

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**PAULA PADILHA PENTEADO**

**MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 52, INCISO X, DA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

**CURITIBA  
2012**

**PAULA PADILHA PENTEADO**

**MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 52, INCISO X, DA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Monografia apresentada ao núcleo de Monografias como requisito parcial à conclusão do Curso de Bacharelado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Eneida Desiree Salgado.

**CURITIBA  
2012**

## **AGRADECIMENTOS**

Obrigada à Professora Desiree, pela atenção, dedicação, presteza e pelos conselhos sempre pertinentes, sem os quais este trabalho não teria sido tão construtivo para o meu desenvolvimento acadêmico.

Aos meus pais, Patricia e Renato, que me deram todo o amor de que uma filha precisa e sempre me deixaram livre para seguir meu caminho, sem que eu nunca me sentisse só, desamparada ou desorientada.

Ao meu irmão, André, que ao longo dos anos se tornou um grande amigo e companheiro.

Ao Vitor, meu parceiro de vida, com quem compartilho todas as felicidades e angústias (inclusive cada capítulo deste trabalho!) e que me ilumina a cada dia.

À minha avó, Carmen, com quem a convivência é um aprendizado constante e que ensina quem a conhece a viver com alegria de criança, contagiando com sua ternura.

Ao meu avô, Padilha, pelas cartas e mensagens, que me mostraram que o amor pelo conhecimento e o zelo por quem amamos é o que se leva da vida, para tentar fazer do mundo um lugar melhor.

Aos meus tios e primos, que também são um pouco pai, mãe ou irmão, concretizando exatamente o que família significa.

Aos “amigos desde sempre”, que me acompanham e celebram a cada nova etapa, e aos “novos amigos”, que tive a honra imensurável de conhecer nesta Casa, por todos os momentos de descontração e de incentivo, que tornaram os últimos cinco anos inesquecíveis.

Muito obrigada!

## RESUMO

O fenômeno da mutação constitucional, apesar de imprescindível para que a Constituição possa se adaptar à realidade social em que se insere, não pode ser admitido de forma irrestrita. Pelo contrário: é necessário que sejam estabelecidos limites a ele, sob pena de quebrantamento da ordem constitucional. Nesse sentido é que deve ser entendida a impossibilidade da alteração na interpretação do texto do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, por se tratar de uma mutação inconstitucional, que ultrapassa o âmbito normativo do texto. É certo que o controle de constitucionalidade na modalidade difusa gera dificuldades práticas em sua aplicabilidade, podendo ameaçar a segurança jurídica, a celeridade processual, a prestação jurisdicional adequada e a racionalização da justiça. Todavia, isso não legitima o órgão de cúpula do Poder Judiciário a conferir interpretação à norma que, fugindo ao limite do texto, é apta a desvirtuar este modelo de controle de constitucionalidade, a separação dos poderes e, em última instância, fraudar a Lei Fundamental. Para conferir caráter vinculante e eficácia *erga omnes* às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal foi criado em 2004 um mecanismo, em tese, mais seguro: a edição de Súmulas Vinculantes. O objeto deste trabalho é analisar a tese apresentada por parte da doutrina, que admite ter havido uma verdadeira mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988, à luz da teoria que estuda esse fenômeno, levando em conta os aspectos práticos relativos a esse dispositivo e ao controle de constitucionalidade.

**Palavras-chave:** controle de constitucionalidade; mutação constitucional; Senado Federal.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>1</b>
<b>1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	<b>4</b>
1.1 RELATO HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL .....	9
1.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	15
<b>2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL</b> .....	<b>24</b>
2.1 AS MODALIDADES DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL .....	26
2.2 OS LIMITES ÀS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS E AS MUTAÇÕES INCONSTITUCIONAIS.....	33
<b>3 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988</b> .....	<b>42</b>
3.1 A RECLAMAÇÃO Nº 4.335/AC E A TESE DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL .....	45
3.2 A MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AS SÚMULAS VINCULANTES .....	51
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>58</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>60</b>

## INTRODUÇÃO

O instrumento de controle de constitucionalidade, seja na sua modalidade difusa, seja na concentrada, tem sua existência justificada na hierarquia dos princípios e das regras constitucionais sobre as demais normas do ordenamento jurídico, na rigidez constitucional e no princípio da supremacia da Constituição. Isso porque a Carta é o ápice do ordenamento jurídico, de modo que todas as demais normas devem, obrigatoriamente, estar em consonância com o texto constitucional.

O sistema jurídico brasileiro atribui ao Supremo Tribunal Federal a função precípua de guardião da Constituição Federal, devendo ele assegurar a força normativa da Lei Fundamental. À Excelsa Corte compete o julgamento das arguições de inconstitucionalidade de lei, originariamente ou através de recurso.

O Brasil tradicionalmente adota o modelo de controle de constitucionalidade misto, uma vez que incorporou tanto a forma concentrada, quanto a forma difusa em seu sistema. Ao longo da história, consagraram-se entre elas alguns pontos de divergência. No controle concentrado, cabe a um órgão, exclusivamente, manifestar-se acerca da arguição de inconstitucionalidade da lei em abstrato, atribuindo à decisão efeitos *erga omnes*. Por outro lado, na forma difusa, diante de um caso concreto, qualquer órgão ou juiz pode proferir julgamento que verse sobre a inconstitucionalidade da lei, sendo a questão apresentada incidentalmente, e a manifestação capaz de produzir efeitos, a princípio, tão somente *inter partes*.

Desde a Constituição de 1934, vem sendo repetida a previsão expressa de que, uma vez declarada a inconstitucionalidade de ato ou lei pelo Supremo Tribunal Federal, é competência do Senado Federal suspender a sua execução. Esse é o mecanismo clássico, previsto na ordem constitucional brasileira, para que as decisões da Suprema Corte proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade sejam dotadas de efeitos *erga omnes*.

Ocorre que desde a promulgação da Carta de 1988 vislumbrou-se uma ampliação das hipóteses de cabimento e do rol de legitimados à propositura de arguições de inconstitucionalidade na forma concentrada, via ação. Diante desse cenário, parte da doutrina afirma que o modelo difuso de controle de constitucionalidade perdeu força e, inclusive, que não subsistem mais motivos para diferenciá-lo do modelo abstrato, no que diz respeito a seus efeitos.

Além disso, é notável no Brasil, país em que a Constituição é analítica – sendo vasto o rol de questões que podem chegar a ser apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal, via Recurso Extraordinário -, a existência exacerbada de processos pendentes de julgamento na mais Alta Corte do Poder Judiciário. Por outro lado, os princípios da isonomia, da segurança jurídica, da celeridade processual, da prestação jurisdicional adequada, da racionalização da justiça podem restar comprometidos, ante a divergência entre os vários órgãos e tribunais do território nacional e a morosidade incontestável do trâmite processual, até que se chegue à resposta definitiva da Suprema Corte.

Diante desses questionamentos e de outras controvérsias teóricas que serão apresentados no presente estudo, o constitucionalista e atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes sustenta a tese de que teria havido uma *verdadeira mutação constitucional* do art. 52, inciso X, da Constituição Federal. Para essa corrente, é necessária nova leitura do texto, no sentido de interpretar que o papel do Senado Federal é tão somente dar publicidade à decisão da Corte que tenha julgado inconstitucional o ato ou a lei, no controle difuso de constitucionalidade.

A partir dos ensinamentos de alguns dos principais autores que trataram dos conceitos, das modalidades e dos limites de *mutação constitucional*, o ensaio propõe-se a investigar a procedência da tese apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes.

Para tanto, em primeiro lugar, serão evidenciados alguns pontos relativos ao controle de constitucionalidade, sua origem e principais modelos adotados no mundo. Em seguida, será analisada a forma brasileira de controle de constitucionalidade, no decorrer da história constitucional pátria e sob a ótica da Constituição Federal de 1988.

Em um segundo momento, tratar-se-á da teoria da *mutação constitucional*. Através da leitura de autores consagrados que estudaram o tema, serão apresentados os possíveis conceitos de mutação constitucional, bem como suas modalidades e seus limites.

Em seguida, à luz da teoria da mutação constitucional, a tese referente ao art. 52, inciso X, da Constituição Federal será apresentada e interpretada. Por fim, será analisada a atual fórmula constitucional empregada como alternativa para conceder caráter vinculante aos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal: o

instrumento da Súmula Vinculante, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, no ano de 2004.



## 1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A relação entre a hierarquia dos princípios e das regras constitucionais sobre as demais normas do ordenamento jurídico, o princípio da supremacia da Constituição, a rigidez constitucional e o controle de constitucionalidade são de sublime importância para a compreensão do sistema jurídico como um todo. Não é à toa que esses conceitos são constantemente apresentados e debatidos pela doutrina mais consagrada.

Como afirma Paulo Bonavides, a norma constitucional, por ser fruto do poder constituinte, goza de superioridade hierárquica em relação às demais normas do ordenamento jurídico, derivadas de simples ato do poder constituído.<sup>1</sup>

Nessa esteira, defende José Afonso da Silva que a Constituição representa o vértice do sistema escalonado de normas e a “lei fundamental e suprema do Estado brasileiro”,<sup>2</sup> o que impede qualquer ato normativo de modificar ou contrariar seu significado. Quer dizer, “o princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição”.<sup>3</sup> Nesse sentido, não é possível se admitir, no sistema jurídico, a existência de normas que não estejam em consonância com o que é constitucionalmente previsto.

A Carta brasileira é classificada como constituição rígida, pois exige um procedimento especial de revisão, o que não ocorre nas constituições flexíveis. Através desse rito diferenciado, confere-se às normas constitucionais maior estabilidade em relação àquelas de hierarquia inferior, que são revistas por procedimento mais simples. Desse modo, o princípio da supremacia é reafirmado. Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, é justamente a partir da distinção entre constituição rígida e flexível, de poder constituinte originário e derivado, que surge a necessidade de um controle de constitucionalidade,<sup>4</sup> para que, no caso de confronto entre normas constitucionais e normas infraconstitucionais, seja assegurada a prevalência daquelas em relação a estas.

---

<sup>1</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 296.

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 46.

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. Op. cit., p. 46.

<sup>4</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 34.

Para Alexandre de Moraes, a necessidade do mecanismo de controle de constitucionalidade está relacionada à noção de supremacia da constituição, de rigidez constitucional e de proteção dos direitos fundamentais.<sup>5</sup> O controle de constitucionalidade de leis resguarda a força normativa da constituição, garantindo sua prevalência em relação às demais normas.

Como elucida Clèmerson Merlin Clève, o controle de constitucionalidade dos atos normativos depende da “(i) existência de uma Constituição formal; (ii) compreensão da Constituição como lei fundamental (rigidez e supremacia constitucionais; distinção entre leis ordinárias e leis constitucionais); (iii) e previsão de pelo menos um órgão dotado de competência para o exercício dessa atividade”.<sup>6</sup>

Assegura Gilmar Ferreira Mendes que o texto constitucional não possui pretensão de completude e precisão, cumprindo função regulatória. Isso exige da Carta a necessária flexibilidade, que permite que seu conteúdo permaneça aberto dentro do tempo, podendo se adequar à dinâmica do processo político-social. Portanto, estabilidade e desenvolvimento devem ser conciliados, de modo que o controle de constitucionalidade seja compatível com o não congelamento do sistema jurídico.<sup>7</sup>

Na prática, o controle dos atos normativos, quando exercido por órgão integrante do Poder Judiciário, pode ser concentrado, difuso ou misto, sendo este último aquele modelo que adota ambos os sistemas, como é o caso do Brasil.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 577.

<sup>6</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade do direito brasileiro**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 28-29.

<sup>7</sup> Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1050-1051.

<sup>8</sup> Ao lado do controle de constitucionalidade exercido por órgão jurisdicional, existe o controle político (denominado modelo francês), no qual quem exerce o controle é um órgão político, e não jurisdicional, podendo fazê-lo em caráter repressivo ou preventivo. No Brasil, o controle de constitucionalidade realizado pelas Casas Legislativas, através das Comissões de Constituição e Justiça ou por outras comissões, e também o veto do chefe do Poder Executivo com fundamento de inconstitucionalidade são manifestações comuns do controle político. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 1055. Ainda, para o Poder Executivo, existe a possibilidade de propositura de ação direta; por sua vez, o Poder Legislativo pode controlar a constitucionalidade da lei através da rejeição do veto do chefe do Executivo, da sustação de ato normativo do Executivo, do juízo prévio acerca das medidas provisórias, de aprovação de emenda constitucional que tenha superado uma interpretação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, através da propositura da ação direta pelos órgãos do Poder Legislativo e, ainda, pela revogação (com efeitos *ex nunc*) de lei inconstitucional por razões de conveniência e oportunidade. Apesar dessas várias possibilidades de controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, no Brasil o único órgão competente para declarar a inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* é o Poder Judiciário. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 67-76.

O controle de constitucionalidade difuso, exemplo extraído do sistema norte-americano (caso *Madison versus Marbury*, 1802), pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal, que analisa a compatibilidade, no caso concreto, do dispositivo infraconstitucional com a Carta. Exatamente por isso, esta forma de controle é denominada *difuso*, se contrapondo ao modelo *concentrado*, exercido por apenas um órgão do Poder Judiciário.

Este modelo é relacionado à forma incidental de controle de normas, que ocorre quando, no curso de uma demanda judicial, uma das partes alega a inconstitucionalidade da lei, em defesa de seu pedido.<sup>9</sup> A manifestação do Poder Judiciário acerca da inconstitucionalidade é questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito, que analisa o caso concreto tendo em vista as suas peculiaridades. A exceção é decidida como questão preliminar/incidental pelo juiz, que, só depois de resolvê-la, passará a julgar o pedido inicialmente formulado.

O reconhecimento de inconstitucionalidade da lei não atinge quem não for parte da demanda, sendo os efeitos *ex tunc* e *inter partes*, a princípio. Isso porque a decisão acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei é fundada em um caso concreto, de modo que atinge tão somente as partes do processo. A lei, portanto, não é anulada em abstrato; pelo contrário, ela continua a vigor no ordenamento jurídico, sendo apta a produzir efeitos normalmente para as demais situações fáticas.<sup>10</sup>

No Brasil, o controle difuso de constitucionalidade é sempre *incidenter tantum* e qualquer juiz ou tribunal pode se manifestar acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade suscitada incidentalmente. O Supremo Tribunal Federal também é competente para analisar e julgar a questão, desde que uma das partes recorra, através de Recurso Extraordinário, à Suprema Corte. Entretanto, vale frisar que mesmo que a controvérsia seja alvo de decisão do Supremo Tribunal Federal, via Recurso Extraordinário, ainda assim, o controle de constitucionalidade permanece sendo incidental.<sup>11</sup>

Levando-se em conta que o controle difuso de constitucionalidade brasileiro segue a linha adotada no sistema jurídico dos Estados Unidos, considera-se interessante elucidar alguns aspectos desse modelo. A Suprema Corte norte-

---

<sup>9</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 302.

<sup>10</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v.1, p. 56.

<sup>11</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. Op. cit., p. 58.

americana é o último intérprete da Constituição, possuindo, além de competência originária, jurisdição em grau de recurso. O mesmo ocorre no sistema jurídico brasileiro, em relação ao Supremo Tribunal Federal. O que marca a diferença desse modelo em relação ao adotado no Brasil é a vinculação aos precedentes. Conforme Gustavo Santana Nogueira, quando a Lei Fundamental passou a ser tutelada pelo Poder Judiciário, especialmente pela Suprema Corte norte-americana, foi conferido aos seus precedentes em matéria constitucional um prestígio inigualável, perante os demais Tribunais do país e perante a sociedade como um todo.<sup>12</sup>

Segundo Fredie Didier Júnior, “precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.”<sup>13</sup> Os precedentes, para Rogério Cruz e Tucci, são compostos por dois aspectos: as circunstâncias fáticas da controvérsia e a tese ou princípio jurídico que fundamentou a decisão – a *ratio decidendi*.<sup>14</sup>

A *ratio decidendi*, portanto, é a fundamentação jurídica que enseja determinado resultado, a tese adotada pelo órgão julgador, o elemento que de fato apresenta o caráter persuasivo. Não se confunde com o *obiter dictum*, “argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão”.<sup>15</sup> A partir dessa distinção, passou-se a entender que “não era o caso julgado em si que irrompia importante, mas, sim, a *ratio decidendi*, isto é, o princípio de direito contido na sentença.”<sup>16</sup> Para garantir a segurança jurídica, o modelo norte-americano é fundado no princípio do *stare decisis*, que vincula as decisões estritamente aos precedentes coercitivos, a mais importante fonte de direito.<sup>17</sup> Esta é a expressão reduzida do termo latino “*stare decisis et non quieta movere*”, que significa “ficar como foi decidido e não mexer no que está quieto”.<sup>18</sup>

---

<sup>12</sup> NOGUEIRA, Gustavo Santana. ***Stare decisis et non quieta movere***: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 161.

<sup>13</sup> JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, v. 2, p. 385.

<sup>14</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 12.

<sup>15</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. Op. cit., p. 388.

<sup>16</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. Op. cit., p. 157.

<sup>17</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. Op. cit., p. 12

<sup>18</sup> RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 65.

A decisão que verse sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei, uma vez submetida à apreciação da Suprema Corte e declarada como precedente, impede, primeiramente, a própria corte de rediscutir a matéria. Em segundo lugar, o *decisum* de todos os órgãos do Poder Judiciário sempre estará vinculado ao entendimento da Corte. Através dessa lógica, o julgamento declaratório de inconstitucionalidade da lei recebe eficácia *erga omnes*.

Luiz Guilherme Marinoni, ao distinguir os dois efeitos, esclarece:

Partindo-se de um ponto de vista prático, a *stare decisis* em sentido horizontal corresponderia à nossa coisa julgada *erga omnes* em matéria constitucional, já que impede a rediscussão da matéria pelo Supremo Tribunal Federal. Já a *stare decisis* em sentido vertical, esta sim, sem dúvida, é idêntica ao efeito vinculante que emana das decisões do Plenário do Supremo Tribunal em matéria constitucional.<sup>19</sup>

Impera a noção, no entendimento norte-americano, de que o papel do Poder Judiciário não é apenas decidir conflitos de ordem concreta, mas a ele cumpre também a tarefa de produzir decisões aptas a servir de orientação para casos futuros.<sup>20</sup>

Como mencionado, pode-se afirmar que o Brasil adota o modelo misto de controle de constitucionalidade, pois, além da forma difusa, tem incorporado em seu sistema jurídico a modalidade concentrada. O controle de constitucionalidade concentrado, por sua vez, foi desenvolvido a partir do modelo austríaco, pensado pelo jurista Hans Kelsen. Nesse modelo, a competência para julgar a questão é reservada a um único órgão ou Tribunal. Para o autor, como elucida Clèmerson Merlin Clève, caberia à própria Constituição estabelecer o método de anulação da lei inconstitucional e atribuir essa competência a um órgão específico, a ser definido pela própria Carta. Segundo a Constituição austríaca de 1920, essa tarefa foi outorgada a uma Corte Constitucional, competente para fiscalizar a constitucionalidade, de modo exclusivamente concentrado, por via de ação direta.<sup>21</sup>

Através dessa forma de controle, busca-se a declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade de uma lei ou ato normativo em abstrato, independentemente da existência de um caso concreto e de partes

---

<sup>19</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 24.

<sup>20</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. Op. cit., p. 25.

<sup>21</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade do direito brasileiro**. Op. cit., p. 68.

processuais. Daí ser possível afirmar que o processo nessa espécie de controle é objetivo. O que se pretende é obter a invalidação da lei, para garantir a segurança das relações jurídicas, que não podem ser fundadas em preceitos inconstitucionais.<sup>22</sup>

Portanto, a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade pretendida através da pronúncia do órgão jurisdicional é o objeto da ação em si. O controle concentrado é abstrato e exercido por via de ação prevista formalmente no texto constitucional. A declaração acerca da inconstitucionalidade da lei, proferida pela Corte Constitucional, é soberana e vinculante.<sup>23</sup>

Segundo Hans Kelsen, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade de lei tem caráter desconstitutivo e produz eficácia *ex nunc*.<sup>24</sup> Isso porque a lei inconstitucional é anulável - e não nula, perdendo sua validade somente no momento em que é anulada.<sup>25</sup> Além disso, como a declaração tem por objeto a lei em tese, em abstrato, natural que as consequências da decisão atinjam a toda coletividade: portanto, a eficácia da declaração de inconstitucionalidade no controle abstrato e concentrado de normas é *erga omnes*.

No Brasil, a Constituição Republicana de 1891, pela primeira vez adotou o controle de constitucionalidade, o que ocorreu através do modelo difuso, seguindo os moldes norte-americanos. Já no que tange à forma concentrada de controle, sua manifestação no sistema jurídico brasileiro ocorreu somente na Carta de 1934, ainda em caráter excepcional. Para melhor compreensão do tema, cumpre ressaltar alguns pontos relativos ao histórico desses institutos, no ordenamento constitucional brasileiro.

## 1.1 RELATO HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Em um primeiro momento, não havia qualquer sistema de controle de constitucionalidade na Constituição Imperial de 1824, consagrando-se o “dogma da

---

<sup>22</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Op. cit., p. 606.

<sup>23</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 307.

<sup>24</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. Op. cit., p. 39.

<sup>25</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade do direito brasileiro**. Op. cit., p. 68.

soberania do Parlamento”. Por um lado, cabia ao Poder Legislativo conhecer o real significado da norma, podendo interpretá-la, suspendê-la ou revogá-la. Por outro, cabia ao Poder Moderador, exercido pelo Chefe de Estado, velar pela independência, harmonia e equilíbrio entre os poderes.<sup>26</sup> O Imperador, através do Poder Moderador, possuía competência para intervir no Poder Legislativo e no Poder Judiciário.<sup>27</sup> Nesse contexto, restava inviável qualquer espécie judicial de controle de constitucionalidade.

A Constituição Republicana de 1891 incorporou o Decreto nº 848 de onze de outubro de 1890 - responsável pela criação do Supremo Tribunal Federal e do recurso extraordinário,<sup>28</sup> consagrando o controle de constitucionalidade difuso, exercido por qualquer juiz ou tribunal, por via de exceção que, mediante provocação das partes, poderia ser levado à apreciação do Supremo Tribunal Federal, incidente e prejudicialmente. A partir desse momento histórico, o Brasil passou a adotar o modelo americano do controle de constitucionalidade.<sup>29</sup> Nesse sentido, a Lei nº 221 de vinte de novembro de 1894, em seu artigo 13, “a”, previa: “Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.”<sup>30</sup>

A Constituição de 1934 manteve o sistema de controle de constitucionalidade difuso, mas trouxe inovações. Em primeiro lugar, a fim de estabelecer a segurança jurídica frente aos divergentes posicionamentos dos tribunais, passou a exigir que a declaração de inconstitucionalidade fosse realizada pela maioria do tribunal, instituindo a cláusula de reserva de plenário. Esse dispositivo é mais uma marca da influência da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, onde a deliberação é feita sob concordância da maioria dos juízes do órgão de cúpula do poder judiciário.<sup>31</sup>

---

<sup>26</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 1084.

<sup>27</sup> PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. 2. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 120-121.

<sup>28</sup> POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 76.

<sup>29</sup> BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. 2. ed. atual. por José Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 28.

<sup>30</sup> BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. Op. cit., p. 29.

<sup>31</sup> PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade**. Op. cit., p. 123.

Além disso, a Constituição de 1934 teve inserida em seu texto norma que tornava o Senado Federal competente para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”, atribuindo efeitos *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Desse modo, solucionava-se o problema da não obrigatoriedade da decisão de inconstitucionalidade frente aos juízes singulares e tribunais estaduais - no modelo de controle adotado pelo Brasil, a lei continuava em vigor, podendo ser amplamente aplicada pelo magistrado que não se convencesse da declaração do Supremo Tribunal Federal, ao contrário do que ocorre em países da *common law*, onde os precedentes adquirem caráter vinculante. A nova atribuição ao Senado Federal cumpriu a finalidade de conferir efeito *erga omnes* ao pronunciamento da Suprema Corte, além de harmonizar e equilibrar os Poderes, ao remeter a um órgão do Poder Legislativo a competência para suspender a execução da lei declarada inconstitucional.<sup>32</sup> Esse sistema “permitia o alargamento dos efeitos da decisão judicial, após intervenção do Senado Federal, que passou dessa maneira a suspender para todos os casos os efeitos do ato inconstitucional, e não apenas naquele *sub judice*”.<sup>33</sup> Ainda, conforme afirma Oswaldo Luiz Palu, foi atribuído ao Senado Federal o *status* de *órgão de coordenação dos poderes*, sendo quase que um quarto Poder.<sup>34</sup>

O terceiro aspecto inovador trazido pela Constituição de 1934 consiste em uma exceção ao controle difuso e incidental: a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade de lei federal que decretou a intervenção,<sup>35</sup> mediante provocação do Procurador-Geral da República, através da representação interventiva. Isso poderia ocorrer quando os Estados-membros, ao elaborarem suas Constituições e leis, deixassem de observar os princípios de repetição obrigatória, chamados princípios *sensíveis*,<sup>36</sup> que constavam no art. 7º da Carta.<sup>37</sup> Quando

---

<sup>32</sup> POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. Op. cit., p. 80.

<sup>33</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 411.

<sup>34</sup> PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade**. Op. cit., p. 124, 129 e 130.

<sup>35</sup> PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade**. Op. cit., p. 124.

<sup>36</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Op. cit., p. 62 e 63.

<sup>37</sup> A representação interventiva poderia ser proposta quando o Estado-membro violasse um dos seguintes princípios, constantes do art. 7º, I, *a a h*, da Constituição de 1934: a) forma republicana representativa; b) independência e coordenação de poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato; d) autonomia dos Municípios; e) garantias do



houvesse violação desses princípios por parte dos Estados, abria-se a possibilidade da intervenção federal. Entretanto, antes que esta intervenção ocorresse, a lei que a regia deveria ser submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal, mediante provocação do Procurador-Geral da República. Somente se a lei interventiva fosse julgada constitucional e, conseqüentemente, que se verificasse que a lei estadual realmente atentava contra os princípios sensíveis, é que a intervenção seria possível. Nesse sentido, é correto afirmar que a declaração de inconstitucionalidade da lei poderia evitar a intervenção, e que o reconhecimento de sua constitucionalidade era requisito para que ela ocorresse.<sup>38</sup>

Diante dessa constatação, afirma-se que nesse momento constitucional o controle de constitucionalidade das leis passou a ter natureza jurisdicional política. Isso porque dependia de um ato complexo, emanado por dois órgãos de mesma hierarquia horizontal. Por um lado, a intervenção federal nos Estados dependia de lei editada exclusivamente pelo Senado Federal, que era submetida necessariamente ao crivo de constitucionalidade do Poder Judiciário, mediante provocação do Ministério Público; por outro, a decisão acerca da constitucionalidade, em sede de controle difuso, proferida pelo Poder Judiciário teria eficácia *erga omnes* vinculada a atuação do Senado Federal.<sup>39</sup> Ainda, cumpre ressaltar que na Constituinte de 1934 um projeto de instituição de uma Corte Constitucional foi apresentado, nos moldes austríacos.<sup>40</sup>

Esse momento da história mundial é marcado pelo contexto pós-guerra de 1918. No Brasil, a bipolarização era evidenciada pela disputa de poder entre o partido fascista de um lado (Ação Integralista Brasileira, cujo chefe era Plínio Salgado) e os movimentos que reorganizavam o partido comunista, de outro (sob chefia de Carlos Prestes). Diante desse cenário, Getúlio Vargas, que fora eleito pela Assembleia Constituinte para exercer o poder no quadriênio constitucional, dissolveu a Câmara e o Senado, revogou a Constituição de 1934 e outorgou a Carta de 1937,

---

Poder Judiciário e do Ministério Público locais; f) prestação de contas da Administração; g) possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la; h) representação das profissões.

<sup>38</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 1087.

<sup>39</sup> PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade**. Op. cit., p. 128.

<sup>40</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. MARTINS; Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei nº 9.668, de 10/11/1999. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 49 e 50.

implantando o denominado Estado Novo, que nunca foi submetido à aprovação por plebiscito, como o Presidente houvera prometido.<sup>41</sup>

A Carta de 1937 conservou o sistema difuso e incidental de controle de constitucionalidade. Por outro lado, sendo fruto do período ditatorial, fortaleceu o Poder Executivo, pois passou a permitir que o Presidente da República interviesse na decisão do Poder Judiciário que houvesse reconhecido a inconstitucionalidade da lei. O reconhecimento poderia, de acordo com o interesse do Presidente da República, ser remetido ao Parlamento para seu reexame. O Poder Legislativo, por sua vez, poderia tornar sem efeito a declaração de inconstitucionalidade por decisão de dois terços de ambas as Casas, confirmando a validade da lei.<sup>42</sup> Observava-se, portanto, que a lei confirmada passaria a ter força de uma emenda constitucional, através de uma peculiar modalidade de revisão constitucional. Ainda, a Constituição Federal de 1937 proibiu o conhecimento de questões exclusivamente políticas pelo Judiciário e não contemplou a existência de uma Justiça Federal.<sup>43</sup>

Em dois de fevereiro de 1946 instalou-se a Assembleia Constituinte, representada por várias correntes de opinião, que cumpriu a tarefa da redemocratização.<sup>44</sup> A Constituição de 1946 restabeleceu o controle judicial no Direito brasileiro e não incorporou o dispositivo que permitia a intervenção do Chefe do Poder Executivo na decisão do Poder Judiciário, nem o sucessivo reexame pelo Poder Legislativo. Dessa forma, foi garantida a adoção do sistema norte-americano de controle de constitucionalidade, no sentido de que imperava a soberania do

---

<sup>41</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. Op. cit., p. 82 e 83.

<sup>42</sup> É interessante ressaltar que o Presidente Getúlio Vargas houvera dissolvido a Câmara e o Senado, antes de outorgar a Constituição de 1937, como afirmado anteriormente. Portanto, na realidade, a atribuição do Poder Legislativo de tornar sem efeito a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Poder Judiciário passou a ser do próprio Chefe do Executivo, que, na prática, chamou para si uma atribuição constitucionalmente prevista ao Poder Legislativo, que nunca saiu do papel. Segundo Elival da Silva Ramos: “retomava-se, a bem de ver, o dogma da supremacia da lei, superado entre nós a partir da implantação do regime republicano, porém não sob as bases liberal-democráticas que o suportavam em solo europeu e sim sob o influxo de uma concepção autoritária, favorável à concentração de poderes, que procurava dotar a Presidência da República de plenos poderes para promover ‘a política legislativa de interesse nacional’”. RAMOS, Elival da Silva. **Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil**. Tese apresentada à faculdade de direito da Universidade de São Paulo, para inscrição em concurso público visando ao provimento de cargo de professor titular, junto ao departamento de direito do Estado – área de direito constitucional. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005, p. 190-191.

<sup>43</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. MARTINS; Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**. Op. cit., p. 50 e 51.

<sup>44</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. Op. cit., p. 84 e 85.

Supremo Tribunal Federal.<sup>45</sup> Além da competência para julgar recursos ordinários, foi regulamentada a apreciação dos recursos extraordinários. A exigência da maioria absoluta do Tribunal para declaração de inconstitucionalidade foi preservada, bem como a competência do Senado Federal para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal; porém, não mais enquanto quarto poder.<sup>46</sup> Ao Procurador-Geral da República foi mantida competência para propor representação por inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, nos casos que suscitariam intervenção federal nos entes que violassem deveres constitucionalmente a eles impostos. Entretanto, o próprio ato passou a ter a sua inconstitucionalidade questionada para fins de intervenção, e não mais a lei que a houvesse decretado – ou seja, o ato arguido de inconstitucionalidade seria submetido, pelo Procurador-Geral ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarasse, a intervenção seria decretada.<sup>47</sup> A arguição de constitucionalidade direta foi amplamente utilizada, nessa fase da história.<sup>48</sup>

Sob a égide da Carta de 1946, o Brasil encontrava-se em um momento de sucessivas crises políticas e conflitos constitucionais, que culminaram no golpe militar, em 1º de abril de 1964. Assim que o Comando Militar Revolucionário tomou o poder, expediu o primeiro Ato Institucional, logo em nove de abril de 1964, mantendo a ordem constitucional vigente, mas impondo uma série de restrições aos direitos políticos. Em seguida, foram expedidos os Atos Institucionais nº 2, nº 3 e nº 4. Este último previa o procedimento a ser seguido pelo Congresso, quando fosse votar a nova Constituição, apresentada pelo governo. Em 1967 essa nova Constituição, que incorporava as alterações sofridas pela Carta de 1946, foi outorgada.

Em relação a essas alterações, a Emenda Constitucional nº 16/1965 criou, no Direito brasileiro, o controle abstrato de normas estaduais e federais, via ação direta de inconstitucionalidade, proposta exclusivamente pelo Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal, com vistas a “defender diretamente o sistema jurídico objetivo”.<sup>49</sup> Foi a partir dessa ação direta de controle de

---

<sup>45</sup> BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. Op. cit., p. 31.

<sup>46</sup> PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade**. Op. cit., p. 130.

<sup>47</sup> PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade**. Op. cit., p. 130.

<sup>48</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. MARTINS; Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**. Op. cit., p. 53.

<sup>49</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 1094.

constitucionalidade para fins de intervenção que o sistema de controle brasileiro foi construído,<sup>50</sup> pois desse momento em diante qualquer ato normativo federal ou estadual passou a ser suscetível de controle judicial.<sup>51</sup>

Tanto o controle de constitucionalidade difuso quanto a ação direta de inconstitucionalidade para fins de intervenção federal foram mantidos na Constituição de 1967, nos termos da Emenda Constitucional nº 16/65. Entretanto, em treze de dezembro de 1968 foi expedido o Ato Institucional nº 5, que rompeu com a ordem constitucional. O Presidente da época, Costa e Silva, estava impedido de exercer a sua função por motivo de saúde, e o exercício do Poder Executivo foi transferido aos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, que promulgaram a Emenda Constitucional nº 1 à Constituição de 1967, que deveria entrar em vigor em 1969. Na realidade, esta emenda se tratou de uma nova ordem constitucional, que refletia o período ditatorial.<sup>52</sup>

Na nova ordem que se estabeleceu, em 1977, a participação do Senado Federal foi reduzida. Isso porque, no dia 18 de abril, o Ministro-Presidente do Supremo Tribunal Federal, Thompson Flores, determinou que o Tribunal não deveria mais comunicar ao Senado a inconstitucionalidade declarada em ação direta, visto que a decisão passaria a apresentar efeitos *erga omnes*, o que tornava desnecessária a suspensão pelo Poder Legislativo.<sup>53</sup> A partir desse momento histórico, portanto, o Brasil mesclou o sistema de controle de constitucionalidade americano – adotado desde a Constituição de 1891-, com o modelo austríaco, em que as decisões declaratórias de inconstitucionalidade possuem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, independentemente da comunicação ao Senado Federal.

## 1.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Carta de 1988 ampliou os mecanismos de proteção judicial e o controle de constitucionalidade das leis.<sup>54</sup> A Constituição atualmente em vigência contempla

---

<sup>50</sup> POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. Op. cit., p. 84.

<sup>51</sup> PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade**. Op. cit., p. 132 e 133.

<sup>52</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. Op. cit., p. 87.

<sup>53</sup> CASTRO, João Bosco Marcial de. **O controle de constitucionalidade das leis e a intervenção do Senado Federal**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p. 30.

<sup>54</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 1101.

duas principais novidades: a inconstitucionalidade por omissão e a extensão do rol de legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, por ação ou omissão.<sup>55</sup> O controle de constitucionalidade das omissões legislativas pode ser feito de forma concentrada ou de forma difusa: o modelo concentrado se revela enquanto ação direta de inconstitucionalidade por omissão, mecanismo previsto no art. 103, §2º; já em relação ao modelo difuso, via incidental, a omissão legislativa será arguida através de Mandado de Injunção, nos termos do art. 5º, LXXI, da Constituição Federal. Enquanto o primeiro tem por objetivo precípua combater, em abstrato, a inefetividade das normas constitucionais, o segundo visa viabilizar, no caso concreto, o exercício de um direito ou de uma garantia constitucionalmente assegurados que não estão sendo viabilizados por conta da omissão legislativa.

Quanto à ampliação do rol dos que podem propor representação por inconstitucionalidade, a legitimidade que antes era restrita ao Procurador-Geral da República passou a pertencer ao Presidente da República, às Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados das Assembleias Legislativas dos Estados e da Câmara Legislativa do Distrito Federal, ao governador de Estado e do Distrito Federal, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Não foi contemplada a legitimidade do cidadão.<sup>56</sup>

Ao lado desses institutos, a Constituição Federal de 1988 permitiu a criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental, a ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, consoante o art. 102, §1º. Essa ação foi posteriormente regulamentada pela Lei nº 9.882, de três de dezembro de 1999. A Emenda Constitucional nº 3/1993 incluiu no art. 102, I, da Constituição a ação declaratória de constitucionalidade, de competência originária do Supremo Tribunal Federal. Além disso, com essa reforma passou-se a determinar que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzissem eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos órgãos dos Poderes Judiciário e Executivo.

Com a Reforma do Judiciário, fruto da Emenda Constitucional nº 45/2004, a legitimação ativa para o ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade foi ampliada, e os legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade o são

---

<sup>55</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. Op. cit., p. 51.

<sup>56</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. Op. cit., p. 51.

também para ajuizar ação direta de constitucionalidade, conforme o art. 103 da Constituição Federal. Finalmente, o efeito vinculante, antes concedido expressamente apenas à ação direta de constitucionalidade, passou a ser atributo, inclusive, da ação declaratória de inconstitucionalidade, de acordo com a nova redação do art. 102, §2º, da Carta.<sup>57</sup> Segundo José Rogério Cruz e Tucci, “abriu-se assim, a passos largos, o caminho de adoção, no Brasil, do *precedente judicial* com força vinculante em situações nas quais se encontram em jogo importantes *quaestiones iuris*, de inequívoco peso político”.<sup>58</sup> Outra importante contribuição da Emenda Constitucional nº 45/2004 foi a criação da Súmula Vinculante, instrumento fundamental para a atribuição de caráter obrigatório à jurisprudência da Suprema Corte, o qual será mais bem explicado adiante.

A Carta atual contempla, portanto, no controle jurisdicional, a inconstitucionalidade por ação ou por omissão, de forma difusa ou concentrada no Supremo Tribunal Federal, ou seja, por via de exceção ou por via de ação direta de inconstitucionalidade, e, ainda, a ação declaratória de constitucionalidade.<sup>59</sup> Ao lado desses mecanismos, há ainda a possibilidade de se ajuizar arguição de descumprimento de preceito fundamental, devidamente regulada em 1999.

Em relação à extensão da outorga do direito de ajuizamento de ação, para controlar a constitucionalidade, Gilmar Ferreira Mendes:

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de constitucionalidade (art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.<sup>60</sup>

Paralelamente, a Constituição de 1988 prevê as garantias, inclusive preventivas, do *habeas corpus* e do mandado de segurança, o que estendeu a via

---

<sup>57</sup> O art. 102, §2º da Constituição Federal, em sua redação atual, preconiza que “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

<sup>58</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. Op. cit., p. 271.

<sup>59</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. Op. cit., p. 51.

<sup>60</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 1104.

de defesa contra ato ou omissão eivado de inconstitucionalidade.<sup>61</sup> Todos esses mecanismos admitidos pela Carta de 1988 parecem aumentar as possibilidades de acesso dos indivíduos ao Poder Judiciário, que, além de contarem com a via incidental do controle de constitucionalidade, podem ter seus direitos assegurados através de outros instrumentos democráticos.

Nesse sentido, afirma Gilmar Mendes que a legitimação conferida a diversos órgãos da sociedade e a aplicação de mecanismos de controle revelam a intenção do constituinte – tanto originário, que na Carta de 1988 já ampliou o rol de cabimento e de legitimados para propositura dessas ações, quanto do poder de reforma, que acrescentou outras possibilidades - em fortalecer o controle concentrado de constitucionalidade. Ao lado do sistema difuso e dos novos mecanismos de defesa, quais sejam, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data e ação civil pública, a Carta de 1988 prevê a ação direta de inconstitucionalidade do direito federal e estadual em face da Constituição (art. 103), ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal em face da Constituição (legitimidade ativa análoga ao art. 103), representação interventiva formulada pelo Procurador Geral da República contra ato estadual considerado afrontoso aos princípios sensíveis ou para garantir execução de lei federal, e ação direta por omissão (mediante legitimados do art. 103).<sup>62</sup> Para Ronaldo Polleti, “a enumeração é exagerada e surpreendente. Com essa pulverização de sujeitos, o sistema brasileiro avançou para o da jurisdição concentrada”.<sup>63</sup> Nesse contexto, há quem indague qual o atual papel do controle difuso de constitucionalidade e questione o efeito tradicionalmente conferido somente *inter partes* às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nessa espécie de controle de leis em face da Constituição. Esse questionamento será tratado ao longo do presente estudo.

Apesar das alterações trazidas na Constituição de 1988 e da ampliação do rol de legitimados para arguir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, afirma Luís Roberto Barroso que a via incidental permanece sendo a única cabível ao cidadão comum para tutela de seus direitos subjetivos elencados na Carta.<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade**: Aspectos Jurídicos e Políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 198.

<sup>62</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 1112.

<sup>63</sup> POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. Op. cit., p. 92.

<sup>64</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Op. cit., p. 77.

Sendo a demanda proposta em primeiro grau, a parte sucumbente conta com a possibilidade de devolver a questão para análise do Tribunal *ad quem*. O regime adotado é previsto nos artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil. Preenchidos os requisitos, o pedido pode chegar a ser apreciado pela Suprema Corte, através de Recurso Extraordinário. Caso isso ocorra, existe a possibilidade de que o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade, mediante maioria absoluta dos votos. Saliente-se que essa decisão atinge somente as partes processuais, mesmo que proferida pela mais alta Corte. Para os sujeitos externos ao processo, a lei continua constitucional e produzindo todos seus efeitos.

Em relação a esses efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso de constitucionalidade, há algumas controversas. Segundo Gilmar Mendes, o Brasil adota o princípio da nulidade da lei inconstitucional, seguindo a corrente norte-americana, que afirma, tradicionalmente: “*the unconstitutional statute is not law at all*”.<sup>65</sup> A norma produzida em desacordo com a Carta não é lei, de modo que é possível afirmar que a lei inconstitucional é inexistente.<sup>66</sup> O juízo proferido no sentido da inconstitucionalidade da lei é meramente declaratório, não constitutivo, adquirindo efeito *ex tunc*. Conclui-se que a norma inconstitucional é sempre “nula, írrita, inválida, inexistente”.<sup>67</sup> Em sentido diametralmente oposto, no sistema austríaco de controle de constitucionalidade, aquele em que a arguição ocorre por *via de ação*, entende-se que “a lei inconstitucional não é nula, mas sim anulável, sendo válida até a sua anulação”.<sup>68</sup> Logo, é correto afirmar que neste modelo de controle, a decisão adquire efeito *ex nunc*, de acordo com a teoria da anulabilidade.<sup>69</sup> Porém, no direito pátrio, não se faz a distinção dos efeitos, no tempo, de acordo com o modelo seguido. Isso porque o

---

<sup>65</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 1146.

<sup>66</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 398.

<sup>67</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 399.

<sup>68</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade do direito brasileiro**. Op. cit., p. 68.

<sup>69</sup> Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes faz referência ao voto do Min. Leitão de Abreu no Recurso Extraordinário 79.34, e afirma: “Segundo essa concepção, a lei inconstitucional não poderia ser considerada nula, porque, tendo sido editada regularmente, gozaria de presunção de constitucionalidade, e sua aplicação continuada produziria consequências que não poderiam ser olvidadas. A lei inconstitucional não seria, portanto, nula *ipso jure*, mas apenas anulável. A declaração de inconstitucionalidade teria, assim, caráter constitutivo”. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE nº 197.917/SP, Relator: Ministro Maurício Corrêa, DJ 07/05/2004. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>, consultado em 04/12/2012.



Brasil, apesar de adotar o modelo misto de controle de constitucionalidade (difuso e abstrato), atribui – em regra-, a ambos os casos, efeito *ex tunc* à decisão que declara a lei inconstitucional, seja em tese, seja no caso concreto.<sup>70</sup>

Além disso, tradicionalmente, como já explicado, entende-se que o efeito da decisão acerca da inconstitucionalidade, em sede de controle difuso, além de ser *ex tunc*, é *inter partes*. Isso porque, sendo um processo subjetivo, “o objeto da causa é demarcado pelo pedido formulado, não podendo o pronunciamento judicial estender-se além dele”, de modo que “somente a parte *dispositiva* da sentença, na qual se contém a resolução das questões postas, que recebe a autoridade da coisa julgada”.<sup>71</sup> Ao menos essa era a noção predominante, antes da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que consagrou o mecanismo da Súmula Vinculante, como será explicado no decorrer do presente ensaio.

Diante do cenário apresentado, pode-se afirmar que o Brasil adotou o modelo de controle de constitucionalidade difuso americano, mas o fez de modo mitigado. Isso porque, em nosso ordenamento jurídico, não é aplicado tradicionalmente o princípio da vinculação aos precedentes. Pelo contrário, no sistema jurídico pátrio vigora o princípio do livre convencimento do juiz, em que o magistrado decide de acordo com sua consciência, diante do caso concreto. Como consequência dessa escolha, é plenamente possível que uma lei seja aplicada por alguns juízes, apesar de ser entendida como inconstitucional por outros, em situações idênticas. Nem mesmo a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da constitucionalidade da lei vincula o juiz, pois essa possui caráter, apenas, de orientação jurisprudencial.<sup>72</sup> Essa é a visão clássica, predominante ao menos até a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004.

No entanto, a Constituição prevê expressamente uma forma de ampliar os efeitos da declaração proferida pelo Supremo e atribuir efeitos vinculantes a ela, em sede de controle difuso de constitucionalidade: após o trânsito em julgado da

---

<sup>70</sup> Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes faz ampla explicação das correntes da nulidade e da anulabilidade da lei inconstitucional, confirmando o caráter constitucional ao princípio da nulidade; considera, ainda, que excepcionalmente, quando em confronto com o princípio da segurança jurídica, deve ser feita ponderação entre eles. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE nº 197.917/SP, Relator: Ministro Maurício Corrêa, DJ 07/05/2004. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>, consultado em 04/12/2012.

<sup>71</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Op. cit., p. 105.

<sup>72</sup> CASTRO, João Bosco Marcial de. **O controle de constitucionalidade das leis e a intervenção do Senado Federal**. Op. cit., p. 35 e 36.

decisão, a Corte comunica ao Senado Federal, para que o órgão do Poder Legislativo dê cumprimento ao art. 52, inciso X, da Constituição Federal. O Senado Federal tem competência para suspender a execução do ato normativo, após o trânsito em julgado da decisão do Supremo. O objetivo precípua dessa tarefa é conferir efeito *erga omnes* às decisões em sede de controle de constitucionalidade difuso, proferidas pela Corte Suprema.<sup>73</sup> A suspensão da execução da lei, nos termos do art. 52, X, faz com que a coisa julgada formada no processo, que antes era dotada de eficácia apenas entre as partes e que não vinculava a atuação dos demais juízes e tribunais em decisões posteriores, atinja a todos.<sup>74</sup>

A Corte, após o trânsito em julgado de sentença favorável à inconstitucionalidade da lei, comunica ao Senado Federal. Este detém competência para editar regulamento, capaz de suspender a execução da norma. Explica Luís Roberto Barroso as razões históricas e técnicas da intervenção do Senado:

No direito norte-americano, de onde se transplantara o modelo de controle incidental e difuso, as decisões dos tribunais são vinculantes para os demais órgãos judiciais sujeitos à sua competência revisional. Isso é válido inclusive, e especialmente, para os julgados da Suprema Corte. Desse modo, o juízo de inconstitucionalidade por ela formulado, embora relativo a um caso concreto, produz efeitos gerais. Não assim, porém, no caso brasileiro, onde a tradição romano-germânica vigorante não atribui eficácia vinculante às decisões judiciais, nem mesmo às do Supremo Tribunal. (...) a outorga ao Senado Federal de competência para suspender a execução da lei inconstitucional teve por motivação atribuir eficácia geral, em face de todos, *erga omnes*, à decisão proferida no caso concreto, cujos efeitos se irradiam, ordinariamente, apenas em relação às partes do processo.<sup>75</sup>

Saliente-se que não é papel do Senado Federal declarar a inconstitucionalidade do ato normativo, mas tão somente “decidir sobre a suspensão do ato, conferindo eficácia *erga omnes* à declaração (decisão) de inconstitucionalidade pronunciada pela Excelsa Corte”.<sup>76</sup> Após a comunicação do Supremo Tribunal Federal para o cumprimento do art. 52, X, da Constituição Federal, cabe ao Senado suspender a execução do ato normativo.

<sup>73</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade do direito brasileiro**. Op. cit., p. 114 e 115.

<sup>74</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 417.

<sup>75</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Op. cit., p. 110.

<sup>76</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade do direito brasileiro**. Op. cit., p. 116.

Um aspecto nada pacífico diz respeito aos efeitos da resolução suspensiva editada pelo Senado Federal. Segundo levantamento elaborado pelo Prof. Clèmerson Merlin Clève,<sup>77</sup> parte da doutrina (Themístocles Cavalcanti, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, José Afonso da Silva, Nagib Slaibi Filho, Anna Cândida da Cunha Ferraz e Regina Macedo Nery Ferrari) reconhecem o efeito *ex nunc* para a decisão do órgão Legislativo. Para essa corrente “a suspensão da lei corresponde à revogação da lei (...). Devem, portanto, ser respeitadas as situações anteriores definitivamente constituídas, porquanto a revogação tem efeito *ex nunc*. Não alcança os atos jurídicos formalmente perfeitos, praticados no passado, e os fatos consumados, ante sua irretroatividade, e mesmo os efeitos futuros dos direitos regularmente adquiridos”.<sup>78</sup> Por outro lado, o próprio professor Clève, ao lado de Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Napoleão Nogueira da Silva e Marcello Caetano, entendem que o efeito da suspensão da execução da lei importa em efeitos *ex tunc*, de modo a tornar sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional.<sup>79</sup>

A posição majoritária da doutrina e da jurisprudência reconhece o caráter político e discricionário da atuação da Câmara Alta. O Senado não está obrigado a editar a resolução suspendendo a lei, sendo a ele atribuída a *faculdade* de agir de acordo com juízo de conveniência e oportunidade, o que prestigia, inclusive, a separação dos poderes. Esse entendimento, apesar de ser desde sempre majoritário, não é unívoco.

De acordo com Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, “o ato do Senado, porém, não é optativo, mas deve ser baixado sempre que se verificar a hipótese prevista na Constituição: decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.<sup>80</sup> Afirma ainda, que “se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus efeitos regulares, que, de fato, independem da

---

<sup>77</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade do direito brasileiro**. Op. cit., p. 121-125.

<sup>78</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980, p. 211.

<sup>79</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade do direito brasileiro**. Op. cit., p. 124.

<sup>80</sup> BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. Op. cit., p. 145.

colaboração de qualquer dos outros poderes”.<sup>81</sup> Nesse sentido, a declaração de inconstitucionalidade proferida pela Corte teria desde logo efeitos *erga omnes*.

A segunda corrente doutrinária, minoritária, dá razão ao que propôs Bittencourt. Para esses doutrinadores, o papel do Senado Federal é tão somente de dar publicidade à decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal, cabendo à Alta Corte Legislativa preservar a palavra final proferida pela Suprema Corte do Judiciário.<sup>82</sup> Nessa lógica, uma vez que o Brasil adota o princípio da nulidade das normas inconstitucionais e as considera nulas desde sua origem, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade da lei não é constitutiva, mas apenas declara uma condição desde sempre existente. Nesse sentido, seria impossível afirmar que o Senado Federal possui a faculdade de suspender a lei declarada inconstitucional, pois ela sequer existe. Segundo Gilmar Mendes “a atribuição de funções substantivas ao Senado Federal era a própria negação da ideia de nulidade da lei devidamente declarada pelo órgão máximo do Poder Judiciário”.<sup>83</sup> Tendo em vista esse posicionamento, que afirma que o Senado Federal tem a faculdade de suspender o ato julgado inconstitucional, Gilmar Mendes afirma que houve uma “autêntica mutação constitucional”<sup>84</sup> do art. 52, X, sustentando que ele foi reinterpretado na Constituição de 1988.

Para compreender o que propõe o autor e Ministro do Supremo Tribunal Federal, é necessário, antes de mais nada, esclarecer o conceito e os limites de *mutação constitucional*, trabalho a ser elaborado no próximo capítulo.

---

<sup>81</sup> BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. Op. cit., p.145.

<sup>82</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade**: um caso clássico de mutação constitucional. Revista Informação Legislativa, a. 41, nº 162, abr./jun. de 2004, p. 159.

<sup>83</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade**. Op. cit., p. 161.

<sup>84</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade**. Op. cit., p. 165.

## 2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Para que as constituições sejam de fato a norma fundamental do Estado, tutelando os direitos do homem e a dignidade da pessoa humana,<sup>85</sup> é necessário que elas sejam estáveis. É através da rigidez constitucional que poderá vigorar o princípio da Supremacia da Constituição, como sustentado ao logo do capítulo anterior.

Entretanto, primar pela rigidez e pela estabilidade da ordem constitucional não significa defender sua imutabilidade. O que ocorre é justamente o contrário: é preciso que a Constituição esteja sempre adequada à realidade empírica em que se insere, sem que se cristalice, para que sua permanência e durabilidade sejam garantidas.<sup>86</sup>

O processo tradicional de alteração da Carta, para que ela se acomode à realidade, é a *reforma constitucional*, prevista no texto da Lei Fundamental, que estabelece o procedimento formal, os limites e os requisitos próprios para que a mudança ocorra. Ao lado desse processo, disciplinado por cada Carta constitucional, existem as mudanças não formais, não previstas expressamente na Constituição, mas que ocorrem no mundo dos fatos: as *mutações constitucionais*.

Segundo o entendimento de Georg Jellinek, enquanto a *reforma constitucional* é a modificação do texto constitucional, produzida por ações voluntárias e intencionais, a *mutação constitucional* é a modificação que, além de deixar ileso o texto formalmente, ocorre sem a intenção ou consciência de que o fenômeno esteja de fato ocorrendo.<sup>87</sup>

Pablo Lucas Verdú, por sua vez, em estudo preliminar à obra de Georg Jellinek, entende Constituição como a autoconsciência de um povo do Estado e da sociedade de uma época, em mudanças frequentes. Partindo desse conceito, afirma que a doutrina da *mutação constitucional* é a reflexão, teórica e prática, dessas mudanças. Ela ocorre quando a norma constitucional se modifica através da

---

<sup>85</sup> SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 280.

<sup>86</sup> SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. Op. cit., p. 280.

<sup>87</sup> JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 7.

realidade político social, sem que a forma textual seja afetada, havendo, porém, modificação no seu conteúdo.<sup>88</sup>

Na concepção de Hans Kelsen, *mutação constitucional* é o fenômeno em que a aplicação das normas constitucionais se modifica lenta e imperceptivelmente, enquanto as palavras do texto constitucional permanecem inalteradas, recebendo um sentido diverso do originário, ou quando se produz uma prática em contradição com o texto e com qualquer sentido possível da Constituição. Este não seria um fenômeno restrito ao âmbito constitucional, mas, sim, comum a toda seara do direito.<sup>89</sup>

Segundo Anna Cândida da Cunha Ferraz, apesar de não modificarem a letra expressa, as *mutações constitucionais* “alteram formalmente, atingem o significado, o sentido ou o alcance do texto constitucional”, em decorrência da interpretação, dos costumes ou das leis.<sup>90</sup>

José Afonso da Silva entende *mutações constitucionais* como “mudanças não-formais que se operam no correr da história de uma Constituição, sem alterar o enunciado formal, sem mudar a letra do texto”.<sup>91</sup>

Uadi Lammêgo Bulos conceitua *mutação constitucional* como “o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*”.<sup>92</sup>

De acordo com Inocêncio Mártires Coelho, esse fenômeno significa as “alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação”.<sup>93</sup>

Konrad Hesse defende entendimento diverso em alguns pontos e refuta a afirmação de que para que ocorra a *mutação constitucional* é necessário um período de tempo longo, como afirma boa parte de doutrina; para ele, o fenômeno pode ocorrer tanto rápida quanto lentamente, não existindo relação com a época da entrada em vigor da Constituição. Tampouco admite que a mutação constitucional

---

<sup>88</sup> JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Op. cit., p. LXVII.

<sup>89</sup> HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 86.

<sup>90</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 9.

<sup>91</sup> SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. Op. cit., p. 283.

<sup>92</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 57.

<sup>93</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 152.

deva ocorrer de forma imperceptível, pois isso seria considerar a mudança irrelevante, e as alterações da Constituição dificilmente passam inadvertidamente. Sob este mesmo argumento, é impossível afirmar que as mutações sejam desacompanhadas da consciência de tal ato (como, já advertimos acima, propôs Georg Jellinek), porque para que haja alteração na Constituição, é indispensável a alteração de interpretação, que certamente não passará despercebida pelo intérprete atento.<sup>94</sup>

## 2.1 AS MODALIDADES DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Não existe, atualmente, sistematização uniforme da doutrina acerca das modalidades ou espécies de mutação constitucional. Diferentes critérios e classificações são adotados, de modo que não há consenso entre os autores que tratam do tema.

Na realidade, como afirma Uadi Lammêgo Bulos, a tarefa de esgotar em um rol enumerativo todas as possibilidades de mutação constitucional seria uma tarefa impossível, tendo em vista que as constituições englobam muitos interesses antagônicos, forças e vontades variáveis, que refletem o momento histórico da sociedade em que são editadas. Não é possível supor que o legislador seja apto a prever todas as situações que podem se concretizar no mundo dos fatos. Justamente por isso são imprevisíveis os métodos que serão necessários para que se extraia o sentido, o significado e o alcance das normas constitucionais, diante dos casos concretos.

Nesse sentido, o autor é claro, afirmando que “esse métodos, que podem provocar mudanças difusas no Texto Máximo, são ilimitados, porque variam de acordo com as transformações sociais, as quais repercutem sobre todo o ordenamento constitucional”.<sup>95</sup>

José Afonso da Silva<sup>96</sup> e Uadi Lammêgo Bulos<sup>97</sup> apresentam, em suas obras, breves relações do que entende parte da doutrina, as quais serão utilizadas

<sup>94</sup> HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Op. cit., p. 86 e 87.

<sup>95</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. Op. cit., p. 66.

<sup>96</sup> SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. Op. cit., p. 287.

com fins meramente elucidativos, sem pretensão de esgotar toda a compreensão e organização sobre o tema, pelo motivo acima exposto.

Hsü Dau-Lin, acompanhado por Pablo Lucas Verdú e Manuel García Pelayo, distinguiu quatro categorias de mutação constitucional: a) as devidas a práticas políticas que não vulneram Constituição escrita, e para cuja regulamentação não haja norma constitucional; b) as produzidas pelas práticas políticas que violem abertamente a Constituição; c) as derivadas de impossibilidade de exercício ou do desuso das atribuições e competências previstas na Carta Maior; d) as decorrentes de interpretação da Constituição, aptas a conferir significado distinto daquele previsto inicialmente no texto.<sup>98</sup>

Georg Jellinek, por sua vez, sustenta que a mutação constitucional pode advir não apenas da atividade legislativa, mas também da prática judicial, parlamentar e administrativo-governamental, além do desuso das faculdades estatais, das convenções constitucionais e das necessidades de suprir lacunas na Constituição. O entendimento deste autor será mais bem explicado a seguir, em oportunidade em que será explicitada e analisada a concepção ampla de mutação constitucional.<sup>99,100</sup>

Milton Campos, em artigo publicado em 1960, admitiu que as mutações constitucionais pudessem ocorrer por complementação legislativa, construção judiciária e consenso costumeiro.<sup>101</sup> O autor defendia que as Constituições elaboradas através de boa técnica, para que fossem duradouras, deveriam prever apenas os preceitos fundamentais da organização do Estado, a declaração de direitos e a limitação de poderes, oferecendo as diretrizes da legislação comum. Cabia a essa legislação assegurar a boa execução do texto constitucional, de modo a concretizá-lo enquanto instrumento de governo, adaptando-o à realidade. Já a interpretação judiciária é a “adaptação dos textos constitucionais permanentes à realidade em transformação constante”,<sup>102</sup> e é papel do juiz interpretar a lei e ver, nela, “um tecido vivo, capaz de reações novas ante a provocação de situações supervenientes”. Quanto ao consenso costumeiro, há textos previstos da

---

<sup>97</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. Op. cit., p. 63.

<sup>98</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. Op. cit., p. 287 e 288.

<sup>99</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. Op. cit., p. 64.

<sup>100</sup> SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 284.

<sup>101</sup> CAMPOS, Milton. **Constituição e realidade**. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 187, ano 57, jan./fev., 1960, p. 19.

<sup>102</sup> CAMPOS, Milton. **Constituição e realidade**. Op. cit., p. 21.



Constituições inúteis e fantasiosos, que acabam por serem esquecidos, ou que restam inoperantes diante das condições da realidade; além disso, práticas *propter legem* e *contra legem* podem também se perpetuar. O autor considera que, nessas situações, é possível que a vida supere os textos escritos, em caso em que haja necessidade.<sup>103</sup>

Uadi Lammêgo Bulos afirma que podem causar mutação constitucional a interpretação, a construção judicial, os usos e costumes, as complementações legislativas, as práticas governamentais, legislativas e judiciárias e, inclusive, a influência dos grupos de pressão.<sup>104</sup> Em relação a essa última modalidade, afirma o autor que quando os grupos se organizam em prol de determinadas posições, eles exercem influência sobre o poder público, em especial sobre o órgão jurisdicional, provocando o Poder Judiciário para que interprete a Constituição, podendo fazê-lo de modo a alterar a “substância dos comandos prescritos pelo legislador, sem afetar-lhes a forma”.<sup>105</sup> O autor afirma, ainda, que é impossível limitar as mutações constitucionais, havendo apenas uma restrição, de natureza subjetiva e psicológica: a consciência do intérprete.<sup>106,107</sup>

Pedro de Vega considera que as mutações constitucionais derivam de fontes distintas. Por um lado, podem ser emanadas de órgãos estatais, adquirindo a forma de atos jurídicos de natureza normativa (leis, regulamentos) ou jurisdicional (sentenças dos tribunais constitucionais). Por outro, advêm de práticas políticas que, não passando de fatos, são convertidas em normas político-sociais (convenções), ou que pretendem se tornar fatos jurídicos (costumes). Logo, admite, como capazes de provocar mutação constitucional, os atos normativos, os costumes e as convenções constitucionais. Vale ressaltar que o autor não reconhece como válida a mutação constitucional oriunda dos costumes, pois estes seriam somente uma forma de aniquilar os fundamentos da organização constitucional.<sup>108</sup>

José Afonso da Silva admite como válidas as mutações constitucionais derivadas dos atos de complementação constitucional, da interpretação e da

<sup>103</sup> CAMPOS, Milton. **Constituição e realidade**. Op. cit., p. 19-22.

<sup>104</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. Op. cit., p. 66.

<sup>105</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. Op. cit., p. 69.

<sup>106</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. Op. cit., p. 91.

<sup>107</sup> O autor admite os riscos da interpretação enquanto processo informal da mudança da Constituição; porém, reafirma que esses riscos não são suficientes para que se deixe de interpretar com visão larga de sentido. BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. Op. cit., p. 135-139.

<sup>108</sup> VEGA, Pedro de. La reforma constitucional y problemática del poder constituyente: *Apud* SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. Op. cit., p. 288.

construção constitucionais, e das práticas político-sociais, convertidas em convenções constitucionais. No Estado Democrático de Direito, a lei, os atos executivos e as políticas públicas desdobram o conteúdo da Constituição sem alterar seu sentido, garantindo sua eficácia e exercendo a função transformadora da sociedade. A inércia, ou seja, a não aplicação das disposições constitucionais, pode alterar o alcance das normas, paralisando a aplicação da Lei Maior, configurando alteração não formal da Constituição. Também caracterizam mutação, não necessariamente legítima, as distorções das normas constitucionais provocadas pelos seus meios de integração. Quanto à interpretação constitucional, por si só, ela não é fonte de mutação constitucional, só sendo apta a demonstrar que o objeto a ser compreendido se transformou, seja porque a realidade se modificou ou porque houve mudança semântica nas palavras ou expressões. Quando possível, através da interpretação, o texto das normas constitucionais é adaptado à nova realidade. A construção constitucional, por sua vez, ocorre quando o juiz, que não pode ser um mero aplicador da lei, parte de uma compreensão sistemática de normas e princípios previstos na Constituição e cria instituições que não têm assento explícito no texto constitucional. Já as práticas político-sociais podem consistir em práticas constitucionais que violem regras da Constituição. Nesse caso, estaremos diante de convenções constitucionais, que, nas Constituições rígidas, quase sempre representam desvios na compreensão da Lei Maior.<sup>109</sup>

Anna Cândida da Cunha Ferraz traz a interpretação constitucional como espécie de mutação constitucional, ao lado dos usos, costumes e práticas. O aplicador da norma constitucional deve obrigatoriamente interpretá-la, colocando-se em posição de mediador entre a Constituição e seu significado, para que seja possível a correta aplicação da norma.<sup>110</sup>

A autora apresenta alguns exemplos de métodos interpretativos: interpretação gramatical (em que se persegue o sentido dado ao texto, apenas o que consta expressamente no texto deve ser objeto de interpretação), interpretação lógica (em que se procura identificar a intenção do legislador constituinte, sendo necessário reconstruir o raciocínio e a vontade do constituinte para que se possa compreender a norma), interpretação analógica (revela o preenchimento de lacunas

---

<sup>109</sup> SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. Op. cit., p. 288-297.

<sup>110</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de mudança da Constituição**. Op. cit., p. 23 e 24.

no texto constitucional), interpretação evolutiva (ocorre diante de fatores e alterações históricas, políticas e sociais, ausentes quando da elaboração do texto constitucional, cabendo ao intérprete, através desse método, ajustar o texto da Constituição, sem contraria sua literalidade), construção constitucional (permite a adaptação das normas constitucionais “à sociedade em evolução, à realidade, a uma situação ou comportamento não expressamente disciplinados pelo texto constitucional”), e, ainda, métodos moderno da interpretação constitucional (“permite amoldar a Constituição às realidades sociais mais vivas, recorrendo-se inclusive a fatores extraconstitucionais”).<sup>111</sup>

Ao lado da interpretação legislativa e administrativa, existe a interpretação judicial, que adquire, para a autora, maior relevo enquanto espécie de mutação constitucional. É que do juiz se exige, mais do que de ninguém, atuação no sentido de interpretar e reinterpretar a norma, frente à dinâmica constitucional e à sua necessária elasticidade, adequando-a à realidade social, política, econômica, diante do caso empírico. Além de sua constante tarefa de perseguir a justiça no caso concreto, cabe também ao juiz a tarefa de tutelar a ordem constitucional, mantendo-a adequada e eficaz.<sup>112</sup>

Em relação às possibilidades de mutação constitucional, existem preponderantemente na doutrina duas correntes que aqui serão tratadas: a primeira, ampla, não se preocupa em estabelecer limites; a segunda, por sua vez, é mais restritiva.

Georg Jellinek apresenta diversas formas de mutação, sem estabelecer limites a essa espécie de mudança na Constituição, representando a doutrina tradicional, que aceita o conceito amplo de *mutação constitucional*.<sup>113</sup> Para o autor, o fenômeno pode ocorrer através da atuação legislativa, parlamentar, administrativo-governamental e pela prática judicial, na medida em que as leis e normas são capazes de adquirir, ao serem criadas e cumpridas na prática, significado distinto do previsto inicialmente no texto constitucional, que é repleto de preceitos vagos. Se esse entendimento for aplicado diversas vezes, mesmo que em desacordo com a

---

<sup>111</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de mudança da Constituição**. Op. cit., p. 25-50.

<sup>112</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de mudança da Constituição**. Op. cit., p. 102.

<sup>113</sup> SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. Op. cit., p. 287.

Constituição, causando uma discrepância entre a realidade dos fatos e a norma constitucionalmente prevista, pode-se configurar a *mutação constitucional*.<sup>114</sup>

Este autor, entendendo que “*todo efecto histórico resulta de una multitud de causas muchas veces imprevisibles*”,<sup>115</sup> reconhece que as leis fundamentais que sustentam a estrutura do Estado devem ser dotadas de maior imutabilidade, não podendo ser alteradas pelos poderes estabelecidos, mas tão somente por um procedimento próprio e específico. Por outro lado, afirma que estas leis fundamentais e as leis comuns estão sujeitas ao mesmo grau de instabilidade diante da realidade fática: ambas se estabelecem de acordo com o curso dos acontecimentos históricos.<sup>116</sup>

É certo que as leis constitucionais são protegidas por garantias específicas que tutelam sua integridade – é exatamente isso que as distingue das demais leis, ou seja, das que são infraconstitucionais. Porém, essa proteção nem sempre é apta a assegurar a eficácia esperada das normas superiores, muito menos a impedir que leis comuns que desrespeitem os preceitos constitucionais entrem e permaneçam em vigor. Uma vez que os preceitos constitucionais são obscuros e extensos, muitas vezes é o legislador quem atribui sentido preciso e concreto a eles. Essa nova interpretação, mais concreta, da Constituição, pode nascer inconstitucional e se tornar, com o passar do tempo, constitucional, produzindo uma mudança na Constituição desejada ou esperada a princípio. Esse fenômeno não se restringe ao legislador, podendo ocorrer através da prática parlamentar, judicial ou administrativo-governamental.<sup>117</sup>

Ainda, Georg Jellinek afirma que a *necessidade política* é causa motivadora de *mutação constitucional*. Nesse sentido, sustenta que as revoluções e usurpações provocam situações em que o direito e o fato, apesar de serem fatores distintos, transformam-se um no outro. Isso porque o fato consumado - o *fait accompli* - é um fenômeno histórico com *força constituinte*, superior a qualquer teoria de legitimidade.

---

<sup>114</sup> JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Op. cit., p. 15-17.

<sup>115</sup> JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Op. cit., p. 5.

<sup>116</sup> JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Op. cit., p. 5-7.

<sup>117</sup> JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Op. cit., p. 16. Interessante ressaltar que o ensaio em comento é datado de 1906, ou seja, antes do surgimento do modelo austríaco/europeu de Controle de Constitucionalidade, consagrado somente em 1920, como explicamos no primeiro capítulo. O autor alemão, ao questionar sobre meios mais sólidos para proteger a Constituição, explica brevemente o sistema norte-americano de Controle e, a respeito, afirma: “(...) *hasta ahora no conocido suficientemente en Europa, que esta protección de la Constitución descansa en algo eventual*”. JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Op. cit., p. 23.

Essa necessidade política pode surgir a qualquer tempo, seja em momentos cruciais da história estatal ou dentro de seu curso normal.<sup>118</sup> O autor reconhece, portanto, que as normas, mesmo as constitucionais, estão à mercê das alterações da realidade, estas, sim, muitas vezes imprevisíveis e incontrolláveis: é a primazia dos fatos sobre as normas, inclusive sobre as constitucionais.

Jellinek admite as mutações constitucionais decorrentes das convenções constitucionais (regras convencionais, decorrentes de um *derecho constitucional acomodaticio*<sup>119</sup>), da mudança na Constituição pelo desuso das competências constitucionais e das necessidades de suprir lacunas na Constituição, confirmando a concepção ampla adotada.<sup>120</sup> Fica evidente que a preocupação do autor não era apresentar limites ao fenômeno da mutação constitucional.

Entretanto, há outra corrente de doutrinadores que defendem uma teoria restrita do fenômeno da mutação constitucional. Para eles, esse modelo não-formal de mudança da Constituição é importante para a permanente aderência da ordem constitucional à realidade social; porém, essas alterações não podem ocorrer ilimitadamente. Entre eles, Konrad Hesse, José Afonso da Silva e Anna Cândida da Cunha Ferraz apresentam interessantes pontos de vista, que serão abrangidos a seguir. A partir desses ensinamentos e dos questionamentos já levantados ao longo do presente ensaio, será analisada a possibilidade da mutação constitucional do art. 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988.

---

<sup>118</sup> JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Op. cit., p. 29. VERDÚ explica: *“Puede surgir, la necesidad, de modo sorprendente, transmutando la organización estatal contra la letra constitucional. Ello ocurre en las Constituciones creadas ex novo porque cualquier concepción humana es incapaz de determinar la formación real de instituciones nuevas todavía no experimentadas. A menunca, la institución planeada sufrirá, en tales casos, una transmutación posiblemente muy profunda, sin cambio alguno de los textos legales correspondientes, debido a circunstancias, previstas o imprevistas, y tal vez rápidamente o en poco tiempo.”* JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Op. cit., p. LXXI.

<sup>119</sup> HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Op. cit., p. 89.

<sup>120</sup> SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. Op. cit., p. 284.

## 2.2 OS LIMITES ÀS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS E AS MUTAÇÕES INCONSTITUCIONAIS

Divergindo do que propõe Jellinek, Konrad Hesse se contrapõe à concepção ampla de mutação constitucional, defendendo sua limitação. O posicionamento é claro no seguinte trecho de sua obra:

*Resta la cuestión de si la 'mutación constitucional' debe ser entendida en el ya indicado sentido restrictivo de la doctrina contemporánea<sup>121</sup> o en el más amplio de la del pasado.<sup>122</sup> La respuesta debe inclinarse en favor de la primera. Ver una mutación constitucional en la 'contradicción entre la situación constitucional y la ley constitucional' o, con terminología actual, entre Constitución y realidad constitucional sencillamente no es admisible por el hecho de que se está argumentando a diferentes niveles; lo que cambia no es el contenido de la norma constitucional, en cuya determinación colabora su texto, sino otra cosa. Por tanto, el concepto debiera quedar limitado a modificaciones del contenido de normas constitucionales que no ven modificado su texto.<sup>123</sup>*

Hesse inicia seu ensaio, no que interessa ao presente estudo, versando sobre a técnica da interpretação dos dispositivos legais e impondo a ela limites. Segundo o autor, quando as disposições são claras, a tarefa a ser exercida é estruturalmente simples: cabe tão somente a compreensão, não sendo necessária a interpretação.<sup>124</sup> Quer dizer, quando o texto da norma for evidente, não abrindo margem para dúvidas quanto ao seu sentido, não há que se falar em interpretação.

Por outro lado, quando o texto comportar interpretação, essa deve ser exercida nos estritos limites que a norma escrita comporta. Ou seja, a interpretação deve extrair do texto uma das compreensões lógicas possíveis, não podendo estar em sentido contrário ao que o texto claramente prevê.

Nesse sentido, explica o autor:

*La interpretación se halla vinculada a algo establecido. Por eso los límites de la interpretación se sitúan allí donde no existe algo establecido de forma vinculante por la Constitución, donde acaban las posibilidades de una*

<sup>121</sup> O Tribunal Constitucional Federal alemão e a doutrina da época entendiam que a mutação constitucional modificava, de qualquer modo, o conteúdo das normas constitucionais, de modo que a norma, conservando o mesmo texto, recebia um significado diferente. HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Op. cit., p. 87.

<sup>122</sup> Apresentado por Georg Jellinek e Paul Laband.

<sup>123</sup> HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Op. cit., p. 87.

<sup>124</sup> HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Op. cit., p. 34.

*comprensión lógica del texto de la norma o donde una determinada solución se encontra-se en clara contradicción con el texto de la norma.*<sup>125</sup>

Tendo em vista que o direito não escrito não pode se colocar em contradição à constituição escrita, esta última passa a ser um limite à interpretação constitucional. Não é possível o desvio do texto da Lei Fundamental diante do caso concreto e, desse modo, que ocorra uma consequente reforma da Constituição. As possibilidades de compreensão do texto são os limites para a obtenção de seu sentido.<sup>126</sup>

Konrad Hesse considera que estabelecer limites às mutações constitucionais é imprescindível, não apenas para garantir a estrutura das normas, mas também para que as funções essenciais da Constituição possam ser preservadas. Se, por um lado, cumpre à Carta constituir e preservar um Estado eficaz e prestativo, por outro, é inerente a ela a função estabilizadora, racionalizadora e limitadora do poder, tendo em vista a vida em comunidade. Definir os limites da mutação constitucional assegura que essas funções não entrem em conflito entre si, ao menos quando a sociedade estiver dentro de uma situação de normalidade.<sup>127</sup>

Isso porque cabe à Constituição escrita a importantíssima tarefa de, diante da pluralidade inerente à comunidade, garantir o exercício dos direitos de todos, incluindo os que se encontrarem em oposição aos grupos dominantes. Nesse sentido, o desvirtuamento do texto constitucional ou sua não observância podem transformar a Constituição em um instrumento de dominação. É o texto escrito da Constituição quem deve impedir que isso ocorra.<sup>128</sup> Logo, é correto afirmar que cabe a Lei Fundamental limitar o exercício dos grupos dominantes, inclusive na sua atividade interpretativa.

Hesse, partindo dos ensinamentos de Friedrich Müller, afirma que a norma não pode ser desvinculada da realidade; por outro lado, a realidade e suas circunstâncias (o âmbito normativo) que são afetadas pela norma, integram a norma em si. Desse modo, a norma e a realidade, o regulador e o regulado, seguem necessariamente juntos, complementando-se e fundamentando-se um ao outro, na tarefa prática da realização do Direito.<sup>129</sup> É que para o autor, a realidade social é

<sup>125</sup> HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Op. cit., p. 48.

<sup>126</sup> HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Op. cit., p. 49.

<sup>127</sup> HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Op. cit., p. 102.

<sup>128</sup> HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Op. cit., p. 95 e 96.

<sup>129</sup> HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Op. cit., p. 100.

determinada e determinante em relação à norma constitucional, de modo que “a força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas”.<sup>130</sup>

A partir dessa lição, entende que, para saber se a realidade é capaz de alterar a norma, é necessário definir se o fato modificativo pertence ao âmbito normativo do preceito constitucional.<sup>131</sup> Desse modo, para que o fato seja apto a modificar a norma, não basta socorrer-se aos argumentos da *força normativa do fato* nem das *necessidades vitais do Estado*. É preciso mais: o conteúdo da norma constitucional só pode ser modificado dentro dos limites traçados pelo seu texto.<sup>132</sup> Cada norma possui uma diversidade de valores semânticos inerentes a ela, e é tarefa da interpretação buscar um desses significados. Qualquer tentativa de atribuir à norma um valor que não esteja nela contido foge à possibilidade do exercício interpretativo. Eis o limite da mutação constitucional.

Nesse sentido, o autor é categórico:

*Donde la posibilidad de una comprensión lógica del texto de la norma termina o donde una determinada mutación constitucional aparecería en clara contradicción con el texto de la norma, concluyen las posibilidades de interpretación de la norma y, con ello, las posibilidades de una mutación constitucional.*<sup>133</sup>

Portanto, para Konrad Hesse o que limita o campo de possibilidades para que ocorra a mutação constitucional é exatamente o texto expresso da norma, que passa a ser uma garantia apta a reforçar a força normativa da Constituição. Toda alteração que encontrar fundamento fora desse limite não será mutação constitucional, mas, sim, “quebra” constitucional ou anulação da Constituição. Apesar de aceitar que acontecimentos históricos que venham a transformar o fundamento do Estado fora do direito, usurpações e revoluções possam ocorrer e que teoria nenhuma de limites de reforma à Constituição seria útil nesses casos, Konrad Hesse defende que, em uma situação de normalidade, não há razões para

---

<sup>130</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 15.

<sup>131</sup> HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Op. cit., p. 100 e 101.

<sup>132</sup> HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Op. cit., p. 101.

<sup>133</sup> HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Op. cit., p. 102.



concordar com os perigos de uma teoria ilimitada para as mutações constitucionais e de uma legitimação dos “fatos consumados”.<sup>134</sup>

José Afonso da Silva afirma que “segundo a doutrina tradicional, isso [a mutação constitucional] se dá por força da modificação das tradições, da adequação político-social, dos costumes, de alteração empírica e sociológica, pela interpretação e pelo ordenamento de estatutos que afetam a estrutura orgânica do Estado”.<sup>135</sup> A partir dessa constatação, o autor se posiciona de forma diversa, corroborando a necessidade de limitações, apresentada por Konrad Hesse.

Para o autor, dessa corrente, que concebe as mutações constitucionais em sentido amplo decorre uma flexibilização das Constituições rígidas, o que não seria admissível.<sup>136</sup> Por outro lado, defende a limitação da mutação constitucional pelo próprio texto da Constituição. Nesse sentido, afirma que “a função limitadora da Constituição tem precisamente o escopo de impedir o surgimento de realidades políticas contrapostas aos direitos do povo. Os limites constitucionais ao poder têm por fundamento não a limitação pela limitação, mas a limitação para que vigorem os direitos fundamentais.”<sup>137</sup>

Mais adiante, esclarece José Afonso da Silva:

O princípio da vinculação da Constituição, que consiste em que todos ficam sujeitos às suas normas, impede que haja situações fáticas ou realidade política acima ou à margem de suas normas. Se uma conduta ou uma prática política não coincide com a Constituição, não se trata de forma de mutação constitucional, mas de uma forma de desrespeito ou de fraude à Constituição.<sup>138</sup>

José Afonso da Silva rejeita a existência de “costume constitucional”, pois somente é constitucional aquilo que consta implícita ou expressamente na Constituição. A prática costumeira, portanto, por mais que seja reiterada, não proibida pela Carta e que sirva para preencher alguma função nela não prevista, não pode ser considerada regra constitucional.<sup>139</sup>

Além disso, o autor também não admite o “desuso de competências constitucionais” como fonte de mutação constitucional. As competências

<sup>134</sup> HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Op. cit., p. 104.

<sup>135</sup> SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. Op. cit., p. 283.

<sup>136</sup> SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. Op. cit., p. 284.

<sup>137</sup> SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. Op. cit., p. 284.

<sup>138</sup> SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. Op. cit., p. 285.

<sup>139</sup> SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. Op. cit., p. 286.

constitucionais são mera faculdade e não possuem caráter obrigatório, via de regra. Logo, por mais que não sejam aplicadas por um longo período de tempo a determinado caso, a qualquer momento poderão ser novamente invocadas, sem que tenha havido mutação constitucional.<sup>140</sup>

O autor rechaça também o entendimento de que existam lacunas constitucionais. A constatação de que alguma norma não consta na Constituição não quer dizer que existe uma lacuna. O que não está na Carta é também opção do constituinte, que simplesmente preferiu excluir determinadas regras da Constituição. Portanto, a suposta lacuna ou omissão constitucional é, na realidade, apenas uma opção do constituinte em não elevar a norma ao status constitucional.<sup>141</sup>

A respeito das lacunas constitucionais, Karl Loewenstein explica que elas podem através de duas formas distintas: podem ser ocultas ou descobertas. As classificadas como descobertas estão relacionadas a uma opção do poder constituinte, que apesar de consciente da necessidade da regulação jurídico-constitucional, por alguma razão omitiu-se de fazê-lo. Essa noção parece se equivaler ao pensamento de José Afonso da Silva, mencionado acima. Por outro lado, ocorre a lacuna constitucional oculta quando, no momento de construção da constituição, era impossível de se prever a necessidade de regular normativamente determinada situação.<sup>142</sup>

José Afonso da Silva considera como potencialmente válidas as mutações constitucionais provenientes dos atos de complementação constitucional, da interpretação e da construção constitucionais e das práticas político-sociais, convertidas em convenções constitucionais.<sup>143</sup>

Para o constitucionalista brasileiro, admitir a supremacia do fato sobre a norma como fonte de mutação constitucional, nos termos desejados por Georg Jellinek, seria “destruir o próprio conceito jurídico de Constituição, pelo aniquilamento de sua força normativa”.<sup>144</sup>

Utilizando-se dos ensinamentos de Pedro de Vega, José Afonso da Silva esclarece que, enquanto não há conflito entre norma e fato, é plenamente possível a

<sup>140</sup> SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. Op. cit., p. 287.

<sup>141</sup> SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. Op. cit., p. 286 e 287.

<sup>142</sup> LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976 [1961], p. 170-172.

<sup>143</sup> SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. Op. cit., p. 288.

<sup>144</sup> SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. Op. cit., p. 297.

coexistência entre mutação constitucional e supremacia da Constituição. Entretanto, quando norma e fato entram em contradição, pondo em risco a noção de supremacia da Constituição, há duas possíveis soluções: a) incorporar o fato à ordem constitucional, transformando a mutação constitucional em norma, através de emenda constitucional; b) ou assegurar a preponderância da norma sobre o fato, negando o valor jurídico da mutação e optando pela legalidade existente, através de decisão judicial firme.<sup>145</sup>

Ao lado de Konrad Hesse e de José Afonso da Silva, para os quais é imprescindível uma teoria limitada das mutações constitucionais, a brasileira Anna Cândida da Cunha Ferraz apresenta o conceito de mutação inconstitucional, que também visa a restringir o fenômeno.

Apesar de reconhecer a interpretação constitucional, os usos, os costumes e as práticas como possíveis espécies de *mutação constitucional*, Anna Cândida da Cunha Ferraz traz importante contribuição à tentativa de limitar o tema. A autora abstrai do termo “mutação constitucional” duas acepções distintas: existem aquelas alterações informais do texto constitucional que não violam a Constituição e, por outro lado, aquelas maculadas pela inconstitucionalidade.<sup>146</sup> Desse modo, apresenta seus questionamentos acerca do fenômeno, o que conduz a uma teoria restrita da mutação constitucional.

Para a autora, somente poderão ser denominados *mutações constitucionais* os processos que modifiquem o significado do texto, sem contrariar a letra e o espírito da Constituição. Isso porque o responsável pela aplicação e interpretação da Lei Maior extrai sua tarefa diretamente da própria Constituição, por decorrência lógica, sem que haja qualquer autorização expressa, cumprindo o importante papel de dar continuidade à obra do constituinte. Através da *mutação constitucional*, portanto, é possível que se complete, defina, precise e resolva as obscuridades do texto constitucional, sempre em concordância com este, sendo essa tarefa forçosamente limitada. Segundo a autora, “O *constituente difuso*,<sup>147</sup> porque não

---

<sup>145</sup> VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y problemática del poder constituyente**. *Apud* SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. Op. cit., p. 297.

<sup>146</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de mudança da Constituição**. Op. cit., p. 9.

<sup>147</sup> A autora utiliza-se da expressão “poder constituinte difuso” empregada por Burdeau, para exprimir a ideia de um Poder Constituinte não-organizado, excluído do poder constituinte instituído e do derivado. Este poder constituinte difuso decorreria lógica e diretamente da Constituição, possuindo o

expressamente autorizado, porque nasce de modo implícito e por decorrência lógica, não pode reformar a letra e o conteúdo expresso da Constituição. Sua atuação se restringe a precisar ou modificar o sentido, o significado e ao alcance, sem todavia vulnerar a letra constitucional.”<sup>148</sup>

Por outro lado, as alterações informais da Constituição que não respeitem essa lógica, na verdade, não poderiam ser chamadas de *mutações constitucionais*, por se tratarem de *mutações inconstitucionais*.<sup>149</sup> Ocorre que “a Constituição nasce para ser aplicada e que qualquer obstáculo que se anteponha à sua efetiva aplicação é incompatível com ela”.<sup>150</sup>

Anna Cândida da Cunha Ferraz identifica duas espécies de *mutações inconstitucionais*: de um lado, os processos manifestamente inconstitucionais, “que mudam a Constituição contra sua letra ou seu espírito”;<sup>151</sup> de outro, os processos anômalos, que são “práticas que paralisam ou impedem plena aplicação das normas constitucionais”.<sup>152</sup>

Dentre os processos anômalos, a autora apresenta algumas situações exemplificativas. Em primeiro lugar, cita a inércia no plano constitucional, como a não aplicação das disposições constitucionais, de forma provisória, mas prolongada, apta a paralisar a aplicação constitucional, de forma *inconstitucional*.<sup>153</sup> Em segundo lugar, elenca o desuso no plano constitucional, que seria a “inobservância consciente, uniforme, consentida, pública e reiterada, por longo tempo de uma disposição constitucional”, capaz de paralisar definitivamente a aplicação da norma constitucional, de modo igualmente *inconstitucional*.<sup>154</sup> O terceiro exemplo é a “mudança tácita da Constituição”, que causa mutação constitucional por via reflexa,

---

papel de completá-la, efetivando-a. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de mudança da Constituição**. Op. cit., p. 10.

<sup>148</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de mudança da Constituição**. Op. cit., p. 11.

<sup>149</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de mudança da Constituição**. Op. cit., p. 10.

<sup>150</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de mudança da Constituição**. Op. cit., p. 13.

<sup>151</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de mudança da Constituição**. Op. cit., p. 212.

<sup>152</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de mudança da Constituição**. Op. cit., p. 212.

<sup>153</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de mudança da Constituição**. Op. cit., p. 217-233.

<sup>154</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de mudança da Constituição**. Op. cit., p. 234-238.

através de defeitos de técnica na elaboração de normas ou emendas constitucionais.<sup>155</sup>

Ao lado destes, analisa a autora os “processos de mutação manifestamente inconstitucional”. Muitas vezes, as alterações não formais à Constituição fogem das limitações impostas e de qualquer controle, produzindo efeitos na ordem constitucional e no Estado, de modo a se revelarem como mutações inconstitucionais. Possível, portanto, apontar três características dessas mutações: se revelam *manifestamente inconstitucionais*, não obedecem à forma fixada pelo constituinte e padecem de controle de constitucionalidade, o que as permite permanecer vigorando no ordenamento constitucional.<sup>156</sup>

Portanto, tanto os denominados *processos de mutação manifestamente inconstitucional* quanto os chamados *processos anômalos de mudança na Constituição* revelam espécies de mutações inconstitucionais, aptas a transformar, desvirtuar ou mesmo destruir determinadas normas ou a ordem constitucional por inteiro, devendo ser coibidas. Por outro lado, as mutações constitucionais são imprescindíveis para o ajuste constante do texto constitucional à realidade, garantindo sua efetividade e aplicabilidade.<sup>157</sup>

A partir do exposto, parece claro que tão importante quanto conceituar mutação constitucional e compreender as modalidades do fenômeno, é estabelecer limites a este modelo informal de alteração à Constituição.

É certo que existem diversas modalidades admissíveis de mutação constitucional, sendo impossível prevê-las em um rol exauriente, o que é facilmente atestado pelos doutrinadores que tratam do tema. Por outro lado, isso não quer dizer que não possam ou não deva haver limites para essa técnica de mudança não formal da Lei Fundamental. Admitir esse fenômeno de modo irrestrito pode comprometer as diferentes funções da Constituição, como explicam Konrad Hesse, José Afonso da Silva e Anna Cândida da Cunha Ferraz, comprometendo inclusive sua força normativa, o que deve ser rejeitado.

---

<sup>155</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de mudança da Constituição**. Op. cit., p. 238-242.

<sup>156</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de mudança da Constituição**. Op. cit., p. 243-250.

<sup>157</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de mudança da Constituição**. Op. cit., p. 250.

Aceita-se que as mutações constitucionais devem ser admitidas, pois evitam o congelamento do texto da Lei Fundamental e garantem sua aplicabilidade e eficácia diante das inegáveis e imprevisíveis mudanças da realidade. As formas de reforma da Constituição, dentre elas a alteração informal de seu texto, garantem que as normas permanecerão aderentes a sociedade que regulam, sem que se tornem apenas letra morta.

Entretanto, essa tarefa não pode ser exercida ilimitadamente, sob pena de enfraquecer a ordem constitucional. É inerente ao constitucionalismo a ideia de limitação de forças, de poder e de vontade democrática. Admitir uma noção ampla e ilimitada de mutação constitucional parece atentar contra esse fundamento lógico essencial a qualquer Constituição, principalmente à escrita e rígida, como o constituinte optou que fosse a brasileira.

A interpretação do preceito constitucional deve ser limitada ao âmbito normativo do texto, de modo que qualquer sentido extraído deve estar de acordo com o que está expressamente escrito ou com o que possa decorrer dele, sob pena de a pretensa mutação constitucional fragilizar a Lei Fundamental, configurando-se como inconstitucional, apta a desvirtuar o sentido da Constituição.

### 3 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Carta de 1988, além de escrita e rígida, é também analítica, pois prevê, detalhadamente, um vasto rol de direitos e garantias. Isso alarga as hipóteses de cabimento de Recurso Extraordinário, tendo em vista que grande parte das questões, no direito brasileiro, são de ordem constitucional e podem, portanto, pelo menos a princípio, ser discutidas pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão recursal. Não é a toa que se vislumbra o acúmulo de processos pendentes de julgamento na Suprema Corte, que deve apreciar cada um dos recursos e proferir decisão específica para as ações.

Ocorre que a função do Supremo Tribunal Federal é, além de atender a interesses subjetivos das partes que litigam, resguardar a ordem e a unidade constitucional, tutelando os interesses da coletividade. A quantidade exacerbada de Recursos Extraordinários que chegam à Suprema Corte acabou por torná-la mais uma esfera recursal, em vez de resguardar seu papel macro de órgão protetivo da ordem constitucional. Os recursos aos Tribunais superiores têm o objetivo precípuo de preservar a segurança jurídica, assegurando: “1) a inteireza positiva; 2) a validade; 3) a autoridade; 4) e a uniformidade de interpretação da Constituição e das leis federais”.<sup>158</sup>

Em suma, o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade concentrado suscita alguns questionamentos, entre eles: como compatibilizar o princípio do livre convencimento do juiz (uma vez que não se adota tradicionalmente a vinculação aos precedentes e a lógica do *stare decisis*) aos princípios da isonomia e da segurança jurídica; como prestigiar a celeridade e economicidade processual, frente ao elevado número de pedidos idênticos, que devem ser julgados de modo independente; c) como resguardar a função precípua do Supremo Tribunal Federal, qual seja, a guarda da Constituição,<sup>159</sup> tendo em vista o número elevado de recursos em que se pretende discutir interesses subjetivos.

---

<sup>158</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967** (com a Emenda nº 1 de 1969), t. 4, 2. ed. rev. São Paulo: RT, 1970, p.107.

<sup>159</sup> Constituição Federal, art. 102, caput: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)”.

Diante desses problemas concretos e da tendência trazida pela Constituição de 1988 em se adotar principalmente o modelo concentrado de constitucionalidade, em que as decisões têm efeitos *erga omnes*, começou-se a questionar se as decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade deveriam permanecer se restringindo tão somente às partes litigantes e se os efeitos vinculantes das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal estariam restritos àquelas do controle concentrado (o que é previsto no art. 102, §2º, da Constituição Federal). Isso porque considerando que a Suprema Corte é o ápice da hierarquia do Poder Judiciário, ela tem o papel precípua de guardião da Constituição, como dito.

Um primeiro argumento favorável à atribuição de efeitos vinculantes às decisões proferidas no controle difuso leva em conta a semelhança de procedimento e finalidade entre este modelo e o concentrado, visto que ambos têm o objetivo de tutelar a ordem constitucional.<sup>160</sup> Quer dizer, mesmo no controle incidental, o objeto da apreciação pelo Supremo Tribunal Federal é a constitucionalidade da norma que interesse à coletividade, e não somente às partes litigantes. Nesse sentido, explica Fredie Didier Júnior:

O Supremo Tribunal Federal mantém a função precípua de guardião da Constituição Federal. Compete-lhe a guarda da Constituição, preservando a interpretando as normas constitucionais. Nessa função de preservar e interpretar as normas da Constituição Federal, deve-se considerar inserida a função de uniformizar a jurisprudência nacional quanto à interpretação das normas constitucionais. Daí por que as decisões do STF, ainda que no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, despontam como

---

<sup>160</sup> Nesse sentido, João Bosco Marcial de Castro: “Visto por esse *prima*, não há porque estabelecer distinção entre a via do controle difuso/incidental de constitucionalidade e a via do controle concentrado, quanto aos efeitos e a eficácia da declaração. Ambos os procedimentos têm por escopo a efetividade e a afirmação da eficácia das normas constitucionais. Não se pode admitir a existência de uma hermenêutica constitucional com efeitos limitados, porque oriunda de procedimento difuso e incidental. O fato de a declaração de inconstitucionalidade se dar incidentalmente, em um processo em que há litígio em concreto – e não pela via do controle difuso – não justifica o estabelecimento de discrepância entre o efeito e a eficácia dos julgamentos. Tanto em um como em outro se busca a supremacia das normas constitucionais.” CASTRO, João Bosco Marcial de. **O controle de constitucionalidade das leis e a intervenção do Senado Federal**. Op. cit., p. 41. Na mesma esteira, Gilmar Ferreira Mendes: “De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental.” MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade**. Op. cit., p. 164.



paradigmáticas, devendo ser seguidas pelos demais tribunais da federação.<sup>161</sup>

O que se nota no Direito brasileiro é um processo de objetivação do controle concreto de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Neste contexto, a função do Recurso Extraordinário é modificada, e ele passa a ser um instrumento para racionalizar a prestação judicial.<sup>162</sup> A Suprema Corte, ao julgar a arguição de inconstitucionalidade incidental, preocupa-se com o caráter objetivo, e não apenas subjetivo do processo. Ou seja, se a ideia tradicional do controle de constitucionalidade concreto era marcada pela defesa de interesses subjetivos das partes, hoje há tendência no sentido de compreender que a função desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal, tanto no controle difuso quanto no concentrado, é uma só: a defesa da ordem constitucional objetiva.<sup>163</sup> Nesse sentido, explicam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

Perante o Pleno do Supremo Tribunal Federal são praticamente idênticos os procedimentos para a declaração de inconstitucionalidade nos modelos concreto e abstrato. A partir da noção de processo de caráter objetivo – que abrange ambos os modelos – não existe qualquer razão plausível para se atribuir efeito vinculante a um modelo e não ao outro.<sup>164</sup>

Como afirmado anteriormente, no Brasil vigora o princípio do livre-convencimento do juiz ante o caso concreto, podendo o magistrado decidir de forma contrária ao entendimento dos Tribunais, inclusive da Suprema Corte. Entretanto, ao chegarem ao Supremo Tribunal Federal, através de Recurso Extraordinário, as controvérsias, quando tratam de questões que dependem de análise exclusivamente jurídica, são naturalmente apreciadas de acordo com o entendimento deste último órgão, de modo que as decisões proferidas nas instâncias inferiores são inevitavelmente derrubadas. Quer dizer, quando os juízes de primeiro grau ou os

---

<sup>161</sup> JR. DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, v. 3, p. 338.

<sup>162</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. Op. cit., p. 70; JR. DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. Op. cit., 360.

<sup>163</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE nº 376.852/SC, Relator: Ministro Gilmar Mendes, DJ 13/06/2003. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261812>, consultado em 04/12/2012.

<sup>164</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. Op. cit., p. 71.

tribunais deixam de aplicar o entendimento jurisprudencial firmado pela Suprema Corte, acabam por tornar o processo mais moroso e custoso, contribuindo para a ineficiência do Poder Judiciário. Além disso, há desrespeito à hierarquia, à coerência, e a Justiça perde sua credibilidade, pois trata questões idênticas de forma desigual. Se, por outro lado, seguem desde logo a orientação da Corte, prestigiam a garantia constitucional da razoável duração do processo e da celeridade processual, favorecendo a economicidade e a efetiva prestação jurisdicional, além de respeitar a isonomia.<sup>165</sup>

Este é o cenário em que insere a Reclamação 4.335/AC, pendente de julgamento na Suprema Corte, em que o Ministro Gilmar Mendes suscita a tese da mutação constitucional do art. 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988.

### 3.1 A RECLAMAÇÃO Nº 4.335/AC E A TESE DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A tese de que o inciso X do art. 52 da Constituição Federal teria sofrido uma verdadeira mutação constitucional é objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal na Reclamação nº 4.335/AC,<sup>166</sup> proposta originalmente em face de decisão do juiz da Vara de Execuções Penais.

No julgamento do Habeas Corpus nº 82.959,<sup>167</sup> o Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho 1990. Este dispositivo previa que a pena por prática de crimes hediondos deveria ser integralmente cumprida em regime fechado, o que, segundo a Corte, feria o princípio da individualização da pena, daí ser contrário à Carta de 1988.

---

<sup>165</sup> Esse é o entendimento do Ministro Francisco Rezek, expresso em seu voto. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADC nº 1, Relator: Ministro Moreira Alves, DJ 16/06/1995. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=881>, consultado em 04/12/2012.

<sup>166</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Rcl. nº 4.335/AC, Relator: Ministro Gilmar Mendes, processo pendente de julgamento. Disponível em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>, consultado em 14/11/2012.

<sup>167</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC nº 82.959/SP, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ 01/09/2006. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>, consultado em 14/11/2012.

Condenados que cumpriam pena pela prática de crime hediondo em regime integralmente fechado solicitaram ao juiz da vara de Execuções Penais que o entendimento adotado pela Corte da decisão mencionada, que reconheceu a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072, fosse também aplicado às suas situações. Ocorre que o juiz indeferiu o pedido, seguindo a corrente tradicional, que afirma que a declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso produz efeitos tão somente entre as partes. Em sequência, a Reclamação 4.335/AC foi proposta, sob alegação de ofensa à autoridade da decisão da Corte no Habeas Corpus nº 82.959.<sup>168</sup>

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, relator da Reclamação em questão, manifestou-se no sentido de reconhecer a mutação constitucional do art. 52, X, afirmando que ao Senado Federal está atribuída competência apenas para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, haja vista que essa decisão contém força normativa bastante para suspender a execução da lei”.<sup>169</sup>

Em seu voto, o Ministro faz um relato histórico do surgimento e da aplicabilidade do dispositivo que atribui ao Senado a competência para suspender a lei ou ato inconstitucional e explica que, nas diversas Constituições brasileiras, essa foi a forma de assegurar a separação dos poderes. Ao mesmo tempo em que o Senado não teria obrigatoriedade em suspender a lei ou ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quando agisse, não poderia ampliar ou restringir os efeitos da decisão proferida pelo Poder Judiciário.

Entretanto, o magistrado entende que esse dispositivo, atualmente, está assentado em motivos exclusivamente históricos. Isso porque o modelo difuso de controle de constitucionalidade está cada vez mais parecido com a forma concentrada e se é possível no controle abstrato que se suspenda, inclusive liminarmente, a eficácia de atos normativos e até de Emendas Constitucionais, com efeitos *erga omnes*, não há mais razões para defender que na forma difusa a decisão deva permanecer restrita às partes processuais.

---

<sup>168</sup> BRASIL. **Informativo nº 463 do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo463.htm#Reclamação: Cabimento e Senado Federal no Controle da Constitucionalidade - 5>, consultado em 09/07/2012.

<sup>169</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Rcl. nº 4.335/AC, Relator: Ministro Gilmar Mendes, processo pendente de julgamento. Disponível em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eq.pdf>, consultado em 09/07/2012.

Argumenta, ainda, que a atuação do Senado seria inapropriada nos casos em que a Suprema Corte se limita a fixar a orientação constitucionalmente mais adequada para determinado preceito normativo. Nesse caso, não há inconstitucionalidade declarada e não deve haver qualquer participação do Senado. O mesmo ocorre nos casos em que o Supremo decide com base em interpretação conforme a Constituição ou nos casos de declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto. Também quando o Supremo Tribunal Federal decide modular os efeitos de sua decisão, a atuação do Senado é restrita, pois deve estar limitado ao que decidiu a Alta Corte.

Além disso, Gilmar Ferreira Mendes traz à tona a tendência da repercussão da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário sobre as decisões de outros tribunais. É que tradicionalmente, de acordo com o art. 97 da Constituição Federal e com a Súmula Vinculante nº 10, para que uma lei ou ato normativo do Poder Público seja declarado inconstitucional, é necessário que a maioria absoluta dos membros do tribunal ou de seu órgão especial vote nesse sentido. Esta é a denominada cláusula da reserva de plenário, que resguarda a presunção de constitucionalidade das normas, como afirmado no primeiro capítulo.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal tem apresentado orientação no sentido de que, uma vez fixado entendimento do Pleno ou do Órgão Especial acerca da constitucionalidade de determinada lei, em acordo com o art. 97 da Carta, esse procedimento é dispensável nos casos seguintes que versarem sobre a mesma controvérsia jurídica. Só seria necessária nova obediência à regra no caso de mudança de entendimento do Tribunal.<sup>170</sup>

Nesse sentido, segue o voto do Ministro Ilmar Galvão, relator do acórdão no Recurso Extraordinário 190.728, que discutiu a dispensabilidade de se encaminhar o tema ao Plenário quando o Supremo já houver se manifestado sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade suscitada:

Essa nova e salutar rotina que, aos poucos, vai tomando corpo (...) além de, por igual, não merecer a censura de ser afrontosa ao princípio insculpido no art. 97 da CF, está em perfeita consonância não apenas com o princípio da economia processual, mas também com o da segurança jurídica, merecendo, por isso, todo encômio, como procedimento que vem ao

---

<sup>170</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 1120 e 1121.

encontro da tão desejada racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira. Tudo, portanto, está a indicar que se está diante de norma que não deve ser aplicada com rigor literal, mas, ao revés, tendo-se em mira a finalidade objetivada, o que permite a elasticidade do seu ajustamento às variações da realidade circunstancial.<sup>171</sup>

Portanto, há entendimento de que a exigência do art. 97 é desnecessária, quando, ainda que por uma única vez, o Plenário da Suprema Corte tiver declarado a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, em sede de controle difuso/incidental.<sup>172</sup> Isto porque a cláusula de reserva de plenário tem por objetivo assegurar o princípio da presunção da constitucionalidade das leis e está fundada em razões de segurança jurídica. A partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade da norma, tal presunção deixa de existir, podendo os demais tribunais e órgãos fracionários seguir o entendimento da Corte, sem a necessidade de cumprir o procedimento previsto no art. 97.<sup>173</sup>

Acompanhando a tendência jurisprudencial, a Lei nº 9.756 de dezessete de dezembro de 1998 acrescentou o parágrafo único no art. 481 do Código de Processo Civil, que versa sobre o procedimento adequado para arguição de inconstitucionalidade nos tribunais. A nova regra prevê que é dispensável o cumprimento do disposto no art. 97 da Carta se a lei ou o ato normativo já houver sido objeto de pronúncia pelo Órgão Especial ou pelo plenário do Tribunal ou ainda pelo plenário da Corte Suprema.<sup>174</sup> Fala-se dos efeitos transcendentais das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes:

Esse entendimento marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário s

<sup>171</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. AgR-AI nº 168.149/RS, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ 04/08/1995. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=279253>, consultado em 04/12/2012.

<sup>172</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade do direito brasileiro**. Op. cit., p. 107.

<sup>173</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. AgR-AI nº 168.149/RS, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ 04/08/1995. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=279253>, consultado em 04/12/2012.

<sup>174</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade do direito brasileiro**. Op. cit., p. 101.

desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*.<sup>175</sup>

O Supremo Tribunal Federal tem apresentado entendimento, ainda, que o efeito vinculante atinge tanto a parte dispositiva da decisão, quanto sua *ratio decidendi*, ou seja, os motivos determinantes que a fundamentam.<sup>176</sup> É a ela que tanto o STF quanto todos os demais órgãos do poder judiciário estarão vinculados.

O Ministro Celso de Melo, na Reclamação 2.986/SE, manifestou-se no seguinte sentido:

Essa visão do fenômeno da transcendência parece refletir a preocupação que a doutrina vem externando a propósito dessa específica questão, consistente no reconhecimento de que a eficácia vinculante não só concerne à parte dispositiva, mas refere-se, também, aos próprios fundamentos determinantes do julgado que o Supremo Tribunal Federal venha a proferir em sede de controle abstrato, especialmente quando consubstanciar declaração de inconstitucionalidade (...). Na realidade, essa preocupação, realçada pelo magistério doutrinário, tem em perspectiva um dado de insuperável relevo político-jurídico, consistente na necessidade de preservar-se, em sua integralidade, a força normativa da Constituição, que resulta da indiscutível supremacia, formal e material, de que se revestem as normas constitucionais, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade, por isso mesmo, hão de ser valorizadas, em face de sua precedência, autoridade e grau hierárquico (...). Cabe destacar, neste ponto, tendo presente o contexto em questão, que assume papel de fundamental importância a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função institucional, de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, “caput”), confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental, como tem sido assinalado, com particular ênfase, pela jurisprudência desta Corte Suprema.<sup>177</sup>

Diante disso, Gilmar Ferreira Mendes sustenta, em seu voto, que o fortalecimento do modelo abstrato de controle de constitucionalidade foi decisivo

<sup>175</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Rcl. nº 4.335/AC, Relator: Ministro Gilmar Mendes, processo pendente de julgamento. Disponível em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>, consultado em 09/07/2012.

<sup>176</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Rcl. nº 2.986/SE, Relator: Ministro Celso de Melo, DJ 18/03/2005. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+2986%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>, consultado em 04/012/2012; Brasil. Supremo Tribunal Federal. Rcl. nº 1.987/DF, Relator: Ministro Maurício Correia, DJ 21/05/2004. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87272>, consultado em 04/12/2012.

<sup>177</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Rcl. nº 2.986/SE, Relator: Ministro Celso de Melo, DJ 18/03/2005. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+2986%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>, consultado em 04/012/2012.

para essa mudança, “vez que as decisões com eficácia *erga omnes* passaram a se generalizar”.<sup>178</sup> Igualmente relevante para a mudança foi o aumento do número de processos similares, arguindo a inconstitucionalidade no controle difuso. Para o Ministro:

Nesse contexto, assume relevo a decisão que afirmou a dispensabilidade de se submeter a questão constitucional ao Plenário de qualquer Tribunal se o Supremo Tribunal já se tiver manifestado pela inconstitucionalidade do diploma. Tal como observado, essa decisão acaba por conferir uma eficácia mais ampla – talvez até mesmo um efeito vinculante – à decisão do Plenário do Supremo Tribunal no controle incidental.<sup>179</sup>

Por esses motivos, sugere uma releitura do papel do Senado Federal no processo de controle de constitucionalidade, principalmente diante da força que o controle concentrado adquiriu na Constituição de 1988, com sua ampliação de legitimados para propositura e alargamento das hipóteses de cabimento. Atualmente, todas as controvérsias constitucionais relevantes podem ser levadas à apreciação da Suprema Corte via controle abstrato. A ênfase não reside mais no modelo difuso de controle, e a Corte, enquanto incumbida da função precípua de guardião da Constituição, tem proferido decisões em sede de controle incidental que transcendem o âmbito da decisão, o que exigiria nova a leitura da norma do art. 52, inciso X.

O Ministro utiliza-se da doutrina de Georg Jellinek para afirma que houve uma “autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto”.<sup>180</sup> Afirma que é hora de dar razão ao que propôs Carlos Alberto Lúcio Bittencourt e reconhecer que a tarefa do Senado é apenas dar publicidade ao que decidiu a Corte, no Diário do Congresso.

O Ministro Eros Roberto Grau, entendendo que na mutação constitucional não apenas a norma é nova, mas o próprio texto normativo é substituído por outro, acompanhou a tese do Ministro relator. Nesse sentido, reconhece que o enunciado do inciso X do art. 52 da Constituição Federal é obsoleto e que o novo texto sugerido é plenamente adequado ao espaço semântico constitucional.

<sup>178</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade.** Op. cit., p. 165.

<sup>179</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade.** Op. cit., p. 165.

<sup>180</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Rcl. nº 4.335/AC, Relator: Ministro Gilmar Mendes, processo pendente de julgamento. Disponível em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>, consultado em 09/07/2012.

Os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa não compartilharam do mesmo entendimento. Para o primeiro, não se pode reduzir o papel do Senado Federal, mantido por quase todas as Constituições, desde 1934, mesmo que seja evidente a prevalência do sistema concentrado de constitucionalidade. Além disso, a criação, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, da Súmula Vinculante, teria conferido ao Supremo poder suficiente, tornando desnecessária a tese da mutação constitucional.

Barbosa, por sua vez, defendeu a edição de Súmula Vinculante e a manutenção da leitura tradicional do art. 52, X da Constituição Federal, afastando a tese da mutação constitucional.<sup>181</sup> Para o Ministro, além de faltarem os requisitos do decurso do tempo e do desuso, que ele considera essencial para que ocorra o fenômeno, a mutação estaria impedida pela literalidade do texto e iria contra as regras da autorrestrrição.

Apesar de concedida liminar, a Reclamação em questão ainda não foi julgada.<sup>182</sup>

### 3.2 A MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AS SÚMULAS VINCULANTES

Partindo dos ensinamentos sobre mutação constitucional apresentados no segundo capítulo do presente ensaio, nas lições sobre os limites desse fenômeno trazidos por Konrad Hesse e José Afonso da Silva e no conceito de mutação inconstitucional apresentado por Anna Cândida da Cunha Ferraz, concluiu-se que essa forma de reforma do texto constitucional não pode ser admitida de ilimitadamente, de forma irrestrita, sob pena de comprometer a integridade da Lei Fundamental.

O dispositivo do art. 52, X, da Constituição Federal não teve alterações significativas em seu texto desde que surgiu pela primeira vez na Carta brasileira. Tampouco parece correto admitir que, ao longo da história constitucional pátria, essa

---

<sup>181</sup> BRASIL. **Informativo nº 463 do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo463.htm#Reclamação: Cabimento e Senado Federal no Controle da Constitucionalidade - 5>, consultado em 09/07/2012.



norma tenha encontrado significado em diferentes interpretações. Ocorreu justamente o oposto: todas as vezes que o constituinte foi chamado a eleger quais as normas deveriam compor a nova ordem constitucional, optou por manter, expressamente, o dispositivo em questão, sem alteração em seu texto ou significado, ciente de todos os efeitos práticos que a norma produzira e que continuaria a produzir.

Do mesmo modo, o constituinte teve por diversas vezes a oportunidade de simplesmente excluir essa norma do ordenamento constitucional, retirando uma competência expressa do Senado Federal. Verdade é que não o fez, optando por manter a lógica de que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso, deveria produzir efeitos tão somente entre as partes, via de regra. Se em 1988 ou em outro momento constitucional essa norma tivesse sido retirada, seria manifestação da opção do constituinte (relembrando as explicações apresentadas sobre lacuna constitucional, segundo José Afonso da Silva<sup>183</sup> e Karl Loewenstein<sup>184</sup>) e nesse caso, sim, poderia se admitir uma alteração na lógica do sistema difuso de constitucionalidade. Porém, é evidente que isso não ocorreu, o que representa a vontade do constituinte. Saliente-se ainda, o caráter analítico da Constituição brasileira de 1988, em que se regulam detalhadamente cada situação prevista pelo constituinte. O que consta na ordem constitucional foi debatido entre diversos setores da sociedade em Assembleia e minuciosamente refletido – os dispositivos não estão lá à toa.

Será que pode o órgão máximo do Poder Judiciário simplesmente ignorar a vontade textual manifestada pelo constituinte originário e, dessa forma, esvaziar uma competência expressa do Poder Legislativo, sem violar o princípio da separação dos poderes? Através dessa atuação, pode o Supremo Tribunal Federal decretar a identidade entre os dois modelos de controle de constitucionalidade? E será que tudo isso pode ocorrer mediante o fenômeno da mutação constitucional?

Retornando aos ensinamentos de Konrad Hesse e de José Afonso da Silva, apresentados no capítulo anterior, cabem algumas indagações aptas a definir se a mutação constitucional sustentada está dentro dos limites necessários para que não seja violadora da Lei Fundamental: a interpretação que se pretende dar ao texto está

---

<sup>183</sup> SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. Op. cit., p. 286 e 287.

<sup>184</sup> LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976 [1961], p. 170-172.

dentro do âmbito normativo do preceito constitucional?<sup>185</sup> O conteúdo da norma está a ser modificado de acordo com os limites traçados pelo seu texto?<sup>186,187</sup> Ou o que se propõe, na realidade, é uma interpretação que provoca o conflito entre a norma e o texto?<sup>188,189</sup>

Quando o constituinte optou pelo texto expresso no art. 52, X, da Constituição Federal, o fez ciente do significado que a ele pretendia atribuir. Trata-se de um preceito claro e repetido ao longo da história constitucional, que confere ao Senado Federal uma faculdade. Por outro lado, argumentar que a nova norma atribui a este órgão a tarefa de dar publicidade ao que decide a Suprema Corte tende a desvirtuar o sistema de constitucionalidade e a separação dos poderes, questões que atingem o cerne da democracia. Logo, parece que a resposta aos questionamentos sugeridos por Hesse e por José Afonso da Silva leva a crer que a nova interpretação pretendida foge ao âmbito normativo constitucional, pois é necessário observar que o texto expresso restringe a atividade interpretativa.<sup>190</sup> Assim sendo, em vez de representar o fenômeno da mutação constitucional, tutelando a elasticidade e adequação social da Lei Fundamental, o que se configura é o “quebrantamento” da Constituição, colocando em risco sua força normativa.<sup>191,192</sup>

Dentro da categorização apresentada por Anna Cândida da Cunha Ferraz, para quem só pode ser considerada mutação constitucional aquela que modifique o significado do texto, sem contrariar a letra e o espírito da Constituição,<sup>193</sup> parece que o que se propõe em relação ao art. 52, X, da Constituição se insere no conceito de mutação inconstitucional.<sup>194</sup> Inclusive, nesse sentido é que se manifestam os Ministros que discordam da tese. Retomando o conceito apresentado no capítulo anterior, é possível afirmar que o que se sugere é uma “mutação manifestamente inconstitucional”, pois cumpre os pressupostos para tanto, enumerados pela autora, quais sejam: revela-se manifestamente inconstitucional, não obedece à forma

<sup>185</sup> HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Op. cit., p. 100 e 101.

<sup>186</sup> SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. Op. cit., p. 298.

<sup>187</sup> HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Op. cit., p. 102.

<sup>188</sup> SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. Op. cit., p. 297.

<sup>189</sup> HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Op. cit., p. 48.

<sup>190</sup> HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Op. cit., p. 49.

<sup>191</sup> HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Op. cit., p. 104.

<sup>192</sup> SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. Op. cit., p. 297.

<sup>193</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de mudança da Constituição**. Op. cit., p. 9.

<sup>194</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de mudança da Constituição**. Op. cit., p. 10. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de mudança da Constituição**. Op. cit., p. 23 e 24.

estabelecida pelo constituinte e padece de controle de constitucionalidade, o que a permitiria permanecer em vigor no ordenamento constitucional.<sup>195</sup> Mais uma vez, é possível observar que a tese proposta pode ensejar o desvirtuamento da ordem constitucional.

Para aqueles que consideram que o sistema difuso de controle de constitucionalidade está extinto ou que se tornou idêntico ao modelo concentrado, cabem alguns questionamentos. Um dos argumentos utilizados para sustentar essa tese é o de que o constituinte teria ampliado largamente o modelo concentrado de constitucionalidade, tornando a forma difusa a exceção do direito brasileiro. Ora, tornar algo excepcional não significa ignorá-lo. Afirmar que ao Senado Federal compete exclusivamente o papel de dar publicidade ao que decide a Suprema Corte é subverter a norma, retirando do ordenamento uma competência constitucionalmente prevista do Poder Legislativo e, mais, esvaziar o significado do controle concentrado de constitucionalidade, que tem o condão de permitir que cada cidadão, democraticamente, proponha a demanda e veja seu interesse apreciado, de acordo com as peculiaridades de cada situação.

Por outro lado, naturalmente é impossível desconsiderar a realidade do acúmulo de processos que tramitam perante a Suprema Corte brasileira e os problemas provenientes do modelo difuso de constitucionalidade aplicado no Brasil, como demonstrado ao longo do presente estudo. Questões fundamentais ao Estado e à democracia, como a celeridade processual, o direito fundamental à prestação jurisdicional adequada, à isonomia e segurança jurídica são, não raro, colocadas em xeque diante da quantidade exacerbada de Recursos Extraordinários que chegam ao Supremo Tribunal Federal e da falta de coerência entre as decisões proferidas pelos diversos tribunais brasileiros. Entretanto, não parece razoável admitir que esses problemas devam ser pretensamente solucionados através de uma mutação constitucional, sob o risco de se concretizar a primazia do fato sobre a norma, como queria Georg Jellinek,<sup>196</sup> em sentido oposto ao que propôs Konrad Hesse. De fato, há de se concordar com o segundo autor, para quem a *força normativa do fato* ou as

---

<sup>195</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de mudança da Constituição**. Op. cit., p. 243-250.

<sup>196</sup> JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Op. cit., p. 29.

*necessidades vitais do Estado* não são, por si só, suficientes para legitimar o fenômeno da mutação constitucional, de forma irrestrita<sup>197</sup>.

Portanto, não se ignora a concretude dos fatos nem a evidente necessidade do Estado em buscar uma solução para os problemas já apresentados. O que não se pode admitir, todavia, é que a alteração do texto constitucional se dê fora de seu âmbito normativo, como pretendem os defensores da tese da mutação constitucional do art. 52, X, da Carta brasileira. Entretanto, ao que consta, o próprio Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo já veem buscando uma alternativa, um meio de solucionar os problemas apresentados, desde 2004, através, principalmente, da edição da Súmula Vinculante.

Tradicionalmente, como já explicado, nos países que seguem o regime do *civil law*, atribui-se tão somente caráter persuasivo aos precedentes judiciais. Quer dizer, estes não têm o condão de vincular as demais decisões, pois o magistrado é livre e independente de acordo com o princípio do livre-convencimento do juiz, que deve julgar de acordo com sua própria consciência diante de cada caso concreto. Entretanto, os precedentes têm muito mais importância do que se imagina, constituindo verdadeira fonte de direito.<sup>198</sup>

No direito brasileiro, a criação das súmulas segue uma sequência lógica entre precedente, jurisprudência e súmula. A partir do julgamento, extrai-se a *ratio decidendi*, o elemento fundamental do precedente. A partir do momento em que esse precedente é aplicado diversas vezes, ele passa a ser considerado jurisprudência. Se essa jurisprudência for predominante no tribunal, pode ser editada uma súmula. Portanto, é correto afirmar que a “a súmula é o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente”.<sup>199</sup> Logo, faz-se necessário que o enunciado da súmula expresse, de forma clara, através da utilização de termos precisos e concretos, a *ratio decidendi* aplicada reiteradamente pelo tribunal, para que possa ser aplicada em casos futuros.

Como dito, em regra, o Brasil não adota o princípio da vinculação aos precedentes, de modo que também não é atribuído caráter obrigatório às súmulas. Entretanto, na tentativa de se ampliar os efeitos das decisões e determinar a

---

<sup>197</sup> HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Op. cit., p. 101.

<sup>198</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. p. 277.

<sup>199</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Op. cit., p. 401.

sujeição de todos a um posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a partir de 2004, a Corte passou a editar súmulas, desta vez, com efeito vinculante.

Seguindo o regime previsto no art. 103-A da Carta, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, as Súmulas Vinculantes visam à solução de controvérsias contemporâneas a respeito da validade, interpretação e eficácia de normas, reafirmando a igualdade e segurança jurídica e evitando o acúmulo de processos idênticos no judiciário brasileiro.<sup>200</sup> O objeto dessa súmula é, necessariamente, “a interpretação ou a verificação da validade ou da eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários, ou entre esses e a administração pública, que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”.<sup>201</sup>

Para que seja editada uma Súmula Vinculante, é necessária existência de decisões reiteradas acerca da matéria em questão, proferidas em sede de controle de constitucionalidade difuso, através do modelo incidental. Quer dizer, quando por diversas vezes, o Supremo Tribunal Federal adotar o mesmo posicionamento, ao julgar Recursos Extraordinários, abre-se a possibilidade de edição de Súmula Vinculante. Porém, além da exigência das reiteradas decisões sobre a matéria constitucional controvertida, há um importante requisito para a edição da Súmula Vinculante: o quórum qualificado de dois terços, o que torna a deliberação mais segura.

Essa súmula é capaz de conferir caráter obrigatório ao posicionamento adotado pela Corte Constitucional em relação ao próprio Supremo Tribunal Federal, e aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, direta e indireta, em âmbito federal, estadual e municipal. A obrigatoriedade, em regra, opera-se imediatamente após a publicação do enunciado, sem depender de nenhum ato subsequente. Entretanto, é possível a modulação dos efeitos, fundado em razão de segurança jurídica ou excepcional interesse público. Caso haja descumprimento da Súmula Vinculante, cabe Reclamação à Suprema Corte contra o ato administrativo ou judicial que ignorou o caráter obrigatório do enunciado. Acatando a alegação de contrariedade ou a má aplicação da súmula, o Supremo Tribunal Federal deverá anular o ato administrativo ou cassar a decisão judicial objetivo da reclamação,

---

<sup>200</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 1009.

<sup>201</sup> JR. DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. Op. cit., p. 409.

determinando que nova decisão seja proferida. Isto tudo ocorre em decorrência do caráter vinculante desta espécie de enunciado.

A Súmula Vinculante, portanto, é um instrumento assentado em teses jurídicas pacificadas, que acelera o processo de julgamento e confere maior segurança jurídica e previsibilidade às decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade. Os ministros que se opõem ao fenômeno da mutação constitucional do art. 52, X da Constituição defendem que a criação do mecanismo da Súmula Vinculante torna desnecessária a tese sugerida pelo Ministro Gilmar Mendes. Isso porque a Emenda Constitucional nº 45 trouxe a possibilidade de se conferir caráter vinculante às decisões da Suprema Corte, de modo a estender seus efeitos, prestigiando o entendimento do Supremo Tribunal Federal e assegurando seu papel de guardião da Constituição.

Vale ressaltar que a edição de Súmulas Vinculantes revela uma estratégia, em tese, mais segura para a atribuição de caráter coercitivo às manifestações da Corte, pois dependem de decisões reiteradas e de quórum qualificado para sua aprovação, mesmo que sem a necessidade da intervenção do Senado Federal. Por outro lado, se fosse admitida a tese da mutação constitucional, qualquer decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em qualquer quórum, mesmo que apenas uma única vez, seria apta a gerar efeitos vinculantes e *erga omnes* independentemente de maiores debates.

Um ponto que certamente exige maior reflexão e crítica é saber se o mecanismo da Súmula Vinculante tem sido bem utilizado pelo Supremo Tribunal Federal. Esse instrumento, que possui força coercitiva absoluta sobre os demais órgãos e poderes da Administração, prestigia o papel de intérprete máximo da Alta Corte, que deve ter suas atuações pautadas na defesa da ordem constitucional, dos direitos fundamentais e da democracia. E mais do que isso, a aplicabilidade dos enunciados sumulados com força vinculante deve ser respeitada. De fato, parece que nem sempre isso ocorre, como é o caso, por exemplo, da Súmula Vinculante nº 11.

## CONCLUSÃO

Não há como negar que o controle difuso de constitucionalidade, na forma em que é aplicado no Brasil, tende a causar uma série de problemas de ordens práticas, como o acúmulo de processos que tramitam perante a Suprema Corte brasileira e a possível violação à celeridade processual, ao direito fundamental à prestação jurisdicional adequada, à isonomia e segurança jurídica. A tradicional falta de caráter vinculante e de eficácia *erga omnes* das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, através de Recurso Extraordinário é um aspecto a ser avaliado e um defeito que há algum tempo deveria ser remediado, na ordem constitucional brasileira.

Entretanto defender a *mutação constitucional* do art. 52, inciso X, da Carta brasileira de 1988 e a conseqüente alteração de sentido do texto, para que se atribua ao Senado Federal tão somente a competência para dar publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal, não parece razoável.

Seguindo as lições de Konrad Hesse, José Afonso da Silva e Anna Cândida da Cunha Ferraz, cabe argumentar que a pretensa mutação extrapola os limites interpretativos do texto, admitindo sentido diverso do que queria o constituinte. Além de o enunciado do texto ser objetivo e claro, o fato de ter sido repetido pelas constituições desde 1934 deixa ainda mais evidente a vontade consolidada na Assembleia Nacional Constituinte, em que diversos grupos e setores da sociedade tiveram a oportunidade de debater sobre diferentes temas fundamentais, e, mesmo assim, optaram por manter o dispositivo, sem alteração de redação, tampouco de sentido. Não bastasse isso, o enunciado em questão trata de competência expressa, constitucionalmente prevista, de atribuição incontestável do Senado Federal, versando acerca do controle de constitucionalidade de leis: é uma previsão que atinge o cerne da democracia, envolvendo separação de poderes e a tutela das mais elevadas normas do sistema jurídico.

Por essas razões, não se pode admitir que uma alteração de interpretação feita pelo ápice do Poder Judiciário, que se releva, de fato, uma *mutação inconstitucional*, seja apta a esvaziar o significado da norma e a provocar o inevitável quebrantamento da Lei Fundamental.

Além disso, já há previsão legal e jurisprudência de outra forma, mais segura para se atribuir eficácia *erga omnes* e vinculante às decisões proferidas, em sede de

controle difuso de constitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se da Súmula Vinculante, acrescida ao texto constitucional através da Emenda Constitucional nº 45 de 2004.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. 2. ed. atual. por José Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADC nº 1, Relator: Ministro Moreira Alves, DJ 16/06/1995. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=881>, consultado em 04/12/2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. AgR-AI nº 168.149/RS, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ 04/08/1995. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=279253>, consultado em 04/12/2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC nº 82.959/SP, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ 01/09/2006. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>, consultado em 14/11/2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE nº 197.917/SP, Relator: Ministro Maurício Corrêa, DJ 07/05/2004. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>, consultado em 04/12/2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE nº 376.852/SC, Relator: Ministro Gilmar Mendes, DJ 13/06/2003. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261812>, consultado em 04/12/2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Rcl. nº 1.987/DF, Relator: Ministro Maurício Correia, DJ 21/05/2004. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87272>,

consultado em 04/12/2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Rcl. nº 2.986/SE, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ 18/03/2005. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+2986%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>,

consultado em 04/012/2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Rcl. nº 4.335/AC, Relator: Ministro Gilmar Mendes, processo pendente de julgamento. Disponível em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>, consultado em 09/07/2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Informativo nº 463. Disponível em [http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo463.htm#Reclamação : Cabimento e Senado Federal no Controle da Constitucionalidade - 5](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo463.htm#Reclamação%20-%20Cabimento%20e%20Senado%20Federal%20no%20Controle%20da%20Constitucionalidade%20-%205), consultado em 09/07/2012.

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

CAMPOS, Milton. **Constituição e realidade**. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 187, ano 57, jan./fev., 1960.

CASTRO, João Bosco Marcial de. **O controle de constitucionalidade das leis e a intervenção do Senado Federal**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade do direito brasileiro**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, v. 2.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, v. 3.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

\_\_\_\_\_, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Seleção, tradução e introdução: Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992 [1966/1959/1974].

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Tradução: Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991 [1906].

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976 [1961].

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. v.1. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

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

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

MENDES, Gilmar Ferreira. MARTINS; Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.668, de 10/11/1999**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967** (com a Emenda nº 1 de 1969), t. 4, 2. ed. rev. São Paulo: RT, 1970.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. 2. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro, Forense, 1998.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil**. Tese apresentada à faculdade de direito da Universidade de São Paulo, para inscrição em concurso público visando ao provimento de cargo de professor titular, junto ao departamento de direito do Estado – área de direito constitucional. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2000.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.