de sua realização, a natureza do órgão competente, o número de órgãos com competência para realizar o controle, o seu modo de manifestação, e a sua finalidade.

Em primeiro lugar, quanto ao parâmetro de controle, distingue-se as Constituições que utilizam como parâmetro toda a Constituição formal; as que consideram apenas alguns dispositivos da Constituição; e aquelas que abrangem um bloco formado por todas as normas constitucionais, somadas a algumas normas infraconstitucionais, consideradas supralegais para fins de controle. No Brasil, em virtude do que dispõe o §3º, do art. 5º da Constituição, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Além disso, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, que não forem aprovados nesses moldes, não terão status de emenda constitucional, mas de norma de natureza supralegal, como reconheceu o STF no julgamento do Recurso Extraordinário 466343, de relatoria do Ministro Cezar Peluso (Cunha Júnior, 2024, p. 108). Assim, considera-se que essas normas podem ser utilizadas como parâmetro de controle de convencionalidade (Cunha Júnior, 2024, p. 108), podendo qualquer juiz deixar de aplicar qualquer norma infraconstitucional que não esteja de acordo com o tratado, desde que seja feito em sede de controle difuso, não podendo ser utilizada como parâmetro em sede de controle concentrado, já que apenas normas constitucionais são utilizadas como parâmetro nessa espécie de controle.

Em segundo lugar, analisa-se o objeto de controle como parâmetro. Considera-se, aqui, a espécie de instrumento normativo que pode ter sua constitucionalidade contestada. Sabe-se que, no Brasil, adota-se o sistema de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos do poder público. Porém, sabe-se também que, no direito pátrio, admite-se a declaração de inconstitucionalidade em face de uma omissão indevida do poder público, quando este deixa de cumprir um mandamento constitucional em virtude de sua inércia.

Levando em consideração, por sua vez, o momento de realização do controle, distingue-se o controle preventivo do controle repressivo, sendo certo que esses conceitos não se confundem com controle político e controle judicial, respectivamente, apesar de, no Brasil, o controle preventivo ser exercido, em maior escala, pelos órgãos de natureza política e, de outro lado, o controle repressivo ser exercido, notadamente, pelos tribunais.

O controle preventivo ocorre antes da própria existência ou perfeição do ato, ou seja, durante a sua elaboração (Cunha Júnior, 2024, p. 109). Realizado com menos frequência no Brasil, pode se manifestar através dos pareceres das Comissões de Constituição e Justiça de ambas as casas legislativas; do veto jurídico-constitucional dos Chefes do Executivo (art. 66, §1º, da Constituição); e, excepcionalmente, por via de mandato de segurança impetrado por parlamentar, quando da tramitação de lei ou emenda constitucional, em caso de vício de inconstitucionalidade formal ou procedimental.

Em relação ao controle repressivo, ocorre somente após a conclusão do processo de elaboração do ato, independentemente de estar ainda em vigor (Cunha Júnior, 2024, p. 109). Se manifesta através do pedido de reconhecimento de inconstitucionalidade da lei, a ser decidido pelo juízo competente, seja em sede de controle concreto ou abstrato, por via incidental ou principal.

De seu turno, quanto à natureza do órgão com competência para o controle, há o controle de constitucionalidade político e o controle de constitucionalidade judicial. No Brasil, as duas formas existem. O controle político é exercido por órgãos de natureza essencialmente política. O controle judicial ocorre quando é desempenhado por órgão integrantes do Poder Judiciário.

Sobre o tema, afirma Cunha Júnior (2024), que, no Brasil, apesar da prevalência do controle jurisdicional, admite-se um tipo de controle político, exercido nas mesmas hipóteses do controle preventivo, ou seja, por meio dos pareceres, nos projetos de lei, das Comissões de Constituição e Justiça e de Cidadania das Casas Legislativas, e por meio do veto jurídico-constitucional, em face de inconstitucionalidade, dos chefes dos Poderes Executivos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Além disso, pode ocorrer, ainda, o controle político da constitucionalidade pelo Congresso Nacional (CN), mas aqui já de forma sucessiva ou repressiva, no caso de sustação dos atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa (CF/88, art.

49, V), e no caso de rejeição de medidas provisórias (CF/88, art. 62, §5º). Apesar disso, no Brasil o controle é jurisdicional. Por meio dele se provoca a jurisdição constitucional (Cunha Júnior, 2024, p. 113).

Passando a analisar a classificação quanto ao número de órgãos com competência para o controle, classifica-se o controle de constitucionalidade em difuso e concentrado. O controle difuso é aquele que pode ser realizado por uma pluralidade de órgãos. Já o controle concentrado é aquele realizado por um órgão só. No Brasil, como descreve Cunha Júnior (2024), o controle difuso pode ser exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário, independentemente da instância ou grau de jurisdição (juízes ou tribunais). Já o controle concentrado, só pode ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal (de leis e atos normativos federais ou estaduais em face da Constituição Federal), ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal (de leis e atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual) (Cunha Júnior, 2024, p. 113). Assim, classifica-se o sistema de controle de constitucionalidade vigente no Brasil, segundo essa perspectiva, como um controle misto de constitucionalidade com a presença de uma suprema corte (Cunha Júnior, 2024, p. 114).

Quanto ao modelo de manifestação do controle, o controle pode ser por via incidental ou por via principal. Para Cunha Júnior (2024), o controle é incidental quando a inconstitucionalidade é arguida incidentalmente, no curso de um processo, ou seja, num caso concreto, como fundamento do pedido nela deduzido. Nesse caso, a inconstitucionalidade possui caráter prejudicial, pois é matéria que necessita ser analisada e decidida antes pelo Judiciário, como condição e antecedente lógico para a solução da própria pretensão declinada na ação judicial proposta (Cunha Júnior, 2024, p. 115).

Ainda segundo o referido autor, “o controle é principal, quando a inconstitucionalidade figura como o próprio pedido ou objeto da ação”. Nessa via, há ações autônomas e especiais (as chamadas ações diretas) por meio das quais se leva ao exame judicial o pleito direto da inconstitucionalidade, ou da constitucionalidade, conforme o caso. Cuida-se do modelo consagrado na Europa a partir da Constituição austríaca de 01 de outubro de 1920, por sugestão de Kelsen (1929), em face do qual se leva a um Tribunal Constitucional, por meio de “uma ação especial, um pedido direto de inconstitucionalidade de uma lei contrastante com a Constituição, cujo

controle de sua constitucionalidade é exercido fora de um caso concreto” (Cunha Júnior, 2024, p. 115).

Por fim, quanto à finalidade do controle, divide-se em controle subjetivo e controle objetivo. Diz-se, portanto, que o controle é subjetivo quando:

A finalidade direta de seu exercício é tão somente a defesa de um direito ou interesse subjetivo da parte, e não propriamente a defesa da Constituição. A supremacia da Constituição, na hipótese, é objeto de proteção apenas indireta, como meio para se atingir o verdadeiro fim, que é a tutela de um bem jurídico (Cunha Júnior, 2024, p. 117).

Por outro lado, o controle é objetivo quando “se destina direta e exclusivamente à defesa objetiva da Constituição. Aqui, qualquer pretensão de tutela de direitos ou interesses subjetivos se dá apenas indireta” (Cunha Júnior, 2024, p. 117).

3.2 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

3.2.1 Conceito

O controle difuso de constitucionalidade teve origem nos Estados Unidos quando, no julgamento do caso *Marbury v. Madison*, a Suprema Corte norte-americana entendeu, a partir do argumento de John Marshall a respeito da supremacia da Constituição em face das leis, que se deveria atribuir aos demais órgãos do Poder Judiciário a competência para realizar o controle de constitucionalidade nos casos concretos, como forma de garantir a obediência das leis e demais atos normativos ao Texto Maior (Cunha Júnior, 2024, p. 119).

No Brasil, esse modelo de controle foi previsto pela primeira vez na Constituição Federal de 1891, sendo adotado por todas as demais Constituições. No ordenamento jurídico pátrio, possui fundamento no art. 102, III, da Constituição Federal de 1988.

Assim, o controle difuso de constitucionalidade dos atos ou omissões do poder público é aquele realizado por qualquer juiz ou tribunal, no bojo de um processo judicial concreto, provocado incidentalmente. Daí surge a afirmação que o controle difuso de constitucionalidade é sempre incidental, pois a competência de todo juiz ou tribunal de analisar o pedido de declaração de inconstitucionalidade de uma lei se

restringe ao pedido incidental, e não como objeto principal da demanda (Cunha Júnior, 2024, p. 119).

Para Gilmar Ferreira Mendes, existem requisitos objetivos e subjetivos para sua realização, figurando como verdadeiros pressupostos de admissibilidade. Como requisitos subjetivos, o citado autor menciona a necessidade de o controle ser realizado por um órgão do Poder Judiciário, no bojo de uma ação de sua competência, com natureza de questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. Além disso, cita também, enquanto requisito subjetivo, a necessidade de a questão da constitucionalidade ser suscitada pelas partes ou pelo representante do Ministério Público, em que pese poder o juiz ou o tribunal reconhecer a inconstitucionalidade de ofício (Mendes, 2024, p. 1359).

O requisito objetivo diz respeito à declaração incidental de inconstitucionalidade por tribunal. Como se extrai tanto do art. 97 da Constituição Federal (CF), como dos arts. 498, 499 e 450 do Código de Processo Civil (CPC), a inconstitucionalidade da lei, em sede de controle incidental, apenas poderá ser declarada pelo voto da maioria absoluta de seus membros, ou dos membros do respectivo órgão especial. Como passou a ser chamada pela doutrina, a cláusula de reserva de plenário garante que o relator do processo, após ouvidos o Ministério Público (MP) e as partes, submeta à turma ou à câmara a arguição de inconstitucionalidade para que esta realize juízo de admissibilidade da arguição. Caso seja rejeitada, o processo retornará a seguir seu curso natural com o prosseguimento do julgamento. Caso seja acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver.

3.2.2 Efeitos

Por muitos anos, prevaleceu o entendimento, na doutrina clássica, de que a decisão que decretava a inconstitucionalidade da lei tem natureza declaratória e, portanto, o ato declarado inconstitucional é nulo. Isso remonta os tempos do caso *Marbury v. Madison*, clássico *leading case* no direito norte americano, quando se fixou tal tese (Cunha Júnior, p. 176).

O centro da discussão, pois, é saber se o ato declarado inconstitucional é inexistente, nulo ou anulável. Isso importa para que se conclua se o efeito da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso é *ex nunc*, *ex tunc*, ou se possui efeitos apenas prospectivos.

Pois bem, durante muitos anos, se solidificou na doutrina o entendimento de que todo ato declarado inconstitucional era sempre nulo, não havendo sequer possibilidade de tratamento diverso, tendo o ato que contraria a Constituição carecido de vida desde o nascimento. Por essa razão, toda declaração de inconstitucionalidade por via incidental deveria anular todos os feitos produzidos por aquela norma inconstitucional desde seu nascimento, tendo, logo, a declaração, efeitos retroativos.

No entender de Buzaid (1958), e em conformidade com a lição dos constitucionalistas norte-americanos, toda lei, adversa à Constituição, é absolutamente nula; não simplesmente anulável. O problema da inconstitucionalidade a atinge no berço; fere-a *ab initio*. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve, pois, nenhum único momento de validade (Buzaid, 1958, p. 128-130).

Entretanto, uma mudança no posicionamento doutrinário dominante teve início nos Estados Unidos, no julgamento do caso *Likletter v. Walker*, no ano de 1965, ocasião em que se decidiu que cabe ao Poder Judiciário, a depender das especificidades do caso, atribuir o efeito mais adequado para aquela declaração de inconstitucionalidade, podendo ter eficácia *ex tunc*, *ex nunc* ou efeitos prospectivos.

A grande importância reside em saber qual será o tratamento conferido aos efeitos gerados pela norma declarada inconstitucional no período em que imperou a chamada presunção de constitucionalidade. Sendo certo que podem-se considerar nulos todos os possíveis efeitos gerados pela norma inconstitucional desde a sua publicação. É possível, ainda, convalidar os efeitos gerados por ela enquanto tinha presunção de constitucionalidade, porém retirar qualquer possibilidade de incidência, entre as partes, a partir do momento da declaração de inconstitucionalidade. E, por fim, há possibilidade de o Poder Judiciário fixar uma data futura para que a norma inconstitucional deixe de gerar efeitos.

No direito brasileiro, tal tese ganhou mais força com a edição das Leis nº9.868 e nº9.882, ambas do ano de 1999, que tratam, respectivamente, do processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) (Cunha Júnior, 2024, p. 177).

Isso ocorreu em razão de que as referidas leis inauguraram a possibilidade de modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade nas ações de que tratam, possibilitando a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* e com efeitos prospectivos.

Em que pese se tratar de ações do controle concentrado de constitucionalidade, a doutrina majoritária entende ser perfeitamente cabível a modulação de efeitos em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Nesse sentido, Cunha Júnior (2024) defende a tese de que em que pese os preceitos acima mencionados constarem de leis reguladoras do processo e julgamento das ações diretas do controle concentrado-abstrato de constitucionalidade, é possível que eles podem servir de supedâneo para a modulação da eficácia temporal também no âmbito de controle difuso-incidental de constitucionalidade.

Analisa-se, também, o tema dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade em sede de controle difuso-incidental sob outro aspecto. Agora, leva-se em consideração as pessoas que sofrerão os efeitos dessa decisão. Fala-se, portanto, da sua extensão.

Nesse trilhar, em regra, no controle incidental, a declaração de inconstitucionalidade restringe-se às partes litigantes. Ou seja, o ato normativo inconstitucional continuará gerando efeitos em todas as demais relações jurídicas às quais ele se aplica, com exceção daquela que se discute no processo em que houve declaração de inconstitucionalidade incidental.

Porém, a Constituição Federal (CF) de 1988 criou, em seu art. 52, X, uma condição para que fosse possível alargar a abrangência do efeito da declaração de inconstitucionalidade, tornando-o *erga omnes*.

Assim, nos casos em que o processo que carrega a declaração de inconstitucionalidade no seu bojo é apreciado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), através da interposição de Recurso Extraordinário (RE), o STF, caso reconheça a inconstitucionalidade da norma, deverá encaminhar a decisão ao Senado Federal (SF), que emitirá uma resolução, podendo tornar o efeito *erga omnes* ou mantê-lo *inter partes*. Na verdade, o art. 52, X, da Constituição fala em possibilidade de suspensão da execução do ato normativo declarado inconstitucional, no todo ou em parte. Ou seja, a Lei Maior atribui ao Senado a competência de decidir se suspenderá a eficácia ou não da norma declarada inconstitucional e em que medida o fará.

Ocorre que no julgamento das ADI nº3406/RJ e nº3470/RJ, o Supremo Tribunal Federal (STF) mudou seu entendimento a respeito da matéria. Isso porque na referida Ação Direta, discutia-se a constitucionalidade da Lei nº3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro (RJ), porém, incidentalmente, a Suprema Corte declarou também a

inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal nº9.055/1995, dando efeito vinculante e eficácia *erga omnes* à decisão. Porém, este é tema central do presente trabalho e será propriamente desenvolvido em momento oportuno.

Assim, no que diz respeito aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso-incidental, resume Cunha Júnior (2024) que:

São efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade no controle incidental: a) a inconstitucionalidade *inter partes* da lei ou do ato, salvo se proferida pelo STF (cujos efeitos são *erga omnes*), em razão do novo entendimento adotado pela Corte na ADI do amianto; e, b) a retroatividade da decisão, que pronuncia a nulidade (efeitos *ex tunc*) da lei ou do ato, ressalvada a hipótese de limitação dos efeitos, com base nas leis nº9.868 e nº9.882/99” (Cunha Júnior, (2024), p. 178).

Vê-se, portanto, que o tema dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso-incidental, há muito discutido na doutrina, não é considerada estável, uma vez que as clássicas lições da doutrina norte-americana, importadas ao Brasil com apoio da doutrina majoritária da época, não se sustentam mais, como fica claro pelo próprio entendimento atual da Suprema Corte do Brasil.

3.2.3 O Papel do Senado Federal no Controle Difuso-Incidental

Como citado acima de forma sucinta, o art. 52, X, da Constituição Federal (1988), enuncia que compete ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Este dispositivo foi inserido no Direito Constitucional brasileiro pela primeira vez na Constituição de 1934 e foi reproduzido em todas as demais Constituições, com exceção da Constituição de 1937.

Para Cunha Júnior (2024), tal dispositivo possuía como escopo evitar a proliferação desenfreada de ações judiciais propostas por todos aqueles que, igualmente, se sentissem afetados pela lei ou ato inconstitucional. Consequentemente, isso possibilitaria prevenir os conflitos de decisões – que tanto maculam a segurança jurídica e a certeza do direito – entre vários órgãos do Judiciários competentes para a realização do controle (Cunha Júnior, (2024), p. 179).

Destarte, é necessário esclarecer que tal disposição não confere ao Senado Federal competência para declarar lei inconstitucional, mas, tão somente, de

emprestar eficácia *erga omnes* à decisão definitiva do STF em sede de controle difuso que, em geral, teria eficácia apenas entre as partes.

A competência senatorial elencada no inciso X do rol do art. 52 da Constituição é exercida por meio de resolução, após comunicação da decisão transitada em julgado a ser realizada pela Suprema Corte. Apesar disso, poderá o Senado Federal editar tal resolução de ofício, após o trânsito em julgado da decisão do Supremo Tribunal (nos termos do art. 178 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), mas sem que haja necessidade de comunicação, como preveem os arts. 386 e 388 do Regimento Interno do Senado Federal.

Vale ressaltar, ainda, que a Constituição Federal (CF/1988) estabelece que o Senado pode suspender a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional. Ou seja, o Senado poderá optar por suspender a execução por inteiro ou apenas de parte da lei declarada inconstitucional. Isso significa, ainda, que a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) é o limite ao qual se vincula a resolução do Senado, jamais podendo suspender a execução da totalidade da lei declarada inconstitucional apenas parcialmente, embora possa retirar a eficácia de parte da lei inteiramente inconstitucional, nos termos da decisão do STF.

Ainda sobre o tema, poderá o Senado Federal, como órgão da federação, no entender de Cunha Júnior (2024), suspender a execução de qualquer ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, seja ele federal, estadual, distrital ou municipal.

Demais disso, existem questões que geram dúvidas a respeito do instituto, e que são dignas tanto de nota, como de resolução (ao menos aquela solução que parte da doutrina adota para cada uma delas).

Em primeiro lugar, questiona-se qual seria o órgão competente para comunicar o Senado da decisão declaratória de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal. Cunha Júnior (2024) entende que:

Compete ao próprio Supremo Tribunal Federal proceder a esta comunicação, após transitar em julgado a decisão que declarou, em sede de controle incidental, a inconstitucionalidade do ato impugnado. Aliás, essa providência vem prevista no próprio Regimento Interno da Corte (RISTF, art. 178). Tal comunicação, outrossim, está franqueada ao Procurador-Geral da República, que pode tomar iniciativa de participar oficialmente ao Senado acerca da decisão definitiva do Supremo (Cunha Júnior, 2024, p. 180).

Porém, é sabido que hoje admite-se que o Senado instaure tal procedimento de ofício, sem que haja necessidade de comunicação, seja pelo Supremo, seja pelo

Procurador-Geral da República, como enunciam os arts. 386 e 388 do Regimento Interno do Senado Federal.

Em segundo lugar, indaga-se se a competência do Senado limita-se à declaração de inconstitucionalidade proferida em controle incidental ou alcança aquela pronunciada em controle principal. Para Cunha Júnior (2024), “atualmente não há mais dúvida de que a competência do Senado restringe-se ao controle incidental, até porque a decisão do Supremo Tribunal em controle principal produz imediata e automaticamente efeito *erga omnes*” (Cunha Júnior, 2024, p. 180).

Em terceiro, cabe averiguar se a competência do Senado Federal se restringe à suspensão da execução de lei ou se se estende a outras espécies de ato normativo. Clève (2000) advoga no sentido de que a “expressão lei residente no art. 52, X, da Constituição sintoniza com o ato normativo de qualquer categoria (lei formal ou material) declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (Clève *apud* Cunha Júnior, 2024, p. 181).

Em quarto, indaga-se se o Senado Federal se submete a algum prazo para a publicação da referida resolução. Cunha Júnior (2024) afirma que “a Constituição não prevê prazo para o exercício dessa competência, de modo que ela pode ser exercida a qualquer tempo, embora deva ser logo após a ciência pelo Senado da decisão do Supremo Tribunal” (Cunha Júnior, 2024, p. 181).

De seu turno, quanto à possibilidade de revogação da resolução do senado, discute-se se ela é revogável ou não. Segundo a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a resolução suspensiva do Senado é irrevogável, uma vez que o Senado esgota sua competência no momento em que delibera sobre a suspensão ou não da norma declarada inconstitucional.

Por sua vez, quanto aos efeitos, discute-se se a resolução do Senado confere efeitos *ex nunc* ou *ex tunc* à decisão do Supremo. Para Cunha Júnior (2024),

Se a competência do Senado em suspender a execução da lei declarada incidentalmente inconstitucional pelo STF deveu-se ao fato de se pretender obviar aqueles inconvenientes (possibilidade de decisões contraditórias, etc.) propiciados pelo sistema americano, quando seguido por países carentes do *stare decisis*, compartilhamos da orientação segundo a qual a resolução do Senado produz efeitos *ex tunc* ou retroativos. E isso significa que cumpre ao Senado tão-somente emprestar eficácia geral à decisão do Supremo Tribunal Federal, que fica, assim, valendo para todos, com todos os seus efeitos, inclusive os retroativos, como se a lei jamais houvesse existido (Cunha Júnior, 2024, p. 182).

Além disso, discute-se a respeito da natureza do ato do Senado. A dúvida está em saber se o ato do Senado possui ou não natureza política. Cunha Júnior (2024) explica que “trata-se de ato político que confere eficácia genérica (*erga omnes*) à decisão do STF prolatada *incidenter tantum*, em face de um caso concreto” (Cunha Júnior, 2024, p. 183).

Por fim, discute-se se essa competência do Senado é vinculada ou discricionária. Cunha Júnior (2024), ao advogar no sentido de que o ato senatorial é vinculado argumenta que:

Entender como discricionária ou facultativa essa atribuição, é desconsiderar tais razões, com o reconhecimento de que o Senado pode, ao seu mero talante, decidir de confere efeitos gerais a uma decisão *inter partes* do Supremo Tribunal, evitando todos aqueles inconvenientes, ou se não os confere, deixando abertas as vias geradoras da incerteza do direito. Ademais, aceitar essa liberdade do Senado para suspender, ou não, a execução do ato declarado inconstitucional pelo STF consiste em admitir que uma consideração exclusivamente política sobrepõe-se a um exame jurídico acerca da inconstitucionalidade (Cunha Júnior, 2024, p. 184).

Diante disso, afirma o Ministro Gilmar Ferreira Mendes (2024) que:

A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos dependa de decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988 (art. 52, X), sofre um processo de obsolescência. A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e suas decisões de eficácia geral, bem como a superveniência de inovações legislativas que veiculam técnicas processuais dotadas de efeitos expansivos, algumas delas por Emenda à Constituição, contribuíram, certamente, para que se mitigasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa separação estrita de separação dos Poderes – hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada (Mendes, 2024, p. 1379-1380).

Para parte da doutrina, como o próprio autor supramencionado afirma, houve uma mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal (CF), que fundamenta a competência do Senado Federal para suspender a execução da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Fato é que se elencam vários fundamentos, tanto a favor, como contrários à tese de que houve mutação constitucional do mencionado dispositivo. Este será o objeto do próximo capítulo do presente trabalho, que investigará se houve, de fato, mutação constitucional do dispositivo, ou se há mera interpretação inconstitucional

que retira competência do Senado Federal, que lhe foi dada pelo Poder Constituinte Originário.

3.3 O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

3.3.1 Conceito

O controle concentrado-principal de constitucionalidade deriva do chamado sistema austríaco, que possui como característica principal a atribuição de competência para julgar a constitucionalidade de uma norma a um tribunal específico, normalmente, o tribunal de superposição ou a Corte Constitucional (Mendes, 2024, p. 1254).

Além disso, possui também como característica o fato de que a questão da constitucionalidade da norma é principal, e não incidental. Ou seja, trata-se do mérito da demanda (e não de questão preliminar), em que o objetivo final do processo é a obtenção de uma declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma impugnada. Por esta razão, dá-se o nome de concentrado-principal a esse modelo de controle.

No Brasil, o controle concentrado de constitucionalidade teve início na Constituição de 1934, com a criação da representação interventiva, de iniciativa do Procurador-Geral da República, cuja competência para decidir cabia ao Supremo Tribunal Federal. Porém, foi com a Constituição Federal (1988) que o controle concentrado se solidificou no Brasil, com a criação de mais ações diretas de controle abstrato, e com a possibilidade de adoção de efeito vinculante às decisões em sede de controle concentrado, o que, segundo Cunha Júnior (2024), “aproximou muito o Supremo Tribunal brasileiro aos Tribunais Constitucionais europeus” (Cunha Júnior, 2024, p. 195).

Em linhas gerais, no controle concentrado há a propositura, perante o Supremo Tribunal Federal, de uma ação direta, com vistas a obter uma declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, a depender da ação proposta. Portanto, há controle de constitucionalidade, nesse modelo, por via principal, tendo em vista que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade se confunde com o objeto da demanda

Ademais, diferentemente do que ocorre no controle difuso-incidental, no controle concentrado, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são *erga omnes*, ou seja, declara-se a nulidade daquela lei inconstitucional e, conseqüentemente, opera-se sua retirada do ordenamento jurídico. Porém, a consequência disso pode ser diversa, havendo possibilidade de modulação dos efeitos da decisão, por parte da Corte competente, para conferir efeitos retroativos, para o futuro, ou prospectivos.

Tendo isso em mente, é importante destacar, no estudo do controle concentrado de constitucionalidade, a questão das formas de provocação desse modelo de controle e dos legitimados a fazê-lo.

3.3.2 A Provocação do Controle Concentrado de Constitucionalidade

Diferentemente do controle difuso – que é provocado incidentalmente no curso de ações que possuem como objeto outras questões que não a proteção da ordem constitucional –, o controle concentrado é provocado através de ações diretas, que possuem como objeto principal a defesa objetiva da Constituição. Nesse sentido, não há, nas ações diretas do controle concentrado, desígnio de resolução de algum litígio. Não há sequer pretensão resistida. Há, tão somente, defesa objetiva da Constituição, realizado, nos termos de Cunha Júnior (2024), “pelo exame de compatibilidade vertical entre uma lei ou ato normativo do poder público e a norma fundamental” (Cunha Júnior, 2024, p. 204).

Portanto, não há, nas ações diretas de controle concreto, conflitos de interesse ou tutela de direito subjetivo, mas apenas conflitos entre normas. É por isso que se diz que são ações de natureza objetiva, que instauram processos objetivos, através do qual serão dirimidas questões constitucionais. Ademais, em razão de sua natureza objetiva, e por serem ações que possuem como fim a defesa da Constituição, não se admite desistência a partir do momento em que são instauradas, pois parte-se do pressuposto que a defesa da ordem constitucional é de interesse de toda a sociedade, e não apenas do órgão legitimado que propôs a ação (Cunha Júnior, 2024, p. 205).

Dentre as ações do controle concentrado de constitucionalidade estão: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (Representação

Interventiva), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Vale ressaltar que os legitimados para propor tais ações, mais especificamente a ADI e a ADC, estão elencados nos incisos do art. 103 da Constituição, e são divididos pela doutrina em legitimados universais e especiais. A diferença reside no fato de que os legitimados especiais, para que seja reconhecida sua legitimidade ativa, devem demonstrar pertinência temática, enquanto que os legitimados universais não possuem esse ônus. Dentre os legitimados universais estão 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 os Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional. De outro lado, são os legitimados especiais: a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

4 A TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE SOB A ÓTICA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

4.1 A TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

Como visto anteriormente, várias são as diferenças entre os controles difuso e concentrado de constitucionalidade. Seja pelo mecanismo de provocação (um é por meio de um incidente processual e o outro através de uma ação objetiva), seja pelo efeito gerado pela decisão após a provocação do controle (no primeiro, a decisão possui efeito apenas para as partes do processo; no segundo, a decisão possui efeitos *erga omnes*). Fato é que as características que os separam são várias.

Diante disso, é necessário, antes de mais nada, ter noção de que o sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil é o sistema misto, justamente aquele que compreende ambas as formas de controle, tanto difuso, quanto concentrado.

Na definição de Gilmar Ferreira Mendes (2024), o controle misto de constitucionalidade concilia os dois sistemas de controle, o de caráter difuso e o de caráter concentrado. Em linhas gerais, nos modelos mistos atribui-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário o poder-dever de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula – Tribunal Supremo ou Corte Constitucional – a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou concentrado. Os exemplos mais eminentes desse modelo misto sejam o modelo português, no qual convivem uma Corte Constitucional e os órgãos judiciais ordinários com competência para aferir a legitimidade da lei em face da Constituição, e o modelo brasileiro, em que se conjugam o tradicional modelo difuso de constitucionalidade, adotado desde a República, com as ações diretas de inconstitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e representação interventiva) da competência do Supremo Tribunal Federal (Mendes, 2024, p. 1255-1256).

Nesse trilhar, é tarefa de todo o Poder Judiciário zelar pela supremacia da constituição, seja através do controle difuso, seja através do controle concentrado. Essa foi a opção do constituinte quando deu fundamento de validade ao ordenamento jurídico brasileiro.

Ocorre que os dois sistemas que convivem na espécie de controle de constitucionalidade adotada pelo Brasil, possuem finalidades, efeitos e mecanismos de atuação diferentes, como já exposto anteriormente. Porém, desde o julgamento da ADI nº3.406/RJ e da ADI nº3.470/RJ, existe uma aproximação entre os dois sistemas, razão pela qual surge a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

Tendo em vista que nas Constituições anteriores à de 1988 não havia amplo rol de ações de controle concentrado de constitucionalidade, e que a norma do art. 52, X, da Constituição, que atribui ao Senado Federal a competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional, tinha o escopo de estender os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade em sede de controle difuso para todos; pode-se afirmar que esta norma perdeu forças com o amplo rol de ações objetivas do controle concentrado de constitucionalidade inaugurado com a Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes (2024) argumenta que:

A suspensão de execução de lei declarada inconstitucional teve o seu significado normativo fortemente abalado com a ampliação do controle abstrato de normas na Constituição de 1988. Se a intensa discussão sobre o monopólio da ação por parte do Procurador-Geral da República não levou a uma mudança na jurisprudência consolidada sobre o assunto, é fácil constatar que foi decisiva para alteração introduzida pelo constituinte de 1988, com a significativa ampliação do direito de propositura de ação direta (Mendes, 2024, p. 1383).

Sendo assim, a norma foi criada com o intuito de possibilitar que se retirasse a norma declarada nula, pois eivada de inconstitucionalidade do sistema jurídico. Como, à época, não se tinha no Brasil um sistema similar ao do *stare decisis* norte-americano, que vinculava os demais tribunais às decisões da Suprema Corte, esse foi o caminho encontrado pelo constituinte da época para dar aplicabilidade à teoria da nulidade da norma inconstitucional – possibilitando sua retirada do sistema jurídico, e não apenas deixar de aplicá-la ao caso concreto.

Ocorre que, para o Ministro Gilmar Ferreira Mendes (2024),

Esse instituto, tal como foi interpretado e praticado, entre nós, configura antes a negação do que a afirmação da teoria da nulidade da lei inconstitucional. A não aplicação geral da lei depende exclusivamente da vontade de um órgão eminentemente político e não dos órgãos judiciais incumbidos da aplicação cotidiana do direito. Tal fato reforça a ideia de que, embora tecêssemos loas à teoria da nulidade da lei inconstitucional, consolidávamos institutos que iam

de encontro à sua implementação. Assinale-se que se a doutrina e a jurisprudência entendiam que a lei inconstitucional era *ipso jure* nula, deveriam ter defendido, de forma coerente, que o ato de suspensão a ser praticado pelo Senado destinava-se exclusivamente a conferir publicidade à decisão do STF (Mendes, 2024, p. 1384).

4.1.1 Fundamentos

Para advogar em favor da tese de que a norma veiculada pelo art. 52, X, da Constituição de fato foi alvo de mutação constitucional, a doutrina elenca alguns fundamentos que são dignos de exposição. Para isso, leva-se em consideração, notadamente, as várias ações objetivas e o protagonismo assumido pelo controle concentrado no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro; a nova sistemática processual adotada pelo Código de Processo Civil (CPC), que valoriza a força vinculante das súmulas e dos precedentes dos tribunais superiores; a possibilidade de edição de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal, que vincula, por si só o judiciário e a administração pública; a possibilidade de se realizar controle de constitucionalidade em ação coletiva, ação civil pública ou mandado de segurança coletivo; e a necessidade de se dar efetividade à teoria da nulidade da norma inconstitucional, que é, a propósito, o objetivo principal da criação da norma contida no art. 52, X, da Constituição.

Em primeiro lugar, tratando da expansão das ações objetivas do controle concentrado de constitucionalidade, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes (2024) afirma que “a ampliação do controle abstrato de normas, inicialmente realizada nos termos do art. 103 e, posteriormente, com o advento da ADC, alterou significativamente a relação entre o modelo difuso e o modelo concentrado. Assim, passou a dominar a eficácia geral das decisões proferidas em sede de controle abstrato (ADI e ADC)” (Mendes, 2024, p. 1385).

Quanto à ADPF, continua afirmando o mencionado autor que “a disciplina processual conferida à arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF – que constitui instrumento subsidiário para resolver questões não contempladas pelo modelo concentrado – ADI e ADC –, revela, igualmente, a inconsistência do atual modelo”. A decisão do caso concreto proferida em ADPF, por se tratar de processo objetivo, será dotada de eficácia *erga omnes*; a mesma questão resolvida no processo de controle incidental terá eficácia *inter partes*.

Isso revela, portanto, que, de fato, a norma do art. 52, X, da Constituição foi criada para complementar um modelo de controle de constitucionalidade apenas difuso, visando garantir a aplicação da teoria da nulidade. É tanto que, após a expansão do controle concentrado no Brasil, através da criação de várias ações objetivas, pode-se atingir através delas, mesmo após um debate sobre a constitucionalidade de uma norma em ação concreta subjetiva – como no caso de ajuizamento de ADPF –, o mesmo resultado que se atingiria com a resolução de atribuição do Senado Federal, sem que se dependa da discricionariedade do órgão legislativo.

Em segundo lugar, tratando do sistema processual adotado pelo Código de Processo Civil de 2015, o Ministro Gilmar Mendes (2024) argumenta que “o Código de Processo Civil de 1973, por sua vez, em caráter ampliativo, incorporou disposição que autoriza o relator a dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com a jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior (art. 557, §1º-A, CPC/73, acrescentado pela Lei nº9.756/98)” (Mendes, 2024, p. 1385).

Conclui tal raciocínio o mencionado autor, afirmando que:

Com o advento dessa nova fórmula, incorporada no CPC de 2015 (art. 932, IV e alíneas), passou-se a admitir não só a negativa de seguimento de recurso extraordinário, nas hipóteses referidas, mas também o provimento do aludido recurso nos casos de manifesto confronto com a jurisprudência do Supremo Tribunal, mediante decisão unipessoal do relator. Também aqui parece evidente que o legislador entendeu ser possível estender de forma geral os efeitos da decisão adotada pelo Tribunal, tanto nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade incidental de determinada lei federal, estadual ou municipal – hipótese em que estaria submetida à intervenção do Senado –, quanto nos casos de fixação de uma dada interpretação constitucional pelo Tribunal (Mendes, 2024, p. 1385).

Nessa toada, defende-se aqui que, diante do sistema de valorização dos precedentes e da jurisprudência dos tribunais adotado pelo CPC de 2015, em que os juízes e tribunais de segunda instância são vinculados aos entendimentos dos Tribunais Superiores, não há razão para que o Senado tenha que editar tal resolução. Ora, se os precedentes e súmulas dos Tribunais Superiores possuem força vinculante, por força do art. 932 do CPC, e uma decisão definitiva do STF que declara uma lei inconstitucional é um precedente, então todos os juízes e tribunais do país estão vinculados a ela e, portanto, terão de deixar de aplicar a lei inconstitucional. Isso, por

si só, já equivale à resolução do Senado Federal que suspende a execução de lei inconstitucional.

Em terceiro lugar, quanto à súmula vinculante, vislumbra-se a possibilidade de o STF afirmar que determinada prática é inconstitucional, fortalecendo tal entendimento através de súmula vinculante, o que, por si só, já vincula tanto o Poder Judiciário como a administração pública.

Como se sabe, a súmula vinculante – que apenas pode ser editada após decisão do Plenário ou de decisões reiteradas das Turmas – decorre de decisões tomadas em casos concretos, ao contrário do que ocorre nos processos objetivos.

Nos termos definidos pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes (2024):

Não resta de que a adoção de súmula vinculante em situação que envolva a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo enfraquecerá ainda mais o já debilitado instituto da suspensão da execução pelo Senado. É que essa súmula conferirá interpretação vinculante à decisão de declarar a inconstitucionalidade sem que a lei declarada inconstitucional tenha sido eliminada formalmente do ordenamento jurídico (falta de eficácia geral da decisão declaratória de inconstitucionalidade). Tem-se efeito vinculante da súmula, que obrigará a Administração a não mais aplicar a lei objeto da declaração de inconstitucionalidade (nem a orientação que dela se deduz), sem que se reconheça eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade (Mendes, 2024, p. 1388).

Ora, se o STF, a quem cabe decidir de forma definitiva sobre a constitucionalidade das leis em controle concreto ou abstrato, pode editar súmula vinculante logo após a declaração de inconstitucionalidade da lei em controle difuso, pode-se afirmar que a resolução do Senado tem sua utilidade esvaziada, tendo em vista que a edição de súmula vinculante teria o mesmo efeito.

É verdade que para que se edite súmula vinculante é necessário que haja ou uma decisão do Plenário do STF ou várias decisões das Turmas no mesmo sentido. Porém, a declaração de constitucionalidade definitiva se dá em julgamento no Plenário, por força do art. 97 da Constituição. O que obviamente autoriza o STF a iniciar o processo de criação da súmula.

Por sua vez, fala-se ainda na possibilidade de declaração de inconstitucionalidade incidental em ação coletiva, ação civil pública e mandado de segurança coletivo. Isso pois, naturalmente, a natureza da decisão, nessas ações, já não se restringe apenas às partes no processo.

O Ministro Gilmar Mendes (2024), a esse respeito, questiona:

Como sustentar que decisão proferida em ação coletiva em ação civil pública ou em mandado de segurança coletivo, que declare a inconstitucionalidade de determinada lei, teria eficácia apenas entre as partes? *Quid juris*, então, se a declaração de inconstitucionalidade for proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ação civil pública? Se a decisão proferida nesses processos tem eficácia *erga omnes* (Lei nº7.347/85, art. 16) é difícil justificar a necessidade de comunicação ao Senado Federal. Recorde-se que, em alguns casos, há uma quase confusão entre o objeto da ação civil pública e o pedido de declaração de inconstitucionalidade. Nessa hipótese, não há como se cogitar de uma típica decisão de eficácia *inter partes* (Mendes, 2024, p. 1386).

Não faria nenhum sentido, portanto, restringir a eficácia *erga omnes* das decisões em ações coletivas apenas pelo fato de que há declaração de inconstitucionalidade incidental nelas, sob o argumento de que esse efeito só poderia ser conferido a qualquer decisão declaratória de inconstitucionalidade através de resolução do Senado Federal.

É diante de todas essas razões que parte da doutrina sustenta que a necessidade de resolução do Senado Federal para que se atribua efeitos gerais à decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declara a inconstitucionalidade de uma norma em sede de controle difuso caducou.

Nesse sentido, conclui o Ministro Gilmar Mendes (2024), que:

Parece legítimo entender que a fórmula relativa à suspensão de execução da pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Dessa forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não cuida de decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais... A não publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma sua real eficácia (Mendes, 2024, p. 1388).

Parece, assim, estar correta a doutrina que entende que houve mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição e que, atualmente, a resolução do Senado possui natureza de ato vinculado (não discricionário), que revela um dever de publicação da decisão por parte do Senado, sem que, a propósito, a inobservância desse dever retire a eficácia da decisão do Supremo.

4.2 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO

Como já citado acima, parte da doutrina defende a tese de que houve mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição, fundamentada por várias decisões do Supremo Tribunal Federal nesse sentido e pelos vários argumentos acima expostos. Porém, é interessante que se faça uma análise do fenômeno relacionando os fundamentos utilizados por esta parte da doutrina com os conhecimentos a respeito dos processos informais de mudança da Constituição, expostos no primeiro capítulo do presente trabalho, com os objetivos de identificar se, de fato, houve mutação constitucional e, além disso, de classificar a mutação constitucional em análise.

De início, sabe-se que a tese da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição surge como precedente do Supremo Tribunal Federal na Reclamação Constitucional (RC) nº4.335-5/AC, ocasião em que o Ministro Gilmar Ferreira Mendes (2024) lidera o posicionamento segundo o qual deveria se atribuir eficácia *erga omnes* às decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, e que a decisão do Senado Federal deveria agora ser interpretada como um dever de publicação, com o escopo de dar publicidade à decisão do Supremo, sem que a sua falta impactasse nos efeitos da decisão.

A referida Reclamação foi proposta perante o Supremo Tribunal Federal, pela Defensoria Pública do Estado (DPE) do Acre (AC) em face de decisão do Juízo da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco (AC), que indeferiu o pedido de progressão de regime de vários réus, que cumpriam pena em regime fechado, em decorrência da prática de crimes hediondos.

O Juízo fundamentava que, em decorrência do art. 2º, §1º, da Lei nº8.072/1990, era vedada a progressão de regime para condenados pela prática de crime hediondo. Ocorre que tal artigo já havia sido declarado inconstitucional, incidentalmente, no *Habeas Corpus* (HC) nº82.959-SP (Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em sessão plenária de 23.02.2006, DJ de 1º.09.2006). Ainda assim, fundamentava o Juízo que, para que houvesse eficácia geral tal decisão deveria haver resolução senatorial suspendendo a execução de tal norma.

O reclamante, portanto, alegou o descumprimento da decisão do Supremo Tribunal, motivo que ensejou reverberante voto do relator da Reclamação, Ministro Gilmar Mendes (2024), que inaugurou entendimento da Suprema Corte, no sentido de que houve mutação constitucional do art. da Constituição em comento, resultando no

entendimento de que as decisões definitivas do STF em controle difuso tem eficácia *erga omnes* e que a resolução do Senado Federal tem escopo apenas de conferir publicidade à decisão do Supremo.

Em seu voto, argumenta o Ministro Relator no que se refere ao sistema misto de controle de constitucionalidade adotado pela Constituição de 1988, privilegiando as ações objetivas do controle concentrado, que:

A ampliação do sistema concentrado, com a multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral, acabou por modificar radicalmente a concepção que dominava entre nós sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a Emenda Constitucional (EC) nº16/65 e sob a Carta de 1967/69. No sistema constitucional de 1967/69, a ação direta era apenas uma idiossincrasia no contexto de um amplo e dominante modelo difuso. A adoção da ADI, posteriormente, conferiu perfil diverso ao nosso sistema de controle de constitucionalidade, que continuou a ser um modelo misto. A ênfase passou a residir, porém, não mais no modelo difuso, mas nas ações diretas. O advento da Lei nº9.882/99 conferiu conformação à ADPF, admitindo a impugnação ou a discussão direta de decisões judiciais das instâncias ordinárias perante o Supremo Tribunal Federal (STF). Tal como estabelecido na referida lei (art. 10, § 3o), a decisão proferida nesse processo há de ser dotada de eficácia *erga omnes* e de efeito vinculante. Ora, resta evidente que a ADPF estabeleceu uma ponte entre os dois modelos de controle, atribuindo eficácia geral a decisões de perfil incidental. Vê-se, assim, que a Constituição de 1988 modificou de forma ampla o sistema de controle de constitucionalidade, sendo inevitáveis as reinterpretações ou releituras dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, especialmente da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal (RCL 4335, p. 40).

Quanto aos efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade em controle difuso ou concentrado, conclui o citado Ministro que “a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental” (RCL 4335, p. 42).

De seu turno, no que diz respeito às decisões legislativas que fundamentam a mutação constitucional, como é o caso dos arts. 503, §1º e 489, §1º, VI, ambos do Código de Processo Civil, afirma o relator que:

O mesmo há de se dizer das várias decisões legislativas que reconhecem efeito transcendente às decisões do STF tomadas em sede de controle difuso. Esse conjunto de decisões judiciais e legislativas revela, em verdade, uma nova compreensão do texto constitucional no âmbito da Constituição de 1988. É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica

mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988 (RCL 4335, p. 42).

E conclui o referido Ministro, afirmando que:

A prática dos últimos anos, especialmente após o advento da Constituição de 1988, parece dar razão, pelo menos agora, a Lúcio Bittencourt, para quem a finalidade da decisão do Senado era, desde sempre, ‘apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos’. Sem adentrar o debate sobre a correção desse entendimento no passado, não parece haver dúvida de que todas as construções que se vêm fazendo em torno do efeito transcendente das decisões pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Congresso Nacional, com o apoio, em muitos casos, da jurisprudência da Corte⁵⁹, estão a indicar a necessidade de revisão da orientação dominante antes do advento da Constituição de 1988. Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 140,5 – publicação a cargo do Chanceler Federal, e Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art.31, (2), publicação a cargo do Ministro da Justiça). Tais decisões proferidas em processo de controle de normas são publicadas no Diário Oficial e têm força de lei (Gesetzeskraft) [Lei do Bundesverfassungsgericht, § 31, (2)] (RCL 4335, p. 44-45).

Diante de tais argumentos, parte-se do ponto de que houve mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição, cabendo agora classificá-la, diante dos conceitos e classificações expostas no capítulo primeiro do presente trabalho e, além disso, analisar se a mutação ocorreu em razão de alteração na realidade dos fatos ou por mudança na percepção do direito, distinção sugerida pelo Ministro Luís Roberto Barroso (Barroso, 2024 p. 111).

Como anteriormente exposto no presente trabalho, existem três formas através das quais pode se manifestar uma mutação constitucional. Assim, pode ela se manifestar através da interpretação do texto constitucional, através da atuação do legislador, ou pela via dos costumes.

A mutação constitucional pela via da interpretação consiste, como define Luís Roberto Barroso, “na determinação do sentido e alcance de uma norma constante da Constituição, com vistas a sua aplicação” (Barroso, 2024, p. 105).

Parece ser esse o caso da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição, tendo em vista que, através de decisões judiciais (inicialmente o voto do Ministro Gilmar Mendes acima comentado), o Poder Judiciário passou a extrair norma diversa de um mesmo texto, tendo o teor do dispositivo permanecido inalterado.

Não parece ser a via legislativa o mecanismo de atuação da mutação do art. 52, X, haja vista que, embora algumas alterações legislativas tenham fundamentado a decisão que reconheceu a mutação, não houve nenhum ato normativo que especificamente obrigasse a todos os intérpretes que entendessem o dispositivo de uma maneira ou de outra. Muito menos parece ser o caso de mutação constitucional por via dos costumes, uma vez que esta não é a fonte do direito que fundamenta nem a mutação, nem a decisão judicial que a declara.

Por fim, incumbe desmistificar se a mutação do art. 52, X, da Carta Magna se deu em razão de uma mudança na percepção do direito ou em razão de mudança na realidade de fato. No entender do Ministro Barroso (2024), a “mutação constitucional em razão de uma nova percepção do direito ocorrerá quando se alteram os valores de determinada sociedade. A ideia do bem, do justo, do ético varia com o tempo” (Barroso, 2024, p. 111). Ao passo que, para o mesmo autor, a mutação constitucional por alteração na realidade de fato dar-se-á em razão “do impacto de alterações sobre o sentido, o alcance ou a validade de uma norma. O que antes era legítimo pode deixar de ser. E vice-versa” (Barroso, 2024, p. 112).

Nesse sentido, parece que a mutação constitucional em comento se deu em razão de uma alteração na realidade de fato, tendo em vista que o sentido e o alcance da norma do art. 52, X, da Constituição foram alterados. Embora essas alterações tenham surgido em virtude de alterações legislativas e interpretações judiciais – o que, à primeira vista, pareçam ser alterações na percepção do direito – o que mudou de fato foi o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passou a ser principalmente concentrado e realizado, notadamente, pela via principal.

O novo sistema de controle de constitucionalidade de normas do Brasil é que teve impacto significativo no sentido e no alcance a ser atribuído à norma do art. 52, X, da Constituição. Portanto, como a alteração do sistema de controle de constitucionalidade alterou o significado e o alcance da norma, é possível afirmar que

houve mutação constitucional por alteração na realidade de fato, tendo em vista que, em um momento passado, tal norma se justificava e tinha utilidade, o que não se pode mais dizer no presente momento.

4.3 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF: ADI Nº3.406 E ADI Nº3.470/RJ

Diferentemente do que ocorreu na Reclamação nº4.335 (AC), já comentada acima, em que há um clássico caso de controle difuso de constitucionalidade, onde se discutia, em sede de *habeas corpus* – ação subjetiva na qual as decisões possuem efeitos apenas entre as partes –, a constitucionalidade de uma lei, já declarada incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal; nas ADI nº3.406 e nº3.470/RJ, o que houve foi um controle incidental dentro de uma ação objetiva de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.

Essa é uma das razões para que se evite a confusão entre as classificações do controle judicial de constitucionalidade. Os controles difuso, concreto e incidental não são sinônimos; assim como não são também sinônimas as expressões controle concentrado, controle abstrato e controle principal.

A partir disso, afigura-se, no caso em comento, que tramitava perante o Supremo Tribunal Federal duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade que objetivava declaração da inconstitucionalidade da Lei nº 3.579/2001, do Estado do Rio de Janeiro (RJ), pela qual se proibiu, no território desse ente federado, a extração, a produção, a comercialização e a utilização de asbesto e de produtos que o contivessem.

Na ocasião, a Corte deliberou no sentido de declarar incidentalmente, com efeito vinculante e *erga omnes*, a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei federal nº9.055/1995, que disciplinava a extração, a industrialização, a utilização, a comercialização e o transporte do asbesto/amianto no âmbito federal.

Ao fim, o Supremo Tribunal Federal (STF) redigiu o Acórdão nos seguintes termos: “Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por maioria, em julgar improcedente a ação e, incidentalmente, declarar a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº9.055/1995, com efeitos vinculantes e *erga omnes*, nos termos do voto da Relatora, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Vencidos o Ministro Marco Aurélio, que votou pela procedência do pedido, e, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, que votou pela procedência parcial do pedido para dar interpretação conforme aos art. 2º e 3º da Lei

nº3.579 do Estado do Rio de Janeiro, nos termos do seu voto. Indeferido o pedido de análise de modulação de efeitos suscitado na tribuna. Impedido o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski. Sessão plenária presidiada pela Ministra Cármen Lúcia” (Brasil, 2017).

O Ministro Alexandre de Moraes (2017), por entender que a eficácia vinculante das decisões do STF se restringem às hipóteses de súmula vinculante, afirmou em seu voto que não houve mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição. Segundo o Ministro:

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 artigo 52, X, é que ao Supremo cabe declarar para o caso concreto e ao Senado cabe, se entender necessário, suspender, dando efeitos gerais. Aliás, a grande diferença do controle concentrado é que a suspensão dá efeitos 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 (Brasil, 2017).

Por sua vez, entendeu o Ministro Marco Aurélio que não houve mutação constitucional, sob o argumento de que, para que houvesse alteração do dispositivo constitucional em comento, deveria ser editada emenda formal à Constituição. Nos termos do referido Ministro:

Isso representa um grande sistema, que é o revelado pela Carta da República. Não posso ignorar o que nela se contém, não posso desconsiderar que 81 são os senadores e 513 são os deputados, eleitos representantes do povo brasileiro. (...) Recuso-me, Presidente, a dizer que o Senado da República é um verdadeiro diário oficial, que simplesmente deve publicar as decisões do Supremo formalizadas no controle difuso de inconstitucionalidade. Homenageio, Presidente, e entendo que é básico na República, a harmonia e independência entre os Poderes, não potencializando possível desgaste notado nos dias de hoje, do Congresso Nacional. Porque, acima de tudo, tenho, como disse, a Lei das leis, que busco amar cada dia mais, a Constituição Federal (Brasil, 2017).

Em sentido diverso, o Ministro Edson Fachin (2017) reconheceu a mutação constitucional. Assim, sustentou o Ministro que:

Esta declaração, ainda que incidental, opera uma preclusão consumativa da matéria. E, portanto, nesta medida, o fato de ter sido incidental não afasta o

conjunto das observações que o Ministro Gilmar já fez, que utilizou o verbo equalizar nessa direção de encontrarmos obviamente uma solução razoável para evitar que caíamos numa dimensão semicircular progressiva e sem fim (Brasil, 2017).

De seu turno, o Ministro Luiz Fux (2017) admitiu a mutação, afirmando que:

Não há mais diferença entre controle incidental e controle principal. O Código, inclusive, agora, por exemplo, na fase de execução, quando se quer alegar que a sentença é objeto do cumprimento, ou da execução antiga, que se baseou em lei inconstitucional, diz que a lei pode ter sido considerada inconstitucional em controle concentrado ou incidental. Qualquer um dos controles é suficiente para que a para possa se escurar de cumprir uma sentença inconstitucional. (...) De sorte que eu, adotando essa equivalência do controle difuso e do controle concentrado, entendendo que o artigo 52, X, apenas permite uma chancela formal do Senado – o Senado não pode alterar a essência da declaração de inconstitucionalidade do Supremo (Brasil, 2017).

A Ministra Carmen Lucia (2017), ao reconhecer também a mutação constitucional, fundamenta que “STF está caminhando para uma inovação da jurisprudência no sentido de não ser mais declarado inconstitucional cada ato normativo, mas a própria matéria que nele se contém” (Brasil, 2017).

O Ministro Dias Toffoli (2017), ao admitir a mutação constitucional, argumenta que, mesmo no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, as decisões do Supremo Tribunal Federal possuem eficácia *erga omnes*. Em seus termos:

Nem poderia ser diferente: se o que se decide no controle abstrato tem uma consequência; no controle concreto teria outra? Por quê? O sentido do art. 52, X, da Constituição é para uma época em que o Diário Oficial levava 3 meses para chegar nos rincões do Brasil, uma época em que as decisões do Supremo ou do Judiciário não eram publicadas em diários oficiais. Hoje, a TV Justiça transmite ao vivo e em cores para todo país o que nós estamos deliberando aqui. Não tem sentido ter que se aguardar uma deliberação futura para dar eficácia à decisão; ficamos nós, aqui, depois, a bater carimbo em relação a inúmeros processos que aqui chegam (Brasil, 2017).

Por fim, o Ministro Gilmar Mendes (2017) admitiu a mutação constitucional, principalmente sob o fundamento de que:

O CPC, nesse ponto, talvez sinalize uma superação – ponto que tenho insistido – de que não temos outra alternativa, pelo menos no âmbito do Supremo, senão equalizar a decisão que se toma em sede de controle abstrato e a decisão que se toma em sede de controle incidental. Agora me parece que o CPC vem em reforço quando não distingue mais a declaração de inconstitucionalidade em uma ou em outra situação. Na prática, já fazemos isso um pouco. Não esperamos que o Senado surpreenda. Como sabemos, é um pouco sazonal a suspensão por parte do Senado. Às vezes ele faz, até com certa diligência, isto depende muito da atividade da Comissão de

Constituição e Justiça. 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 (Brasil, 2017).

Como o tema ainda é recente e carece de mais decisões do Supremo Tribunal Federal resolvendo a matéria, ou ainda, de uma solução legislativa que aponte o caminho que deve ser seguido – uma vez que o Poder Judiciário não é o único intérprete da Constituição –, não se sabe ao certo se essa posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal é definitiva. Ao que parece, a tendência é a de que o STF adote a teoria da abstrativização do controle difuso para continuar aplicando a nova norma extraída do texto do art. 52, X, da Constituição, após a ocorrência da mutação constitucional.

Porém, em ótimo artigo, defende Silva Belo (2018), que não houve, pelo Supremo Tribunal Federal, a adoção da teoria da abstrativização do controle difuso, tendo em vista que se declarou a inconstitucionalidade, incidentalmente, de uma norma impugnada em um processo objetivo do controle concentrado, e não do controle difuso. Ou seja, para o autor, a decisão declaratória de inconstitucionalidade incidental em processo de controle concentrado já teria, por si só, efeitos *erga omnes*. Não havia que se falar, nesse caso, em resolução do Senado Federal para suspender os efeitos dessa norma.

Afirma o mencionado autor que:

i) não se cuidava de hipótese em que se poderia invocar o disposto no art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, pois o controle de constitucionalidade ali exercido era o concentrado e abstrato, e não o difuso, que recai sobre o exame do caso concreto; ii) mais uma vez, a tese da “mutação constitucional” do referido art. 52, X, não contou com a adesão da maioria dos ministros que participarem de tal julgamento, sendo que apenas os ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, este em obter *dicitum*, aderiram, expressamente, mas sem desenvolverem bem a questão, a essa posição do min. Gilmar Mendes, que lhe é cara há muito tempo, pelo menos desde a Reclamação nº4.335/AC, na qual também ficou vencido (Silva Belo, 2018).

De outro lado, Lenza (2021) argumenta que houve sim a adoção da teoria em comento pelo STF, e sugere que o Tribunal adote as medidas para que as decisões do Supremo possuam eficácia geral sem que seja necessária a intervenção do Senado. Para o citado autor:

Para que a declaração de inconstitucionalidade incidental de lei ou ato normativo produza efeitos *erga omnes* e vinculante, independentemente de

resolução do Senado Federal, partindo do pressuposto de que, de fato, houve mutação constitucional do art. 52, X, entendemos que o STF tem 3 medidas a fazer:

- 1) formalmente deliberar sobre a questão, destacando-a como questão prejudicial;
- 2) alcançar o quórum de no mínimo 6 ministros (art. 92, CF/88) no sentido da inconstitucionalidade;
- 3) fazer integrar a questão resolvida na ementa do acórdão, deliberando sobre os efeitos e podendo, se acharem conveniente, inclusive, modular os efeitos da decisão, observando, naturalmente, o quórum de 2/3, previsto no art. 27 da Lei n.9.868/99 (Lenza, 2019, p. 224).

Diante disso, parece razoável acreditar que houve adoção da teoria da abstrativização do controle difuso, por parte do Supremo Tribunal Federal (STF), no sentido de reconhecer a mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição, e atribuir à resolução do Senado Federal efeito de publicação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do presente trabalho, foi possível ter contato com lições a respeito dos processos informais de mudança da constituição, com os limites, fundamentos e mecanismos de atuação das mutações constitucionais. Além disso, viu-se ainda todas as diferentes formas de mutação constitucional e suas diferentes formas de exteriorização. Ainda, viu-se a respeito da importante distinção entre mutação constitucional e interpretação inconstitucional, tópico de bastante relevo, capaz de alterar totalmente a conclusão que se pode extrair da temática aqui desenvolvida.

Isso ocorre em razão de que é possível entender, a partir da doutrina utilizada na presente pesquisa, como também dos votos dos Ministros expostos no presente trabalho, que não houve mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição, mas sim, mera interpretação inconstitucional. Os defensores dessa tese argumentam que o princípio da separação dos poderes (que é cláusula pétrea e, por este motivo, limite ao poder constituinte difuso, através do qual se operam as mutações constitucionais) seria afetado, tendo em vista que o reconhecimento desta mutação tiraria competência do Senado Federal prevista na Constituição. Por essa razão, seria inconstitucional a interpretação que retira competência do Senado Federal, não havendo falar, pois, em mutação constitucional (haja vista não existir mutação inconstitucional).

De outro lado, a tese defendida no presente trabalho é aquela acolhida pela maior parte da doutrina, que afirma ter ocorrido mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição. Dentre as razões para defender tal posição estão aquelas expostas ao longo deste texto, como as várias ações objetivas e o protagonismo assumido pelo controle concentrado no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro; a nova sistemática processual adotada pelo Código de Processo Civil (CPC), que valoriza a força vinculante das súmulas e dos precedentes dos tribunais superiores; a possibilidade de edição de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal, que vincula, por si só, o judiciário e a administração pública; a possibilidade de se realizar controle de constitucionalidade em ação coletiva, ação civil pública ou mandado de segurança coletivo; e a necessidade de se dar efetividade à teoria da nulidade da norma inconstitucional, que é, a propósito, o objetivo principal da criação da norma contida no art. 52, X, da Constituição Federal.

Nesse sentido, quanto ao argumento de que a interpretação seria inconstitucional, é possível afirmar que, pelos motivos elencados acima, não houve a retirada de competência do Senado Federal por meio de decisão judicial do Supremo Tribunal Federal (STF), mas sim, o reconhecimento de uma mudança na realidade fática que tornou obsoleta tal competência. Eis que, por tais razões, o reconhecimento da mutação constitucional foi adequado.

Em seguida, tem-se contato com os conceitos, as características e as diferenças entre as duas formas de controle de constitucionalidade existentes no Brasil. A isso dá-se o nome de sistema misto, tendo em vista que vigoram no Brasil tanto o controle difuso de constitucionalidade, como o controle concentrado.

Por um lado, o controle difuso é aquele realizado por juízes e tribunais nos casos concretos, através de um incidente, e como matéria preliminar, não principal. De outro lado, o controle concentrado é aquele de competência do STF, que é realizado através de ações objetivas e que possuem como objeto principal a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma concreta e abstrata.

O ponto central de tal debate versa a respeito dos efeitos gerados pela declaração de inconstitucionalidade em cada uma das formas de controle. Ao passo que no controle difuso a declaração de inconstitucionalidade tem efeito apenas entre as partes daquele processo no qual houve a declaração de inconstitucionalidade, no controle concentrado a declaração de inconstitucionalidade tem eficácia *erga omnes*.

Ocorre que é possível que os processos em que há declaração incidental de inconstitucionalidade em seu bojo cheguem ao Supremo Tribunal através de recurso extraordinário, cabendo ao mencionado tribunal decidir a respeito da inconstitucionalidade da norma. Assim, iniciou-se a discussão a respeito dos efeitos da decisão definitiva do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade. Com a defesa da tese de que os efeitos, no caso narrado, se igualam aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado, nasceu a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

Por derradeiro, analisa-se no último capítulo a teoria da abstrativização do controle difuso, a mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal, que fundamenta tal teoria, e a jurisprudência do STF sobre o tema.

Diante dos argumentos acima expostos, tudo leva a crer que há, de fato, uma mudança normativa no art. 52, X, da Carta Magna, sem que tenha sofrido alteração

em seu texto. A partir do sistema de valorização dos precedentes, adotado pelo Código de Processo Civil (CPC) de 2015; da possibilidade de edição de súmula vinculante após julgamentos no plenário do STF (que é o caso das declarações de inconstitucionalidade); da possibilidade de se realizar controle de constitucionalidade em ação coletiva, ação civil pública ou mandado de segurança coletivo; pode-se chegar à conclusão de que a interpretação literal do artigo em comento traz uma norma completamente obsoleta, que apenas atrasa a retirada formal (tendo em vista que a edição de súmula vinculante pelo STF é capaz de obrigar o judiciário e toda a administração pública) de uma norma inconstitucional do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIVROS:

BARCELLOS, A. P. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2024.

BULOS, U. L. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA JÚNIOR, D. **O controle de constitucionalidade no Brasil e no direito comparado**. São Paulo: JusPODIVM, 2024.

DA CUNHA FERRAZ, A. C. **Comentários à Constituição do Brasil**.

Coordenadores: Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. **Processos informais de mudança da constituição**. Osasco: EdiFIEO. p. 33.

FERNANDES, B. G. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENDES, G. F.; GONET, P. G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2024.

ARTIGOS:

ALMEIDA, F. D. M. Considerações sobre a função do Senado Federal de suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal. **Revista de informação legislativa**, v. 44, n. 174, p. 15-24, abr./jun. 2007. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/140960/R17418.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>. Acesso em: 06 mar. 2025.

BULOS, U. L. 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: 06 mar. 2025.

COMPARATO, F. K. Requiem para uma constituição. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, 1998, n. esp., p. 51-63. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato_requiem.html>. Acesso em: 06 mar. 2025.

SARMENTO, D. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (org). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

JURISPRUDÊNCIA:

Em publicação eletrônica:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº3.470/RJ. Relatora: Min. Rosa Weber. DJ: 29/11/2017. JusBrasil, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 06 mar. 2025.

BRASIL. Informativo nº739 de 17 a 21 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 06 mar. 2025.

BRASIL. Reclamação nº4.335/AC. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ: 20/03/2014. JusBrasil, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 06 mar. 2025.

BRASIL. RE nº395.902-AgR, rel. Min. Celso de Mello. DJ: 29/02/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 06 mar. 2025.

BRASIL. RE nº600.885/RS, rel. Min. Carmén Lúcia. DJ: 29/06/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 06 mar. 2025.

LEIS:

BRASIL. Lei nº9.868/99, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm> Acesso em: 06 mar. 2025.

BRASIL. Lei nº13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 07 mar. 2025.

CONSTITUIÇÕES:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 07 mar. 2025.