

# Controle de constitucionalidade incidental e mutação constitucional: apontamentos acerca do julgamento da Reclamação n. 4.335/AC pelo Supremo Tribunal Federal

Filipe Bezerra de Menezes Picanço<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1 Introdução. 1.1 A evolução do controle jurisdicional de constitucionalidade no direito brasileiro. 1.2 Procedimento do incidente de inconstitucionalidade e suas inovações. 1.3 A função do Senado Federal no controle incidental de constitucionalidade. 2 Mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988. 2.1 Teorização sobre a mutação constitucional. 2.2 A mutação pretendida. 2.2.1 A Reclamação n. 4.335/AC. 2.2.2 Motivos que dão ensejo à mutação. 2.2.3 A suspensão da execução da lei pelo Senado Federal e a mutação constitucional. 2.2.4 Resposta às críticas feitas à tese. 3 Conclusão. 4 Referências.

---

## 1 Introdução

O sistema pátrio de controle de constitucionalidade sofreu uma verdadeira revolução no século passado. Iniciou-se com a criação do controle abstrato de constitucionalidade, fruto da Emenda Constitucional n. 16/65

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense.

e consolidou-se com a promulgação da Constituição de 1988 e das Emendas Constitucionais ns. 3 e 45 e das Leis ns. 9.868/99 e 9.882/99.

É ponto quase pacífico na doutrina brasileira que o instituto da suspensão pelo Senado Federal da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal é obsoleto, ultrapassado, inadequado a um sistema de controle de constitucionalidade no qual predominam as decisões com eficácia geral e caráter vinculante. Diversas são as manifestações nesse sentido. Luís Roberto Barroso, em sua excelente obra sobre controle de constitucionalidade, deixou clara a sua opinião acerca da incongruência da regra do artigo 52, X, da Constituição Federal:

*“A verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC n. 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental, seja em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando da sua instituição em 1934, já não há mais lógica razoável em sua manutenção. Também não parece razoável e lógica, com a vênia devida aos ilustres autores que professam entendimento diverso, a negativa de efeitos retroativos à decisão plenária do Supremo Tribunal Federal que reconheça a inconstitucionalidade de uma lei. Seria uma demasia, uma violação ao princípio da economia processual, obrigar um dos legitimados do artigo 103 a propor ação direta para produzir uma decisão que já se sabe qual é!”<sup>2</sup>*

Gustavo Binenbojm é outro renomado autor que, ao tratar do assunto, faz questão de demonstrar a incompatibilidade do instituto da suspensão pelo Senado da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal com o atual sistema brasileiro de controle de constitucionalidade:

*“Vale notar que a novidade foi introduzida sem que se fizesse qualquer alteração ou adaptação no velho sistema de controle incidental*

<sup>2</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. rev. atual. Sao Paulo: Saraiva, 2006. p. 111.

e difuso, o que acabaria por gerar uma permanente tensão dialética entre os dois sistemas. *Até mesmo a suspensão da execução de lei ou ato normativo pelo Senado Federal, que só se justificava como fator corretivo de um sistema difuso puro, foi atavicamente mantida.*<sup>3</sup>

O grande constitucionalista José Afonso da Silva é outro a engrossar o coro daqueles que criticam o instituto. Ao comentar o artigo 52, X, da Constituição Federal, assim dispôs o festejado mestre:

*“Essa regra não tem mais razão de existir. Em suma, o ato de suspensão emitido pelo Senado tem que ser conforme o julgamento. Não tem poder para modificar a decisão do Supremo Tribunal Federal. Seria mais prático e expedito se se desse a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal o efeito erga omnes a contar da data de sua publicação, também nos casos de recurso extraordinário (art. 102, III) que o ponto final da apreciação de inconstitucionalidade incidenter tantum. Assim, porém, não quis o constituinte, de sorte que a interferência do Senado é de rigor.”*<sup>4</sup>

Ainda quando ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, em voto proferido no julgamento da ADC n. 1, entendeu que, no sistema atual de controle de constitucionalidade brasileiro, o instituto da suspensão pelo Senado Federal é uma regra ultrapassada e, no seu próprio dizer, anacrônica, como se vê abaixo:

*“De tal modo, o peso do Supremo Tribunal Federal, em relação aos outros órgãos de jurisdição, que a ação declaratória de constitucionalidade traz, é relativo porque, já no sistema de convivência dos dois métodos, a palavra final é sempre reservada ao Supremo Tribunal Federal, se bem que, declarada a inconstitucionalidade no sistema difuso, ainda convivamos com o anacronismo em que se transformou, especialmente após a criação da ação direta, a necessidade da deliberação do Senado para dar eficácia erga omnes à declaração incidente.”*<sup>5</sup>

3 BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 127.

4 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 415.

5 RTJ 159, p. 389-90.

Veja-se, por fim, a expressiva opinião de Clèmerson Merlin Clève acerca do instituto da suspensão pelo Senado da norma declarada inconstitucional pelo Supremo:

“Num momento (1934) em que se temia o ‘governo dos juízes’, em que se esforçava para manter a fiscalização incidental, em que se almejavam as vantagens da fiscalização concentrada (eficácia *erga omnes*), em que se procurava harmonizar as competências do Judiciário sem, todavia, amesquinhar o Legislativo, a fórmula encontrada pelo constituinte de 1934, para estender ao julgado da Suprema Corte a eficácia *erga omnes*, parece ter sido criativa e adequada. Todavia é questionável a permanência da fórmula na Constituição de 1988. *Parece constituir um anacronismo a permanência do mecanismo quando o país adota, na atualidade, não apenas a fiscalização incidental, mas também a concentrado-principal, decorrente da ação direta e, inclusive, para suprimimento de omissão. Tem-se que chegou a hora, afinal, de transformar o Supremo Tribunal Federal em verdadeira corte especializada em questões constitucionais, retirando-se do Senado a atribuição discutida no presente item.* O estudo do direito comparado pode demonstrar que, com vantagem, poderia a República substituir o modelo atual pelo praticado em outros países que emprestam, satisfeitos determinados e rigorosos pressupostos, à decisão do órgão fiscalizador da constitucionalidade, eficácia *erga omnes*.

[...]

A competência do Senado Federal para suspender a lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, da CF), no controle concreto, deve ser repensada.

As decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal envolvendo matéria constitucional, embora em sede de fiscalização difuso-incidental, devem, após ultrapassado determinado número de pronunciamentos idênticos, e em virtude do desencadear necessário da fiscalização abstrata (modelo português), produzir eficácia vinculante e efeitos *erga omnes*.<sup>6</sup>

6 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 124-125 e p. 410.

A falta de compatibilidade do artigo 52, X, da Constituição com o atual sistema de controle de constitucionalidade é um quase consenso doutrinário. O instituto é atávico, anacrônico e se vincula a uma lógica de separação de poderes há muito ultrapassada. O Senado Federal não é mais, como na Constituição de 1934 (art. 88), um órgão incumbido de coordenar os poderes entre si.

Apesar das críticas ao instituto, doutrina e jurisprudência furtaram-se à busca de soluções para tal incongruência do ordenamento jurídico pátrio. Poucas foram as vozes que doutrinariamente tentaram solucionar o problema. Uma solução viável se nos apresentou no ainda pendente julgamento da Reclamação n. 4.335/AC, em que se defende a mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal, o que poderá levar à correção dessa imperfeição do sistema.

### **1.1 A evolução do controle jurisdicional de constitucionalidade no direito brasileiro**

O controle de constitucionalidade foi implantado no Brasil com a importação do sistema norte-americano, incorporado ao direito brasileiro com o advento da República. Já era nítido da Constituição Provisória, de 22 de junho de 1890, bem como do Decreto n. 848, de 11 de outubro do mesmo ano, que organizou a Justiça Federal, a inserção de normas que garantiam a competência dos tribunais para realizar a guarda da Constituição, fixando princípios do controle pela via de exceção.

Reproduzindo preceitos prescritos nos diplomas acima mencionados, a Constituição promulgada em 1891 facultou ainda recurso para o Supremo Tribunal Federal, ao dispor que “quando se questionar sobre a validade de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela” (art. 59, § 1º, “a”).

O direito brasileiro incorporou expressamente o sistema judicial de controle da constitucionalidade. Não obstante a clareza dos preceitos, houve alguma perplexidade ante a inovação trazida. A amplitude do instituto adotado foi assim definida pelo gênio de Ruy Barbosa, comparando-a à Constituição norte-americana:

“Muito mais concludente é a Constituição brasileira. Nela não só se prescreve que: ‘Compete aos juízos ou tribunais federais

processar e julgar as causas, em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal (art. 60, a); como ainda que ‘Das sentenças das Justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionar sobre a validade de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contrária (art. 59, § 1º, al. a)’.

A redação é claríssima. Nela se reconhece não só a competência da Justiça da União, como a das Justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do Tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões de nulidade, ou a confirmará pelo motivo exposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais, ou locais de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las, ou desaplicá-las, segundo esse critério.

É o que se dá por efeito do espírito do sistema, nos Estados Unidos, onde a letra constitucional, diversamente do que ocorre entre nós, é muda a este propósito.”<sup>7</sup>

Restou consolidado, dessa forma, o sistema de controle difuso-concreto de constitucionalidade no direito brasileiro. De salientar que era inequívoca a consciência de que os tribunais não eram órgãos consultivos dos Poderes Legislativo e Executivo e nem deviam intervir na elaboração ou aplicação geral da lei. O controle judicial de constitucionalidade, segundo Ruy Barbosa, era “um poder de hermenêutica, e não um poder de legislação”.<sup>8</sup>

A Constituição de 1934, embora tenha mantido o sistema difuso-concreto de controle de constitucionalidade das leis, trouxe profundas

<sup>7</sup> BARBOSA, Ruy, Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo, apud MENDES, Gilmar Ferreira. Evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 32, n. 126, p. 89, abr./jun. 1995.

<sup>8</sup> BARBOSA, Ruy, Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo, apud MENDES, Gilmar Ferreira. Evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei, cit., p. 89.

e significativas alterações a ele. Inovou ao estabelecer um *quorum* qualificado, exigindo maioria absoluta de votos, para a declaração de inconstitucionalidade por um tribunal.

Uma notória inovação em termos de controle de constitucionalidade, que foi a “declaração de inconstitucionalidade para evitar intervenção federal”, foi trazida pela Carta de 1934. Essa era uma forma, de certa maneira embrionária, do controle de constitucionalidade abstrato-concentrado, predominante nos dias atuais, mas inexistente à época.

Contudo, a mais significativa mudança trazida pela referida Constituição foi a instituição de regra que determinava a competência do Senado Federal para: “Artigo 91 - [...] IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.”

Tal dispositivo criava um meio de se emprestar efeitos *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade. O dispositivo, contudo, não era preciso. O uso da expressão “Poder Judiciário”, sem maiores elucidações, levou a dúvidas quanto à hierarquia do órgão do Judiciário que tivesse declarado a inconstitucionalidade, para os fins referido artigo.

Diversamente dos Estados Unidos, onde as decisões da Suprema Corte produzem efeitos vinculantes, face à submissão dos órgãos da Justiça à sua jurisprudência, no Brasil, país de tradição individualista, leis julgadas inconstitucionais eram aplicadas por juízes não convencidos do acerto da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Embora o direito brasileiro tenha eleito a matriz norte-americana de controle de constitucionalidade, o Brasil, filiado a um sistema jurídico romano-germânico, não estava preparado para absorver institutos como o *stare decisis*, típico do sistema da *common law*, que possibilitava a produção de efeitos vinculantes às decisões tomadas pela Corte Suprema do país. Arraigado a uma concepção de separação de poderes profundamente influenciada pela doutrina francesa, o legislador brasileiro criou a suspensão da execução da lei ou ato normativo pelo Senado Federal.

Essa foi uma solução engenhosa trazida pelo legislador para conferir efeitos *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em

um caso concreto, sem se instaurar qualquer atrito entre os poderes e sem permitir a continuidade da existência de leis inconstitucionais dentro do sistema pátrio. Dentro da concepção predominante à época de independência dos poderes, a suspensão da execução das leis declaradas inconstitucionais pelo Senado Federal, um órgão do Legislativo, mantinha tal concepção inabalada. Ademais, aquela Constituição deu expressamente ao Senado Federal a função de coordenador dos poderes da República.

A Carta de 1937, apesar de manter a base do sistema vigente sobre a égide da Constituição anterior, trouxe um retrocesso, ao permitir que o Executivo e o Legislativo pudessem revisar a declaração de inconstitucionalidade de uma lei pelo Judiciário. Todavia, vedou expressamente ao Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas (art. 94), sendo as únicas mudanças dignas de serem observadas.

Com a Constituição de 1946 foi restabelecida a tradição de controle judicial no direito brasileiro, mantendo, com algumas modificações, todos os princípios relativos à declaração de inconstitucionalidade, sendo preservadas a exigência de maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade, bem como a competência do Senado para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

A maior inovação trazida foi referente ao controle concentrado de constitucionalidade, com a introdução da representação interventiva. Desse momento em diante, as inovações no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro ficaram restritas ao controle de constitucionalidade abstrato, sendo de destacar as inovações ocorridas na vigência da Constituição de 1967, sobretudo as trazidas pela Emenda Constitucional n. 7/77, determinando a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar “a representação do procurador geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual”.

A Constituição de 1988 provocou uma verdadeira revolução no sistema de controle da constitucionalidade das leis no ordenamento jurídico brasileiro. Enfim estava consolidado o sistema de controle concentrado de constitucionalidade com a ampliação do rol de titulares para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e a criação de

institutos como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, entre outros.

É inegável que foi o alargamento da *legitimatío* ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, antes exclusiva do procurador geral da República, a mais significativa mudança no sistema de controle da constitucionalidade das leis. Atualmente podem propor a ação ao Supremo Tribunal Federal o presidente da República, a Mesa do Senado, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa, o governador de Estado, o procurador geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, conforme está disposto no artigo 103 da Constituição Federal.

A ampliação da legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade reduziu sobremaneira o significado do controle incidental ou difuso, ao permitir que praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes possam ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante controle abstrato de normas.

Anschutz, ainda no regime de Weimar, observou que “toda vez que se outorga a um tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias”<sup>9</sup>. Partindo dessa assertiva, concluiu o Ministro Gilmar Mendes que a ampliação dos legitimados para provocar o Supremo Tribunal Federal no processo de controle abstrato restringiu a amplitude do controle difuso, alterando o equilíbrio do sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro. O controle concentrado, episódico e acidental no sistema anterior à Constituição de 1988, ganhou ênfase dentro do sistema, relegando o sistema difuso ou incidente a um segundo plano.

É óbvio que a convivência, desde 1965, dos dois sistemas de controle, não para criar um sistema misto, mas, na verdade, para conviverem

---

<sup>9</sup> ANSCHUTZ, Gerhard, Verhandlungen des 34. Juristentags, Berlim e Leipzig. 1927, v. 2, p. 208, apud MENDES, Gilmar Ferreira, Evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei, cit., p. 98.

paralelamente, levaria, como tem levado, a uma prevalência evidente do controle concentrado. Tal prevalência leva a indagar acerca da validade do método de concessão de eficácia geral às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental de constitucionalidade das normas, uma vez que no atual sistema de controle de constitucionalidade, a regra são as declarações de inconstitucionalidade com efeito geral.

Não há dúvida que, no mundo dos fatos, torna-se cada vez mais obsoleta a regra prevista no artigo 52, X, da Constituição da República, segundo a qual cabe ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. A manutenção dessa regra é considerada um atavismo. Logo, cabe analisar as possibilidades de mitigar a inteligência do referido dispositivo, adequando-o ao sistema vigente e à atual realidade constitucional brasileira.

## **1.2 Procedimento do incidente de inconstitucionalidade e suas inovações**

A jurisdição constitucional no Brasil compete a todos os órgãos do Poder Judiciário. No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro somente traz disposições relativas ao procedimento de incidente de inconstitucionalidade quando procedido em sede de um tribunal, o que não impede, voltamos a afirmar, a ocorrência de incidentes de inconstitucionalidade nos juízos monocráticos de primeira instância.

A matéria é regulada pelo Código de Processo Civil nos artigos 480 *usque* 482, inseridos no Título IX do Livro I, que cuida do processo nos tribunais. Há de se lembrar do artigo 97 da Constituição, que estabelece a reserva de plenário, com a exigência de *quorum* qualificado para a declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do Poder Público.

A nomenclatura original do controle incidental, denominado controle por via de exceção, deixa claro ser o réu de uma ação judicial pessoa legitimada a instaurar um incidente de inconstitucionalidade. Era daquela forma chamado o controle difuso, pois era reconhecido como argumento a ser deduzido pelo réu como fundamento para desobrigar-se do cumprimento de uma norma inconstitucional.

A inconstitucionalidade pode ser suscitada pelo autor em sua inicial ou em momento posterior do processo. A inconstitucionalidade, nessa hipótese, comporta-se como verdadeira causa de pedir, sendo fundamento para assegurar ao autor a tutela jurisdicional que pretende.

A questão da inconstitucionalidade pode ser suscitada ainda pelo Ministério Público, quando parte ou *custos legis*, bem como por terceiros que tenha intervindo legitimamente (litisconsorte, assistente, oponente etc.). Por fim, pode também o juiz ou tribunal suscitá-la de ofício, quando as partes tenham silenciado nesse sentido<sup>10</sup>. Inclusive, é de se observar que a questão da inconstitucionalidade de uma norma não preclui e pode ser suscitada a qualquer tempo, podendo, inclusive, ser levantada, pela primeira vez, já em segundo grau de jurisdição. Todavia, é de se lembrar que para a admissibilidade de recurso extraordinário exige-se o prequestionamento da matéria. Assim, se não houver sido levantada anteriormente, a questão da constitucionalidade não pode ser suscitada em grau de recurso extraordinário.<sup>11</sup>

O controle incidental pode se dar em ações de qualquer natureza, de conhecimento, execução ou cautelar, exigindo-se apenas a existência de um conflito de interesses, uma pretensão resistida, um ato concreto de autoridade ou de ameaça de que venha a ser praticado. Pode ser suscitado, portanto, em qualquer espécie de ação que envolva partes, seja de rito ordinário, sumário, ação especial, ações constitucionais, inclusive nas ações populares e nas ações civis públicas. Nessas, contudo, só será cabível o controle incidental se figurar como causa do pedido, e não como pedido, sob pena de usurpação da competência

---

10 STF – RE n. 86.161-GO, rel. Min. Soares Muñoz, *RTJ* 95/202, 1981. No controle de constitucionalidade incidental, a decretação de inconstitucionalidade, sempre que necessária para o julgamento da causa, deve ser feita de ofício pelo juiz. Aplica-se aqui a regra geral de que as questões de direito – de que é exemplo, evidentemente, saber se uma norma é constitucional ou não – sempre podem ser conhecidas por iniciativa oficial, independentemente de terem sido suscitadas pelos interessados.

11 “Na instância extraordinária, é de ser recebida com temperamentos a máxima de que, no sistema de controle incidente, o juiz de qualquer grau deve declarar de ofício a inconstitucionalidade de lei aplicável ao caso. À falta de prequestionamento na instância ordinária e de arguição pelo recorrente de inconstitucionalidade do diploma local que assim dispunha, o tema não pode ser enfrentado em recurso extraordinário.” (STF – RE n. 117.805/PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU*, de 27.08.1993, p. 17.022).

do Supremo Tribunal Federal e da legitimidade dos titulares da ação direta de inconstitucionalidade.<sup>12</sup>

Nessa espécie de controle de constitucionalidade não há limitações ao órgão jurisdicional. Assim, pouco importa se o tribunal estadual não possa declarar inconstitucionalidade de lei federal em via principal ou abstrata ou se o Supremo Tribunal Federal não possa em ação direta invalidar uma lei municipal pela via da ação direta. No controle incidental não há limitação dessa natureza, qualquer norma, inclusive as anteriores à Constituição, podem ser impugnadas em controle incidental.

O controle incidental é também chamado de concreto. Isso se deve ao fato de, diversamente do controle pela via principal, chamado de abstrato, tal modalidade decorrer sempre de uma questão prejudicial. O reconhecimento da inconstitucionalidade da lei não é o objeto da causa, não é a providência postulada, é, em verdade, a sua *causa petendi*. Para decidir acerca do direito em discussão, o julgador precisará formar um juízo acerca da constitucionalidade da norma.

Importante ressaltar que no controle incidental o provimento jurisdicional que se pleiteia não é a inconstitucionalidade da norma, tal somente pode ocorrer nas ações subjetivas, sem partes, nas quais a inconstitucionalidade é analisada sem se vincular a um caso concreto. Na via que se está estudando, só pode haver controle em virtude de um caso concreto.

Assentadas a legitimidade e as hipóteses em que se pode suscitar um incidente de inconstitucionalidade, passemos a análise do procedimento em si. Nos juízos monocráticos de primeira instância o procedimento a ser seguido é aquele aplicável a qualquer incidente levantado pelas partes. Somente para os tribunais há procedimento específico a ser observado.

A primeira regra que se impõe ao julgamento de incidentes de inconstitucionalidade por tribunais é a constante no artigo 97 da Constituição

12 “Ação Civil Pública – Controle incidental de constitucionalidade. Questão prejudicial. Possibilidade. Inocorrência de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal. Precedentes. Doutrina.” (STF – Rcl n. 1.733/SP, medida liminar, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 01.12.2000)

Federal. Sua redação repete disposição que foi introduzida no ordenamento constitucional pelo artigo 179 da Constituição de 1934. O dispositivo foi repetido pelas Constituições subsequentes e hoje vigora com a seguinte redação:

“Artigo 97 - Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.”

Com isso, o constituinte buscou evitar contradições no âmbito do controle de constitucionalidade. A regra impede a sujeição da questão à vontade dos órgãos fracionários, que poderiam divergir em sua resolução. Ademais, permitir que um órgão fracionário decida pelo tribunal o incidente é submeter questão de suma relevância a uma decisão tomada por número inexpressivo de julgadores, o que geraria evidente insegurança jurídica.

Para evitar divergências entre órgãos fracionários e garantir que a questão acerca da constitucionalidade das normas não fosse deixada à mercê de maiorias eventuais, foi criada a regra da reserva de plenário e a exigência de voto da maioria absoluta dos membros do tribunal ou do órgão especial para que seja declarada a inconstitucionalidade de uma norma.

É de bom alvitre salientar que tal regra não pode ser aplicada com rigor literal. Em verdade, o Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento de que não há necessidade de se aplicar a cláusula de reserva de plenário quando ele, em decisão do pleno, já houver declarado a inconstitucionalidade da norma impugnada, ou quando o órgão especial ou o plenário do tribunal *a quo* já o tenha feito.

Para que se dê cumprimento a tal regra, dispõem os artigos 480 e 481 do Código de Processo Civil que, arguida a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, a questão será submetida à turma ou à câmara. Em virtude do princípio da presunção de constitucionalidade das leis, caso elas entendam que a norma é constitucional o julgamento prosseguirá; caso contrário, deverá ser lavrado acórdão para que a questão seja submetida ao pleno ou órgão especial. De salientar que antes da turma ou câmara posicionar-se pela constitucionalidade ou não da norma, dando continuidade ao feito ou o remetendo ao pleno, deverá ser ouvido o Ministério Público.

Caso a turma ou câmara entenda pela inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, lavrará, nos termos do artigo 481, acórdão e submeterá a questão ao pleno do tribunal ou ao seu órgão especial. A Lei n. 9.756/98 trouxe grande inovação, ao inserir neste artigo um parágrafo único com o seguinte conteúdo:

“Artigo 481 - [...] Parágrafo único - Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.”

A inovação veio ao encontro dos avanços jurisprudenciais no tocante à cláusula de reserva de plenário. O controle de constitucionalidade é uma matéria extremamente dinâmica que vem, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, sofrendo mudanças extremas, sobretudo com a ampliação do alcance e da legitimidade para propositura do controle abstrato. Essas mudanças têm sido acompanhadas de perto pela evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que tem buscado adequar o sistema de controle de constitucionalidade à nova realidade constitucional e social brasileira.

Assim, em um sistema em que há extensa possibilidade de declaração de inconstitucionalidade com efeitos vinculantes – tal efeito é admitido em todas as espécies de ação do controle abstrato, embora não se reconheça em sede incidental<sup>13</sup> – e que preza pela efetividade e celeridade da prestação jurisdicional, torna-se desaconselhável o entendimento literal da cláusula de reserva de plenário.

O dispositivo constitucional que a prevê, mesmo antes do advento da Lei n. 9.756/98, já havia sofrido mutação constitucional. Ademais, seria impossível se admitir que dispositivo infraconstitucional criasse limitação à norma constitucional, sem que esta tenha expressamente previsto tal possibilidade. Logo, tal mutação assegura validade ao parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil. Veja-se como o Supremo transmutou, através da jurisprudência, o sentido do artigo 97 da Constituição Federal.

13 Tese já defendida por parte da doutrina e agora levantada no julgamento da Rcl n. 4.335/AC é a da possibilidade de se atribuir efeitos vinculantes a decisões declaratórias de inconstitucionalidade pelo Supremo, em sede de controle incidental. O tema será pormenorizado nos itens seguintes.

“Controle incidente de constitucionalidade de norma: reserva de plenário (Const., art. 97): inaplicabilidade, em outros tribunais, quando já declarada pelo Supremo Tribunal, ainda que incidentemente, a inconstitucionalidade da norma questionada: precedentes.

1. A reserva de plenário da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo funda-se na presunção de constitucionalidade que os protege, somado a razões de segurança jurídica.

2. *A decisão plenária do Supremo Tribunal, declaratória de inconstitucionalidade de norma*, posto que incidente, sendo pressuposto necessário e suficiente a que o Senado lhe confira efeitos *erga omnes*, *elide a presunção de sua constitucionalidade: a partir daí, podem os órgãos parciais dos outros tribunais acolhê-la para fundar a decisão de casos concretos ulteriores, prescindindo de submeter a questão de constitucionalidade ao seu próprio plenário.*”<sup>14</sup>

Como se vê do acórdão acima, o Supremo Tribunal Federal mitigou a aplicação da cláusula de reserva de plenário, procedendo a uma verdadeira mutação constitucional, que inseriu no texto do artigo 97 da Constituição Federal dispositivo presente nas Constituições brasileiras desde a de 1934, “salvo se já houver manifestação anterior do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou do Plenário ou Órgão Especial do Tribunal onde a arguição de inconstitucionalidade foi levantada”.

A mutação, em verdade, positivou informalmente no texto da Constituição o que hoje está disposto no já mencionado parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil, adequando o procedimento do controle incidental à nova realidade social, política e constitucional vivida.

De se notar que embora fale de quebra da presunção de constitucionalidade da norma, em verdade, o que ocorre nessa hipótese é uma verdadeira antecipação da eficácia geral dos julgados do Supremo Tribunal Federal em matéria de controle de constitucionalidade incidental, o que só ocorreria com a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observar a regra da reserva de plenário.

---

14 STF – RE n. 191.905/SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU, de 29.08.1997.

Importante ressaltar que não apenas quando houver manifestação do Supremo Tribunal Federal a cláusula de reserva de plenário poderá ser desconsiderada. Assim também, quando o tribunal, integrado pela turma ou câmara à qual foi submetida a questão da inconstitucionalidade de uma norma, já houver se manifestado através de seu plenário ou órgão especial acerca da questão, não se fará necessária nova remessa, uma vez que o entendimento do pleno ou órgão especial já foi denotado anteriormente.<sup>15</sup>

No pleno ou órgão especial, conforme seja o caso, a questão da constitucionalidade será remetida a todos os juízes integrantes do órgão e o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento. A Lei n. 9.868/99, que estabeleceu o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, introduziu três parágrafos ao artigo 482 do Código de Processo Civil, dando nova configuração ao procedimento a ser adotado em um incidente de inconstitucionalidade, aproximando-o, em muito, ao procedimento a ser observado no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade.

Criou-se, com o parágrafo 1º do referido artigo, a possibilidade do Ministério Público e das pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado manifestarem-se no incidente. A doutrina vem entendendo tratar-se de manifestação espontânea, não havendo, portanto, necessidade de intimação<sup>16</sup>. Nada impede que, considerada a relevância da arguição de inconstitucionalidade, sejam intimados e instados a se manifestar sobre o ato questionado.

O parágrafo 2º instituiu a possibilidade de manifestação, no incidente de inconstitucionalidade, dos legitimados do artigo 103 da Constituição Federal à propositura da ação direta de inconstitucionalidade, podendo apresentar memoriais e juntar documentos. Importante ressaltar que essa manifestação não é uma faculdade do relator, mas uma faculdade legal. Ela é um direito potestativo dos legitimados constitucionais.

O parágrafo 3º traz ao incidente de inconstitucionalidade a figura do *amicus curiæ*, tal como o previsto no artigo 7º, parágrafo 2º, da Lei

15 STF – AI 172.992-9, rel. Min. Celso de Mello, DJ, p. 23.537.

16 ALVIM, José Eduardo Carreira. Incidente de inconstitucionalidade: método de controle difuso, alterações introduzidas no CPC pela Lei n. 9.868/99. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 26, n. 77, p. 9-14, mar. 2000.

n. 9.868/99. Tais inovações tornaram mais semelhantes o procedimento dos incidentes de inconstitucionalidade do observado nos processos de controle subjetivo de constitucionalidade. Com isso, houve uma abstrativização do incidente de inconstitucionalidade, permitindo uma discussão ampla nessa sede de controle. Há, portanto, uma aproximação notável das duas espécies de controle jurisdicional de constitucionalidade.

A similaridade dos procedimentos é tamanha que o Supremo Tribunal Federal já vem reconhecendo a possibilidade de, assim como nos procedimentos da ação direta inconstitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade oriunda de controle concreto, para que a decisão não produza efeitos retroativos. Tal entendimento restou explicitado no julgamento do RE n. 197.917 e do HC n. 82.959.

Por fim, será declarada inconstitucional a lei ou ato normativo que for assim considerado pela maioria absoluta dos membros do plenário ou órgão especial, conforme estabelece o artigo 97 da Constituição Federal. Decidida a questão, será lavrado acórdão a ser remetido ao órgão fracionário, para que obrigatoriamente o aplique ao caso que gerou o incidente de inconstitucionalidade.

### **1.3 A função do Senado Federal no controle incidental de constitucionalidade**

A Constituição Federal elenca, dentre as competências privativas do Senado Federal, aquela segundo a qual compete a este órgão suspender a execução das leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

“Artigo 52 - Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

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

A redação desse dispositivo é clara e basicamente reproduz o disposto nas Constituições anteriores, conforme explicitado anteriormente, mantendo uma tradição que remota à Constituição Federal de 1934.

Em que pese o fato do texto ter sido reproduzido em sua quase integralidade em todas as Constituições seguintes à que criou essa competência para o Senado Federal, bem como o fato de sua redação ser de uma clareza inegável, tal instituto jamais esteve livre de polêmica, sendo tema de amplos debates no mundo jurídico, acerca da vinculação ou não do Senado Federal à declaração do Supremo, da sua extensão e dos seus efeitos.

Desde o seu surgimento o instituto, previsto hoje no artigo 52, X, da Constituição Federal foi questionado. Mesmo durante a Assembleia Constituinte que produziu a Constituição de 1934, o deputado Godofredo Vianna pretendeu que se reconhecesse a inexistência jurídica da lei, após o segundo pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade do diploma.<sup>17</sup>

Em sua magistral obra sobre o controle de constitucionalidade, Lúcio Bittencourt afirma que “o objetivo do artigo 45, n. IV [a referência diz respeito à Constituição de 1967] é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos”<sup>18</sup>. Para ele, portanto, declarada a inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, estaria o Senado obrigado a baixar tal resolução. Infelizmente, a tese não prevaleceu.

Há, hoje, duas correntes sobre tal vinculação do Senado. Para a primeira corrente, encabeçada por Celso Bastos e Alfredo Buzaid, haveria uma obrigatoriedade mitigada, uma vez que o Senado poderia proceder a um exame dos pressupostos formais da declaração de inconstitucionalidade. Prevaleceu, contudo, a corrente defendida por Aliomar Baleeiro, Paulo Brossard e pelo Supremo Tribunal Federal, para a qual a suspensão é ato político, discricionário, sujeitando-se ao juízo de conveniência e oportunidade daquela casa legislativa.<sup>19</sup>

17 ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 15, n. 57, p. 234-237, jan./mar. 1978.

18 BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*. Atualizado por José Aguiar Dias. 2. ed. fac-sim. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 145. (Série Arquivos do Ministério da Justiça).

19 PINTO, Paulo Brossard de Souza. O Senado e as leis inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 13, n. 50, p. 55-64, abr./jun. 1976.

A suspensão da excoutoriedade pelo Senado Federal da lei declarada inconstitucional tem por finalidade dotar de eficácia *erga omnes* a decisão que valeria apenas entre as partes do caso concreto em que houve a declaração. Ela visa a dar normatividade à decisão do Supremo Tribunal Federal que declara uma inconstitucionalidade em controle incidental.

Vale ressaltar que a competência dada ao Senado Federal decorreu não do fato de ser ele um representante do povo, ou dos Estados da Federação, nem tampouco por ser uma espécie de representante do Poder Legislativo a atuar no controle de constitucionalidade, mas sim por ter sido dado a ele, Senado, a atribuição de atuar como coordenador dos poderes e velar pela Constituição, conforme dispunha o artigo 88, da Constituição de 1934:

“Artigo 88 - *Ao Senado Federal, nos termos dos artigos 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos Poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos da sua competência.*”

Outra das polêmicas relativas ao instituto versa sobre a possibilidade do Senado Federal suspender apenas em parte uma norma que haja sido declarada inconstitucional no todo pelo Supremo.

Parte da doutrina, capitaneada por nomes como Clémerson Merlin Cléve e Michel Temer, entendem pela possibilidade do Senado suspender apenas parcialmente a lei, em virtude da sua discricionariedade. Melhor doutrina parece ser a defendida por Gilmar Mendes, José Afonso da Silva e Alexandre de Moraes, ao afirmarem que a suspensão do Senado deve ter a mesma extensão da declaração do Supremo. Assim, se o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de parte da lei, o Senado Federal deverá suspender em parte a excoutoriedade dessa lei. Mas se o Supremo declarou no todo inconstitucional uma lei, a suspensão do Senado Federal deverá alcançar no todo a lei.

Por fim, há divergências doutrinárias quanto à extensão dos efeitos do ato de suspensão da execução da lei pelo Senado Federal. Parte da doutrina, encabeçada por Lenio Streck e José Afonso da Silva, defende que a resolução só teria efeitos a contar de sua publicação. Prevalece, contudo, a tese defendida por Gilmar Mendes e Clémerson Merlin Cléve de que a resolução possui efeitos *ex-tunc*, retroagindo à publicação

da norma impugnada, uma vez que, sendo inconstitucional, a norma é nula. O entendimento dessa corrente é inclusive adotado pelo Supremo Tribunal Federal, que admite ser possível a modulação dos efeitos da resolução do Senado Federal<sup>20</sup>, ressaltando que “a suspensão da vigência de lei ou ato normativo por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional”.<sup>21</sup>

Não é demais lembrar que a redação do artigo 91, IV, da Constituição de 1934, que criou tal instituto, dizia “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” e o artigo 52, X, da Constituição vigente diz “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Apesar da redação restritiva, a doutrina tem dado interpretação extensiva ao dispositivo, para incluir todos os atos normativos de quaisquer dos três níveis de poder. Contudo, tal restrição não parece ter sido feita em vão, conforme se demonstrará mais à frente.

Diante de tantas divergências doutrinárias, a questão mais polêmica relativa ao instituto da suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pelo Senado Federal é, sem embargos, a de sua adequação ao novo sistema de controle de constitucionalidade, no qual se privilegia o efeito vinculante das decisões do Supremo, no que tange ao controle de constitucionalidade. Dentro dessa nova realidade, fica nítida a inadequação do instituto ao atual sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, fazendo-se necessária a reforma, urgente, do dispositivo constitucional que o prevê.

## **2 Mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988**

### **2.1 Teorização sobre a mutação constitucional**

A Constituição brasileira adota a forma rígida. A sociedade a ela submetida, contudo, é dinâmica, viva e está em constante transformação. Há no mundo, portanto, duas forças que, em direções opostas, atu-

20 STF – RE n. 197.917/SP, Tribunal Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 06.06.2002.

21 STF – RMS n. 17.976, rel. Min. Amaral Santos, RDA, 105/111 (113).

am sobre o direito, uma tendente à rigidez, outra à flexibilidade. Assim, também as Constituições devem ter certo grau de flexibilidade para acompanhar as mudanças experimentadas pela sociedade, sejam elas políticas, econômicas ou sociais. No entanto, essa flexibilidade não pode ser absoluta, e a oposição entre rigidez e flexibilidade só pode ser entendida em se admitindo que texto e norma não se superpõem, mas que a norma é, em verdade, o resultado do processo de interpretação do texto.

É justamente a interpretação a principal via de efetivação de uma mutação constitucional. Consoante o ensinamento de Anna Cândida da Cunha Ferraz:

“A mutação constitucional por via interpretativa é claramente perceptível numa das situações seguintes: a) quando há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentando-se-lhe, assim, a abrangência para que passe a alcançar novas realidades; b) quando se imprime sentido determinado e concreto ao texto constitucional; c) quando se modifica interpretação anterior e se lhe imprime novo sentido, atendendo à evolução da realidade constitucional; d) quando há adaptação do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição; e) quando há adaptação do texto constitucional para atender exigências do momento da aplicação constitucional; f) quando se preenche, por via interpretativa, lacunas do texto constitucional.”<sup>22</sup>

As Constituições são, por assim dizer, organismos vivos, intimamente ligados com o meio circundante, com os avanços da ciência, da tecnologia, da economia, com as crenças e convicções morais e religiosas, com os anseios e aspirações de toda uma população. É dizer, a ordem constitucional deve estar em consonância com os chamados fatores reais do poder, na expressão de Ferdinand Lassalle. Esses fatores são aquelas forças sociais, políticas, econômicas, morais e religiosas atuantes na comunidade, a força ativa que corresponde a todas as leis da sociedade; assim, para Lassalle, o texto constitucional que não se coadunar com tais fatores reais não passará de “simples folha de papel”.<sup>23</sup>

22 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 38-39.

23 LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 32.

As Constituições trazem em si, via de regra, os meios dos quais se valem para que possam se adequar as mudanças da vida social. São os chamados processos formais de mudança da Constituição. No Brasil há dois desses processos, a reforma constitucional, prevista no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que foi procedida em 1993 e com isso esgotou-se<sup>24</sup>, e as emendas constitucionais, com previsão no artigo 60 da Constituição Federal.

Os processos formais de mudança da Constituição, contudo, não esgotam o fenômeno da contraposição entre Constituição normativa e realidade constitucional, ou melhor, a tensão permanente que se coloca entre a Constituição normativa e a sua aplicação. A realidade constitucional demonstra, pelo contrário, que as Constituições, a par das emendas constitucionais, sofrem outros tipos de mudança.

Foram os juristas alemães, ainda na vigência da Constituição de 1871, os primeiros a notar que, mesmo sem haver reformas constitucionais, aquela Constituição sofria mudanças frequentes quanto ao funcionamento das instituições do *Reich*. Foi Laband quem primeiro distinguiu as reformas constitucionais das mutações constitucionais. O tema foi ainda objeto de estudos por parte de Hsu Dau-Lin, Georg Jellinek, Hans Kelsen, Konrad Hesse e Karl Loewenstein, entre outros doutrinadores germânicos.

A mutação constitucional é compreendida como a aplicação de normas que se modificam lenta e imperceptivelmente. Isso ocorre quando às palavras, que permanecem imodificadas do Texto Maior, se lhes outorga um sentido distinto do originário, ou quando se produz uma prática em contradição com o texto, não sendo um acontecimento peculiar e único na órbita das normas constitucionais, senão um fenômeno constatado em todos os âmbitos do direito.

24 “Emenda ou revisão, como processos de mudança na Constituição, são manifestações do poder constituinte instituído e, por sua natureza, limitado. Está a ‘revisão’ prevista no artigo 3º do ADCT de 1988 sujeita aos limites estabelecidos no parágrafo 4º e seus incisos do artigo 60 da Constituição. O resultado do plebiscito de 21 de abril de 1933 não tornou sem objeto a revisão a que se refere o artigo 3º do ADCT. Após 5 de outubro de 1993, cabia ao Congresso Nacional deliberar no sentido da oportunidade ou necessidade de proceder à aludida revisão constitucional, a ser feita ‘uma só vez’. As mudanças na Constituição, decorrentes da ‘revisão’ do artigo 3º do ADCT, estão sujeitas ao controle judicial, diante das ‘clausulas pétreas’ consignadas no artigo 60, parágrafo 4º e seus incisos, da Lei Magna de 1988.” (STF – MC ADI n. 981, rel. Min. Néri da Silveira, j. 17.03.1993, *DJ*, de 05.08.1994).

A mutação decorre de uma incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, entre Constituição formal e a Constituição material. Opera-se quando a *praxis* constitucional, no mundo da vida, afasta uma porção do texto formal da Constituição, sem causar uma ruptura do sistema.

O reconhecimento do fenômeno é inevitável. Ele se revela como um imperativo decorrente da tensão entre Constituição escrita e transformações sociais, que se processam a uma velocidade tal que não dão tempo de, através de reformas constitucionais, alterar-se o texto para adequá-lo às novas realidades.

A mutação constitucional é uma transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o texto seja alterado em sua redação, em sua dimensão constitucional textual. Ela se dá quando o intérprete extrai do texto uma norma diversa daquelas que dele se extraíam originalmente. Há, aí, mais do que interpretação. Há, na mutação, um verdadeiro processo que opera a transformação do texto em norma nova, criando um novo enunciado normativo, conforme afirma o Ministro Eros Grau em seu voto na Reclamação n. 4.335/AC:

“Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado.”

De se destacar que o significado da ordenação jurídica, na realidade e em face dela, somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto e no seu condicionamento recíproco. A mutação constitucional não pode levar em conta apenas um dos fatores, mas ambos, devendo não apenas atender aos fatores reais mencionados por Lassale, como também à vontade da Constituição, conforme leciona Konrad Hesse<sup>25</sup>. Eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase que inevitavelmente

---

25 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição= Die normative Kraft der Verfassung*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo.

Conforme as lições de Georges Burdeau, é possível constatar a existência de um poder constituinte difuso<sup>26</sup> que, por não ser registrado pelos mecanismos constitucionais, não é menos real. Tal poder seria decorrente dos processos informais de mudança da Constituição, as chamadas mutações constitucionais. Tal constatação remonta à regra expressa na Constituição francesa de 1793: “Um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e mudar a sua constituição. Uma geração não tem o direito de sujeitar às suas leis as gerações futuras.”

As mutações constitucionais são, portanto, mudanças decorrentes de processos diversos dos formalizados na própria Constituição. São transformações da realidade política que não se refletem no texto constitucional. Muda-se o contexto, sem, contudo, proceder-se a alterações no texto. A mutação faz-se necessária, inclusive, para assegurar a força normativa da Constituição, como bem salienta Konrad Hesse:

“Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral. Afigura-se, igualmente, *indispensável que a Constituição mostre-se em condições de adaptar-se a uma eventual mudança dessas condicionantes.*”<sup>27</sup>

É mister lembrar que “não é a mutação constitucional um mal em si: depende do alcance e do sentido da mudança. Quando esta, sem ferir a letra da Constituição, respeita a sua *ratio* e seus fins, então se produz uma saudável aproximação da normatividade à realidade constitucional”.<sup>28</sup>

Assim, a mutação constitucional não pode levar a uma mudança que esteja em desacordo com própria Constituição, sob pena de se

26 BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 58.

27 HESSE, Konrad, *A força normativa da Constituição*, cit., p. 20-21.

28 LUCAS VERDÚ, Pablo. *Curso de derecho político*. Madrid: Tecnos, 1984. v. 4, p. 165, apud FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 18, out./dez. 1993.

configurar, no dizer de Anna Cândida da Cunha Ferraz, uma mutação constitucional inconstitucional.

Conforme afirma Hesse, o bom desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas de seu conteúdo, mas de sua *praxis*. É preciso respeitar, em qualquer circunstância o que ele denomina de “vontade da Constituição”, ou seja, qualquer mutação há de ser procedida sem quebrar a coerência do ordenamento constitucional. Para ele, “aquilo que é identificado como vontade da Constituição, deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até algumas vantagens justas”.<sup>29</sup>

As alterações informais devem ser efetuadas dentro de limites impostos pela própria natureza do texto constitucional. A mutação inconstitucional é fruto, justamente, da desobediência aos limites acima referidos. Aparentemente, soaria contraditório falar-se em mutação inconstitucional, já que a mutação, para surtir efeitos modificativos, deveria ser substancialmente constitucional e contribuir para uma adequação sociológica da Lei Fundamental à realidade da nação em que está inserida. Ocorre que, por constituir a mutação um processo informal, que não está expresso no texto, mas sim na mudança de sentido dado à norma, poderão existir mutações que fujam aos limites impostos pela Constituição, violando seu texto e seu espírito, sendo manifestamente inconstitucionais.

A interpretação é tanto melhor quanto mais conseguir concretizar o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. Uma mudança das condições fáticas pode, ou mesmo deve, provocar mudanças na interpretação da Constituição. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável e, não vindo pelos meios formais, deverá produzir-se pela mutação constitucional, processo informal de reforma.

A mutação constitucional pode, portanto, decorrer tanto da interpretação constitucional como dos usos e costumes. Ressaltamos a importância da interpretação judicial que contribui para desencadear a

---

<sup>29</sup> BURCKHARDT, Walter, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung*, apud HESSE, Konrad, *A força normativa da Constituição*, cit., p. 22.

mutação constitucional, vez que orienta a *praxis* da jurisdição comum e da jurisdição constitucional. O Supremo Tribunal Federal, por meio da *construction*, colabora para a atualização do sentido do texto constitucional, notadamente mediante as modernas técnicas de controle de constitucionalidade, quais sejam, a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

É de suma importância, no âmbito das mutações constitucionais, a atuação do Supremo Tribunal Federal, cuja função institucional, de “guarda da Constituição” (art. 102, *caput*, da CF) lhe confere o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental. Cabe ao Supremo Tribunal Federal, destarte, proceder à harmonização entre realidade e Constituição.

Integrando os ensinamentos de Burdeau de que haveria um poder constituinte difuso, responsável pelas mutações constitucionais, com o instituto da *jurisprudencial construction*, pode-se concluir que, sem dúvida alguma, o Supremo Tribunal Federal exerce o papel principal nesse poder constituinte difuso, como se pode depreender dos ensinamentos de Uadi Lammêgo Bulos:

“Isso revela o poder normativo do Supremo, exteriorizado pela *construction*. O acórdão a seguir elucidada a questão, qual seja o do pedido de Intervenção Federal n. 14, de 1951, e o da Reclamação n. 315, de 1953, de que foi relator o Ministro Edmundo Macedo Ludolf, quando lembrou ao plenário ‘a prerrogativa que competia ao Supremo Tribunal Federal de construir o próprio direito, em dadas circunstâncias de premência e necessidade, em ordem a suprir as deficiências ou imperfeições da legislação’ (DJ, 28 nov. 1951, p. 4.528-9). O Ministro Edgard Costa também enfatizou que ‘o Supremo Tribunal Federal, ao modo da Corte Suprema norte-americana, desempenha não o papel de um simples tribunal de justiça, mas o de uma constituinte permanente, porque os seus deveres são políticos, no mais alto sentido da palavra, tanto quanto judiciais’. No segundo julgado, o Ministro Ribeiro da Costa deu à decisão ‘caráter normativo, tornando-a aplicável a qualquer procedimento judicial, seja de juízes ou tribunais inferiores, tendente a impedir, obstar ou embaraçar de qualquer modo, direta ou indiretamente, a execução de decisões definitivas

do Supremo Tribunal sobre litígios instaurados para importação ou entrega de mercadorias sujeitas à licença prévia e à legislação especial sobre a matéria (*DJ*, 2 set. 1957, p. 10.987). Ainda no recurso de mandado de segurança, n. 4.928/1957, o Supremo Tribunal reiterou sua posição esclarecida de ‘construir o direito *in concreto* – o que corresponde à *construction* do Judiciário americano e de entendê-lo, quando couber aos casos idênticos’ (*DJ*, 23 dez. 1957, apenso, p. 3.285 e s.).”<sup>30</sup>

Assim, cientes desse papel de destaque do Supremo Tribunal Federal em sua função de principal intérprete e guardião da Constituição, partir-se-á para a análise do caso concreto, qual seja, a análise da pretendida mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil.

## 2.2 A mutação pretendida

### 2.2.1 A Reclamação n. 4.335/AC

No *Diário Oficial* de 1º de setembro de 2006 foi publicada a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 82.959/SP. Nela, o Supremo declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, que vedava a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos.

Diante de tal declaração, centenas de condenados pela prática de crimes hediondos pleitearam a progressão de seus regimes de cumprimento de pena. O juiz da Vara de Execuções Penais de Rio Branco, Acre, mantendo entendimento contrário à declaração do Supremo Tribunal Federal naquele *habeas corpus*, negou a progressão de regime a certos condenados, sob a alegação de que a referida declaração se dera em sede de controle concreto, e não havia resolução do Senado Federal suspendendo a execução do dispositivo, e logo aquela decisão não alcançaria tais condenados.

A Defensoria Pública do Estado do Acre interpôs a Reclamação n.4.335/AC, pleiteando a aplicação da declaração de inconstitucionalidade

---

30 BULOS, Uadi Lammego, *Mutação constitucional*, cit., p. 152-153.

do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, ao caso dos autores do referido recurso.

A reclamação é instituto que visa a assegurar a competência e preservar a autoridade das decisões do Supremo, mas sempre se entendeu que o instituto visava preservar apenas as decisões vinculativas desse Tribunal, não tendo cabimento em casos como o presente, em que se visava a preservar uma decisão que, segundo a jurisprudência e doutrina ainda dominantes, não seria oponível *erga omnes*, uma vez que o Senado Federal não havia cumprido com o estabelecido no artigo 52, X, da Constituição Federal.

O relator da reclamação, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, aduziu que, de acordo com a doutrina tradicional, a suspensão da execução pelo Senado do ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal seria ato político que empresta eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade proferidas em caso concreto. Asseverou, no entanto, que a amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de se suspender liminarmente a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, no contexto da Constituição de 1988, concorreram para infirmar a crença na própria justificativa do instituto da suspensão da execução do ato pelo Senado, inspirado numa concepção de separação de poderes que hoje estaria ultrapassada. Resaltou, ademais, que, ao alargar de forma significativa o rol de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal no processo de controle abstrato de normas, o constituinte restringiu a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.

Com isso, o ministro relator levou a julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal uma tese que há anos era por ele defendida em sede doutrinária, qual seja, a da mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal. Através dela, pretende o ministro que o referido artigo, cuja redação diz “compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”, passe a ter um novo enunciado normativo, com o seguinte teor: “compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, ao declarar inconstitucional, no todo ou em parte, uma lei, por decisão definitiva.”

Até o presente momento, foram proferidos quatro votos no julgamento da Reclamação n. 4.335/AC. O relator Ministro Gilmar Mendes foi acompanhado pelo Ministro Eros Grau que, em voto-vista, se manifestou favoravelmente à tese da mutação constitucional defendida. Os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa votaram contrariamente à tese, empatando o julgamento, que está interrompido pelo pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski.

A questão ainda carece de uma decisão definitiva. Contudo, proceder-se-á a uma análise acurada da tese, explicitar a necessidade e a legitimidade da mutação pretendida.

### 2.2.2 Motivos que dão ensejo à mutação

Em que pese o fato da doutrina concluir que o instituto da suspensão pelo Senado Federal da lei declarada inconstitucional pelo Supremo é ultrapassado, em verdade, o instituto jamais se justificou.

Note-se primeiramente que no Brasil, seja em sede doutrinária ou jurisprudencial, sempre prevaleceu, sem maiores questionamentos, a doutrina norte-americana de que é nula a lei inconstitucional. Por todos, citamos Buzaid, que afirmava que “a lei inconstitucional é, portanto, lei inválida, lei absolutamente nula”<sup>31</sup>, é como se ela, no dizer de Lúcio Bittencourt, “jamais houvesse existido – *is as thought it never existed*”.<sup>32</sup>

A doutrina norte-americana jamais precisou explicar tal afirmação. O instituto do *stare decisis*, que dá às decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos efeito vinculante e oponível contra todos, bastava para que a norma declarada inconstitucional não voltasse a ser aplicada.

No Brasil, cujo sistema jurídico deriva de uma tradição romano-germânica, a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal tornava a lei nula, como sempre defendeu a doutrina pátria, mas, por não produzir efeitos *erga omnes*, acarretava uma grande incoerência do sistema. Uma lei nula, ou seja, algo que em tese jamais existiu, continuava a produzir efeitos e regular relações jurídicas.

31 BUZOID, Alfredo. *Da declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 132.

32 BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio, *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*, cit., p. 136.

Note-se o quão ilógico e absurdo é admitir-se que algo nulo, assim declarado pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário e guardião da Constituição Federal, algo que não possui existência no mundo jurídico, que é como jamais houvesse existido, possa continuar a produzir efeitos, uma vez que, pelas regras do nosso ordenamento processual civil ordinário, as decisões alcançam somente as partes do processo.

Ocorre que não se está a falar aqui de uma decisão que é relativa tão somente ao caso concreto. Sendo incidental o controle, por óbvio que o caso concreto gerou o julgamento, mas uma declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo modifica não apenas aquela relação jurídica, mas o próprio ordenamento, torna nula, inexistente, a lei declarada inconstitucional. Se não existe, como pode continuar produzindo efeitos?

Veja-se a ilibada opinião de Lúcio Bittencourt, ao constatar que os constitucionalistas brasileiros não obraram fundamentar nem a eficácia *erga omnes*, nem o efeito *ex-tunc* da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo:

“[...] as dificuldades e problemas surgem precisamente no que tange à eficácia indireta ou colateral da sentença declaratória da inconstitucionalidade, pois, embora procurem os autores estendê-la a situações jurídicas idênticas, considerando indiretamente anulada a lei, porque a ‘sua aplicação não obteria nunca mais o concurso da justiça’, não têm, todavia, conseguido apresentar fundamento técnico, razoavelmente aceitável, para justificar essa extensão.

Não o apontam os tratadistas americanos – infesos à sistematização, que caracteriza os países onde se adota a codificação do direito positivo – limitando-se a enunciar o princípio, em termos categóricos: a lei declarada inconstitucional deve ser considerada, para todos os efeitos, como se jamais, em qualquer tempo, houvesse possuído eficácia jurídica – *‘is to be regarded as having never, at any time, been possessed of any legal force’*.

Os nossos tratadistas também não indicam a razão jurídica determinante desse efeito amplo. Repetem a doutrina dos escritores americanos e as afirmações dos tribunais, sem buscar-lhes o motivo, a causa ou fundamento. Nem Ruy Barbosa, com seu gênio

estelar, nem os que subsequentemente, na sua trilha luminosa, versaram o assunto com a proficiência de um Castro Nunes.

É que em face dos princípios que orientam a doutrina de coisa julgada e que são comumente aceitos entre nós, é difícil, senão impossível, justificar aqueles efeitos, que aliás, se verificam em outras sentenças como, por exemplo, as que decidem matéria de estado civil, as quais, segundo entendimento geral, prevalecem *erga omnes*.<sup>33</sup>

Legislador e doutrina não foram sensíveis ao fato de que, assim como nas sentenças que decidem matéria de estado civil, também as que decidem acerca da constitucionalidade das leis, não deviam ficar atadas aos limites da doutrina da coisa julgada. O incidente de inconstitucionalidade, sobretudo quando julgado pelo Supremo Tribunal Federal, representa o mais puro exercício da jurisdição constitucional. A declaração de inconstitucionalidade, implicando na nulidade da lei ou ato normativo, é matéria de ordem pública e, tal qual as decisões que julgam matéria de estado civil, deveria produzir efeitos contra todos.

Ademais, o incidente de constitucionalidade é um procedimento diverso do julgamento do caso concreto que lhe deu origem, não podendo ficar sujeito às mesmas regras de produção de efeitos daquele. A decisão sobre a constitucionalidade não se coaduna com a produção de efeitos meramente entre partes.

Ocorre que o legislador brasileiro, arraigado a uma concepção formalista de separação dos poderes, para a qual era inaceitável que o Poder Judiciário atuasse como legislador negativo, podendo retirar do ordenamento jurídico as leis declaradas inconstitucionais, buscou limitar a eficácia da decisão do Supremo em sede de controle concreto. Temeroso de que a importação do sistema norte-americano como um todo, incluindo a produção de efeitos *erga omnes* às decisões do Supremo que declarassem a inconstitucionalidade, fosse criar um governo de juízes, o legislador pátrio criou o instituto da suspensão da lei pelo Senado.

Na própria constituinte de 1934, que criou essa fórmula, houve quem defendesse que depois de declarada inconstitucional em mais de

---

33 BITTENCOURT, Lúcio, *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis.*, cit., p. 140-141.

um aresto pelo Supremo Tribunal Federal, seria reconhecida a inexistência da lei. O deputado Godofredo Vianna, apoiado por Araújo Castro, crítico da competência atribuída ao Senado Federal, apresentou emenda ao texto originalmente proposto, com o seguinte teor:

“Sempre que o Supremo Tribunal declarar, em mais de um aresto, a inconstitucionalidade de uma lei, esta será considerada como inexistente. O Procurador-Geral da República fará publicar a última decisão no órgão oficial da União e no Estado, a fim de que comece a obrigar nos prazos estabelecidos na lei civil.”<sup>34</sup>

Nos debates realizados preponderou, contudo, a ideia de se outorgar ao Senado, erigido à época ao papel de coordenador dos poderes, a suspensão da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Ainda assim, houve quem entendesse, tese defendida por Lúcio Bittencourt em seu livro *Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, obra prima reconhecida internacionalmente, 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 colaboração de qualquer dos outros poderes. O objetivo do artigo 45, n. IV da Constituição<sup>35</sup> é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. Dizer que o Senado ‘suspende a execução’ da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo ‘inexistente’ ou ‘ineficaz’, não pode ter suspensa a sua execução.”<sup>36</sup>

A tese de que a resolução do Senado teria mero efeito publicizante, apesar de sua coerência, frente ao fato da doutrina ser uníssona quanto à nulidade da lei declarada inconstitucional, permaneceu minoritária, não obtendo a adesão da doutrina e jurisprudência. Justifica-se. O Brasil vivia uma outra era no controle de constitucionalidade. O direito brasileiro desconhecia qualquer possibilidade de decisões judiciais com efeitos vinculantes, embora tais espécies de decisões proliferassem em ordenamentos

34 CASTRO, Araújo. *A nova Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935. p. 247.

35 Referência à Constituição de 1967.

36 BITTENCOURT, Lúcio, *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*, cit., p. 145-146.

jurídicos de tradição romano-germânica, como, por exemplo, a Constituição alemã de 1919 e a austríaca, dessa mesma época.

Essa conjuntura desfavorável começou a se modificar sensivelmente com a Emenda Constitucional n. 16, de 1965, que alterou a Constituição de 1946, introduzindo no direito brasileiro o controle abstrato de constitucionalidade das leis e criando, com isso, um sistema que se convencionou denominar de misto, vez que abrigava ambas espécies de controle, concreto e abstrato.

Como visto, embora a Constituição nada dispusesse a respeito, até o advento das Emendas Constitucionais ns. 3 e 45 à Constituição de 1988, através de construção jurisprudencial, fixou-se o entendimento de que a lei declarada inconstitucional em sede de controle abstrato prescindia da suspensão pelo Senado para produzir efeitos *erga omnes*. Note-se que, pela primeira vez, o Supremo tinha em suas mãos o poder de retirar do ordenamento jurídico uma lei ou ato normativo sem a intervenção do Senado, e tal poder não lhe fora dado pelo constituinte derivado, quando criou o controle abstrato no Brasil, mas veio através de construção do próprio Supremo.

Foi uma construção jurisprudencial que consolidou os efeitos *erga omnes* das decisões tomadas em controle abstrato de constitucionalidade. Hoje, esse tipo de efeito é a regra geral do sistema. São inúmeras as possibilidades de uma decisão do Supremo acerca da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo produzir efeitos gerais. Mesmo liminarmente, eles podem ser produzidos.

Com a Constituição de 1988, o advento das Leis ns. 9.868/99 e 9.882/99 e das Emendas ns. 3 e 45 à Constituição Federal, se consolidou, em absoluto, um regime jurídico que preza pelas decisões com eficácia geral em sede de controle de constitucionalidade. É outro o contexto social e mesmo constitucional, no qual a regra do artigo 52, X, da Constituição Federal parece ter sobrevivido apenas por razões históricas.

Atualmente, a regra geral do sistema de controle de constitucionalidade é a da decisão com efeitos *erga omnes*. É tal sua prevalência que, inclusive, faculta-se a concessão de medida cautelar quando do julgamento de ações abstratas de controle de constitucionalidade. Não há lógica em um sistema que autoriza o Supremo a liminarmente

suspender a produção dos efeitos da lei com eficácia contra todos, mas veda que em uma decisão final, após tão longo e árduo caminho que percorrem os recursos para chegar ao Supremo Tribunal Federal, não produza tais efeitos, apenas por ser ela oriunda de um incidente de inconstitucionalidade.

De se destacar ainda que a suspensão da execução da lei pelo Senado não se mostra instrumento adequado a dar eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo proferidas em sede de incidente de inconstitucionalidade, sobretudo quando, nessa sede, o Supremo Tribunal Federal não declarar a inconstitucionalidade de uma lei, mas apenas fixar orientação constitucionalmente adequada. Nessa hipótese, o instituto não teria qualquer validade, posto que não haveria norma declarada inconstitucional a ter sua eficácia suspensa.

Assim ocorre também nos casos em que o Supremo procede a uma interpretação conforme a Constituição, ou declara a inconstitucionalidade parcial sem redução do texto. Nesses casos, não haverá possibilidade de aplicação do artigo 52, X, da Constituição Federal, uma vez que a referida decisão não impugnaria a norma, apenas apontaria a correta interpretação dela. São casos em que não se afasta a incidência de disposições do ato, mas tão somente de um dos seus significados normativos, não havendo como suspender a execução de uma interpretação.

O instituto não possui aplicação também quando o Supremo rejeita a arguição de inconstitucionalidade, quando apenas fixa uma interpretação da Constituição ou quando declara a não recepção de lei pré-constitucional. Como se vê, são inúmeros os casos em que o instituto da suspensão da execução pelo Senado Federal se mostra inadequado a assegurar efeitos gerais às decisões do Supremo tomadas em incidente de inconstitucionalidade, limitando-se a atuar, tão somente, quando a norma for declarada inconstitucional.

Ademais, é mister ressaltar que o legislador ordinário vem modificando substantivamente o procedimento dos incidentes de inconstitucionalidade. Note-se que, ao ser provocado um incidente de inconstitucionalidade em um tribunal, ele é apartado completamente da lide que lhe deu origem. A remessa do incidente ao pleno não leva a esse órgão o julgamento do caso concreto, mas tão somente da questão constitucional.

Imagine-se, pois, um incidente de inconstitucionalidade levantado em um caso a ser julgado pelo Supremo. O incidente será levado a julgamento pelo pleno do Supremo Tribunal Federal. Conforme demonstrado no item 1.2, o procedimento desse incidente atualmente em muito se assemelha ao procedimento de julgamento das ações do controle abstrato de constitucionalidade.

Assim é que, ao julgar um incidente de inconstitucionalidade, o pleno do Supremo Tribunal Federal deverá decidir a questão pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderá haver manifestação de qualquer dos legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade, bem como dos interessados que desejarem atuar como *amicus curiae*, o Ministério Público deverá ser ouvido, poderá, inclusive, limitar os efeitos da decisão para que não seja retroativa. Enfim, o procedimento dos incidentes de inconstitucionalidade guarda enorme similitude com o das ações diretas de inconstitucionalidade.

Logo, se uma decisão tomada pelo mesmo *quorum* qualificado, em procedimento deveras similar, produz efeitos *erga omnes* quando de ação abstrata de controle se trate, por que não produziria quando levantada em um incidente? Fica evidente, com isso, o já tão alardeado anacronismo do artigo 52, X, da Constituição Federal.

A questão fica ainda mais sensível ao se constatar que o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a possibilidade de haver pronúncia de inconstitucionalidade com efeito limitado em sede de controle incidental<sup>37</sup>. Nessa hipótese, ao tomar uma “decisão de calibragem”, o Supremo parece avançar sobre a atividade inicial do Senado, assumindo uma posição que parte da doutrina atribuía a essa alta casa do Congresso Nacional.

Importante notar que o legislador ordinário não se furtou em buscar meios de aproximar os controles incidental e abstrato de constitucionalidade. Não bastasse ter abstrativizado o procedimento dos incidentes de inconstitucionalidade, ele buscou especificamente alcançar soluções para ampliar os efeitos das decisões proferidas em sede de controle incidente.

A criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental incidental parece ter sido uma das fórmulas de que o legislador se

---

37 STF – RE n. 197.917, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ, de 31.03.2004 (ação civil pública contra lei municipal que fixa o número de vereadores).

valeu para ampliar os efeitos do controle incidental. Com previsão no artigo 1º, parágrafo único, I, da Lei n. n. 9.882/99, a chamada arguição incidental tem o condão de interromper julgamentos das instâncias inferiores, ficando os feitos sobrestados, até que o Supremo decida a questão da inconstitucionalidade. Ela produz uma cisão da competência e ao Supremo Tribunal Federal caberá julgar tão somente o incidente de inconstitucionalidade; o caso concreto será julgado na instância da competência originária, conforme a decisão do Supremo.

O artigo 2º, II, desse diploma legal legitimava “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público” à propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Contudo, temendo uma avalanche de processos encaminhados ao Supremo Tribunal Federal, o presidente da República vetou tal dispositivo, destacando que:

“Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento.”<sup>38</sup>

O veto justificou-se, sobretudo, em razão do amplo acesso já existente ao controle abstrato, bem como do temor de uma extraordinária multiplicação dos feitos a serem julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Não há dúvida, entretanto, que a impossibilidade de produção de efeitos *erga omnes* no controle incidental propicia o atual congestionamento não apenas do Supremo, mas de todo Judiciário, uma vez que, enquanto o Senado não suspender a execução da lei declarada inconstitucional, juízes e tribunais poderão continuar julgando contrariamente ao entendimento fixado pelo Supremo, provocando uma enxurrada de recursos extraordinários.

<sup>38</sup> Mensagem n. 1.807 da Presidência da República, de 03.12.1999.

Apesar de não ter tido sucesso em tal empreitada, o legislador não se furtou a buscar outros meios de dar eficácia geral às decisões do Supremo em sede de controle incidental de constitucionalidade. Mesmo antes do advento das leis que regulamentaram a ação direta de inconstitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental e modificaram o procedimento dos incidentes de inconstitucionalidade, os abstrativizando, o legislador positivou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no artigo 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil, a dispensando a observância da cláusula de reserva de plenário quando o Supremo já houvesse se manifestado anteriormente sobre a questão da inconstitucionalidade levantada.

O Supremo há muito vem afirmando a dispensabilidade de se encaminhar o tema constitucional ao plenário do tribunal, desde que ele já tenha se pronunciado sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei questionada. É o que se depreende do voto do Ministro Ilmar Galvão:

“Esta nova e salutar rotina que aos poucos vai tomando corpo – de par com aquela anteriormente assinalada, fundamentada na esteira da orientação consagrada no *artigo 101 do RI/STF, onde está prescrito que ‘a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pronunciada por maioria qualificada, aplica-se aos novos feitos submetidas às Turmas ou ao Plenário’*, além de, por igual, não merecer a censura de ser afrontosa ao princípio insculpido no artigo 97 da Constituição Federal, está em perfeita consonância não apenas com o princípio da economia processual, mas também com o da segurança jurídica, merecendo, por isso, todo o encômio, como procedimento que vem ao encontro da tão desejada racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira.”<sup>39</sup>

O entendimento foi repetidas vezes reiterado, até ser incluído formalmente no ordenamento jurídico. É de se salientar que o texto do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – artigo 101 –, bem como o entendimento consagrado acima, marcam uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, passando praticamente a

---

39 STF – RE n. 190.728, rel. para o acórdão Min. Ilmar Galvão, DJ, de 30.05.1997.

equiparar os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto.

As decisões proferidas em sede de controle incidental passam a produzir efeitos que podem ser opostos contra todos, antes mesmo da suspensão pelo Senado Federal. Os órgãos fracionários dos tribunais ficam desvinculados do dever de remessa ao pleno ou órgão especial do tribunal a que se vincula, podendo decidir autonomamente com fundamento em uma declaração incidental de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Procedeu-se, dessa forma, a uma verdadeira mutação constitucional do artigo 97 da Constituição Federal. O texto constante hoje do parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil brasileiro, em verdade, foi incorporado, através de mutação constitucional, à Magna Carta brasileira, uma vez que, mesmo antes de sua promulgação, esse já era o entendimento jurisprudencial.

Além do mais, caso não se admita a tese de que tal texto foi por mutação incorporado à Constituição, sem portanto modificar o texto desta, haveria de se concluir pela inconstitucionalidade daquele dispositivo do Código de Processo Civil, o que não se faz, nem se fará, pois a questão já está pacificada na jurisprudência do Supremo, bem como na doutrina.

Essa nova leitura do artigo 97 da Constituição Federal consagra em verdade uma antecipação dos efeitos gerais da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei em controle concreto, antes mesmo da suspensão da execução pelo Senado da norma impugnada. Por óbvio que se está diante de instituto que limita a competência ao Senado atribuída pelo artigo 52, X, da Constituição brasileira.

Impende registrar, neste ponto, a lição do Ministro Teori Albino Zavascki, na qual esse ilustre magistrado demonstra possuir a exata percepção do papel institucional que se atribuiu ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição político-jurídica de guardião maior da supremacia e da intangibilidade da Constituição da República, bem como afirma a necessidade da mutação pretendida:

“Mais ainda: a ‘guarda da Constituição’, além de constituir dever jurado de todos os juízes, foi atribuída como missão primeira,

mais relevante, a ser desempenhada ‘precipualemente’, ao órgão máximo do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102). A ele se atribui, no exercício da fiscalização abstrata da constitucionalidade do ordenamento, o poder de declarar, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a inconstitucionalidade de preceitos normativos, retirando-os do ordenamento jurídico, ou a sua constitucionalidade, afirmando a imperiosidade da sua observância. *Também no âmbito do controle difuso, os precedentes do Supremo Tribunal Federal têm eficácia transcendental no sistema, como, por exemplo [...], a de vincular, indiretamente, as decisões dos demais tribunais, cujos órgãos fracionários ‘não submeterão ao plenário, ou órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento [...] do Supremo Tribunal Federal sobre a questão’* (CPC, art. 481, parágrafo único).<sup>40</sup>

A extensão dos efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade para outros processos que não o que deu causa a decisão é algo recorrente nos julgamentos do Supremo. É o que tem ocorrido com frequência nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, nas quais o Supremo Tribunal Federal tem atribuído efeito vinculante não só à parte dispositiva da decisão, como também aos próprios fundamentos determinantes.

São expressivos os casos em que o Supremo estendeu, com fulcro no artigo 557, *caput* e parágrafo 1º-A, do Código de Processo Civil, a decisão do plenário que declarara a inconstitucionalidade de uma lei municipal a outras situações idênticas, oriundas de Municípios diversos, no que se convencionou chamar de teoria da transcendência dos motivos determinantes.

Há inúmeros exemplos, como o julgamento do RE n. 228.844/SP<sup>41</sup>, no qual se discutiu a legitimidade do IPTU progressivo cobrado pelo Município de São José do Rio Preto. O relator valeu-se de precedente em julgamento de caso similar sobre lei do Município de Belo Horizonte, que havia instituído alíquota progressiva de IPTU.

40 ZAVASCKI, Teori Albino. Ação rescisória em matéria constitucional. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, n. 27, p. 160-161, 2003.

41 STF – RE n. 228.844/SP, rel. Min. Maurício Correa, DJ, de 16.06.1999.

A Ministra Ellen Gracie, relatora de recurso extraordinário em que se discutia a ilegitimidade da taxa de iluminação pública instituída pelo Município de Cabo Verde, em Minas Gerais, utilizou-se de precedente do Município de Niterói, Rio de Janeiro<sup>42</sup>. O mesmo tipo de transcendência, com a aplicação de decisão tomada em controle incidental de constitucionalidade a novos feitos, pode ser constatada em diversos julgados, como, *exempli gratia*, RE n. 221.795, AI n. 423.252, RE n. 345.048 e RE n. 384.521, entre outros.

Esse procedimento, recorrente no Supremo Tribunal Federal, evidencia, mesmo que timidamente, os efeitos gerais dos fundamentos determinantes das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no controle concreto de constitucionalidade do direito municipal. Obviamente, semelhante orientação só pode prosperar em se admitindo que a decisão tomada pelo Supremo produza eficácia transcendente, sendo, portanto, dispensada a manifestação do Senado.

Também se destaca a possibilidade de controle de constitucionalidade em ações coletivas, casos em que seria impossível falar em eficácia *inter partes*. Como sustentar que uma decisão proferida em uma ação civil pública ou em um mandado de segurança coletivo que declare a inconstitucionalidade de uma lei tenha eficácia apenas entre as partes?

Nesses casos, portanto, a suspensão da execução da lei pelo Senado revela-se completamente inútil. Destaque-se que o Supremo Tribunal Federal julgou prejudicada a ADI n. 1.919, proposta contra o Provimento n. 557/97, editado pelo Conselho Superior da Magistratura paulista, em virtude de decisão do Superior Tribunal de Justiça que, em mandado de segurança coletivo, declarou a nulidade daquele ato. O Supremo Tribunal Federal reconheceu, portanto, eficácia *erga omnes* à decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça. Que dizer, então, se a declaração de inconstitucionalidade fosse proferida pelo próprio Supremo em ações coletivas?

Por fim, uma última inovação trazida pela Emenda Constitucional n. 45 contribui ainda mais para o quebrantamento do disposto no artigo 52, X, da Constituição Federal. Tal emenda trouxe à baila o requisito da repercussão geral para a admissibilidade dos recursos extraordinários.

42 STF – RE n. 364.160, rel. Min. Ellen Gracie, DJ, de 07.02.2003.

Tal instituto foi regulamentado pela Lei n. 11.418, de dezembro de 2006, que introduziu ao Código de Processo Civil o seguinte artigo:

“Artigo 543-B - Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º - Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º - Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º - *Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.*

§ 4º - Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.”

O dispositivo destacado – artigo 543-B, § 3º do CPC – é outro a antecipar a produção de efeitos *erga omnes* nas decisões do Supremo que declarem a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos. Note-se que o recurso extraordinário que chegar ao Supremo provocará o sobrestamento dos feitos similares e a decisão nele tomada irá interferir no julgamento destes.

O dispositivo da lei adjetiva civil brasileira foi assim regulamentado pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal:

“Artigo 328 - *Protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a), de ofício ou a requerimento da parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juízo especial, a fim de que observem o disposto no artigo 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em 5 (cinco) dias, e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica.*

Parágrafo único - *Quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a) selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do artigo 543-B do Código de Processo Civil.*” (grifei)

Fica claro que, havendo multiplicidade de processos versando sobre questões similares, somente um ou alguns mais representativos serão selecionados para julgamento pelo Supremo Tribunal. A decisão proferida haverá de ser aplicada aos demais feitos sobrestados. Com isso, acaso a questão verse sobre a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, a decisão tomada pelo Supremo produzirá efeitos para além do caso concreto que provocou o incidente.

Essa é, portanto, mais uma hipótese em que se está a admitir a produção de efeitos *erga omnes* em sede de controle concentrado de constitucionalidade. A aplicação da decisão proferida no feito mais representativo aos demais processos sobrestados nada mais é que a antecipação da eficácia geral, que somente viria a ser produzida com a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal.

São inúmeros os casos em se vem demonstrando a necessidade de uma nova leitura do artigo 52, X, da Constituição Federal. Os efeitos gerais tornaram-se regra graças ao controle abstrato e, mesmo no controle incidental, tais efeitos vêm se consolidando, a despeito da manutenção, na Constituição, do instituto da suspensão da execução das leis inconstitucionais pelo Senado.

### **2.2.3 A suspensão da execução da lei pelo Senado Federal e a mutação constitucional**

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade sofreu inúmeras e significativas modificações que acabaram por alterar o contexto que parecia justificar a existência do instituto da suspensão pelo Senado da execução da lei declarada inconstitucional. A decisão do Supremo que declara a inconstitucionalidade de uma norma, ainda que em sede de controle incidental, deve bastar para que a norma seja extirpada do ordenamento jurídico.

Hoje, não há mais espaço para aquele instituto, fazendo-se necessária uma releitura do papel do Senado no controle de constitucionalidade, uma vez que não mais prevalece a concepção de separação de poderes que orientou a formulação da regra contida atualmente no artigo 52, X, da Constituição Federal. De notar que, mesmo em 1934, quando da criação do instituto em comento, outros países de tradição jurídica romano-germânica já atribuíam eficácia geral às decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, desmistificando a ideia de que seria inviável que se desse ao Poder Judiciário funções de legislador negativo, podendo retirar normas inconstitucionais do ordenamento jurídico.

São diversas as manifestações que deixam clara a mudança da atual concepção de separação dos poderes. Destacamos, a título exemplificativo, a nova orientação que foi firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Mandados de Injunção ns. 670 e 712, quanto ao instituto do mandado de injunção e seu alcance.

Restou decidido que alguns dispositivos da Lei de Greve (Lei n. 7.783/89), que rege o exercício desse ato dos trabalhadores da iniciativa privada, também poderão ser aplicados às greves do serviço público, até que o Congresso Nacional elabore a lei específica.

De se destacar a ênfase dada à necessidade de se atribuir ao mandado de injunção não só a finalidade de constituir em mora o Poder Legislativo, mas de se apresentar como solução à omissão daquele poder. Em suma, o Supremo Tribunal afirma a importância de sua função política, o que implica em uma necessária quebra do rigorismo formalista quanto à concepção de separação de poderes, por se atribuir força normativa às decisões dessa alta corte.

Não apenas nesse caso, mas diversos outros julgamentos denotam uma mudança de paradigma. A concepção de separação de poderes vigente é completamente diversa da que justificou a criação da suspensão da execução de leis pelo Senado. Hoje, é afirmada a cada dia a importância da função política do Supremo, que deve atuar não apenas como mero julgador, mas como concretizador da ordem jurídica constitucional. A separação de poderes não é absoluta e pode, em verdade deve ser mitigada, de modo a efetivar a doutrina dos freios e contrapesos. A intervenção do Poder Judiciário no Legislativo é necessária tal qual a do

Executivo nesse poder, ao exercer seu poder de veto. O Executivo atua na esfera do Legislativo em defesa do interesse público, o Judiciário faz o mesmo em defesa da Constituição.

A suspensão pelo Senado foi instituído que atendeu muito bem aos anseios da sociedade ao longo de vários anos. Contudo, no atual sistema em que prevalecem as decisões com eficácia *erga omnes*, em que há uma ampla legitimidade para a propositura das ações do controle abstrato de normas, no qual o procedimento dos julgamentos dos incidentes de inconstitucionalidade e das ações diretas são muito similares, em um sistema em que as exigências de *quorum* para a abertura do julgamento e para a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal são rigorosamente as mesmas, não há mais significado na manutenção daquele instituto.

Com o advento da Constituição de 1988, o direito brasileiro, pode-se afirmar, deixou o sistema misto de controle de constitucionalidade, passando a adotar um sistema fundamentalmente concentrado de controle. A ênfase do sistema deixou de estar no controle difuso, prevalecendo, agora, as decisões com eficácia geral, ou seja, o controle abstrato.

Há, portanto, uma mudança contextual, não apenas externa como também interna à própria Constituição, autorizadora da mutação constitucional pretendida. O instituto previsto no artigo 52, X, da Constituição está em dissonância, inclusive, e sobretudo, com a própria Constituição, que preza por decisões com eficácia geral em sede de controle de constitucionalidade, pela celeridade, economicidade, racionalidade do processo e, principalmente, pela segurança jurídica.

A mutação exige-se para adequar o texto constitucional à realidade vigente. Há uma incongruência existente entre Constituição formal e Constituição material, ou seja, entre as normas constitucionais e a realidade constitucional. A mutação há de ser procedida, adequando-se o texto constitucional à realidade constitucional, operando-se sem provocar uma ruptura no sistema. Na mutação há mais que simples interpretação, através dela não apenas se produz uma norma nova, mas o próprio texto normativo é substituído.

Como afirma o Ministro Eros Grau em seu voto no julgamento da Reclamação n. 4.335/AC, os limites da mutação estão contidos na

“língua” da Constituição, ou seja, o resultado da mutação não pode ser contrário ao todo constitucional em seu contexto. No caso presente, o que se vê é justamente uma adequação do dispositivo do artigo 52, X, da Constituição Federal, não apenas com a lógica externa, mas com a lógica interna da Constituição.

A confrontação do texto resultante da mutação pretendida com o restante do texto constitucional, bem como com toda a legislação que compõe a Constituição material, não leva a nenhuma incongruência. Pelo contrário, o novo texto é plenamente adequado com o espaço semântico constitucional, está em perfeita consonância com as regras e princípios que regem a Lei Maior brasileira.

O texto resultante da mutação pretendida parece se adequar perfeitamente ao que hoje se tem em relação ao controle abstrato de normas. Veja que há exigência, nessa sede de controle, de se fazer a comunicação da decisão à autoridade ou órgão responsável pela expedição do ato – art. 25, da Lei n. 9.868/99. Assim, também a comunicação ao Senado Federal, regra do inciso X do artigo 52 da Constituição, seria ato obrigatório para dar ciência e para que o Senado dê publicidade, não para que ele dê os efeitos gerais, pois esses decorrem da decisão do Supremo em si. Não há qualquer degenerescência nisso, mas sim uma manifestação de sanidade e correção do sistema.

Parece que, não sem razão, o constituinte de 1988 mencionou apenas leis no texto do inciso X, do artigo 52, da Constituição Federal. Assim, a comunicação ao Senado tem a mesma função do artigo 25 da Lei n. 9.868/99, qual seja, a de dar ciência ao órgão responsável pela expedição do ato, no caso das leis, o Senado, como representante do Poder Legislativo. No que tange aos demais atos normativos, a comunicação será feita apenas para que o Senado dê publicidade da decisão tomada no incidente de inconstitucionalidade, o que deve ser feito também quando de lei se trate, a fim de que ela fosse tornada de conhecimento geral.

Por fim, cabe ressaltar que, mesmo Montesquieu<sup>43</sup>, ao tratar da distinção – e não separação dos poderes, como bem ressaltou em seu citado voto o Ministro Eros Grau – entre os Poderes Legislativo e Executivo,

---

43 Citado pelo Ministro Eros Grau, em seu voto no julgamento da Rcl n. 4.335/AC.

admitiu que esse faz parte daquele, em virtude do direito de veto, necessário para se evitar o despotismo do Legislativo. Não conhecia, o douto barão, a doutrina da inconstitucionalidade. Conhecesse e, por óbvio, teria admitido a participação do Poder Judiciário no Legislativo, de forma análoga ao poder de veto do Executivo, podendo extirpar normas do ordenamento jurídico, através da declaração de inconstitucionalidade.

A mutação pretendida deve ser admitida, pois ela corrige as incongruências do sistema, adequando o texto do artigo 52, X, da Constituição Federal não apenas com o contexto externo, como também, e principalmente, com o contexto interno da Constituição. Não há qualquer quebra da coerência ou lógica do sistema decorrente da efetivação dessa mutação. Pelo contrário, atribuir ao Senado competência para tão somente dar publicidade ao ato que declara a inconstitucionalidade, já produzindo efeitos *erga omnes* por si só a decisão do Supremo, harmoniza as regras do controle incidental com o restante do sistema.

A tese foi defendida ainda pelo Ministro Celso de Mello. Em voto proferido no julgamento da ADI n. 3.345/DF<sup>44</sup>, ele faz longa citação de artigo do Ministro Gilmar Mendes<sup>45</sup>, deixando claro seu apoio à tese da mutação defendida naquele artigo e repetida no julgamento da Reclamação n. 4335/AC pelo Ministro Gilmar Mendes.

A prevalência desse entendimento, quase tão antigo quanto o instituto da suspensão da execução pelo Senado Federal, visto que já era defendido há muitos anos por Lúcio Bittencourt, parece ser o único meio de harmonizar o sistema de controle de constitucionalidade, dando fim a um anacronismo que persiste, ainda hoje, por conta de um apego excessivo a razões de natureza meramente históricas.

Ademais, a efetivar-se a mutação pretendida, estar-se-á a assegurar a efetividade das normas constitucionais porque, ao impedir que o interprete final da Constituição, qual seja, o Supremo Tribunal Federal, retire do ordenamento jurídico leis ou atos normativos a ela contrários, se está

---

44 STF – ADI n. 3.345/DF, rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/adi3345.pdf>>.

45 MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 41, n. 162, p. 163-166, abr./jun. 2004.

a respaldar a manutenção no ordenamento de leis contrárias à Constituição, o que ofende o próprio princípio da supremacia da Constituição.

A interpretação do Supremo Tribunal Federal acerca das questões constitucionais, como bem lembra o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Teori Albino Zavascki, deve ter tratamento diferenciado e se impor a todos, como se constata das suas brilhantes lições:

“As razões fundantes do tratamento diferenciado, segundo é possível colher da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, são, essencialmente, a da *‘supremacia jurídica’ da Constituição, cuja interpretação ‘não pode ficar sujeita à perplexidade’, e a especial gravidade com que se reveste o descumprimento das normas constitucionais, mormente o ‘vício’ da inconstitucionalidade das leis.*

O exame desta orientação em face das súmulas revela duas preocupações fundamentais da Corte Suprema: a primeira, a de preservar, em qualquer circunstância, a supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme a todos os destinatários; a segunda, a de *preservar a sua autoridade de guardião da Constituição, de órgão com legitimidade constitucional para dar a palavra definitiva em temas relacionados com a interpretação e a aplicação da Carta Magna.* Supremacia da Constituição e autoridade do Supremo Tribunal Federal são, na verdade, valores associados e que têm sentido transcendental quando associados. Há, entre eles, relação de meio e fim. E é justamente essa associação o referencial básico de que se lança mão para solucionar os diversos problemas [...].

O princípio da supremacia da Constituição e a autoridade do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal constituem, conforme se viu, os pilares de sustentação para construir um sistema apto a dar respostas coerentes à variedade de situações [...].

[...] *O Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição. Ele é o órgão autorizado pela própria Constituição a dar a palavra final em temas constitucionais. A Constituição, destarte, é o que o Supremo Tribunal Federal diz que ela é.* Eventuais controvérsias interpretativas perante outros tribunais perdem, institucionalmente, toda e qualquer relevância frente ao pronunciamento da Corte Suprema. Contrariar o precedente tem o mesmo

significado, o mesmo alcance, pragmaticamente considerado, que os de violar a Constituição. *A existência de pronunciamento do Supremo sobre matéria constitucional acarreta, no âmbito interno dos demais tribunais, a dispensabilidade da instalação do incidente de declaração de inconstitucionalidade (CPC, art. 481, § único), de modo que os órgãos fracionários ficam, desde logo, submetidos, em suas decisões, à orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal.* É nessa perspectiva, pois, que se deve aquilatar o peso institucional dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, mesmo em controle difuso[...].”<sup>46</sup>

Como se pode ver, o instituto da suspensão da execução, pelo Senado Federal, de lei declarada inconstitucional é regra que se coloca contrariamente à necessária efetivação das normas constitucionais. Como assegurar a sua efetividade se a palavra daquele a quem foi incumbido o dever de guarda da Constituição fica a depender da atuação do Senado para se impor contra todos?

A mutação do artigo 52, X, da Constituição Federal é uma manifestação legítima a ser dada pelo Supremo, órgão que detém esse poder de dizer o que é a Constituição, apresentando-se justamente como meio de corrigir esse anacronismo que, a despeito de toda a reformulação da jurisdição constitucional brasileira e do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, foi atavicamente mantido em nosso ordenamento.

#### **2.2.4 Resposta às críticas feitas à tese**

Com o início do julgamento da Reclamação n. 4335/AC, as primeiras vozes contrárias à tese da mutação constitucional começaram a se levantar. A questão é polêmica e suscita intensos debates doutrinários. O Ministro Sepúlveda Pertence foi o primeiro a se opor à mutação pretendida. Em seu voto no julgamento da Reclamação n. 4.335/AC, o ministro insinua um golpe de estado, por conta da forma pela qual se pretende reformar o artigo 52, X, da Constituição Federal, e do consequente poder que se ampliaria em razão de tal mudança.

<sup>46</sup> ZAVASCKI, Teori Albino, Ação rescisória em matéria constitucional, cit., p. 162-167.

Não se questiona quanto ao fato de que a referida mutação ampliaria os poderes do Supremo Tribunal Federal. Isso é óbvio! Contudo, tal não pode ser encarado como um golpe de estado. O Supremo já possui hoje poder para extirpar liminarmente do mundo jurídico determinado dispositivo legal, em razão de pedido de antecipação de tutela em julgamento de ação direta de inconstitucionalidade ou arguição de descumprimento de preceito fundamental. O Supremo Tribunal Federal pode vincular todo Judiciário e toda a Administração Pública através das súmulas vinculantes. A mutação constitucional que se pretende é consequência inevitável de um processo de reforma do sistema de controle de constitucionalidade, iniciado com a criação da representação de inconstitucionalidade, e acelerado, profundamente, com o advento da Constituição de 1988.

Dar eficácia geral a uma decisão tomada em um incidente de inconstitucionalidade julgado pelo Supremo não amplia de forma significativa seu poder. É inconcebível a tese de que tal mutação poderia representar um golpe de estado, um governo de juízes, como temiam os constituintes de 1934. A mutação é uma forma legítima de adequar a Constituição à realidade dos fatos. Como o próprio Ministro Sepúlveda Pertence afirma em seu voto, “no mundo dos fatos, se torna cada vez mais obsoleto – concordo – esse mecanismo; mas, hoje, combatê-lo, por isso que tenho chamado – com a permissão generosa dos dois colegas – de projeto de decreto de mutação constitucional, já não é nem mais necessário”.

A referida afirmação em si já é suficiente para desdizer o que defendeu em seu voto o ministro. Se o instituto da suspensão chegou a um *status* tão baixo que não é nem preciso combatê-lo, pode-se concluir que não há mais razão de ser do instituto, não há porque preservá-lo no ordenamento jurídico. Mesmo porque, a despeito da sua “insignificância”, ele continua a gerar inconveniências, como, *u.g.*, a recalcitrância do juiz da Vara de Execuções Penais de Rio Branco, que levou à interposição da Reclamação n. 4.335/AC.

O Ministro Sepúlveda Pertence, mesmo defendendo tese contrária, deixa clara a possibilidade de a jurisprudência criar mecanismos, no presente caso a mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal, para corrigir os defeitos decorrentes da adoção do modelo norte-americano de controle de constitucionalidade por países cujo regime jurídico descende da tradição romano-germânica, ou seja, da sua

transplantação para os regimes da *civil law*. Ele o faz, ao citar Mauro Cappelletti, transcrevendo a seguinte passagem:

“Esses riscos e inconvenientes – presentes em todos os países que o tem ensaiado – da transplantação a regimes da *civil law* do método americano de controle incidente (Cappelletti, ob. cit., p. 76) – *contornou-os primeiramente a Suíça, onde a prática jurisprudencial construiu o poder de o próprio Tribunal Federal conferir eficácia erga omnes à declaração em casos concretos de inconstitucionalidade de leis cantonais* (Cappelletti, ob. cit., p. 79; M. Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, Paris, 1996, p. 51).”

A solução encontrada pelo direito suíço é justamente a proposta pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes em seu voto. Na Suíça, foi a prática jurisprudencial a responsável pela transformação do sistema, permitindo a eficácia *erga omnes* das declarações de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle incidental ou concreto. É o que se pretende hoje no Brasil, com o julgamento da Reclamação n. 4.335/AC. Se o constituinte derivado furta-se da obrigação de adequar a Constituição à realidade de seu tempo, faz-se necessário que o Supremo Tribunal, como intérprete oficial e guardião da Constituição, atue corrigindo as anomalias e anacronismos vigentes.

Ademais, não se discorda do Ministro Sepúlveda, ao afirmar que não se poderia, a partir da redução teleológica da cláusula da reserva de plenário, se concluir pela mutação constitucional pretendida. Não se poderia e nem se pode. Ocorre, contudo, que esse não é o argumento único da tese mutacional, mas apenas um dos muitos que a justificam.

O Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto no julgamento da Reclamação n. 4.335/AC, ao analisar a decisão do juiz da Vara de Execuções Penais de Rio Branco, Acre, que motivou a interposição da referida reclamação, afirmou que “o que a motiva é a infeliz recalcitrância de um juiz em relação à orientação desta Corte. O anacronismo patológico, no caso, não é do artigo 52, X, da Constituição, mas do juiz que exerce a autoridade reclamada – portanto, do próprio Poder Judiciário”.

Indaga-se: como curar esse “anacronismo patológico” que infecta tantos juízes? Sua cura passa indubitavelmente pela reforma do sistema.

Sem dúvida, determinados juízes sofrem desse “anacronismo patológico”, mas não só eles, como também o artigo 52, X da Constituição. Seria ilógico seguir a linha de raciocínio do ministro. A razoabilidade e um juízo de ponderação levarão à conclusão óbvia de que é mais prático e econômico corrigir um instituto falho e obsoleto, através da simples reforma de um único inciso da Constituição, do que modificar a forma de pensar de milhares de membros do Poder Judiciário.

A mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal apresenta-se como uma cura para tal patologia. Afinal, é esse dispositivo que dá aos juízes a faculdade de concordar ou não com a decisão do Supremo, enquanto não vier a resolução do Senado Federal dando-lhe eficácia *erga omnes*. A falha está no sistema, que deve garantir a efetividade da prestação jurisdicional, impedindo que juízes recalcitrantes continuem a decidir contrariamente à orientação do Supremo. Por conta disso, dificulta-se a efetividade dos princípios constitucionais da segurança jurídica, da celeridade e da economia processual. É o sistema, e não o Poder Judiciário como um todo, que deve ser mudado. É mais racional que se mude o texto de um único inciso, que tentar mudar o entendimento deturpado de diversos membros do Judiciário.

O Ministro Joaquim Barbosa faz ainda uma afirmação infundada de que seria necessário um decurso de tempo maior para a constatação dessa mutação. Tal mutação já é defendida há anos, desde Lúcio Bittencourt, à época da Constituição de 1946. Ademais, a Constituição de 1988, responsável pela mudança de paradigma do sistema de controle de constitucionalidade pátrio, já passou dos vinte anos. Uma geração inteira. Tempo, portanto, mais que suficiente para concretizar uma mutação constitucional. A experiência, ao longo de todos esses anos, provou que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado é atávico, anacrônico e que a lógica dominante no sistema consagrado pela Constituição vigente é a das decisões vinculantes, com eficácia geral, e não mais das decisões que dependiam do Senado Federal para expandir seus efeitos.

Ao final de seu voto, o Ministro Joaquim Barbosa aduziu:

“Por fim, noto, com a devida vênia, que a proposta do eminente relator, além de encontrar obstáculo intransponível na literalidade do artigo 52, inciso X da Constituição, vai na contramão

das conhecidas regras de *self restraint* que Alexander Bickel, em sua monumental obra *The least dangerous branch*, qualificou de ‘virtudes passivas’ da Justiça constitucional. Bickel preconizava que no exercício da jurisdição constitucional só restam ao Poder Judiciário três alternativas, isto é: a) anular a legislação em desacordo com a Constituição; b) declarar a sua compatibilidade com o texto constitucional; c) não fazer nem uma coisa nem outra, ou seja, abster-se de pronunciar-se sobre a questão da constitucionalidade em respeito ao princípio da democracia, quando assim puder agir, solucionando o caso concreto sem precisar embrenhar-se pela questão constitucional.”<sup>47</sup>

Em que pese o brilhantismo da fonte, não se pode admitir que ao Poder Judiciário só restem as três alternativas a que faz menção o ministro. A mutação constitucional é uma realidade, é um processo informal, mas legítimo de reforma da Constituição. Ao Poder Judiciário, sobretudo ao seu órgão de cúpula, a Corte constitucional de um país, cabe adequar as normas constitucionais à realidade de seu tempo. Omitir-se dessa atribuição seria uma falha grave, a possibilitar a falta de efetividade, de normatividade, do direito constitucional. Obviamente que tal prática deve ser procedida com absoluta parcimônia e somente em casos imperativos – como o presente –, uma vez que o Judiciário carece da legitimidade democrática concedida aos demais poderes.

Em seus votos, Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa defenderam que a admissão da produção de efeitos *erga omnes* pela decisão tomada em sede de controle incidental pelo Supremo Tribunal Federal seria desnecessária e até mesmo afrontosa ao instituto da súmula vinculante. Note-se que a súmula vinculante se presta à concessão de efeitos vinculantes, que possuem uma abrangência deveras superior ao da eficácia geral.

Logo, ainda que a decisão tomada em incidente de inconstitucionalidade produza efeitos gerais, oponíveis *erga omnes*, não perde a súmula vinculante a sua razão de ser, uma vez que somente pela sua edição os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública ficarão vinculados. A eficácia *erga omnes* não possui o poder vinculante, e portanto a mutação constitucional em debate não usurpa a competência das súmulas vinculantes.

---

47 Voto do Ministro Joaquim Barbosa no julgamento da Rcl n. 4.335/AC.

Lenio Streck<sup>48</sup> foi outro a manifestar-se contrariamente à tese defendida pelo Ministro Gilmar Mendes. Aduziu inicialmente que o instituto é consagrado, sendo uma tradição que vem sendo mantida por sucessivas Constituições há décadas. Esse apego ao elemento histórico, contudo, não pode justificar a paralisação de um processo evolutivo. A mutação constitucional é elemento válido justamente para corrigir as incongruências que o tempo faz surgir nos textos constitucionais. Inegável que o sistema hoje é outro, o contexto é outro, e não há mais espaço para um instituto que em nada contribui para a efetivação de um processo racional, célere, econômico e justo.

O eminente constitucionalista afirma que “após a Emenda Constitucional n. 45/2004, a unificação do rol de ativamente legitimados, em favor de representantes da sociedade civil e de órgãos do Estado para ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental, mostra com clareza que a tarefa do controle concentrado da constitucionalidade é uma missão para todos, e não somente para órgãos estatais”. A afirmação está a justificar a efetivação da mutação pretendida, pois se o controle de constitucionalidade é uma missão de todos, e se a todos cabe o controle concentrado, a todos se podem estender os efeitos da declaração incidental pelo Supremo.

Ao contestar a tese ora defendida, Streck comete um pequeno deslize. Defende em seu artigo que retirar tal competência do Senado “significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo”. Os deputados federais são representantes do povo. Os senadores representam os Estados. Ademais, a criação do instituto pela constituinte de 1934 justificou-se não pela intenção de incluir o povo no controle – mesmo porque dar a ele a possibilidade de levantar incidentes que levassem a decisões com eficácia geral seria a melhor maneira de incluí-los –, mas sim pelo fato de, à época, ter se erigido o Senado Federal à posição de coordenador dos poderes da República.

---

48 STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1.498, 08 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 19 out. 2010.

Ademais, afirmativas no sentido de que a mutação pretendida afronta o princípio da separação de poderes denotam um apego daqueles que as fazem a uma concepção ultrapassada. Veja que mesmo Montesquieu, ao dispor sobre a distinção dos poderes – e não separação, como já se afirmou anteriormente –, previu meios de intervenção, como o veto do Executivo a leis do Legislativo. Conhecesse ele a inconstitucionalidade, teria admitido a intervenção do Judiciário para retirar do ordenamento jurídico as normas inconstitucionais.

Afirmar ainda que tal mutação seria uma afronta ao princípio do devido processo legal é outro erro. Se assim fosse, todas as ações de controle abstrato constituiriam afronta a tal princípio. O procedimento do incidente se tornou abstrato. Há ampla possibilidade de manifestação no julgamento dos incidentes de inconstitucionalidade, inclusive admitindo-se a participação do *amicus curiae*, o que parece ser mais do que suficiente a derrubar o argumento de que se estaria afastando o povo do controle de constitucionalidade. As diferenças entre os procedimentos do controle abstrato e do incidental são mínimas, e não há, portanto, razão que justifique a diferença dos efeitos de suas decisões.

Não há crítica que abone a preservação do instituto pelo instituto. A suspensão de execução pelo Senado Federal da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal é uma regra ultrapassada cuja manutenção não se coaduna com a sistemática do ordenamento jurídico pátrio. Não há razões, seja de natureza política, constitucional, social ou ideológica, a justificar a sua manutenção na Constituição Federal.

Não há porque manter o atual texto do artigo 52, X, da Constituição Federal, mas como fazer para corrigi-lo? Sem dúvida que uma emenda constitucional seria a maneira mais apropriada. Contudo, na inércia do constituinte derivado, e diante de todas as transformações sofridas pelo sistema de controle de constitucionalidade, a mutação constitucional apresenta-se como solução necessária, viável e mais célere.

A mutação pretendida não produzirá uma simples mudança de interpretação do texto da Constituição. Implicará em uma definitiva alteração do texto contido no dispositivo em debate. A questão mais polêmica e que cabe ser respondida é: pode haver mutação que modifique a substância do texto expresso? A principal crítica, portanto, não é quanto

às justificativas para a mudança do artigo 52, X, da Constituição Federal, mas quanto ao meio utilizado para atingi-la. A mutação constitucional é meio legítimo para tanto?

Alguns entendem que a mutação pretendida seria inconstitucional, uma vez que iria de encontro ao texto, ou seja, que não alteraria tão somente o sentido do texto, mas o seu enunciado normativo. De fato, a mutação proposta provoca uma alteração quase que textual, contudo tal alteração não é contrária à “vontade da Constituição” ou ao que o Ministro Eros Grau, em seu voto no julgamento da Reclamação n. 4.335/AC, chama de “tradição do texto”.

Assim, não se pode olvidar a necessidade de proceder a uma interpretação sistemática da Constituição para se realizar uma mutação constitucional. As normas devem ser interpretadas como parte de um sistema, de modo que o intérprete não as aprecie isoladamente, de forma estanque.

Ao hermeneuta é dado fazer a norma evoluir. No dizer de Anna Cândida da Cunha Ferraz:

“Fala-se, assim, em interpretação evolutiva, ou adaptadora e adequada quando se procura, por intermédio da interpretação judicial, adaptar o conteúdo, alcance ou significado da disposição constitucional (a) à mudança de sentido da linguagem nela inserida, (b) a novas situações, (c) à evolução dos valores positivados na Constituição, (d) à mudança da intenção dos intérpretes (válida porque dentro dos limites impostos pela Constituição aos poderes constituídos), (e) a resolver obscuridades do texto constitucional.”<sup>49</sup>

A interpretação sistemática, método de apresentação de atos normativos, em que o hermeneuta relaciona umas normas às outras até vislumbrar-lhes o sentido e o alcance, é técnica da qual o interprete não pode prescindir quando da produção de um enunciado normativo. Cabe lembrar que o enunciado normativo é fruto justamente da interpretação do texto expresso na lei.

O limite da mutação não está, portanto, no texto do dispositivo a ser reformado, mas sim no contexto constitucional, no espírito da

---

49 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*, cit. p. 128-130.

Constituição, na inteligência do sistema constitucional como um todo. Esse parece ser o entendimento de Konrad Hesse, ao afirmar:

“Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição. Somente quando esses pressupostos não puderem ser satisfeitos, dar-se-á a conversão dos problemas constitucionais, enquanto questões jurídicas, em questões de poder. Nesse caso, a Constituição jurídica sucumbirá em face da Constituição real.”<sup>50</sup>

O direito constitucional não pode ser considerado uma ciência exclusivamente da realidade, nem tampouco mera ciência normativa, tal como imaginado pelo positivismo formalista. Ele deve conter ambas características, sendo condicionado não só pela grande dependência que seu objeto apresenta em relação a realidade político-social, quanto pela falta de uma garantia externa para a observância das normas constitucionais. O direito constitucional deve preservar a consciência de seus limites. Cito novamente Hesse:

“Em outros termos, o direito constitucional, deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao direito constitucional realçar, despertar e preservar a vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa. Essa orientação torna imperiosa a assunção de uma visão crítica pelo direito constitucional, pois nada seria mais perigoso do que permitir o surgimento de ilusões sobre questões fundamentais para a vida do Estado.”<sup>51</sup>

É portanto a própria Constituição, o seu todo orgânico, a “vontade constitucional”, e não a literalidade de um dispositivo específico que sofre esse processo informal de modificação, que deve limitar essa mutação. A pretendida reforma do artigo 52, X, da Constituição Federal não deve ser

<sup>50</sup> HESSE, Konrad, *A força normativa da Constituição*, cit., p. 25.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 27.

freada pela literalidade do dispositivo, mesmo porque o contexto interno da Constituição Federal de 1988 está a autorizar a mutação, uma vez que foi a própria Constituição a principal artífice da mudança de paradigma que tornou regra a produção de efeitos gerais no controle de constitucionalidade.

A almejada mutação caminha, de fato, contra o texto disposto no inciso X, do artigo 52, da Constituição. Contudo, se alinha em perfeita harmonia com a “vontade constitucional”. A Constituição é um todo orgânico e harmônico, e uma regra como a do dispositivo mencionado, que está em total dissonância com o sistema constitucional, não merece se perpetuar, em razão apenas da clareza de seu texto, que afastaria a possibilidade da mutação.

Pelo contrário, a mutação é instrumento válido para sanar tal incongruência, harmonizando, dando coerência ao sistema de controle de constitucionalidade brasileiro e, sobretudo, dando efetividade aos princípios constitucionais da razoabilidade, da justiça, da efetividade e celeridade da prestação jurisdicional e da segurança jurídica.

### **3 Conclusão**

Ao intérprete da lei cabe adequar o dever ser ao ser, o texto à realidade, para que, interpretando o texto, possa produzir uma norma correta. E o intérprete será tanto mais correto conforme consiga inserir no quadro do direito o discurso que o justifica, de maneira racional, atendendo aos valores constitucionais e sociais dominantes.

A mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal é um caso em que a sua necessária atualização à realidade encontra-se em perfeita coerência interna com o texto constitucional. Ela caminha no mesmo sentido da vontade da Constituição, acompanha a sua tradição, o seu espírito, que pugna pela racionalização do processo, garantindo celeridade e efetividade da prestação jurisdicional, através da efetivação de um sistema que preza por decisões com eficácia geral, gerando segurança jurídica.

Desde o advento da Constituição de 1988, houve uma profunda alteração do sistema jurídico, conforme vastamente analisado, tornando obsoleto o instituto da suspensão da execução pelo Senado da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle incidental. A regra do artigo 52, X, da Constituição Federal não mais se harmoniza

com a vontade constitucional. Pelo contrário, sua manutenção prejudica a força normativa da Constituição, ao impedir que decisões do intérprete final, do guardião máximo da Constituição, sejam oponíveis contra todos.

Cabe destacar e reconhecer, 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” (art. 102, *caput*, da CF), 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 sua jurisprudência: “A interpretação do texto constitucional pelo Supremo Tribunal Federal deve ser acompanhada pelos demais tribunais. [...] A não observância da decisão desta Corte debilita a força normativa da Constituição.” (STF – AgR RE n. 203.498/DF, rel. Min. Gilmar Mendes).

Ao permitir que os tribunais inferiores continuem a julgar contrariamente às orientações firmadas pelo intérprete final da Constituição o dispositivo do inciso X do artigo 52 da Constituição Federal, está a obstaculizar a efetivação da força normativa da nossa Lei Fundamental.

É preciso ter em perspectiva que, em sede de fiscalização constitucional, o exercício jurisdicional do poder de controle destinado a preservar a supremacia da Constituição põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, reside a magna prerrogativa outorgada àquela Corte de definir os limites das competências estatais, de determinar o alcance dos direitos e garantias fundamentais e de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder.

Perfeita, portanto, a clássica lição de Francisco Campos<sup>52</sup>, ao afirmar que, no poder de interpretar, inclui-se a prerrogativa de formular e de revelar o próprio sentido do texto constitucional. É que, segundo esse eminente publicista: “O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. *A Constituição está em elaboração permanente nos tribunais incumbidos de aplicá-la [...]. Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição funciona, igualmente, o poder constituinte.*”

52 CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 2, p. 403.

É, portanto, função do Supremo interpretar e formular – ou melhor, reformular – a Constituição, buscando uma harmonização interna e adequação das normas constitucionais com a realidade externa. Nesse contexto, cabe ao Supremo, em sua atribuição de “poder constituinte difuso”, como afirmou Burdeau, corrigir as incongruências e anacronismos do sistema constitucional, para efetivar a força normativa da Constituição.

Essa é a função precípua do Supremo Tribunal Federal, guardar, interpretar e velar pela Constituição. Destarte, ainda que a doutrina seja majoritariamente contrária à mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal, como bem lembra o Ministro Eros Grau em seu voto no julgamento da Reclamação n. 4.335/AC – em afirmação que para alguns pode parecer ter ares ditatoriais, mas que, em verdade, apenas reafirma a atribuição que a Constituição deu ao Supremo Tribunal Federal – não é o Supremo que se curvará a ela, mas ela, a doutrina, que o seguirá, pois a ele, Supremo, cabe a palavra final, a interpretação final acerca do texto da Constituição Federal.

Tendo em vista todo panorama apresentado, em que fatores externos e, principalmente, internos à Constituição, apontam para um novo entendimento do artigo 52, X, da Constituição Federal, há de se concluir pelo acerto da tese mutacional. O sistema de controle de constitucionalidade vigente leva à crença na eficácia geral das decisões declaratórias de inconstitucionalidade pelo Supremo, independentemente da manifestação do Senado Federal.

Assim, ante todo o exposto e, *data venia* das ilustres manifestações contrárias à tese, há de se concluir pela necessidade e legitimidade da mutação pretendida. Como visto, há um anacronismo no sistema e a mutação constitucional apresenta-se como meio legítimo para a sua superação.

O julgamento da Reclamação n. 4.335/AC, em que foi levantada a tese da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, está empatado, com dois votos favoráveis e dois votos contrários à tese. A comunidade jurídica aguarda ansiosamente pelo deslinde desse julgamento, que pode pôr fim a um instituto anacrônico, mantido atavicamente no texto da Constituição vigente.

## 4 Referências

ABREU FILHO, Saulo de Castro. A suspensão da execução de lei ou ato normativo pelo Senado Federal e a coisa julgada material no controle concentrado da constitucionalidade. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, n. 74, p. 7-19, abr./jun. 1994.

ALENCAR, Ana Valderez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 15, n. 57, p. 223-328, jan./mar. 1978.

ALVIM, Jose Eduardo Carreira. Incidente de inconstitucionalidade: método de controle difuso, alterações introduzidas no CPC pela Lei n. 9.868/99. *Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência*, Porto Alegre, v. 26, n. 77, p. 9-14, mar. 2000.

BARROS, Sergio Resende de. Função do Senado no controle difuso de constitucionalidade no Brasil. *Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência*, Porto Alegre, v. 30, n. 91, p. 261-266, set. 2003. Idem: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 43, p. 577-581, 2002.

\_\_\_\_\_. *Simplificação do controle de constitucionalidade*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=76>>. Acesso em: 16 out. 2010.

\_\_\_\_\_. *O Senado e o controle de constitucionalidade*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=75>>. Acesso em: 16 out. 2010.

BARROSO, Luis 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*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*. Atualizado por José Aguiar Dias. 2. ed. fac-sim. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. (Série Arquivos do Ministerio da Justiça).

- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Efeitos da inconstitucionalidade da Lei. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 2, n. 8, p. 154-162, abr./jun. 2005.
- BUARQUE, Sidney Hartung. Incidente de inconstitucionalidade: alcance da norma contida no artigo 481, parágrafo único do CPC, acrescentado pela Lei 9.756/98. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 19, p. 90-95, 2002.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BUZUID, Alfredo. *Da ação de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.
- CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 2.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.
- CASTRO, Araújo. *A nova Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 5-24, out./dez. 1993.
- \_\_\_\_\_. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.
- GALLO, Ronaldo Guimarães. Mutação constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3841>>. Acesso em: 16 out. 2010.
- GRAU, Eros Roberto. O direito pressuposto e o direito posto. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 80, n. 673, p. 21-26, nov. 1991.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição = Die normative Kraft der Verfassung*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Tradução de Christian Föster y Pablo Lucas Verdú. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Distinção entre suspensão de vigência e eficácia de norma institucional e materialidade do direito suspenso em processo cautelar de ação direta. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 23, p. 41-54, abr./jun. 1995.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Da eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 7-11, jan./mar. 1993.

MELLO, Aymore Roque Pottes de. A aplicação do efeito vinculante/sumula vinculante no sistema de controles da constitucionalidade... *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 25, n. 72, p. 127-154, mar. 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle incidental de normas no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 760, p. 11-39, fev. 1999.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

\_\_\_\_\_. Evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. *Revista de Informação Legislativa, Brasília*, v. 32, n. 126, p. 87-102, abr./jun. 1995.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa, Brasília*, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

\_\_\_\_\_. O sistema de controle de constitucionalidade das normas da Constituição de 1988 e reforma do Poder Judiciário. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 26, n. 75, p. 234-247, set. 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NOBRE JUNIOR, Edílson Pereira. O direito processual brasileiro e o efeito vinculante das decisões dos Tribunais Superiores. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 26, n. 80, p. 104-135, dez. 2000.

PAES, Sara Maria Stroher. Sistema brasileiro de controle da constitucionalidade: origem e evolução. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 30, n. 118, p. 139-156, abr./jun. 1993.

PINTO, Paulo Brossard de Souza. O Senado e as leis inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 13, n. 50, p. 55-64, abr./jun. 1976.

SARMENTO, Daniel (Org.). *Controle de constitucionalidade e a Lei n. 9.868/99*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Controle da constitucionalidade e o Senado*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Comentários à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1.498, 08 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 19 out. 2010.

TAVARES, André Ramos. O modelo brasileiro de controle difuso-concreto da constitucionalidade das leis e a função do Senado Federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, n. 819, p. 45-64, jan. 2004.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal: uma solução para o Judiciário. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 32, n. 128, p. 185-189, out./dez. 1995.

ZAVASCKI, Teori Albino. Ação rescisória em matéria constitucional. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, n. 27, p. 153-174, set./dez. 2003.

