

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO

Luís Felipe Gomes Sandri

**ARTIGO 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UM
CASO BRASILEIRO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL?**

Santa Maria, RS
2022

Luís Felipe Gomes Sandri

**ARTIGO 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UM CASO
BRASILEIRO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL?**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS),
como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Valéria Ribas do Nascimento

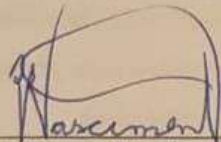
Santa Maria, RS, Brasil
2022

Luis Felipe Gomes Sandri


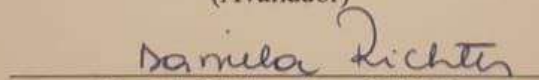
**ARTIGO 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UM CASO
BRASILEIRO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL?**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS),
como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Aprovado em 15 de dezembro de 2022.



Valéria Ribas do Nascimento, Dra. (UFSM)
(Presidente/Orientadora)


Matheus Silva De Gregori, Me. (FADISMA)
(Avaliador)
Daniela Richter, Dra. (UFSM)
(Avaliadora)

Santa Maria, RS
2023

Ao meu pai, Joarez, cuja excelência, seriedade e dedicação no meio jurídico me fascinam e inspiram desde criança.

À minha mãe, Rosimar, a pessoa que, em sua grande compaixão, foi suporte em todos os momentos da minha vida.

Em vocês tenho minhas bases. Espero deixá-los orgulhosos.

À minha namorada, Ana Laura, que sempre me incentivou nessa jornada.

Aos colegas e amigos, os grandes presentes que a faculdade me deu. Em especial Júlia, Gabriel, Conrado, Felipe, Lauany, Arthur, Guilherme, Caroline e Artur.

RESUMO

ARTIGO 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UM CASO BRASILEIRO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL?

AUTOR: Luís Felipe Gomes Sandri

ORIENTADORA: Prof.^a Dra. Valéria Ribas do Nascimento

No Brasil, o controle de constitucionalidade surge como mecanismo capaz de resguardar a compatibilidade da legislação ordinária com o texto constitucional. Nesse sentido, no que diz respeito ao controle difuso de constitucionalidade, para que as decisões proferidas possuam efeitos vinculantes e *erga omnes*, a Constituição Federal de 1988 traz requisitos estabelecidos em seu artigo 52, inciso x. Nos termos do referido dispositivo, é necessário que a decisão em controle difuso tenha sido lançada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido da inconstitucionalidade da lei, bem como a declaração da suspensão da execução por parte do Senado Federal, por meio de resolução. Contudo, a partir do julgamento da Reclamação Constitucional nº 4.335/AC7 pelo Supremo Tribunal Federal, passou-se a discutir a tese da “abstrativização do controle difuso de constitucionalidade”, que diz respeito à “mutação constitucional” desse dispositivo. Segundo essa tese, as decisões proferidas em sede de controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal passariam a possuir eficácia *erga omnes* independentemente da declaração, por resolução, do Senado Federal, em razão justamente da mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal. Dessa forma, o papel do Senado Federal passa a ser tão somente de dar publicidade às decisões. Contudo, surgem diversas críticas à teoria levantada em razão de sua origem histórica e forma como foi desenvolvida de maneira a alterar o sentido de uma norma constitucional. Nesse passo, buscou-se, com o presente trabalho, analisar em que nível essa teoria da mutação constitucional do mencionado dispositivo seria compatível com a Constituição Federal. A fim de alcançar os objetivos, o método de pesquisa utilizado foi o dialético, por meio da confrontação de argumentos favoráveis e contrários à tese e o método de procedimento monográfico. Concluiu-se, a partir da pesquisa desenvolvida, que a utilização da teoria em questão não é uma decisão acertada por não guardar compatibilidade com a Carta Constitucional Brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal. Controle de constitucionalidade. Mutação Constitucional. Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Senado Federal.

ABSTRACT

In Brazil, constitutionality control emerges as a mechanism capable of safeguarding the compatibility of ordinary legislation with the constitutional text. With regard to diffuse constitutionality control, for the decisions rendered to have binding and *erga omnes* effects, the Constitution of 1988 brings requirements established in its article 52, item X. According to this provision, it is necessary that the decision in diffuse control be issued by the Federal Supreme Court determining the unconstitutionality of the law, as well as the declaration of the suspension of execution by the Federal Senate, through a resolution. Yet, since the judgment of Constitutional Complaint No. 4.335/AC7 by the Supreme Court, the thesis of the "abstractivization of the diffuse control of constitutionality" - which refers to the "constitutional mutation" of this provision - has been discussed. According to this thesis, the decisions issued in diffuse control by the Federal Supreme Court would now have *erga omnes* effectiveness, regardless of the declaration, by resolution, by the Federal Senate, due to the constitutional mutation of article 52, X, of the Constitution. Thus, the role of the Federal Senate becomes merely that of publicizing the decisions. However, there is intense criticism of the theory raised due to its historical origin and the way it has been developed in order to change the meaning of a constitutional rule. In this regard, this paper aims to analyze to what extent the theory of constitutional mutation of the aforementioned provision would be compatible with the Federal Constitution. As to achieve the objectives, the research method used was dialectical, through the confrontation of arguments in favor and against the thesis and the monographic procedure method. It is concluded, based on the research developed, that the theory at stake is not a wise decision on the grounds that it is not compatible with the Brazilian Constitutional Charter.

KEY WORDS: Federal Constitution. Constitutionality control. Constitutional mutation. Abstractivization of diffuse control of constitutionality. Federal Senate.

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1 – Mutação Constitucional para Dau-Lin.....	26
---	----

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	10
2.	O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E AS ORIGENS DE UMA TEORIA DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	14
2.1	AS FACES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO	14
2.2	MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA QUESTÃO DE HERMENÊUTICA	22
2.2.1	O marco inicial: o Direito Público do Império Alemão como berço da mutação constitucional.....	23
2.2.2	O conceito de Hsü-Dau-Lin: a evolução da mutação constitucional por um jurista chinês.....	25
3.	MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA: O SURGIMENTO DA TESE NO BRASIL	28
3.1	HERMENÊUTICA À BRASILEIRA: O FENÔMENO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL	28
3.2	A ORIGEM DA TESE DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, INCISO X, DA CFRB/88: O JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL Nº 4.335-5/AC	30
4.	MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 52, INCISO X, DA CFRB/88: UMA ALTERNATIVA (IN)COMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988?	43
4.1	A TESE COMO UMA SOLUÇÃO CONSTITUCIONAL	43
4.1.1	A cultura dos precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores como tendência no ordenamento jurídico pátrio e a necessidade de adequações	43
4.1.2	Da Limitação da aplicação do artigo 52, inciso X, da CFRB/88	46
4.1.3	O artigo 97 da CFRB/88 e a eficácia vinculantes das decisões do STF aos demais tribunais	48
4.1.4	As decisões do STF em controle difuso de constitucionalidade e a possibilidade de aplicação do artigo 52, inciso X, da CFRB/88	49
4.2	LIMITES DA APLICAÇÃO DA TESE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 52, INCISO X, DA CFRB/88.....	50
4.2.1	A mutação constitucional como um pretexto para <i>decisionismos</i> do Supremo Tribunal Federal. A inaplicabilidade do conceito ao cenário atual	50

4.2.2	Da inexistência de tempo hábil para falar-se em mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da CFRB/88 – incompatibilidade entre a Constituição Federal de 1988 e as alterações informais.....	52
4.2.3	Da efetiva utilização da prerrogativa pelo Senado Federal.....	55
4.3	MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO UMA ALTERNATIVA INCOMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	56
5.	CONCLUSÃO	60
	REFERÊNCIAS	60

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, a adoção da teoria Kelseniana como suporte dá à Constituição Federal de 1988 (CFRB/88) notório caráter de supralegalidade (VALÉRIO; BENFATTI, 2020). Nesse contexto, a parametrização entre a Constituição e a e as normas infraconstitucionais é imprescindível para a manutenção de um Estado Democrático de Direito, haja vista que a Carta Maior possui natureza essencialmente axiológica e irradia seus efeitos a todos atos normativos inferiores. Para que esse modelo seja possível, surge a Jurisdição Constitucional, por meio da qual se resguarda a efetiva aplicação do texto constitucional e de suas previsões principiológicas (ZAVASCKI, 2017).

Diante disso, o controle de constitucionalidade emerge como ferramenta da Jurisdição Constitucional que visa a manter a harmonia entre a Constituição e o as normas inferiores, podendo ser exercido pelos três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário. Nesse cenário, o Poder Judiciário é a esfera que realiza de forma mais recorrente o controle de constitucionalidade, sendo responsável pela atuação em controle abstrato – por meio da análise objetiva das normas – e em controle difuso – na qual analisa a constitucionalidade das normas em um caso concreto (LENZA, 2021).

No que diz respeito ao segundo caso, as decisões proferidas em sede de controle difuso terão, em regra, efeitos vinculantes tão somente entre as partes envolvidas no processo, não ocorrendo a irradiação dos efeitos a terceiros em uma eventual declaração de inconstitucionalidade da norma (MENDES, 2021). No entanto, a CFRB/88 prevê uma hipótese na qual essas decisões poderão ter efeitos vinculantes *erga omnes* – ou seja, ser eficaz contra terceiros. Isso ocorre quando, nos termos do disposto no artigo 52, inciso X, da CFRB/88, a decisão em controle difuso tenha sido proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no sentido da inconstitucionalidade da lei com posterior declaração da suspensão da execução por parte do Senado Federal, por meio de resolução.

A previsão positivada na Constituição Federal dá origem a uma importante prerrogativa àquela Alta Casa do Congresso Nacional que passa a ter um papel de notória relevância no controle de constitucionalidade brasileiro, visto que a eficácia *erga omnes* das decisões do STF dependerá do crivo político do Senado Federal (BROSSARD, 1976). Diante disso, percebe-se que o constituinte originário buscou prestigiar a harmonia entre os poderes e a atuação conjunta deles em relação a uma das ferramentas mais importantes para a manutenção do Estado Democrático de Direito (BRASIL, 1987).

No entanto, surge em 2008, com publicação acadêmica de Gilmar Mendes, arrojada tese referente a esse dispositivo. Segundo o autor, em razão de alterações no contexto jurídico da época, poder-se-ia falar em “autêntica mutação constitucional” do artigo 52, inciso X, da CFRB/88 (MENDES, 2008). Com isso, Mendes, inspirado em uma antiga tese do constitucionalismo do Império Alemão, desenvolve um novo conceito ao qual refere-se no presente trabalho como “mutação constitucional à brasileira”. Isso ocorre porque, em que pese ocorra a inspiração na teoria da “mutação constitucional” de clássicos autores positivistas alemães, o conceito de Mendes se distancia bastante dela, sendo totalmente inovador.

Esse conceito de mutação constitucional desenvolvido por Mendes, em suma, é a mudança de interpretação de uma norma da Constituição, que faz com que um mesmo texto permaneça intacto enquanto o seu sentido, o conteúdo normativo, passa por uma alteração (PEDRON, 2019). De maneira geral, pode-se dizer que se trata de uma maneira de alteração informal da Constituição, pois a alteração no sentido da norma é realizada pelo próprio STF, sem qualquer atuação do constituinte originário (FONTELES, 2020).

Aplicando tal teoria ao mencionado dispositivo, o autor sustenta que teria ocorrido uma mudança no sentido da norma, por meio da nova interpretação, de modo que as decisões proferidas em sede de controle difuso pelo STF passariam a ter, de imediato com a sua publicação, efeitos *erga omnes*, sendo incumbência do Senado Federal tão somente dar publicidade a essas decisões (MENDES, 2008). Nesse sentido, sem que tenha havido qualquer alteração de seu texto, a norma passaria a ter um novo significado.

Anos depois, com o julgamento da Reclamação Constitucional 4.335/AC, a teoria da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da CFRB/88, foi desenvolvida junto ao STF por Gilmar Mendes e Eros Grau, contudo, não foi aceita pelos outros ministros (BRASIL, 2014). No entanto, com o decorrer dos anos a tese foi ganhando força junto à Corte, até que, com o julgamento da ADI 3.406, que ocorreu em fevereiro de 2019, a Corte formou a maioria no sentido da aceitação da tese.

Tal fato demonstra que a evolução do entendimento do STF nos últimos anos caminhou para a aceitação da teoria pela maioria dos ministros, bem como a existência de uma discussão contemporânea acerca do tema. Nesse interim, percebe-se que o estudo da temática vem ganhando mais notoriedade e relevância na atualidade, o que torna latente a necessidade de uma discussão mais aprofundada acerca da temática.

Ocorre que, a tese levanta diversas discussões referentes à sua compatibilidade com a Constituição Federal de 1988. Muitos afirmam que o fenômeno da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da CFRB/88 ocasiona o esvaziamento da competência do Senado Federal

e fragmenta a separação dos três poderes abalando a harmonia entre eles, tornando-a incompatível com o texto constitucional (PEDRON, 2019). Ademais, questiona-se também a origem da teoria, que remete a um contexto histórico totalmente distinto do atual e sua natureza de “alteração informal da constituição” que se distancia do cotidianamente visto na prática constitucional brasileira.

Diante dessa problemática, a presente pesquisa busca responder o seguinte questionamento: Seria a teoria da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, compatível com a Constituição Federal de 1988? Para responder a tal questão, objetiva-se analisar inicialmente, o surgimento do conceito de mutação constitucional em suas origens no Direito Público do Império Alemão e, após, o conceito de “mutação constitucional à brasileira” trazido por Mendes; em sequência, realizar o estudo específico da aplicação da tese ao dispositivo mencionado pelo STF; por fim, com base nas exposições iniciais, trazer argumentos contrários e favoráveis à tese para que se possa tecer uma resposta precisa ao questionamento realizado.

Para isso, utiliza-se o método de abordagem dialético, por meio da confrontação e comparação de argumentos favoráveis e contrários à tese da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da CF/88. Como método de procedimento, adota-se o monográfico e, no que diz respeito às técnicas de pesquisa, serão utilizadas a documentação indireta por meio de pesquisa bibliográfica de teóricos que estudam o tema e documental em textos normativos e julgados correlatos.

Nesse contexto, a pesquisa é dividida em três partes. A primeira parte, presente no segundo capítulo, será responsável pela contextualização acerca da atual dinâmica do controle de constitucionalidade brasileiro, bem como pela apresentação da teoria clássica da “mutação constitucional” que surge com teóricos da época do Império Alemão. Dessa maneira, é possível compreender as origens da tese e o contexto histórico de seu surgimento, de forma a ser viável realizar uma análise mais acertada do cenário atual.

O terceiro capítulo buscará apresentar o conceito atual de mutação constitucional para a dogmática brasileira, suas nuances e diferenças em relação ao conceito clássico. Em sequência, será realizada a análise específica do surgimento da tese da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da CFRB/88, junto ao STF por meio do julgamento da Reclamação Constitucional 4.335. Após, verifica-se o atual entendimento da Corte no que diz respeito a tese, de forma a compreender a sua aceitação pela maioria dos ministros.

Por fim, o quarto capítulo será responsável pela efetivação do método dialético através da exposição de argumentos favoráveis e contrários à tese da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da CFRB/88, o que torna-se possível em razão das bases teóricas já

consolidadas junto aos capítulos anteriores. Ao final do capítulo, é trazida a síntese do presente trabalho a partir da confrontação de todas as premissas apresentadas até então, exteriorizando o resultado dessa pesquisa.

2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E O SURGIMENTO DA TEORIA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

2.1 AS FACES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

Ao final da Segunda Guerra Mundial, com a busca pela resguarda dos Direitos Fundamentais, ocorreu a consolidação do conceito de Estado Democrático de Direito. Este marco histórico foi capaz de criar uma nova percepção acerca do papel da Constituição, fazendo surgir a denominada “constitucionalização do direito” (BARROSO, 2016, p. 12). Diante de sua íntima relação com o pós-guerra, normalmente se atribui o surgimento do fenômeno ao Constitucionalismo Alemão. Nesse contexto, destaca-se que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha deu aos direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, uma outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores. (LOBO, 1999, p. 23).

A partir daí, a Constituição passou a ter um papel central no ordenamento jurídico, que advém da força expansiva de suas normas, cuja essência axiológica se irradia por todo o sistema normativo. Dessa forma, os princípios, regras e valores presentes na Constituição condicionam a validade e o sentido de todas as normas infraconstitucionais. Surge, então, o Princípio da Supremacia da Constituição, muito bem explicado por Dirley da Cunha Júnior (2016, p. 35):

Em decorrência dessa irrecusável posição de norma jurídica suprema, exige a Constituição que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e regras que ela adota. Essa indeclinável e necessária compatibilidade vertical entre leis e atos normativos com a Constituição satisfaz, por sua vez, o princípio da constitucionalidade: todos os atos normativos dos poderes públicos só são válidos e, conseqüentemente, constitucionais, na medida em que se compatibilizem, formal e materialmente, com o texto supremo.

Nesse cenário, o advento de uma Constituição com papel ativo no ordenamento jurídico faz surgir a necessidade de criação de mecanismos que resguardem suas diretrizes, sob pena incorrer em um estado de inconstitucionalidade. Afinal, de nada valeria uma constituição com normas impositivas se não existissem mecanismos capazes de garantir sua aplicação.

Assim, para garantir tal eficácia, nasce a Jurisdição Constitucional, a qual, conforme Teori Zavascki, pode ser conceituada como todo o conjunto de atribuições jurisdicionais que buscam proteger as disposições da Carta Magna (2017, p. 87). Nesse sentido, a Jurisdição Constitucional visa a compatibilidade vertical no ordenamento jurídico pátrio, de forma que as

normas infraconstitucionais e a atuação dos três poderes somente serão válidas se forem compatíveis com a Constituição.

A partir disso, o Controle de Constitucionalidade emerge como o principal mecanismo da Jurisdição Constitucional, sendo a ferramenta que tutela a compatibilidade da legislação com as normas constitucionais. Percebe-se que, diante da posição central da Constituição, uma norma apenas será válida caso esteja em concordância com suas disposições. Portanto, controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação de uma lei ou ato normativo com a Constituição, identificando seus requisitos formais e materiais (VALÉRIO; BENFATTI; 2020, p. 24).

No intuito de entender o fenômeno do Controle de Constitucionalidade, além de ser necessário compreender a Constituição como norma central que limita a criação legislativa, também é imprescindível ter em mente sua natureza rígida. Com efeito, a existência de uma constituição rígida – que demanda um processo legislativo mais árduo para alterações do que as normas infraconstitucionais – é condição de possibilidade para a ocorrência do controle. Conseqüentemente, a edição de lei contrária à Constituição não tem o condão de alterar a lei superior, mas, ao revés, torna-se inválida a norma inferior, o que se dá formalmente pelo controle de constitucionalidade.

Realizados os devidos comentários introdutórios, passa-se a análise de sua efetivação. Conforme leciona Lenza (2021, p. 259), o Controle de Constitucionalidade pode acontecer em diferentes momentos, sendo possível sua realização de forma prévia, por meio da análise de projetos de lei, ou com atuação repressiva, após sua efetiva edição.

Realiza-se o controle prévio durante o processo legislativo de formação da norma. Este se dá por meio comissões de constituição e justiça, que realizam a análise de compatibilidade do projeto com o texto constitucional. O poder Executivo também realiza o controle prévio, tendo em vista que possui a prerrogativa de vetar projeto de lei que interpretar inconstitucional, conforme o artigo 66, § 1º, da Constituição Federal de 1988. Por sua vez, o poder Judiciário também possui um papel no controle preventivo de constitucionalidade. Cabe a ele garantir, ao parlamentar, o respeito ao devido processo legislativo, vedando sua participação em “procedimento desconforme com as regras da constituição” (LENZA, 2021, p. 261).

O controle repressivo, por sua vez, faz-se essencialmente pelo poder Judiciário, por meio do sistema jurisdicional misto, pois pode ocorrer de forma concentrada – por um único órgão – e também de forma difusa, que pode ser realizada por qualquer juiz ou tribunal (MENDES, 2021, p. 604). É dessa forma que ocorre a principal atuação do poder judiciário no que diz respeito ao Controle de Constitucionalidade, também sendo originária dela o tema

objeto de discussão do presente trabalho. Em razão disso, a seguir, serão analisados, com mais profundidade, as suas principais características.

O controle concentrado de constitucionalidade tem sua origem com o jurista Hans Kelsen, que desenvolveu o sistema de jurisdição abstrato junto à Constituição Austríaca de 1920. Nasceu, então, a Corte Constitucional Austríaca, para o exercício da Jurisdição Constitucional por meio do controle concentrado (VAINER, 2010, p. 08). Sucede que esse sistema *kelseniano* foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, e gradualmente aprimorado até o modelo que se tem hoje, desenhado pela Constituição da República de 1988.

O escopo principal da apreciação realizada pelo poder Judiciário é a análise da compatibilidade da norma com a constituição, com o objetivo de resguardar suas diretrizes, inexistindo análise em casos concretos. Diante disso, portanto, surge a objetividade do processo. Nesse viés, lecionam Sarlet, Marinoni e Mitidiero, escrevendo que “o controle abstrato ocorre em processo voltado unicamente à análise da constitucionalidade da norma, fazendo surgir, neste sentido, um processo autônomo para o controle de constitucionalidade” (2021, p. 464).

Em razão da abstração, a competência para julgamento dos casos de controle concentrado é restrita. Em nível federal, o controle concreto é exercido exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do ajuizamento das ações constitucionais. Especificamente, seguintes são as ações positivadas pelo constituinte: Ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, a, CF/88); Ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADIN por omissão (art. 103, §2º, CF/88); Ação direta de inconstitucionalidade interventiva – ADIN interventiva (art. 34, VII, CF/88); Ação declaratória de constitucionalidade - ADC (art. 102, I, a, CF/88) e (e) a arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF (art. 102, §1º, CF/88).

Para além da competência exclusiva, há limitação no que diz respeito aos legitimados para sua interposição. Diferentemente do que ocorre no controle difuso, onde qualquer parte pode realizar a arguição, o controle concentrado depende da atuação de sujeitos específicos. Estes legitimados, que variam dependendo de cada ação a ser ajuizada, foram trazidos pela Constituição Federal de 1988. Em razão de não ser o objetivo do presente trabalho exaurir os aspectos processuais destas ações, o tema não será abordado.

Conforme referido, o objetivo do controle concentrado é realizar a análise de determinado ato normativo, em abstrato, verificando sua compatibilidade com a carta constitucional. Dessa forma, os efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado, possuem eficácia vinculante e *erga omnes* – ou seja, irradiam os efeitos para todos os possíveis destinatários da norma (SILVA, 2009, p. 589). Nesse viés,

notório que é justamente em razão de o controle ser realizado de forma concreta – analisando o ato normativo em si – que a decisão deve produzir tais efeitos. Afinal, a intenção é afastar, de forma geral, a aplicação de normas flagrantemente inconstitucionais.

Há clássica discussão, que perdura até a atualidade, acerca da distinção entre os conceitos de eficácia vinculante e eficácia *erga omnes*. Zavascki aduz que a primeira traz ao julgado uma força obrigatória, qualificada em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais, sendo assegurada sua observação, inclusive, por mecanismos processuais próprios, tais como a reclamação constitucional (2017, p. 65). A eficácia *erga omnes*, por outro lado, nas palavras de Moreira Alves, diz respeito especificamente a todos os que estão vinculados pela decisão (BRASIL, 1990, p. 87).

Quanto à eficácia *erga omnes*, necessário destacar que a doutrina qualifica que apenas o poder Judiciário e Executivo estão totalmente vinculados às decisões. O poder Legislativo, por sua vez, apenas está vinculado no que diz respeito a sua função atípica, não sendo atingido, pelos entendimentos do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado, no exercício de sua função típica de legislar (LENZA, 2021, p. 345). Ocorre que, caso fosse realizada tal vinculação, isso significaria a impossibilidade de futura atualização da constituição, dando origem ao fenômeno da “fenômeno da fossilização da Constituição”.

Em 1803, no julgamento de *Marbury v. Madison*¹, a Suprema Corte norte-americana decidiu que, nos casos de conflito entre a aplicação de determinada lei ao caso concreto e a Constituição, deve prevalecer a Constituição, em razão da vinculação de todos os tribunais a ela (LENZA, 2021, p. 276). Com este julgamento, teve origem controle difuso de constitucionalidade, por meio do qual passou-se a analisar, a partir de um caso concreto – ou seja, de forma incidental – a constitucionalidade de determinada lei.

Relevante destacar que, no sistema difuso, em razão do controle ocorrer incidentalmente, a apreciação pode ser realizada por todo juiz ou tribunal. Dessa forma, junto a um processo judicial já instaurado, qualquer das partes pode iniciar discussão referente a inconstitucionalidade de uma lei. Nesse caso, a análise ocorre como um fator secundário, mas necessário para a solução da questão principal. Isto porque a lei seria, *a priori*, aplicável ao caso em tela, contudo teve sua constitucionalidade desafiada por uma das partes, que pretende ver

¹ A Suprema Corte dos EUA decidiu, pela primeira vez, acerca de um conflito entre a lei e a Constituição de 1787. Ao apreciar o caso, o juiz John Marshall sustentou que “a ‘fraseologia’ particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e corrobora o princípio essencial a todas as constituições escritas, segundo o qual é **nula** qualquer lei incompatível com a Constituição; e que os tribunais, bem como os demais departamentos, são vinculados por esse instrumento”. (MARSHALL, p. 88, apud LENZA, 2021, p. 276).

sua aplicação afastada. Trata-se, portanto, de verdadeira *questão prejudicial* (DIDIER, DA CUNHA, 2021, p. 678), imprescindível de ser analisada.

O julgamento ocorre de forma incidental, sendo realizado por todo e qualquer juiz ou tribunal. Todavia, quando realizado por tribunal, é necessário que seja observada a regra do *full bench*, classificada pela doutrina pátria como cláusula de reserva do plenário. Essa foi positivada pelo artigo 97 da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que *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*.

Diante disso, para a apreciação da arguição de inconstitucionalidade junto aos tribunais, é instaurado incidente de inconstitucionalidade à parte, a ser julgado pelo pleno ou pelo órgão especial, que, após sua decisão, comunica o órgão fracionário competente. Enquanto não sobrevier o julgamento do incidente, o processo principal fica suspenso (FERNANDES, 2021, p. 2009). Lenza explica com clareza a tramitação junto aos tribunais (2021, p. 280):

Após o julgamento da questão incidental de inconstitucionalidade pelo pleno ou órgão especial do tribunal, o órgão fracionário, vinculado à decisão, seja em que sentido for, julgará a questão principal de mérito. Observam-se, portanto, a lavratura de 3 acórdãos: a) arguida a questão incidental de inconstitucionalidade, a primeira decisão será tomada pelo órgão fracionário no sentido de acolher ou não o incidente. Acolhido, cinde-se o julgamento e se remetem os autos para o órgão especial ou plenário analisar o incidente de inconstitucionalidade; b) submetida a questão ao órgão especial ou plenário, haverá, com o julgamento, um segundo acórdão, declarando a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo; c) finalmente, julgada a questão incidental, o órgão fracionário, vinculado à decisão, julgará a questão principal e será lavrado o terceiro acórdão.

Nesse contexto, surge a discussão acerca de qual destas três decisões seria impugnável via eventual recurso extraordinário ou especial, visto que todas dizem respeito à mesma discussão. A Súmula 513 do Supremo Tribunal Federal esclarece o tema, impondo que a decisão a ser desafiada é a última, proferida pelo órgão fracionário, que completa o julgamento do feito com base na decisão obtida a partir do incidente de inconstitucionalidade:

Súmula nº 513 do STF: A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmaras, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito.

Diante de sua relevância para a garantia segurança jurídica e estabilidade em relação aos precedentes judiciais, a cláusula de reserva do plenário mostra-se como “verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração de inconstitucionalidade”

(BITTENCOURT, 2021, p. 276). Nesse sentido, foi editada a Súmula Vinculante nº 10, para o fim de evitar a sua não observação:

Súmula Vinculante nº 10: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

Por fim, tendo em vista que a apreciação no controle difuso se dá de forma incidental a um caso a ser apreciado, os efeitos das decisões são, em regra, *inter partes*, ou seja, a decisão fica limitada às partes do processo. Contudo, há previsão constitucional no sentido da possibilidade de os efeitos dessas decisões se tornarem vinculantes *erga omnes*. Quanto a essa possibilidade, que depende de alguns requisitos específicos, será realizada análise mais detalhada.

Conforme referido, em regra, os efeitos de decisões em controle difuso, em razão da natureza de incidente da decisão, ocorrem de maneira *inter partes*. No entanto, a Constituição Federal de 1988 traz a possibilidade de a decisão produzir efeitos vinculantes e *erga omnes*, analogamente ao que acontece no controle concentrado. A produção de tais efeitos, contudo, depende da ocorrência de alguns requisitos. O primeiro deles diz respeito à origem da decisão. É necessário que essa seja proferida pelo Supremo Tribunal Federal, ao decidir, de forma incidental, em uma das ações que são de sua competência ou em sede recursal.

Outrossim, a norma trazida constitucionalmente também demanda atuação do Senado Federal, que será responsável por editar uma resolução capaz de suspender, no todo ou em parte, a execução da lei. O procedimento está previsto no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988:

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.

Imprescindível destacar que, esta competência atribuída ao Senado Federal não constitui um dever, mas sim uma prerrogativa da Casa Legislativa. Nos termos do entendimento do Supremo Tribunal Federal, não há obrigação do Senado Federal em suspender a execução de lei declarada inconstitucional (BROSSARD, 1976, p. 22). Notório que entendimento no sentido diverso, compelindo o Senado Federal a atuar dessa forma, configuraria clara afronta ao princípio da Separação dos Poderes.

Em interessante estudo sobre o tema, Paulo Brossard vai além, classificando a atuação do ente senatorial como uma deliberação essencialmente política (1976, p. 24):

Tudo está a indicar que o Senado é o juiz exclusivo do momento em que convém exercer a competência, a ele e só a ele atribuída, de suspender lei ou decreto declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. No exercício dessa competência cabe-lhe proceder com equilíbrio e isenção, sobretudo com prudência, como convém à tarefa delicada e relevante, assim para os indivíduos, como para a ordem jurídica.

Buscando uma ampla compreensão da atuação do Senado Federal e na intenção de entender suas origens históricas, relevante que se observe como o poder constituinte originário tratou o tema junto à Assembleia Nacional, por meio da leitura das atas de comissões dos constituintes. Essa análise é de grande valia, especialmente por possibilitar a compreensão das intenções primárias do constituinte originário no que diz respeito a este dispositivo e viabilizar uma análise posterior mais apurada acerca do fenômeno da mutação.

O constituinte Michel Temer, ao discutir o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade, expôs ao ministro convidado do Supremo Tribunal Federal, Paulo Brossard, sua preocupação com a harmonia entre os três poderes, conforme podemos perceber (BRASIL, 1987, p. 155):

Nesse sentido, Sr. Ministro, pergunto: Cria-se ou não a Corte constitucional? Confere-se ao Supremo Tribunal Federal, [...] não sabemos o que a constituinte vai decidir. Não é o caso de se manter essa competência do Poder Legislativo, por meio do Senado Federal? Até, porque, quando se confere ao Legislativo essa competência, parece-me que é fruto de uma homenagem que o constituinte faz à teoria da tripartição dos três poderes. Veja, V. Ex.^a que a representação nasce do Executivo, é julgada pelo judiciário, mas a suspensão da execução se dá pelo Legislativo. A missão é tão grande, nesse sentido, Sr. Ministro, penso eu, tão grandiosa, que os três Poderes se entrelaçam para cumprir a finalidade de suspender a execução da lei.

Percebe-se a intenção do constituinte originário em prestigiar o Senado Federal como instituição, tornando-o mecanismo relevante no processo de suspensão de uma norma. Concordando com as exposições trazidas por Temer, Brossard vai além, tecendo novos argumentos acerca da relevância do instituto (BRASIL, 1987, p. 156):

Quando o Supremo Tribunal Federal julga uma questão, reputa inconstitucional uma lei num determinado caso, às vezes ele o decide por maioria de um voto – isso é comum. Cabe politicamente indagar se convém suspender a execução de uma lei que o Supremo Tribunal Federal dividiu ao meio e por diferença de um voto apenas inclinou-se pela inconstitucionalidade, pois amanhã, pode mudar a composição do Tribunal, um Ministro pode se aposentar, outro de orientação diferente assumir e decidir o contrário, também por um voto. [...] Obviamente não seria conveniente que se suspendesse a execução da lei com base num julgado, até porque um julgado pode

ser objeto de crítica pertinaz séria, científica e, amanhã, o próprio tribunal dirá: Não, a decisão não estava correta, não é inconstitucional. Parece-me claríssimo que o Senado tenha discricção para suspender a decisão ou não, segundo o seu critério, o seu juízo. [...] Recordo ter ouvido certa frase de Pontes de Miranda que diz “o Senado não é cartório do Supremo Tribunal Federal”.

Nesse viés, outra preocupação que veio à tona dizia respeito à volatilidade dos entendimentos do Supremo Tribunal Federal, que poderiam causar verdadeira confusão junto ao ordenamento jurídico pátrio. Diante de todo o exposto, percebe-se que, historicamente, havia significativa preocupação com o papel do Senado Federal junto ao controle difuso de constitucionalidade, considerado muito relevante pelo constituinte originário.

Digno de nota, ainda, que este papel do Senado Federal, tal como existe hoje, surge inicialmente com a Constituição Federal de 1934, estando presente, também, nas constituições de 1946, 1967/1969 e 1988. Em 1965, todavia, a proposta de Emenda Constitucional nº 16, que buscou a alteração da atuação do órgão senatorial², foi rejeitada junto ao Congresso Nacional.

Feitos os comentários históricos pertinentes, necessário compreender os aspectos técnico-jurídicos dos trâmites para a atuação do órgão senatorial. Relembra-se que o dispositivo constitucional faça referência à “suspensão da lei, no todo ou em parte”. Essa expressão, entretanto, traz à tona a seguinte dúvida: seria possível a casa legislativa realizar a ampliação ou restrição da decisão do Supremo Tribunal Federal? Majoritariamente, entende-se que não.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade de parte da lei ou sua integridade é de sua própria incumbência. Dessa forma, a suspensão realizada pelo Senado Federal deve ocorrer nos limites da decisão proferida pela Corte, sem qualquer modificação interpretativa. Ademais, em caso de contradições na decisão ou dúvidas acerca das possibilidades interpretativas, não cabe ao ente senatorial atuar ativamente, mas sim buscar esclarecimentos junto ao Supremo Tribunal Federal³.

Nesse viés, quanto ao procedimento a ser seguido, será realizada a comunicação ao Senado Federal após a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A tramitação perante a casa legislativa é bem explicada por Lenza (2021, p. 286):

² A proposta de mudança era no sentido de que o artigo 64 da Constituição de 1946, que versava sobre a temática do papel do Senado Federal, passaria a ter a seguinte redação: “Art. 64. Incumbe ao Presidente do Senado Federal, perdida a eficácia de lei ou ato de natureza normativa (art. 101, § 3o), fazer publicar no Diário Oficial e na Coleção das leis a conclusão do julgado que lhe for comunicado”.

³ No julgamento do Mandado de Segurança nº 16.512, sustentou o Ministro Oswaldo Trigueiro que se o Senado tiver qualquer dúvida, quanto à forma ou mesmo quanto ao sentido da decisão judicial, “poderá pedir ao Supremo Tribunal Federal os esclarecimentos necessários. [...] Penso, por isso, que não poderia rever a matéria, quer para interpretar decisão do Supremo Tribunal Federal sem que esse fosse ouvido, quer para dirimir dúvida suscitada (BRASIL, 1966, p. 16). Esse entendimento é pacífico, atualmente, junto à Corte”.

Regulamentando o assunto, o art. 386 do Regimento Interno do Senado Federal estabelece que o Senado conhecerá da declaração, proferida em decisão definitiva pelo STF, de inconstitucionalidade, total ou parcial, de lei mediante: a) comunicação do Presidente do Tribunal; b) representação do Procurador-Geral da República; c) projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. A comunicação, a representação e o projeto a que se refere o artigo anterior deverão ser instruídos com o texto da lei cuja execução se deva suspender, do acórdão do Supremo Tribunal Federal, do parecer do Procurador-Geral da República e da versão do registro taquigráfico do julgamento, isso tudo conforme o art. 387 do Regimento Interno do Senado. E o art. 388 conclui o procedimento determinando que, após a leitura em plenário, a comunicação ou representação será encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que formulará projeto de resolução suspendendo a execução da lei, no todo ou em parte (CF, art. 52, X).

Outrossim, a competência do Senado Federal, em que pese o texto positivado utilize o termo “lei”, é aplicável a todo e qualquer ato normativo que possa sofrer controle de constitucionalidade (MENDES, BRANCO, 2012, p. 1.090). Entende-se, portanto, que o termo “lei” utilizado pelo constituinte originário faz referência a todos os atos normativos que podem ser declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, como medidas provisórias, decretos, portarias e resoluções diretórias⁴.

Em que pese essa seja a dinâmica trazida pelo artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988, surge, no Brasil, uma teoria que aduz ter ocorrido uma alteração no sentido desse dispositivo por meio de uma “mutação constitucional”. Portanto, para uma melhor compreensão do tema, a seguir será realizada um estudo da mutação constitucional em si, sua história e características, possibilitando a posterior análise do caso específico referente ao dispositivo mencionado.

2.2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL, UMA QUESTÃO DE HERMENÊUTICA

“A permanência da Constituição é a ideia inspiradora do constitucionalismo moderno” (HORTA, 1992, p. 13). Atualmente, podemos dizer que as normas constitucionais possuem notório caráter axiológico, motivo pelo qual, em regra, perpetuam-se ao decorrer do tempo. Todavia, não obstante seu caráter de permanência, inegável que diversas mudanças ocorrem no contexto de uma sociedade após a edição de uma Constituição, tornando necessária sua atualização ao passar dos anos. Nesse cenário, tais modificações normalmente ocorrem em decorrência da atuação do poder constituinte reformador, de maneira formal, por meio do cumprimento de diversas solenidades trazidas pelo próprio texto constitucional.

⁴Todos os atos normativos primários, que são dotados de abstratividade e generalidade, são passíveis de controle de constitucionalidade. (BRASIL, 2018, p. 133).

No entanto, também existem maneiras de alteração informal das constituições, que dizem respeito à atuação hermenêutica, voltadas a alteração do sentido inicial da norma positivada sem modificação do texto, por meio da interpretação judicial. Estudos acadêmicos realizados a partir do direito estrangeiro enfatizam a relevância, a nível global, das alterações informais das constituições (PASSCHIER, 2017, p. 67, tradução nossa)⁵:

All across the globe, but especially in the European Countries, formal amendment is not the only form of constitutional change, and in some systems not even the most important. Leaving aside revolutionary or unlawful acts, the two most important alternative ways of legitimate constitutional change are through judicial interpretation and through the evolvement of unwritten political conventions.

Dentre as diversas possibilidades de alterações informais, surge a mutação constitucional. Fenômeno antigo, resgatado por doutrinadores pátrios de clássicos autores alemães, a mutação constitucional diz respeito, essencialmente, a uma alteração no sentido interpretativo da norma constitucional. Nesse cenário, para uma melhor compreensão de seu conceito – o que é de extrema importância para o desenvolvimento do presente trabalho – necessário resgatar seu sentido originário, fazendo uma análise histórica de sua construção. Destaca-se, desde já, que esse conceito originário e mutação constitucional distingue-se da visão atual que os autores brasileiros possuem do fenômeno, conforme será verificado no capítulo subsequente.

2.2.1 O marco inicial: o Direito Público do Império Alemão como berço da mutação constitucional

A ideia originária de mutação constitucional surge no período do Império Alemão por meio de construções desenvolvidas pelo teórico Paul Laband, ao escrever seu livro “Die Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung”. Aparece, assim, pela primeira vez na literatura, o termo “Verfassungswandlung”⁶, qual seja mutação constitucional.

⁵ Em todo o mundo, mas especialmente em países europeus, alterações formais não são as únicas formas de mudanças constitucionais, e, em alguns sistemas, não são nem as mais importantes. Deixando de lado revoluções ou atos não relacionados ao direito, as duas formas mais importante de alteração constitucional legítimas são interpretação judicial e envolvimento de atos políticos não escritos (tradução nossa).

⁶ A palavra é oriunda do mecanismo de aglutinação da língua alemã. “Verfassung”, significando “Constituição”, e “Wandlung”, “mudança”, quando combinados, tornam-se apenas um vocábulo – o substantivo “mudança constitucional”. A letra S entre as palavras chama-se “linking S”, utilizada, via de regra, como mecanismo de junção na formação de palavras compostas no idioma.

Para uma completa compreensão da teoria de Laband, é necessário conhecer o marco teórico de que partia o jurista alemão. Inicialmente, cumpre destacar que Laband possuía uma visão essencialmente positivista, segundo a qual a análise do direito deve ocorrer sem a interferência de questões valorativas – dispensando, portanto, aspectos históricos, sociológicos e filosóficos – para que fosse possível a manutenção da imparcialidade (PEDRON, 2019, p. 07).

Outrossim, Laband partia do pressuposto de que as normas e leis produzidas pelo império eram a exteriorização da “vontade do estado” que, obrigatoriamente, coincidia com a “vontade do povo”. Nesse contexto, a “vontade do estado” se sobrepõe a todas as normas, inclusive à ordem constitucional, sendo o “princípio maior da ordem jurídica” (PEDRON, 2019, p. 10). Percebe-se que a visão de Laband sobre o ordenamento jurídico é capaz de legitimar todo e qualquer ato do estado, especialmente em razão da ausência de carga axiológica na análise da legislação, conforme sintetiza Pedron (2019, p. 08):

Uma vez que a análise da dogmática jurídica não ultrapassaria as questões metajurídicas, a dimensão histórica dos direitos fundamentais passa sem problematização para Laband (KELLY, 2003, p.88) e igualmente a sua intencionalidade política. Logo, a dogmática jurídica acaba transformando-se num veículo de legitimação através do seu discurso dos atos do Estado. Toda a sua finalidade revela-se, portanto, na descrição das normas a partir dos textos normativos, ignorando intencionalmente qualquer outra questão que pudesse aparecer. Ou seja, a dogmática jurídica para Laband deveria ser “míope” para tudo aquilo que não fosse matéria exclusivamente jurídica. E, com isso, fecham-se as portas para uma discussão sobre a legitimidade e os limites dos atos estatais.

Nesse cenário, Laband sustentava a impossibilidade da ocorrência de controle de constitucionalidade pelo poder Judiciário, visto que a atividade do jurista deveria ocorrer de forma mecânica e sem realizar qualquer juízo de valor (URRUTIA, 2000, p. 23). Ademais, reitera-se que as leis, em sua visão, advinham diretamente da “vontade do estado”, motivo pelo qual não haveria espaços para questioná-las. Diante disso, Pedron destaca que “mesmo a Constituição sendo dotada de força normativa, não possuía uma superioridade hierárquica sobre as leis publicadas pelo Parlamento” (2019, p. 11).

Dessa forma, a “mutação constitucional” surge como uma maneira de alteração informal da constituição por meio da mudança de sua interpretação, de forma a tornar seu texto compatível com as novas leis criadas e, conseqüentemente, com a “vontade do estado” – que não poderia ser questionada. A dedução é bastante lógica: não sendo possível a realização de controle de constitucionalidade das leis, haja vista sua superioridade, as normas constitucionais devem ser interpretadas em harmonia com aquelas. Portanto, conclui Pedron que a “mutação

constitucional”, em Laband, surge como um mecanismo que legitima o descumprimento da Constituição em razão do interesse do império, a partir da edição de novas leis. O autor sintetiza o pensamento (PEDRON, 2019, p. 10):

Em outros termos, a mutação serve como um nome novo para legitimar o decisionismo do Kaiser (imperador), diminuindo os limites constitucionalmente traçados para seu poder, e retirando a força normativa e a condição de suprallegalidade da Constituição.

Percebe-se, portanto, que o conceito de mutação constitucional surge em contexto essencialmente positivista, que passava, à época, por uma crise, em virtude de seu descompromisso com a função jurisdicional democrática (JACOBSON; SCHILINK; 2000, p. 144). Digno de nota que o contexto histórico no qual vivia Laband é bastante distinto da atual realidade com a qual nos deparamos, especialmente considerando a notória força normativa da constituição e sua natureza essencialmente axiológica – também sendo seu conceito de mutação constitucional distinto do atualmente aceito pelos autores brasileiros.

Outro importante jurista alemão que também discorreu sobre a mutação constitucional é Georg Jellinek. Jellinek, apesar de partir da mesma base positivista-legalista de Laband, foi capaz de superar sua análise puramente formalista. Esse autor trouxe uma análise histórico-sociológica do fenômeno da mutação constitucional (JELLINEK, 1991, p.18). Ao passo que não apresenta um substituto para o positivismo legalista, apenas tenta suplementá-lo com uma análise empírica ou descritiva dos processos político-sociais, o que acaba aproximando-o da visão de Laband (STRECK; LIMA, 2007, p. 06).

2.2.2 O conceito de Hsü-Dau-Lin: a evolução da mutação constitucional por um jurista chinês

Hsü-Dau-Lin, como sucessor dos teóricos estudados anteriormente, buscou sintetizar as teorias já existentes sobre a mutação constitucional. As primeiras discussões trazidas acerca do fenômeno pelo jurista chinês vieram à tona com a publicação de sua monografia intitulada “Die Verfassungswandlung⁷”. Na obra, o autor compreendeu as ideias de Laband e Jellinek, desenvolvendo um novo conceito por meio de uma classificação “quadripartite” da mutação constitucional (CARVALHO, 2013. p. 23).

⁷ Obra traduzida para o espanhol por Pablo Lucas Verdú e Cristian Förster, intitulada de “Mutación de la Constitución”. DAU-LIN, Hsü. Mutación de la Constitución. Tradução de Pablo Lucas Verdú e Cristian Förster. 1. Ed. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

Conforme destaca Pedron, o Dau-Lin foi capaz de reconhecer “que os primeiros passos foram dados por Laband – ao identificar o problema – e por Jellinek – ao dar o seu primeiro tratamento teórico –, mas irá além ao promover um estudo específico” (2019, p.124). O autor trouxe uma teoria de mutação que se baseia em sistemas que possuem constituição rígida e formal, buscando discutir as contradições e semelhanças entre as normas e a realidade (DAU-LIN, 1998, p.30). Em síntese, Dau-Lin conceitua mutação constitucional como “una incongruencia entre la norma constitucional y la realidade constitucional” (1998, p. 75)⁸.

Conforme apresenta Pedron, Dau-Lin desenvolveu um quadro capaz de evidenciar todas as possíveis formas de relação entre a norma constitucional e realidade, sintetizando seu pensamento acerca do fenômeno da mutação constitucional:

Figura 1 – Mutação Constitucional para Dau-Lin

Congruência entre normas e realidade: validade do direito constitucional		Incongruência entre norma e realidade: <u>mutação constitucional</u>			
A realidade segue a norma: validade do direito Constitucional	A norma segue a realidade: <u>reforma</u> da Constituição	Realidade sem norma: prática que formalmente não viola à Constituição	Norma sem realidade: impossibilidade de exercer direitos estatuídos pelas normas constitucionais	Norma contra realidade: relação incorreta entre ambas	
				A realidade contradiz a norma: prática inconstitucional	A realidade escapa à norma e a reinterpretar: mutação interpretativa

Fonte: (DAU-LIN,1998, apud PEDRON, 2019)

O quadro traz inicialmente os dois casos “típicos” da relação entre a norma e a realidade. O primeiro diz respeito à realidade se moldar de acordo com as disposições constitucionais, o que evidenciaria a validade do direito Constitucional. O segundo traz os casos de reforma da constituição: uma realidade distinta do prevista constitucionalmente faz surgir a necessidade de uma alteração formal junto ao texto constitucional, para que haja compatibilidade. Segundo o autor, nesse caso, “a norma segue a realidade”.

Quanto às quatro formas de mutação constitucional trazidas por Dau-Lin, Pedron sintetiza a construção teórica:

⁸ Uma incongruência entre a norma constitucional e a realidade constitucional. (Tradução nossa).

Sob tais luzes, podem-se identificar quatro tipos de mutações constitucionais (DAU-LIN, 1998, p.31): (1) mutação mediante prática estatal que não viola formalmente a Constituição; (2) mutação mediante impossibilidade de exercer certos direitos estatuídos constitucionalmente; (3) mutação mediante prática estatal contraditória com a Constituição; e (4) mutação mediante interpretação da Constituição.

Pode-se dizer, portanto, que a grande evolução trazida por Dau-Lin é o fato de que esse jurista aceita a existência de relação entre norma e realidade – diferentemente do que faziam os juristas alemães. Indo além, o autor não só aceita essa relação como também demonstra que, em muitos casos, ocorrerá uma dissonância entre norma e realidade. Conforme mencionado anteriormente, essa “incongruência” ou dissonância é o que Dau-Lin considera mutação constitucional.

Todavia, cumpre destacar que não havia, para Dau-Lin, a possibilidade de se falar em mutações inconstitucionais, visto que essas incongruências surgem em razão da atuação do estado, que não era passível do controle de constitucionalidade. Nesse viés, Pedron destaca que, para Dau-Lin, “não há nenhum mecanismo jurídico que seja capaz de controlar as instâncias mais altas do Estado e de vinculá-las ao estrito cumprimento da Constituição” (PEDRON, 2019, p. 128). Por isso mesmo, a mutação é norma constitucional nova.

Portanto, nesse segundo aspecto, o autor incorre no mesmo erro que Laband e Jellinek, trazendo a atuação do estado como inquestionável, o que acontece em razão do período histórico no qual vivia. Por mais que Dau-Lin tenha rompido com a visão clássica em alguns aspectos, “ainda fazia parte da corrente do positivismo lógico da *Staatsrechtslehre* do Reich⁹ alemão de 1870” (STRECK; LIMA; DE OLIVEIRA. 2007, p.16).

Diante disso, podemos sintetizar a construção de Dau-Lin com a seguinte exemplificação: no caso de um juiz realizar a interpretação de uma norma de forma distinta do que prevê a Constituição, ter-se-ia um caso de mutação constitucional – pois a realidade (interpretação realizada pelo Estado) é diferente da norma (dispositivo constitucional). No entanto, tendo em vista a impossibilidade de realização de controle sobre essa interpretação, a mutação acabar por se tornar uma nova norma.

Após tal análise histórica, será trazido no capítulo seguinte um estudo específico da mutação constitucional no contexto brasileiro. Dessa forma, tornando viável compreender o conceito atual de mutação constitucional para os autores pátrios, como ele foi inspirado nos clássicos e também suas distinções em relação a eles. Após, com a devida compreensão do atual

⁹ A palavra *Staatsrechtslehre* significa “ensino de direito público”, enquanto o termo Reich significa império.

conceito de mutação constitucional, será possível debruçar-se especificamente sobre a mutação constitucional do dispositivo aqui estudado, qual seja o artigo 52, inciso X, da CFRB/88.

3. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA: O SURGIMENTO DA TESE NO BRASIL E ATUAL CENÁRIO PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1 HERMENÊUTICA À BRASILEIRA: O FENÔMENO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Conforme já referido, no Brasil, a teoria da mutação constitucional surgiu com Mendes ao publicar em 2008 produção acadêmica na qual sustentava que o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988, havia sofrido “autêntica mutação constitucional” (p. 17). Todavia, o aprimoramento desse conceito apenas veio à tona no julgamento da Reclamação Constitucional nº 4.335/AC. Em seu emblemático voto, sustentando a existência de uma mutação constitucional, Mendes conceituou o fenômeno como a alteração da norma, mas com a manutenção do texto constitucional, apenas ocorrendo atribuição de um novo sentido a ela (BRASIL, 2014, p. 23).

Nesse julgamento, o ministro fez referência aos clássicos alemães anteriormente estudados, especialmente à doutrina de Jellinek, utilizando-o como base para seu conceito. Contudo, entende-se que o conceito de mutação constitucional desenvolvido pelo ministro é bastante distinto daquele trazido pelo jurista alemão. Isso ocorre especialmente em razão da existência, na atualidade, da força normativa da Constituição e seu caráter essencialmente axiológico, algo inexistente na época de Jellinek. Diante disso, conforme refere Carvalho (2009, p. 56), não é viável a comparação entre os conceitos.

No julgamento da referida reclamação, Eros Grau também trouxe interessante conceituação de mutação, que muito se assemelha com o desenvolvido por Mendes. Grau, apoiando-se na doutrina de Laband, Jellinek e Dau-Lin – tal como Mendes, sem a efetiva demonstração da compatibilidade de sua visão com a dos clássicos – sustentou que a mutação advém de uma “corrosão” da norma constitucional face a realidade, ocorrendo em razão de uma “alteração na práxis” (BRASIL, 2014, p. 66). Em suma, uma alteração na interpretação da norma diante de modificações no contexto sócio-político.

Com o aprofundamento dos estudos sobre a temática no país, grande parcela da doutrina brasileira passou a conceituar mutação a partir das exposições trazidas por esses dois

ministros. Pedron destaca ser comum que a dogmática brasileira responda que mutação constitucional é uma “mudança de interpretação de uma norma da Constituição, que faz com que um mesmo texto permaneça intacto enquanto o seu sentido, o conteúdo normativo, passa por uma alteração” (2019, p. 10).

A maior parte dos autores, mesmo quando de forma crítica, utiliza essa explicação inspirada nos votos de Mendes e Grau para se referir ao fenômeno. Nesse viés, Barroso acompanhando o desenvolvimento realizado pelos ministros, explica da seguinte forma a mutação constitucional (2019, p. 142):

À vista dos elementos expostos até aqui, é possível dizer que a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo.

Alguns autores brasileiros também parecem preocupar-se com os limites da atuação do Judiciário em casos de mutação constitucional. Majoritariamente¹⁰, compreendem que, tendo em vista tratar-se a mutação de uma espécie de interpretação da norma constitucional, devem haver limitações, sob pena da ocorrência de uma mutação inconstitucional¹¹. Esses limites relacionam-se com a necessidade de que as mutações, quais sejam novas formas de interpretar dispositivos constitucionais, possuam compatibilidade com os princípios basilares de uma Constituição, bem como tenham alguma espécie de respaldo social.

Ferraz, pioneira no estudo das “mutações inconstitucionais” desenvolveu, inclusive, uma forma de verificar a sua ocorrência, aduzindo que existem três características que estão sempre presentes nesses casos (2015, p. 259):

Em primeiro lugar, são manifestamente inconstitucionais. A inconstitucionalidade, traço comum a todos esses processos, é facilmente perceptível. Em segundo lugar, os processos de mutação inconstitucional desbordam os limites de forma ou fundo fixados pelo constituinte e de observância obrigatória pelos órgãos de aplicação constitucional. A terceira característica comum é a ausência do controle de constitucionalidade, que, não colhendo o processo em suas falhas, não impede a sua sobrevivência, posto que viciada.

¹⁰ Nesse sentido, Sarlet, Marinoni e Mitidiero, defendem haver limites para este tipo de interpretação (2021, p. 478). Pode-se registrar, ainda, o seguinte estudo acadêmico: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. Osasco: Edifício, 2015.

¹¹ Cumpre registrar que essa construção acerca de uma “mutação inconstitucional” é desenvolvida tão somente pela doutrina brasileira. Não há menção acerca dessa possibilidade junto às teorias de autores clássicos, visto que, conforme já referido, no contexto histórico em qual viviam, não era possível a realização de qualquer forma de controle de constitucionalidade.

Percebe-se que, a partir das construções trazidas pelos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, foi sendo criado um verdadeiro conceito de “mutação constitucional à brasileira” pelos doutrinadores pátrios, que acabou sendo aprimorado ao decorrer do tempo. Hoje, os autores brasileiros falam até em “mutações inconstitucionais”, algo inimaginável para Laband e Jellinek.

Esse conceito atualmente discutido, em que pese aparentemente inspirado naqueles trazidos pelos clássicos alemães, difere-se, em muito, deles, especialmente em razão de que surge em um contexto histórico totalmente distinto. Conforme mencionado, força normativa da constituição e seu caráter essencialmente axiológico, somados à Jurisdição constitucional, tornam impossível comparar o conceito atual com os de Laband, Jellinek e Dau-Lin.

3.2 A ORIGEM DA TESE DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, INCISO X, DA CFRB/88: O JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL Nº 4.335-5/AC E A EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO JUNTO AO STF

Devidamente compreendido o conceito atual de mutação constitucional para os autores brasileiros, passa-se a analisar especificamente qual o novo sentido atribuído ao artigo 52, inciso X, da CFRB/88, em razão da suposta mutação desse dispositivo. Conforme já referido, a discussão acerca dessa temática surgiu com o julgamento da Reclamação Constitucional nº 4.355, junto ao Supremo Tribunal Federal¹², que foi o motivo do início do diálogo acerca da matéria no país. Diante da relevância do julgamento para a temática que vem sendo estudada no presente trabalho, passa-se a analisar, de forma mais aprofundada, como se sucedeu esse julgamento.

A reclamação constitucional teve origem com a alegação de que decisão de tribunal de justiça teria desrespeitado entendimento do STF exarado no Habeas Corpus nº 82.959, no qual foi declarada a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos. Segundo os autores da ação, o tribunal de justiça deveria seguir o entendimento do STF, sob pena de não estar preservando a autoridade das decisões da Corte.

¹² Destaca-se que a Reclamação no 4.355-AC foi proposta em 2006 perante o Supremo Tribunal Federal (STF), recebendo julgamento parcial em 2007, mas somente veio a ser completamente julgada no primeiro semestre de 2014.

No entanto, percebe-se que o julgamento do STF junto ao Habeas Corpus nº 82.959, por si só, não seria capaz de justificar a procedência da reclamação – tanto que não foi o fundamento utilizado pela maioria dos ministros ao julgar procedente o pedido. Isso acontece porque apenas justifica o ajuizamento de reclamação o desrespeito à jurisprudência vinculante da Corte Superior. No caso em tela, conforme amplamente demonstrado no presente trabalho, a decisão em sede de Habeas Corpus (controle difuso) apenas seria vinculante de forma *erga omnes* a partir da expedição, pelo Senado Federal, de resolução suspendendo a eficácia do dispositivo de lei declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, o que não ocorreu.

Nesse cenário, a reclamação foi julgada procedente pelos ministros em razão da edição superveniente de súmula vinculante. Assim, a ação teve sua procedência declarada pelo Supremo Tribunal Federal com 6 votos a favor e 4 contra. O voto-vista do Ministro Teori Zavascki, acompanhado pelos ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Melo, foi proferido no sentido da ação em razão da existência da edição superveniente da Súmula Vinculante 26, que trazia o entendimento exarado no referido julgamento do Habeas Corpus nº 82.959, dando os efeitos *erga omnes* necessários à procedência da reclamação.

Contudo, os ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, que também entenderam pela procedência, trouxeram como fundamento não a existência da súmula, mas sim a tese da mutação constitucional do art. 52, inciso X, da CF/88. Nesse viés, Mendes e Grau defenderam o entendimento de que a decisão proferida junto ao mencionado Habeas Corpus, mesmo sendo em controle difuso de constitucionalidade, teria o condão de produzir efeitos vinculantes e *erga omnes* mesmo sem a edição de Súmula Vinculante.

Em suma, os ministros aduziram ter ocorrido “autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, de uma nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988” (BRASIL, 2014, p. 53). No seu entendimento, o papel a ser desenvolvido pelo Senado Federal a partir de então seria apenas dar publicidade à decisão da Corte, não sendo mais incumbência dessa casa legislativa trazer os efeitos *erga omnes* à decisão. Teria ocorrido, portanto, a “abstrativização” do controle difuso de constitucionalidade, pois a própria decisão do Supremo Tribunal Federal passa a conter essa força normativa (BRASIL, 2014, p.28).

Conforme referido, o entendimento de que teria ocorrido a mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988 não foi acatado pelos outros ministros, tendo sido sustentado apenas por Gilmar Mendes e Eros Grau. No entanto, diante da relevância do julgado para o desenvolvimento do presente trabalho, serão analisados, de forma mais

aprofundada, todos os votos proferidos, haja vista que todos os julgadores fazem referência ao polêmico tema introduzido no julgamento.

O ministro Gilmar Mendes inicia a defesa de sua tese com a análise histórica do controle de constitucionalidade no país. Segundo Mendes, a grande evolução trazida nos últimos tempos diz respeito à ampliação do rol de legitimados para ajuizamento de ações em controle concentrado¹³. Na visão do ministro essa mudança demonstra uma “preferência” do constituinte por essa forma de controle, que mostra-se, inclusive, mais célere (BRASIL, 2014, p. 26).

Nessa linha, Mendes sustenta que a previsão trazida pelo artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988 foi mantida por razões *meramente históricas* (BRASIL, 2014, p. 28). Os argumentos seguem no sentido de que o dispositivo sequer seria capaz de acompanhar a atual dinâmica do controle de constitucionalidade. Refere o autor que o artigo não é capaz de assegurar a eficácia geral de decisões que perpassam a declaração de inconstitucionalidade, como a superação de entendimento de tribunais inferiores sem a declaração de inconstitucionalidade ou outras formas de interpretação conforme à Constituição. Nesse sentido (BRASIL, 2014, p. 29):

Da mesma forma, a suspensão da execução da lei inconstitucional não se aplica à declaração de não-recepção da lei pré-constitucional levada a efeito pelo Supremo Tribunal. Portanto, das decisões possíveis em sede de controle, a suspensão de execução pelo Senado está restrita aos casos de declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo. É certo, outrossim, que a admissão da pronúncia de inconstitucionalidade com efeito limitado no controle incidental ou difuso (declaração de inconstitucionalidade com efeito ex nunc), cuja necessidade já vem sendo reconhecida no âmbito do STF, parece debilitar, fortemente, a intervenção do Senado Federal - pelo menos aquela de conotação substantiva³⁰. É que a "decisão de calibragem" tomada pelo Tribunal parece avançar também sobre a atividade inicial da Alta Casa do Congresso. Pelo menos, não resta dúvida de que o Tribunal assume aqui uma posição que parte da doutrina atribuía, anteriormente, ao Senado Federal. Todas essas razões demonstram o novo significado do instituto de suspensão de execução pelo Senado no contexto normativo da Constituição de 1988.

Também é trazido entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não é necessário que se observe a cláusula de reserva do plenário para a declaração de constitucionalidade, em tribunais inferiores, desde que a norma já tenha sido julgada inconstitucional pela Corte Superior em controle difuso¹⁴. Com isso, o ministro busca

¹³ Até a Constituição Federal de 1967, o controle concentrado de constitucionalidade era monopólio do Procurador-Geral da República. O rol foi significativamente ampliado pelo artigo 103 da Constituição Federal de 1988. Conforme destaca Mendes, esse já era o entendimento do Supremo Tribunal Federal antes da promulgação da nova constituição (BRASIL, 2014, p. 33).

¹⁴ RE 197.917/SP, Relator Min. Maurício Corrêa, julgado em 06/06/2002.

evidenciar que há situações nas quais o Supremo Tribunal Federal já dispensou a atuação do Senado Federal, dando força à compreensão de que teria havido uma mutação (BRASIL, 2014, p. 30):

Esse entendimento marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*.

Por fim, um interessante aspecto processual, presente no artigo 557 do Código de Processo Civil de 1973, é destacado por Mendes. Em seu voto, lembra que esse dispositivo trouxe ao relator a prerrogativa de decidir monocraticamente, dando provimento ou negando-o em casos nos quais o *decisum* for baseado em súmula ou jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹⁵ (BRASIL, 2014, p. 32). Notório que esse dispositivo traz uma espécie de eficácia *erga omnes* às decisões em controle difuso, visto que a harmonia entre elas e os recursos passa a ser um requisito para o seu provimento.

Necessário destacar que essa valorização dos precedentes judiciais, seja a nível legal ou constitucional, que vem ocorrendo ao longo dos últimos anos, passa a ser um dos principais argumentos para aqueles que defendem a teoria da abstrativização do controle difuso (fator que será estudado de forma mais aprofundado no capítulo seguinte). Nesse sentido, o autor sustenta que dar a devida dimensão aos precedentes no controle difuso é necessário para a manutenção da segurança jurídica e igualdade da aplicação da lei (2017, p. 51).

Diante desse raciocínio, Mendes sugere que a mutação constitucional do artigo 52, inciso X – que ocorre por meio mudança interpretativa – é uma solução acertada para que o controle difuso acompanhe as necessidades do ordenamento jurídico contemporâneo (BRASIL, 2014, p. 55). Ao analisar o voto em questão, Pedron sintetiza a visão de Mendes acerca do que seria a mutação constitucional (2019, p. 27):

[...] para Mendes (voto na Rcl. n. 4335/AC, p.55), a mutação não é algo natural; não é uma mudança de uma prática social da comunidade jurídica na qual o Tribunal em

¹⁵ Disposição no mesmo sentido foi trazida pelo legislador no Código de Processo Civil de 2015. O artigo 932, inciso IV, alínea “b”, traz que o relator pode negar provimento a *acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos*. Outrossim, com a sistemática de precedentes vinculantes trazida pelo Código de 2015 disposições similares a essa, em razão do que consideram os estudiosos processualistas “eficácia expansiva das decisões”.

sua decisão apenas reconhece sua existência. Na verdade, ele entende que a mutação é criação desse Tribunal, que “atualiza” para os novos padrões a realidade, supostamente diminuindo o déficit entre norma e realidade.

Nesse interim, o voto é finalizado com a conclusão de que a decisão desafiada pela reclamação constitucional desrespeitou a autoridade do Supremo Tribunal Federal. Isso em razão da eficácia *erga omnes* do Habeas Corpus nº 82.959, que surge pela mutação constitucional do dispositivo analisado.

Eros Grau inicia seu voto debruçando-se na problemática dos inúmeros casos similares que são apreciados pelo Supremo Tribunal Federal todos os anos. Nesse viés, faz referência ao exposto por Mendes acerca da necessidade de que seja encontrada uma solução capaz de tornar mais célere a atuação realizada pela corte constitucional brasileira (BRASIL, 2014, p. 68). Diante desse cenário, o magistrado profere entendimento que vai ao encontro daquele tecido por Mendes, afirmando a ocorrência da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988.

Dando prosseguimento, Grau traz à tona sua compreensão acerca do fenômeno da mutação constitucional. Segundo o julgador, essa é uma forma de alteração das normas constitucionais, contudo, inexistindo um meio formal para sua realização, motivo pelo qual é uma via distinta da reforma constitucional (BRASIL, 2014, p. 73). Fazendo referência a Dau-Lin, o ministro afirma que a mutação constitucional ocorre em razão de um distanciamento entre a norma e a realidade, destacando que uma nova forma de interpretação deve surgir para que o texto normativo esteja em consonância com as necessidades atuais (BRASIL, 2014, p. 75):

Impõe-se neste ponto, parenteticamente, brevíssima digressão a propósito da mutação constitucional, fenômeno discernido por LABAND, mas do qual terá sido GEORG JELLINEK¹³ o primeiro a tratar no plano teórico. A nova doutrina do direito político, recusando explicações ancoradas em perspectiva formalista, caracteriza-a, qual anota HSÚ DAU-LIN¹⁴, como desvalorização e corrosão das normas jurídicas constitucionais por ela afetadas. A mutação constitucional decorre de uma incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, entre a Constituição formal e a Constituição material. Oposições entre uma e outra são superadas por inúmeras vias, desde a interpretação, até a reforma constitucional. Mas a mutação se dá sem reforma, porém não simplesmente como interpretação. Ela se opera quando, em última instância, a práxis constitucional, no mundo da vida, afasta uma porção do texto da Constituição formal, sem que daí advenha uma ruptura do sistema. Este não sendo o momento adequado para o que o Ministro Pertence chama de seminário, permito-me apenas neste ponto referir o estudo preliminar de PABLO LUCAS VERDU¹⁵ à tradução espanhola do ensaio de JELLINEK e a monografia da Professora ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ¹⁶ sobre o tema. E proponho retermos, em síntese, a afirmação que linhas acima formulei: na mutação constitucional não apenas a norma é nova, mas o próprio texto normativo é substituído por outro.

Em prosseguimento, preocupado com a possibilidade da criação de uma “mutação inconstitucional”, Grau destaca que a nova interpretação do dispositivo está em conformidade com os princípios basilares da constituição, como a segurança jurídica e razoável duração do processo, se “amoldando” com ela como um todo (BRASIL, 2014, p. 77). Em razão disso, estariam afastadas eventuais alegações de inconstitucionalidade da interpretação realizada. Concluindo, refere que a posição defendida por ele é “plenamente adequada ao espaço semântico constitucional” (BRASIL, 2014, p. 77).

Sepúlveda Pertence, por sua vez, introduz o tema demonstrando sua posição de contrariedade à teoria da abstrativização do controle difuso. Segundo Sepúlveda Pertence, a função realizada pelo órgão senatorial junto ao controle difuso de constitucionalidade é histórico e inerente à sistemática de controle brasileiro. O magistrado abre seu voto dessa forma (BRASIL, 2014, p. 91):

A adoção no Brasil, com a Federação e a República, do sistema americano de controle difuso e incidente da constitucionalidade das leis sofreu profundamente - como em outros ordenamentos de matriz romanista - carência do dogma do *stare decisis*, que, nos Estados Unidos, superou de fato os inconvenientes e riscos da eficácia teoricamente restrita ao caso concreto e às partes do litígio da declaração incidenter de inconstitucionalidade: "uma vez não aplicada pela Supreme Court por inconstitucionalidade atesta Cappelletti (O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado, trad. Fabris, 1984, p. 86) - " uma lei americana, embora permanecendo "on the books", é tornada a "a dead law", uma lei morta. 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). O Brasil não chegou a tanto. Mas, desde a Constituição de 1934, criou mecanismo próprio, tendente a dar eficácia universal às declarações judiciais de inconstitucionalidade, prestando homenagem, contudo, à ortodoxia da separação dos poderes: outorgou-se ao Senado a competência para "suspender a execução (...) de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário" (Const. 1934, art. 91, IV).

Outrossim, Pertence desenvolve seu raciocínio no sentido de que a Emenda Constitucional n. 45/2004 deu origem a uma solução eficaz ao problema da “superioridade do controle concentrado de constitucionalidade”, qual seja a criação das súmulas vinculantes. Segundo o autor, as súmulas são capazes de dar a eficácia vinculante *erga omnes* necessária às decisões proferidas em controle difuso sem desprezitar a harmonia entre os poderes (BRASIL, 2014, p. 95).

Por fim, refere ver na mudança proposta pelos ministros Eros Grau e Gilmar Mendes um “risco tsunâmico”, em razão de que a teoria da mutação constitucional afetaria significativamente a harmonia entre os poderes. Portanto, conclui que, existindo o instituto da súmula vinculante, não percebe como viável apenas para dar efeitos vinculantes às decisões do Supremo Tribunal Federal “romper essa prerrogativa a que o Congresso Nacional sempre se reservou, nas sucessivas Constituições” (BRASIL, 2014, p. 46).

O Ministro Joaquim Barbosa também tece interessante comentários críticos no que diz respeito à teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Refere que não há qualquer incompatibilidade entre o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal e a atual sistemática do controle de constitucionalidade brasileiro, também fazendo menção à existência do instituto da Súmula Vinculante (BRASIL, 2014, p. 98).

Barbosa destaca ainda que não aceita a tese da mutação constitucional como uma forma de interpretação da Carta Magna brasileira e que, mesmo se aceitasse, entende que seria necessária a presença de alguns requisitos não presentes no caso em tela para sua aplicação. Esses requisitos seriam o decurso de tempo significativo e a definitiva não utilização do dispositivo. Nesse viés, explica o ministro (BRASIL, 2014, p. 100):

Além disso, mesmo que se aceitasse a tese da mutação, entendo que seriam necessários dois fatores adicionais: o decurso de um espaço de tempo maior, para a constatação dessa mutação, e a consequente e definitiva “désuetude” do dispositivo. Ora, em relação a esse último fator, impede, a meu juízo, esse reconhecimento um dado empírico altamente revelador: pesquisa rápida na base de dados do Senado Federal indica que desde 1988 aquela Alta Casa do Congresso suspendeu a execução de dispositivos de quase 100 normas declaradas inconstitucionais (sendo sete em 2006, Resoluções do SF de nº 10, 11, 12, 13, 14, 15 e 16; e uma já, neste ano, em 2007, resolução nº 2).

Em conclusão, refere que a tese sustentada por Gilmar Mendes e Eros Grau é tão somente uma forma de interpretação judicial, o que, ao seu entender e também na compreensão de Canotilho, não seria uma forma “idônea” de mutação constitucional.

Ricardo Lewandowski também apresenta-se como um crítico da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Segundo o ministro, não há espaços para acreditar que o artigo 52, inciso X, da CF/88 existe tão somente em razão de “índole exclusivamente histórica” (BRASIL, 2014, p. 119). Ao seu entender, o papel vem sido exercido normalmente pelo Senado Federal, inexistindo fundamentos para a mudança de entendimento.

O julgador expõe que, entre 7/02/2007 e 16/06/2010 foram pautados 53 ofícios encaminhados pelo Supremo Tribunal Federal para análise da possibilidade de promulgação de resolução suspendendo execução de dispositivos declarados inconstitucionais em sede de

controle difuso (BRASIL, 2014, p.120). Em seu voto, também expõe trecho dos comentários tecidos pelo Ministro Joaquim Barbosa, o qual demonstrou que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, a Alta Casa do Congresso suspendeu a execução de quase 100 normais declaradas inconstitucionais.

As críticas continuam no sentido de que a proposta trazida por Mendes e Grau abalam a separação dos poderes difuso (BRASIL, 2014, p.121):

Tal interpretação, contudo, a meu ver, levaria a um significativo aviltamento da tradicional competência daquela Casa Legislativa no tocante ao controle de constitucionalidade, reduzindo o seu papel a mero órgão de divulgação das decisões do Supremo Tribunal Federal nesse campo. Com efeito, a prevalecer tal entendimento, a Câmara Alta sofreria verdadeira *capitis diminutio* no tocante a uma competência que os constituintes de 1988 lhe outorgaram de forma expressa. A exegese proposta, segundo entendo, vulneraria o próprio sistema de separação de poderes, concebido em meados do século XVIII na França pré-revolucionária pelo Barão de la Brède e Montesquieu, exatamente para impedir que todas as funções governamentais – ou a maioria delas - se concentrem em determinado órgão estatal, colocando em xeque a liberdade política dos cidadãos. O referido teórico, para tanto, concebeu a famosa fórmula segundo a qual “*le pouvoir arrete le pouvoir*”, de modo a evitar que alguém ou alguma assembleia de pessoas possa enfeixar todo o poder em suas mãos, ensejando, assim, o surgimento de um regime autocrático. Não se desconhece que alguns críticos asseveram que a teoria da separação de poderes jamais foi aplicada tal como originalmente concebida, consubstanciando mera prescrição de natureza formal.⁹ Em que pesem, contudo, as imperfeições do sistema, que os norte-americanos denominam de *checks and balances*, após terem-no inserido pioneiramente em sua Constituição de 1787,¹⁰ entendo que elas não têm o condão de legitimar a ablação de uma competência constitucional expressamente atribuída a determinado Poder. Suprimir competências de um Poder de Estado, por via de exegese constitucional, a meu sentir, colocaria em risco a própria lógica do sistema de freios e contrapesos, como ressalta Jellinek.

Em prosseguimento, o magistrado destaca que não afasta a possibilidade de que o STF realize interpretações trazendo alteração em algum sentido das normas constitucionais, especialmente quando em razão de alguma necessidade no tecido social. Contudo, refere que tais mudanças interpretativas devem respeitar o conteúdo essencial da norma, que apenas pode ser alterado pelo poder constituinte reformador (BRASIL, 2014, p. 123).

Nesse sentido, traz à tona os estudos desenvolvidos por Anna Cândida da Cunha Ferraz, autora que dedica suas pesquisas ao fenômeno da mutação constitucional. Com suporte em suas conclusões, Lewandowski demonstra que até mesmo para os que aceitam a teoria, “a mutação constitucional apresenta limites, sendo vedada caso contrarie o sentido da norma constitucional”, caso contrário, estar-se-ia criando uma mutação inconstitucional (BRASIL, 2014, p.123).

Para concluir o voto, arremata fazendo menção às súmulas vinculantes. Apesar de reconhecer a existência da problemática acerca das demandas repetitivas junto ao STF, o

ministro expõe que as súmulas vinculantes são uma solução mais legítima para o impasse. Segundo ele, caso a Corte tenha como objetivo a eficácia *erga omnes* direta de suas decisões em controle difuso, esse é o mecanismo adequado para fazê-lo.

O Ministro Teori Zavascki proferiu voto-vista, tendo realizado interessante análise acerca da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Segundo o julgador, a sistemática de valorização dos precedentes judiciais e a cultura do *stare decisis*¹⁶ vêm se tornando cada vez mais presente no Brasil. Ademais, afirma que essa é uma tendência mundial que afeta grande parte dos países de sistema de *civil law* que vivenciam constantes mudanças em seus ordenamentos jurídicos.

Em busca da efetivação do princípio da isonomia e de maior integridade no ordenamento jurídico, diversos novos mecanismos foram criados, o que acarretou na aproximação entre a sistemática pátria e a tradicional cultura americana de precedentes. Nesse interim, o ministro cita diversas mudanças ocorridas recentemente, como a criação das súmulas vinculantes e a nova dinâmica trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2014, p.155).

Zavascki explica que, em que pese esse fenômeno seja bastante contemporâneo, a discussão não foi iniciada recentemente. Conforme relata em seu voto, já na edição da primeira constituição, Rui Barbosa defendeu a introdução da cultura do *stare decisis* no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido (BRASIL, 2014, p.155):

Esse é, portanto, o cenário que atualmente se apresenta em relação aos precedentes dos tribunais superiores no âmbito da jurisdição geral. No que toca especificamente aos precedentes do STF no âmbito da jurisdição constitucional, o movimento em direção à sua eficácia vinculativa e *erga omnes* foi ainda mais expressivo. No Brasil, o controle jurisdicional de constitucionalidade das normas surgiu com a implantação do sistema republicano. E surgiu como sistema de controle exclusivamente incidental, nos moldes do direito norte-americano. Todavia, não se tinha aqui a cultura do *stare decisis*, o que deixou exposto, desde a origem da República, o grave inconveniente dessa modalidade de controle, que é o de por em perigo, dada a sua restrita eficácia *inter partes*, os princípios da isonomia e da segurança jurídica, ao abrir a possibilidade de edição de decisões divergentes, umas reconhecendo, outras rejeitando a inconstitucionalidade de um mesmo preceito normativo. Vozes importantes se levantaram preconizando a eficácia *erga omnes* das decisões, ainda que tomadas em via incidental. O próprio Rui Barbosa, personagem destacado na formulação e implantação das instituições republicanas, defendeu, nos seus comentários à primeira Constituição da República, a adoção, entre nós, do *stare decisis*, quando a decisão pela inconstitucionalidade tivesse partido do STF. Invocando o direito norteamericano, do qual, afinal, havíamos haurido nosso modelo, sustentou Rui que “ante a sentença

¹⁶ A expressão *stare decisis* diz respeito à ideia de que casos iguais devem ser decididos de maneira similar, de forma a buscar coerência e integridade nas decisões do poder judiciário como um todo. A expressão reflete as duas primeiras palavras da frase *stare decisis et non quieta movere*, que pode ser traduzida, literalmente, como mantenha a decisão e não mexa no que está quieto. Tradução Livre. GLENN, H. Patrick. **Legal traditions of the world**. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2010.

nulificativa, o ato legislativo, imediatamente, perde a sua sanção moral e expira em virtude da lei anterior com que colidia. E se o julgamento foi pronunciado pelo mais alto tribunal de recurso, ‘a todos os cidadãos se estende, imperativo e sem apelo, no tocante aos princípios constitucionais sobre que versa’. Nem a legislação tentará contrariá-lo, porquanto a regra *stare decisis* exige que todos os tribunais daí em diante o respeitem como *res judicata*; e enquanto a Constituição não sofrer nenhuma reforma, que lhe altere os fundamentos, nenhuma autoridade judiciária o infringe. O papel dessa autoridade é de suprema vantagem para a ordem constitucional (...).

Contudo, refere que Rui Barbosa não logrou êxito em convencer os outros constituintes, o que decorreu na intervenção do Senado Federal junto ao controle concentrado de constitucionalidade. Nesse sentido, arremata o julgador ao dissertar que “desde a Constituição de 1934, foi criada essa peculiar intervenção do Senado: sua finalidade, de cunho eminentemente prático, sempre foi a de ampliar a força vinculativa das decisões de declaração de inconstitucionalidade tomadas pelo STF” (BRASIL, 2014, p.159).

Diante do todo, Zavascki conclui que, não obstante a sistemática de valorização dos precedentes seja cada vez mais aceita, as disposições do artigo 52, inciso X, da CF/88 são um prestígio do constituinte à atuação da Alta Casa do Congresso Nacional, não sendo viável sua neutralização por via de interpretação judicial. Outrossim, existem outros mecanismos capazes de tornar vinculantes as teses do Supremo Tribunal Federal, tais como as súmulas vinculantes, que podem ser editadas em casos como o que vinha sendo discutido na Corte.

Por fim, digno de nota que o ministro, nos anos subsequentes, alterou seu entendimento. Nas últimas edições publicadas de seu livro “Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional”, bem como em alguns dos seus votos proferidos em seus últimos anos na Corte, Zavascki demonstrou-se de acordo com a mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da CF/88. Inclusive, um dos principais argumentos utilizados pelo jurista diz respeito a sistemática de precedentes vinculantes que vem ganhando força no país.

Luís Roberto Barroso trouxe voto sucinto e direito acompanhando, em grande parte, as explanações realizadas pelo ministro Teori Zavascki. Iniciou afirmando que acredita na relevância da aplicação da sistemática de precedentes vinculantes em nosso ordenamento, mas percebe que essa introdução vem ocorrendo apenas de forma vertical, ou seja, apenas são vinculados outros tribunais que não as Cortes superiores. Referiu que tal fato é nocivo tendo em vista que a vinculação também deveria ocorrer junto aos próprios tribunais superiores, pois esses muitas vezes mudam rapidamente seus entendimentos, o que dificulta a confiabilidade de suas decisões e, conseqüentemente, impediria a abstrativização do controle difuso.

Além disso, destaca que considera sedutora a tese trazida pelos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, no entanto, entende que deve ser prestigiada a vontade do constituinte,

não sendo viável essa alteração do dispositivo constitucional por meio de mudança de interpretação (BRASIL, 2014, p. 187):

De modo que eu acho que aqui a solução institucionalmente mais legítima é a mesma. Portanto, o Supremo acha que esse modelo deve mudar. Porém, como ele está previsto textualmente na Constituição, e nós não somos poder constituinte originário, nem tampouco derivado, eu acho que se pode doutrinariamente concitar o Congresso Nacional a agir. Porém, penso não ser possível interpretar um Texto Constitucional, como nenhum texto, contra a sua literalidade, contra as possibilidades semânticas que ele oferece, porque, se assim fosse, nós nos tornaríamos donos da razão e donos da verdade em todo e qualquer caso, e o constituinte seria irrelevante. De modo que eu gosto da tese, mas vejo este obstáculo: a mutação do artigo 52, X. Eu acho até que a realidade tem impulsionado no sentido da mutação, mas nós não podemos prescindir da mudança do Texto. E, por essa razão, nas minhas anotações iniciais, eu estava acompanhando a posição iniciada pelo Ministro Sepúlveda Pertence e acompanhada por Vossa Excelência Ministro Lewandowski e, penso, por outros Ministros que participaram da votação. Assim, o meu ponto de vista, para que fique claro, eu entendo, embora lamente, que não é possível interpretar-se a mutação do artigo 52, X, por obstáculo insuperável decorrente da textualidade do dispositivo

Nesse viés, o ministro conclui referindo que a tese da mutação constitucional surge como uma demonstração para o constituinte reformador das necessidades de alteração da dinâmica constitucional, pois entende que a reforma é a única forma viável de realizar tal mudança. Interessante destacar que, conforme será percebido no tópico subsequente deste trabalho, o Ministro Barroso também alterou seu entendimento e atualmente aceita a teoria da mutação.

A ministra Rosa Weber inaugura seu voto evidenciando que não concorda com a tese da mutação constitucional. A julgadora demonstra concordar com as exposições trazidas principalmente pelos ministros Luis Roberto Barroso e Teori Zavascki, aduzindo que o voto-vista desse último foi, para ela, bastante esclarecedor. Nesse viés, realiza seu voto por meio da exposição de uma síntese do voto proferido por Zavascki.

Sustentou a magistrada que a literalidade da norma constitucional impede a interpretação da ocorrência de mutação sustentada por Mendes. Aduz, conforme Barroso, que a mudança depende de uma modificação no enunciado normativo, não sendo incumbência do Poder Judiciário desenvolver, sobre o pretexto de uma “mutação constitucional”, uma inovação tão significativa.

O último a manifestar-se é o ministro Celso de Mello, que proferiu o voto mais sucinto entre os seus colegas. O magistrado restringiu-se a acompanhar as explanações realizadas por Teori Zavascki, elogiando ferrenhamente suas colocações. Ao acompanhar o voto do colega, deixou de realizar comentários mais aprofundados acerca da temática da mutação constitucional.

Em que pese no julgamento da Reclamação Constitucional nº 4.355, conforme visto, apenas dois ministros aceitaram a tese da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, atualmente a situação é distinta. No julgamento da ADI 3.406¹⁷, sete dos onze ministros reconheceram a ocorrência da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988, enquanto apenas dois não acolheram a tese (outros dois não se manifestaram).

Nesse julgamento, os seguintes foram os ministros favoráveis à tese da abstrativização do controle difuso: Gilmar Mendes, Celso de Mello, Dias Toffoli, Rosa Weber, Edson Fachin, Luiz Fux e Carmen Lúcia. A publicação da decisão ocorreu do Diário de Justiça Eletrônico de 01/02/2019. Tal fato demonstra que a evolução do entendimento do STF nos últimos anos caminhou para a aceitação da teoria pela maioria dos ministros. Nesse interim, percebe-se que o estudo da temática vem ganhando mais notoriedade e relevância na atualidade.

Curiosamente, a discussão acerca da mutação constitucional – que diz respeito ao controle difuso de constitucionalidade – deu-se em um processo de controle abstrato. Isso aconteceu porque, para o julgamento da referida ADI, o Supremo Tribunal Federal precisou analisar, de forma incidental, a constitucionalidade do artigo 2º da Lei Federal nº 9.055/95¹⁸, que foi julgado inconstitucional pela corte.

Ocorre que, a decisão que incidentalmente julgou a inconstitucionalidade da lei federal teria efeitos, nos termos da sistemática constitucional, vinculantes apenas entre as partes. Conforme amplamente referido nesse trabalho, a eficácia *erga omnes* apenas poderia advir de uma resolução a ser publicada pelo Senado Federal. Contudo, a decisão dos ministros foi no sentido da ampliação dos efeitos de decisões incidentais e, conseqüentemente, no sentido da concordância com a tese da abstrativização do controle difuso. Após amplo debate os ministros entenderam, dessa vez em sua maioria, pela ocorrência do fenômeno.

Nesse sentido, Lenza sintetiza o ocorrido (2022, p. 299):

A declaração de inconstitucionalidade se deu incidentalmente em um processo de controle concentrado e abstrato que tinha como objeto principal a lei estadual do Rio de Janeiro. Para apreciar o pedido formulado na ADI, a Corte teve que analisar a constitucionalidade da lei federal, que, contudo, não era objeto da ação. Ou seja, a declaração de inconstitucionalidade se deu incidentalmente, como questão prejudicial,

¹⁷ O Supremo Tribunal Federal julgou constitucional a lei estadual nº 3.579/2001 do estado do Rio de Janeiro que proibiu a extração de amianto no território da federação com base nos preceitos constitucionais do direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A ação buscava analisar se, em razão da competência concorrente entre estados e União, a lei estadual teria invadido a competência de lei federal.

¹⁸ Art. 2º O asbesto/amianto da variedade crisólita (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.

em processo objetivo de controle abstrato. Essa pronúncia de nulidade com efeito erga omnes e vinculante da questão prejudicial gerou ampla discussão na Corte, e, ao final, por 7 x 2, o STF entendeu ter havido mutação constitucional do art. 52, X, sustentando que o papel do Senado Federal seria apenas o de dar publicidade à decisão judicial.

Diante disso, pode-se dizer que o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal – pelo menos no que diz respeito à maioria dos ministros da Corte – é no sentido da ocorrência da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, cabendo ao Senado Federal tão somente dar publicidade às decisões por meio de resolução. Tal fato evidencia o crescimento da aceitação da teoria junto à Corte e torna latente a necessidade de uma discussão mais aprofundada acerca da temática.

Com base nas construções realizadas até então, foi realizada toda a fundamentação necessária para a ampla compreensão acerca da temática da mutação constitucional e da aplicação dessa teoria ao artigo 52, inciso X, da CFRB/88. Com base nisso, no capítulo subsequente, será possível desenvolver a análise específica dos argumentos contrários e favoráveis à tese da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da CFRB/88 para que, ao final, se desenvolva de forma dialética uma tese.

4. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 52, INCISO X, DA CFRB/88: UMA ALTERNATIVA HERMENÊUTICA (IN)COMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988?

O primeiro capítulo foi utilizado para o fim de melhor compreender as nuances do controle de constitucionalidade brasileiro e, em especial, o surgimento da mutação constitucional como fenômeno hermenêutico. No segundo capítulo, foi analisado como esse conceito de mutação é entendido hoje por autores brasileiros e, por fim, exposto o surgimento da tese específica da mutação do artigo 52, inciso X, da CFRB/88.

Diante da exposição tecida, trazidos os conceitos e fatores necessários, é possível realizar o seguinte questionamento: Seria a tese da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da CFRB/88, compatível com a Constituição Federal? Para responder, serão expostos a seguir fundamentos favoráveis e contrários à tese, para que possa-se chegar a uma síntese mais precisa.

4.1 ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO COMO UMA SOLUÇÃO CONSTITUCIONAL

4.1.1 A cultura dos precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores como tendência no ordenamento jurídico pátrio e a necessidade de adequações

Os Tribunais Superiores, historicamente, sempre possuíram clássica função uniformizadora. Conforme destaca Pietro Calamandrei, essa função de caráter público diz respeito à uma proteção objetiva, que confere unidade à interpretação do Direito e possui como fundamento garantir que seja dada a mesma interpretação a casos semelhantes, respeitando-se os princípios da igualdade e da legalidade¹⁹ (1947, p.43).

No Brasil, a cultura da valorização dos precedentes das Cortes Superiores vem ganhando força de forma que, a cada vez mais, vemos esses precedentes tornando-se

¹⁹ Discurso proferido por Piero Calamandrei em 1947 na Assembleia Constituinte da Constituição italiana: "(...) in Cassazione non si va per difendere soltanto l'interesse del litigante, quello che gli antichi giuristi chiamavano ius litigatoris, ma altresì per difendere lo ius consitutionis, che è appunto l'interesse pubblico alla difesa del diritto e della sua unità, messa in pericolo dalla pluralità delle interpretazioni disformi ed aberranti, le quali sono contagiose anche per l'avvenire. Appunto per evitare questo contagio, è bene che tutte le interpretazioni della norma giuridica, date dai giudici distribuiti sul territorio nello Stato, abbiano un apice, un vertice comune, e ad esso affluiscono per poter essere sottoposte a un controllo, attraverso il quale si possa stabilire quale è la interpretazione più plausibile, destinata a rimanere e a prevalere". Disponível em: <http://legislatureprecedenti.camera.it/>. Acesso em: 20 set. 2022.

vinculantes em busca de uma maior coerência e integridade do ordenamento jurídico. Quanto à temática, afirma Humberto Teodoro Júnior que, primordialmente em razão da forte influência recebida do direito estrangeiro, “nosso sistema jurisdicional vem prestigiando, de longa data e cada vez mais, a teoria dos precedentes, afeiçoando-se progressivamente à cultura do *stare decisis*, construída no seio dos países de *common law*” (2017, p. 02).

Alguns, inclusive, acreditam que a tendência é tão forte e a influência tão presente que, no Brasil, já podemos falar de um sistema “miscigenado”, que não seria nem *civil law* nem *common law*, mas, sim, o *brazilian law* (PEIXOTO, 2015, p. 332). Ainda no sentido dessa tendência, Zavascki sintetiza o pensamento (2017, p. 42):

Não se pode deixar de ter presente, como cenário de fundo indispensável à discussão aqui travada, a evolução do direito brasileiro em direção a um sistema de valorização dos precedentes judiciais emanados dos tribunais superiores, aos quais se atribui, cada vez com mais intensidade, força persuasiva e expansiva em relação aos demais processos análogos. Nesse ponto, o Brasil está acompanhando um movimento semelhante ao que também ocorre em diversos outros países que adotam o sistema da *civil law*, que vêm se aproximando, paulatinamente, do que se poderia denominar de cultura do *stare decisis*, própria do sistema da *common law*. A doutrina tem registrado esse fenômeno, que ocorre não apenas em relação ao controle de constitucionalidade, mas também nas demais áreas de intervenção dos tribunais superiores, a significar que a aproximação entre os dois grandes sistemas de direito (*civil law* e *common law*) é fenômeno em vias de franca generalização

Quanto ao tema, os autores pátrios demonstram a ocorrência da mudança a partir de diversas alterações constitucionais e legislativas que vieram sendo realizadas nas últimas décadas. Mendes destaca que os passos iniciais dessa caminhada foram dados com a Emenda Constitucional n. 16 de 1965, por meio da qual nasceu o controle concentrado de constitucionalidade com decisões do STF vinculantes e *erga omnes*²⁰. Ainda, o autor destaca que esse sistema foi aprimorado pela Constituição Federal de 1988, que ampliou o sistema e criou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) (2008, p. 10).

No mesmo sentido, Zavascki destaca que a Emenda Constitucional n. 45 de 2004 introduziu o art. 103-A, segundo o qual o STF possui a prerrogativa de, de ofício ou mediante provocação, desde que por dois terços de seus membros, editar súmula que irá possuir efeitos vinculantes em relação ao Poder Judiciário e à administração pública em todas as suas esferas. O autor também refere que a mencionada emenda deu origem a mais um requisito para a admissibilidade dos recursos extraordinários, qual seja a “repercussão geral das questões

²⁰ Até então, as disposições referentes ao artigo 52, inciso X, da CFRB/88 também eram aplicadas ao controle concentrado de constitucionalidade. Foi tão somente a partir de 1965 que as decisões em controle concentrado passaram a ter, por si só, eficácia *erga omnes* e vinculantes nos termos da previsão constitucional atual.

constitucionais discutidas”. Segundo ele, esse requisito foi mais um passo em direção à valorização dos entendimentos consolidados pela Corte, evidenciando seu caráter essencialmente objetivo (2017, p. 43).

Essa tendência é igualmente visível no plano infraconstitucional e também vem ocorrendo de longa data. O Código de Processo Civil de 1973 sofreu, a partir de 1994, diversas modificações em direção à força subordinante dos precedentes. Com nova redação, o artigo 557 (corresponde ao artigo 932 da legislação vigente) passou a autorizar que o relator, em decisão monocrática, negue seguimento a recursos em casos nos quais a decisão recorrida estiver adequada com as súmulas ou a jurisprudência dominante dos tribunais superiores ou do respectivo tribunal. Outrossim, o artigo 544 atribuiu ao relator de agravo de instrumento em recurso extraordinário ou especial a competência para desde logo, baseando-se em jurisprudência dos tribunais superiores, conhecer e dar provimento aos recursos.

Diversas outras situações são utilizadas como exemplo por Teori Zavascki para o fim de dar sustentação à tese (2017, p. 48):

No âmbito dos juizados especiais federais, o regime de vinculação dos precedentes dos tribunais superiores vem desde sua origem, com a Lei 10.259/2001. O seu artigo 14, com efeito, criou um mecanismo de “uniformização da interpretação da legislação federal”, de competência de um órgão de caráter nacional (a Turma de Uniformização), cujo referencial último é a observância da “súmula ou jurisprudência dominante do STJ”; Em casos de demandas repetitivas, instalado o incidente, ficam retidos os demais recursos (§§ 5º a 8º), os quais, após definição da interpretação pelo órgão superior, serão julgados nas Turmas Recursais, que poderão exercer o juízo de retratação ou julgá-los prejudicados. Havendo recurso extraordinário, nos juizados, ele será processado e julgado pelo mesmo sistema, de modo que o precedente assim formado terá a força expansiva de impor julgamento idêntico aos demais recursos sobre a matéria decidida. Regime semelhante foi instituído pela Lei 12.153/2009 ao “Sistema dos Juizados especiais dos Estados e do Distrito Federal” (que inclui todos os órgãos dos juizados e não apenas os juizados de fazenda pública – art. 1º): o “pedido de uniformização de lei quando houver divergência entre decisões proferidas por Turmas Recursais sobre questões de direito material”, será julgado, em reunião conjunta das Turmas, sob a presidência de um desembargador (art. 18, § 1º), e será julgado pelo STJ quando “Turmas de diferentes estados derem a lei federal interpretações divergentes ou quando a decisão proferida estiver em contrariedade com a súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, cumpre referir que essa valorização cada vez maior dos precedentes de tribunais superiores, por meio de uma espécie de “objetificação das decisões judiciais” é bastante aceita pelos autores pátrios, especialmente pelos processualistas. Conforme observa Danilo Knijnik, “embora não seja correto dizer que o juiz brasileiro está julgando precedente tanto quanto estaria um norte-americano ou inglês, também será falso afirmar que precedente é uma categoria jurídico-processual estranha ao direito pátrio, ou que tem uma força meramente persuasiva” (2005, p. 59).

Diante de exposição de todas essas mudanças, busca-se demonstrar que o sistema jurídico brasileiro veio sendo constantemente alterado numa tendência de conferir, em cada vez maior extensão, força vinculante aos precedentes das Cortes Superiores. Essa “dessubjetivação” dos julgamentos, segundo Zavascki, “guarda fidelidade absoluta com o perfil institucional atribuído ao STF na seara constitucional e ao STJ no domínio do direito federal, que têm, entre suas principais funções, a de uniformização da jurisprudência” (2017, p. 43).

Mendes afirma que o STF parra a assumir, a cada vez mais, a função de Corte Constitucional, abandonando a função de Corte Revisora, pois dessa forma a Corte passa a não ser mais obrigada a manifestar-se centenas de vezes sobre uma mesma matéria, o que acaba racionalizando o sistema (BRASIL, 2008, p. 14).

Os autores que defendem a tese da abstrativização do controle difuso afirmam que esse fenômeno do ordenamento jurídico brasileiro é capaz de justificar a nova teoria da mutação. Diante dessa ocorrência de “objetificação” das decisões judiciais, a nova interpretação seria mais acertada e fidedigna à realidade atual, pois acompanha a tendência de valorização dos precedentes das Cortes Superiores. Dessa forma, seria plenamente possível falar-se em mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da CFRB/88.

Nota-se que, considerando esse contexto, seria mais harmônico com o atual sistema o entendimento de que as decisões em controle difuso, por si só, possuem efeitos *erga omnes*, haja vista que essa nova compreensão facilita a concretização dos princípios da isonomia, integridade e segurança jurídica tão visados pela atual dinâmica processual brasileira. Por outro lado, o sentido literal da norma se afasta dessa construção, pois mostra-se como um obstáculo à celeridade processual e prejudica a autoridade das decisões do STF.

Percebe-se que esse fundamento está diretamente ligado aos argumentos utilizados por Eros Grau ao defender a ocorrência da mutação. Conforme já destacado no presente trabalho, o autor falava em “distanciamento entre a norma e a realidade” e referia que isso fazia surgir a necessidade de se desenvolver uma interpretação do texto normativo que estivesse em consonância com o atual desenho do ordenamento jurídico pátrio (BRASIL, 2014, p. 75).

Ainda, defende-se que o entendimento trazido pela tese da mutação constitucional é capaz de resguardar a celeridade processual, segurança jurídica, isonomia e coerência e integridade ao ordenamento brasileiro. Diante disso, não haveria espaços para se falar em inconstitucionalidade do entendimento, haja vista que ele resguarda, de forma bastante eficaz, todos esses princípios constitucionais (MENDES, 2008, p. 13).

4.1.2 Da Limitação da aplicação do artigo 52, inciso X, da CFRB/88

Conforme destacado no tópico anterior, o sistema jurídico pátrio passa por uma constante modificação que, a cada vez mais, traz força vinculante aos precedentes das Cortes Superiores. Essa substituição do caráter subjetivo e individual dos julgamentos, que ganharam características típicas de processo objetivo acabou reduzindo significativamente os espaços da atuação do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade, que ocorre por meio do artigo 52, X, da CFRB/88.

A primeira alteração que limitou a área de aplicação desse dispositivo ocorreu com a Emenda Constitucional n. 16 de 1965. Conforme leciona Barroso, a emenda trouxe importante mudança no controle concentrado, pois as sentenças passaram a ter, por si só, eficácia de natureza *erga omnes* e vinculante, dispensando, para esses efeitos, a intervenção do Senado, mesmo que ocorrendo declaração de inconstitucionalidade de preceito normativo (2004, p. 91).

Outrossim, também tornou-se desnecessária a atuação do Senado em arguições de preceito fundamental (ADPF). Com a regulamentação dada pela Lei n. 9.882/1999, as decisões proferidas em ADPF também passaram a ter natureza expansiva *erga omnes* sem a necessidade de intervenção daquela Alta Casa do Congresso Nacional. O artigo 10, parágrafo 3º, do referido diploma legal, prevê que a decisão proferida em sede de ADPF “terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”.

Alguns constitucionalistas também afirmam que a Emenda Constitucional n. 45 de 2004 tornou “sem significado” a atuação do Senado Federal em razão da criação das súmulas vinculantes do STF (MORAES, 2011, p. 1328). Defende-se que, com a publicação da súmula na imprensa oficial, já surgem automaticamente os efeitos vinculantes em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública²¹. Portanto, percebe-se que a própria Constituição trouxe mecanismo capaz de dar eficácia *erga omnes* a decisões proferidas em controle difuso sem a atuação do Senado Federal.

Diante disso, a tendência de “esvaziamento” da competência do Senado Federal no que diz respeito ao controle de constitucionalidade mostra-se, na visão dos autores que defendem a mutação, como uma forte justificativa para a alteração da interpretação do artigo 52, inciso X, da CFRB/88. Considerando que a tendência do constituinte reformador, do legislador e também da própria Corte Constitucional é de dar caráter objetivo ao controle difuso, não

²¹ Art. 103-A, da Constituição Federal de 1988. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

haveria mais espaços para essa atuação da Alta Casa do Congresso Nacional. Assim, a previsão do Senado Federal assentar-se-ia em *razões exclusivamente históricas* (MENDES, 2008, p.11).

4.1.3 O artigo 97 da CFRB/88 e a eficácia vinculantes das decisões do STF aos demais tribunais

Conforme dispõe o artigo 97 da CFRB/88, “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”. Nos termos dessa disposição, quando órgão fracionário de tribunal realizar apreciação de questão envolvendo controle de constitucionalidade, apenas poderá ser declarada inconstitucional a norma por meio de apreciação do plenário ou órgão especial.

Contudo, diante do grande número de casos que passaram a ser analisados pelos tribunais diariamente, muitas vezes já julgados por Cortes Superiores, surgiu o entendimento de que não seria necessária a instauração do incidente em casos de já haver precedentes do STF acerca do tema. Com base no fundamento de compatibilidade com o sentido teleológico da norma, essa nova compreensão veio ganhando cada vez mais força. Dessa forma, os julgadores destacavam que passou-se a prestigiar, “os princípios da segurança jurídica, igualdade perante a lei, da economia processual, da racionalidade dos serviços judiciários e da autoridade do STF, guardião da Constituição” (DIDIER, 2022, p. 548).

A temática foi apreciada pelo STF e aceita, inicialmente, pelo Ministro Ilmar Galvão junto ao Recurso Extraordinário n. 190.727. O julgador, ao proferir voto, sustentou que quando o próprio STF reconhece o vício de inconstitucionalidade em texto normativo, “a autorização para deixar de aplica-lo está sendo conferida pelo guardião máximo da Constituição e, portanto, acaba tornando sem razão de ser, de então em diante, o incidente previsto no art. 97” (BRASIL, 1996, p. 28):

Vieram, a seguir, diversas outras decisões da Corte no mesmo sentido de forma a consolidar o entendimento junto ao STF. Posteriormente, a questão passou a ser prevista, inclusive, na legislação processual: o artigo 949, parágrafo único, do atual Código de Processo Civil traz a desnecessidade de submeter ao pleno ou órgão especial arguição de inconstitucionalidade caso já exista pronúncia do plenário do STF sobre o tema.

Essa evolução da interpretação do artigo 97 da CFRB/88 foi bastante elogiada pelos processualistas brasileiros, os quais destacam que dessa forma evita-se a ocorrência de diversas sessões monótonas de julgados de mesma natureza e, além disso, prestigia a autoridade das

decisões das Cortes Superiores. Freitas acrescenta que o pronto acatamento das decisões judiciais das Cortes Superiores revela-se “decorrência lógica dos princípios fundamentais que regem o direito, notadamente a segurança das relações jurídicas, unicidade da jurisdição, moralidade, confiança e economicidade ou eficiência” (2014, p. 178).

Para os defensores da ocorrência da mutação constitucional esse é mais um fator importante de ser observado. Segundo Mendes, a construção traz à tona a tendência de uma eficácia expansiva das decisões proferidas em sede de controle difuso pelo STF, que passam a ter, de imediato, sua *ratio decidendi*, aplicada aos casos apreciados pelos tribunais do país (BRASIL, 2014).

4.1.4 As decisões do STF em controle difuso de constitucionalidade e a impossibilidade de aplicação do artigo 52, inciso X, da CFRB/88

Outro fundamento trazido por Mendes no intuito de evidenciar que a atual compreensão do artigo 52, inciso X, da CFRB/88, *assenta-se hoje em razões meramente históricas*, é o fato de que o instituto não seria capaz de assegurar eficácia geral e vinculante a toda gama de decisões que hoje são proferidas pelo STF (BRASIL, 2014). Segundo o autor, há decisões nas quais aquela Corte não declara a inconstitucionalidade de uma lei, mas limita-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta.

Explica o ministro que “isto se verifica quando o Supremo Tribunal afirma que dada disposição há de ser interpretada desta ou daquela forma”, superando entendimento anterior (BRASIL 2014, p. 28). Nessa linha, conclui que não se tratando de declaração de inconstitucionalidade, não seria possível falar em intervenção do Senado, restando o tema aberto para controvérsias, pois não haveria mecanismos capazes de trazer efeitos vinculantes a essa decisão (BRASIL, 2014).

Exemplificando, o ministro traz a situação na qual o STF restringe o significado de uma expressão literal ou acaba colmatando uma lacuna contida na legislação. Nesses casos, também não ocorre a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, mas tão somente destaca que certa interpretação é compatível com o texto constitucional, determinando, em alguns casos, restrições ou complementos. Dessa forma, surge uma situação que não permite a declaração de efeitos vinculantes por parte da Alta Casa do Congresso Nacional (MENDES, 2008).

Outro interessante exemplo é evidenciado por Mendes (BRASIL, 2014):

Mencionem-se, ainda, os casos de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, nos quais se explicita que um significado normativo é inconstitucional sem que a expressão literal sofra qualquer alteração. Também nessas hipóteses, a suspensão de execução da lei ou do ato normativo pelo Senado revela-se problemática, porque não se cuida de afastar a incidência de disposições do ato impugnado, mas tão-somente de um de seus significados normativos.

Com base nisso, busca-se demonstrar que, considerando a complexidade do atual modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, a previsão do dispositivo em análise não é capaz de abarcar todas as situações que podem vir a ocorrer. Nesse viés, a literalidade da norma não permite que seja dada eficácia *erga omnes* a diversas decisões que são proferidas pelo STF, o que prejudica a autoridade das decisões da Corte e impede que seja dada efetividade aos princípios da isonomia, celeridade e segurança jurídica.

Devidamente apresentados os argumentos favoráveis à tese, em sequência, serão trazidos os fundamentos capazes de evidenciar algum impeditivo à sua aplicação no contexto brasileiro. Dessa forma, será possível, ao final, realizar uma síntese com o objetivo de responder ao questionamento inicial que diz respeito à compatibilidade da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da CFRB/88 com a Constituição Federal.

4.2 LIMITES DA APLICAÇÃO DA TESE DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO PERANTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

4.2.1 A mutação constitucional como um pretexto para *decisionismos* do Supremo Tribunal Federal. A inaplicabilidade do conceito ao cenário atual.

Conforme já referido no presente trabalho, os autores que inicialmente defenderam a existência de uma mutação constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam Mendes e Grau, fizeram referência aos clássicos juristas alemães que deram origem à teoria. Em razão disso, para uma melhor compreensão do fenômeno, foi estudado junto ao capítulo dois esse fator histórico e quais seriam os conceitos originários de mutação para os autores que inspiraram os ministros – Jellinek, Dau-Lin e Laband.

Contudo, a inspiração nos positivistas alemães²² é alvo de críticas por diversos estudiosos brasileiros, afinal, conforme amplamente referido, o conceito de mutação

²² Em que pese um dos autores mencionados, Hsü-Dau-Lin, ter nacionalidade japonesa, o estudioso graduou-se em direito pela Universidade Humboldt de Berlim e teve toda sua produção acadêmica voltada ao constitucionalismo alemão. Em razão disso, o autor é qualificado, no presente trabalho, como “positivista alemão” para facilitação da compreensão do leitor.

constitucional foi desenvolvido em uma época na qual reinava o positivismo jurídico puro. Não suficiente, o direito era visto por uma ótica essencialmente formalista de forma que separava a dimensão político-social da jurídica. Mesmo tendo ocorrido uma reformulação do conceito por Mendes e Grau, muitos criticam a utilização da teoria em razão de uma total “incompatibilidade” da mutação constitucional com a realidade contemporânea.

Nesse sentido, na visão de autores como Streck, Cattoni de Oliveira e Lima, não há qualquer possibilidade de utilizar como base esse antigo fenômeno do constitucionalismo alemão para justificar interpretações constitucionais atuais (2008, p. 14). Os autores destacam a inaplicabilidade da mutação constitucional a um contexto de Estado Democrático de Direito, tendo em vista que, à época, inexistia qualquer preocupação com o caráter principiológico do direito (2008, p. 15).

Outrossim, a fragilidade da teoria da mutação constitucional trazida pelos positivistas já era denunciada por Konrad Hesse em razão da “fraqueza de sua construção teórica” (HESSE, 2019). Nesse sentido, Pedron destaca que Hesse “abaliza a impossibilidade de uma solução jurídica para problemas que ensejam uma influência da realidade sobre a norma e aponta uma falha no esclarecimento jurídico e no estabelecimento de limites para a mutação constitucional” (HESSE, 2019 apud PEDRON, 2021, p. 07).

Ademais, relembrem os autores que os conceitos sequer eram compatíveis com o instituto do controle de constitucionalidade. Nesse sentido, Urrutia destaca que os autores clássicos, inclusive, rejeitavam qualquer possibilidade de controle de constitucionalidade de leis ou atos por parte do judiciário, tendo em vista que caberia a este tão somente aplicar a norma ao caso concreto (2000, p. 108).

No mesmo sentido, leciona Carvalho Netto (2009, p. 41):

[...] pode-se afirmar que a assunção desse descompasso entre a norma e a realidade como portador de relevância jurídica limita-se a um contexto histórico em que se compreendia a Constituição como um mero instrumento normativo, e revela a ignorância acerca dos processos de continuidade e de descontinuidade ao longo dos diferentes contextos históricos em que o conceito é empregado, de maneira que a transposição dessa construção teórica para a atualidade evidencia anacronismo e prevalência de uma prática constitucional típica de uma ordem autocrática, desconsiderando o processo de evolução do direito e do Estado ao longo dos eventos históricos e ferindo a aura de supremacia que se deve revestir a Constituição para que seja capaz de legitimar e de articular o Estado que nela se assenta.

Nesse contexto, surgem duras críticas ao posicionamento do STF, falando-se, inclusive, em “invenção” da teoria por parte da Corte (PEDRON, 2019, p. 148):

Valendo-se do argumento da mutação constitucional, o STF tem enunciado a sua legitimidade para modificar a determinação do poder constituinte e substituir a norma constitucional por outra, criada pelo próprio Tribunal. Nesse sentido, diferente da teoria desenvolvida na Alemanha, essa mutação constitucional à brasileira não ocorre no seio social e é reconhecida ou declarada pelo Judiciário, mas é originalmente constituída por ele que, antecipando o Poder Constituinte de Reforma, modifica a norma constitucional. Constata-se, pois, um resgate da escola do realismo jurídico na medida em que, ao fim e ao cabo, a Constituição passa a ser o que o STF diz que é ou, em outra abordagem, com Maus, transforma-se no superego de uma sociedade órfã que, com base em uma racionalidade solipsista, determina os padrões de comportamento desejáveis. Nesse contexto, em que os conceitos jurídicos se indeterminam, e rupturas e violações são cometidas pelo órgão oficial que deveria assumir a responsabilidade de defender os princípios democráticos, encontra-se virtualmente diante de um ambiente excepcional, de um campo e da vida nua

Em razão desse “anacronismo” causado pela grande distância entre a forma como se compreendia o direito no império alemão e como entendemos hoje, diversos autores²³ sustentam que não é viável a utilização, na atualidade, de uma teoria de mutação constitucional, mesmo com a renovação do conceito. Nesse viés, afirmam que a defesa da possibilidade de existência de mutação constitucional, especialmente pelo STF, e sua aplicação como argumento de decisão “ignora o problema hermenêutico e finda por acobertar o decisionismo do Supremo Tribunal Federal”. (PEDRON; OMMATI; SOARES, 2021, p. 8).

4.2.2 Da inexistência de tempo hábil para falar-se em mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da CFRB/88 – incompatibilidade entre a Constituição Federal de 1988 e as alterações informais

Conforme já explicado no presente trabalho, a mutação constitucional é uma espécie de alteração “informal” da constituição (remete-se o leitor ao exposto no subcapítulo 2.2). Isso ocorre em razão de tratar-se de um fenômeno hermenêutico, pois a alteração da norma acontece por meio de uma modificação no seu sentido em razão de uma nova forma de interpretação. Diante disso, haja vista inexistir atuação do poder constituinte reformador, a doutrina conceitua o fenômeno como alteração informal da constituição.

²³ Nesse sentido: Lênio Streck, Martonio Mont’Alverne Barreto Lima, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (STRECK, Lênio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso. Op. cit., p. 60-61.); Melenick Carvalho Netto (CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Org.). Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 26.); e Flávio Quindad Pedron (PEDRON, Flávio Quinaud. A teoria da história de Reinhart Koselleck como proposta de metodologia para a História do Direito. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ, Belo Horizonte, ano 15, n. 22 p. 35-58, jul./dez. 2017, p. 55.)

Nesse contexto, para autores como Samuel Fonteles, o fenômeno da mutação constitucional, nos termos do trazido pela doutrina pátria, é bastante harmônico – e possivelmente inspirado – com a Doutrina da *Árvore Viva*, utilizada pela Corte Constitucional do Canadá e dos Estados Unidos (2021, p.36).

Segundo o autor, essa doutrina diz respeito à necessidade de ver a Constituição não como um “fóssil imutável”, mas sim como um “organismo vivo”, tal como uma árvore que cresce e se expande para “alcançar novos valores sociais” (2021, p. 37). Em razão disso, a própria Corte Constitucional desses países realiza alterações no sentido das normas, tratando-se, portando, de uma forma de alteração informal da constituição muito similar ao que os juristas brasileiros chamam hoje de “mutação constitucional”.

A ideia é bastante interessante, pois justificaria essa alteração do significado texto, pelos próprios julgadores, em razão da necessidade de busca por esses novos valores e modificações sociais que surgem ao longo dos anos. Percebe-se, inclusive, que a visão vai ao encontro dos fundamentos trazidos por Grau ao desenvolver o conceito de mutação constitucional, que mencionava uma “incompatibilidade entre a norma e a realidade atual”. Esse fundamento, que diz respeito a um suposto “distanciamento entre a norma e a realidade” também é sustentado por Mendes (2008, p. 14) e outros autores que defendem a ocorrência da mutação.

Ocorre que, segundo Fonteles, esses argumentos, normalmente utilizados nos Estados Unidos e no Canadá para justificar as alterações informais da Constituição, estão intimamente ligados com características intrínsecas àqueles sistemas. O autor menciona o caso dos Estados Unidos destacando as seguintes especificidades do país: a) a constituição é a mesma desde 1787; b) o processo de alteração da constituição norte-americana é extremamente complexo, pois depende da anuência de três quartos dos entes da federação, que se manifestam por meio de seus parlamentos, além de um consenso de dois terços dos congressistas (2021, p. 37).

Justamente em razão da dificuldade para alterações – em uma constituição que possui mais de 230 anos de idade – passou-se a defender que sua interpretação deveria ser realizada “à luz de valores atuais de modo a acompanhar as mudanças da sociedade”, daí surgindo a possibilidade de alterações informais de seu texto por meio de interpretação (FONTELES, 2021, p. 38). Afinal, não faria sentido que “pessoas vivas fossem governadas por pessoas mortas, sobretudo quando o documento que as governa é oriundo do século XVIII e sua alteração afigura-se tão tormentosa” (FONTELES, 2021, p. 38).

No mesmo sentido, Daniel Sarmiento refere que essas formas de alteração informal da constituição, gênero da qual a mutação constitucional é espécie, normalmente surgem em

ordenamentos jurídicos nos quais as condições são similares as percebidas nos Estados Unidos: Constituições bastante antigas que demonstram grandes obstáculos para a realização de reformas trazem esse tipo de necessidade. Em cenários como esse, surgem teorias como a Doutrina da *Árvore Viva*, pois, de fato, há uma distância entre a norma e a realidade.

No entanto, a realidade brasileira é bastante distinta, o que tornaria injustificável a utilização desse mesmo discurso em nosso país. Conforme relembra Fonteles, no Brasil, a Constituição possui pouco mais de 30 anos. Outrossim, muitos dos responsáveis pela constituinte ainda estão entre nós: Luís Inácio Lula da Silva, Michel Temer, Aécio Neves, Geraldo Alkmin e Nelson Jobim (FONTELES, 2021). Não suficiente, o processo de edição da CFRB/88 é muito mais simples, tanto que, todos os anos, vemos diversas emendas constitucionais sendo realizadas.

Em razão disso, especialmente considerando ser recente a Constituição Federal de 1988, bem como plenamente possível a edição de emendas constitucionais buscando a “atualização” de seu texto, autores como Fonteles compreendem não ser válidos os fundamentos expostos por Mendes e Grau. Nem vinte anos após a edição da CFRB/88, Mendes já falava em mutação constitucional, o que seria inadmissível. Ademais, essas “alterações informais” das constituições surgem em contextos totalmente distintos do brasileiro, não sendo possível utilizá-las em nosso sistema jurídico.

Com base nesses fundamentos, conclui Fonteles que não seria possível falar em mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da CFRB/88, e, indo além, sequer reconhece a possibilidade de toda e qualquer “mutação constitucional” no ordenamento jurídico brasileiro, pois a realidade pátria demonstra que temos suficientes institutos – tais quais as reformas constitucionais –, que são de fácil acesso, para a alteração das normas da Carta Maior.

Nesse sentido, em caso de a norma prevista no artigo 52, inciso x, da CFRB/88, realmente não ser mais compatível com a atualidade, o contexto brasileiro demonstra ser necessária a utilização dos meios formais de edição da constituição, em razão de todos os fundamentos supra expostos. Se não, vejamos: (FONTELES, 2021, p. 43):

Ora, quando se diz “necessidade de uma mutação constitucional”, a expressão já denota que a Constituição “precisa mudar”, o que é bem diferente de dizer que ela mudou. Se assim o é, e talvez realmente seja, por que não ter a humildade de solicitar isso a quem de direito – os parlamentares? A CFRB/88 foi emendada 108 vezes. No momento em que proclamada “tal mutação constitucional”, havia pelo menos 14 propostas de emenda à Constituição tramitando no Congresso Nacional.

Diante disso, Fonteles entende que a “mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da CFRB/88” é tão somente uma forma da Corte justificar a realização de uma alteração no sentido de norma constitucional para que esta esteja de acordo com a compreensão moral dos ministros (FONTELES, 2021). Nesse contexto, o STF estaria usurpando competência que, tanto pela previsão constitucional quanto pela praxe democrática, em nosso país sempre foi do poder constituinte reformador.

4.2.3 Da efetiva utilização da prerrogativa pelo Senado Federal

O Ministro Joaquim Barbosa, ao inaugurar seu voto junto à Reclamação Constitucional n. 4.335, trouxe à tona interessante problemática acerca da utilização da tese da mutação constitucional. Conforme destacou, mesmo os autores que aceitam a utilização dessa forma de alteração informal da constituição aduzem que há alguns requisitos que devem ser observados para sua aplicação (BRASIL, 2014, p. 100).

O principal desses requisitos seria o efetivo “desuso” da norma constitucionalmente prevista, que faria surgir uma efetiva necessidade de mudança de sua interpretação (BRASIL, 2014, p. 100). Afinal, com a presença de tal fator, poder-se-ia, inclusive, confirmar a tese do Ministro Gilmar Mendes acerca da presença do dispositivo na Constituição por “razões meramente históricas”, dada a não utilização de sua competência pela Alta Casa do Congresso Nacional (2008, p. 13).

Contudo, na prática, o que se vê é um cenário totalmente distinto disso. Conforme análise feita por Barbosa em seu voto, desde 1998 até 2008 já haviam sido proferidas cem resoluções do Senado Federal em razão de declarações de inconstitucionalidade comunicadas pelo STF (BRASIL, 2014, p. 100). No mesmo sentido, foram realizados diversos outros estudos que buscavam compreender a efetiva utilização da prerrogativa pelo Senado Federal. Destaca-se, desde já, que esses estudos tiveram resultados similares ao exposto pelo ministro.

Carlos Victor Nascimento dos Santos realizou, em 2010, interessante análise empírica para identificar se o Senado Federal utilizava efetivamente a competência concedida pela Constituição Federal, em seu art. 52, X. Para o estudo, o pesquisador analisou o número total de todos os recursos extraordinários julgados pelo STF de 1989 até 2009, bem como a quantia de resoluções do Senado Federal suspendendo normas declaradas inconstitucionais pela Corte nessa mesma época (SANTOS, 2010, p. 04).

Os resultados da pesquisa vão ao encontro das exposições trazidas por Joaquim Barbosa (SANTOS, 2010, p. 13):

Conforme foi exposto anteriormente, dos 97.130 recursos extraordinários providos, total ou parcialmente, pelo Plenário do STF, apenas em 136 houve efetiva comunicação de suas decisões ao Senado Federal, mesmo com o art. 178 do Regimento Interno do STF considerando tal postura como um dever. Isto é, dos recursos extraordinários analisados e providos, total ou parcialmente, apenas 0,1% teve sua decisão comunicada ao Senado. Na verdade, o próprio Supremo Tribunal Federal não está cumprindo com o seu Regimento Interno, ao qual deveria comunicar tais decisões ao Senado. Tal postura nos permite indagar se a argumentação utilizada ao se defender a desnecessidade de expedição de resolução pelo Senado, para suspender eficácia de norma declarada inconstitucional no controle difuso, não seria uma forma de o STF inutilizar a competência conferida pelo art. 52, X, da Constituição. Isso porque as expedições de resoluções por parte do Senado para o uso efetivo do art. 52, X, da Constituição ocorrem a partir da comunicação das decisões do STF ao Senado Federal. A partir do momento em que tais comunicações não são feitas, o Senado fica impossibilitado de fazer uso da sua competência constitucional.

Os dados apresentados nos levam à conclusão de que não estariam preenchidos os requisitos necessários para se falar em “autêntica mutação constitucional” do artigo 52, inciso X, da CFRB/88, tendo em vista a efetiva utilização da competência pelo Senado Federal. Ademais, trazem força à ideia de que, com a tese, o STF estaria buscando, tão somente, justificar interpretação que, na prática, não seria compatível com o texto constitucional ou com a dinâmica do controle de constitucionalidade brasileiro.

Diante de toda a exposição realizada, a confrontação entre os argumentos favoráveis e contrários à tese aqui expostos nos permite o desenvolvimento de uma síntese acerca do tema, que será realizada no subcapítulo subsequente.

4.3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO UMA ALTERNATIVA INCOMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Nos termos do que destaca Zavascki, é inegável e persistente a caminhada do direito brasileiro no rumo da valorização dos precedentes judiciais, especialmente no que concerne às decisões dos Tribunais Superiores (BRASIL, 2014, p. 151). Ademais, conforme demonstrado supra, diversas alterações – legislativas e jurisprudenciais – que vieram ocorrendo desde a promulgação da Constituição de 1988 evidenciam a nova realidade. Essa tendência, somada à notória necessidade de conferir maior celeridade ao Poder Judiciário brasileiro, que cotidianamente luta contra um alto número de demandas judiciais, torna bastante sedutora a tese da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da CFRB/88.

No entanto, em que pese as “boas intenções” dos autores que defendem o fenômeno, questiona-se: Não se está tentando lançar mão de um conceito teórico típico da crise do

positivismo para solucionar o que parece ser um problema do tempo atual? Ademais, deve-se acatar uma tese que possui, como base, argumentos que parecem se apoiar apenas em uma racionalidade instrumental? Em razão de todo o exposto ao decorrer do presente trabalho, entende-se que não.

Inicialmente, importante considerar que a mutação constitucional nasce com o positivismo teórico alemão de Laband, Jellinek e Dau-Lin, corrente essencialmente formalista que afasta-se de uma dimensão principiológica inerente ao Estado Democrático de Direito (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 2008, p. 12). O contexto histórico que deu origem à mutação constitucional não guarda qualquer relação com a realidade que vivemos hoje, na qual a constituição possui papel ativo fundamental (PEDRON, 2021, p. 18). Nesse sentido, a utilização da teoria pelo STF acaba evidenciando que esse conceito surge apenas de forma a justificar uma tentativa de alteração informal da constituição pela Corte que usurpa a competência constitucionalmente garantida ao Senado Federal.

Além disso, também é necessário fazer questionamentos acerca de sua natureza. Nos termos do exposto, a mutação constitucional é indiscutivelmente espécie de alteração informal da constituição, tendo em vista tratar-se de mudança de significado da norma por meio de interpretação judicial. Em que pese esse conceito seja aceito em países como os EUA, isso se dá em razão de contextos bastantes distintos do brasileiro. Isso porque as alterações informais das constituições surgem em razão da existência de constituições muito antigas e que possuem trâmites extremamente complexos para sua alteração, o que não ocorre no Brasil (SARMENTO, 2014).

Conforme referido, fala-se em alterações informais da constituição em países como os Estados Unidos e Canadá, nos quais as constituições são bastante antigas e possuem um processo muito restrito de alteração, o que dificulta que suas normas acompanhem as mudanças do tecido social (FONTELES, 2021, p. 43). Diante disso, surgem teorias hermenêuticas como a da “Árvore Viva” que visam a tornar a Constituição compatível com a atualidade por meio de uma reinterpretção (FONTELES, 2021, p. 43). Ainda que nesses países seja plenamente justificável a utilização dessas ferramentas, no Brasil, vive-se uma realidade totalmente distinta.

Em nosso país, a Constituição Federal de 1988 foi promulgada há pouco mais de 30 anos. Também, as alterações por meio de emendas constitucionais não são apenas viáveis, mas bastante comuns. Nesse cenário, essas “alterações informais” perdem espaços para a atuação do constituinte reformador, que além de possuir legitimidade constitucional para esse tipo de modificação, é quem, cotidianamente, realiza essas modificações no contexto brasileiro

(SARMENTO, 2014). Em decorrência disso, além dessas alterações não guardarem respaldo na constituição, também estão totalmente alheias à realidade brasileira.

Nesse viés, entende-se que surgem dois grandes problemas relacionados à mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da CFRB/88. O primeiro deles diz respeito à possível inconstitucionalidade do entendimento em razão de que o STF extrapola sua competência e passa a “legislar” acerca da temática de controle de constitucionalidade, substituindo o constituinte reformador. O segundo diz respeito aos fundamentos utilizados para tanto, pois o fenômeno possui como base um conceito teórico típico da crise do positivismo e, agravando mais a situação, nasce como uma espécie de “alteração informal” da constituição que nem sequer pode ser aceita ordenamento pátrio.

Diante disso, conclui-se que, em que pese a “mutação constitucional” seja uma teoria aceita por parcela dos autores brasileiros, não é compatível com a Constituição Federal de 1988, especialmente em razão dos mencionados problemas referentes à sua origem e natureza (FONTELES.2021). Ademais, a possibilidade de o Poder Judiciário alterar de forma tão significativa o sentido de qualquer norma constitucional em razão de uma “necessidade do contexto fático atual” acaba por legitimar a usurpação da competência do constituinte reformador, que seria originalmente responsável por esse tipo de mudança.

A teoria da mutação constitucional, especialmente em razão de sua origem histórica, justifica tais alterações pelo Poder Judiciário, o que compreende-se não compatível com o atual cenário de um Estado Democrático de Direito. Nesse viés, entende-se que cabe ao STF tão somente realizar reinterpretações das normas a partir dos princípios e das disposições já constitucionalmente postas, por meio de uma interpretação construtiva, deixando as inovações normativas para o constituinte reformador, que possui competência para tanto.

Exemplo interessante dessa atuação aqui defendida como correta é o julgamento da ADPF 132, que equiparou as relações entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis entre homens e mulheres. Ao apreciar o caso, os ministros não usaram como justificativa o argumento de que os homossexuais deveriam ser constitucionalmente protegidos a partir de um novo arranjo da realidade social. Na verdade, foi demonstrado que não se tratava de uma inovação²⁴,

²⁴ Em análise do julgamento, Flávio Pedron destaca: “A conclusão a que chegou o STF não pode ser compreendida como um ato de criação ou de inovação dentro da ordem jurídica. A tese da interpretação construtiva, explica Dworkin (2007, p.24), afirma que, muitas vezes, o dever de colocar à sua melhor luz um direito deve envolver um ato de aperfeiçoamento deste, apenas deixando explicitar uma compreensão que poderia se justificar em uma melhor leitura de um princípio que já estaria assentado na ordem jurídica. [...]. Com isso, o conceito de uma mutação constitucional deve ser afastado, por não representar a melhor leitura que o próprio direito pode fazer de si. Aliás, é na proposta de adoção de uma interpretação construtiva, fazendo uso dos princípios jurídicos, que o direito pode cumprir suas próprias ambições. Aqui, ao invés de tratar os fatos como elementos externos e estranhos ao universo jurídico, Dworkin ensina que os fatos também são objeto de interpretação, e mais, as mudanças

mas que a ordem constitucional brasileira, em sua estrutura mais básica, já se mostrava contrária ao tratamento discriminatório, sem qualquer menção às mutações constitucionais (PEDRON, 2019).

Não suficiente, mesmo que se aceitasse o fenômeno da mutação constitucional sem tecer críticas ao conceito em si, estar-se-ia diante de uma “autêntica mutação constitucional” no que diz respeito ao artigo 52, inciso X, da CFRB/88? Novamente compreende-se que não. Conforme exposto no capítulo dois, há alguns requisitos trazidos pelos próprios autores que aceitam a teoria da mutação constitucional, como o descompasso da norma com a realidade em razão de seu desuso. No entanto, não é o que percebemos no caso em análise. Nos termos do estudo empírico trazido, o Senado Federal, em regra, realiza a edição de resoluções nos casos de efetiva comunicação pelo STF (SANTOS, 2010, p. 04).

Indo além, as exposições trazidas ao longo deste trabalho são capazes de demonstrar que a competência do Senado Federal em relação ao controle de constitucionalidade não é uma mera coincidência, o que afasta a ideia de que o dispositivo ainda existe tão somente “por razões exclusivamente históricas”. No capítulo um, ao estudar especificamente essa prerrogativa do Senado Federal, foram analisadas as atas das comissões da Assembleia Constituinte. As disposições do artigo 52, inciso X, no texto constitucional foram debatidas, tendo os constituintes concluído que seria de grande valia prestigiar a atuação do Senado Federal em razão da harmonia entre os três poderes (BRASIL, 1987, p. 155).

Nesse sentido, Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2008, p. 4) afirmam justamente que a proposta de mutação constitucional do dispositivo ignora que aquela Alta Casa do Congresso Nacional é composta por representantes eleitos pelo povo brasileiro que exercem uma função importante no que toca à legitimidade democrática, haja vista o debate público que a questão decidida pelo STF poderá promover. Diante disso, critica-se o entendimento em razão de que ele viola o Princípio da Separação dos Poderes e afeta a harmonia entre eles.

Portanto, com base no exposto, entende-se que a teoria da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da CFRB/88 é incompatível com a Constituição Federal. Isso ocorre em razão de que a ideia de “mutação constitucional”, por si só, não é compatível com a Carta Constitucional brasileira e, além disso, mesmo se o fenômeno fosse aceito, compreende-se que não seria possível falar-se em “autêntica mutação constitucional” no que diz respeito a esse caso específico.

interpretativas na aplicação do direito aos moldes de um romance em cadeia, na verdade, nada tem de novo (PEDRON, 2019, p. 201)”.

5. CONCLUSÃO

A necessidade de conferir maior celeridade ao Poder Judiciário Brasileiro, somado à tendência de valorização dos precedentes judiciais que vem ocorrendo em nosso ordenamento jurídico, fez surgir a tese da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da CFRB/88. Com base em argumentos essencialmente instrumentalistas, Gilmar Mendes trouxe à tona essa teoria baseada no positivismo clássico do Império Alemão, que veio a ganhar notoriedade junto ao STF com o julgamento da Reclamação Constitucional 4.335, na qual Mendes e Eros Grau defenderam a nova interpretação (BRASIL, 2014).

Em seu sentido originário, o dispositivo mencionado traz que, após declaração de inconstitucionalidade de norma pelo STF em controle difuso, cabe ao Senado Federal editar resolução suspendendo os efeitos da lei, para o fim de que o julgamento proferido pela corte produza efeitos *erga omnes*. No entanto, a tese da mutação constitucional diz respeito a ocorrência de uma alteração no sentido da norma em razão de modificação interpretativa realizada pelo STF.

A partir disso, sustenta-se que o artigo 52, inciso X, da CFRB/88 passa a ter um novo sentido. Em razão da ocorrência de uma mutação constitucional, as decisões do STF em controle difuso passariam a ter, de imediato após sua publicação, efeitos *erga omnes* vinculantes, cabendo ao Senado Federal tão somente dar publicidade às decisões por meio de resoluções. A tese foi ganhando notoriedade junto ao STF até que, em 2019, por meio do julgamento da ADI 3.406, foi aceita pela maioria dos ministros da Corte (BRASIL, 2019), o que demonstra a relevância das discussões acerca da temática.

No entanto, com o surgimento da teoria da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, do STF, vieram à tona também diversas críticas a essa construção, especialmente voltadas à origem da teoria, sua natureza e possível inconstitucionalidade. É justamente essa discussão que deu origem ao presente trabalho: compreender se a tese da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, é compatível com a Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, foram traçados alguns objetivos iniciais, como compreender a origem da tese junto ao Direito Público do Império alemão e suas diferenças em relação ao conceito atual de mutação constitucional, bem como verificar qual a aceitação da tese atualmente pelo STF. Após alcançar tais objetivos junto aos capítulos dois e três, foi possível realizar a apresentação de argumentos favoráveis e contrários à tese, de forma a encontrar uma síntese capaz de responder o questionamento inicialmente realizado.

Dessa maneira, foi possível concluir que a teoria da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da CFRB/88 é incompatível com a Constituição Federal. Tal conclusão foi baseada em duas premissas: primeiro, entende-se que a “mutação constitucional” por si só não é compatível com a Constituição Federal, especialmente em razão de sua origem histórica e natureza; e, além disso, mesmo se a ideia fosse aceita, compreende-se que, no caso específico estudado no presente trabalho, não se está diante de “autêntica mutação constitucional” em razão das especificidades do contexto brasileiro.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista da ESMEC**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 13-100, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI 12**. Ação direta de inconstitucionalidade. Tendo sido a redação do artigo 4º da Lei Nº 1.116, de 09 de dezembro de 1988, do Estado de Santa Catarina alterada pelo artigo 1º da Lei nº 10.527, de 30 de setembro de 1997, do mesmo Estado, ficou prejudicada a referida ação direta por perda de seu objeto, uma vez que já se firmou a orientação desta Corte no sentido de que o interesse de agir, em ação direta de inconstitucionalidade, só existe enquanto estiver em vigor a norma jurídica impugnada. Questão de ordem que se resolve dando-se por prejudicada a presente ação direta de inconstitucionalidade. Relator: Ministro Moreira Alves, 13 de dezembro de 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Mandado de Segurança 16.512/DF**. Resolução do Senado Federal suspensiva da execução de norma legal cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal. Inconstitucionalidade da segunda resolução daquele órgão para interpretar a decisão judicial, mudificando-lhe o sentido ou lhe restringindo os efeitos. Pedido de segurança conhecido como representação, que se julga procedente. Relator: Ministro Oswaldo Trigueiro, 25 de maio de 1966. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur152462/false>. Acesso em: 24, ago. 2022. p. 23.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação Constitucional 4.335/AC**. Reclamação. Progressão de regime. Crimes hediondos. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. Reclamação julgada procedente. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 20 de março de 2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2381551>. Acesso em: 24, ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADPF 132**. Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. Homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural. Liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Cláusula pétrea. Relator: Ministro Ayres Brito, 05 de maio de 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur200015/false>. Acesso em: 24, ago. 2022.

BRASIL. Assembleia Constituinte. **Atas de Comissões da Assembleia Nacional Constituinte**. Brasília: Congresso Nacional. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/sistema.pdf>. Acesso em: 6 de jun. de 2022.

BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. **Revista de informação Legislativa do Senado Federal**. Brasília, v. 13, n. 50, p. 55-64, 1976. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181304>>. Acesso em: 18, ago., 2022.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CALAMANDREI, Piero. Discurso proferido durante a sessão de 27/11/1947 da Assembleia Constituinte que redigiu e aprovou o texto da Constituição italiana. Disponível em: <http://legislatureprecedenti.camera.it/>. Acesso em: 20 set. 2022.

CARVALHO, Renan Flumian de. **Qual é o Conceito de Mutação Constitucional para os Ministros do STF?**. 2009. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) Acesso em: 24/08/2022. Disponível em <<https://sbdp.org.br/publication/qual-e-o-conceito-de-mutacao-constitucional-para-os-ministros-do-stf/>>.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución**. Tradução de Pablo Lucas Verdú e Cristian Förster. 1. Ed. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

DIDIER, Fredie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação a decisões judiciais**. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

FONTELES, Samuel Sales. **Direito e BlackLash**. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 2. Ed. São Paulo: Malheiros. 1999.

HESSE, Konrad. **Limites da Mutação Constitucional: Temas Fundamentais de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na Constituição. **Revista de Direito Administrativo da FGV**, São Paulo, v. 188, p. 14–35, 1992. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45104>. Acesso em: 23 ago. 2022.

JACOBSON, Artur J. e SCHLINK, Bernhard. **Weimar: A Jurisprudence of crisis**. Califórnia: Berkeley, 2000. p. 144.

JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de La Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1. ed. 1991.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, n. 141, p. 99-109, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, nº 179, jul./set., 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PASSCHIER, Rijer. **Informal constitutional change**: Constitutional change without formal constitutional amendment in comparative perspective. 2017. Tese de doutorado. (Doutorado em Direito). Institute of Public Law, Faculty of Law, Leiden University, 2017. Disponível em: <https://scholarlypublications.universiteitleiden.nl/handle/1887/57133>. Acesso em: 23, ago. 2022.

PEDRON, Flávio Quinaud. A mutação constitucional no direito público alemão: contribuições de Laband e Jellinek. **Revista Quaestio Iuris**, v. 12, n. 3, p. 190-211, 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/39557>. Acesso em: 23, ago. 2022.

PEDRON, Flávio Quinaud. O julgamento da Reclamação nº 4.335-AC e o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade. **Revista de informação legislativa**: Brasília, v. 52, n. 207, p. 213-237, 2015.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar; SOARES, João Paulo. A (re)descoberta da teoria da mutação constitucional pelo STF: indícios de um estado de exceção? **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 86, p. 205-221, 2021.

PEDRON, Flávio Quindad. **A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico**: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade. 2019. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019.

PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvidos pelo CPC/15. Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (distinguishing) e da distinção inconsistente (inconsistent distinguishing). **Revista de Processo RT**, São Paulo, v. 248, p. 332, out. 2015.

SANCHEZ URRUTIA, Ana Victoria. Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de La Constitución: una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**. n. 85, 2000. p.105-135.

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur. 2021.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 32.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. **Argumenta Journal Law**, v. 7, n. 7, p. 45-68, 2007.

TEODORO JÚNIOR, Humberto. A forçá do precedente no Direito Processual Civil brasileiro: regime p s-CPC/2015. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 14, n. 80, p. 5-28, 2017.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. Mutação constitucional do controle difuso no Brasil? Uma análise do papel do Senado diante do art. 52, X, da Constituição. **Coleção Jovem Jurista**, Rio de Janeiro, v. 1, p.151-202, 2010.

VAINER, Bruno Zilberman. Breve histórico acerca das constituições do Brasil e do controle de constitucionalidade brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 16, n. 1, p. 161-191, 2010.

VALÉRIO, Guilherme Lucas; BENFATTI, Fábio Fernandes Neves. Abstrativização do controle incidental, a eficácia das decisões e a mutação constitucional do art. 52, X da CF: uma resposta às críticas. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 5, n. 1, p 111- 127, 2020. Disponível em: < <http://revistaidcc.com.br/index.php/revista/article/view/68> > Acesso em: 06 jul. 2022

ZAVASKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenç as na jurisdição constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2017.