

GT 4 - PROCESSO CONSTITUCIONAL

**A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, DA CF:
EVOLUÇÃO DA RECLAMAÇÃO
Nº 4.335-5/AC ÀS ADI'S 3.406/RJ E 3.470/RJ**

***THE CONSTITUTIONAL MUTATION OF ART. 52, X, OF CF:
EVOLUTION OF COMPLAINT
Nº 4.335-5 / AC AT ADI'S 3.406 / RJ AND 3.470 / RJ***

**Renata Maria Silveira Toledo¹
Maria Fernanda César Las Casas de Oliveira²
João Paulo Marques dos Santos³**

RESUMO: O presente artigo analisa a mudança no controle difuso de constitucionalidade, notadamente, quanto à exigência da repercussão geral no recurso extraordinário. Para tanto, apresenta análise sobre a nova interpretação adotada ao inciso do artigo 52 da Constituição Federal. Torna-se comum observar, nas decisões do Supremo Tribunal Federal – “Tribunal Constitucional Brasileiro” -, a criação de normas que vão além daquilo que está positivado. A limitação é necessária. Contudo, o que vai além das possibilidades já não será mutação constitucional, e sim, quebra constitucional, ou anulação. Embora este estudo não afirme que, em todos os julgamentos que envolvam a mutação constitucional, haja abuso, nas matérias de pouca regulamentação infraconstitucional, ou de pouco debate doutrinário, encontra-se grande margem para sua utilização pela jurisprudência, de forma a contrariar sua essência e a própria letra da lei.

¹ Mestranda em Direito pela FADISP e Assistente Docente na mesma Instituição. Pós-graduada em Processo Civil Brasileiro pela PUC-SP e em Direitos Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Advogada. Contato: renata@toledoopes.com.br

² Mestranda pela Faculdade Autônoma de Direito - FADISP, Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões pela ESA/OAB Santos, Bacharel em Direito pela Faculdade São Judas Tadeu. Docente da graduação em direito na FADISP e de Pós-Graduação em Direito Civil e Processo Civil no Curso Pró-Ordem unidade Santo André, Docente na Pós-Graduação em Direito Processual Civil e Direito de Família e Sucessões da ESA/OAB de São Caetano do Sul e ESA/OAB da Lapa, Palestrante da OAB/SP. Advogada. Contato: fernandalascasas@yahoo.com.br

³ Mestrando pela Faculdade Autônoma de Direito - FADISP. Bacharel em Direito pela Faculdade Martha Falcão. Assessor Jurídico do 1º Núcleo Especializado em Atendimento de Interesses Coletivos da Defensoria Pública do Estado do Amazonas. Contato: joapaulo.advam@gmail.com

Palavras-chave: Mutação Constitucional; Controle de Constitucionalidade Difuso; Acesso à Justiça.

ABSTRACT: The present article analyzes the change in the diffuse control of constitutionality, in particular, regarding the requirement of the general repercussion in the extraordinary appeal. To this end, it presents an analysis of the new interpretation adopted for the subsection of article 52 of the Federal Constitution. It is common to observe, in the decisions of the Federal Supreme Court - "Brazilian Constitutional Court" - the creation of norms that go beyond what is posited. Limitation is required. However, what goes beyond the possibilities will no longer be a constitutional mutation, but a constitutional break, or annulment. Although this study does not affirm that in all trials involving constitutional mutation there is abuse, in matters of little doctrinal debate, there is great scope for its use in jurisprudence in order to counteract its essence and the very letter of the law.

Key-words: Constitutional Mutation; Diffuse Constitutionality Control; Access to Justice.

Sumário: 1. Introdução; 2. O Controle de Constitucionalidade Difuso Brasileiro; 2.1. Procedimento da Declaração de Inconstitucionalidade no Controle Difuso; 3. Repercussão geral; 4. Mutação Constitucional; 5. A Mutação Constitucional do Art. 52, X, da CF/88: o papel do Senado Federal no controle difuso; 6. O voto do Ministro Eros Grau na Reclamação nº 4.335-5. 5.1 As ADI's nº 3.470 e nº 3.406: evolução jurisprudencial e mutação constitucional do Art. 52, X, da CF; 7. Considerações Finais; 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Sabe-se que o ordenamento pátrio adotou o modelo dual de controle de constitucionalidade (TAVARES, 2017); (HERANI, 2015) sendo junção dos modelos dominantes de controle de constitucionalidades, encontrados no mundo moderno (CARVALHO, 2014, p. 151-159), mais especificamente, o modelo difuso (ou americano (ABBOUD, 2016)) e o modelo concentrado (ou austríaco). Obviamente, há distinção dos modelos originais para a forma como se é aplicado e tratado no ordenamento jurídico (HERANI, 2015).

A diferença entre ambos os controles é bastante acentuada, podendo-se

destacar a legitimidade, os efeitos produzidos pela decisão, a competência, os requisitos da exordial, o procedimento, a maneira de decretação da inconstitucionalidade e os órgãos envolvidos. Impende salientar que o presente artigo não se aprofundará na temática referente ao controle de constitucionalidade abstrato, muito embora a diferenciação iniciada acima seja indispensável.

O controle abstrato de constitucionalidade possui rol de legitimados esculpidos na Constituição Federal, no art. 103⁴, cuja possibilidade de restrição ou aumento, somente é possível por meio de Emenda Constitucional, dada a sua característica de ser *rol numerus clausus*⁵. Além disso, a competência para conhecer dessas ações se dá pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais de Justiça⁶. Os efeitos das decisões são vinculantes, *erga omnes*⁷ e, em regra⁸, *ex tunc*,

⁴ “CF - Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

⁵ “Os legitimados para propor arguição de descumprimento de preceito fundamental se encontram definidos, em *numerus clausus*, no art. 103 da CR, nos termos do disposto no art. 2º, I, da Lei 9.882/1999. Impossibilidade de ampliação do rol exaustivo inscrito na CF. Idoneidade da decisão de não conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental”. (ADPF 75 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 3-5-2006, P, DJ de 2-6-2006.)

⁶ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (...). Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. (...) § 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”.

⁷ “Art. 28. (...) Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

⁸ “É possível a modulação de efeitos, em prol da segurança jurídica e excepcional interesse público, para que eles sejam observados a partir de determinada data, futura ou passada. Nesse sentido, a L. 9.868/99 - Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou

formando precedente obrigatórios⁹. A petição deverá elencar as normas ou atos normativos, eivados de vício constitucional, enumerando a lei ou os artigos que estão com vícios procedimentais¹⁰.

Por outro lado, quando se verifica o controle difuso de constitucionalidade, o rol de legitimados não se restringe a determinadas pessoas, possibilitando qualquer um, que litigue no Poder Judiciário, a possibilidade de aplicar o controle difuso. Além disso, a competência para conhecer essas questões é tanto do juiz singular quanto do próprio Tribunal. Os efeitos dessa decisão é *inter partes*¹¹ e *ex nunc*.

Nessa hipótese, a decisão de inconstitucionalidade, para ter efeito *erga omnes*, necessita passar pela aprovação e política discricionária do Senado Federal, a rigor do inciso X do artigo 52 da Constituição Federal. Do contrário, a lei continuará válida e eficaz para aqueles que não fizeram parte do processo.

Ocorre, contudo, que no julgamento da Reclamação nº 4.335-5, os Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes sustentaram ser “obsoleto” o texto do artigo 52, X, da CF/88, necessitando, desta feita, de uma nova interpretação por meio da técnica da mutação constitucional, ou seja, tentou-se transformar o Senado Federal em mero divulgador das decisões do STF, em controle de constitucionalidade difuso, supostamente, em nome da segurança jurídica e na restrição da multiplicação dos recursos sobre a mesma matéria. Apesar disso, esta interpretação expansiva¹² não sairia vitoriosa, garantindo a vigência daquela norma nos exatos

decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

⁹ “CPC - Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (...)”.

¹⁰ Lei 9.868/99 - Art. 3º “A petição indicará: I - o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações; II - o pedido, com suas especificações”.

¹¹ Muito embora o STF admita a modulação dos efeitos no controle difuso, *in verbis*: “CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO DE EFEITOS. É possível a modulação dos efeitos da decisão proferida em sede de controle incidental de constitucionalidade”. (STF, 2017).

¹² “Ainda que a questão pudesse comportar outras leituras, é certo que o legislador ordinário, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, considerou legítima a atribuição de efeitos

termos da Constituição.

Muito embora não tenha conquistado vitória à época, a tese da mutação constitucional ganhara força suficiente para atribuir ao controle difuso, realizado pelo Supremo Tribunal, efeito vinculante e erga omnes, após o julgamento das ADI's nº 3.406/RJ e nº 3.470/RJ.

Diante disso, verificada evolução na interpretação do preceito do art. 52, X, da CF, o presente artigo questiona se esta decisão é necessária para garantir a celeridade processual, a segurança jurídica, ou representa uma “amputação do direito” de acesso à justiça e a violação da separação dos três poderes.

2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO BRASILEIRO

O Brasil, inicialmente, não adotou nenhum modelo de controle de constitucionalidade (HERANI, 2015, p. 123), já que a primeira Constituição (1824), não trouxe qualquer previsão acerca do tema, o que veio a ocorrer somente com a Constituição Republicana de 1891 (BARROSO, 2009, p. 62), que adotou o modelo americano de constitucionalidade.

Embora, somente em 1965, o controle concentrado tenha sido, de fato, reconfigurado (Emenda Constitucional 16/65) ele já existia desde a Constituição de 1934, que instituiu a possibilidade da Representação Interventiva, cuja competência era exclusiva do Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2009, p. 63).

Importante registrar nesse contexto que, a partir da Constituição de 1934, o

ampliados à decisão proferida pelo Tribunal, até mesmo em sede de controle de constitucionalidade incidental. Nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura significativamente ousada, conferindo efeito vinculante não só à parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, mas também aos próprios fundamentos determinantes. É que são numericamente expressivos os casos em que o Supremo Tribunal Federal tem estendido, com base no art. 557, caput, parágrafo 1º, A, do Código de Processo Civil, a decisão do plenário que declara a inconstitucionalidade de norma municipal a outras situações idênticas, oriundas de municípios diversos. Em suma, tem-se considerado dispensável, no caso de modelos legais idênticos, a submissão da questão ao Plenário” (MENDES, 2014, p. 759).

Senado Federal passou a ter competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2009, p. 63), sendo esta uma forma de participação democrática da sociedade civil.

A Constituição de 1967 não trouxe nenhuma alteração ou mudança radical. Já na Carta Constitucional de 1969 foi instituída a ação direta no âmbito estadual. Por fim, a Carta Magna de 1988, reformulou o sistema de controle de constitucionalidade, muito embora tenha continuado com o sistema dual ou híbrido (controles concentrado e difuso).

2.1. Procedimento da Declaração de Inconstitucionalidade no Controle Difuso

O controle difuso (ABBOUD, 2014, p. 443), conhecido como via de exceção, de defesa e até mesmo incidental, decorre sempre de uma demanda subjetivada, onde exista pretensão resistida, litigando, portanto, autor e réu, no mínimo, cujo objetivo é uma tutela jurídica diversa da inconstitucionalidade de determinada norma. Esta, em verdade, é tratada como causa de pedir (no caso do autor), ou, de matéria de defesa (pelo réu) para inviabilizar o pedido contra si requerido.

Ainda, é plenamente possível realizar esse controle em qualquer processo¹³, seja ele de conhecimento, execução, cautelar e em qualquer procedimento: ordinário, sumário, sumaríssimo e especial, não existindo qualquer vedação para tanto. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (2009, p. 91), assevera:

¹³ Deve-se advertir, contudo que não é admissível ação civil pública como mecanismo de controle de constitucionalidade; a declaração de inconstitucionalidade deve ser apenas a causa de pedir da ação, e não o pedido, seguindo essa linha de raciocínio, o STF assim já se manifestou: “Reclamação: Procedência: usurpação da procedência do STF. (CF artigo 102, I, a). Ação Civil Pública em que a declaração de inconstitucionalidade com efeito erga omnes não é posta como causa de pedir, mas, sim, como o próprio objeto do pedido, configurando hipótese reservada a ação direta de inconstitucionalidade de leis federais, da privativa competência originária do Supremo Tribunal” (STF, 2005).

A questão constitucional pode ser levantada em processos de qualquer natureza, seja de conhecimento, de execução ou cautelar. O que se exige é que haja um conflito de interesses, uma pretensão resistida, um ato concreto de autoridade ou a ameaça de que venha a ser praticado. O controle incidental de constitucionalidade somente pode se dar na tutela de uma pretensão subjetiva. O objeto do pedido não é o ataque à lei, mas a proteção de um direito que seria por ela afetado. Havendo a situação concreta, é indiferente a natureza da ação ou do procedimento.

Percebe-se que o controle, por via lógica, pode ser conhecido por qualquer juízo ou Tribunal, porém, há diferença do controle realizado pelo juiz singular daquele realizado pelo Tribunal.

Realizado pelo juiz singular, o controle não está sujeito ao princípio da reserva de plenário, elencado no art. 97, da CF, bem como não declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, mas tão somente afasta sua incidência no caso concreto. Nesse sentido Streck (2015, p. 1358), explica que:

O juiz não declara – no sentido *stricto sensu* – a inconstitucionalidade de uma lei. No controle difuso, ele deixa de aplicar a lei. Ele não invalida a lei (ato normativo *lato sensu*). O controle incidental (difuso) é modo pelo qual o juiz (ou o Tribunal) pode sindicá-la a inconstitucionalidade em cada caso concreto (*Richterklage*), criação do *judicial review* norte-americano, cujas raízes se encontram no início do século XVII nas decisões de Sir Edward Coke (que fazia “controle difuso” sem constituição). Mediante o controle difuso, o juiz aplica ou não determinado ato normativo a partir do exame de sua conformação com a Constituição. Importante notar – e nisso está a diferença fundamental entre o controle difuso e o concentrado (e entre a função de declarar e deixar de aplicar) – é que o objetivo nessa modalidade não é o de atacar a lei inquinada de inconstitucional, mas, sim, o fato que está (des)abrigado pela referida lei, que, entretanto, continua válida para o restante da sociedade.

Por outro lado, quando se está perante o Tribunal de Justiça, a análise da questão da inconstitucionalidade incidental ganha outro escopo, tornando-se julgamento complexo, tendo em vista a divisão da análise do recurso em dois momentos, um, prejudicial, por meio do plenário ou órgão especial, cuja finalidade é averiguar a existência de inconstitucionalidade ou não da lei, ou ato normativo posto, devendo ser declarada sua inconstitucionalidade por meio do quórum

qualificado, conforme preceitua o art. 97, da CF¹⁴.

No segundo momento, reconhecida ou não a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, devolve-se ao Relator da Câmara, ou Turma, para prosseguir com a análise do Recurso. Aplicando o entendimento do Plenário, proferirá o acórdão, podendo ser interpostos os recursos cabíveis, dentre eles, o Recurso Extraordinário, cuja competência será do Supremo Tribunal Federal, que poderá analisá-lo, caso estejam presentes os pressupostos de admissibilidade, ou seja, o pré-questionamento e a repercussão geral.

Assim, o Recurso será analisado pelo Supremo Tribunal Federal que, ao dar provimento à controvérsia, será declara a inconstitucionalidade, gerando efeitos tão somente com relação aos litigantes. No entanto, o STF oficiará ao Senado Federal para que seja dado o efeito expansivo dessa declaração de inconstitucionalidade, a seu juízo de discricionariedade, conforme determina o art. 52, X, da CF. Caso faça, será lavrada resolução para regular os efeitos das relações jurídicas traçadas durante a vigência da norma inconstitucional.

3. REPERCUSSÃO GERAL

A Emenda Constitucional 45/2004 (Reforma do Judiciário) criou a repercussão geral, por meio do artigo 102, § 3º da Constituição Federal, como requisito para admissibilidade do recurso extraordinário.

O fundamento da criação da repercussão geral é evitar “múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia”, garantindo, assim, celeridade da justiça e uma uniformização de entendimentos jurisprudenciais. É requisito de admissibilidade do recurso extraordinário a demonstração da repercussão geral nas

¹⁴ CF - Art. 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”.

razões de recurso¹⁵.

A Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, regulamenta o § 3º do inciso III, do artigo 102 da Constituição Federal, sem seu § 1º, e dispõe: “Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

Observa-se que não é apenas a quantidade de processos que determina se há questão relevante a ser decidida em repercussão geral¹⁶. Imprescindível a demonstração da relevância da matéria nos termos acima.

A repercussão geral está prevista no artigo 1.036 do Novo Código de Processo Civil e tem por objetivo evitar a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia.

Para o reconhecimento da repercussão geral de uma matéria, necessário seguir o seguinte procedimento: (i) O Tribunal de origem seleciona um ou mais recursos representativos da mesma matéria, enviando-os ao Supremo Tribunal Federal para análise, procedendo ao sobrestamento dos demais processos até pronunciamento da Corte sobre tal questão. (ii) No Supremo Tribunal Federal, é aberta a sessão eletrônica de julgamento da repercussão geral, com prazo de 20 dias. (iii) Há presunção de repercussão geral se, transcorrido o prazo, não houver manifestação contrária. (iv) Para que haja recusa da matéria como repercussão geral deve haver manifestação expressa de pelo menos oito ministros nesse sentido. (v) 5. A recusa da repercussão geral é irrecorrível. A aceitação de repercussão geral ou sua

¹⁵ Artigo 102, inciso III, § 3º: “No Recurso Extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-la pela manifestação de dois terços de seus membros”.

¹⁶ “(...) para efeito de reconhecimento de repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, nos termos do art. 543-B, parágrafo 1º do CPC. A quantidade de processos em tramitação no país sobre o mesmo tema é um indicativo que demonstra a transcendência da causa, entretanto não se trata de requisito intransponível”. (MENDES, 2014, p. 745).

recusa vale para todos os recursos idênticos.

Duas críticas são suscitadas: a discricionariedade no reconhecimento do que é, ou não, matéria relevante e os efeitos do reconhecimento de matéria como repercussão geral em controle difuso, cuja decisão é proferida entre as partes do processo.

Quanto à discricionariedade na decisão do que é, ou não, relevante, a matéria que se torna de repercussão geral faz desse requisito muito mais um filtro do que será, ou não, apreciado no Supremo Tribunal Federal do que, necessariamente, uma decisão jurídica. Se por um lado, podemos admitir que, ao menos em tese, é o próprio Supremo Tribunal Federal que deve escolher o que merece, ou não, ser por ele apreciado, em razão de sua qualidade de Corte Constitucional, por outro lado, esse requisito pode representar obstáculo ao acesso à justiça pelo cidadão que, malgrado tenha sido desrespeitado em seu direito constitucional, deve ficar à mercê dessa Corte em decidir se irá, ou não, analisar sua questão.

Acessível a todos, o controle difuso é um meio democrático de submeter à Corte Constitucional, decisões ou atos normativos que desrespeitem a Constituição Federal. Porém, esse processo tem um viés individual por excelência, cuja decisão terá efeito somente entre as partes (PROBST, 2011, p. 67-105).

A estrutura dessa demanda impõe que a decisão tenha eficácia inter partes, representadas por seus patronos e que não comportam substituição por representantes adequados *ope legis* das vias constitucionais. O reconhecimento de repercussão geral de determinada matéria, para que o recurso extraordinário seja admitido e conhecido pelo Supremo Tribunal Federal, retira dele o caráter subjetivo de defesa de interesse das partes, que assume uma função de defesa da ordem constitucional objetiva (SOUZA, 2012, p. 13-35).

De fato, uma matéria cuja repercussão geral foi reconhecida ainda que em controle de constitucionalidade difuso, ou seja, por meio de um recurso

extraordinário em processo movimentado por partes individuais, em nome e interesse próprios, uma vez reconhecida a repercussão geral, incide em processos e titulares de direito que não fizeram parte do processo originário e não puderam nele se manifestar. Pode-se sustentar ofensa inclusive ao contraditório e à ampla defesa, para não falar no direito de acesso à justiça¹⁷.

Em outras palavras, o que temos é uma decisão com efeito erga omnes, em um controle difuso/concreto e atingindo, portanto, pessoas que não foram partes no processo e sem legitimidade para ação constitucional.

4. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

As relações sociais estão em constante mudança, não sendo possível ao Direito acompanhá-la, dada a necessidade de uma atividade burocrática, para que o processo legislativo alcance essa nova mudança. Ou seja, em regra, ocorre a mudança social para, em seguida, ser acompanhada pelo Direito.

O dinamismo próprio das relações sociais, e da própria ordem jurídica, revela o caráter temporário que guardam os preceitos das normas jurídicas e da Constituição¹⁸, frente à impossibilidade de atribuir, a cada mudança na sociedade, novo processo legislativo de alteração das leis ordinárias e à Constituição Federal.

Contudo, essa dinâmica é o motivo e a própria razão para mudanças

¹⁷ “(...) Dito de outro modo, atribuir eficácia erga omnes e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5.º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará. Não estamos em sede de controle concentrado! Tal decisão aqui terá, na verdade, efeitos avocatórios. Afinal, não é à toa que se construiu ao longo do século que os efeitos da retirada pelo Senado Federal do quadro das leis aquela definitivamente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal são efeitos ex nunc e não ex tunc. Eis, portanto, um problema central: a lesão a direitos fundamentais”. (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2011, p. 05).

¹⁸ “O caráter dinâmico e prospectivo da ordem jurídica propicia o redimensionamento da realidade normativa, onde as Constituições, sem revisões ou emendas, assumem significados novos, expressando uma temporalidade própria, caracterizada por um renovar-se, um refazer-se de soluções, que, muitas vezes, não promanam de reformas constitucionais”. (BULOS, 1996, p. 25).

informais na Carta Magna, garantindo atribuições de novas interpretações normativas¹⁹, sem que a redação do texto constitucional seja alterada. Apesar dessas mudanças, é importante observar que a mutação constitucional não é método célere, porém, moroso e imperceptível. Necessita constante análise das realidades sociais e econômicas (FARIAS, 1997, p. 215) e a observação de que o texto ainda esteja condizente com o dinamismo da atual sociedade (BOULOS, 1996, p. 25).

O termo mutação constitucional foi usado pela primeira vez, em 1895, na obra de Paul Laband, denominada “Mutações da Constituição do Reich alemão”. No Brasil, apareceu, em 2005, na Reclamação nº 3.801/GO (COTA, 2015, p. 249-272).

Esse fenômeno pode ser explicado como sendo o processo informal de modificação dos preceitos constitucionais, sem que seja alterado seu conteúdo formal. Ou seja, trata-se da atribuição de novas interpretações ao texto constitucional. Nesse sentido, Bulos (1996, p. 27) asseverou que:

(...) denomina-se mutação constitucional, o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais.

A questão a ser levantada é a ausência de parâmetros limitativos para sua realização²⁰. Torna-se comum observar, nas decisões do Supremo Tribunal Federal – “Tribunal Constitucional Brasileiro” -, a criação de normas que vão além daquilo que está positivado. A limitação é necessária. Contudo, Hesse²¹, afirma que “tudo o

¹⁹ “A interpretação de disposição constitucional proporciona a atualização e a vivificação constante de seu sentido. (...)”. (FARIAS, 1997, p. 215).

²⁰ “Data maxima venia aos posicionamentos e entendimentos diversos ora esposados, partindo-se de uma interpretação concretista da Constituição, a mutação constitucional encontra-se limites, sendo esta limitada pela elasticidade que o texto permitir, bem como pelo respeito ao processo de mudança formal.”. (COTA, 2015, p. 249-272).

²¹ O autor finaliza: “porém, dentro do estrito âmbito aqui demarcado, assegura-se melhor a defesa da Constituição diante dos perigos de “mutações constitucionais” ilimitadas do que pela renúncia prévia, explícita ou implícita à elaboração de limites que possam ser respeitados na prática.”. (HESSE, 2013, p. 170).

que se situe mais além das possibilidades já não será mutação constitucional, e sim quebra constitucional, ou anulação.”

Por outro lado, Bulos (1996, p. 43) afirma que a única limitação da mutação constitucional é a própria consciência do intérprete, in verbis:

A única limitação que poderia existir - mas de natureza subjetiva, e, até mesmo psicológica, seria a consciência do intérprete de não extrapolar a forma plasmada na letra dos preceptivos supremos do Estado, através de interpretações deformadoras dos princípios fundamentais que embasam o Documento Maior.

Ao se adotar tal linha de pensamento, o caos seria instaurado no ordenamento jurídico, em especial, em tempos que fazem o Supremo Tribunal Federal extrapolar facilmente suas atividades típicas e passar a assumir o papel do Poder Legislativo criando, sem dúvida, normas que vão de encontro às determinações constitucionais expressas.

Não há como atribuir interpretação autorizativa, quando a norma possui natureza proibitiva: isso não é ir de encontro com o espírito da lei, é desvirtuar o texto constitucional em prol aos seus próprios interesses ou convicções²². E, mais uma vez, isso não foi diferente com a mutação constitucional, ocorrida no art. 52, X, da Constituição Federal, na qual o Senado Federal passou a ser Diário Oficial do Poder Judiciário, verdadeira violação da separação dos poderes e usurpação de seus poderes.

5. A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, DA CF/88: O PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DIFUSO

A atuação do Senado Federal no controle difuso é de suma importância,

²² Georges Abboud critica a forma como a Constituição é utilizada, inclusive chega a fazer a comparação da Magna Carta com a personagem da Ópera do Malandro, Geni. Nas palavras do autor: “[...] Infelizmente, o argumento constitucional no Brasil tem prevalecido apenas quando útil, na primeira discordância que temos com nosso texto constitucional não hesitamos em passar a defender a perspectiva contrária à Constituição, seja com base em argumento político, religioso, ideológico ou econômico.” (ABBOUD, 2013, p. 45).

além de específica, tendo em vista a necessidade de precedência de análise e provimento de Recurso Extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal. Isto possibilita, a norma seja declarada inconstitucional²³, que o Senado suspenda a execução desta lei, declarada inconstitucional, no todo ou em parte em todo o território. Ou seja, é a possibilidade de conferir ao recurso, os efeitos erga omnes (RODRIGUES, 2013, p. 164)²⁴, assegurando segurança jurídica e unidade do ordenamento jurídico.

Além disso, é fato que este papel não se restringe a tão somente conferir efeitos erga omnes às decisões, frutos do controle difuso, mas viabilizar e efetivar o princípio da separação dos poderes, por meio da fiscalização dos atos do Poder Judiciário²⁵ e apurar se houve, ou não, extrapolação de suas competências.

Conferir ao Senado Federal apenas o papel de indexador das decisões no Diário Oficial, é tolher seu real papel perante a sociedade, isto é, garantir manutenção do pacto federativo, a autoridade do sistema representativo, fiscalizar o desempenho das atividades jurisdicionais, pertinentes ao exercício das competências no controle difuso, por exemplo.

Macêdo (2013, p. 437-461) admoesta sobre a essencialidade do ato do Senado Federal, sobre o qual em nada prejudica o controle difuso exercido pelo

²³ “Acontece que essa interpretação já se inicia em falha. O Supremo Tribunal não decide pela inconstitucionalidade no controle difuso, ele reconhece-a, na fundamentação, para decidir algo. Decisão, propriamente, sobre inconstitucionalidade, não há. O precedente do STF em que se faz o controle concreto de constitucionalidade não expurga a lei do ordenamento. Como se disse, o precedente gera a obrigatoriedade de que a tese seja aplicada pelos julgadores hierarquicamente inferiores, não havendo decisão, portanto, não há “declaração” de inconstitucionalidade, ou res judicata sobre a matéria.”. (MACÊDO, 2013, p. 437-461).

²⁴ “A suspensão da execução pelo Senado Federal do ato declarado inconstitucional pela Excelsa Corte foi a forma definida pelo constituinte para emprestar eficácia erga omnes às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade nos recursos extraordinários. [...]”. (MENDES, 2009, p. 8-45).

²⁵ Vale ressaltar que pode surgir o questionamento acerca da não atuação do Senado Federal quando o STF realiza o controle abstrato das normas. Porém, nesta hipótese deve ser analisada a intensidade da participação daquele poder e o que determina a Constituição Federal. É incontestado que nesse modelo, a Constituição não traz norma expressa da participação do Senado, logo a lacuna intencional do Constituinte originário, não deve ser observado a partir de uma restrição, sob pena de utilizar, mais uma vez, uma norma inexistente em norma existente, o que é vedado, tanto pelo instituto da mutação, quanto pelos preceitos hermenêuticos.

Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a vinculação existente sobre suas decisões, o que seria desnecessário, portanto, a realização da mutação no art. 52, X, da CF, in totum:

O ato do Senado Federal é essencial para evitar a incidência e, conseqüentemente, o surgimento de novas relações jurídicas com base na norma reconhecida como inconstitucional, a ensejar mais demandas no Judiciário. É ato político, que em nada prejudica a autoridade dos precedentes do STF, muito pelo contrário, trata de assunto distinto – suspensão da execução da lei –, que não cabe ao Judiciário no controle difuso de constitucionalidade.

Não obstante, percebendo a essencialidade do ato, Streck, Oliveira e Lima (2011), partem do viés finalístico do controle de constitucionalidade difusa e asseveram que:

Portanto, parece óbvio que, se se entendesse que uma decisão em sede de controle difuso tem a mesma eficácia que uma proferida em controle concentrado, cairia por terra a própria diferença. É regra que o controle concentrado tenha efeitos *ex tunc* (a exceção está prevista na Lei 9.868/99). O controle difuso tem na sua ratio o efeito *ex tunc* entre as partes.

Então, qual é a função do Senado (artigo 52, X)? Parece evidente que esse dispositivo constitucional não pode ser inútil. Veja-se: em sede de recurso extraordinário, o efeito da decisão é *inter partes* e *ex tunc*.

Acertadamente, tanto Mâcedo (2013) como Streck, Oliveira e Lima (2011) defendem a impossibilidade da mutação constitucional no art. 52, X, da CF, tanto em razão de sua essencialidade ao sistema como, em especial, pela perda da razão de ser do próprio controle abstrato, já que o controle difuso em nada o diferenciaria²⁶, já que os efeitos alcançados seriam os mesmos submetendo, contudo, apenas pressupostos recursais anteriores, cuja legitimação fosse aberta, possibilitando que toda e qualquer pessoa acessasse o Tribunal Constitucional, para ver a aplicação da jurisdição de controle.

²⁶ De forma distinta, Carvalho defende afirmando que a diferenciação é inútil, do ponto de vista da coerência do ordenamento, sendo necessária, a retirada de pronto do ordenamento aquela lei ou dispositivo que fora julgado inconstitucional em controle de constitucionalidade incidental o abstrato. (CARVALHO, 2014, p. 151-159).

6. O VOTO DO MINISTRO EROS GRAU NA RECLAMAÇÃO Nº 4.335-5²⁷

A Reclamação nº 4.335-5/Acre decorreu do Habeas Corpus nº 82.959, no qual se discutiu a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Esse dispositivo veda a progressão de regime de cumprimento de pena em caso de crimes hediondos.

Ao analisar o caso, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em controle difuso, a inconstitucionalidade do referido dispositivo e conferiu efeito erga omnes e vinculante, sem observar o artigo 52, X, da Constituição Federal²⁸.

Mudou-se então a interpretação do referido dispositivo, devendo o intérprete lê-lo nos seguintes termos: “Compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo”²⁹. A partir de então, discute-se a eficácia expansiva das decisões do STF, o conceito de mutação constitucional e a aplicação do artigo 52, X, da Constituição Federal.

Com efeito, a principal controvérsia acerca da questão reside em saber se houve (ou não) mutação constitucional, com essa decisão, e se o Supremo Tribunal Federal teria ido (ou não) além do que a função de intérprete lhe permite.

Os argumentos favoráveis a essa interpretação são de que o texto do artigo 52, X, da Constituição Federal estaria ultrapassado, sem sentido na atual realidade, que impõe celeridade e eficiência ao Poder Judiciário, uma vez que cabe ao STF dar significado às normas infraconstitucionais e constitucionais, em exercício de interpretação autêntica, não havendo limites a esse órgão. No mesmo voto, o

²⁷ Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 18/06/2017.

²⁸ CF – Art. 52, X: “Compete privativamente ao Senado Federal: [...] suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”

²⁹ Reclamação 4.335-5 AC, voto do Ministro Eros Grau, p.10. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 18/06/2017.

Ministro Eros Grau aponta alguns possíveis argumentos contrários da doutrina, em especial, a confusão entre os modelos de constitucionalidade difuso e concentrado.

Observe-se que o Supremo Tribunal Federal ao mudar a interpretação daquela norma restritiva para permissiva ou vice-versa, faz parecer, que o texto constitucional é irrelevante para análise do intérprete, do cidadão e de qualquer leitor.

Ora, o texto constitucional previsto no artigo 52, X, da Constituição está contido na tradição brasileira de adoção do sistema misto de controle de constitucionalidade, do qual faz parte o controle difuso, sistema no qual se legitima a decisão de reconhecimento de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal e lhe confere efeitos erga omnes após resolução do Senado que garante a participação popular nas decisões legislativas.

Com efeito, fazendo contraponto aos argumentos do Ministro Eros Grau, Streck, Oliveira e Lima (2011) sustentam que, se o texto é “obsoleto”, cabe ao Poder Legislativo fazer a modificação. Ainda, a tradição adotada no Brasil, que segue o Supremo Tribunal Federal, para realizar mutação constitucional, é a do controle misto, do qual o difuso faz parte e no qual se exige a participação do Poder Legislativo para garantir efeitos erga omnes à decisão.

O principal fundamento para a decisão proferida, nessa reclamação, é a multiplicação de processos idênticos, no âmbito do sistema de controle difuso, que expressam a precariedade da paz construída no interior da sociedade civil. Com a decisão erga omnes e vinculante, sem a espera do Senado Federal, haveria celeridade e segurança jurídica, pressupostos do acesso à justiça.

Por outro lado, cabe ao próprio Supremo Tribunal Federal dizer o que é o direito constitucional ao proceder à interpretação autêntica (KELSEN, 2009, p. 387), pelo que a interpretação que ele faz da norma contida no artigo 52, X, da Constituição Federal é legítima.

Ora, o fundamento do voto do Ministro Eros Grau não seria mera retórica,

na qual se busca fundamento para escolher uma, entre várias interpretações possíveis, ou seria uma criação do direito por quem dá, efetivamente, a última palavra sobre matéria constitucional? Embora exista a tese da interpretação autêntica, garantida ao Supremo Tribunal Federal, no caso discutido houve evidente mudança no texto da Constituição e não somente no sentido da norma dada por aquela Corte.

De fato, de acordo com Streck, Oliveira e Lima (2011), para o Ministro, na mutação constitucional não apenas a norma é nova, mas o próprio texto normativo é substituído por outro. Acontece que, para tanto, o “novo texto” deve, ao menos, decorrer da interpretação e sentido de toda a Constituição (ABBOUD, 2013, p. 409).

Importa lembrar que a Constituição de 1988 comporta outros instrumentos, que garantem efeito erga omnes às decisões do Supremo Tribunal Federal e que devem ser manejados pelas pessoas constitucionalmente legitimadas. No atual sistema misto de controle de constitucionalidade, a eficácia da decisão proferida em controle difuso, cujo mecanismo utilizado é o Recurso Extraordinário, exige passar pelo Senado Federal, representante do Povo no processo legislativo, para que possa ter efeitos erga omnes.

A mutação constitucional, defendida no voto do Ministro Eros Grau, padece de razoabilidade jurídica, na medida em que deixa de fazer sentido no espaço semântico da Constituição Federal de 1988.

6.1. As ADI's nº 3.470 e nº 3.406: evolução jurisprudencial e mutação constitucional do Art. 52, X da Constitucional Federal

As Ações Diretas de Inconstitucionalidade acima citadas possuem, como objeto questionado, a Lei Estadual nº 3.579/2001, oriunda do Estado do Rio de Janeiro, o qual proibiu, em seu território, a extração do amianto, prevendo ainda, a

substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que possuam essa substância como elemento necessário.

De forma incidental, a Corte também apreciou a inconstitucionalidade o art. 2º, da Lei Federal nº 9.055/95, com efeito vinculante e “erga omnes”. Atente-se que esse dispositivo já havia sido objeto de controle de constitucionalidade em outro momento, oportunidade em que declararam inconstitucionalidade, incidentalmente, no julgamento da ADI nº 3.937/SP (rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, julgamento em 24/08/2017).

Por ocasião dos debates acerca dos dispositivos questionados, “o Colegiado entendeu ser necessário, a fim de evitar anomias e fragmentação da unidade, equalizar a decisão que se toma tanto em sede de controle abstrato quanto em sede de controle incidental.” (STF). Para tanto, o Min. Gilmar Mendes³⁰ observou a necessidade de releitura do disposto no art. 52, X, da CF, no sentido de a Corte comunicar ao Senado Federal a decisão de declaração de inconstitucionalidade para que ele faça a publicação, intensifique a publicidade³¹.

O Min. Celso de Mello considerou “se estar diante de verdadeira mutação constitucional que expande os poderes do STF em tema de jurisdição

³⁰ Já era esperado esse entendimento, pois nesse sentido já esposado na Reclamação n. 4.335-5 Acre, além do que o próprio Ministro observou que: “(...) o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta. (...)” (MENDES, 2009, p. 33).

³¹ “Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que se não cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 140,5 – publicação a cargo do Chanceler Federal, e Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art. 31, (2) publicação a cargo do Ministro da Justiça). A não-publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia.” (MENDES, 2009, p. 165-166).

constitucional.” (STF, 2017). Para o Ministro, ao Senado Federal competirá apenas a possibilidade, mediante publicação, divulgar a decisão do STF em controle de constitucionalidade incidental, já que o efeito vinculante decorre da decisão do Tribunal.

A Min. Cármen Lúcia, seguindo o entendimento dos demais ministros, asseverou que a “Corte está caminhando para uma inovação da jurisprudência no sentido de não ser mais declarado inconstitucional cada ato normativo, mas a própria matéria que nele se contém” (STF, 2017).

Já o Min. Edson Fachin entendeu que as decisões em sede de declaração de inconstitucionalidade, ainda que incidental, operam uma preclusão consumativa da matéria, evitando, portanto, que se caia em dimensão semicircular progressiva e sem fim. E continua “essa afirmação não incide em contradição no sentido de reconhecer a constitucionalidade da lei estadual que também é proibitiva, o que significa, por uma simetria, que todas as legislações que são permissivas — dada a preclusão consumativa da matéria, reconhecida a inconstitucionalidade do art. 2º da lei federal — são também inconstitucionais” (STF, 2017).

Ao discordar dos demais Ministros, o Min. Marco Aurélio afirmou que o previsto no inciso X, do art. 52 da CF, atende à independência e harmonia entre os poderes, logo, é constitutivo e não simplesmente declaratório, visto que diz respeito à suspensão da execução da lei no território nacional.

O resultado do julgamento das ADI’s nº 3.406/RJ e nº 3.470/RJ ficou da seguinte maneira:

Vencidos o ministro Marco Aurélio, que votou pela procedência do pedido, reportando-se ao voto por ele proferido na ADI 3.937/SP e, em parte, o ministro Alexandre de Moraes, que, por considerar que o art. 2º da Lei nº 9.055/1995, norma geral, é constitucional e não foi extirpado do ordenamento jurídico, julgou parcialmente procedente os pedidos para dar interpretação conforme ao art. 2º e ao art. 3º, ambos da Lei 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro, respectivamente, no sentido de que fica proibida, em todo o território do Estado do Rio de Janeiro, a extração de asbesto, excluída a variedade crisotila, e de que fica proibida a utilização de asbesto, excluída a variedade crisotila.

(1) Lei nº 9.055/1995: “Art. 2º O asbesto/amianto da variedade crisotila

(asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei”.

(2) CPC: “Art. 535 (...)§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso”.

(3) CF: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...)X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

A partir deste julgamento percebe-se alguns pontos importantes: (i) a Constituição Federal não é cumprida e sequer levada a sério; (ii) a comunidade jurídica, em grande parte, precisa de uma moralização constitucional; (iii) utilizar-se da mutação constitucional para ampliar seus próprios poderes, além de imoral, é violar o processo legislativo constitucional e o próprio instituto da mutação constitucional; (iv) a ausência de limitadores às decisões do Supremo, em especial, é algo a se temer.

Acertadamente, o Min. Marco Aurélio aludiu que o art. 52, X, da CF, é manifestação do pacto federativo: uma forma de fiscalização das atividades do próprio STF, por ocasião do desempenho de suas funções, a fim de garantir o cumprimento dos desejos colocados pelo Poder Constituinte Originário.

Pelo julgamento, o Supremo Tribunal basicamente afirmou que não necessita de nenhum outro Poder para complementar seus julgamentos, haja vista que possuem efeitos vinculantes. Cai por terra uma das importantes diferenças entre controle difuso e concentrado, passando a autorizar legitimação universal de todo e qualquer litigante para questionar normas perante o Supremo Tribunal, observando-se, no que se refere ao controle difuso, as instâncias ordinárias como necessárias para alcançar a inconstitucionalidade vinculante.

Em verdade, o quadro demonstra uma grande crise entre os Poderes, a disputa por Competências e Poderes, sem regras (STRECK, 2012), onde a

Constituição Federal está ao meio de fogo cruzado, ao que tudo indica está retornando à fase em que esta não passa de um pedaço de papel (LASSALLE, 2015), sem qualquer valor jurídico, indo por terra o Contrato Social. Só restando aos demais “atores secundários”, o sepultamento da magna Carta de 1988.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle de constitucionalidade vem sofrendo constantes atualizações no campo hermenêutico, verdadeira fabricação semanal de novos entendimentos, “precedentes”, jurisprudências, entre outros. O que dificulta, inclusive, de ser acompanhado pelos profissionais, em razão da intensa dinâmica em que ocorrem esses debates e julgamentos.

A mutação constitucional, como técnica interpretativa de mudança fática e entendimento das normas constitucionais, sem que haja alteração formal do texto constitucional é, sem dúvidas, instituto que merece ser estudado e regulamentado pelo ordenamento, mormente com relação aos seus limites, no intuito de coibir abusos e excessos, comumente observados nas atuais interpretações constitucionais.

Importante salientar que o presente artigo não afirma que em todos os julgamentos, envolvendo a mutação constitucional, haja abuso, porém, nas matérias de pouca regulamentação infraconstitucional, ou de pouco debate doutrinário, encontra-se grande margem para sua utilização pela jurisprudência, de forma a contrariar sua essência e a própria letra da lei.

Um desses casos ocorreu com a modificação de entendimento em relação ao art. 52, X, da CF, que passou a tratar o Senado Federal, órgão do Poder Legislativo, como Diário Especializado da Justiça para publicação das decisões do Supremo Tribunal Federal, fruto do poder difuso. Um absurdo.

Sabe-se que esse artigo é manifestação do princípio da separação de poderes, norma de contrapeso às atividades típicas do Poder Judiciário, em especial,

quando está diante do controle difuso, atividade tipicamente contramajoritária. Aliás, a razão de ser do Tribunal Constitucional é justamente essa atividade, desde que observe as margens mínimas da cautela, como o devido processo legal.

Além disso, a “mutação constitucional”, ocorrida no artigo mencionado, fere de morte as diferenças sensíveis ao próprio sistema dual de controle de constitucionalidade. Pelos efeitos de ambos os modelos, agora equiparados, não há mais diferenciação, apesar da existência quanto aos legitimados e ao próprio procedimento em que um ou outro ocorre.

Nesse aspecto, o controle difuso, aparentemente, força que antes não possuía, garantindo, quem sabe, acesso universal à Corte Constitucional que, embora necessite do sistema recursal, talvez tenha perdido a necessidade da existência dos legitimados do art. 103, da CF, ou, pelo menos, sua característica taxativa.

Por fim, o presente artigo registra que a mutação constitucional é um instituto de suma importância à evolução do direito constitucional e acompanhamento das mudanças sociais e econômicas em determinada sociedade. Mas, a observância aos dispositivos que sofrerão a mutação é imprescindível, sob pena de se incorrer em incongruências, como ocorreu com o art. 52, X, da CF. É inadmissível interpretar normas proibitivas como autorizativas e vice-versa. Isso não significa mutação constitucional, mas a desvirtuação do sistema e da Constituição.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. A gênese do controle difuso de constitucionalidade: Cidadania e democracia na conformação das atribuições do Judiciário no marco de um Estado de Direito. **Revista de Processo**, São Paulo, v.

229, p. 433, 2014.

_____. 25 anos da Constituição Federal: Parabéns à Geni. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 938, p. 45, 2013.

_____. Crítica à jurisprudência do STF em matéria de controle de constitucionalidade. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 215, p. 409, 2013.

_____. Controle difuso de constitucionalidade e declaração de não recepção de leis inconstitucionais em ações coletivas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 926, p. 571, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2017.

BULOS, Uadi Lamêgo. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 33, n. 129, p. 25-43, 1996.

CARVALHO, André Luiz Galindo de. Sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade: Uma distinção útil? **Revista dos Tribunais Nordeste**, São Paulo, v. 7, p. 151-159, set./out., 2014.

COTA, Marcello Vitor Rocha. Os limites das mutações constitucionais por interpretação judicial. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 92, p. 249-272, jul./set., 2015.

FARIAS, Paulo José Leite. Mutações constitucionais judiciais como mecanismo de adequação da Constituição Econômica à realidade econômica. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 34, n. 133, p. 213-231, jan./mar. 1997.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição: Mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. 2. ed. Osasco: EDIFIEO, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009

HERANI, Renato Gugliano. **A prova da inconstitucionalidade**. 1. ed. Curitiba: Prismas, 2015.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Saraiva, 2013.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** 1. ed. São Paulo: Pillares, 2015.

MACÊDO, Lucas Buril de. Duas notas sobre o art. 52, X, da Constituição Federal e sua pretensa mutação constitucional. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 215, p. 437-461, jan., 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Novos aspectos do controle de constitucionalidade brasileiro. **Revista de Direito Público**. V. 6, n. 27, p. 8-45, mai./jun., 2009.

_____. 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.

PROBST, Paulo Vitor da Silva. A objetivação do recurso extraordinário. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 197, p. 67-105, jul., 2011.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/193>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi; PINÓS, Ondina Maria Paulino. A participação do Senado no controle difuso de constitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 50, n. 195, p. 141-168, abr./jun., 2013.

STRECK, Lênio Luiz. **A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

_____; 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**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso-muta%C3%A7%C3%A3o-constitucional>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

_____. **Comentário à sentença que “declarou” a inconstitucionalidade da EC 41/2003 por vício de decoro parlamentar: Até onde vai o ativismo judicial?** Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, São Paulo, v. 7, p. 1.347-1.365, ago. 2015.

SILVA NETO, Francisco da Cunha. O controle difuso: Uma forma de humanização do controle de constitucionalidade das leis. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 59, p. 131-145, 2007.



SOUZA, Léa Émile Maciel Jorge de. A objetivação dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal no controle concreto de constitucionalidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 81, p. 13-35, out. – dez., 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

*Submetido em: 04/02/2018
Primeiro parecer:02/04/2018
Segundo parecer:07/05/2018*