

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL  
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS  
GRADUAÇÃO EM DIREITO

VINÍCIUS SILVA BRANDÃO

**A Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade: Análise crítica sob a ótica  
dos posicionamentos mais recentes do Supremo Tribunal Federal**

Maceió

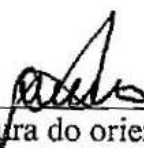
2022

VINÍCIUS SILVA BRANDÃO

**A Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade: Análise crítica sob a ótica dos posicionamentos mais recentes do Supremo Tribunal Federal**

Monografia de conclusão de curso, apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas (FDA/UFAL) como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. Gabriel Ivo

  
Assinatura do orientador

**Folha de Aprovação**

VINÍCIUS SILVA BRANDÃO

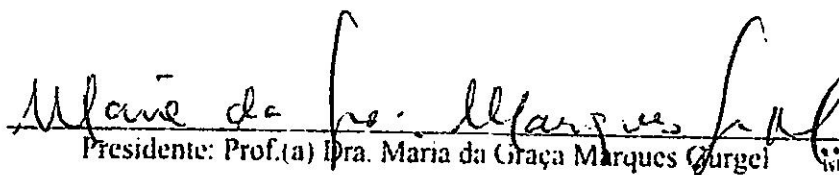
**A Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade: Análise crítica sob a ótica dos posicionamentos mais recentes do Supremo Tribunal Federal**

Esta monografia de conclusão de curso, apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas (FDA UFM) como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, obteve a devida aprovação perante a presente banca examinadora.



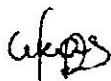
Orientador: Prof. Dr. Gabriel Ivo

Banca Examinadora:



Presidente: Prof.(a) Dra. Maria da Graça Marques Gurgel

Maria da Graça Marques Gurgel  
Professora  
Faculdade de Direito de Alagoas (FDA)  
CIDADE 2104100



Membro(a): Mestranda Ana Klara de Albuquerque Rodrigues

Matrícula 2021333785

Maceió

2022

## RESUMO

O objetivo do presente trabalho se insere na verificação de pertinência, ao ordenamento jurídico, da tese de abstrativização do direito difuso de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que tem como mais proeminente argumento a mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). Nesse contexto, tais pontos foram debatidos na Suprema Corte a partir de dois grandes momentos, inicialmente, na Reclamação 4.335-5/AC e, posteriormente, com o julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3406/RJ e 3470/RJ, razão pela qual os estudos de tais ações se mostram fundamentais para o desenvolvimento do trabalho. Nesse sentido, a tese, que tem como principal defensor no âmbito do Supremo o Ministro Gilmar Mendes, advoga que as alterações, ocorridas pós-1988 no sistema de controle de constitucionalidade, seriam tamanhas, que o sentido do art. 52, X, teria se alterado, tornando desnecessária a edição de resolução senatorial que suspende os efeitos de norma declarada inconstitucional em sede de controle difuso de constitucionalidade, culminando, em última medida, a uma equivalência de efeitos deste controle com o controle concentrado. Dito isso, se defenderá nesse trabalho a inviabilidade da referida tese, tanto tendo em vista o fato de que o sistema misto de controle de constitucionalidade, adotado pelo constituinte, não permite tal equivalência automática de efeitos, perseverando o papel do Senado Federal no controle difuso, quanto pelo fato de que os limites da mutação constitucional afastam a respectiva tese, devendo preponderar os primados da estabilidade e da rigidez constitucional. Por fim, se analisará as possíveis consequências da abstrativização do controle difuso, chegando-se à conclusão que seus riscos não valem seus possíveis ganhos, precipuamente diante de uma factível ofensa ao princípio da separação dos poderes.

**Palavras-chave:** controle de constitucionalidade; abstrativização; mutação constitucional; supremo tribunal federal; senado federal.

## ABSTRACT

The objective of this work is part of the verification of the relevance, to the legal system, of the abstraction thesis of the diffuse right of constitutionality within the scope of the Federal Supreme Court, whose most prominent argument is the constitutional mutation of article 52, item X, of Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 (CRFB/88). In this context, such points were debated in the Supreme Court from two great moments, initially, in Complaint 4.335-5/AC and, later, with the joint judgment of Direct Actions of Unconstitutionality 3406/RJ and 3470/RJ, which is why the studies of such actions are fundamental for the development of the work. In this sense, the thesis, which has as its main defender in the scope of the Supreme Court, Minister Gilmar Mendes, advocates that the changes, which occurred after 1988 in the constitutionality control system, would be such that the meaning of art. 52, X, would have changed, making it unnecessary to issue a senatorial resolution that suspends the effects of a rule declared unconstitutional in terms of diffuse control of constitutionality, ultimately culminating in an equivalence of effects of this control with concentrated control. That said, this work will defend the infeasibility of the aforementioned thesis, both in view of the fact that the mixed system of constitutionality control, adopted by the constituent, does not allow such automatic equivalence of effects, persevering the role of the Federal Senate in diffuse control, and because of the fact that the limits of constitutional change remove the respective thesis, and the primacies of stability and constitutional rigidity should prevail. Finally, the possible consequences of the abstraction of diffuse control will be analyzed, reaching the conclusion that its risks are not worth its possible gains, especially in view of a feasible offense to the principle of separation of powers.

**Keywords:** constitutional review; abstraction; constitutional mutation; federal supreme court; federal senate.

## SÚMARIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO SOBRE O PANO DE FUNDO DA TRADIÇÃO DO CONTROLE DIFUSO: O PAPEL DO SENADO FEDERAL</b> .....	9
2.1 Do Sistema de Controle de Constitucionalidade Brasileiro: Evolução e a Posição do Constituinte de 1988.....	9
2.2 Dos Efeitos das Decisões Proferidas em Sede de Controle de Constitucionalidade.....	15
2.3 Do Papel do Senado Federal no Controle Difuso de Constitucionalidade: o art. 52, X.....	19
<b>3 O FENÔMENO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO CONTEXTO DA OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO</b> ..	25
3.1 A Reclamação 4.335-5/AC e o Voto do Relator Ministro Gilmar Mendes .....	26
3.2 Das ADI 3.406/RJ E 3.470/RJ: A Volta da Tese de Mutação Constitucional do art. 52, X .....	30
3.3 Da Mutação Constitucional .....	33
3.3.1 Do dinamismo constitucional e da reforma informal da constituição .....	33
3.3.2 Dos mecanismos de atuação da mutação constitucional .....	37
3.3.3 Das limitações à mutação constitucional: o perigo da mutação inconstitucional .....	41
<b>4 DA TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO NO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO</b> .....	47
4.1 Conceito e Circunstâncias Apontadas Como Causadoras da Abstração do Controle Difuso .....	47
4.2 Análise Crítica dos Principais Argumentos Utilizados pelos Ministros na Reclamação 4.335-5/AC e nas ADI 3.406/RJ e 3.470/RJ.....	49
4.2.1 Reclamação 4.335-5/AC e a mutação inconstitucional.....	49
4.2.2 Da não adoção da tese da objetivação nas ADI 3.406/RJ e 3.470/RJ .....	54
4.3 Possíveis Consequências da Adoção da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade .....	60
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	66
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	69

## 1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro vem sendo objeto de inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais, de forma que se questionam os tradicionais efeitos *inter partes* e *ex tunc* produzidos pelo controle difuso de constitucionalidade, aproximando-os, em última medida, aos efeitos produzidos no controle concentrado de constitucionalidade.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal se debruçou sobre o assunto, propriamente quando, na Reclamação 4.335-5/AC, que teve como relator o Ministro Gilmar Mendes, julgada entre 2007 e 2014, questionou a interpretação do art. 52, X, da CRFB/88, que amplia os efeitos subjetivos das decisões em sede de controle difuso, pois estabelece ser de prerrogativa do Senado Federal editar uma Resolução que suspenda a execução, no todo ou em parte, dos atos normativos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Naquela oportunidade, parte dos Ministros do STF, encabeçados pelo Ministro Gilmar Mendes, atribuíram ao art. 52, X, novo sentido, de publicidade, afirmando que tal dispositivo teria sofrido uma mutação constitucional, de maneira a não mais ser necessária sua incidência para propagação de efeitos *erga omnes* e vinculantes às decisões do STF em controle difuso, o que acarretaria, em última medida, a equiparação dos efeitos das decisões proferidas pelo Plenário da Corte Suprema em ambas as modalidades de controle. Estava ali firmada, então, as bases da teoria da abstrativização do controle difuso.

Nesse sentido, em que pese essa teoria não tenha sido adotada pelo Supremo nesse primeiro momento, verificamos que tal assunto — e vários dos argumentos — ressurgiram em 2017, no bojo do julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ e nº 3.470/RJ, de tal maneira que se criou um importante debate doutrinário no sentido de entender se após publicados os Acórdãos dessas ações, teria o STF adotado a respectiva teoria da abstrativização, e, portanto, decretado a mutação constitucional do art. 52, X.

Diante dessa controvérsia, sem haver um consentimento doutrinário quanto ao tema, e tendo em vista as profundas consequências para a estrutura do controle de constitucionalidade brasileiro, e conseqüentemente de todo o arranjo constitucional instituído em 1988 — já que ela é a forma mais palpitante em que o Poder Judiciário atua em relação aos demais poderes, podendo essa questão, como será visto, ferir diretamente o princípio da separação de poderes — é que escolhemos o tema sobre o qual nos debruçaremos por todo o trabalho.

Dito isso, a problemática central e objetivo principal do trabalho é identificar, a partir da análise crítica dos argumentos suscitados pelos ministros do STF no bojo da Reclamação

4.335-5/AC e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ e nº 3.470/RJ, se o Supremo adotou a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, e consequentemente, se subsistem os argumentos da mutação constitucional, que aduz ter a norma extraída do art. 52, X da CRFB/88 se alterado de tal maneira que seria prescindível a participação do Senado Federal para atribuir eficácia expansiva às decisões do STF também em sede do controle difuso, restando ao órgão político apenas a tarefa de publicar tais decisões. Paralelamente, também, identificaremos as consequências de uma eventual adoção da respectiva tese, sempre tendo em mente o espírito constitucional, e os limites semânticos do próprio texto.

Destacamos, também, que para a conclusão final, precisaremos entender antes, não apenas o histórico do sistema de controle de constitucionalidade em nosso país, mas também seus contornos e efeitos diante do que foi estabelecido pelo poder constituinte de 1988. Além disso, será necessário compreender o papel que o Senado Federal — através da competência a ele concedida via art. 52, X, da CRFB/88 — desempenha no controle de constitucionalidade brasileiro, e, principalmente, será imprescindível entendermos o instituto jurídico da mutação constitucional, posicionando-o nessa dialética dos argumentos suscitados pelos defensores da tese da mutação do art. 52, X.

Ressalta-se, por necessário, que o presente trabalho não se propõe a esmiuçar o instituto da mutação constitucional, mas sim compreendê-lo dentro do contexto da teoria da abstrativização do controle difuso no direito pátrio, que possui espaço proeminente de discussão no STF, e que é objeto principal de análise dessa monografia.

Para tanto, a metodologia utilizada consiste na análise da legislação, doutrina especializada e das decisões judiciais prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal acerca da função do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade no século XXI, mais especificamente, tomando como base dois grandes paradigmas jurisprudenciais da Suprema Corte: o julgamento da Reclamação 4.335-5/AC, que ocorreu entre os anos de 2007 e 2014, e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ e nº 3.470/RJ, julgadas em 2017.



## 2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO SOBRE O PANO DE FUNDO DA TRADIÇÃO DO CONTROLE DIFUSO: O PAPEL DO SENADO FEDERAL

### 2.1 Do Sistema de Controle de Constitucionalidade Brasileiro: Evolução e a Posição do Constituinte de 1988

O controle jurisdicional de constitucionalidade se firma em um mecanismo de correção destinado a restabelecer a harmonia de determinado sistema jurídico.<sup>1</sup> No Brasil, é matéria atinente a praticamente todas as constituições após a proclamação da República, tendo espaço cativo até mesmo em cârtulas de faces ditatoriais, demonstrando a preocupação histórica do sistema jurídico brasileiro com o controle de suas normas.

Historicamente, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro possui dois métodos (ou critérios): o difuso-incidental, e o concentrado-principal, os quais serão o escopo principal deste primeiro capítulo.

Após a Proclamação da República, a primeira preocupação dessa ordem deu-se com a promulgação do Decreto nº 848, de 1890,<sup>2</sup> ou seja, antes mesmo da nossa primeira Constituição Republicana de 1891. Em imediata sequência, a Constituição de 1891 consolidou tal previsão, estabelecendo, nesses primórdios, um controle judicial incidental dos atos normativos fortemente influenciado pelo modelo doutrinário da *judicial review*,<sup>3</sup> de fiscalização difusa, incidental, ou seja, no bojo de um processo concreto, proveniente dos países adotantes do sistema da *Common Law*, tendo como destaque entre estes os Estados Unidos da América.

Essa previsão, entretanto, encontrou obstáculos em sua aplicação nesses primeiros anos da jovem república brasileira, diante de um judiciário ainda em desenvolvimento. Eram proferidas decisões conflitantes, tendo em vista a ausência de mecanismos uniformizadores de atos judiciais, já que as decisões deste controle apenas produziam efeitos *inter partes*, abarrotando-se, assim, o poder judiciário de pleitos semelhantes e causando verdadeira insegurança jurídica. Nesse contexto, visando dirimir tais deficiências no controle difuso de constitucionalidade brasileiro, a Constituição de 1934 instituiu importantes mecanismos, dentre

---

<sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed São Paulo: Saraiva, 2016. E-book Kindle, p.23.

<sup>2</sup> SIQUEIRA, Oniye Nashara; BARUFI, Renato Britto; NETO, Zaiden Geraige. A objetivação do controle difuso e os fundamentos da inaplicabilidade da mutação do art. 52, x da constituição federal. **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**, n. 8, p. 1517, 12 dez. 2020. ISSN 2358-1557. Disponível em: <<https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/2151/1679>> Acessado em: 21 jun. 2021.

<sup>3</sup> DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 4. ed. Salvador: JusPodium, 2010, p. 86.

eles a atribuição de competência ao Senado Federal para suspender, em caráter geral, a execução da norma declarada inconstitucional em análise de um caso concreto pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>4</sup>

Observa-se, portanto, que, na história constitucional brasileira, antes mesmo de existir o método de controle concentrado de constitucionalidade, o legislador constituinte preocupou-se em estabelecer um modo de pacificação das relações jurídicas fundado na impossibilidade de aplicação, por qualquer órgão, tribunal ou pessoa, de uma norma declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF. Para tanto, atribuía-se efeito *erga omnes* à esta, conforme será detalhadamente explicado em momento posterior deste trabalho.

Nesse diapasão, o primeiro vislumbre de adoção de um instrumento do método concentrado de constitucionalidade no Brasil se deu também sob a égide da Carta de 1934, que instituiu a chamada representação interventiva (atualmente conhecida por ação direta de inconstitucionalidade interventiva), que visa manter a proteção do pacto federativo adotado pelo País. Entretanto, tal análise ainda se dava no bojo de um caso concreto, sem uma análise em abstrato da norma, razão pela qual não se pode dizer que foi a partir deste momento que se adotou em nosso país este modelo austríaco de controle de constitucionalidade.<sup>5</sup>

Ainda analisando o histórico constitucional, a Lei Maior de 1937, de face autoritária, não apresentou avanços no controle de constitucionalidade, mantendo-se o modelo de controle concreto-difuso presente desde a Constituição de 1891. Entretanto, a Polaca, como foi apelidada a Carta de 1937, por ser inspirada no modelo semifascista polonês, trouxe consigo regra singular em nossa história constitucional, ao dotar o Poder Legislativo da capacidade de validar as normas declaradas inconstitucionais pelo STF, a partir de solicitação do Presidente da República. Além disso, essa Constituição proibiu o Poder Judiciário de apreciar questões exclusivamente políticas.<sup>6</sup>

Já a Constituição de 1946, responsável pela redemocratização, retomou avanços na área social, mas não trouxe alterações significativas na seara do controle de constitucionalidade, mantendo os avanços incorporados pela Constituição de 1934, inclusive a possibilidade de ajuizamento da a representação interventiva.<sup>7</sup>

Anos passaram, crises políticas e econômicas insurgiram, e o modelo de controle

---

<sup>4</sup> DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 87-88.

<sup>5</sup> *Idem, ibidem*, p.89.

<sup>6</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 1.835.

<sup>7</sup> DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p.89-90.

jurisdicional de constitucionalidade brasileiro apresentou poucas alterações, até a chegada da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, da Constituição de 1946 que, mantendo o método do controle difuso, instaurou no Brasil o controle concentrado de constitucionalidade dos atos normativos federais e estaduais, inaugurado a partir da criação da representação genérica de inconstitucionalidade, atual ação direta de inconstitucionalidade, que se diferenciava da representação interventiva de 1934 e 1946, justamente em razão de permitir uma análise em abstrato das normas em face da Constituição Federal, resguardando, como princípio norteador, a supremacia da Constituição.<sup>8</sup> Entretanto, Bernardo Gonçalves Fernandes salienta o ainda bastante limitado rol de legitimados ativos dessa representação genérica de inconstitucionalidade, posto que concentrado apenas nas mãos do Procurador-Geral da República.<sup>9</sup>

Nesse contexto vê-se que, no Brasil, a adoção do controle concentrado de constitucionalidade das normas tem forte influência no direito europeu, de bases romano-germânicas, mais especificamente no direito austríaco, com destaque para a Constituição Austríaca de 1920 que, conforme bem apontado por Uadi Lammêgo Bulos<sup>10</sup> possui influência na doutrina de Hans Kelsen, já que estabeleceu formalmente as diretrizes desse modelo de controle de constitucionalidade em que uma Corte Constitucional possui a primazia na análise em abstrato da compatibilidade de uma norma frente à Constituição vigente — norma hierarquicamente superior naquele ordenamento jurídico — dotando a decisão deste tribunal de efeitos gerais e para todos (eficácia *erga omnes*).

Tal *ratio* possui condão histórico na diferenciação entre os sistemas judiciais da *common law* e romano-germânicas, já que o primeiro possui o instituto do *stare decisis*, o qual, em regra, já dota as decisões de um Tribunal Superior de eficácia *erga omnes*, o que não ocorre, em regra, nos sistemas judiciais de base romano-germânicas, tendo o controle concentrado de constitucionalidade surgido para suprir esta lacuna.<sup>11</sup>

Portanto, mais do que apenas uma questão atinente ao plano da eficácia, a existência de cada modelo de controle de constitucionalidade é uma questão principiológica, já que relativa à essência de cada sistema de direito adotado, por livre escolha, pelos estados nacionais, em que pese a relativização ou atuação conjunta destes modelos em determinados países (como é

---

<sup>8</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book Kindle, p. 61-62.

<sup>9</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 1.836.

<sup>10</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 75.

<sup>11</sup> *Idem, ibidem*, p. 53.

o caso do Brasil),<sup>12</sup> como será analisado posteriormente ainda nesse capítulo.

Sendo assim, ainda que existissem variações acerca da possibilidade de, além do Supremo Tribunal Federal, os Tribunais de Justiça dos Estados e o Distrito Federal exercerem o controle concentrado de constitucionalidade, percebe-se que, desde a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, o Brasil convive com um modelo misto de controle jurisdicional de constitucionalidade, no qual há uma integração acerca dos efeitos de cada modalidade de controle, formando um sistema característico da própria estrutura do nosso ordenamento jurídico, da República brasileira, resultando, portanto, em um modelo híbrido, complexo, dotado de características próprias, e *sui generis*.<sup>13</sup>

Dito isso, observa-se que esse modelo misto de controle de constitucionalidade conviveu em relativa estabilidade durante a vigência da ditadura militar — inclusive no que se refere à exclusividade da legitimidade ativa do controle concentrado nas mãos do PGR — passando pela égide da Constituição outorgada de 1967 e pelas Emendas Constitucionais nº 1 de 1969, e nº 7 de 1977, até chegar a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Assim, enraizada pelos anseios de redemocratização e por uma maior participação popular nos rumos da condução estatal, a Constituição Cidadão aperfeiçoou o sistema de constitucionalidade brasileiro, mantendo a combinação dos métodos difuso-incidental e concentrado-principal,<sup>14</sup> mas dotando-o de uma maior quantidade de legitimados ativos e de instrumentos suscetíveis a defender a primazia constitucional.

Nesse contexto, o sistema de constitucionalidade brasileiro adotado pelo poder constituinte originário de 1988, e aprimorado posteriormente pelo poder constituinte derivado, baseia-se nessa convivência complementar das modalidades de controle ora apresentadas, com claros traços distintivos entre estas.

Destacando essas diferenças, Bernardo Gonçalves Fernandes<sup>15</sup> indica que, de um lado, tem-se o controle difuso-concreto, de maior tradição no ordenamento jurídico brasileiro, adotado por nosso país desde o início da República, suscitado incidentalmente por qualquer uma das partes no curso de qualquer ação judicial perante qualquer órgão jurisdicional, cuja

---

<sup>12</sup> ISHIKAWA, Lauro; FROTA JÚNIOR, Clóvis Smith. A abstração do controle difuso de constitucionalidade brasileiro. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 137-138, abr./jun. 2019. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril\\_v56\\_n222\\_p133](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p133). Acesso em: 15 de jul. 2021.

<sup>13</sup> MEDEIROS, Orione Dantas de. O controle de constitucionalidade na constituição brasileira de 1988: do modelo híbrido à tentativa de alteração para um sistema misto complexo. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 50, n. 200, p. 193, out./dez. 2013. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/502943>. Acesso em: 15 de jul. 2021.

<sup>14</sup> DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 91.

<sup>15</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 1.838.

declaração de inconstitucionalidade se dá de forma prejudicial ao mérito, e não como questão principal, possuindo amplo objeto passível de apreciação. Lado outro, temos o controle concentrado-principal, que é dotado de uma série de ações judiciais próprias cujo objetivo é analisar em abstrato (ou seja, em uma ação cujo objeto é a própria declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade) a validade de lei ou ato normativo frente ao ordenamento jurídico instituído pela Constituição Federal, e cuja competência para apreciação e julgamento foi definida pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “a”; e art. 102, § 1º, da CRFB/88) no que concerne as leis ou atos normativos que afrontarem diretamente a Constituição da República, e aos Tribunais de Justiça do Distrito Federal para análise da validade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual (art. 125, § 2º, da CRFB/88).

Acentuando-se esta diferenciação, sabe-se que o controle difuso de constitucionalidade pode ser suscitado em qualquer ação judicial, entretanto, o poder constituinte de 1988 deu destaque a alguns instrumentos jurídicos que possuem essencialmente um caráter de proteção constitucional, como é o caso do Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI, da CRFB/88) remédio constitucional que permite, no bojo de um caso concreto, a apreciação acerca de eventual omissão do poder público em efetivar um direito fundamental previsto em norma constitucional de eficácia limitada, ou seja, pendente de regulamentação,<sup>16</sup> e o Recurso Extraordinário (art. 102, III, “a”, “b”, “c”, e “d”, da CRFB/88), peça processual cuja natureza permite que questões de elevada importância constitucional cheguem ao Supremo Tribunal Federal, o qual poderá, concretamente, realizar o controle de constitucionalidade das normas relacionadas.<sup>17</sup>

Sobre o Recurso Extraordinário, dada a sua relevância no âmbito da jurisdição constitucional, importante transcrevermos sua disciplina normativa:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).<sup>18</sup>

Ademais, demonstrando-se preocupação com a modulação dos efeitos das decisões em

<sup>16</sup> DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 91.

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed, São Paulo: Saraiva, 2016. E-book Kindle, p. 63.

<sup>18</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2021.

sede de controle concreto de constitucionalidade, o constituinte escolheu continuar com a tradição constitucional brasileira de reservar ao Senado Federal a competência para suspender a eficácia das leis declaradas inconstitucionais,<sup>19</sup> no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Tal dispositivo constitucional, fundamental para o presente estudo, traz a seguinte exposição:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;<sup>20</sup>

No que concerne ao controle concentrado, observa-se que a Constituição de 1988, principalmente após a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, proporciona a este tipo de controle um destaque e amplitude jamais vistos. Nesse sentido, são estabelecidas cinco espécies de ações de via direta: a ação direta de inconstitucionalidade por ação, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a ação direta de inconstitucionalidade interventiva (que embora seja uma ação direta não é analisada em abstrato, e sim em concreto), a ação declaratória de constitucionalidade, e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.<sup>21</sup>

Embora não integre o objeto deste trabalho analisar, em minúcias, as ações do controle concentrado de constitucionalidade, importante ressaltar que tais ações ganharam um rol de legitimados ativos bastante amplo, especialmente, após a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, eliminando-se o monopólio do Procurador-Geral da República. A referida medida possibilitou um acesso mais democrático à Corte Constitucional, dando a este tipo de controle uma legitimidade e proeminência inéditas na experiência constitucional brasileira.<sup>22</sup>

Entretanto, apesar do atual formato do controle concentrado, defender-se-á a importância da preservação das duas modalidades de controle de constitucionalidade, eis que fora o modelo escolhido pelo Poder Constituinte. Some-se a isso o caráter explícito do tratamento diferenciado conferido a cada uma das espécies de controle, consoante acima

---

<sup>19</sup> TRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 7, p. 51, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>>. Acesso em: 26 ago. 2021

<sup>20</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2021.

<sup>21</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book Kindle, p. 64.

<sup>22</sup> MEDEIROS, Oriane Dantas de. O controle de constitucionalidade na constituição brasileira de 1988 : do modelo híbrido à tentativa de alteração para um sistema misto complexo. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 50, n. 200, p. 192, out./dez. 2013. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/502943>>. Acesso em: 15 de jul. 2021.

explicado, bem como o fato de esta hibridez ser relevante para a preservação dos direitos fundamentais e para o equilíbrio dos poderes e do sistema federativo.<sup>23</sup>

## 2.2 Dos Efeitos das Decisões Proferidas em Sede de Controle de Constitucionalidade

Outro fator de crucial importância diz respeito aos efeitos das decisões proferidas em sede de cada um dos controles de constitucionalidade.

Por extrapolar os objetivos deste trabalho, não se discorrerá sobre miudezas acerca dos efeitos produzidos na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nos atendo apenas aos efeitos produzidos pelas decisões ao declararem a (in)constitucionalidade de lei ou ato normativo. Além disso, serão priorizados os estudos atinentes ao controle concentrado realizado pelo Supremo Tribunal Federal, não sendo objeto direto a análise dos efeitos produzidos pelo controle realizado pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal.

Nesse contexto de análise da produção de efeitos das normas jurídicas, importante destacar a diferença entre os conceitos de validade, eficácia e vigência. Paulo de Barros Carvalho traz disposição nesse sentido, transcrita a seguir:

É intuitivo crer que a validade se confunde com a existência, de sorte que afirmar que uma norma existe implica reconhecer sua validade, em face de determinado sistema jurídico. Do que se pode inferir: ou a norma existe, está no sistema e é, portanto, válida, ou não existe como norma jurídica. Sempre que o juiz deixa de aplicar uma norma, por entendê-la inconstitucional, opinando por outra para ele mais adequada às diretrizes do ordenamento, nem por isso a regra preterida passa a inexistir, permanecendo válida e pronta para ser aplicada em outra oportunidade.<sup>24</sup>

Seguindo a linha doutrinária do supramencionado doutrinador — naquilo que for relativo aos planos da norma jurídica, sem adentrar em mais profundas irradiações — validade é a relação de pertinencialidade de uma norma jurídica com determinado sistema jurídico. Por sua vez, a eficácia, em seu aspecto jurídico-técnico, constitui-se em uma qualidade de determinados fatos, os quais, partindo da lógica da incidência do suporte fático da regra jurídica, produzem a relação jurídica consequente, irradiando ao ordenamento jurídico os efeitos jurídicos ali previstos, caso presentes as condições materiais adequadas.<sup>25</sup> Quanto à eficácia social, ou efetividade das normas jurídicas, diz respeito ao grau de aplicabilidade e acatamento

<sup>23</sup> STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 7, p. 46, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>>. Acesso em: 26 ago. 2021.

<sup>24</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*, 30. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019. E-pub, p. 125.

<sup>25</sup> *Idem, ibidem*, p. 126.

da sociedade afetada diante dos mandamentos previstos nestas normas.<sup>26</sup> Vigência, por sua vez, como propriedade de certas normas, é a possibilidade de que uma norma jurídica válida irradie sua eficácia em um determinado sistema jurídico.

Dessa forma, uma norma jurídica pode ser válida, mas não ser vigente, seja porque já perdeu essa aptidão, ou porque ainda não a adquiriu, como nos casos de *vacatio legis*. Além disso, uma norma pode ser válida, vigente, mas não ser eficaz juridicamente, pois há algum obstáculo de ordem material, como é o caso, por exemplo, da existência de uma Resolução do Senado Federal prevista no art. 52, X, da CRFB/88 que suspende a eficácia da norma jurídica declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade.<sup>27</sup>

Relativamente aos efeitos subjetivos das decisões do controle concentrado de constitucionalidade, a própria Constituição em seu artigo 102, § 2º, traz que tais decisões “produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante”,<sup>28</sup> quer dizer, nas oportunidades em que o STF declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo colocado a seu julgo, em sede das ações diretas acima referenciadas, estas produzirão coisa julgada material,<sup>29</sup> retirando-se imediatamente a aplicabilidade da norma, ou então declarando sua pertinência ao sistema jurídico vigente, e vinculando-se esses efeitos aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Quanto aos seus efeitos temporais, tais decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade, em âmbito federal, produzem, em regra, efeitos *ex tunc*, ou seja, o STF, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, declara também a sua invalidade e de todos os atos pretéritos realizados sob sua vigência, expurgando-se a norma inconstitucional do sistema, já que eivada de vício incontornável desde o seu nascedouro, seja este de ordem formal ou material. A natureza dessa decisão é declaratória, uma vez que se limita a declarar situação preexistente.<sup>30</sup> No controle de constitucionalidade brasileiro, prevalece a teoria de nulidade da lei inconstitucional.<sup>31</sup>

Entretanto, o STF, atuou por diversas oportunidades atenuando a rigidez da teoria da

---

<sup>26</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, 30. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019. E-pub, p. 126.

<sup>27</sup> *Idem, ibidem*, p. 125.

<sup>28</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2021.

<sup>29</sup> DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA. 2005, p. 54.

<sup>30</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book Kindle, p. 148.

<sup>31</sup> DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 216.



nulidade, já que os riscos às relações sociais regidas pelas normas declaradas inconstitucionais podem ser grandes, ocasionando danos irreversíveis.<sup>32</sup>

Nesse sentido, a Lei nº 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF, previu, em seu artigo 27, o instrumento da modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade, é o que segue:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.<sup>33</sup>

Tal artigo, como se observa, dotou a Corte Constitucional de aparato legal para, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, atribuir a suas decisões efeitos *ex nunc*, ou seja, apenas efeitos prospectivos, ou então estabelecer momento diverso para que a decisão produza seus efeitos e invalide a norma declarada inconstitucional, ou, ainda, restringir os efeitos da decisão, como na hipótese de afastar da incidência da decisão alguma categoria que pode vir a se prejudicar com a declaração em demasia.

Por sua vez, em sede de controle difuso de constitucionalidade, aquele que é arguido incidentalmente por qualquer parte no bojo de qualquer ação judicial, e tendo como base o exercício regular da função jurisdicional, as decisões que declaram a (in)constitucionalidade da norma produzirão, em regra, eficácia subjetiva *inter partes*, ou seja, apenas obrigarão as partes envolvidas no litígio, sem alcançar terceiros.<sup>34</sup> Ora, como questão prejudicial, e não principal, a declaração de inconstitucionalidade pode vir a ter contornos distintos a depender de cada situação analisada, razão pela qual inteligentemente o constituinte preservou esse modelo de constitucionalidade, que, ressalta-se, é o tradicional em nosso país.

Quanto a seus efeitos temporais, as decisões que declaram, incidentalmente, a inconstitucionalidade produzem, em regra, efeito *ex tunc*, afinal, como exposto, o Brasil adota a teoria da nulidade da lei inconstitucional, embora aqui, por ter o controle difuso natureza diversa do controle concentrado, esta declaração de nulidade não seja dotada de efeito

<sup>32</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book Kindle, p. 148.

<sup>33</sup> BRASIL, Lei nº 9.868, 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. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 11 nov. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em: 24. abr. 2021.

<sup>34</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book Kindle, p. 103.

vinculante e não retire a norma do sistema jurídico, já que restrita às partes envolvidas, apenas a afastando perante aquela situação específica.<sup>35</sup>

Quanto a esses efeitos temporais, o STF vem admitindo, excepcionalmente, a lógica do art. 27 da Lei nº 9.868/99 para suas decisões prolatadas em sede de controle difuso de constitucionalidade, dotando a decisão de efeitos *ex nunc* por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Como exemplo de paradigma temos o julgamento do Caso “Mira Estrela” RE 197.917-8/SP,<sup>36</sup> nesse julgamento o STF modulou a produção de efeitos temporais no controle concreto, excepcionalmente. O objeto desse recurso voltava-se à análise da quantidade de vereadores proporcional à população, à luz do art. 29, IV, da CRFB/88. O Supremo, em 25 de março de 2004, declarou a inconstitucionalidade do antigo critério para fixação da composição do número máximo de vereadores das Câmaras Municipais, mas conferiu eficácia *ex nunc* à esta referida decisão, incidindo, apenas, para a formação da próxima composição da Câmara Municipal.

Não obstante a mencionada excepcionalidade, para que a decisão prolatada em sede de controle difuso de constitucionalidade vincule terceiros, a Constituição estabeleceu originariamente a necessidade que, primeiro, o STF seja o prolator desta decisão e que ela tenha transitado em julgado; segundo, que o STF comunique a decisão ao Senado Federal; e terceiro, que o órgão político exerça sua competência constitucional prevista no art. 52, X, da CRFB/88, suspendendo-se a eficácia, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional.

No entanto, nota-se que o ordenamento jurídico brasileiro tem passado, cada vez mais, por uma objetivação dos efeitos das decisões do controle difuso de constitucionalidade, quer dizer, há no momento uma aproximação entre os efeitos produzidos por cada um dos modelos de controle de constitucionalidade no país, especialmente quanto aos efeitos de ordem subjetiva *erga omnes* e vinculantes<sup>37</sup>. Isso pode ser observado, como bem assinalado por Orione Dantas De Medeiros,<sup>38</sup> quando estabelecido como marco temporal a promulgação da Emenda

---

<sup>35</sup> MEDEIROS, Orione Dantas de. O controle de constitucionalidade na constituição brasileira de 1988: do modelo híbrido à tentativa de alteração para um sistema misto complexo. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 50, n. 200, p. 196, out./dez. 2013. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/502943>>. Acesso em: 15 de jul. 2021.

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 197.917-8/SP**. Ministério Público Estadual de São Paulo e Câmara Municipal de Mira Estrela e outros. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília. DJ, 07 mai. 2004. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/774152/recurso-extraordinario-re-197917-sp>>. Acesso em: 02 set. 2021.

<sup>37</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet; **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-pub, p. 1553.

<sup>38</sup> MEDEIROS, Orione Dantas de. O controle de constitucionalidade na constituição brasileira de 1988: do modelo híbrido à tentativa de alteração para um sistema misto complexo. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 50, n. 200, p. 197, out./dez. 2013. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/502943>>. Acesso em: 15 de jul. 2021.

Constitucional nº 45/2004 que criou a figura da Súmula Vinculante, instrumento de uniformização de jurisprudência do STF sobre matéria constitucional, e instituíram a figura da Repercussão Geral como novo requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário, a qual exige que o recorrente demonstre que a discussão posta transcende os interesses subjetivos da causa. Além desses últimos, a exceção ao princípio da reserva do plenário, que trata da desnecessidade de que o órgão fracionário do tribunal leve ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, também demonstra uma preocupação de ordem objetiva quanto ao controle difuso.

Os instrumentos acima indicados são formas de ampliação dos efeitos subjetivos dos entendimentos e das decisões do STF, fora do âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, e mesmo que alguns não sejam diretamente relacionados ao controle difuso, como o caso da Súmula Vinculante, andam lado a lado com a *ratio* da Resolução Senatorial prevista no art. 52, X, da CRFB/88.

Todavia, faz-se a ressalva de que incidirá por todo este trabalho: essa aproximação dos efeitos produzidos pelos dois modelos de controle de constitucionalidade aqui esmiuçados deve ser analisada com parcimônia, não significando que a simples constatação desse fenômeno implique na radical conclusão de que o Brasil adota a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, pois como visto acima, embora estes novos institutos surjam para atender situações excepcionais e específicas, as bases deste sistema misto de controle de constitucionalidade continuam presentes e apresentam razões para assim ser, pois estes modelos, além de constituírem escolhas do poder constituinte, apresentam características próprias e bem definidas.

### **2.3 Do Papel do Senado Federal no Controle Difuso de Constitucionalidade: o art. 52, X**

Como visto, em regra, para se estabelecer efeitos *erga omnes* às decisões do STF que declaram a inconstitucionalidade de norma jurídica em sede de controle difuso de constitucionalidade, é imperativa a intervenção do Senado Federal que, com base na competência outorgada pela Constituição em seu art. 52, X, expede uma Resolução suspendendo a eficácia da norma jurídica declarada inconstitucional pela Excelsa Corte.

Entretanto, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a Reclamação 4.335-5/AC,<sup>39</sup> que

---

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5/AC**. Defensoria Pública da União e Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília. DJe, 22 out. 2014,

teve como relator o Ministro Gilmar Mendes, julgada entre 2007 e 2014, trouxe à tona, através do voto do Ministro Relator, a discussão acerca de uma suposta mutação constitucional sofrida pelo artigo 52, X, da Constituição Federal, proporcionando enorme debate dentro da comunidade jurídica.

A tese esboçada pelo ministro Gilmar Mendes,<sup>40</sup> conhecida como abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, reside na ideia de que qualquer decisão daquele Tribunal pela inconstitucionalidade, ainda que em sede de controle difuso, como pela via de recurso extraordinário, teria sempre efeitos vinculantes e contra todos, cabendo ao Senado apenas dar publicidade geral, pois, segundo o ministro, o artigo 52, X, teria sofrido verdadeira mutação constitucional, aproximando, assim, os controles difuso e concentrado de constitucionalidade.

Nesse contexto, para iniciar uma reflexão acerca desta temática, importante delimitar qual é, exatamente, o papel que o Senado Federal possui no controle difuso de constitucionalidade.

Começemos, então, pelo início: o STF, em ação originária ou em Recurso Extraordinário, por exemplo, declara, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo contestado em face da Constituição. Tal declaração, só faz coisa julgada entre as partes, sendo assim, para que se dê eficácia geral ao ato, é necessário um controle político do Senado Federal, que diante de sua independência, e em respeito ao princípio da separação e harmonia entre os poderes (art. 2º, da CRFB/88), pode ou não expedir uma Resolução (ato normativo primário previsto no art. 59, VII da CRFB/88) nos termos do art. 52, X da Constituição.

Salienta-se que, conforme previsão do art. 178 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, a Corte, ao declarar incidentalmente a inconstitucionalidade, possui o dever de comunicar o Senado Federal, para que este, querendo, exerça sua competência acima indicada. É o que segue (o art. 42, VII, hoje corresponde ao art. 52, X, da CRFB/88):

Art. 178. Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII, da Constituição.<sup>41</sup>

---

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em 14 mar. 2021.

<sup>40</sup> SPOSATO, Karyna Batista; CAVALCANTI, Clara Angélica Gonçalves Dias; GÓIS, João Alberto de Oliveira. Limites para mutação constitucional? A viragem interpretativa do artigo 52, X, da Constituição Federal de 88. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 55, p. 151, nov. 2018. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12341>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno do STF. Atualizado até outubro de 2020. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 19 out. 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2021.

Portanto, inicialmente, podemos concluir que a atuação do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade possui a face de um controle político, inserido dentro do contexto do princípio constitucional da harmonia e separação entre os poderes, e com claros contornos democráticos, pois “permite a manifestação dos representantes do povo acerca do julgamento da inconstitucionalidade de lei”.<sup>42</sup>

Ademais, e aqui, modestamente, discordando de Luís Roberto Barroso,<sup>43</sup> não obstante a ampliação dos legitimados ativos para se ajuizar as ações do controle concentrado de constitucionalidade, e as alterações trazidas pela EC nº 45/2004, essas medidas não trouxeram, como consequência, qualquer aspecto anacrônico às resoluções senatoriais, já que conforme relatado acima, o aspecto misto de controle de constitucionalidade brasileiro existe pois se constitui em uma escolha do poder constituinte originário, que o desenhou diante da possibilidade de se repensarem as soluções jurisprudenciais do STF.<sup>44</sup>

Mas para além de ser uma atribuição do poder constituinte originário, deve-se analisar o lugar constitucional que a competência do Senado Federal estabelecida pelo art. 52, X, da Constituição possui. Essa casa legislativa, como um espaço de representação política da federação, foi provida da autoridade para suspender instrumentos normativos oriundos de outros entes federativos, dessa forma, sua atuação legítima democraticamente o controle difuso, pois reserva parte de suas feições a um controle reflexo dos entes e do povo, que elegem esses representantes.<sup>45</sup> É racional pensar nessa posição, não se tratando de mero proselitismo doutrinário, já que o controle difuso tem relação direta com uma situação concreta, um conflito advindo do seio social, por isso carece dessa participação política para ampliação de seus efeitos, e nada mais representativo que o Senado Federal, a casa legislativa do equilíbrio federativo.

Nesse sentido, quando se fala em princípio da harmonia e separação entre os poderes,

---

<sup>42</sup> JUNIOR, Nelson Nery. O Senado Federal e o controle concreto de constitucionalidade de leis e de atos Normativos Separação de poderes, Poder Legislativo e interpretação da CF 52 X. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 47, n. 187, p. 197, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198654>>. Acesso em: 01 set. 2021.

<sup>43</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book Kindle, p. 107.

<sup>44</sup> JUNIOR, Nelson Nery. O Senado Federal e o controle concreto de constitucionalidade de leis e de atos Normativos Separação de poderes, Poder Legislativo e interpretação da CF 52 X. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 47, n. 187, p. 197, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198654>>. Acesso em: 01 set. 2021.

<sup>45</sup> TRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 7, p. 54-55, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>>. Acesso em: 26 ago. 2021.

não se questiona o aspecto menos rígido que esse princípio adquiriu ao decorrer das décadas do século XX, principalmente em nome dos objetivos do neoconstitucionalismo, dentre eles a defesa dos direitos fundamentais, característica marcante da Constituição Federal de 1988, mas sim o insere num contexto de equilíbrio e ponderação, diante de uma expressa determinação constitucional. Prega-se em última instância a defesa dos direitos fundamentais.<sup>46</sup>

Noutras palavras, quando o Senado Federal exerce a sua competência prevista no art. 52, X, da CRFB/88, não apenas atribui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante à decisão que declarou determinado ato normativo inconstitucional, mas age em defesa dos direitos fundamentais, atuando em consonância aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, LIV e LV, da CRFB/88). A ampliação de tais efeitos atingem diretamente litígios individuais que não possuem necessariamente relação direta com a causa, afinal, estamos diante do controle difuso de constitucionalidade, em que a análise da constitucionalidade se dá incidentalmente, a partir de um caso concreto, dotado de suas particularidades.<sup>47</sup>

Para além, e aqui sem entrar, ainda, no mérito de uma suposta mutação constitucional, é preciso entender que as palavras possuem significados determináveis, sobretudo quando dispostas no vórtice normativo e interpretativo de maior relevância e hierarquia dentro de um ordenamento jurídico. Assim, quando o art. 52, X, da Constituição da República estabelece competir ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” devemos partir da análise de cada um desses significados e os efeitos que deles decorrem.

Suspender a execução significa dizer que a norma jurídica perdeu sua eficácia jurídica. A norma não perde sua validade, pois em nosso sistema jurídico apenas o órgão que promulgou a norma pode retirá-la do sistema jurídico. Além disso, conforme lição de Paulo De Barros Carvalho,<sup>48</sup> o Senado, ao expedir a Resolução, sequer declara a perda de vigência da norma declarada inconstitucional, pois ainda é dotada da possibilidade de irradiar seus efeitos no ordenamento jurídico, mas se encontra sem incidência, ou seja, sem eficácia, não podendo ser aplicada.

---

<sup>46</sup> TRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 7, p. 51, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>>. Acesso em: 26 ago. 2021.

<sup>47</sup> *Idem, ibidem*, p. 50.

<sup>48</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, 30. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019. E-pub, p. 125.

Portanto, observa-se uma diferença enorme entre os efeitos *erga omnes* e vinculantes advindos das decisões produzidas por meio dos dois tipos de controle: enquanto a decisão do STF em sede do procedimento abstrato retira a norma inconstitucional do ordenamento jurídico, ou seja, declarada sua invalidade, no controle difuso a declaração de inconstitucionalidade para ser garantida de tais efeitos necessita da mediação de um órgão político, o Senado Federal, que ao produzir o ato normativo não retirará a norma inconstitucional do sistema, mas apenas afastará sua incidência.

Seguindo essa lógica, quanto aos efeitos temporais, é fácil visualizar que o Senado, ao suspender a eficácia da norma jurídica declarada inconstitucional, apenas assim o faz tendo em vista consequências futuras, ou seja, produzindo efeitos *ex nunc*,<sup>49</sup> já que a determinação de efeitos *ex tunc* está diretamente ligada à ideia de expulsão da norma do sistema, que seria inválida em razão de ser eivada de vício incontornável desde seu nascedouro. No controle difuso de constitucionalidade a declaração de inconstitucionalidade da norma só produz efeitos *ex tunc* para as partes.

Entretanto, parte da doutrina, que tem como mais proeminente defensor o ministro Gilmar Mendes,<sup>50</sup> entende que esses efeitos temporais seriam *ex tunc*. Os argumentos principais para essa visão circunscrevem a teoria da abstrativização do controle difuso, já que em respeito à teoria da nulidade, a declaração de inconstitucionalidade realizada pelo STF em sede de controle difuso teria capacidade *per se* de retirar a norma do sistema jurídico, limitando a atuação senatorial ao ato de dar publicidade para essas decisões.

Quanto à expressão “no todo ou em parte”, está-se diante da análise da extensão da suspensão da execução da norma declarada inconstitucional na via difusa. Nesse tópico, precisamos lembrar que o Senado pode ou não exercer essa competência, por se tratar de um órgão de controle político dotado de poder legiferante, não estando vinculado aos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal. Essa visão é pacífica tanto perante o Senado, quanto o próprio Supremo.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> TRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 7, p. 51, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>>. Acesso em: 26 ago. 2021

<sup>50</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, vol. 45, n. 179, p. 260, jul./set. 2008. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176518>>. Acesso em: 16. mar. 2021.

<sup>51</sup> TRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 7, p. 55, fev. 2013. ISSN

Em mesmo contexto, Paulo Brossard,<sup>52</sup> homem público que navegou por ambas as águas, tanto do Senado Federal, quanto do STF, ressaltou a importância de que o Senado dê preferência em exercer a competência de suspensão da execução das normas declaradas inconstitucionais pelo STF nas oportunidades em que houver uma maior base jurisprudencial quanto àquele assunto, devendo a referida casa parlamentar, portanto, agir por seu prudente critério, evitando pronunciar-se de maneira precipitada e automática quanto ao posicionamento do Supremo. Afinal, a análise de cada caso pode suscitar diferentes interpretações quanto à aplicação daquela mesma norma, sendo de maior presteza esperar a pacificação decorrente de um amplo debate para exercer a competência política, ressalvadas as devidas exceções que por ventura venham a exigir um imediatismo.

Por sua vez, conforme constata Dirley Da Cunha Junior,<sup>53</sup> inobstante haver algumas tímidas controvérsias doutrinárias, a interpretação acerca da expressão “no todo ou em parte” é de que caberia ao Supremo Tribunal Federal, como órgão jurisdicional competente, delimitar qual extensão do ato normativo declarado inconstitucional seria passível de ser suspenso pelo Senado Federal. Dito em outras palavras, o Senado estaria vinculado ao posicionamento do Supremo quanto a declaração de inconstitucionalidade daquele ato, sendo ela parcial ou total, mas teria a liberalidade de decidir se suspenderia ou não seus efeitos. Afinal, uma coisa é a declaração de inconstitucionalidade, outra os efeitos decorrentes dela.

Ademais, questiona-se a possibilidade de o Senado Federal revogar a resolução decorrente da competência ora estudada. Nesse ponto, o entendimento do STF é de que não é possível sua revogação, posto que a decisão da resolução seria definitiva, tendo o Senado esgotado sua competência no momento da expedição do ato normativo.<sup>54</sup>

Além disso, tendo em vista a Constituição ter trazido a expressão “lei” no contexto da competência senatorial, questiona-se também se essa suspensão se daria apenas em relação as declarações de inconstitucionalidade relacionadas às leis propriamente ditas, ou teria ela uma interpretação mais extensiva. Bem, a interpretação mais coerente é a da estipulação extensiva desse termo, em razão de estarmos aqui no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, o

---

2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>>. Acesso em: 26 ago. 2021

<sup>52</sup> BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. **Revista de informação legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 13, n. 50, p. 62-63, abr./jun. 1976. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181304>>. Acesso em 6 out. 2021.

<sup>53</sup> DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 154.

<sup>54</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 16.512/DF**. Engenharia Souza e Barker Ltda e outros. Rel. Min. Oswaldo Trigueiro. Brasília. DJU, 01 jan. 1970. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14569369/mandado-de-seguranca-ms-16512-df>>. Acesso em 24 nov. 2021.



qual possui um amplo leque de objetos passíveis de questionamento. Sendo assim, o Senado pode atuar para suspender a “lei”, ou seja, todo ato normativo, seja ele estadual, federal, ou municipal, desde que declarados expressamente inconstitucionais pelo Supremo.<sup>55</sup>

Esse é, em suma, o papel protagonizado pelo Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade.

Portanto, diante dessa complexidade, cientes tanto da dupla face do controle de constitucionalidade brasileiro, quanto do caráter histórico do controle difuso de constitucionalidade na República brasileira, e esboçadas as primeiras pinceladas acerca da problemática da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, passemos, agora, à análise dos posicionamentos favoráveis e contrários à referida teoria, conferindo-se enfoque à sua pedra de toque: a alegada mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal.

=

---

<sup>55</sup> DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 153.

### 3 O FENÔMENO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO CONTEXTO DA OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

#### 3.1 A Reclamação 4.335-5/AC e o Voto do Relator Ministro Gilmar Mendes

Como vimos, o controle de constitucionalidade brasileiro tem uma feição *sui generis*, complexa, e relativamente flexível, pois permite que através de alguns instrumentos se modifiquem os efeitos das decisões que declaram a inconstitucionalidade de leis ou ato normativos. Nesse sentido, no controle difuso de constitucionalidade, um desses instrumentos é o advindo do artigo 52, X, da Constituição, que tem sido objeto de questionamentos jurisprudenciais e doutrinários acerca de sua relevância e natureza dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Por conseguinte, um das discussões se deu sob a égide da Reclamação 4.335-5/AC, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que a causa de pedir circunscrevia a participação do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade, já que o Supremo analisava uma ação proposta pela Defensoria Pública do Estado do Acre em face de decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, que indeferiu o pedido de progressão de regime de uma série de apenados, sob o argumento de que a decisão do STF em sede de HC nº 82.959/SP — em que o Supremo declarou em controle difuso a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990 (“Lei dos Crimes Hediondos”) que vedava a progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos — não teria efeitos *erga omnes* e vinculantes, posto que não teria passado pela chancela da atuação Senatorial prevista no art. 52, X, da CRFB/88.<sup>56</sup>

Nesse sentido, em que pese a Reclamação tenha sido julgada no dia 20 de março de 2014, sendo rechaçada a tese de mutação constitucional, importante resgatarmos brevemente as argumentações expostas pelos ministros, em especial o voto do Ministro Gilmar Mendes, já que configuram a base da ainda forte teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, que pelo que tudo indica continuará a perseguir a história do direito constitucional brasileiro.

O relator começa seu voto trazendo a contextualização acerca da participação do Senado no controle difuso. Ele destaca que a suspensão da execução de leis ou atos normativos por ato

---

<sup>56</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5/AC**. Defensoria Pública da União e Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília. DJe, 22 out. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em 14 mar. 2021.

político do referido órgão legislativo foi inserida pelo constituinte para emprestar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas de inconstitucionalidade em sede de controle difuso, mas ao mesmo tempo questiona a atualidade de tal posicionamento, tendo em vista, principalmente, a ampla legitimação conferida atualmente ao controle abstrato, e a superação a uma visão ultrapassada do princípio da separação dos poderes. Nesse sentido, assim se posiciona o Exmo. Ministro em trecho marcante de seu voto:

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes - hoje inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes? A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica.<sup>57</sup>

Ademais, o relator traz o argumento de que a participação do Senado Federal no controle difuso já estaria restrita aos casos de declaração de inconstitucionalidade, não tendo o órgão a capacidade de atuar, por exemplo, nas oportunidades em que o tribunal utiliza as diversas técnicas de interpretação do texto constitucional. Sustenta, também, que o princípio da reserva de plenário, previsto no art. 97 da CRFB/88, traz a possibilidade atual de que a declaração incidental de inconstitucionalidade se dê por parte de órgão fracionário, e não só do plenário, nos casos de já haver pronunciamento do STF quanto à questão, o que, segundo o relator, seria um indício de extensão dos efeitos *erga omnes* em sede de controle difuso.

Para além, defende que a suspensão da execução da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional constituiria em uma negação da teoria da nulidade da lei inconstitucional, pois com o formato atual a “não-aplicação geral da lei depende exclusivamente da vontade de um órgão eminentemente político”.<sup>58</sup>

Isso tudo junto à possibilidade cada vez mais aceita pelo Tribunal de se modularem os efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade, conforme visto anteriormente, constituiriam fortes indícios de uma pretensa ausência de compatibilidade entre o direito constitucional brasileiro moderno, e o referido instituto de suspensão de efeitos previsto no art. 52, X, da CRFB/88.

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5/AC**. Defensoria Pública da União e Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília. DJe, 22 out. 2014, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em 14 mar. 2021, p. 27.

<sup>58</sup> *Idem, ibidem*, p. 53.

Diante desses argumentos, o Ministro Gilmar Mendes defende uma reformulação do papel do Senado Federal no controle difuso, por entender que, da forma como se o interpreta atualmente, este possui um aspecto inútil. Para ele, a atual feição do nosso ordenamento jurídico, pelas razões acima indicadas, traria uma restrição da amplitude do controle difuso, indicando que a ênfase passou a residir não mais no sistema difuso, mas no de perfil concentrado, de forma que o STF, como guardião da Constituição (art. 102, caput, da CRFB/88), não deveria restringir os efeitos de suas decisões em sede de controle de constitucionalidade.<sup>59</sup>

Nesse contexto, o Exmo. Ministro defende que a interpretação mais acertada acerca da natureza do ato de suspensão a ser realizado pelo Senado deveria ser o de, exclusivamente, atribuir publicidade às decisões do STF. Consequentemente, nessa interpretação, as decisões proferidas pelo plenário do STF em controle difuso já seriam dotadas de efeitos *erga omnes* e vinculantes, caracterizando uma aproximação entre os dois critérios de controles de constitucionalidade.

Além do mais, defende o Ministro relator que o art. 52, X, “tal como foi interpretado e praticado, entre nós, configura antes a negação do que a afirmação da teoria da nulidade da lei inconstitucional.”<sup>60</sup>

Por tudo isso acima elencado, conclui o Ministro pela existência de uma mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88. Eis trecho importante do voto que demonstra explicitamente esse posicionamento:

É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto.<sup>61</sup>

Tendo em vista essa mutação, o Ministro Relator defendeu que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia *erga omnes* que deve ser atribuída à decisão do STF no HC nº 82.959/SP.

Continuando a análise do julgado, o Ministro Eros Roberto Grau compartilhou do posicionamento do Ministro Gilmar Mendes, dando ênfase ao estudo do fenômeno da mutação

---

<sup>59</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5/AC**. Defensoria Pública da União e Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília. DJe, 22 out. 2014, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em 14 mar. 2021, p. 27.

<sup>60</sup> *Idem, ibidem*, p. 40.

<sup>61</sup> *Idem, ibidem*, p. 53.

constitucional. Nessa seara, o Ministro fez apontamento quanto à tese esboçada pelo ministro Gilmar Mendes refletindo se “a esta altura importa indagarmos se não terá ele excedido a moldura do texto, de sorte a exercer a criatividade própria à interpretação para além do que ao intérprete incumbe.”,<sup>62</sup> sobre a questão, responde o Ministro que não, pois, segundo ele, “na mutação constitucional não apenas a norma é nova, mas o próprio texto normativo é substituído por outro.”<sup>63</sup>

Entretanto, os referidos ministros foram vencidos quanto a argumentação referente à mutação constitucional, tendo em vista que a Reclamação foi julgada procedente sob o argumento da posterior edição da Súmula Vinculante nº 26 — que versa sobre o assunto — e não com base na teoria da mutação constitucional do art. 52, X.

Não obstante, no âmbito de estudo da mutação constitucional — que é o que efetivamente importa para nosso estudo — põe-se em evidência também os votos dos Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Roberto Barroso e Teori Zavascki, os quais, em suma, não negam essa tendência de expansão de efeitos das decisões proferidas pelo STF, mesmo em casos concretos,<sup>64</sup> mas vão de encontro à tese de mutação constitucional do art. 52, X, apontando como principais argumentos à literalidade do texto, ou seja, seus limites semânticos, e o princípio da separação dos poderes, vide que a mutação, como proposta, supriria competência do poder legislativo.<sup>65</sup>

Desses votos, vale um destaque especial ao do então ministro Teori Zavascki, que entendendo pela não mutação do art. 52, X, trouxe argumentação bastante lúcida em que contextualiza a posição constitucional do referido instituto do ordenamento jurídico brasileiro, para além do papel cada vez mais presente que os precedentes judiciais apresentam, destacando que o art. 52, X, é apenas um dentre as múltiplas possibilidades de ampliação da eficácia subjetiva dos entendimentos da Corte, que as dota de racionalidade e efetividade, como o próprio sistema concentrado de constitucionalidade, e, posteriormente — com a Emenda Constitucional nº 45/2004 — a criação das Súmulas Vinculantes, e a instituição da Repercussão Geral como novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário.<sup>66</sup>

---

<sup>62</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5/AC**. Defensoria Pública da União e Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília. DJe, 22 out. 2014, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em 14 mar. 2021, p. 67.

<sup>63</sup> *Idem, ibidem*, p. 74.

<sup>64</sup> *Idem, ibidem*, p. 162.

<sup>65</sup> *Idem, ibidem*, p. 120.

<sup>66</sup> *Idem, ibidem*, p. 160.

Por fim, como dito, a Reclamação foi julgada no dia 20 de março de 2014, e apesar dos posicionamentos relacionados à mutação constitucional do art. 52, X, apresentados pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Roberto Grau, não tenham saído vencedores, isto não inibiu o surgimento da faísca que se alastra até hoje entre os meandros constitucionais brasileiros.

### **3.2 Das ADI 3.406/RJ e 3.470/RJ: A Volta da Tese de Mutação Constitucional do art. 52, X**

A partir do julgamento conjunto de duas ações diretas de inconstitucionalidade, a ADI 3.406/RJ e a ADI 3.470/RJ,<sup>67</sup> em novembro de 2017, ambas da relatoria da Ministra Rosa Weber, o STF trouxe à tona novamente questão atinente à teoria da abstrativização do controle difuso.

Essas ações foram propostas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria em face da Lei nº 3.579/2001, do Rio de Janeiro, que versa sobre a substituição progressiva da produção e comercialização de todos os produtos que contenham amianto, ou seja, vedaria sua utilização. A autora da ação pede a inconstitucionalidade formal da Lei nº 3.579/2001 por usurpação da competência da união, que por sua vez editou uma norma geral sobre o assunto consistente na Lei federal nº 9.055/1995, a qual permite uma das variações do mineral.

Ocorre que a ação foi julgada improcedente, tendo em vista que o STF entendeu que, na verdade, a própria Lei federal nº 9.055/1995, na forma de seu art. 2º, era inconstitucional, pois permitia a extração de uma variedade de amianto (crisólita, ou asbesto branco) indo de encontro aos mais modernos estudos acerca de tal variedade, que comprovam que ela possui alto poder cancerígeno, não sendo mais possível afirmar que seu uso é seguro, de tal forma que o art. 2º da Lei federal nº 9.055/1995 não mais se compatibilizaria com a Constituição Federal, afrontando os direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente equilibrado (arts. 6º, 7º, XXII, 196, e 225 da CRFB/88).

Dito isso, o que mais nos importa nesse momento é a constatação de que o art. 2º da Lei federal nº 9.055/1995 não era um dos objetos das ações, mas foi declarado inconstitucional de forma incidental, com efeitos *erga omnes* e vinculante e sem a necessidade de atuação do Senado. O caso, então, é de uma declaração incidental de inconstitucionalidade com efeitos

---

<sup>67</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.470/RJ**. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília. DJe, 01 fev. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388378&ext=.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

diretamente *erga omnes* e vinculantes, no bojo de uma ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, do controle concentrado de constitucionalidade.

Vale ressaltar que o STF já havia decidido idêntica questão (quanto à matéria) quando da análise da ADI 3.937/SP<sup>68</sup> que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal em 24.08.2017. Nessa ocasião, o STF também se pronunciou sobre os efeitos da declaração serem *erga omnes* e vinculantes, em que pese a questão da mutação do art. 52, X, não tenha sido sequer ventilada naquele julgamento.

Portanto, a grande questão surgida é que a argumentação explicitada pelos ministros, durante o julgamento da ADI 3.406/RJ e da ADI 3.470/RJ, foi marcada por intenso debate acerca do ressurgimento da tese da abstrativização do controle difuso. Também se vê que, posteriormente, foi criado o Informativo 886 do STF, que sintetiza os julgados em questão nos seguintes termos:

A partir da manifestação do ministro Gilmar Mendes, o Colegiado entendeu ser necessário, a fim de evitar anomias e fragmentação da unidade, equalizar a decisão que se toma tanto em sede de controle abstrato quanto em sede de controle incidental. O ministro Gilmar Mendes observou que o art. 535 do Código de Processo Civil reforça esse entendimento. Asseverou se estar fazendo uma releitura do disposto no art. 52, X, da CF, no sentido de que a Corte comunica ao Senado a decisão de declaração de inconstitucionalidade, para que ele faça a publicação, intensifique a publicidade.<sup>69</sup>

De fato, o Ministro Gilmar Mendes mais uma vez encabeçou no âmbito da Corte Suprema tal teoria, inferindo 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”.<sup>70</sup>

O Ministro, além de reforçar seu posicionamento de que o Senado apenas possui função de atribuir publicidade às decisões do STF, também traz afirmação intrigante quanto ao papel deste órgão do legislativo no controle difuso de constitucionalidade, qual seja:

[...] Não esperamos que o Senado suspenda. 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.<sup>71</sup>

<sup>68</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **ADI 3.937/SP**. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília. DJe, 01 fev. 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028439>>. Acesso em 24 nov. 2021.

<sup>69</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 886**. Brasília. DOU 30 nov. 2017. Disponível em <<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>>. Acesso em 24 nov. 2021.

<sup>70</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.470/RJ**. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília. DJe, 01 fev. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388378&ext=.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2021, p. 66.

<sup>71</sup> *Idem, ibidem*, p. 67.

A Ministra Carmem Lúcia, por sua vez, afirmou que o STF caminha para uma inovação da jurisprudência, no sentido de não ser mais declarada inconstitucional cada norma específica, mas a própria matéria que nele se contém.<sup>72</sup> Durante o julgado, o ministro Luiz Fux também afirmou, expressamente, não haver diferença entre os controles incidental e principal.<sup>73</sup> Em consonância, o ministro Edson Fachin afirma que a declaração de inconstitucionalidade, ainda que incidental, opera uma preclusão consumativa da matéria, e isso evitaria que se caia numa dimensão semicircular progressiva e sem-fim.<sup>74</sup>

Por sua vez, vale a observação de que em que pese da leitura do Informativo STF nº 886 se infira que o ministro Celso de Mello teria aderido à tese de autêntica mutação do art. 52, X, este cancelou todos os comentários que fez a respeito do tema, antes da publicação dos acórdãos relativos a esse julgamento conjunto, como se pode observar da leitura dos Acórdãos das ADI's 3.470/RJ e 3.406/RJ, de tal forma que não se pode afirmar que o referido Ministro defenda a tese em questão.

Em contrapartida, o ministro Marco Aurélio se posicionou em defesa de uma participação mais ativa do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade, afirmando que “o fenômeno previsto no inciso X do art. 52 da CRFB/88 — regra que atende a independência e harmonia entre os poderes — é constitutivo e não simplesmente declaratório, visto que diz respeito à suspensão da execução da lei no território nacional.”<sup>75</sup>

O Ministro Alexandre de Moraes não aderiu a tese de mutação do art. 52, X, da CRFB/88, ressaltando que tal assunto sequer fora colocado como questão de ordem do dia, e que não seria aquele propriamente o espaço para essa discussão, tendo em vista tratar-se de ação do controle concentrado. Salientou, ainda, o fato de ser histórico o entendimento de que há diferenças entre os efeitos produzidos por cada modalidade de controle de constitucionalidade, e de que no controle difuso “ao Supremo cabe declarar para o caso concreto e ao Senado cabe, se entender necessário, suspender, dando efeitos gerais.”<sup>76</sup>

---

<sup>72</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Informativo 886**, 01 dez. 2017. Disponível em < <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm> >. Acesso em 24 nov. 2021.

<sup>73</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.470/RJ**. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília. DJe, 01 fev. 2019. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388378&ext=.pdf> >. Acesso em: 22 mar. 2021, p. 67.

<sup>74</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Informativo 886**, 01 dez. 2017. Disponível em < <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm> >. Acesso em 24 nov. 2021.

<sup>75</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>76</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.470/RJ**. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília. DJe, 01 fev. 2019. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388378&ext=.pdf> >. Acesso em: 22 mar. 2021, p. 118.



Para além, é perceptível, por todo o julgado, a preocupação dos Ministros com a quantidade de ações de mesmo objeto que chegam ao STF,<sup>77</sup> tendo a Ministra Carmém Lúcia afirmado que “[...] estou acolhendo no sentido do que foi proposto, pois, a cada vez mais, o mundo pede mais eficiência”.<sup>78</sup> Nesse contexto, segue trecho do julgado:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: [...] O que estou projetando, então, é a necessidade de encaminharmos uma solução, sob pena de, na verdade, investirmos num impasse [...] E não temos outra alternativa. Do contrário, teríamos que, em alguns casos, ter aqui 5.600... A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Quase 6 mil ações para discutir a mesmo conteúdo.<sup>79</sup>

Feitas essas observações, passemos à análise da tese da mutação constitucional do art. 52, X, nos preocupando em entender tal instituto, e quais seriam os impactos de sua adoção, não só para o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, mas para todo o ordenamento jurídico pátrio. Em sequência, tendo o conhecimento acerca do fenômeno, realizaremos análise sistemática e crítica dos argumentos trazidos pelo STF no tocante a suposta abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, tanto no que se refere aos julgados das ADI’s 3.470/RJ e 3.406/RJ, quanto da Reclamação 4.335-5/AC.

### 3.3 Da Mutação Constitucional

#### 3.3.1 Do dinamismo constitucional e da reforma informal da constituição

Entendida a posição do Senado Federal no controle de constitucionalidade brasileiro, e contextualizada sua discussão em âmbito jurisprudencial, volta-se o estudo a refletir sobre a possível incongruência da pretensa tese de mutação constitucional do art. 52, X.

De pronto, é importante esclarecer que não se pretende esgotar a tão vasta dogmática acerca do instituto da mutação constitucional, mas sim definir bem suas balizas, de forma a estimular o leitor a refletir acerca da compatibilidade deste instituto com a tese esboçada pelos ministros, conforme acima relatado. Sendo assim, mister se faz entender o que seria a mutação constitucional, e qual o papel que ela apresenta dentro da ordem constitucional de um estado, e para entendermos melhor acerca deste conceito, precisamos compreender alguns outros relacionados ao direito constitucional.

<sup>77</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.470/RJ**. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília. DJe, 01 fev. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388378&ext=.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2021, p. 67

<sup>78</sup> *Idem, ibidem*, p. 167.

<sup>79</sup> *Idem, ibidem*, p. 67

Dessa forma, percebe-se que, conforme bem salientado por Uadi Lammêgo Bulos,<sup>80</sup> a rigidez constitucional é diretamente relacionada a sua mutabilidade. Dessa forma, uma Constituição mais rígida, significa, em regra, que ela é mais difícil de ser alterada, ou seja, que os processos formais de alteração daquela carta originária são mais dificultosos, tendo em vista uma pretensa estabilidade constitucional, resguardando “[...] os direitos e garantias fundamentais, mantendo estruturas e competências para proteção das instituições”.<sup>81</sup>

Entretanto, a própria rigidez marcante de constituições de tradições jurídicas romano-germânicas possui, ao lado do elemento da estabilidade, o elemento da dinamicidade. Afinal, em que pese a estabilidade constitucional seja importante para preservar as bases fundacionais de um estado, a dinamicidade oferece uma oportunidade de renovação igualmente necessária para essa preservação, tendo em vista que uma rigidez excessiva causa instabilidade, por não acompanhar suficientemente bem as transformações sociais, políticas e econômicas.

A Constituição, portanto, seria um organismo vivo, em íntimo câmbio dialético com as forças da sociedade, sendo dever dos diversos poderes constituídos preverem essas inevitáveis mudanças, instituindo, para tanto, ferramentas que tragam a elasticidade necessária à adequação da Carta Magna aos novos fatores reais de poder.<sup>82</sup>

É nesse aspecto dinâmico da Constituição que inferimos a correlação entre a mutabilidade e a rigidez. A mutabilidade surge na dinamicidade constitucional, ora em seu aspecto formal, ou seja, a partir de alterações realizadas por meio de processos específicos de reforma ou revisão, como por emenda constitucional, ora por meio de processos informais ou difusos, como é o caso da mutação constitucional.

Sendo assim, conforme se depreende do ensino de Bulos, quanto mais rígidos se apresentam esses processos de reforma, mais fortemente incidirão os processos difusos de modificação constitucional, tal como pela interpretação dos juízes e tribunais.<sup>83</sup>

Para explicar esses processos difusos, a doutrina ensina que devemos buscar justificção em um outro tipo de poder (para além do poder constituinte originário e reformador), o poder constituinte difuso, que é um poder implícito, derivado do poder constituinte originário, exercido em caráter permanente, por meio de mecanismos informais, ou seja, sem possuir

---

<sup>80</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de informação legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 33, n. 129, p. 34, jan./mar. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176380>>. Acesso em: 26 out. 2021.

<sup>81</sup> *Idem, ibidem*, p. 35.

<sup>82</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 3-6.

<sup>83</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de informação legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 33, n. 129, p. 34, jan./mar. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176380>>. Acesso em: 26 out. 2021.

formalidades ou procedimentos expressamente previstos na Constituição, mas por ela justificados, alterando a Constituição sem alterar seu texto ou seu espírito.<sup>84</sup>

Nesse sentido, assinala Uadi Lammêgo Bulos que “[...] enquanto o poder originário é a potência, que faz a Constituição, e o poder derivado, a competência, que a reformula, o poder difuso é a força invisível que a altera, mas sem mudar-lhe uma vírgula sequer”.<sup>85</sup>

Quanto à titularidade do poder constituinte difuso, esta é de difícil enquadramento, devido à natureza multifacetada do fenômeno, mas o entendimento é que esta permanece com o povo, mas “acaba sendo exercida por via representativa pelos órgãos do poder constituído”.<sup>86</sup>

Ainda nesse contexto de alteração constitucional, quanto à Constituição brasileira, Anna Cândida Da Cunha Ferraz traz à tona a classificação presente na doutrina de Karl Lowenstein, que diferencia as constituições em constituições ideais e compromissórias, sendo estas últimas as mais adequadas ao modelo adotado pelo constituinte de 1988, senão vejamos:

Importa, também, considerar a distinção traçada por Loewenstein, entre Constituição ideal - ordem normativa conformadora do processo político, segundo a qual todos os desenvolvimentos futuros da comunidade, tanto de ordem política, como social, econômica e cultural, pudessem ser previstos de tal maneira que não fosse necessária a mudança das normas conformadoras - e a Constituição compromissória – isto é, a que tem caráter de compromisso, pois que, sendo um organismo vivo, sempre em movimento como a vida mesma, está submetida à dinâmica da realidade, que jamais pode ser captada através de fórmulas fixas. [...] A primeira, a Constituição ideal dispensa e até mesmo anula a ideia da mutação constitucional, a segunda é pressuposto necessário dessa ideia.<sup>87</sup>

Nesse sentido, no Brasil, os processos formais de alteração constitucional se concentram no art. 60 da Carta Magna, consubstanciando uma constituição considerada rígida, tendo em vista que seu texto só pode ser alterado por meio das emendas constitucionais, que representam um procedimento legislativo mais solene e dificultoso do que o existente para as demais normas jurídicas. E nesse diapasão, a rigidez constitucional está associada à hierarquia das leis, a supremacia formal da Constituição e ao controle de constitucionalidade. Para mais, dentro da questão da alteração formal da constituição, devemos nos ater especialmente à questão das cláusulas pétreas, presentes no parágrafo 4º, do art. 60, da Constituição da República:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa

<sup>84</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book, p. 145.

<sup>85</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 434.

<sup>86</sup> *Idem, ibidem*, p. 145

<sup>87</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Formais e Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. 2. ed. Osasco: Edifeo, 2015. E-book, p. 21.

de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.<sup>88</sup>

Tais cláusulas trazem balizas de ordem material bastante importantes para a própria observação daquilo que pode ser chamado de “espírito da constituição”, questão importante quanto adentrarmos mais a frente nas limitações às mutações, já que este limite, acima de tudo, deve advir da própria Constituição, como nos adverte Anna Cândida da Cunha Ferraz.<sup>89</sup>

E esse processo instituído pelo poder constituinte originário ao poder constituinte reformador tem a razão de, formalmente, oxigenar a constituição, dando-a tração necessária para que se adeque aos novos caminhos republicanos. Entretanto, há momentos em que tais alterações não são suficientemente substanciais ao ponto de entrarem no radar dos atores políticos clássicos de poder que ensejariam o processo de alteração formal da constituição, ou ainda, devido ao dificultoso processo formal dessa alteração, ela não seria capaz de acompanhar o ritmo das alterações políticas, sociais e econômicas enfrentadas pela sociedade,<sup>90</sup> é nesse vácuo, portanto, que o constitucionalismo moderno posiciona a mutação constitucional, que nada mais é do que um técnica, ou fenômeno — tendo em vista que sua gênese é espontânea — de alteração informal da constituição realizada por meio do poder constituinte difuso, incapaz de alterar a constituição em seu texto, mas potente o bastante para modificar a substância, o significado, o alcance e o sentido de seus dispositivos.<sup>91</sup>

Importante destacarmos, ainda, que essas alterações informais da constituição não são desorganizadas e sim inorganizadas, pois “nascem da necessidade de adaptação dos preceitos constitucionais aos fatos concretos, de um modo implícito, espontâneo, quase imperceptível, sem seguir formalidades legais.”<sup>92</sup>

Desta forma, a tese do ministro Gilmar Mendes referente à mutação constitucional do art. 52, X, para ser creditada como “autêntica” necessita sobreviver a esta lógica fenomenológica, que é espontânea e imprevisível (porém observável) em relação a modificação do sentido do texto, caso contrário, estaremos diante de uma mutação inconstitucional.<sup>93</sup>

<sup>88</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2021.

<sup>89</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Formais e Informais de Mudança da Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. 2. ed. Osasco: Edifeo, 2015. E-book, p. 58.

<sup>90</sup> *Idem, ibidem*, p. 71.

<sup>91</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de informação legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 33, n. 129, p. 27, jan./mar. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176380>>. Acesso em: 26 out. 2021.

<sup>92</sup> *Idem, ibidem*, p. 28.

<sup>93</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 232.

Todavia, com uma simples leitura do acima transcrito, podemos perceber que a própria ideia de funcionamento da mutação constitucional, embora inteligível no contexto do arranjo constitucional exposto, apresenta uma certa dificuldade em se legitimar, não apenas pela razão principal de sua feição informal, mas também devido ao seu caráter difuso.

Nesse contexto, fundamental é a fonte da doutrina jurídica, que, estudando a mutação constitucional, conseguiu observar as modalidades em destaque, que se apresentam de forma a trazer a legitimação necessária ao fenômeno jurídico em questão, pois estabelecem uma roupagem mais concreta, advinda da observação da própria mutação diante da organicidade constitucional.

### 3.3.2 Dos mecanismos de atuação da mutação constitucional

Antes de prosseguirmos, ressalta-se, por necessário, que diante da vastidão do conteúdo ora esboçado, e dos objetivos deste trabalho, não é nossa ambição estudar, minuciosamente, todas as espécies de mutação constitucional, mas sim compreender a verdadeira essência do fenômeno, sempre tendo em vista a análise de subsunção à tese de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988.

Dito isso, conforme anteriormente afirmado, analisar as modalidades da mutação constitucional, significa, em última medida, a legitimar positivamente, em um plano material e formal. Nesse diapasão, Uadi Lammêgo Bulos nos alerta sobre a falta de consenso acerca dos critérios e das modalidades utilizados pelos autores com o objetivo de estudar o fenômeno,<sup>94</sup> mas, ao mesmo tempo, o supramencionado doutrinador nos aponta que a mutação constitucional se exterioriza por meio de algumas modalidades, são elas: a interpretação em suas diversas modalidades e métodos; a construção constitucional; e os usos e costumes constitucionais.<sup>95</sup>

Quanto à interpretação constitucional como fator gerador da mutação constitucional, ela é “a via mais comum de atualização das normas constitucionais, sintonizando-as com as demandas de seu tempo”.<sup>96</sup> De pronto, importante ressaltar que embora se destaque enquanto tarefa do Poder Judiciário, a mutação constitucional não lhe é exclusiva, sendo também exercida pelos demais poderes e órgãos aplicadores do direito. Para além, a mutação constitucional pela

<sup>94</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de informação legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 33, n. 129, p. 30, jan./mar. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176380>>. Acesso em 26 out. 2021.

<sup>95</sup> *Idem, ibidem*, p. 34.

<sup>96</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book, p. 147.

via interpretativa não visa alterar o conteúdo expressamente disposto na norma constitucional, nem atingir de qualquer forma a letra dessa norma, almeja, na verdade, incidir naquilo que se refere o significado, sentido ou alcance desses dispositivos constitucionais.<sup>97</sup>

A doutrinadora Anna Cândida da Cunha Ferraz lança em sua obra paradigmática sobre o assunto análise esmiuçada acerca da interpretação constitucional dividindo-a em modalidades, tais como: a interpretação constitucional legislativa, interpretação constitucional judicial, interpretação constitucional administrativa, interpretação constitucional popular e interpretação constitucional doutrinária. Nesse sentido, ela ainda traz algumas situações em que seria perceptível a mutação constitucional por via interpretativa, facilitando nosso entendimento sobre o assunto. Eis clássica passagem de sua obra:

A mutação constitucional por via interpretativa é claramente perceptível numa das situações seguintes: a) quando há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentado-se-lhe, assim, a abrangência para que passe a alcançar novas realidades; b) quando se imprime sentido determinado e concreto ao texto constitucional; e) quando se modifica interpretação anterior e se lhe imprime novo sentido, atendendo à evolução da realidade constitucional; d) quando há adaptação do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição; e) quando há adaptação do texto constitucional para atender exigências do momento da aplicação constitucional; f) quando se preenche, por via interpretativa, lacunas do texto constitucional.<sup>98</sup>

Nessa seara, Uadi Lammêgo Bulos infere que os diversos métodos de interpretação constitucional atuam naqueles casos limites que “buscam adequar dispositivos do Texto Maior à realidade social cambiante, não extrapolando os parâmetros do controle de constitucionalidade das leis”.<sup>99</sup>

Assim, a interpretação constitucional, através de suas diversas modalidades, acarreta em mutação quando por meio da atuação hermenêutica de um intérprete — em especial juízes — se alcança nova norma, sem alterar o texto do dispositivo constitucional objeto da análise. Entretanto, diante das inúmeras técnicas de interpretação, é marca que tal atividade, além de ter de seguir os limites a ela imposta pela própria Constituição, inclusive os limites semânticos do próprio texto, deve também seguir o espírito do próprio fenômeno, ou seja, vir acompanhada do caráter dialético, e fático, que a dá racionalidade. Se não for assim, se transformará em carta branca para reformulações indevidas de normas constitucionais, que como sabemos, são mais estáveis que as normas hierarquicamente inferiores, dado seu caráter essencial à formatação, e operacionalização do próprio estado.

---

<sup>97</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Formais e Informais de Mudança da Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. 2. ed. Osasco: Edifeo, 2015. E-book, p. 58.

<sup>98</sup> *Idem, ibidem*, p. 70.

<sup>99</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 118.

Já a construção constitucional, conforme apresentada por Bulos, seria uma interpretação constitucional *lato sensu*, quer dizer, o autor coloca a interpretação constitucional *strictu sensu* como um exame isolado da lei, através das mais simples atividades hermenêuticas, como a gramatical e lógica, enquanto a construção constitucional iria além, buscando entender sistematicamente a norma jurídica, confrontando-a com os demais dispositivos constitucionais, e elementos extrínsecos, como a própria realidade social, princípios e valores, ajustando-a, assim, à sociedade em evolução.<sup>100</sup>

Como se observa, o conceito de construção constitucional é bem íntimo com o de mutação constitucional, sendo útil quando se partir para a análise do fenômeno. Entretanto, como assinala Anna Cândida da Cunha Ferraz, talvez não seja de melhor intento separá-la das interpretações constitucionais, já que o próprio ato de interpretar é um ato construtivo da própria norma, em especial no contexto de análise de uma possível mutação constitucional, sendo assim, acolhemos nesse trabalho, por razões metodológicas, a visão de que a construção constitucional seria uma espécie de interpretação constitucional.<sup>101</sup>

Feitas essas considerações, exemplo emblemático de mutação constitucional pela via da interpretação é aquela relacionada ao art. 226, § 3º, da CRFB/88, que reconheceu juridicamente a união estável entre pessoas do mesmo sexo atribuindo-as os mesmos direitos e garantias da união estável entre homem e mulher. Desta feita, resumidamente, malgrado a interpretação gramatical venha a sugerir a essa relação o caráter heteronormativo, os ministros do STF entenderam, a partir de uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição, que esta não poderia mais ser a norma jurídica extraída do texto constitucional, já que as relações homoafetivas são comuns à realidade cotidiana, tendo ocorrido uma verdadeira evolução dos valores que permeiam a sociedade brasileira que perfeitamente se adequam aos princípios e demais normas presentes na Constituição.

Pelo exemplo acima, percebe-se que, em que pese não devermos fugir dos contornos semânticos presentes na “letra” do texto, também não parece adequado nos restringirmos a uma interpretação literal do texto, visto que “na interpretação constitucional, as palavras, mesmo gramaticalmente, devem ser interpretadas dentro do contexto, do todo.”<sup>102</sup>

Para mais, passa-se a analisar a hipótese em que a mutação constitucional se exterioriza por meio dos costumes constitucionais, que, embora sejam mais frequentes em ordenamentos

<sup>100</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 142-143.

<sup>101</sup> FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. **Processos Formais e Informais de Mudança da Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. 2. ed. Osasco: Edifeo, 2015. E-book, p. 47-48.

<sup>102</sup> *Idem, ibidem*, p. 38.

jurídicos em que as constituições são não escritas, também tem seu espaço entre os ordenamentos com constituições escritas e rígidas, em razão da mutabilidade destas últimas, sendo formados em regra a partir de atuação do poder legislativo e do poder executivo, tendo o poder judiciário, atuação excepcional.<sup>103</sup>

Por conseguinte, os costumes constitucionais, expressões do poder difuso, constituem-se em atos ou comportamentos, reiterados ou não, praticados pelos órgãos constitucionais com competência para aplicar as normas constitucionais, os quais, diante da obscuridade do texto, ou de lacunas na Constituição, atuam de forma informal para solucioná-los, originando práticas constitucionais, sem que, contudo, tais atos sejam dotados da mesma eficácia das normas constitucionais escritas.<sup>104</sup>

Sendo assim, percebe-se que os costumes constitucionais são atuantes no fenômeno da mutação constitucional enquanto elementos de integração das normas, preenchendo lacunas, e interpretando ou complementando disposições normativas.<sup>105</sup>

Para exemplificar a atuação dos costumes constitucionais na seara da mutação constitucional, a doutrina classifica os costumes em três modalidades: “*secundum legem* ou interpretativo, *praeter legem* ou integrativo e *contra legem* ou derogatório”.<sup>106</sup>

O costume constitucional *secundum legem* é o mais comum dos desencadeadores da mutação constitucional, já que ele “fixa, amplia e restringe o sentido da Constituição”.<sup>107</sup> A prática constitucional interpretativa como veículo de mutação constitucional objetiva aclarar alguma cláusula expressa da constituição, mudando-a o sentido, valendo-se para tanto do artifício da interpretação,<sup>108</sup> são importantes no contexto da flexibilidade constitucional devido ao seu alto grau de informalidade, capaz de atender mais rapidamente as modificações do seio social.

Já o costume constitucional *praeter legem*, além de preencher lacunas no texto constitucional, age para “complementar disposições, corrigir omissões ou substituir o silêncio do legislador constituinte, mediante usos e práticas consentidas ou não infirmadas pelas disposições constitucionais”.<sup>109</sup>

<sup>103</sup> FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. **Processos Formais e Informais de Mudança da Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. 2. ed. Osasco: Edifeo, 2015. E-book, p. 205.

<sup>104</sup> *Idem, ibidem*, p. 185.

<sup>105</sup> *Idem, ibidem*, p. 181.

<sup>106</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book, p. 153.

<sup>107</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Formais e Informais de Mudança da Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. 2. ed. Osasco: Edifeo, 2015. E-book, p. 201.

<sup>108</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 189.

<sup>109</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Formais e Informais de Mudança da Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. 2. ed. Osasco: Edifeo, 2015. E-book, p. 192.



Ademais, questão interessante se reserva ao costume constitucional *contra legem*, que se manifesta através de uma prática oposta ao que está disposto normativamente, ou então atuando de forma a reduzir “[...] ao desuso a norma constitucional, produzindo uma modificação tácita da Constituição ou paralisando, pela inércia legislativa, executiva ou mesmo jurisdicional [...]”.<sup>110</sup> Em que pese controvertida questão, entendemos que tal modalidade de costume constitucional não pode ser aceita normativamente, principalmente se considerarmos seu potencial em gerar mutações inconstitucionais. Em um sistema normativo positivo, a supremacia e rigidez da constituição deve preponderar frente as alterações políticas, sociais e econômicas enfrentadas pela sociedade que lhe contrariem o espírito constitucional.<sup>111</sup>

À vista disso, não há costume constitucional, mutação constitucional, ou qualquer outra expressão do poder constituinte difuso, que não deva andar em consonância aos preceitos mais basilares da Carta Maior. Exemplo no Brasil de mutação constitucional pela via dos costumes constitucionais pode ser verificada nos poderes atribuídos às Comissões Parlamentares de Inquérito, os quais, por vezes, não estão previstas expressamente na constituição ou na Lei nº 1.579, de 1952.<sup>112</sup>

### 3.3.3 Das limitações à mutação constitucional: o perigo da mutação inconstitucional

Nesse contexto, uma das questões mais fundamentais para refletirmos acerca do cabimento ou não da tese de mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88 é o das limitações enfrentadas por tal fenômeno.

Como pôde ser observado durante o decorrer deste capítulo, já realizamos algumas pinceladas acerca do assunto, sendo certo que a análise de tais limites é de difícil posição, posto que a tensão entre o fio que liga a estabilidade constitucional e sua maleabilidade é bastante frágil, razão pela qual Bulos afirma ser impossível determinar quais seriam os limites para tal fenômeno, eis trecho de seu posicionamento:

Em verdade, não é possível determinar os limites da mutação constitucional, porque o fenômeno é, em essência, o resultado de uma atuação de forças elementares, dificilmente explicáveis, que variam conforme acontecimentos derivados do fato social cambiante, com exigências e situações sempre novas, em constante transformação.<sup>113</sup>

<sup>110</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Formais e Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. 2. ed. Osasco: Edifeo, 2015. E-book, p. 194.

<sup>111</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 192.

<sup>112</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book, p. 154.

<sup>113</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de informação legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 33, n. 129, p. 30, jan./mar. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176380>>. Acesso em: 26 out. 2021.

Data vênia o respeito que temos pelo grande jurista, tal afirmação não pode preponderar, visto que negar a existência de limites à mutação constitucional, significaria, em última medida, negar a força normativa da Constituição.<sup>114</sup>

Quer dizer, o caráter difuso do fenômeno, ou seja, sua volatilidade e abstração, certamente tornam impossível a determinação exata de quais são as limitações para a mutação constitucional. Entretanto, a supremacia constitucional impõe o estabelecimento de balizas, afinal, a mutação constitucional, como ferramenta informal de alteração da Constituição, em que pese se lastreie em forças extrínsecas derivadas da realidade social cambiante, a ela se dirige, e a ela deve respeito, tal qual qualquer outro fenômeno jurídico.

É importante, ao menos, refletirmos e criarmos possibilidades sobre o assunto. Eventual ausência destas, em contrapartida a ampla gama hermenêutica possuída pelos intérpretes da Constituição, em especial o poder judiciário — mais frequente partícipe do estabelecimento da mutação constitucional — pode romper limites jurisdicionais, desvirtuando a própria essência da Constituição, e do fenômeno estudado, de tal maneira que, em último medida, este agente revelador do fenômeno atue como um constituinte originário ilegítimo, que desvirtua a soberania popular, e não como um reformador informal difuso.<sup>115</sup>

Sobre esse assunto, leciona Lênio Streck:

O direito [...] não pode ser entendido como espaço de livre atribuição de sentido; essa questão assume especial relevância quando se trata do texto constitucional. Ou seja, em determinadas situações, mutação constitucional pode significar, equivocadamente, a substituição do poder constituinte pelo Poder Judiciário.<sup>116</sup>

Nesse sentido, depreendemos, a partir dos estudos aqui já realizados e da doutrina acerca do assunto, principalmente calcado nos ensinamentos de Luís Roberto Barroso,<sup>117</sup> alguns possíveis limites, que, se quebrados, acarretam nas chamadas mutações inconstitucional, são estes: o espírito da constituição, os possíveis sentidos do texto e a própria essência da mutação constitucional.

<sup>114</sup> AMORIM, Pedro Rocha. Mutação Constitucional: Conceito, Espécies e Limites. **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 30, n. 1, p. 248, jan./jun. 2014. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/7f4a4ed029d6b7c1b6ed9e5c5268e1ab.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

<sup>115</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book, p. 146.

<sup>116</sup> STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 7, p. 59, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>>. Acesso em: 26 ago. 2021

<sup>117</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book, p. 146.

Primeiramente, deve-se entender que a mutação inconstitucional ao romper os limites da estabilidade constitucional, não deve ser aceita em nosso ordenamento jurídico pátrio, “haja vista que, além de violarem a letra da Lei das Leis, desbordam o próprio controle de constitucionalidade”.<sup>118</sup> São inconstitucionais justamente por extrapolarem os limites semânticos da Constituição, razão pela qual devem fracassar se postas a prova em sede de controle de constitucionalidade.

Por conseguinte, essencial se faz uma análise da adaptação da mutação proposta frente a essência — ou espírito — da Constituição. Sem correr o risco de cair em contornos extremamente abstratos, e tendo em vista que a conceituação de tal baliza é tarefa bastante árdua,<sup>119</sup> dentro do contexto do que foi estabelecido nesse trabalho, podemos perceber tal espírito como o desenvolvimento lógico dos preceitos constitucionais, afinal, a Constituição, como organismo vivo, possui lógica própria, devendo ser preservado os princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição.<sup>120</sup>

Por este sentido, o espírito da Constituição não seria, propriamente, os princípios fundamentais, mas sim estes últimos seriam parte do espírito da Constituição, que se estabeleceria em um sistema formado por essa relação semântica entre os princípios e os fatores intrínsecos e extrínsecos que dão forma e influenciam a Constituição. Em última medida, preservar o espírito constitucional é preservar a própria existência da Constituição.

Além disso, o espírito da Constituição deve atuar de formar a preservar a identidade constitucional, que objetiva “conservar a essência de sua identidade original, o núcleo de decisões políticas e de valores fundamentais que justificaram sua criação”.<sup>121</sup> Mas, em que pese esse caráter de preservação da identidade, é fato também que o espírito da constituição não inibe que alterações existam, sobre esse ponto assinala Anna Cândida Da Cunha Ferraz:

[...] para que o espírito da Constituição seja limite para o intérprete é importante que ele deflúa claramente do texto constitucional. [...] Cabe observar, todavia, como medida de cautela, que não se pode, a pretexto de respeitar o espírito da Constituição, imobilizar-lhe o significado, o alcance, torná-la estática, inadequada ao presente ou impermeável a inovações futuras.<sup>122</sup>

<sup>118</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de informação legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 33, n. 129, p. 34, jan./mar. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176380>>. Acesso em: 26 out. 2021.

<sup>119</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Formais e Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. 2. ed. Osasco: Edifeo, 2015. E-book, p. 58.

<sup>120</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book, p. 146.

<sup>121</sup> *Idem, ibidem*, p. 171.

<sup>122</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Formais e Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. 2. ed. Osasco: Edifeo, 2015, E-book. p. 58.

Com o propósito de tornar a explicação mais palpável, podemos elencar as cláusulas pétreas do parágrafo 4º do art. 60 da CRFB/88, como parte do núcleo essencial de preservação do espírito da Constituição, tendo em vista que estas são balizas para as alterações formais da Constituição, sendo certo inferir que também assim se inserem no contexto das alterações informais, menos rigorosas em seus processos.

Continuando o estudo, outra limitação às mutações constitucionais apresentada pela doutrina se refere aos limites semânticos do próprio texto da Carta Magna. Nesse contexto, sabe-se que a mutação constitucional é um fenômeno de alteração informal da Constituição, que altera a substância e alcance do dispositivo constitucional, sem alterar seu texto, por essa razão, por inexistir alterações no texto constitucional, este deve ser levado em consideração quando da adaptação da norma às novidades fáticas insurgentes.

Parece constatação óbvia, mas ela é por muitas vezes ignorada pelo intérprete da ocasião. Veja, por exemplo, a tese de mutação do art. 52, X, da CRFB/88 e consequente abstrativização do controle difuso trazida pelo ministro Gilmar Mendes. Nos dedicamos em uma parte específica do trabalho a apenas posicionar esse artigo dentro da moldura constitucional, explicando os possíveis sentidos e implicações trazidos por cada expressão textual que ele apresenta, entretanto, em que pese essas limitações semânticas, o Ministro Relator entende que as situações surgidas posteriormente deram uma nova faceta — de fato — textual ao artigo em questão. Dito de outra maneira, o Ministro extrapola os limites semânticos do texto pois o modifica em sua própria letra, mesmo que não expressamente, já que não há passagem do art. 52, X, da CRFB/88 que possibilite o entendimento de que o Senado Federal possa atribuir publicidade às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Ora, a mutação constitucional acontece em um âmbito de modificação informal no sentido, significado e alcance do dispositivo constitucional, e não no texto, sendo assim, em que pese controversos descompassos práticos e sociais da norma, essa essência da própria natureza do fenômeno da mutação constitucional deve ser observada.<sup>123</sup> Afinal, uma coisa é interpretar os novos fatos sociais adaptando o sentido de uma disposição normativa, outra totalmente diferente é inferir novo formato a um texto a partir de modificações sociais questionáveis que lhe estabelecem novas prerrogativas e usurpam a de terceiros.

Não se trata de um positivismo primitivo, partidário do método hermenêutico da literalidade, ou de uma interpretação gramatical anacrônica, mas, sim, de um resguardo ao

---

<sup>123</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 234.

espírito constitucional, de respeito as “balizas democraticamente instituídas do que venha a ser o direito em nossa comunidade”.<sup>124</sup> A respeito do assunto, importante passagem do professor Lênio Luiz Streck:

O direito dentro de um ambiente democrático possui limites que precisam ser respeitados. Mesmo quando nossos sentimentos pessoais tendem a pensar numa direção (escolha), a apreciação judicial deve guiar-se pelos caminhos juridicamente possíveis dentro de uma história institucional e das lindes semânticas dos textos jurídicos (decisão).<sup>125</sup>

Quanto ao último limite observado, qual seja, a própria essência da mutação constitucional, já esboçamos suas principais linhas logo acima, quando verificamos que toda suposta mutação que ocorrer sem respeitar esse caráter de modificação informal no sentido, significado e alcance do dispositivo constitucional deve ser rechaçada.

Além disso, a mutação constitucional, afora ser fenômeno jurídico, possui essencialmente um caráter empírico, devendo ser espontâneo seu surgimento a partir das alterações políticas, sociais e econômicas enfrentadas pela sociedade.<sup>126</sup> Nesse âmbito, Anna Cândida Da Cunha Ferraz destaca a inércia e o desuso como duas formas frequentes de mutações inconstitucionais que são por vezes de difícil enquadramento como ofensivas ao espírito constitucional.<sup>127</sup>

A inércia constitucional, como viés da mutação inconstitucional, segundo a doutrinadora, seria uma alteração na realidade constitucional em decorrência de uma inatividade consciente na aplicação da Constituição por parte dos possuidores de poder para tanto, quer dizer, a disposição constitucional deixa de ser plenamente aplicada em razão da ausência de atuação destes, em um prazo coerente para tanto, perceptível caso a caso.<sup>128</sup>

Por sua vez, o desuso constitucional, como viés da mutação inconstitucional, seria advindo de alterações na realidade constitucional causadas pela existência de práticas de “inobservância (a) consciente, (b) uniforme, (c) consentida, (d) pública e (e) reiterada, por longo

<sup>124</sup> STRECK, Lenio Luiz. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. **Ajuris**, Rio Grande do Sul, v. 41, n. 135., p. 185, 2014. Disponível em: <<http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/333/268#:~:text=Assim%2C%20quando%20falamos%20de%20limites,a%20n%C3%B3s%20apenas%20uma%20reprodu%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 21/11/2021.

<sup>125</sup> *Idem, ibidem*, p. 186.

<sup>126</sup> SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. “Mutações à brasileira”: uma análise empírica do art. 52, x, da constituição. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 599, jul-dez. 2014. ISSN 2317-6172. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322014000200597&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322014000200597&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 15. Mar. 2021.

<sup>127</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Formais e Informais de Mudança da Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. 2. ed. Osasco: Edifeo, 2015. E-book, p. 213.

<sup>128</sup> *Idem, ibidem*, p. 218.

tempo de uma disposição constitucional.”<sup>129</sup> O desuso, embora fruto de alterações calcadas no real, tem ânimo de paralisar totalmente o uso da norma constitucional, mas não acarreta em autêntica mutação constitucional, tendo em vista que transforma a letra da lei em lei morta, usurpando a obrigatoriedade inalienável característica da lei maior, é por isso inconstitucional, devendo ser retirada por meio de reformas constitucionais.<sup>130</sup>

Isto posto, tais pontos abarcados neste último subcapítulo serão fundamentais para o prosseguir deste trabalho em que estudaremos mais a fundo as razões para os votos dos ministros do STF nas referidas ações constitucionais acima elencadas, entendendo melhor as consequências de uma eventual adoção da tese de abstrativização do controle difuso, e se esta última se legitima dentre a ordem constitucional pátria.

---

<sup>129</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Formais e Informais de Mudança da Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. 2. ed. Osasco: Edifeo, 2015. E-book, p. 234.

<sup>130</sup> *Idem, ibidem*, p. 237.

## 4 DA TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO NO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO

### 4.1 Conceito e Circunstâncias Apontadas Como Causadoras da Abstração do Controle Difuso

Já tendo introduzido o objeto deste capítulo durante a execução dos capítulos anteriores, não nos será tarefa bastante extensa a sua definição dentro do contexto que ele apresenta no ordenamento jurídico brasileiro, nos parece mais importante, entretanto, a identificação das causas para a sua possível ocorrência no ordenamento jurídico brasileiro.

Feita essa observação inicial, passemos a conceituar o tema deste capítulo, o que seria, então, a Teoria da Abstrativização — ou objetivação — do Controle Difuso de Constitucionalidade? Bem, primeiramente deve-se ter em mente que a pretensa mutação do art. 52, X, da CRFB/88 acarretaria, em última medida, a adoção de tal tese. Quer dizer, de acordo com proposto pelo Ministro Gilmar Mendes, as alterações ocorridas no cenário constitucional brasileiro tornariam obsoleta a participação do Senado Federal no controle de constitucionalidade. Ou seja, em decorrência da aproximação entre os dois sistemas teria o art. 52, X, da CRFB/88 sofrido uma mutação constitucional, de forma que as decisões do STF em controle difuso bastariam em si para produzir efeitos *erga omnes* e vinculantes.

Dito isso, pode-se perceber a Teoria da Objetivação do Controle Difuso como uma tese adotada por parte da doutrina que afirma existir no Brasil um movimento de aproximação dos procedimentos e dos efeitos produzidos pelas duas formas de controle de constitucionalidade ora vigentes, o que ocasionaria, em última medida, a uma convergência entre os dois modelos,<sup>131</sup> “de forma que, verificada a (in)constitucionalidade de lei ou ato normativo, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, por exemplo, os efeitos de tal julgamento seriam *erga omnes* e vinculantes”.<sup>132</sup>

Questão sempre atinente à essa argumentação parece se relacionar à fatores processuais previstos em normas infraconstitucionais, como as presentes no Código de Processo Civil de 2015, o que deve ser analisado com parcimônia, tendo em vista que a discussão primordial

<sup>131</sup> SIQUEIRA, Oniye Nashara; BARUFI, Renato Britto; NETO, Zaiden Geraige. A objetivação do controle difuso e os fundamentos da inaplicabilidade da mutação do art. 52, x da constituição federal. **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**, n. 8, p. 1525, 12 dez. 2020. ISSN 2358-1557. Disponível em: <<https://revistas.unaerp.br/cbpc/article/view/2151/1679>> Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>132</sup> SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. “Mutações à brasileira”: uma análise empírica do art. 52, x, da constituição. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 606, jul-dez. 2014. ISSN 2317-6172. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322014000200597&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322014000200597&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 15. Mar. 2021.

deve-se dar à luz da Constituição, afinal, como norma de maior hierarquia em nosso ordenamento, ela que deve influir suas normas e princípios, e não o contrário, sob o risco de ferir balizas salutares da nossa democracia e do estado democrático de direito.<sup>133</sup>

Feitas essas considerações, é aferível, por parte não só dá argumentação presentes nos julgamentos do STF em sede da Reclamação 4.335-5/AC e das ADI's 3.470/RJ e 3.406/RJ, mas também de argumentações da doutrina,<sup>134</sup> algumas circunstâncias apontadas como causadoras de uma abstração do controle difuso. Dentre tantas, as mais recorrentes são: a) que o desenho constitucional brasileiro de 1988, principalmente após a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, deu proeminência ao controle concentrado de constitucionalidade, que hoje é muito mais amplo, sendo possível até suspender liminarmente, com eficácia geral, os dispositivos normativos<sup>135</sup>; b) que o Senado não tem cumprido com seu papel constitucional previsto no art. 52, X, da CRFB/88<sup>136</sup>; c) que a Resolução Senatorial está na Constituição por razões históricas e que na prática estaria obsoleta, já que hoje o Supremo pode até modular os efeitos de suas decisões em sede de controle difuso de constitucionalidade<sup>137</sup>; d) que o CPC/15 teria trazido disposições que consolidaram a ideia de uma sistemática de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, aproximando os efeitos de ambos os controles de constitucionalidade<sup>138</sup>; e) que a quantidade de ações que chegam ao STF tratando da mesma matéria impõe a ampliação dos efeitos das decisões em sede de controle difuso.<sup>139</sup>

Condensados os argumentos, a seguir, serão filtradas as razões invocadas nas respectivas ações constitucionais estudadas. Esse esforço sofrerá a influência dos preceitos anteriormente estudados e da busca por resposta ao seguinte questionamento: É possível afirmar

<sup>133</sup> TRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 7, p. 60-61, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>>. Acesso em: 26 ago. 2021.

<sup>134</sup> SIQUEIRA, Oniye Nashara; BARUFI, Renato Britto; NETO, Zaiden Geraige. A objetivação do controle difuso e os fundamentos da inaplicabilidade da mutação do art. 52, x da constituição federal. **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**, n. 8, p. 1525, 12 dez. 2020. ISSN 2358-1557. Disponível em: <<https://revistas.unaerp.br/cbpc/article/view/2151/1679>>. Acesso em: 21 jun. 2021

<sup>135</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5/AC**. Defensoria Pública da União e Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília. DJe, 22 out. 2014, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em 14 mar. 2021, p. 33.

<sup>136</sup> *Idem, ibidem*, p. 140.

<sup>137</sup> *Idem, ibidem*, p. 52.

<sup>138</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.470/RJ**. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília. DJe, 01 fev. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388378&ext=.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2021, p. 68

<sup>139</sup> *Idem, ibidem*, p. 67.



que, no Brasil, houve a mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88 e que se está diante de uma objetivação do controle difuso?

## **4.2 Análise Crítica dos Principais Argumentos Utilizados pelos Ministros na Reclamação 4.335-5/AC e nas ADI 3.406/RJ E 3.470/RJ**

### 4.2.1 Reclamação 4.335-5/AC e a mutação inconstitucional

Como já dito, a Reclamação 4.335-5/AC fora objeto de análise do STF e de diversos estudos específicos, não tendo a tese de mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88 proposta pelo Ministro Gilmar Mendes, naquela oportunidade, logrado êxito em sua aprovação, entretanto, devido ao fato de suas implicações refletirem até os dias atuais, vide julgamento das ADI 3.406/RJ E 3.470/RJ, a análise de seus argumentos constitui um todo unitário no estudo de fenômeno objeto deste trabalho, obrigando-nos a investigar a propriedade dessas afirmações.

De princípio, observa-se que o voto do Ministro Gilmar Mendes, relator do processo, se preocupa mais em analisar a participação do Senado Federal no contexto do controle de constitucionalidade pátrio do que propriamente se debruçar acerca do fenômeno da mutação constitucional. Tal observação é importante, pois a base da teoria do Exmo. Ministro é a mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88, instituto esse que não foi introduzido com maior profundidade pelo Ministro em seu voto.

Ressaltamos aqui, por obrigação de respeito, que não se trata de não acreditarmos que o Exmo. Ministro tenha conhecimento sobre o instituto da mutação constitucional, pelo contrário, o artigo publicado pelo Ilustríssimo Ministro<sup>140</sup> demonstra que este possui amplo conhecimento sobre o tema. Mas, na verdade, trata-se da análise da pertinencialidade do instituto para as circunstâncias causadores apontadas por este, afinal, como um dos objetos da tese, tal instituto deveria estar em destaque e não como uma consequência inevitável. Nesse sentido, destaca-se a lição do jurista Nelson Nery Junior:

[...] a mutação constitucional é processo de interpretação natural da CF, de modo que não pode ser construída de maneira forçada. Há de ser processo de mudança de paradigma constitucional (*Legitimation durch Verfahren*) e não o fundamento que se pretende utilizar para modificar a Constituição.<sup>141</sup>

<sup>140</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, vol. 45, n. 179, p. 257-276, jul./set. 2008. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176518>>. Acesso em: 16. mar. 2021.

<sup>141</sup> JUNIOR, Nelson Nery. O Senado Federal e o controle concreto de constitucionalidade de leis e de atos Normativos Separação de poderes, Poder Legislativo e interpretação da CF 52 X. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 47, n. 187, p. 199, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198654>>. Acesso em: 01 set. 2021

Por essa razão, quando o Ministro afirma estarmos diante de uma autêntica mutação constitucional em razão de uma completa reformulação do sistema jurídico,<sup>142</sup> devemos entender, primeiro, o que seria então essa autêntica mutação por ele apontada.

E, nesse sentido, conforme visto no capítulo anterior, uma autêntica mutação constitucional seria aquela alteração informal de um dispositivo da Constituição, nascida de forma espontânea e imprevisível da necessidade de adaptação desse preceito constitucional aos novos fatos, sem alterar seu texto, mas criando nova norma, a qual deve se coadunar ao espírito da Constituição e aos limites semânticos do próprio texto.<sup>143</sup>

Por esta razão, quando se argumenta que houve uma completa reformulação do sistema jurídico, deve-se procurar saber se ela de fato existiu, e se o artigo 52, X, da CRFB/88 acompanhou ou não tais alterações, de forma que a realidade social tenha se modificado ao ponto de alterar o sentido da norma presente no dispositivo constitucional em questão.

Nesse diapasão, as alterações afirmadas pelo ministro Gilmar Mendes se referem, principalmente, ao fato de que o desenho constitucional brasileiro de 1988, principalmente após a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, deu proeminência ao controle concentrado de constitucionalidade, que hoje é muito mais amplo. E isso, em parte, é verdade, pois é inegável que a Constituição de 1988 deu maior amplitude ao controle concentrado de constitucionalidade, dotando-o de mais legitimados ativos e de maior quantidade de ações válidas à ensejar a jurisdição constitucional, entretanto, observa-se, também, que tal afirmação não significa que o controle difuso de constitucionalidade tenha se tornado um mero detalhe, uma mera nota de rodapé dentro do arranjo constitucional, em que seu procedimento e efeitos de suas decisões seriam igualladas automaticamente as do controle concentrado.

Quer dizer, a tendência de objetivação existe, é indiscutível, e em que pese haja controvérsia quando a sua eficácia,<sup>144</sup> a aprovação por parte do poder legislativo de Emenda Constitucional com previsão do instituto da Súmula Vinculante e do instituto da Repercussão

---

<sup>142</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5/AC**. Defensoria Pública da União e Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília. DJe, 22 out. 2014, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em 14 mar. 2021, p. 53.

<sup>143</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de informação legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 33, n. 129, p. 27, jan./mar. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176380>>. Acesso em: 26 out. 2021.

<sup>144</sup> COSTA, Alexandre Araújo; CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de; FARIAS, Felipe Justino de. Controle de constitucionalidade no Brasil: eficácia das políticas de concentração e seletividade. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 159, abr. 2016. ISSN 2317-6172. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322016000100155&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322016000100155&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 16 mar. 2021.

Geral para admissão dos Recursos Extraordinários, por exemplo, é prova de tal tendência, já que esses instrumentos conferem ao STF o poder de atribuir efeitos *erga omnes* aos seus entendimentos, fora do âmbito do controle concentrado. Entretanto, como apontado pelo ministro Ricardo Lewandowski, em sede do seu voto na Reclamação em estudo,<sup>145</sup> dessa conclusão se extrai também outra diversa, afinal, tais institutos passaram pela aprovação legislativa complexa própria de uma Emenda Constitucional, ou seja, advinda do poder constituinte reformador, ao contrário da mutação constitucional em questão, que, se confirmada, seria fruto de um fenômeno complexo e de difícil legitimação democrática.

Nesse contexto, consoante abordado nos capítulos anteriores, os dois modelos de controle de constitucionalidade foram adotados pelo poder constituinte originário com efeitos bem definidos, e ao decorrer dos anos foram sendo aperfeiçoados, diante das necessidades normais de qualquer ordenamento jurídico em um estado democrático de direito. A segurança jurídica, por exemplo, impôs a necessidade de se modularem os efeitos das decisões também em sede de controle difuso de constitucionalidade, como no caso Mira Estrela<sup>146</sup>, em que, em sede de Recurso Extraordinário, o STF atribuiu à sua decisão efeitos *pro futuro*, diante dos graves inconvenientes que a eficácia *ex tunc* provocaria no caso.

E essa modulação de efeitos não significa, por outro lado, a transformação total de um sistema de constitucionalidade complexo, mas sim sua adaptação aos ensejos da jurisdição constitucional, de forma que se converse com as necessidades de cada caso concreto, característica do próprio controle incidental. Ou seja, na verdade, essa modulação seria uma confirmação da persistência dos efeitos próprios do controle difuso, e não sua negação, já que a modulação de efeitos, como técnica garantidora da segurança jurídica, não seria um “fenômeno específico do controle difuso de constitucionalidade das leis, mas pertinente ao controle dos atos estatais como um todo, de sorte que não se pode tomar algo inerente ao todo como característico da parte”.<sup>147</sup>

Essa aparente contradição presente na objetivação, portanto, parece-nos uma tendência adaptativa do próprio desenho constitucional do controle de constitucionalidade e não sua

<sup>145</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5/AC**. Defensoria Pública da União e Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília. DJe, 22 out. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em 14 mar. 2021, p. 127.

<sup>146</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 197.917-8/SP**. Ministério Público Estadual de São Paulo e Câmara Municipal de Mira Estrela e outros. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília. DJ, 07 mai. 2004. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/774152/recurso-extraordinario-re-197917-sp>>. Acesso em: 02 set. 2021.

<sup>147</sup> ISHIKAWA, Lauro; FROTA JÚNIOR, Clóvis Smith. A abstração do controle difuso de constitucionalidade brasileiro. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 146, abr./jun. 2019. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril\\_v56\\_n222\\_p133](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p133). Acesso em: 15 de jul. 2021.

completa reformulação, já que suas bases — calcadas em princípios constitucionais basilares como o da separação de poderes e de defesa dos direitos fundamentais — persistem.<sup>148</sup>

Dito isso, concordarmos com o ministro Joaquim Barbosa quando posiciona o art. 52, X da CRFB/88 como um complemento, e não como um obstáculo, para a eficácia das decisões da corte.<sup>149</sup> Ele é um dentre outros mecanismos — alguns apontados acima — de ampliação de efeitos dos entendimentos da corte, que deve ser preservado pois se exterioriza em uma escolha do constituinte, não sendo possível sua alteração através de uma interpretação ilegítima.

Ademais, ao suspender a execução de uma norma, tal instituto do Senado age para emprestar eficácia *erga omnes* e conferir efeitos *ex nunc* às decisões da corte em sede de controle difuso de constitucionalidade. Ele não retira a norma do sistema, mas sim age para imobilizar sua eficácia, e tal característica nos parece não ter mudado ao decorrer dos anos, já que conversa com esse arranjo constitucional acima exposto, de valorização da segurança jurídica e de respeito aos poderes instituídos. Dito com outras palavras, os efeitos dessa suspensão permanecem singulares no ordenamento, justificando assim sua persistência, e por essa razão, não vislumbramos como se poderia posicionar como inócua a participação do Senado no controle de constitucionalidade.

De igual maneira, indevida a observação feita pelo Ministro Gilmar Mendes de que o Senado Federal não exerceria sua competência prevista no art. 52, X, da CRFB/88, já que, em estudo de caráter essencialmente empírico, Carlos Victor Nascimento dos Santos<sup>150</sup> fez um apanhado, com corte temporal entre os anos de 1988 a 2008, acerca da quantidade de Resoluções expedidas pelo Senado Federal em decorrência da competência em questão, em comparação ao número de comunicações à casa legislativa realizadas pelo STF acerca de suas decisões em sede de controle difuso, concluindo que:

[...] não é prática reiterada do Senado Federal deixar de expedir resoluções suspendendo eficácia de lei ou ato normativo declarado inconstitucional, consoante o dado analisado anteriormente. Assim, das 136 comunicações feitas ao Senado pelo STF, conforme demonstrado anteriormente, em 95 delas o Senado expediu resolução

<sup>148</sup> TRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 7, p. 50, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>>. Acesso em: 26 ago. 2021.

<sup>149</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5/AC**. Defensoria Pública da União e Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília. DJe, 22 out. 2014, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em 14 mar. 2021, p. 100.

<sup>150</sup> SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. “Mutação à brasileira”: uma análise empírica do art. 52, x, da constituição. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 597-614, jul-dez. 2014. ISSN 2317-6172. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322014000200597&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322014000200597&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 15. Mar. 2021.

suspendendo a eficácia da lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Plenário do STF, o que equivale a aproximadamente 70% das comunicações feitas. Isto é, das decisões comunicadas pelo STF ao Senado Federal, o Senado se manifesta expedindo resoluções em aproximadamente 70% das vezes, O que demonstra não ser prática efetiva do Senado Federal a ausência de manifestação quando provocado pelo STF.<sup>151</sup>

Para além, o jurista afirma que, na verdade, baixo seria o número de comunicações realizadas pela Corte Constitucional ao Senado Federal, o que revelaria a existência de uma afronta do Supremo ao seu próprio regimento interno, e não do Senado à competência constitucional.<sup>152</sup> Por essa razão, entendemos que estaríamos aqui diante na verdade de uma inércia constitucional — e de uma mutação inconstitucional — perpetuada pelo próprio Supremo, que conscientemente não concretiza com seu dever de comunicação de suas decisões em sede de controle difuso.

Por todas essas razões, vislumbra-se que as alegadas alterações fáticas não ensejam o acolhimento da tese de mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88. Mas, tal questão, ainda vai além, pois esbarra em limites do próprio fenômeno da mutação constitucional, como os limites semânticos do próprio texto e o espírito constitucional. Nesse ínterim, data vênua, reputa-se como inadequada a observação realizada pelo então Ministro Eros Grau, quando este aponta em seu voto que “na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro.”<sup>153</sup>

Na verdade, como visto, a mutação constitucional é fenômeno construtivo de nova norma, de novo significado, alcance e sentido ao dispositivo constitucional, sem alteração do texto. Por essas razões, deve respeitar os limites semânticos do texto do dispositivo, o que, no caso em questão, parece não ter sido o caso, já que como adiantado em capítulos anteriores, a norma constitucional do art. 52, X, da CRFB/88 tem em sua literalidade uma limitação fulminante, não comportando interpretações extensivas de termos eminentemente técnicos e jurídicos, como o é, por exemplo, o de suspensão.

Nesse sentido, se aceita a tese de mutação constitucional, a resolução senatorial do art. 52, X, da CRFB/88 — competência atribuída pelo poder constituinte a um dos poderes republicanos — seria suprimida, dando lugar a uma publicidade inócua, o que não parece

---

<sup>151</sup> SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. “Mutação à brasileira”: uma análise empírica do art. 52, x, da constituição. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 605, jul-dez. 2014. ISSN 2317-6172. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322014000200597&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322014000200597&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 15. Mar. 2021.

<sup>152</sup> *Idem, ibidem*, p. 609.

<sup>153</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5/AC**. Defensoria Pública da União e Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília. DJe, 22 out. 2014, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em 14 mar. 2021, p. 72.

conversar com o princípio da separação dos poderes e com a própria natureza do instituto, que, como vimos, é eminentemente político. Afrontar-se-ia, em última medida, o próprio espírito constitucional, pois iria de encontro com a Constituição no núcleo de valores fundamentais que justificaram a sua criação.<sup>154</sup>

Portanto, data vênha posições contrárias, entendemos que a tese esboçada pelo Ministro Gilmar Mendes acerca da mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88 não deve subsistir, caso contrário, estaríamos diante não de uma autêntica mutação constitucional, mas sim de uma autêntica mutação inconstitucional.

#### 4.2.2 Da não adoção da tese da objetivação nas ADI 3.406/RJ e 3.470/RJ

Após a publicação do Acórdão referente ao julgamento conjunto das ADI's 3.406/RJ e 3.470/RJ, em novembro de 2017, muito se questionou em âmbito doutrinário se o STF teria adotado a teoria da abstrativização do controle difuso, e consequentemente entendido pela mutação do art. 52, X da CRFB/88. De pronto, adiantamos nosso posicionamento contrário a este pensamento, pelas razões que passaremos a expor.

Primeiramente, vê-se que o ressurgimento da teoria se deu por iniciativa do Ministro Gilmar Mendes, que rememorando argumentos da Reclamação 4.335-5/AC questiona a atualidade da competência senatorial prevista no art. 52, X, da CRFB/88 pontuando que o STF já é capaz de modular os efeitos de suas decisões sem necessidade de atuação da respectiva casa legislativa.<sup>155</sup> Nesse sentido, para não sermos repetitivos, recordamos a argumentação presente no item anterior, em que se ressalta a importância do referido artigo e a singularidade de seus efeitos dentro do ordenamento, em que pese sua alegada inocuidade.

Todavia, no contexto do julgamento das ações em questão, objeto novo se estendeu nas discussões, proficuamente aquele relacionado ao estabelecimento de um sistema de precedentes judiciais, surgido após a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, que teria consolidado o assunto. Tal sistema de precedentes, como exposto no primeiro capítulo deste trabalho, seria aquele decorrente de uma lógica difusa de controle de constitucionalidade, nos moldes norte-americanos, de valorização das decisões das cortes superiores, de forma a conferir

---

<sup>154</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book. p. 171.

<sup>155</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.470/RJ**. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília. DJe, 01 fev. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388378&ext=.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2021, p. 119.

a elas eficácia *erga omnes* e vinculantes por todo o ordenamento, constituindo o que se chama de *stare decisis*.

De fato, como apontado nos debates das ADI's pelo Ministro Gilmar Mendes e pelo Ministro Luiz Fux<sup>156</sup>, o CPC/15 trouxe uma valorização dos precedentes judiciais, o que pode ser explicitamente verificado a partir do que está disposto no art. 927 e no art. 535, § 5º, do respectivo código. O art. 927, por exemplo, traz, em tese, uma série de instrumentos capazes de conferir a certas decisões judiciais um caráter vinculante numa dimensão nunca antes vista, como exemplo, destaco o inciso III, é o que segue:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;<sup>157</sup>

Nesse sentido, tais mecanismos de uniformização vertical de jurisprudência constitucional<sup>158</sup> seriam, para os ministros acima indicados e para parte da doutrina, com destaque para o posicionamento de Fred Didier Jr.,<sup>159</sup> precedentes de força vinculante. Mecanismos como o Incidente de Assunção de Competência (art. 947, do CPC/15) e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (Art. 976, do CPC/15), e as exceções ao Princípio da Reserva de Plenário (art. 97, da CRFB/88) em sede de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade (art. 949, parágrafo único, do CPC/15), além da já mencionada Repercussão Geral para os Recursos Extraordinários, e a própria Súmula Vinculante, trariam ao controle de constitucionalidade difuso brasileiro, mesmo que em caráter indireto, a objetivação de seus efeitos, já que seriam tantos mecanismos uniformizadores que a participação do Senado Federal estaria diluída, impondo a necessidade de equalização dos efeitos em ambos os controles.

Entretanto, somos contrários a essa consequência final. Veja, em destaque temos o fato de que os novos mecanismos formadores desse sistema de precedentes em questão são infraconstitucionais, e nesse sentido não agem para negar vigência a um dispositivo

<sup>156</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.470/RJ**. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília. DJe, 01 fev. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388378&ext=.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2021, p. 74.

<sup>157</sup> BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>. Acesso em: 08. dez. 2021.

<sup>158</sup> NOVAIS, Fabrício Muraro; JACOB, Muriel Amaral. Mutação constitucional e abstrativiza o do controle difuso de constitucionalidade no Brasil: alcance eficaz do art. 525, § 12 do código de processo civil. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo. vol. 12, n. 2, p. 309-328. jul./dez, 2018. ISSN: 2238944-X. Disponível em: <<https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/151/189>> Acesso em: 16 mar. 2021.

<sup>159</sup> DIDIER JÚNIOR; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**, v. 2. 11ª edi o. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 469.

constitucional, como é o art. 52, X, da CRFB/88, podem, na verdade, servir como auxiliar interpretativo, mas, em última medida, como afirma o Ministro Alexandre de Moraes, tal dispositivo “não pode ser suplantado, em regra, pelo Código de Processo Civil”.<sup>160</sup>

Não nos é de melhor valia aqui questionarmos se o art. 927 do CPC/15 seria constitucional ou não, tendo em vista seguirmos em nosso ordenamento o modelo de *civil law*, vide discussões doutrinárias quanto a esse ponto,<sup>161</sup> mas sim entender que sua interpretação — já que vigente — deve-se dar à luz da Constituição, e não o contrário. Nesse contexto, parecemos mais coerente posicionar esses mecanismos como ferramentas de ampliação dos efeitos subjetivos das entendimentos da Suprema Corte, inseridas na lógica constitucional de valorização da eficiência, principalmente após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, e não como negadores do sistema misto, *sui generis*, de controle de constitucionalidade brasileiro, tendo em vista, principalmente, que a maioria desses mecanismos, em que pese afetem indiretamente o controle de constitucionalidade, não realizam tal controle, mas pacificam uma questão, criando um precedente vinculativo.<sup>162</sup> Sendo assim, em última medida, para se ampliar os efeitos das decisões do STF em sede de controle difuso, continua sendo necessária a intervenção do Senado Federal. Nesse contexto, sobre esse fenômeno de ampliação dos efeitos subjetivos das decisões, é o que segue:

Assim, é certo que tal fenômeno alcança as decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade das leis, mas não é exclusivo desse âmbito, tendo abrangência muito maior. Trata-se, assim, de um fenômeno geral que não pode ser considerado pertinente apenas ao controle difuso de constitucionalidade, em especial ao controle de constitucionalidade das leis, pois não se pode tomar como característico da parte aquilo que está presente no todo.<sup>163</sup>

E mesmo mecanismos diretamente afetos a questões constitucionais, de claros contornos objetivos, como o caso da Repercussão Geral para os Recursos Extraordinários, ou mesmo a desnecessidade de que o órgão fracionário do tribunal leve ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do

<sup>160</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.470/RJ**. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília. DJe, 01 fev. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388378&ext=.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2021, p. 76.

<sup>161</sup> ARAÚJO, Pedro Mendonça. O papel do senado federal no controle de constitucionalidade após o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade nº 3.406/rj e 3.470/rj. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, v. 1, n. 17, p. 463, ago. 2020. ISSN 2177-6458. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/30278/26677>>. Acesso em: 17 mar. 2021.

<sup>162</sup> PORTO, José Roberto Mello; MARTINS, Danniel Adriano Araldi. STF não adota (ainda) a abstrativização do controle difuso. **Revista Consultor Jurídico**, mai. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-10/opiniao-stf-nao-adota-ainda-abstrativizacao-controle-difuso>>. Acesso em: 08. dez. 2021.

<sup>163</sup> ISHIKAWA, Lauro; FROTA JÚNIOR, Clóvis Smith. A abstração do controle difuso de constitucionalidade brasileiro. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 148, abr./jun. 2019. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril\\_v56\\_n222\\_p133](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p133). Acesso em: 15 de jul. 2021.



Supremo Tribunal Federal sobre a questão, se inserem mais como razões para que não se altere radicalmente tal desenho constitucional no nosso ordenamento, do que o contrário, pois preenchem eventuais lacunas.

Afinal, como apontado pelo Ministro Joaquim Barbosa,<sup>164</sup> ainda no bojo da Reclamação 4.335-5/AC, como ficariam as situações, mesmo que residuais, em que a questão incidental levada ao STF em sede de controle difuso, como no bojo de um Habeas Corpus originário, por exemplo, não precise ter seus efeitos subjetivos ampliados? Se modulariam os efeitos para que fossem *inter partes*? Se sim, para que então alterar de maneira robusta um sistema complementar de controle de constitucionalidade, bem definido e complexo? E se o Senado Federal, por meio de sua conveniência política — conforme lhe foi atribuído pela Constituição — escolhesse suspender a norma em questão? Relembrem-se, os efeitos da suspensão são diferentes do da revogação, a *ratio* da atuação senatorial persiste.

Em outras palavras, uma coisa são as circunstâncias acima exaradas que ampliam os efeitos subjetivos das decisões judiciais, seja em sede de controle de constitucionalidade ou não, e outra diferente é a própria adoção pelo STF da teoria da abstrativização do controle difuso, que igualaria automaticamente os efeitos de ambos controles, proporcionando implicações mais graves na Constituição pátria, dentre elas a revogação — fantasiada de mutação constitucional — de um dispositivo constitucional plenamente válido (art. 52, X, da CRFB/88). É uma questão mais grave, e mais delicada, como se procurou demonstrar por todo esse trabalho.

Outro ponto apontado por todo o julgamento das Ações Diretas em estudo diz respeito ao fato de que alguns Ministros, tendo como destaque a Ministra Carmém Lúcia,<sup>165</sup> apontam que a adoção da teoria da abstrativização acabaria por diminuir a quantidade de ações que chegam ao STF tratando sobre a mesma matéria, ou seja, transparece aqui uma preocupação do STF com a chamada “cultura da judicialização e da massificação de litígios”.<sup>166</sup>

Nesse diapasão, igualmente improcedente tal consequencialismo, devendo-se questionar o “[...] discurso de que o Poder Judiciário funciona tanto melhor quanto mais

<sup>164</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335-5/AC**. Defensoria Pública da União e Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília. DJe, 22 out. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em 14 mar. 2021, p. 100.

<sup>165</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.470/RJ**. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília. DJe, 01 fev. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388378&ext=.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2021, p. 67.

<sup>166</sup> SIQUEIRA, Oniye Nashara; BARUFI, Renato Britto; NETO, Zaiden Geraige. A objetivação do controle difuso e os fundamentos da inaplicabilidade da mutação do art. 52, x da constituição federal. **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**, n. 8, p. 1528, 12 dez. 2020. ISSN 2358-1557. Disponível em: <<https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/2151/1679>> Acesso em: 16 mar. 2021.

abstratos forem os seus pronunciamentos, pois esse tipo de estratégia permite responder a muitos processos com uma única decisão.”<sup>167</sup> E foi a partir dessa observação, que em um minucioso trabalho de pesquisa acerca da relação, nos últimos 50 (cinquenta) anos, entre as diversas medidas adotadas pelo estado brasileiro na direção da concentração e abstrativização da jurisdição constitucional, e o pretense ganho de eficiência no sistema de controle, que Alexandre Araújo Costa, Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho e Felipe Justino de Farias, chegam a esclarecedora conclusão:

Após tantas reformas constitucionais e legislativas, o que se tem visto é o esgotamento do discurso de que aperfeiçoar mecanismos processuais à disposição do STF e ampliar ao máximo os efeitos de suas decisões são os meios mais adequados para o aumento da eficiência jurisdicional, garantindo a segurança jurídica. Esse argumento, utilizado especialmente na justificação dos processos de concentração, vinculação e abstrativização, aponta que é preciso ter uma corte mais eficiente para que ela possa realizar o seu papel verdadeiramente constitucional, que é ligado muitas vezes ao controle concentrado e abstrato de normas (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2012). Porém, o contínuo aumento das causas pela via difusa atesta que as medidas de concentração, vinculação e abstrativização não melhoraram a tutela jurídica, pois os jurisdicionados continuam precisando recorrer à Corte para ter seus direitos constitucionais reconhecidos.<sup>168</sup>

Nesse sentido, após demonstrarem, empiricamente, a inadequação da correlação entre abstração, concentração e eficiência jurisdicional, os referidos autores também observaram a partir de seus estudos que as hipóteses em que o STF logrou êxito em melhorar sua prestação jurisdicional foi quando procurou aprimorar os critérios de seletividade dos meios difusos de atuação, e não quando procuraram ampliar os efeitos de suas decisões. É o que segue:

De todo modo, os resultados indicam que as estratégias que mais influenciaram o perfil dos julgamentos foram as de seletividade ligadas ao controle difuso, por meio das quais houve a concentração de poder nos relatores e nas decisões que negam repercussão geral. Já as estratégias de vinculação, concentração e de abstrativização, ligadas a um fortalecimento do controle concentrado, não parecem ter impactado esses números com igual vigor.<sup>169</sup>

De qualquer forma, em que pese a importância da constatação dessa falsa correlação, não parece ser esse o ponto principal que leva por água abaixo a ideia de que o STF teria adotado a teoria da abstrativização do controle difuso após a publicação do Acórdão referente ao julgamento conjunto das ADI's 3.470/RJ e 3.406/RJ. O que efetivamente parece-nos indicar tal

<sup>167</sup> COSTA, Alexandre Araújo; CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de; FARIAS, Felipe Justino de. Controle de constitucionalidade no Brasil: eficácia das políticas de concentração e seletividade. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 158, abr. 2016. ISSN 2317-6172. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322016000100155&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322016000100155&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 16 mar. 2021.

<sup>168</sup> *Idem, ibidem*, p. 182.

<sup>169</sup> *Idem, ibidem*, p. 181.

incompatibilidade é o simples fato de que essas são ações diretas de inconstitucionalidade, ou seja, estão no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, e dessa forma, suas decisões já produzem eficácia vinculante e efeitos *erga omnes* por si só, conforme expressa previsão do art. 102, § 2º, da CRFB/88.

Afinal, o art. 2º da Lei Federal nº 9.055/1995 não era um dos objetos das ações, mas foi declarado inconstitucional de forma incidental, no bojo de uma ação direta de inconstitucionalidade, em um processo de facetas objetivas, o que impede até mesmo a possibilidade de participação do Senado Federal, já que este, como visto, apenas tem espaço em âmbito do controle difuso de constitucionalidade.

Tais questões, aliás, foram expressamente indicadas pelo Ministro Dias Toffoli<sup>170</sup> e pelo Ministro Alexandre de Moraes<sup>171</sup> em sede do julgamento, os quais lembraram aos colegas estarem, no momento, em sede de controle concentrado, e não difuso, sendo descabível a discussão do art. 52, X, da CRFB/88.

Ademais, a declaração incidental de inconstitucionalidade no bojo de uma ação do controle concentrado não é estranha ao ordenamento jurídico, tendo em vista que “a causa de pedir é aberta na ADI, e o STF, para analisar se uma lei contraria a Constituição, deve percorrer toda a Constituição”.<sup>172</sup> Nesse contexto, a análise da constitucionalidade do art. 2º da Lei Federal nº 9.055/1995 se deu como questão prejudicial ao próprio objeto da ação, que era uma declaração de inconstitucionalidade, de forma que declarada sua inconstitucionalidade, improcedente seria o pedido principal. Dito de outras palavras, não se saiu do âmbito do controle de constitucionalidade concentrado, pois a prejudicialidade, suscitada de ofício pelo STF, se deu sobre o próprio pedido — uma declaração de inconstitucionalidade — e não em razão da causa de pedir, além do mais, não estávamos aqui diante de um caso concreto, mas sim da análise em abstrato de uma norma. Dessa forma, diferentes são os âmbitos de controle, pois como se sabe, no controle difuso de constitucionalidade, a análise da constitucionalidade é a causa de pedir e não o pedido principal.<sup>173</sup>

---

<sup>170</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.470/RJ**. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília. DJe, 01 fev. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388378&ext=.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2021, p. 164.

<sup>171</sup> *Idem, ibidem*, p. 67.

<sup>172</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 1.862.

<sup>173</sup> DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 101.

Por essa razão, alguns doutrinadores<sup>174</sup> apontaram que tal questão poderia ser, na verdade, a adoção pelo Supremo da teoria da transcendência dos motivos determinantes, a qual foi suscitada — mesmo que não expressamente — pela ministra Ministra Carmem Lúcia, nos debates do julgamento, quando afirmou estar o STF caminhando para uma inovação da jurisprudência, no sentido de não ser mais declarada inconstitucional cada norma específica, mas a própria matéria que nele se contém.<sup>175</sup>

Essa transcendência dos motivos determinantes, por não ser objeto deste trabalho, não será por nós estudada, entretanto, faz-se a ressalva de que ela não é a mesma coisa da teoria da abstrativização do controle difuso, tendo em vista que a primeira “imprime efeito vinculante à *ratio decidendi*, ou seja, à parte da fundamentação necessária e suficiente à conclusão do julgamento e, em tese, ela pode ocorrer em controle difuso ou concentrado”.<sup>176</sup>

Por fim, ressalta-se a astuta constatação feita por Eliseu Antônio da Silva Belo<sup>177</sup>, em que este, analisando o julgamento das ações em questão, percebe que sequer houve maioria de votos a favor da mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88, já que, após o cancelamento de todos os comentários do ministro Celso de Mello, dos 9 ministros participantes do julgamento, 4 teriam explicitamente adotado à teoria, seriam estes os ministros Gilmar Mendes, Luiz Fux, Dias Toffoli e Carmém Lúcia, tendo esses três últimos pouco desenvolvido quanto à questão.

### 4.3 Possíveis Consequências da Adoção da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade

Em que pese tenhamos aqui procurado esboçar as razões para a não caracterização da mutação constitucional e, conseqüentemente, da teoria da abstrativização do controle difuso, é importante traçarmos — pelo menos de maneira sucinta — algumas possíveis consequências de sua eventual adoção pelo STF em um futuro próximo, tendo em vista que tal tema ainda é envolto de bastante atualidade.

<sup>174</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 1.863.

<sup>175</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.470/RJ**. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília. DJe, 01 fev. 2019. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388378&ext=.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2021., p. 68.

<sup>176</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 1.863.

<sup>177</sup> BELO, Eliseu Antônio da Silva. A abstrativização do controle difuso já é uma realidade no STF?. **Revista do Ministério Público do Estado de Goiás**, Goiânia, ano XXII, n. 38, p. 96, jul./dez. 2019. ISSN 1809-5917. Disponível em: < [http://www.mpggo.mp.br/revista/pdfs\\_38/6Eliseu.pdf](http://www.mpggo.mp.br/revista/pdfs_38/6Eliseu.pdf)>. Acesso em: 19 abr. 2021.

Nesse sentido, procurou-se demonstrar por todo o trabalho que a mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88, e a conseqüente alteração radical das estruturas do controle de constitucionalidade brasileiro poderiam ter repercussões muito mais profundas na jurisdição constitucional, e em todo ordenamento jurídico, do que, em um primeiro momento, aparentam ter.

Dito isso, percebe-se que, nas últimas décadas, as alterações realizadas na jurisdição constitucional brasileira são concretizadas quase sempre em direção a uma concentração desta nas mãos do STF, sob a pretensa justificativa de que tal centralização da interpretação, traria ganhos de eficiência ao sistema de controle.<sup>178</sup> Além disso, a deficiência de prestação dos anseios sociais por parte dos demais poderes — com destaque ao poder legislativo — também constituíram justificativas para a maior atuação do Supremo, dentro do contexto do mecanismo de freios e contrapesos.<sup>179</sup>

Desse raciocínio, portanto, surge a lógica do ativismo judicial, o qual, na linha doutrinária de Barroso, ao propor uma participação mais ativa do judiciário na concretização dos valores e princípios constitucionais visaria “[...] extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados).”<sup>180</sup>

Por conseguinte, acredita-se aqui que, por não estarmos diante de uma autêntica mutação constitucional, tal atuação do STF, em direção à equalização de efeitos dos dois modelos de controle de constitucionalidade, teria uma roupagem de ativismo judicial ilegítimo, consubstanciando, em última medida, o que se chama de constitucionalismo abusivo, pois “usa-se o direito constitucional – e os próprios procedimentos que buscam efetivá-lo na prática – contra o próprio constitucionalismo.”<sup>181</sup>

Nesse contexto, não se nega aqui, nesse trabalho, o papel fundamental que o poder judiciário apresenta nas democracias modernas, corrigindo distorções e atuando mais efetivamente na transformação da realidade social, mas, sim, afirmamos que tal ativismo, na

---

<sup>178</sup> COSTA, Alexandre Araújo; CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de; FARIAS, Felipe Justino de. Controle de constitucionalidade no Brasil: eficácia das políticas de concentração e seletividade. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 181, abr. 2016. ISSN 2317-6172. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322016000100155&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322016000100155&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 16 mar. 2021.

<sup>179</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book Kindle, p. 232.

<sup>180</sup> *Idem, ibidem*, p. 232.

<sup>181</sup> ESTORILIO, Rafael; BENVINDO, Juliano Zaiden. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, p. 189, 2017. Disponível em: <[https://www.kas.de/c/document\\_library/get\\_file?uuid=ff417ec1-ee2-f606-49c5-78fb2f5c9c1b&groupId=265553](https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=ff417ec1-ee2-f606-49c5-78fb2f5c9c1b&groupId=265553)>. Acesso em: 11. dez. 2021.

seara da mutação constitucional, nos moldes do caso em questão, extrapola os limites da jurisdição constitucional pois dota um órgão específico, o Supremo Tribunal Federal, da exclusividade da interpretação constitucional, exorbitando limites semânticos de dispositivos constitucionais, e não se coadunando ao espírito do constituinte de 1988.<sup>182</sup>

Afinal, o sistema misto de controle de constitucionalidade foi uma escolha do poder constituinte, e a participação de um órgão de controle político nesse sistema, como o Senado Federal, não pode ser suprimida — ou alterada de forma a quase inutilidade ao apenas conferir publicidade aos atos do STF — por interpretação de um órgão de um poder diverso, sem que com isso se subverta o princípio da harmonia e separação entre os poderes, esculpido no art. 2º da CRFB/88, e creditado como cláusula pétrea, a partir da leitura do art. 60, § 4º, III, da CRFB/88.

Nesse sentido, vê-se que essa afronta constitui uma possível consequência, caso seja aceita a tese de abstrativização esboçada pelo Ministro Gilmar Mendes nas ações aqui estudadas, até porque “sendo o controle de constitucionalidade a forma mais importante e visível de exercício do poder do Judiciário sobre os demais poderes, havendo transformações em suas estruturas, por consequência, também existirá na separação de poderes no Brasil.”<sup>183</sup>

Nesse diapasão, não queremos aqui trazer uma concepção excessivamente positivista do princípio da separação dos poderes, de forma a desconsiderar sua transformação decorrente do neoconstitucionalismo, mas entender que mesmo na sua atual roupagem, de valorização dos princípios e objetivos constitucionais, a supressão da competência de um poder, expressamente prevista na Carta Magna, por um outro poder, deve ser analisada com o mais temeroso cuidado, diante dos possíveis efeitos colaterais para a própria Constituição, como “a possibilidade de os Ministros do Supremo Tribunal Federal estarem reformando silenciosamente a Constituição Federal por meio de interpretação e argumentação.”<sup>184</sup>

Ora, como foi dito anteriormente, a participação do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade constitui-se em uma legitimação, mesmo que indireta, de participação democrática, já que tal casa é constituída por representantes do povo, e o controle difuso, de feições concretas, com ilimitada quantidade de possíveis legitimados ativos, carece dessa

---

<sup>182</sup> JUNIOR, Nelson Nery. O Senado Federal e o controle concreto de constitucionalidade de leis e de atos Normativos Separação de poderes, Poder Legislativo e interpretação da CF 52 X. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 47, n. 187, p. 199, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198654>>. Acesso em: 01 set. 2021

<sup>183</sup> SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. “Mutações à brasileira”: uma análise empírica do art. 52, x, da constituição. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 609, jul-dez. 2014. ISSN 2317-6172. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322014000200597&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322014000200597&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 15. Mar. 2021.

<sup>184</sup> *Idem, ibidem*, p. 610.

legitimação, sendo inteligível, portanto, as razões pelas quais o constituinte tenha adotado essa fórmula.<sup>185</sup>

E por possuir essa legitimação democrática, é que a resolução do Senado, se suprimida, poderia até mesmo, em última medida, ferir direitos fundamentais, como os da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal,<sup>186</sup> pois retira dos interessados à possibilidade de participar dos processos de tomada da decisão que o afetará. Nesse sentido, lembramos a lúcida lição de Luiz Lênio Streck:

Como se não bastasse reduzir a competência do Senado Federal à de um órgão de imprensa, há também uma consequência grave para o sistema de direitos e de garantias fundamentais. Dito de outro modo, atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5.º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará. Não estamos em sede de controle concentrado! Tal decisão aqui terá, na verdade, efeitos avocatórios. Afinal, não é à toa que se construiu ao longo do século que os efeitos da retirada pelo Senado Federal do quadro das leis aquela definitivamente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal são efeitos *ex nunc* e não *ex tunc*. Eis, portanto, um problema central: a lesão a direitos fundamentais.<sup>187</sup>

Ademais, uma consequência reflexa pouco debatida é a que se refere à possível ofensa ao princípio da independência decisória dos juízes (art. 2º, e art. 99, *caput*, da CRFB/88) tendo em vista que a teoria da abstrativização objetiva ressaltar a ampliação de efeitos *erga omnes* e a propagação de efeitos vinculantes para as decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso, mas não faz referência ao que aconteceria com as decisões proferidas em controle difuso pelas demais instâncias. Nesse sentido, Nelson Nery Junior nos traz importante alerta:

O STF poderia, dessa forma, em sede de RE, ao decidir *incidenter tantum* pela constitucionalidade de determinado dispositivo, atribuir a essa decisão *eficácia erga omnes* e vinculante a todos os demais juízes e tribunais do País, o que acarretaria o ressurgimento do vetusto expediente da avocatória, que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito porque viola o princípio da independência decisória dos juízes (CF 2º e 99, *caput*; Const. port. 203).<sup>188</sup>

---

<sup>185</sup> TRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 7, p. 50, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>>. Acesso em: 26 ago. 2021.

<sup>186</sup> *Idem, ibidem*, p. 53.

<sup>187</sup> *Idem, ibidem*, p. 50.

<sup>188</sup> JUNIOR, Nelson Nery. O Senado Federal e o controle concreto de constitucionalidade de leis e de atos Normativos Separação de poderes, Poder Legislativo e interpretação da CF 52 X. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 47, n. 187, p. 198, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198654>>. Acesso em: 01 set. 2021

Em outras palavras, caso estendidos automaticamente os efeitos subjetivos e a força vinculante para todas as decisões judiciais do STF em sede de controle de constitucionalidade, na prática, poderíamos ter, indiretamente, a volta do instituto da advocatória, em que o STF chama para si questões constitucionais submetidas a outros órgãos judiciais, havendo o tolhimento da competência dos demais magistrados e tribunais em apreciar a conformidade de lei ou ato normativo com os dispositivos constitucionais, de forma que tal ampliação automática de efeitos acabaria praticamente por fazer desaparecer o controle difuso de constitucionalidade — como percebido hoje — em nosso ordenamento jurídico, concentrando-se a interpretação constitucional nas mãos dos onze ministros do STF, o que não parece ter sido a escolha do legislador, originário ou reformador, tendo em vista a existência de institutos como o da reserva do plenário (art. 97 da CRFB/88) em sede de incidente de arguição de inconstitucionalidade (art. 948 do CPC).

Se ofenderia, assim, em última instância, o espírito da Constituição, já que a posição do STF como guardião da Constituição, atribuída pela própria Carta Magna (art. 102, *caput*, da CRFB/88) não significa, em contrapartida, uma exclusividade para interpretar seus dispositivos.

Ademais, para além das já suscitadas possíveis consequências, o jurista Carlos Victor Nascimento dos Santos aponta que, caso seja aceita a tese de abstrativização, teríamos na prática a inutilização do instituto da Súmula Vinculante (art. 103-A da CRFB/88), tendo em vista que tal instrumento de uniformização da jurisprudência, por ser de observância obrigatória em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, já seria uma maneira do STF atribuir efeito vinculante as suas decisões em sede de controle difuso — nas oportunidades em que o Senado Federal assim não agisse — e por essa razão, caso abstrativizado o sistema, sendo todas as decisões do STF vinculantes, não haveria motivo para se editar Súmulas Vinculantes.<sup>189</sup> Reforçando essa possível inutilidade superveniente, observa-se que, para ser aprovada, a Súmula Vinculante necessita do voto de dois terços dos membros do Supremo, ou oito votos, quórum consideravelmente maior ao de uma decisão do Plenário do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade, em que um simples seis votos a cinco resolve a questão.<sup>190</sup>

---

<sup>189</sup> SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. “Mutações à brasileira”: uma análise empírica do art. 52, x, da constituição. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 607, jul-dez. 2014. ISSN 2317-6172. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322014000200597&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322014000200597&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 15. mar. 2021.

<sup>190</sup> TRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 7, p. 53, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>>. Acesso em: 26 ago. 2021.



Em mesmo sentido, Carlos Victor Nascimento dos Santos aponta que, em que pese em um primeiro momento se pense que a inutilização das Súmulas Vinculantes poderia diminuir a quantidade de Reclamações dirigidas à corte, tal efeito pode ser contrário, já que, igualados os efeitos de ambos os controles no STF, poderíamos ter o aumento de Reclamações dirigidas ao Supremo cujo objeto seja o descumprimento por órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta sobre questão decidida também em sede de controle difuso de constitucionalidade (art. 102, I, “1”, da CRFB/88; e art. 988, III do CPC/15).<sup>191</sup>

Enfim, ao expormos essas graves e radicais consequências possíveis em âmbito democrático, além de procurarmos estimular o senso crítico dos leitores, defendemos ser muito mais prudente, no mínimo, que se instaure uma discussão mais ampla a respeito de uma possível alteração do sistema de controle constitucionalidade brasileiro, que concentraria a interpretação constitucional nas mãos do STF.<sup>192</sup>

Nesse sentido, a alteração formal e material da Constituição, por meio do poder constituinte reformador, diante da não incidência da mutação constitucional do art. 52, X, poderia ser uma possibilidade para aqueles que advogam pela abstrativização do controle difuso.<sup>193</sup> Ou seja, a apresentação de uma Proposta de Emenda Constitucional (art. 60, da CRFB/88) que se proponha a alterar textualmente o referido artigo, parece-nos ser a única saída para esses propositores, diante dos obstáculos hermenêuticos de sua alteração informal.

Entretanto, no âmbito do processo legislativo da PEC, dever-se-ia discutir, no contexto das graves consequências acima elencadas, a possibilidade de o art. 52, X, da CRFB/88 ser uma cláusula pétrea implícita (art. 60, § 4º, III, da CRFB/88), já que esse dispositivo se insere no contexto do princípio da separação de poderes e da preservação dos direitos fundamentais, não sendo possível, à primeira vista, pelos argumentos suscitados pelos ministros, no bojo das ações aqui estudadas, e, principalmente, por meio de alteração informal, conferir propriedade à teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Acredita-se, entretanto, que, apesar do posicionamento contrário ora firmado, o amplo debate e a aceitação dessa tese pelo Poder Legislativo poderia legitimar, democraticamente, essa alteração, uma vez que se trata do poder que tem sua competência afetada, conforme a realidade estudada.

---

<sup>191</sup> SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. “Mutações à brasileira”: uma análise empírica do art. 52, x, da constituição. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 608, jul-dez. 2014. ISSN 2317-6172. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322014000200597&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322014000200597&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 15. mar. 2021.

<sup>192</sup> *Idem, ibidem*, p. 608.

<sup>193</sup> JUNIOR, Nelson Nery. O Senado Federal e o controle concreto de constitucionalidade de leis e de atos Normativos Separação de poderes, Poder Legislativo e interpretação da CF 52 X. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 47, n. 187, p. 199, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198654>>. Acesso em: 01 set. 2021

## 5 CONCLUSÃO

Diante das considerações acima, concluímos ainda não ter o Supremo Tribunal Federal, por razão do julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ e nº 3.470/RJ, adotado a teoria da abstrativização do direito difuso, tendo em vista que, na oportunidade do julgamento em questão, não era possível, sequer, invocar o art. 52, X, da CRFB/88, afinal, o âmbito de controle ali praticado era o concentrado, e não o difuso. Além disso, mesmo que desconsiderado esse fator determinante, da análise dos votos percebe-se que não houve maioria quanto a questão da mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88, já que, cancelados todos os comentários do Ministro Celso de Mello, dos 9 ministros participantes do julgamento, apenas 4 (quatro) teriam explicitamente adotado a teoria: os ministros Gilmar Mendes, Luiz Fux, Dias Toffoli e Carmém Lúcia, destacando-se o fato, aliás, que os três últimos ministros citados pouco desenvolveram seus votos sobre a pretensa mutação.

Ademais, em que pese essa não observância, procurou-se demonstrar nesse trabalho a improcedência da tese da mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88, firmada desde o julgamento ocorrido na Reclamação 4.335-5/AC, e aprimorada no julgamento das ADI's supracitadas. Ocorre que, quantos postas em contato com a realidade fática, não subsistem as argumentações de seus defensores. Ora, além do fato de ter sido demonstrado que o Senado — no contexto do controle de constitucionalidade — está cumprindo com sua função (quando acionado), vê-se que a competência senatorial não possui teor anacrônico, já que seguem singulares os seus efeitos produzidos, qual seja, a possibilidade de que o Senado Federal suspenda a execução das leis e atos normativos, o que não se confunde com a invalidação decorrente da declaração de inconstitucionalidade, que não ataca a eficácia jurídica da norma, e sim sua própria validade, retirando-a do ordenamento jurídico.

Entretanto, inegável o fato de que, atualmente, o STF possui outros instrumentos capazes de atribuir eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes aos seus entendimentos, fora do âmbito do controle concentrado e da Resolução do Senado, como por meio de edição de Súmula Vinculante. Mas, como visto, a existência desses instrumentos não inibe a perseverança do papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade, de forma que a Resolução do art. 52, X, da CRFB/88, se insere como um controle político que, além de ampliar os efeitos das decisões, legitima tal modalidade de controle e a dá contornos únicos. Afinal, se ela não possui importância, qual a razão para que se requeresse tão acentuadamente a sua mudança de interpretação? Ainda mais por meio de uma mudança informal da Constituição, com traços tão frágeis.

Além disso, mais do que os efeitos práticos tão suscitados pelos ministros, as graves possíveis consequências de sua eventual adoção acrítica em nosso ordenamento demonstram que sua importância é por vezes subestimada, já que, em última medida, caso o art. 52, X seja alterado nos moldes propostos, haveria a equivalência em efeitos das duas modalidades de controle de constitucionalidade, acarretando em uma concentração demasiada da interpretação constitucional nas mãos do STF, o que, além de não parecer ter sido uma escolha do Constituinte de 1988, se mostra um temeroso ponto, tendo em vista que o Supremo alteraria o arranjo constitucional por via de uma interpretação inconstitucional, ampliando suas competências e adentrando no âmbito de atuação do poder constituinte reformador.

Dito isso, não queremos aqui negar essa tendência de abstrativização, principalmente diante da amplitude atual do controle concentrado de constitucionalidade, e da existência dos instrumentos supramencionados, e nem negar o papel fundamental que o poder judiciário possui nas democracias modernas, mas sim afirmar que, nos moldes das argumentações dos ministros nas ações que aqui foram estudadas, seria o caso de uma mutação inconstitucional, e não constitucional, não devendo subsistir a consequência final de equalização de efeitos entre as duas modalidades de controle de constitucionalidade. Afinal, ao pretender mudar a interpretação do art. 52, X, da CRFB/88, por meio do instituto da mutação, os ministros acabaram alterando não a norma disposta, mas o próprio texto, de forma a contrariar a própria essência do instituto, que como visto, busca alterar informalmente dispositivo da Constituição, em sua substância, alcance e sentido, e não em seu texto. Há de preponderar, no caso, os limites semânticos do texto e o espírito constitucional. Além disso, caso seja adotada tal mutação inconstitucional, haveria uma clara ofensa ao princípio da separação dos poderes, pois se modificaria uma competência constitucional originária de outro poder por via de uma interpretação, o que por si só ensejaria um maior cuidado ao tratar da questão.

Ademais, procurou-se demonstrar que a mera abstrativização pela abstrativização não gera, necessariamente, ganhos de eficiência para a Suprema Corte, não sendo esse um argumento capaz de justificar uma alteração tão radical para o ordenamento jurídico. O desenho constitucional, embora de fato tenha se alterado, principalmente após a EC nº 45/2004 — que deu destaque ao controle concentrado de constitucionalidade — não nega a persistência do controle misto de constitucionalidade, escolha do poder constituinte, em que cada um dos tipos de controle apresentam características próprias e bem definidas, complementando um ao outro, sendo imperioso entender que as bases do controle de constitucionalidade, formada por princípios constitucionais como o da separação de poderes e de defesa dos direitos fundamentais, deve ser tratada com muito cuidado.

Por essas razões, tendo em vista os argumentos expostos por seus defensores, para além de identificarmos a sua não adoção, advogamos, em última medida — já vislumbrando seu futuro ressurgimento — pela improcedência da tese da abstrativização do direito difuso, não estando os ganhos de sua eventual adoção acima dos seus riscos, sendo certo que, caso o STF, por si só, queira conferir eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes aos seus posicionamentos proferidos em sede de controle difuso, sem a participação do Senado Federal, que se utilize do que já possui, atualmente, a exemplo da possibilidade de edição de súmulas vinculante, sob o risco de que esta última se torne inútil no sistema jurídico pátrio.

## REFERÊNCIAS

- AMORIM, Pedro Rocha. Mutação Constitucional: Conceito, Espécies e Limites. **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 30, n. 1, p. 237-252, jan./jun. 2014. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/7f4a4ed029d6b7c1b6ed9e5c5268e1ab.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2021.
- ARAÚJO, Pedro Mendonça. O papel do senado federal no controle de constitucionalidade após o julgamento das a es diretas de inconstitucionalidade n  3.406/rj e 3.470/rj. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, v. 1, n. 17, p. 451-474, ago. 2020. ISSN 2177-6458. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/30278/26677>>. Acesso em: 17 mar. 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constru o do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educa o, 2020. E-book. 576 p.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposi o sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book Kindle. 426 p.
- BELO, Eliseu Ant nio da Silva. A abstrativiza o do controle difuso já é uma realidade no STF?. **Revista do Ministério Público do Estado de Goiás**, Goiânia, ano XXII, n. 38, p. 89-98, jul./dez. 2019. ISSN 1809-5917. Disponível em: <[http://www.mpggo.mp.br/revista/pdfs\\_38/6Eliseu.pdf](http://www.mpggo.mp.br/revista/pdfs_38/6Eliseu.pdf)>. Acesso em: 19 abr. 2021.
- BRASIL. Constitui o (1988). **Constitui o da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2021.
- BRASIL, Lei n  9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da a o direta de inconstitucionalidade e da a o declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 11 nov. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em: 24. abr. 2021.
- BRASIL, Lei n  13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 08. dez. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclama o 4335-5/AC**. Defensoria Pública da União e Juiz de Direito da Vara de Execu es Penais da Comarca de Rio Branco. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília. DJe, 22 out. 2014, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em 14 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.406/RJ**. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília. DJe, 01 fev. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388321&ext=.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.470/RJ**. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília. DJe, 01 fev. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388378&ext=.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **ADI 3.937/SP**. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília. DJe, 01 fev. 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028439>>. Acesso em 24 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 886**. Brasília. DOU 30 nov. 2017. Disponível em <<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>>. Acesso em 24 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 16.512/DF**. Engenharia Souza e Barker Ltda e outros. Rel. Min. Oswaldo Trigueiro. Brasília. DJU, 01 jan. 1970. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14569369/mandado-de-seguranca-ms-16512-df>>. Acesso em 24 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 197.917-8/SP**. Ministério Público Estadual de São Paulo e Câmara Municipal de Mira Estrela e outros. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília. DJ, 07 mai. 2004. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/774152/recurso-extraordinario-re-197917-sp>>. Acesso em: 02 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno do STF. Atualizado até outubro de 2020. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 19 out. 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2021.

BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. **Revista de informação legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 13, n. 50, p. 55-64, abr./jun. 1976. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181304>>. Acesso em 6 out. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 1696 p.

BULOS, Uadi Lammêgo. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de informação legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 33, n. 129, p. 25-43, jan./mar. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176380>>. Acesso em 26 out. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997. 199 p.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, 30. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-pub, 735 p.

COSTA, Alexandre Araújo; CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de; FARIAS, Felipe Justino de. Controle de constitucionalidade no Brasil: eficácia das políticas de concentração e seletividade. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 155-187, abr. 2016. ISSN 2317-6172. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322016000100155&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322016000100155&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 16 mar. 2021.

DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. 360 p.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2005. 925 p.

DIDIER JÚNIOR; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**, v. 2. 11ª edição. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 469.

ESTORILIO, Rafael; BENVINDO, Juliano Zaiden. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, p. 173-192, 2017. Disponível em: <[https://www.kas.de/c/document\\_library/get\\_file?uuid=ff417ec1-ee2-f606-49c5-78fb2f5c9c1b&groupId=265553](https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=ff417ec1-ee2-f606-49c5-78fb2f5c9c1b&groupId=265553)>. Acesso em: 11. dez. 2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. 2.208 p.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Formais e Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. 2. ed. Osasco: Edifeo, 2015. E-book. 280p.

ISHIKAWA, Lauro; FROTA JÚNIOR, Clóvis Smith. A abstração do controle difuso de constitucionalidade brasileiro. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 133-154, abr./jun. 2019. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril\\_v56\\_n222\\_p133](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p133)>. Acesso em: 15 de jul. 2021.

JUNIOR, Nelson Nery. O Senado Federal e o controle concreto de constitucionalidade de leis e de atos Normativos Separação de poderes, Poder Legislativo e interpretação da CF 52 X. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, v. 47, n. 187, p. p. 193-200, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198654>>. Acesso em: 01 set. 2021.

MEDEIROS, Orione Dantas de. O controle de constitucionalidade na constituição brasileira de 1988: do modelo híbrido à tentativa de alteração para um sistema misto complexo. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, v. 50, n. 200, p. 189-210, out./dez. 2013. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/502943>>. Acesso em: 15 de jul. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet; **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-pub. 1680 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, v. 45, n. 179, p. 257-276, jul./set. 2008. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176518>>. Acesso em: 16. mar. 2021.

NOVAIS, Fabrício Muraro; JACOB, Muriel Amaral. Mutação constitucional e abstrativização do controle difuso de constitucionalidade no Brasil: alcance eficaz do art. 525, § 12 do código de processo civil. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 310- jul./dez, 2018. ISSN: 2238944-X. Disponível em: <<https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/151/189>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

PORTO, José Roberto Mello; MARTINS, Danniell Adriano Araldi. STF não adota (ainda) a abstrativização do controle difuso. **Revista Consultor Jurídico**, mai. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-10/opinioao-stf-nao-adota-ainda-abstrativizacao-controle-difuso>>. Acesso em: 08. dez. 2021.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. “Mutação à brasileira”: uma análise empírica do art. 52, x, da constituição. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 597-614, jul-dez. 2014. ISSN 2317-6172. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322014000200597&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322014000200597&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 15 mar. 2021.

SIQUEIRA, Oniye Nashara; BARUFI, Renato Britto; NETO, Zaiden Geraige. A objetivação do controle difuso e os fundamentos da inaplicabilidade da mutação do art. 52, x da constituição federal. **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**, n. 8, p. 1512-1532, 12 dez. 2020. ISSN 2358-1557. Disponível em: <<https://revistas.unaerp.br/cbpc/article/view/2151/1679>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

SPOSATO, Karyna Batista; CAVALCANTI, Clara Angélica Gonçalves Dias; GÓIS, João Alberto de Oliveira. Limites para mutação constitucional? A viragem interpretativa do artigo 52, X, da Constituição Federal de 88. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 55, p.150-161, nov. 2018. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12341>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, PR, n. 7, p. 45-68, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. **Ajuris**, Rio Grande do Sul, v. 41, n. 135., p. 173-187 2014. Disponível em: <<http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/333/268#:~:text=As%20quando%20falamos%20de%20limites,a%20n%C3%B3s%20apenas%20uma%20reprodu%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 21 nov. 2021.