

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
JÉSSICA MARCELA OLIVEIRA SILVA**

**OS LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL:
Análise do art. 52, X, da Constituição Federal na Reclamação
Constitucional n. 4.335/AC**

**Juiz de Fora
2017**

JÉSSICA MARCELA OLIVEIRA SILVA

**OS LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL:
Análise do art. 52, X, da Constituição Federal na Reclamação
Constitucional n. 4.335/AC**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob orientação do Prof. Dr. Nilton Rodrigues de Oliveira.

**Juiz de Fora
2017**

FOLHA DE APROVAÇÃO

JÉSSICA MARCELA OLIVEIRA SILVA

OS LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: Análise do art. 52, X, da Constituição Federal na Reclamação Constitucional n. 4.335/AC

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Dr. Nilton Rodrigues de Oliveira

Prof^a. Dra. Waleska Marcy Rosa

Prof^a. Dra. Joana De Souza Machado

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, de de 2017

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar os limites da mutação constitucional a partir da alteração informal da Constituição proposta pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau ao art. 52, X, da CF/88, na Reclamação Constitucional n. 4.335/AC. Para tanto, analisa-se a evolução histórica de referido instituto, percebendo-se que a Constituição de 1988 abre a possibilidade do Supremo Tribunal Federal atribuir efeitos *erga omnes* às suas decisões sem exigir a participação do Senado Federal. Aludida modificação possibilitou significativas alterações na compreensão e aplicação do supramencionado artigo. Contudo, não se pode olvidar que o Supremo Tribunal Federal é um poder constituído e, como tal, está limitado pela própria Constituição, razão pela qual, os limites materiais implícitos e explícitos presentes na Carta Magna, bem como o programa normativo da norma constitucional devem ser analisados como limites à mutação. Neste contexto, Hsü Dau-Lin e Konrad Hesse permitem delimitar o conceito de mutação constitucional, para que, a partir disso, os aludidos limites possam ser aplicados ao art. 52, X, da CF/88.

Palavras-chave: Mutação constitucional. Limites. Senado. Efeito *erga omnes*.

ABSTRACT

This work aims to analyze the limits of constitutional mutation based on the informal alteration proposed by the Chief Justices Gilmar Mendes and Eros Grau to section 52(X), Federal Constitution 1988, in the Reclamação Constitucional 4335/AC. To achieve this goal, the historical evolution of the referred institute is analyzed, taking notice that the Federal Constitution 1988 gave the Supreme Court (STF) the possibility to grant erga omnes effects to its decisions without the participation of the Federal Senate. Such modification gave way to significant changes in the comprehension and application of the section. However, it cannot be forgotten that the Supreme Court (STF) is a constituted power, and, as such, it is limited by the Constitution itself. Therefore the implicit and explicit material limits in the Constitution, as well as the normative program of the constitutional norm must be analyzed as limits to the mutation. In this context, Hsü Dau-Lin and Konrad Hesse contribute to the delimitation of the concept of constitutional mutation so these limits may be applied to section 52(X) of Federal Constitution 1988.

Keywords: Constitutional mutation. Limits. Senate. *Erga omnes* effects.

SUMÁRIO

1. Introdução	7
2. Mutação Constitucional	9
3. A Suspensão de Leis Inconstitucionais Pelo Senado Federal e a Mutação Defendida Pelo Supremo Tribunal Federal	23
3.1. Reclamação Constitucional n. 4.335/AC.....	24
3 2. A Suspensão Pelo Senado de Lei Declarada Inconstitucional no Controle Incidental	27
4. Limites a Mutação Constitucional e Art. 52, X, da CF/88.	33
5. Conclusão	42
6. Referências Bibliográficas	45

1. INTRODUÇÃO

As normas constitucionais podem ser alteradas por processos formais e informais, sendo que se consideram como formais as modificações que ocorrem com base no procedimento expressamente previsto na Constituição. As alterações informais, também denominadas como mutações constitucionais, por sua vez, não possuem um procedimento preciso para a sua realização, já que se consubstanciam em mudanças que preservam o texto intacto, porém alteram o conteúdo da norma constitucional.

Por outro lado, isso não implica dizer que as alterações informais podem se operar em qualquer circunstância, razão pela qual, as mutações constitucionais devem ser analisadas com cautela, pois, é inconcebível que elas estejam isentas de limites diante da função constitucional de limitar o exercício do poder.

Nesse contexto, deve-se salientar que a mutação constitucional somente pode ser reconhecida quando não provocar violação da Constituição, por esta razão, impor limites à mutação implica reconhecer que não são todas as alterações na realidade em que a norma incide que poderão pautar uma alteração informal da Constituição.

Essa compreensão é importante, pois não se pode olvidar que a mutação constitucional visa preservar a relação entre a Constituição e as atuais necessidades da sociedade, de maneira que a norma constitucional passa a incorporar novos sentidos normativos que a alteram sem que, para tanto, o texto seja modificado, conforme se depreende de exemplo dado por Hermann Heller (1968, p. 304) ao analisar a igualdade perante a lei.

Originalmente o preceito de igualdade, cuja letra não experimentou depois mudança alguma, referia-se tão somente à igualdade política dos homens; hoje, em certos Estados, refere-se também à das mulheres; na primeira metade do século XIX significava só a igualdade dos direitos políticos, ao passo que, atualmente, e em medida crescente, significa também a igualdade social; até há uma década aplicava-se, segundo a opinião dominante, nada mais que à Administração, enquanto que hoje é interpretada como limite e pauta também para o legislador.

Observa-se que o texto mantém-se incólume, porém a norma é alterada, característica que foi atribuída pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau ao art. 52, X, da CF/88, na Reclamação Constitucional n. 4.335/AC. Na ocasião, os Ministros sustentaram que a Constituição de 1988 criou o substrato necessário para modificar a concepção do instituto previsto no aludido artigo, pois, privilegiou o controle concentrado de constitucionalidade e permitiu que o próprio Tribunal atribísse efeitos *erga omnes* às suas decisões (art. 103-A, da CF/88).

Ocorre que a mutação constitucional não pode ser compreendida como ilimitada, já que a própria jurisdição constitucional que a reconhece não possui poderes ilimitados, por essa razão, é pertinente analisar os limites da mutação a partir da reclamação constitucional n. 4.335/AC, interposta em 2007 e com o acórdão proferido em 2014, sendo que referida reclamação é apenas um dentre vários casos que se utilizou a mutação constitucional para fundamentar uma decisão.

Neste contexto, o presente trabalho analisará a possibilidade ou não de reconhecer a mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88, nos termos postos pelos Ministros, o que será feito a partir da concepção de Mutação Constitucional de Hsü Dau-Lin e Konrad Hesse, aplicando-se os limites materiais expressos e implícitos do art. 60, §4, da CF/88 à mutação constitucional.

2. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

As constantes mudanças sociais repercutem na interpretação e aplicação de dispositivos legais, pois a modificação das circunstâncias fáticas em que a regra incide não pode conduzir a sua aplicação independente dos fins que visa resguardar.

Por esta razão, as normas que são construídas a partir da interpretação sistemática do texto (ÁVILA, 2005), geralmente, absorvem elementos das novas situações em que incidem, o que se justifica pela necessidade de resguardar sua eficácia, muito embora essas situações não estejam textualmente previstas.

As normas constitucionais não estão isentas desta conjuntura, que ora as modifica por meio de reformas e ora o faz através de processos informais de alteração da Constituição. Esses processos informais são admissíveis, pois o *corpus* constitucional, que consiste no conjunto de normas que formam a Constituição (CANOTILHO, 2003, p. 1132), não pode ser compreendido, apenas, ao que se expressa no texto, mas sim, possui contornos para além da literalidade do dispositivo, abrangendo a Constituição material, assim definida:

Entende-se por Constituição material, seguindo as sugestões de uma cultura constitucional fortemente radicada – a italiana – o conjunto de fins e valores constitutivos do princípio efectivo da unidade e permanência de um ordenamento jurídico (dimensão objectiva), e conjunto de forças políticas e sociais (dimensão subjetiva) que exprimem esse fins ou valores, assegurando a estes a respectiva prossecução e concretização, algumas vezes para além da própria constituição escrita. (CANOTILHO, 2003, p.1139).

A Constituição material permite a concepção de mudanças informais, pois o sistema de valores constitucionais amplia a norma para abarcar novas situações e deixa de estar adstrito ao texto. Isso é possível, visto que a Constituição abrange um compromisso entre forças sociais e interesses de diversos grupos que participam de sua formação, sendo uma obra humana incompleta (LOEWENSTEIN, 1979, p. 199), pois significativas mudanças sociais podem conduzir a modificação do texto ou a atribuição de significado diverso do originalmente defendido, sendo neste último caso uma mutação constitucional.

Contudo, dada a supremacia da Constituição, a repercussão das mudanças sociais em seus preceitos deve ser examinada com maior cautela, principalmente diante de mutações constitucionais.

La mutación constitucional, de la que se habla mucho en la literatura alemana, es un concepto todavía no aclarado. LABAND fue el creador de esta expresión (Wandlungen der deutschen Reichsverfassung; Dresde 1895), pero no dio una definición detallada del concepto. JELLINEK, logró sólo poco a poco introducir el concepto en la doctrina. (DAU-LIN, 1998, p. 29).

A mutação constitucional para Georg Jellinek (1991, p. 7) consiste na modificação da Constituição que deixa o seu texto intacto, porém, inoperante, pois não o modifica formalmente, apesar de superar a literalidade do dispositivo, produzindo-se por fatos que não decorrem da intenção ou consciência de que ela ocorre. Hsü Dau-Lin, por sua vez, tratou o tema com maior amplitude que Jellinek, conceituando mutação constitucional como uma incongruência entre a Constituição e a realidade, tendo em vista as modificações sociais e políticas inerentes a uma sociedade complexa, sendo que essas modificações, inclusive, conduzem uma alteração contrária ao texto, retirando, por completo, a sua normatividade, tornando-o letra morta.

Para dar un concepto que corresponda, del mismo modo a diferentes casos generalmente designados mutación constitucional, quizás podría hacerse diciendo que se trata de la incongruencia que existe entre las normas constitucionales por un lado y la realidad constitucional por otro. El significado de esse problema resulta de la naturaleza e intención de la Constitución escrita. Porque en el caso de una mutación de la Constitución, ésta como tal se cuestiona en su significado fundamental: Aquí normas que deben abarcar la vida estatal en su totalidad y exigen que su validez sea superior a la de las leyes ordinarias se reducen a letra muerta. En efecto, la realidad para la cual se emanaron estas normas, ya no coincide con ellas. Reina una tensión entre la Constitución escrita y la situación real constitucional. (DAU-LIN, 1998, p. 29 e 30).

Aludido conceito apresenta uma concepção clássica da mutação constitucional, abrangendo a preocupação em garantir a correspondência entre a norma constitucional e a realidade, pois sobrevêm fatos que não estão previstos na Constituição e, em razão disso, gradativamente, sobreleva-se a necessidade destes novos fatos serem incorporados diretamente pela norma constitucional (JELLINEK, 1991, p. 56).

Referida concepção de mutação torna a realidade constitucional como um elemento de extrema importância, pois não abarca apenas uma mudança de significado atribuído ao texto constitucional, mas uma ressignificação baseada na alteração da sociedade para preservar a correspondência entre norma e realidade, já que a vida real produz fatos que não correspondem a imagem racional desenhada pelo constituinte (JELLINEK, 1991, p. 6).

Esta compreensão da mutação como decorrência direta da dialética entre o texto escrito e a realidade constitucional também foi abordada por George Jellinek ao pontuar que:

Y este lado irracional de la realidad no significa solamente una discordancia entre norma y vida. Más bien se vuelve contra la misma norma. El legislador se enfrenta con poderes que se cree llamado a dominar pero frecuentemente se alzan, plenamente inadvertidos, contra él atreviéndose incluso a sustituirle. Tales poderes no se arredran de ninguna manera ante leyes más elevadas y profundas. Las leyes fundamentales se establecen, como las demás, en cuanto necesidad inevitable, reconózcase o no, en el curso de los acontecimientos históricos. (JELLINEK, 1991, p. 6).

Na referida definição, por se tratar, tão somente, da correspondência com a realidade, a alteração pode sobrevir independentemente da norma constitucional, incidindo tanto nas normas que regulam direitos fundamentais, quanto nas que regulam o modo de existência e

organização do Estado, sendo esta compreensão que atribui contornos ao conceito de mutação em sentido formal e, ainda, de mutação em sentido material (DAU-LIN, 1998, p. 169).

A mutação constitucional formal consiste na alteração da norma contra a letra do dispositivo, o que faz diante da diferença entre a norma constitucional e a realidade que pretende regular. Contudo, esta incongruência, apenas, conduz à mutação em sentido formal quando não ocorra a violação do sistema de valores postos na Constituição, pois visa, tão somente, ampliar ou complementar a norma no intuito de impedir que ela se torne obsoleta.

Quando se habla de mutación constitucional, cuando las normas positivas de una Constitución escrita ya no guardan congruencia con la situación constitucional real, cuando surge una diferencia entre el derecho constitucional escrito y el efectivamente válido, entonces estamos ante una mutación en sentido formal o mutación de su texto. (DAU-LIN, 1998, p. 169).

Trata-se, assim, de uma readequação que tem como parâmetro a realidade, porém, sem que para tanto, incorra em uma violação do sistema de valores postos na Constituição, pois a mutação em sentido formal consiste na adequação entre realidade e determinada norma constitucional. Entretanto, deve-se salientar que essa adequação não encontra limites dentro do dispositivo constitucional, pois, muito embora o dispositivo seja preservado, a norma que dele insurge não guarda qualquer congruência com a sua literalidade, conforme sustentado por Hsü Dau-Lin (1998, p.174) ao afirmar que *“las instuciones normativizadas en la Constitución son completadas o ampliadas en contra la letra del texto.”*

A mutação em sentido formal, assim, altera a norma contra a letra do dispositivo em que incide, mas sem promover profundas ressignificações em outras normas da Constituição, já que não altera o sistema de valores constitucionais. Todavia, referida concepção não está isenta de críticas, visto que ocasiona alterações contrárias ao dispositivo constitucional, e, sob essa perspectiva, deve-se salientar que a literalidade do dispositivo não pode ser irrefletidamente ignorada pelo intérprete.

Ademais, adequar a constituição a realidade não é justificativa idônea para qualquer alteração informal da Constituição, razão pela a mutação constitucional em sentido formal deve ser reconhecida excepcionalmente, quando se estiver diante de uma mudança normativo-endogenética (CANOTILHO, 2003, p. 1229).

Referida mudança ocorre quando o poder constituinte insere novos dispositivos e institutos a Constituição que são compatíveis com o sistema de valores constitucionais, porém, assim o faz, sem promover a revogação de institutos já superados. Neste contexto, insurge-se uma nova realidade constitucional estimulada e ressaltada pela própria Constituição que retira

a razão de ser de determinado dispositivo constitucional, tornando-o inoperante e, nessa hipótese, é possível verificar a mutação constitucional em sentido formal.

A necessidade de uma permanente adequação dialética entre o programa normativo e a esfera normativa justificará a aceitação de transições constitucionais que, embora traduzindo a mudança de sentido de algumas normas provocado pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contrariam os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da Constituição. O reconhecimento destas **mutações constitucionais** silenciosas (*‘stille Verfassungswandlungen’*) é ainda um acto legítimo de interpretação constitucional. Por outras palavras que acolhemos em K. Stern: a mutação constitucional deve considerar-se admissível quando se reconduz a um problema *normativo-endogenético*, mas já não quando ela é resultado de uma evolução normativamente *exogenética*. (CANOTILHO, 2003, p. 1229) (grifo do original).

Por outro lado, a mutação em sentido material não se restringe em modificar determinado preceito, pois ela promove uma reformulação do próprio sistema constitucional.

A norma constitucional passa a incorporar situações e relações jurídicas que, a priori, não encontram fundamento ou legitimidade na Constituição e, assim o faz, independentemente, das implicações que a alteração informal possa gerar nas demais normas constitucionais.

[...] se habla de mutación constitucional cuando en la realidad de la vista estatal se desarrollan relaciones jurídicas contrapuestas al sistema – no importa si son determinadas por normas o solamente están en ellas implicadas significativamente – incorporadas a la Constitución. Puede ser un instituto jurídico que no corresponde enteramente al sistema indicado en la Constitución, pueden ser circunstancias reales que impiden la realización declarada en las normas constitucionales. Es indiferente, si esta realidad está en contradicción directa con ciertas normas de la Constitución, o si formalmente ni siquiera toma contacto con el texto de la Constitución: Mutación constitucional en el sentido material, transformación del sistema o de su significado. (DAU-LIN, 1998, p. 169).

A mutação em sentido material modifica a compreensão de um conjunto de dispositivos constitucionais, porque as alterações que ela promove não consideram a unidade da Constituição, podendo, inclusive, ocasionar modificações contrárias aos princípios constitucionais fundamentais. Logo, ainda que se pretenda a alteração de uma única norma, o significado a ela atribuído afeta outras normas constitucionais, pois o novo sentido ignora princípios previstos na Constituição, razão pela qual, geralmente, também é identificada como mutação inconstitucional, tendo Anna Candida da Cunha Ferraz (2015, p. 245) pontuado que esses “processos de mutação inconstitucional desbordam os limites de forma ou fundo fixados pelo constituinte e de observância obrigatória pelos órgãos de aplicação constitucional”.

Deve-se destacar que a mutação em sentido material não visa, essencialmente, eliminar a incongruência entre realidade e norma, mas pretende a modificação de princípios

fundamentais do Estado¹, promovendo o reconhecimento de situações que são incompatíveis com o conjunto de fins e valores que a Constituição visa resguardar.

A título exemplificativo, convém mencionar o explanado por José Afonso da Silva, em artigo publicado na revista Mexicana de Direito Constitucional, que considera o abuso na edição de medidas provisórias como uma mutação inconstitucional:

La producción de medidas provisionales, sin observancia de sus presupuestos, revela práctica contraria al principio de que al Congreso Nacional le corresponde la función legislativa. Por medio de las medidas provisionales, que constituyen excepción en caso de urgencia, se invierte tal principio, en la medida en que son expedidas, a criterio del presidente de la República sin los límites - relevancia y urgencia - previstos en el artículo 62 de la Constitución pasando, con esto, la función legislativa práctica y casi enteramente a ser ejercida por el jefe del Poder Ejecutivo. La reiteración de las medidas provisionales no observadas agrava la violación de los principios constitucionales. Los precedentes fueron generados debido a la inercia del Congreso Nacional y la incuria del Poder Judicial. (SILVA, 1999, não paginado).

Esclarece-se que a edição de medidas provisórias, nos termos postos pelo art. 62, caput, da CF/88, somente é possível se presentes os requisitos de relevância e urgência para sua edição, pois o que lhe justifica são situações que impõem ao Poder Público uma atuação de natureza legislativa imediata que seria inviável por outros meios, diante da exigência de providências legais céleres². Assim, os pressupostos postos pelo art. 62 da CF/88, são legitimadores e juridicamente condicionantes para a edição de medidas provisórias³.

Em que pese a exigência de relevância e urgência, tem se tornado frequente a edição de medidas provisórias sem o preenchimento desses requisitos, o que caracteriza uma mutação em sentido material, pois a prática estatal retira os pressupostos constitucionais sem que, para tanto, seja modificado o dispositivo, banalizando a medida provisória e violando o princípio constitucional da separação dos poderes. Assim, o que se verifica no caso é uma modificação informal do art. 62, da CF/88 que, simultaneamente, viola o art. 2º da CF/88⁴.

¹ Aqui compreendido de forma ampla, no intuito de abarcar todo elemento que fundamenta a estrutura e organização do Estado, bem como princípios do ordenamento jurídico que idealizam o Estado Democrático de Direito na Constituição.

² Nesse sentido, conferir ADIn 221, Relator: Ministro Moreira Alves, voto do Min. Celso de Mello, DJ, 22 out. 1993.

³ Nesse sentido, conferir ADIn 2213, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ, 23 abr. 2002.

⁴ Neste sentido: “A crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem despertado graves preocupações de ordem jurídica, em razão do fato de a utilização excessiva das medidas provisórias causar profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo. Nada pode justificar a utilização abusiva de medidas provisórias, sob pena de o Executivo, quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material, investir-se, ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de *checks and balances*, a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República. Cabe ao Poder Judiciário, no desempenho das funções que lhe são inerentes, impedir que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culmine por introduzir, no processo institucional brasileiro, em matéria legislativa,

Percebe-se que a mutação em sentido material sequer considera os princípios estruturais da Constituição e, neste ponto, diferencia-se da mutação em sentido formal que amplia ou complementa o conteúdo da norma sem desconsiderar tais princípios, embora não se atenha a literalidade do artigo. Além disso, a mutação em sentido formal ao menos visa evitar que a norma constitucional se torne obsoleta, o que já não se verifica na mutação em sentido material, visto que ela torna a norma obsoleta.

El problema no son estas mutaciones formales en sí mismas que amplían o complementan el texto constitucional, aun en contra de su letra, pero de conformidad y sin sobrepasar el sentido constitucional de las instituciones. Estas mutaciones constitucionales en sentido formal son «permitidas y exigidas por la Constitución. Son, precisamente, complemento y ampliaciones del sistema significativo propuesto por ella de manera ideal». Por el contrario, el verdadero problema es «la mutación en sentido material, transformación del sistema o su significado» que se produce cuando, con independencia de que haya o no desviación respecto de la literalidad de normas constitucionales concretas, surge una incongruencia con el «sistema de la Constitución», una falta de concordancia con su «intención valorativa, no importa si está inscrita o no en proposiciones jurídicas o no». (LIERN, 2014, p. 130).

A concepção de mutação em sentido material sobreleva o problema em se considerar a realidade como parâmetro exclusivo para o reconhecimento da mutação constitucional, pois o texto deixa de regular a realidade e passa a ser por ela regulado.

A mutação, sob essa perspectiva, encobre a possibilidade do texto constitucional se curvar a realidade, pois conceber a mutação, apenas, como o produto direto entre realidade e texto, cria a possibilidade de modificações irrefletidas da Constituição sob a escusa de adequá-la a realidade, ainda que para tanto ocorra uma violação de seus preceitos.

Essa alteração não encontra fundamento na Carta Magna, pois a compreensão da realidade como parâmetro de mutação permite alterações da norma, ainda que isso acarrete a violação da própria estrutura posta pela Constituição, o que seria inconcebível por retirar a força normativa da Constituição, ignorando suas funções estabilizadora, racionalizadora e limitadora do poder, tendo Hesse esclarecido que a Constituição:

Por meio das suas prescrições materiais, das relativas à estrutura estatal e à regulação constitucional do processo de formação de unidade política e de atuação do Estado, a Constituição cria unidade estatal, dá forma à vida da Comunidade, assegura continuidade supra pessoal, com o conseqüente efeito estabilizador. Ao mesmo tempo, permite entender e compreender a formação de unidade política e a atuação estatal, torna possível a participação consciente, protege de recaída no informe e indiferenciado, com a conseqüente eficácia estabilizadora. Através da ordenação do processo de formação de unidade política; da instituição, sempre limitada, de atribuições de poderes estatais; da regulação processual do exercício dessas atribuições; e do controle dos poderes estatais, a Constituição intenta limitar o poder estatal e prevenir o abuso desse poder. Nessa função de possibilitar e garantir um processo político livre, de constituir, de estabilizar, de racionalizar, de restringir o

verdadeiro cesarismo governamental, provocando, assim, graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes.” (ADIn 2.213 MC, Relator: Min. Celso de Mello, DJ, 23 abri. 2004).

poder e, nisso tudo, de assegurar a liberdade individual reside a peculiaridade da Constituição. (2009, p. 91)

Aludidas funções são asseguradas pelo texto constitucional, razão pela qual, a realidade, embora não seja completamente alheia a norma, não pode ser confundida com a mutação constitucional em si.

Deve-se destacar que a mutação não se incumbe de legitimar fatos consumados que violem a Constituição, ainda que resultantes de uma prática estatal reiterada, sob pena de tornar inócuo a limitação e racionalização do poder postas essencialmente pelo texto constitucional.

[...] a Constituição jurídica, no que tem de fundamental, isto é, nas disposições não propriamente de índole técnica, sucumbe cotidianamente em face da Constituição real. A ideia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a própria negação da Constituição jurídica. (HESSE, 2009, p. 125).

Entretanto, também não se pode olvidar que a realidade é abarcada pela Constituição no desempenho de suas funções, já que ela deve preservar sua eficácia e normatividade, o que não se confunde com submissão a uma realidade que a viole.

Assim, deve-se convir que no decorrer do tempo as normas constitucionais enfrentam circunstâncias distintas das observadas no momento de sua elaboração, tendo Anna Candida Cunha Ferraz afirmado que:

Reitere-se, por necessário, que a Constituição tende a refletir ideias e valores dominantes em determinada época, e a configurar uma situação de compromisso entre crenças e interesses distintos, não apenas em matéria política, mas, também, em matéria econômica e social. Na realidade, salienta Karl Wheare, a Constituição é um reflexo de forças políticas, econômicas e sociais que atuam no momento de sua adoção, e que irão atuar, também, no momento de sua aplicação. Resultado desse fato, a Constituição deve ser vista como elemento condicionado, porém, ao mesmo tempo condicionante da estrutura social. Se a Constituição se acha em relação condicionadora e condicionante com as restantes estruturas do Estado e da sociedade e estas estruturas sociais, econômicas, políticas e jurídicas estão sujeitas a constantes mudanças, é claro também que essa mobilidade há de se projetar sobre a estrutura constitucional. Consequentemente, a Constituição se transforma, ou pela reforma formal, ou, sem mudança de forma, altera-se no sentido significado e alcance. (2015, p.125).

Contudo, frisa-se, isso não implica dizer que a Constituição está submetida a realidade, mas sim, que as normas constitucionais não são completas, pois a Constituição não codifica, ela apenas regula as questões consideradas mais relevantes (HESSE, 2009, p. 88).

Esta ausência de regulamentação exaustiva, constatada até mesmo nas Constituições programáticas, que comandam a ação do Estado e impõe a realização de metas programáticas (CANOTILHO, 2003, p. 217), não referencia uma deficiência ou omissão do constituinte, mas sim, a impossibilidade de minuciosa previsão de cenários jurídicos futuros. Razão pela qual, os dispositivos constitucionais, geralmente, possuem conteúdo normativo amplo, embora também coexistam artigos pontuais ou, ainda, nenhuma regulamentação no texto constitucional.

A Constituição propõe-se a regular detalhadamente, apenas, questões relacionadas as estruturas do Estado, pois, quanto a boa parte delas sequer admite alteração formal, nos termos do art. 60, §4, da CF/88. Contudo, existem questões submetidas as normas constitucionais que não preconizam detalhes, pois se configuram apenas em diretrizes para tomada de decisões políticas, justamente, porque, o legislador não pode prever minuciosamente a conduta futura dos diversos atores sociais (HELLER, 1968, p. 306). Entretanto, isso não implica uma renúncia a regulamentação, mas sim como uma opção constitucional em prol de uma maior possibilidade de discussão e decisão dessas questões. Neste sentido, Hesse preconiza que:

[...] a Constituição também pode ter interesse em não submeter a normas jurídicas certos âmbitos vitais ou, se os regular, fazê-lo apenas sob alguns aspectos; determinadas questões, como a “constituição econômica”, por exemplo, a Constituição deixa pretensamente abertas, para a seu respeito ensejar discussão, decisão e configuração. A Constituição, enfim, pode restar incompleta e inacabada porque determinados segmentos, tais como a política exterior ou a atuação dos partidos políticos, por sua natureza, não são suscetíveis de uma detalhada regulação jurídica ou o são apenas com dificuldade, não se afastando a hipótese de que, nestes casos, o que se pretenda, antes de tudo, seja preservar a liberdade de configuração. (2009, p. 88).

Neste aspecto, Hsü Dau-Lin salienta que a Constituição, embora seja considerada a regulação jurídica da integralidade da vida estatal, não possui a ambição de normatizar todas as relações jurídicas existentes e possíveis.

Si el sentido de la Constitución abarca al Estado como totalidad, entonces hay que negar de tres maneras la idea de una regulación completa de las relaciones jurídicas existentes y posibles en el Estado mediante su Constitución: no es misión propia de la Constitución, técnicamente no es posible; la Constitución no lo pretende, más bien las Constituciones pueden abarcar su objetivo solamente de manera esquemática y sólo en puntos concretos. Solamente pueden y quieren (al menos según su intención objetiva) sólo indicar; lo hacen de modo tradicional, en forma de recepciones. Si las normas constitucionales esquemáticas resultan insuficientes, en la realidad jurídica estatal, para superar y dominar jurídicamente de manera exhaustiva y óptima los mil fenómenos vitales de la realidad estatal intermitente, esto es una necesidad natural y de ningún modo deficiencia o ‘Aporias’. (DAU-LIN, ANO, p.158).

A Constituição não pode ser compreendida como estática, dada a natureza dinâmica do objeto que regula (HELLER, 1968, p.296), não podendo se manter inalterável e alheia as necessidades vitais do Estado, pois sua pretensão de eficácia elimina a perfeita separação entre o ser e o dever ser.

Salienta-se que não se pode defender uma norma desprovida de qualquer elemento da realidade, mas também, não é possível sustentar o extremo de uma realidade sem qualquer elemento normativo (HESSE, 2009, p. 128).

Essa separação irrefletida entre o ser e o dever ser pode promover uma ruptura constitucional, tendo em vista que a percepção da realidade como elemento estruturante de uma alteração informal conduz a compreensão de que a própria realidade torna-se direito

constitucional, situando-se acima da Constituição. Por outro lado, caso a norma constitucional não seja capaz de comportar as necessidades políticas e sociais que emergem de uma realidade histórica viva, ela sucumbirá frente essas necessidades.

Assim como não se podem considerar completamente separados o dinâmico e o estático, tampouco podem sê-lo a normalidade e a normatividade, o ser e o dever ser no conceito da Constituição. Uma Constituição política só se pode conceber como um ser a que dão formas as normas. Como situação política existencial, como forma e ordenação concretas, a Constituição só é possível porque os partícipes consideram essa ordenação e essa forma já realizadas ou por realizar-se no futuro, como algo que deve ser e o atualizam. (HELLER, 1968, p. 296)

Não se pode negar o papel desempenhado pela mutação constitucional enquanto forma de preservar a relação entre a Constituição e as atuais necessidades da sociedade em que está inserida. Isto porque, o caráter incompleto e ambíguo das normas constitucionais exige uma interpretação constitucional elástica e integradora, o que conduz a mutação constitucional como modo natural do Estado cumprir sua finalidade de autoconservação (LIERN, 2014, p. 129).

No obstante, las mutaciones constitucionales no sólo son algo impuesto forzosamente por el Estado en cuanto realidad vital de la Constitución como su regulación jurídica, sino que son en parte queridas y favorecidas por la Constitución misma. Esto se remonta, por un lado, al hecho de que las normas constitucionales son incompletas frente a las exigências vitales del Estado, y por otro lado, a la elasticidad de su normativización. Puesto que naturalmente el Estado no sólo vive de los fenómenos vitales regulados por su Constitución: la Constitución misma tiene que contar para su perfección con el fundamento que impele su vida y con la plenitud de motivaciones sociales, para realmente transformarse en vida política. Tampouco puede abarcar, por completo, las funciones vitales del Estado que ella misma regula: porque también surgen como en toda vida política, de la totalidad de la personalidad individual que coopera, en cada momento, con la totalidad suprapersonal del Estado. (DAU-LIN, 1998, p. 163).

Neste aspecto, deve-se considerar que a vinculação à Constituição escrita não afasta o Direito constitucional não escrito (HESSE, 2009, p. 92), já que a ausência de previsão no texto não aparta a necessidade de regulação e, sequer, permite a negativa de apreciação da situação, quando posta ao Judiciário (art. 5, XXXV, da CF/88).

A mutação constitucional afigura-se relevante para proporcionar a análise da Constituição sem excluir a realidade que ela regula. Contudo, diante das premissas postas até aqui, percebe-se que a mutação constitucional não pode ser admitida em seu sentido material, sustentado por Hsü Dau-Lin, visto que a Constituição não escrita complementa a escrita e, enquanto complemento, não pode violar o conteúdo que o texto constitucional comporta (HESSE, 2009, p. 92).

Em que pese o mérito de Dau-Lin por ter desenvolvido questões atinentes as funções e fundamentos da mutação constitucional, reconhecidos acima, é inconcebível que a alteração da norma constitucional conduza a violação do sistema de valores constitucionais, isto porque, a

mutação não legitima uma realidade incompatível com os princípios estruturais da Constituição (CANOTILHO, 2003, p. 1229).

O conceito de mutação constitucional não pode abarcar, assim, a realidade como seu elemento estruturante, antes deve ser concebido de forma mais restrita, razão pela qual, não se abandona a concepção de mutação em sentido formal de Hsü Dau-Lin, tendo em vista que não ignora o sistema de valores postos na Constituição. Entretanto, aludida mutação apenas é admissível excepcionalmente, quando se tratar de mudança normativo-endogenética, conforme já salientado, pois não se pode olvidar que a sua aplicação ultrapassa os limites negativos do texto (CANOTILHO, 2003, p. 1218).

Nestes termos, deve-se convir que o texto não pode ser menoscabado, tendo em vista que a Constituição desempenha a função de limitar o poder, razão pela qual, não se pode ignorar que o texto é um limite negativo para alterações informais, de maneira que somente as alterações compatíveis com o programa normativo, em regra, podem ser reconhecidas como mutações constitucionais.

[...] como o programa normativo é obtido principalmente a partir da interpretação dos dados linguísticos, deduz-se o *efeito de limite negativo do texto da norma* [...]. Consequentemente, o espaço de interpretação, ou melhor, o âmbito de liberdade de interpretação do aplicador-concretizador das normas constitucionais, tem também o texto da norma como limite: só os programas normativos que se consideram compatíveis com o texto da norma constitucional podem ser admitidos como resultados constitucionalmente aceitáveis derivados de interpretação do texto da norma. (CANOTILHO, 2003, p. 1220).

Isso implica dizer que a mutação constitucional, via de regra, deve observar os sentidos normativos oferecidos pelo texto e, a esta concepção, acrescenta-se a necessidade de correlação entre normalidade e normatividade, que Konrad Hesse (2009, p.166) acentua como limite ao seu reconhecimento.

Parte-se, assim, de uma modificação que incorpora a realidade à norma, mas sem conduzir a completa exclusão dos preceitos postos no dispositivo, isto é, não pode ir além do programa normativo que o dispositivo comporte (HESSE, 2009, p. 166).

Se as modificações da realidade social só devem considerar-se relevantes para o conteúdo da norma enquanto fazem parte do âmbito normativo, se o programa normativo resulta determinante a esse respeito e se para este último resulta fundamental o texto da norma, então o conteúdo da norma constitucional só poderá modificar-se no interior do marco traçado pelo texto. A fixação deste marco é uma questão de fixação, valendo também para ela o que se aplica a toda interpretação constitucional: onde termina a possibilidade de uma compreensão lógica do texto da norma ou onde uma determinada mutação constitucional apareceria em clara contradição com o texto da norma; assim, encerram-se as possibilidades de interpretação da norma e, com isso, também as possibilidades de uma mutação constitucional. (HESSE, 2009, p. 168).

A normalidade, enquanto realidade regulada pela Constituição, não pode se afastar do sistema de valores constitucional, razão pela qual ao ser incorporada a norma constitucional, por meio de mutação, deve considerar o próprio âmbito normativo que o texto oferece.

Portanto, a mutação pode ser conceituada na acepção de mutação em sentido formal de Dau-Lin, pois ela é admissível excepcionalmente, além disso, a mutação constitucional, também, deve abarcar os limites postos em Hesse, sendo, assim, convém defini-la como uma modificação do conteúdo da norma constitucional que conserve intacto o texto, mas que não produza uma violação à Constituição.

Aludido conceito reconhece que a Constituição não se caracteriza apenas pela normatividade, mas também pela conduta normalizada (HELLER, 1968, p. 297), pois as situações verificadas na realidade constitucional passam a ser consideradas como elementos da norma constitucional, desde que isso não implique violação da Constituição, principalmente, porque, as funções constitucionais de limitar e racionalizar o poder também são necessidades vitais do Estado.

A mutação, sob essa perspectiva, não viola a supremacia da Constituição, ainda que se considere a rigidez constitucional, pois não se propõe aos excessos verificados na mutação material. Além disso, as Constituições rígidas conferem maior substrato para a mutação, razão pela qual a rigidez não é um óbice ao seu reconhecimento, mas apenas um limitador de sua configuração, até porque, a rigidez não confere supremacia a constituição, mas sim, a supremacia que justifica a existência de regras formais que diferenciem as normas constitucionais das demais leis⁵.

Assim, a mutação constitucional, por si, não é incompatível com a Constituição, sendo possível encontrar no ordenamento brasileiro diversos exemplos do reconhecimento de mutação na jurisprudência dos tribunais superiores⁶.

Neste ponto, deve-se destacar que, apesar da cautela em adotar uma definição de mutação constitucional, o conceito não abarca limites precisos, o que se justifica pela sua própria natureza informal, porém, isso não implica reconhecer a inexistência de limites.

Compreender a mutação como incondicionada permitiria reconhecê-la como alternativa aos processos formais de modificação, conduzindo a eliminação do texto em prol de uma

⁵ Neste sentido, José Duarte Neto em tese de doutorado defendida na Universidade de São Paulo em 2009, sob o título: Rigidez e Estabilidade Constitucional.

⁶ A título exemplificativo menciona-se o Recurso Especial 914253/SP em que o Superior Tribunal de Justiça referencia a mutação constitucional no art. 5, LXVII, da CF/88; o Recurso de Revista n. 643-11.2013.5.15.0114 em que o Tribunal Superior do Trabalho referencia, também, a mutação do art. 5, LXVII, da CF/88; dentre outros exemplos.

realidade inconstitucional que não se legitima, retomando-se as críticas postas a concepção clássica de mutação (FERRAZ, 2015, p. 10).

Destaca-se que a própria Constituição protege-se ao prever limites para a sua alteração, o que faz impondo condições para que suas normas sejam modificadas, apenas, por um procedimento especial, desde que ele não conduza à alteração de normas consideradas como fundamentais, conforme preceitua o art. 60, §4º, da CF/88.

Neste aspecto, as normas constitucionais limitam a atuação do poder constituinte derivado, pois o atendimento das atuais necessidades estatais não é feita a qualquer custo, sob pena de instauração de um novo sistema jurídico. Assim, os limites estabelecidos para a alteração formal da Constituição objetivam preservar seus fundamentos vitais, isto é, as finalidades do sistema jurídico por ela instaurado.

Aludidas constatações apontam a relevância em limitar-se a atuação do poder constituído, aqui compreendido como todo o poder que encontra fundamento na Constituição e, por esta razão, não pode ultrapassar o que ela lhe impõe.

Dessa forma, convém compreender que toda a atuação dentro do Estado Democrático de Direito (art. 1º, da CF/88) deve ter como fundamento a própria Constituição. Isto implica dizer que alterar a Constituição por processos informais não permite sua arbitrária violação.

Por esta razão, os limites já estabelecidos na Constituição para a sua alteração formal, especialmente, no que tange aos limites materiais devem ser utilizados como parâmetro, até mesmo, para mutação constitucional, já que a própria Carta Magna incumbiu-se de delimitar os preceitos que ela não admite que sejam alterados.

Neste aspecto, não se pode ignorar que a escolha do constituinte originário repercute em qualquer forma de aplicação e alteração da Constituição, já que ao determinar a imutabilidade de determinados artigos, bem como as matérias com eles relacionadas, o fez objetivando resguardar o sistema jurídico por ela instaurado. Os processos informais de alteração da Constituição não podem ignorar essas premissas, sob pena de transformar-se em uma mutação contrária a constituição por violar os limites materiais previstos no art. 60, §4º, da CF/88.

A expressão mutação constitucional é reservada somente para todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido, o significado e o alcance da Constituição sem contrariá-la; as modalidades de processos que introduzem alteração constitucional, contrariando a Constituição, ultrapassando os limites constitucionais fixados pelas normas, enfim, as alterações inconstitucionais são designadas por mutações inconstitucionais. (FERRAZ, 2015, p. 10).

A mutação inconstitucional altera o significado atribuído a norma sem se preocupar com a unidade da Constituição⁷, sendo que sua acentuada informalidade não permite que a mutação seja submetida a mecanismos de controle semelhantes aos que se sujeitam a modificação do texto da Constituição. Ademais, deve-se considerar que a interpretação posta pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em uma decisão que gere a modificação da norma constitucional não se sujeita a qualquer outro órgão judicial que não o próprio tribunal⁸.

Neste ponto, destaca-se o papel desempenhado pelo STF nos processos de mutação constitucional ou inconstitucional, pois ele é responsável pela guarda precípua da Constituição o que lhe confere um relevante papel na mutação constitucional, pois detém competência para atuar no controle de leis e atos normativos primários dos demais poderes, bem como analisar, principalmente, questões que envolvam normas constitucionais (art. 102 da CF/88).

Porque aquí se plante la pregunta inequívoca, si cierta ley infringe cierto artículo de la Constitución o no. El planteamiento claro de la cuestión y su respuesta no menos clara, evidencian aquí la interpretación de cada uno. Puesto que las decisiones de los tribunales ordinários en la mayoría de los casos son apeladas ante la Supreme Court de los Estados Unidos, y esta Supreme Court dicta la decision definitiva, entonces, en realidade, se convierte la Supreme Court en la auténtica instancia para interpretar la Constitución. (DAU-LIN, 1998, p. 92).

Logo, é um dos principais atores no processo de mutação constitucional enquanto intérprete da Constituição, pois a mutação escapa a expressos procedimentos de mudança e se concentra no significado que a norma assume em determinado contexto.

Cualquiera que sea el concepto de mutación constitucional que se acoja, supone siempre un cambio de sentido o de significado del texto constitucional que permanece inalterado. Siendo esto así, toda mutación constitucional implica necesariamente una operación hermenéutica que transmuta el contenido semántico de la norma constitucional escrita. Lo que puede variar es el operador que lleva a cabo esa nueva interpretación que sustituye a la hasta entonces vigente, pero en todo caso en cualquier mutación subyace un cambio interpretativo. (LIERN, 2014, p. 138).

Tais circunstâncias conferem ao Supremo Tribunal Federal uma relevante atuação na interpretação das normas constitucionais, condição que lhe propicia poderes para atribuir significado diverso do previsto expressamente no texto, sendo que a interpretação atribuída pelo

⁷ Para José J. Gomes Canotilho o princípio da unidade da constituição consiste em um princípio interpretativo que obriga o intérprete a considerar a Constituição como um todo para, assim, evitar que a norma constitucional seja aplicada de forma desarmônica com o próprio sistema de valores postos na Constituição.

⁸ Nestes termos, destaca-se que o Supremo Tribunal Federal ao julgar em 30.05.2000 o Recurso Extraordinário n. 197.807/RS entendeu que a mãe adotiva não teria direito a licença à gestante, reduzindo significativamente a abrangência do referido direito. Contudo, posteriormente, no Recurso Extraordinário n. 778889/PE, o STF reconheceu a incidência da mutação constitucional sobre o artigo 7º, XVIII, da CF/88, pois a alteração da realidade social impôs a sua aplicação, também, a mãe adotiva, o que não consta expressamente no texto da Constituição. Aludido exemplo, ilustra que as decisões do STF não são passíveis de controle de constitucionalidade, sujeitando-se ao próprio Tribunal, que as revisa quando altera sua composição ou por outros fatores.

STF às normas constitucionais pode vir a repercutir de maneira *erga omnes*, o que lhe confere maior relevância na análise da mutação constitucional através da interpretação⁹.

Diante de tais premissas os limites postos a mutação devem ser observados pelo próprio STF antes de defender a sua aplicação à norma constitucional e, sob essa perspectiva, convém analisar se o Tribunal atentou-se a esses elementos na Reclamação Constitucional n. 4.335/AC, nos termos em que se passa a verificar.

⁹ Ressalva-se que a delimitação do objeto do trabalho não permite maiores considerações quanto as demais formas de manifestação da mutação, apenas convém citar, a título ilustrativo, que a mutação pode manifestar-se, segundo classificação adotada por Haiü Dau-Lin, através de prática estatal, impossibilidade de exercício de certas prerrogativas, prática estatal contrária a constituição, e, por fim, a interpretação. Aludida classificação não é unânime na doutrina, tendo em vista os demais contornos que o tema assume em outros autores, a exemplo de George Jellinek que, para além das modalidades supracitadas, defende a advinda da necessidade.

3. A SUSPENSÃO DE LEIS INCONSTITUCIONAIS PELO SENADO FEDERAL E A MUTAÇÃO DEFENDIDA PELO STF

A mutação constitucional modifica o conteúdo da norma, mantendo intacto o texto e, assim faz, sem violar a Constituição, já que seria um contrassenso intitular como constitucional aquilo que infringe a Carta Magna, sendo mais pertinente compreender que os processos informais que alteram a norma sem modificar o texto e, simultaneamente, violam a Constituição sejam denominados como mutações inconstitucionais (FERRAZ, 2015, p. 245).

Ocorre que, esses processos de alteração informal da Constituição são levados a cabo, preponderantemente, por meio da interpretação judicial, já que a própria Constituição atribui ao STF a competência de atuar em sua defesa, condição que expõe ao Tribunal todas as questões relacionadas ao Direito Constitucional e, por via oblíqua, a definição do conteúdo das normas constitucionais.

Todavia, deve ser salientado que não é simples identificar se a mutação sustentada pelo Tribunal viola ou não o previsto no texto, já que a mutação, *per si*, vai além do texto, ampliando ou reduzindo a sua abrangência, conduzindo a um processo de ressignificação da norma. Além disso, compete ao STF a guarda precípua da Constituição, o que conjugado com o caráter vinculativo das decisões do Supremo (art. 102, §2, e art. 103-A, ambos da CF/88), conduz a presunção de que suas decisões são coerentes com a Constituição, até porque, não há um outro órgão judicial capaz de definir em sentido contrário.

Sob esta perspectiva, evidencia-se o prestígio atribuído às decisões do Tribunal, entretanto, isso não pode conduzir a sua superioridade em face da Constituição, pois se trata de um poder constituído que no desempenho de suas funções não possui poder ilimitado, isto é, não pode se sobrepor às normas constitucionais.

Se em virtude da própria Constituição o Tribunal Constitucional a interpreta com eficácia vinculante não só para o cidadão, mas também para os órgãos do Estado, a ideia que origina e legitima essa vinculação – que não é senão a de submissão de todo o poder do Estado à Constituição – só poderá tornar-se realidade se as sentenças do Tribunal expressarem o conteúdo da Constituição, ainda que na visão do Tribunal. Embora o Tribunal seja competente para fixar esse conteúdo com eficácia vinculante, nem por isso ele está acima da Constituição, à qual deve sua existência. Por isso, é fundamental para o cumprimento do objetivo do Tribunal, assim como para o processo constitucional como um todo, o modo como se resolve o problema da interpretação constitucional. (HESSE, 2009, p. 103)

Logo, as mutações constitucionais não podem ser compreendidas como ilimitadas, pois a própria jurisdição constitucional que as reconhece não possui poderes ilimitados. Diante disso, é pertinente analisar os limites da mutação constitucional, o que é possível através da reclamação constitucional n. 4.335/AC, em que o ministro Gilmar Mendes, relator do processo,

defendeu a alteração informal do artigo 52, X, da CF/88¹⁰, sendo acompanhado pelo ministro Eros Grau.

Ocorre que, a alteração defendida pelos ministros supramencionados pode ser confrontada com o art. 60 da CF/88, conforme se demonstrará. No entanto, antes de adentrar-se na análise da mutação, *per se*, faz-se necessário uma breve explanação da aludida reclamação e do instituto previsto no art. 52, X, da CF/88.

3. 1. RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL N. 4.335/AC

O STF consolidou o entendimento que a progressão de regimes durante a execução da pena é aplicada, inclusive, na hipótese de crimes hediondos, razão pela qual por diversas ocasiões¹¹ decidiu pela inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da lei n. 8.072/90. Todavia, sob a escusa de tratar-se de controle difuso de constitucionalidade, a decisão não foi aplicada aos demais casos, seguindo-se com a aplicação do artigo, ainda que tenha sido declarado inconstitucional pelo tribunal.

Neste contexto, insurge o debate quanto à eficácia das decisões do STF no controle incidental de constitucionalidade, tendo em vista que circunstâncias idênticas começaram a ter tratamento diverso com base em dispositivos inconstitucionais, o que, consequentemente, ensejou a propositura de diversos meios de impugnação judicial ao Supremo Tribunal Federal, dentre eles a reclamação 4.335/AC.

A questão posta a análise na reclamação constitucional 4.335/AC (Rcl n. 4.335/AC) diz respeito a inexistência de efeito vinculante a partir, tão somente, das decisões do tribunal no controle difuso.

Segundo o relator do processo supracitado, Ministro Gilmar Mendes, não é plausível, diante do sistema de controle de constitucionalidade posto na Constituição Federal de 1988, a edição de resolução do Senado Federal para que leis e atos normativos sejam retirados do ordenamento. Isto porque, a Carta Magna em 1988 ampliou o controle abstrato de normas, atribuindo efeitos *erga omnes* a decisão do tribunal e, assim, segundo o Ministro Eros Grau, retirou o substrato que justificava a participação do Senado Federal na suspensão de leis e atos

¹⁰ Assim dispõem a 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.

¹¹ A título ilustrativo menciona-se o Habeas Corpus n. 82959, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgado em 23.02.2006, e o Habeas Corpus n. 87042, também, da Relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgado em 23.05.2006.

normativos, pois se baseava em uma concepção de separação de poderes, que já não pode mais ser sustentada, diante da significativa extensão de atribuições conferidas ao STF atualmente.

Na reclamação em questão, Eros Grau aduz que o disposto no art. 52, X, da CF/88 tornou-se obsoleto, pois uma interpretação sistêmica da Constituição permite identificar os efeitos erga omnes da decisão, inclusive no controle incidental, já que seria inconcebível sustentar a aplicação de uma norma inconstitucional diante da inércia do Senado Federal.

Ademais, nos termos postos pelos Ministros, a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc* vem sendo adotada no controle difuso, o que debilita a função conferida ao Senado, pois a modulação dos efeitos no controle incidental acaba por repercutir para além das partes no processo¹², condição que também se verifica nas decisões proferidas nas ações coletivas.

Por essas razões, Gilmar Mendes e Eros Grau defenderam a mutação constitucional do art. 52, X da CF/88, sustentando, em síntese, que ele já não guarda congruência com a situação constitucional real, sendo mais adequado reconhecer a construção da seguinte norma:

Ao Senado Federal está atribuída competência para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo conteria força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional. (STF, Rcl. 4.335/AC, p. 71).

Em que pese os argumentos postos acima, aludida mutação não foi reconhecida pelos demais ministros do STF¹³, sob a justificativa que o instituto é utilizado pelo Senado Federal, portanto, não é obsoleto, sendo um excesso do Tribunal retirar uma competência exercida pelo Senado¹⁴, configurando, ainda, uma ofensa ao princípio da separação de poderes.

Cumprе salientar, neste ponto, que o Ministro Luís Roberto Barroso, embora considere a mutação constitucional inaplicável ao caso, ponderou que de fato as mudanças postas pela

¹² O Ministro Gilmar Mendes ilustra a questão argumentando que: “No caso do RE 197.917, trata-se de caso típico de decisão que, se dotada de efeito retroativo, provocaria enorme instabilidade jurídica, colocando em xeque as decisões tomadas pela Câmara de Vereadores nos períodos anteriores, com consequências não de todo divisíveis no que concerne às leis aprovadas, às decisões de aprovação de contas e outras deliberações da Casa Legislativa”. (Rcl. n. 4.335/AC, Relator Ministro Gilmar Mendes, p. 47).

¹³ Divergiram da tese de mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88, os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Luís Roberto Barroso.

¹⁴ O Ministro Joaquim Barbosa considerou, na ocasião, que: “[...] 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 n° 10, 11, 12, 13, 14, 15 e 16; e uma já, neste ano, em 2007, resolução n° 2).” (Rcl. n. 4.335/AC, Relator Ministro Gilmar Mendes, p. 100, grifo do original).

Constituição de 1988, bem como a força dos precedentes judiciais¹⁵, têm impulsionado a mutação do art. 52, X, da CF/88, contudo, acrescentou:

[...] 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. (Rcl. n. 4.335/AC, Relator Ministro Gilmar Mendes. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso, p. 186).

Nos termos postos por Barroso, o art. 52, X, da CF/88 deve ser alterado no intuito de reconhecer o caráter vinculante das decisões do STF, bem como sua eficácia ultra partes, ainda que em sede de controle difuso. Porém, segundo o Ministro, a modificação, somente seria possível se advinda do poder constituinte reformador, já que a alteração informal da Constituição encontra na literalidade do dispositivo limites para a mutação constitucional.

Percebe-se que os argumentos suscitados por Luís Roberto Barroso trazem novas confrontações a questão, pois reconhece a necessidade de alteração do artigo 52, X, da CF/88, o que também é vislumbrado pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau. Todavia, introduz outra análise ao que, até então, havia sido debatido pelo Supremo, a saber, a possibilidade ou não da alteração por meio da mutação constitucional do inciso X, do art. 52, da CF/88, o que, em outras palavras, adentra a indagação quanto aos limites à mutação.

Neste ponto, deve-se ter em mente, por ora, que a mutação constitucional defendida por Gilmar Mendes baseia-se nas alterações advindas com a Constituição Federal de 1988, sendo que a previsão posta pelo dispositivo em questão fundamenta-se em mera conveniência histórica¹⁶, não detendo de fato grande importância quanto aos efeitos da decisão do Supremo, segundo o relator da Rcl n. 4.335/AC.

¹⁵ É inegável que as mudanças advindas na legislação infraconstitucional, reconhecendo a força dos precedentes judiciais, principalmente, na sistemática posta pelo novo Código de Processo Civil, possui grande relevância quanto a análise das decisões proferidas pelo STF. Entretanto, em que pese a possibilidade da repercussão dos precedentes como um dos fundamentos suscitados no acórdão, cumpre esclarecer que a delimitação do objeto de estudo não permite maiores considerações quanto aos mesmos, restringindo-se a análise, apenas, de questões atinentes a mutação constitucional, embora, não se ignore a relevância da questão. A título, tão somente, de elucidação, menciona-se, por oportuno, o afirmado pelo Ministro Luís Roberto Barroso: “o respeito aos precedentes e à expansão do papel dos precedentes atende a três finalidades constitucionais importantes: a primeira é a segurança jurídica. Na medida em que os tribunais inferiores respeitem, de uma maneira geral, as decisões dos tribunais superiores, cria-se um direito mais previsível e, consequentemente, menos instável. [...] Além disso, essa disseminação do respeito aos precedentes atende o princípio da isonomia, na medida em que evita-se que pessoas em igual situação tenham desfechos diferentes para o seu caso, o que é, em alguma medida, sempre repugnante para o Direito. E, por fim, o respeito aos precedentes valoriza o princípio da eficiência, porque torna a prestação jurisdicional mais fácil, na medida em que o juiz ou os tribunais inferiores possam simplesmente justificar as suas decisões à luz de uma jurisprudência que já se formou.” (STF, Rcl. n. 4.335/AC, p. 186).

¹⁶ Neste sentido Gilmar Mendes afirma que: “A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral,

Isto posto, é apropriado questionar até que ponto os processos históricos sustentados pelo relator da reclamação em questão dão suporte a mutação do art. 52, X, da CF/88, visto que nos termos postos por Barroso, não se nega a mutação, ou melhor, verifica-se que as circunstâncias a impulsionam, por outro lado, deve-se questionar, ainda, se é possível reconhecê-la como constitucional ou inconstitucional, tomando-se por parâmetro os seus limites.

Assim, a despeito da necessidade de avaliar-se os limites à mutação constitucional aplicado ao caso, convém averiguar o desenvolvimento histórico do instituto previsto no dispositivo analisado, o que se passa a explicar.

3. 2. A SUSPENSÃO PELO SENADO DE LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL NO CONTROLE INCIDENTAL

A suspensão da execução de leis inconstitucionais pelo Senado Federal como forma de conferir generalidade ao controle de constitucionalidade das leis, foi introduzido no direito brasileiro com o advento da Constituição de 1934, ocasião em que se previu no art. 91, IV a competência do Senado de suspender a execução de qualquer lei, ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.¹⁷

A aludida atribuição baseava-se na preocupação do constituinte em conferir, de certa forma, supremacia a Constituição, já que durante a vigência da Constituição de 1891¹⁸ o julgamento incidental de inconstitucionalidade previsto em seu art. 59, §1, b, não dispunha de qualquer previsão constitucional para se retirar o dispositivo declarado inconstitucional do ordenamento, ante a intransponível concepção de separação de poderes presente à época.¹⁹

contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes - hoje inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes? A única resposta plausível nos leva a crer que **o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica.**” (Rcl. n. 4.335/AC, p. 27). (Grifo do original)

¹⁷ Assim dispunha a Constituição de 1934: “Art. 91 - Compete ao Senado Federal: [...] IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.”

¹⁸ Nos termos postos na Constituição de 1981: “Art. 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...] § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: [...] b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.” Referida previsão foi revogada pela emenda constitucional n. 3 de 1926.

¹⁹ A título ilustrativo, menciona-se o julgamento em 12 de agosto de 1893 do Habeas Corpus n. 410, em que o STF referenciou a separação de poderes como fundamento da impossibilidade de revogação de leis com base, exclusivamente, em uma decisão do Tribunal: “a não aplicação de um Decreto regulamentar ou ato legislativo a

Referida concepção impossibilitava o reconhecimento do controle abstrato de constitucionalidade, muito embora propostas nesse sentido tenham sido intentadas (MENDES, 2014, p. 55), pois se defendia que a suspensão de leis inconstitucionais pelo Tribunal proporcionaria conflitos entre os poderes. Neste sentido, afigura-se pertinente citar as considerações postas por Ruy Barbosa em 1983:

Assim, por todas as partes se limita, quanto à maneira de pronunciar a nullidade, e executala, a acção do poder judiciario. Não se fere, nem desconhece nunca a autonomia, a especialidade das funcções dos outros poderes. O acto criminado subsiste no corpo geral das leis, ou dos decretos, emquanto o poder competente o não desfizer. A interferencia dos tribunaes circumscreve-se ao intuito de excluir da acção desse acto um direito individual, que individualmente se demonstrou estar garantido contra elle por uma lei superior a todas as leis. Essa funcção, pois, não obra senão caso a caso, a favor dos que reivindicarem a immunitade constitucional, não actuando para a serie das especies afins [...] (2009, sic, p. 117).

Todavia, o controle incidental de constitucionalidade comportava problemas ainda mais graves como a discrepância entre as decisões dos tribunais, bem como a permanência de leis inconstitucionais no ordenamento e, justamente, neste cenário, a Constituição de 1934 previu a possibilidade de suspensão de atos normativos inconstitucionais pelo Senado Federal.

Destaca-se que a competência do Senado era ampla, conforme é possível observar na redação do dispositivo que permitia abarcar a declaração de inconstitucionalidade de qualquer ato normativo pronunciado inconstitucional pelo poder judiciário. A previsão posta no art. 91, IV, da Constituição de 1934, justificava-se pelo disposto em seu art. 88, que assim prescrevia:

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

A competência do Senado Federal para suspender leis inconstitucionais, baseava-se na sua função de velar pela Constituição, razão pela qual não violaria a separação dos poderes, uma vez que também exercia o papel de coordená-los.

Ademais, o art. 91, II, da Constituição de 1934 atribuía ao Senado a possibilidade de fazer a análise de ilegalidade dos atos do Poder Executivo, razão pela qual ele atuava tanto nos pronunciamentos do Judiciário quanto do Executivo, evidenciando o papel a ele conferido pela Carta Magna de 1934 e, justificando, também, o disposto no art. 91, IV da mesma Constituição.

Salienta-se que a decisão do Supremo, por si só, era estritamente restrita às partes no processo e, até mesmo, a comunicação ao Senado Federal da decisão que declarava a inconstitucionalidade não poderia ser feita pelo Tribunal, sendo incumbência do Procurador-

casos ocorrentes, sob o fundamento de inconstitucionalidade não importa a revogação do mesmo ato, a qual formalmente só pode competir ao Poder de quem ele emana.”

Geral da República, conforme dispunha o art. 96 da Constituição de 1934²⁰, pois ele era, justamente, o único legitimado para a propositura de representação interventiva, ação destinada ao controle de constitucionalidade para a intervenção federal.²¹

Nota-se que as decisões do Supremo não detinham efeitos *erga omnes*, possibilitando, apenas, que a lei fosse suspensa se assim entendesse pertinente o Senado Federal, o que, embora configurasse um avanço quando comparado com a Constituição de 1981, não era capaz de solucionar o volume de processos no Judiciário, nem sequer conferir o tratamento igualitário que se propunha quanto aos demais litigantes que discutiam situação jurídica semelhante.

A Constituição de 1937, por sua vez, sequer previa qualquer meio para atribuição de efeitos *erga omnes* as decisões do Supremo, antes possibilitava a reafirmação da constitucionalidade da lei.²²

A suspensão de leis inconstitucionais pelo Senado Federal foi reintroduzida ao Direito Brasileiro com a Constituição de 1946, que previa, em seu art. 64, a competência para atribuir efeitos *erga omnes* às decisões definitivas do STF que reconhecessem a inconstitucionalidade de lei ou decreto²³.

Observa-se que o art. 64 da Constituição de 1946, apresenta maiores restrições do que as previstas em 1934, pois o Senado já não exercia mais a função de coordenador dos Poderes, nem sequer detinha a competência de suspender todos os atos normativos declarados inconstitucionais, já que sua atuação se restringia a suspensão de leis e decretos.

Salienta-se que na Constituição de 1946 a resolução do Senado passa a ser delimitada às decisões definitivas do Supremo, justificando a sua atuação, neste momento, apenas para fins de atribuir eficácia *erga omnes* às decisões do STF, conforme é possível inferir dos debates que ensejaram a permanência do instituto na Constituição de 1946, tendo o Senador Nereu Ramos, presidente da comissão da Constituição, afirmado que:

A declaração de inconstitucionalidade das leis foi sempre atribuição do Poder Judiciário. A lei ou regulamentos declarados inconstitucionais são juridicamente inexistentes, entre os litigantes. Uma vez declarados, pelo Poder Judiciário,

²⁰ Art. 96 - Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurado Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato.

²¹ Assim previa a Constituição de 1934 em seu art. 12, §2: “Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.”

²² Nestes termos, o parágrafo único do art. 96 da Constituição de 1937 previa: “No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”

²³ Art. 64 - incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

inconstitucionais ou ilegais, a decisão apenas produz efeito entre as partes. Para evitar que os outros interessados, amanhã, tenham de recorrer também ao Judiciário, para obter a mesma coisa, atribui-se ao Senado a faculdade de suspender o ato no todo ou em parte, quando o Judiciário haja declarado inconstitucional [...]. (ALENCAR, 1978, p. 46).

Observa-se que o instituto apenas permaneceu em 1946 para se atribuir efeitos gerais às decisões do STF, podendo o próprio Tribunal comunicar ao Senado a decisão que declarou a inconstitucionalidade de lei ou decreto.

Posteriormente, com o advento da Emenda Constitucional n. 16 de 1965, passou-se a conceber o controle abstrato de normas. Contudo, a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, apenas poderia ser encaminhada pelo Procurador-Geral da República (art. 101, k, da Constituição de 1946).

Neste contexto, é evidente que o controle de constitucionalidade concreto era exercido de forma mais reiterada que o realizado com base no art. 101, k, da CF/1946, pois a existência de apenas um legitimado diminuía significativamente as ações propostas no controle abstrato, sendo que o controle em concreto, por outro lado, não enfrentava tais limites formais subjetivos, bastando, em síntese, que a questão fosse posta ao STF com base em uma das situações previstas no art. 101, da CF/1946.

Por estas razões, a Emenda Constitucional n. 16 de 1965 não foi capaz de solucionar o contingente de demandas semelhantes postas à apreciação do Tribunal, o que conduziu ao início de um debate quanto a obrigatoriedade ou não do Senado emitir resoluções que atribuíssem efeitos *erga omnes* às decisões no controle incidental de constitucionalidade, o que foi analisado pelo STF no Mandado de Segurança n. 16.512 (MS 16.512).

Referido instrumento processual foi impetrado no intuito de questionar a discricionariedade do Senado Federal, pois essa Casa do Congresso Nacional havia revogado resolução que suspendia dispositivos inconstitucionais do Código de impostos e taxas de São Paulo e, posteriormente, estabeleceu validade parcial às normas declaradas inconstitucionais pelo STF. Na ocasião, o Ministro Oswaldo Trigueiro esclareceu em seu voto no MS 16.512 que:

[...] depois de atender à solicitação do supremo Tribunal – promulgando resolução suspensiva de lei inconstitucional – a competência do Senado está exaurida. Penso, por isso, que ele não poderia rever a matéria, quer para interpretar a decisão do Supremo Tribunal, sem que esse fosse ouvido, quer para dirimir dúvida suscitada, no âmbito estadual, sobre a validade parcial da norma questionada. Na primeira hipótese, estaria ele atuando na esfera judiciária; na segunda, teria ido até o campo da legislação estadual.

As resoluções editadas pelo Senado Federal para suspender leis inconstitucionais não detêm caráter discricionário quanto ao seu conteúdo, caso contrário, isso conferiria a essa Casa

do Congresso a atribuição de rever decisões do Supremo Tribunal Federal, exercendo uma jurisdição constitucional e, nessa hipótese, o instituto, inaugurado em 1934, violaria a separação de poderes, desvirtuando uma das finalidades que conduziram a sua elaboração em 1934.

Esclarece-se que o Senado Federal pode suspender a lei inconstitucional no todo ou em parte, nos termos postos no art. 64 da CF/1946 e preservado nas Constituições que se seguiram. Todavia, isso não implica dizer que o Senado poderá decidir até que ponto a decisão do STF está correta ou não. A declaração de inconstitucionalidade parcial ou total, segundo restou decidido no MS 16.512²⁴, é determinada pela decisão do Tribunal que vinculará a resolução do Senado quanto ao seu conteúdo.

Assim, o Senado não pode extrapolar o conteúdo da decisão do STF ou reeditar resoluções no intuito de atribuir outros termos a resolução já editada, pois apenas detém competência de ampliar ou não os efeitos da decisão do Supremo no controle difuso. Razão pela qual, a discricionariedade desta Casa do Congresso diz respeito a edição ou não de uma resolução, porém, rejeita-se o caráter discricionário do conteúdo desta resolução.

Cumprе mencionar, ainda, que aludida decisão, embora tomada durante a vigência da Constituição de 1946, consolidou entendimento mantido até hoje pelo Tribunal, até porque, a Constituição de 1967 não estabeleceu significativas mudanças a esse modelo, mantendo a atuação do Senado Federal para suspender leis declaradas inconstitucionais no controle difuso²⁵ e a Constituição de 1988, por sua vez, apesar de todos os avanços, preservou a competência do Senado.

A manutenção desta competência na Constituição de 1967, contudo, conduziu ao questionamento do papel do Senado Federal na hipótese de declaração de inconstitucionalidade em controle abstrato, de maneira que o Senado chegou a editar as resoluções n. 83 de 1967 e n. 53 de 1970 com base em decisões que declararam a inconstitucionalidade em controle abstrato, o que foi posteriormente revogado diante de ofício expedido pelo STF, conforme se verifica nas resoluções n. 48 de 1968 e n. 91 de 1970.

²⁴ Apenas no intuito de completude da análise do Mandado de Segurança n. 16.512, convém mencionar que os Ministros também adentraram na análise de questões mais técnicas quanto a natureza da resolução e a sua possibilidade de controle, tendo o Ministro Luiz Gallotti argumentado que: “o ato do Senado, previsto no art. 64 da Constituição, não é um ato legislativo. Se fosse teria que competir não só ao Senado, mas também à Câmara [...]. Se fosse não poderia abranger leis estaduais, como é a de que se trata [...]. O ato do Senado é complementar de uma decisão judicial, ampliando os efeitos desta [...] Assim, também, o Senado não pratica ato legislativo no caso que estamos examinamos e em outros, como por exemplo, quando aprova, antes da nomeação, escolhas feitas pelo Presidente da República, quando julga este, ou os Ministros do Supremo Tribunal etc.” (MS n. 16.512, Relator: Ministro Oswaldo Trigueiro, voto do Ministro Luiz Gallotti, p. 218 e 219).

²⁵ Conforme previsto na Constituição de 1967, que assim dispunha: “Art. 45 - Compete ainda privativamente, ao Senado: [...] IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”

A questão, todavia, restou pacificada, nos termos postos no parecer do Ministro Moreira Alves no processo administrativo n. 4.477-72, concluindo-se pela existência de efeitos *erga omnes* a decisão do Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade, não cabendo a participação do Senado. O que demonstra um avanço no controle de constitucionalidade, rompendo com as restrições postas às decisões do STF desde a Constituição de 1934.

[...] a comunicação do Senado só se faz em se tratando de declaração de inconstitucionalidade incidente, e, não, quando decorrente de ação direta, caso em que, se relativa a intervenção federal, a suspensão do ato é da competência do Presidente da República, e, se referente a declaração de inconstitucionalidade em tese, não há que se falar em suspensão, pois, passando em julgado o acórdão desta Corte, tem ele eficácia *erga omnes* e não há que se suspender lei ou ato normativo nulo com relação a todos. (ALVES, 1977) (Grifo do original).

A ampliação das decisões do Supremo Tribunal Federal foram ainda mais significativas na Constituição de 1988, que ampliou o rol de legitimados para a propositura das ações diretas de inconstitucionalidade (art. 103, I ao IX, da CF/88), permitindo, ainda, a utilização de ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, da CF/88), ação declaratória de constitucionalidade (art. art. 102, I, a, da CF/88) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º, da CF/88). Além disso, a Constituição Federal de 1988 também atribuiu a possibilidade do STF editar súmulas com efeitos vinculantes aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta (art. 103-A da CF/88).

Diante das modificações introduzidas pela Constituição de 1988, convém analisar a possibilidade de mutação constitucional no instituto de suspensão de leis inconstitucionais pelo Senado Federal, pois de fato verifica-se uma alteração das circunstâncias que justificavam este instituto, conforme se passa a apreciar.

4. LIMITES A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E ART. 52, X, DA CF/88.

A Constituição de 1988 ao ampliar o sistema de controle abstrato de constitucionalidade passou a preordenar de maneira mais efetiva a ordem constitucional, o que é possível afirmar diante da evolução dos preceitos postos pelo constituinte em 1988, privilegiando mecanismos que atribuem efeitos *erga omnes* à decisão do STF e abandonando a concepção desenvolvida em 1934, que, como visto, inaugura a participação do Senado Federal no controle difuso.

Neste contexto, o desenvolvimento do controle de constitucionalidade produziu significativas alterações quanto a interpretação do instituto previsto no art. 52, X, da CF/88. Tornou-se inconcebível a sua utilização com fundamento na harmonia entre os Poderes Federais, diante das competências atribuídas pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que o Tribunal detém, não apenas a possibilidade de atribuir eficácia *erga omnes* as suas decisões, mas também, a de vincular a Administração Pública a elas.

Ademais, atualmente, o Senado não possui a função de velar pela Constituição ou de coordenar os Poderes Federais, sendo que a guarda da Constituição é um papel reconhecidamente atribuído ao STF no art. 102 da CF/88. Assim, como fundamento da previsão posta no art. 52, X, da CF/88, resta, apenas, a necessidade de conferir efeitos *erga omnes* as decisões proferidas pelo STF em controle difuso de constitucionalidade.

Todavia, a partir da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, que acrescentou o art. 103-A à CF/88, instituiu-se um instituto próprio ao STF para que possa atribuir às suas decisões efeitos gerais e vinculantes sem a necessidade de participação do Senado, esvaziando, assim, o único fundamento que restara ao art. 52, X, da CF/88.

Diante de tais proposições, é inegável que as circunstâncias que justificavam a participação do Senado no controle de constitucionalidade foram gradativamente modificadas, de maneira que se verifica uma objetivação das decisões do Supremo²⁶ e a existência de efeitos gerais aos seus pronunciamentos em controle incidental sem que se exija, para tanto, uma resolução do Senado.

Referidas mudanças retiraram os fundamentos que levaram a inserção da atuação do Senado no controle de constitucionalidade incidental em 1934 e criaram, ainda, o substrato

²⁶ Neste aspecto o art. 927, incisos I a IV do Código de Processo Civil, preceitua: Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

necessário para o reconhecimento da mutação constitucional do dispositivo, ora analisado. Aludido entendimento, pode ser articulado com a seguinte afirmação do Hesse:

[...] não pode o mais engenhoso sistema constitucional garantir efetivamente sua observância quando carece dos pressupostos necessários para alcançar sua efetiva vigência, quando a constituição não é capaz de se haver bem com a realidade de uma ordem configuradora e formadora de uma realidade histórica viva. Essa capacidade, que é um pressuposto para que a Constituição possa cumprir as funções assinaladas, depende, em grande medida, de fatores externos, sobre os quais, por sua parte, só pode influir limitadamente. Entre eles podem-se citar as circunstâncias da realidade histórica, a cujo ordenamento está destinada a Constituição, e o nível de desenvolvimento espiritual, social, político e econômico dos tempos. Quanto mais conecte o Direito Constitucional com tais circunstâncias, quanto melhor assuma as forças e tendências de cada época, melhor poderá exibir seus efeitos. Quando tenta apegar-se a formas historicamente superadas ou quando, pelo contrário, se proponha a uma utopia, fracassará inevitavelmente ante a realidade. Toda Constituição é Constituição no tempo; a realidade social, a que são referidas suas normas, está submetida à mudança histórica e esta, em nenhum caso, deixa incólume o conteúdo da Constituição. (2009, p. 12).

A Constituição não está isenta de mudanças, sendo que sua adaptação pode-se operar por meio de mutação constitucional em que a realidade passa a ser incorporada à norma, objetivando proporcionar uma adequação necessária a um Estado operativo e eficaz, abandonando-se institutos já superados (DAU-LIN, 1998, p. 161). Contudo, é preciso pontuar que isso não implica dizer que situações contrárias ao sistema de valores constitucionais podem ser, irrefletidamente, incorporadas à Constituição.

Por isso, é fundamental a distinção entre mutação em sentido formal e mutação em sentido material para se sustentar a alteração informal do art. 52, X, da CF/88, o que se esclarece, pois não é possível defender a mutação de qualquer artigo da Constituição sem ter como ponto de partida os próprios limites presentes no texto, cujo desrespeito poderá importar em uma mutação inconstitucional.

Assim, retomando o que já fora salientado, menciona-se, por oportuno, que a mutação constitucional em sentido material não reconhece qualquer limite, bastando a alteração da Constituição real para que ela se opere, o que se afirma, diante da possibilidade de modificação do sistema de valores postos na Carta Magna.

Neste ponto, há de convir que a Constituição deixa de ser mecanismo de imposição de limites ao exercício do poder e passa a ser instrumento deste poder (LOEWENSTEIN, 1979, p. 218). Trata-se, portanto, de uma modificação da norma que viola a Constituição, pois, como visto, afeta preceitos constitucionais fundamentais.

Referidos preceitos, no Direito Constitucional brasileiro, podem ser melhor compreendidos partindo-se do previsto no art. 60, §4, I a IV, da CF/88²⁷, justamente, porque, as cláusulas pétreas foram estabelecidas pelo poder constituinte originário como cerne material da ordem constitucional (CANOTILHO, 2003, p. 1064).

Aliado a isso, as alterações informais da Constituição que violem cláusulas pétreas expressam uma mutação em sentido material, pois ultrapassam o sistema de valores previstos na Constituição e promovem rupturas constitucionais que não se restringem, apenas, a violação do previsto no art. 60 da CF/88, mas infringem outros preceitos que guardam relação com as matérias elencadas nos incisos I a IV do §4 desse dispositivo.

Nestes termos, deve-se aquiescer que a mutação em sentido material expressa uma modificação informal inconstitucional, pois consubstancia uma alteração da constituição que ultrapassa os principais limites à mutação constitucional, a saber, os limites materiais expressos e implícitos aplicados às emendas constitucionais.

O reconhecimento de uma mutação deve, primeiramente, conduzir ao questionamento se a alteração informal defendida também pode ser proposta por alterações formais da Constituição, já que se o sentido proposto a norma não pode ser reconhecido pelos mecanismos de reforma expressamente previsto, também, não poderá ser pelo intérprete.

Essa primeira análise fundamenta-se na concepção de que a mutação constitucional não pode ser idealizada como forma de burlar os limites materiais do art. 60 da CF/88, porque, isso permitiria utilizá-la para atender interesses escusos do intérprete, que passa a sobrepor-se à própria Constituição, situação inconcebível diante das funções constitucionais de racionalizar e limitar o poder.

Essas proposições ao serem confrontadas com o art. 52, X, da CF/88, levam o intérprete a questionar se a mutação do referido dispositivo conduz ou não à ofensa ao princípio da separação de poderes previsto no art. 2º da CF/88, incluído como cláusula pétrea no art.60, §4º, III. Quanto a isso, retoma-se as conclusões postas no Mandado de Segurança n. 16.512, em que o STF concluiu que o Senado não detém qualquer discricionariedade quanto ao conteúdo da resolução que se apoie no inciso X do art. 52, da CF/88.

À vista disso, é necessário ressaltar que o Senado Federal não possui autonomia para suspender uma lei que entenda como inconstitucional, pois o pressuposto indispensável para suspensão é a decisão definitiva do STF que declare a inconstitucionalidade de uma lei, de

²⁷ [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

maneira que a resolução não está dissociada da decisão. Neste sentido Anna Candida da Cunha Ferraz afirma que:

Não pode o Senado Federal adentrar no mérito da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, substituindo-se ao Guardião da Constituição. Assim, não tem opção de suspender a execução de parte da lei, quando toda ela foi julgada inconstitucional, nem pode suspender toda a lei, quando apenas parte dela foi declarada inconstitucional pelo STF. Não pode ampliar ou restringir o conteúdo da decisão jurisprudencial que lhe é encaminhada. (Comentários a Constituição do Brasil, 2013, p. 1066).

Não se trata, portanto, do exercício de uma função jurisdicional anômala desta Casa do Congresso Nacional, pois não detém a prerrogativa de modificar a decisão para reconhecer a constitucionalidade da lei, visto que se vincula ao seu conteúdo, muito embora, seja pertinente ressaltar que a decisão não o obriga a editar a resolução, até porque, como sustentado pelo Ministro Vitor Nunes Leal, não há qualquer sanção diante de sua ausência²⁸, o que se afigura mais razoável, apesar da maioria dos Ministros, no MS 16.512, manifestarem-se favoráveis a ausência de discricionariedade, até mesmo, para editar a resolução.

Assim, ao editar uma resolução, apesar da inexistência de obrigatoriedade do ato, o Senado não pode se posicionar além ou aquém do que foi fixado na decisão do Supremo, pois não detém discricionariedade para tanto. Razão pela qual, não se pode sustentar que a mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88 viola o princípio da separação de poderes, porque, não há, de fato, uma autonomia do Senado.

Ademais, ainda que essa Casa do Congresso Nacional se recuse a editar a resolução que suspende a execução da lei inconstitucional, o STF não está impedido de decidir novamente pela inconstitucionalidade, nem sequer de elaborar uma súmula vinculante, porquanto, o Tribunal não está adstrito a existência ou não da resolução do Senado, o que já não pode ser afirmado em sentido inverso.

Outrossim, deve-se acentuar que o reconhecimento da mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88 não induz qualquer ingerência do STF sobre o Senado Federal, principalmente, porque, o Tribunal pode vir a reapreciar a matéria, ainda que esta Casa do Congresso Nacional entenda por bem não editar a resolução e, assim pode fazer, no controle incidental, sendo possível, frisa-se, a atribuição de efeitos *erga omnes* a sua decisão, nos termos postos no art. 103-A, da CF/88.²⁹

²⁸ O Ministro Vitor Nunes Leal sustentou em seu voto que “o Senado terá o seu próprio critério de conveniência e oportunidade para praticar o ato de suspensão. Se uma questão foi aqui decidida por maioria escassa e novos Ministros são nomeados, como há pouco aconteceu, é de todo razoável que o Senado aguarde novo pronunciamento antes de suspender a lei. Mesmo porque não há sanção específica nem prazo certo para o Senado se manifestar.” (MS n. 16.512, Relator: Ministro Oswaldo Trigueiro, voto do Ministro Vitor Nunes Leal, p. 205).

²⁹ Aliado a isso, menciona-se a ADI n. 3929-6, da relatoria do Ministro Celso de Mello, em que, por ocasião de medicação cautelar, o STF mais uma vez referenciou que o Senado Federal está vinculado ao conteúdo da decisão do

A mutação do art. 52, X, da CF/88, nos termos aqui defendidos, não é uma mutação constitucional em sentido material, já que reconhecer a competência do STF em atribuir efeitos *erga omnes* às suas decisões não acarreta, como explanado acima, a violação do sistema de valores postos pela Constituição, principalmente, ao se considerar as prerrogativas atribuídas ao Supremo Tribunal Federal pelo próprio constituinte.

No que pertine a mutação constitucional em sentido formal, por outro lado, afigura-se viável defender a sua aplicação à mutação ora proposta ao art. 52, X, da CF/88, pois ela consiste em complementar ou ampliar os institutos normatizados na Constituição, ainda que contra a letra do texto, porém, em conformidade com o sentido de valores constitucionais (DAU-LIN, 1998, p.174).

Destaca-se, que a mutação constitucional em sentido formal apenas se justifica, quando não se trata de uma realidade que sobrepuja a norma constitucional, sendo verificada nas circunstâncias em que o próprio poder constituinte altera a realidade constitucional, introduzindo novos institutos a Constituição, mas mantendo intactos os dispositivos já superados, que restam inoperantes e necessitam de uma readequação.

Nestes termos, salienta-se que o processo histórico, supramencionado, realmente corroborou com a mutação constitucional a medida que se abandonou a concepção do controle incidental como forma, apenas, de proteger direitos subjetivos, afastando, ainda, previsões semelhantes ao disposto no art. 88 da Constituição de 1934, que, à época, atribuía ao Senado Federal papel semelhante ao que o constituinte de 1988 confere ao Supremo. Aliás, a compreensão de total ingerência do Poder Judiciário quanto as leis editadas pelo Legislativo, também, foram progressivamente abandonadas, de maneira que, até mesmo, a omissão deste poder pode ser submetida a apreciação do STF (art. 5, LXXI e art. 103, §2, todos eles da CF/88).

Assim, observa-se, no caso em questão, mudanças normativo-endogenéticas, pois foram realizadas pelo próprio poder constituinte, que gradativamente alterou a compreensão do papel do Senado Federal no controle difuso, visto que aludido instituto foi concebido no intuito de impedir que o STF interferisse no Poder Legislativo, contudo, essa compreensão não é mais sustentável diante dos poderes conferidos ao STF pela própria Constituição.

Tribunal, tendo o Ministro Marco Aurélio afirmado que defender em sentido contrário permite ao Senado legislar isoladamente sobre matérias de competência estadual ou municipal. Neste aspecto, inegavelmente, a resolução conduziria a violação da federação, pois o Senado estaria interferindo nos poderes legislativos dos demais entes políticos e, ainda, revisando uma decisão do STF.

Referidas mudanças, podem, excepcionalmente, permitir que o dispositivo em sua literalidade seja menoscabado diante de novos sentidos normativos que são emprestados a norma constitucional, como ocorre com o art. 52, X, da CF/88, que assim dispõe:

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.

Observa-se, pela redação do artigo, que o ato de suspender leis declaradas inconstitucionais no controle incidental é privativo do Senado Federal, o que impediria quaisquer outras formas de atribuir efeitos *erga omnes* a essas decisões, pois pelo sentido literal, frisa-se, apenas essa Casa do Congresso Nacional poderia suspender a execução de tais leis.

Entretanto, em que pese a redação do referido dispositivo, ressalta-se que a Constituição de 1988 abandonou a concepção de que os efeitos gerais das decisões do STF no controle difuso advêm, exclusivamente, de resolução do Senado Federal, já que o próprio Supremo passou a conferir efeitos *erga omnes* as suas decisões com base no art. 103-A da CF/88, e, assim faz, até mesmo, quando não está diante de controle incidental de inconstitucionalidade.

Percebe-se, portanto, que o art. 52, X, da CF/88, submeteu-se a um processo informal de modificação, pois, embora o texto mantenha-se incólume, o próprio Supremo Tribunal Federal pode conferir efeitos gerais as suas decisões, o que caracteriza a mutação constitucional em sentido formal.

La norma constitucional queda intacta, pero la práctica constitucional que pretende seguirlas, es distinta. Lo que se infiere de la Constitución un día como derecho ya no lo es posteriormente. La Constitución experimenta una mutación en tanto que sus normas reciben otro contenido, en la medida que sus preceptos regulan otras circunstancias distintas de las antes imaginadas. (DAU-LIN, 1998, p. 45).

Nestes termos, verifica-se a mutação constitucional em sentido formal para compreender que a atribuição de efeitos *erga omnes* as decisões no controle incidental podem ser feitas pelo STF.

Essa alteração do dispositivo por meio da mutação constitucional em sentido formal é possível, pois não se trata de uma superposição da realidade sobre a Constituição, mas de alterações promovidas pelo próprio constituinte, que, gradativamente, retirou os fundamentos que justificavam a existência do instituto e atribuiu um grande destaque as decisões do STF, principalmente, no que tange aos seus efeitos.

Ademais, aludida mutação, submeteu-se a unidade da Constituição, pois, como visto, não introduz qualquer incoerência ou violação de outra norma constitucional, sendo possível inferir a flexibilização do art. 52, X, da CF/88, até mesmo, no art. 103-A da CF/88, pois, se assim não fosse, o constituinte deveria ter afastado a possibilidade de uma súmula vinculante com base

em decisões do controle incidental, já que, pela literalidade do dispositivo, a atribuição de efeitos *erga omnes* as decisões do STF em controle difuso é competência exclusiva do Senado.³⁰

Destaca-se que a exigência da participação do Senado no controle incidental demonstra uma incongruência dentro do sistema constitucional, tornando inoperante o referido instituto, o que é demonstrado pela súmula vinculante e, ainda, pela repercussão geral no julgamento de demandas repetitivas pelo STF, sendo que Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha esclareceram que:

No sistema brasileiro, os recursos especial e extraordinário repetitivos são processados e julgados como causa-piloto. Escolhem-se uns recursos para exame e julgamento (art. 1.036, CPC). [...] Julgados os recursos paradigmas, decidem-se as causas neles contidas (causas-piloto) e, ao mesmo tempo, fixa-se a tese a ser aplicada a todos os demais processos que ficaram sobrestados. Forma-se, além disso, um precedente obrigatório a ser seguido pelos juízos e tribunais em casos que contenham a mesma questão repetitiva, de direito processual ou de direito material. [...] Como o recurso extraordinário é o principal instrumento do controle difuso de constitucionalidade, os precedentes do Pleno do STF em tais casos passam a ter eficácia obrigatória, transcendendo os limites subjetivos da causa da qual surgiu. A solução do caso vale apenas para as partes (coisa julgada, art. 506 do CPC); mas o precedente tem eficácia *erga omnes*. (2016, p. 376 e 594).

Observa-se, dessa forma, que o art. 52, X, da CF/88 tornou-se inoperante, pois a norma perdeu completamente o sentido operativo, nos termos supramencionados, o que permite, portanto, reconhecer a mutação em sentido formal, até porque, ela é compatível com a Constituição.

Em que pese o reconhecimento da mutação do art. 52, X, da CF/88, deve-se ressaltar que a aplicação da mutação constitucional em sentido formal é excepcional, pois ela significa uma ruptura com os limites negativos do texto constitucional, o que não pode ser feito inadvertidamente, pois conduziria a situação esdrúxula de atribuir ao Tribunal o poder constituinte derivado (LIERN, 2014, p. 146). A ressalva é necessária, pois a função do STF como intérprete da Constituição não é ilimitada, por esta razão a mutação constitucional em sentido formal apenas pode ser admitida excepcionalmente, quando se estiver diante de mudanças normativo-endogenéticas, como se verifica no sistema de controle difuso, ante a objetivação das decisões do STF levadas a cabo pelo próprio constituinte, nos termos supramencionados, valendo ressaltar que durante a tramitação da Emenda Constitucional n. 45

³⁰ Aliado a isso, convém mencionar que o próprio STF tem mitigado a aplicação estrita do dispositivo, a exemplo da ADI 3345/SP em que o Ministro Celso de Melo referencia a mutação constitucional, sustentada pelo Ministro Gilmar Mendes, para justificar a constitucionalidade de resolução do Tribunal Superior Eleitoral, pois, na ocasião, acabou por atribuir efeitos *erga omnes* à decisão proferida em controle difuso pelo STF no Recurso Extraordinário 197.917/SP.

de 2004 (EC n. 45 de 2004), na Câmara dos Deputados³¹, o Deputado Federal Jutahy Junior sustentou no plenário que:

Creio que tenha sido um dos maiores avanços no sentido de agilizar o processo de julgamento a inclusão da súmula vinculante perante o Supremo Tribunal Federal, com as ressalvas para que sua aplicação se dê apenas com aprovação por quórum qualificado, na decisão interna do órgão máximo da Justiça brasileira. **Tenho absoluta convicção de que o modelo híbrido da nossa Constituição, que apresenta aspectos de controle constitucional concentrado e também fórmulas difusas de aplicação da matéria constitucional, tende, como no mundo inteiro, a se direcionar cada vez mais ao modelo concentrado.**³² (Destacou-se).

Assim, observa-se, no caso, uma objetivação das decisões do STF, que permitem o reconhecimento da mutação constitucional em sentido formal do art. 52, X, da CF/88, o que não implica dizer que essa mesma mutação, nos termos defendidos por Dau-lin, pode ser aplicada a qualquer situação, frisa-se, ela é excepcional, pois, a mutação constitucional, via de regra, deve observar os limites negativos do texto constitucional, considerando que o programa normativo da norma institui um limite que não pode ser reiteradamente ignorado (CANOTILHO, 2003, p. 1218).

Destaca-se que reconhecer a mutação constitucional em sentido formal não conduz a eliminação de outras formas de mutação constitucional, visto que nem sempre a mutação implicará a ressignificação contra a letra do dispositivo, pois, para que isso ocorra é indispensável a verificação de mudanças constitucionais formais que, embora preservem intacto determinado artigo, esvaziem os seus fundamentos, tornando-o inaplicável, como ocorre no art. 52, X, da CF/88. Razão pela qual, afirma-se que, nos demais casos, a mutação constitucional enquadra-se na definição posta por Konrad Hesse ao afirmar que:

A mutação constitucional com seus limites só se consegue entender com clareza quando a modificação do conteúdo da norma é compreendida como alteração no interior da norma constitucional mesma, não como consequência de desenvolvimentos produzidos fora da normatividade da Constituição, cuja mutação em normatividade estatal tampouco se pode explicar satisfatoriamente quando se parte de uma relação de coordenação correlativa entre normalidade e normatividade. (2009, p.166).

Assim, via de regra, a mutação constitucional opera-se dentro dos sentidos normativos admitidos pelo texto, pois não é possível permitir que a realidade se sobreponha a norma.

Las mutaciones constitucionales legítimas que no atentan contra la supremacía constitucional son aquellas que operan dentro de los límites constitucionales que, en términos generales, se identifican con el texto de la norma (el programa normativo de Müller y Hesse). Si la mutación constitucional sobrepasa esse limite se convierte en constitucionalmente inadmisibile. Dado que el respeto al texto es el canon o parâmetro determinante de la legitimidade de la mutación. (LIERN, 2014, p. 149).

³¹ PEC n. 96 de 1992.

³² Diário da Câmara dos Deputados, n. 103, 08 de Junho de 2000, p. 160 e 161.

Aludida concepção de mutação constitucional, referencia os limites do dispositivo constitucional em que incide, no intuito de evitar que o texto se sujeite irrefletidamente a realidade. Dessa forma, a análise deixa de basear-se meramente nas modificações externas a norma, passando a inquirir se essas alterações podem ser comportadas pelo programa normativo proposto pela Constituição àquele instituto.³³

Diante disso, deve-se considerar que o art. 52, X, da CF/88, comporta a mutação constitucional em sentido formal, tão somente porque, a ampliação da competência ao STF, já foi admitida pelo próprio poder constituinte difuso, que promoveu mudanças normativo-endogenéticas, corroborando com aludida mutação. No mais, não é possível admiti-la em qualquer situação, pois, via de regra, opera-se a mutação constitucional observando-se o programa normativo do dispositivo.

³³ Para melhor compreensão da questão, cabe explicar, brevemente, a decisão do STF no HC 91.361-0/SP, em que o Tribunal defendeu a mutação constitucional, menoscabando o texto do art. 5, LXIX, da CF/88, que prevê expressamente a prisão civil do depositário infiel, porém, o STF reconheceu a mutação constitucional do dispositivo para reduzir a sua abrangência, afastando a possibilidade da prisão civil do depositário infiel. Nota-se que a Constituição admite duas hipóteses de prisão civil por dívida, mas o Tribunal afirma que existe somente uma, o que não implica em uma violação, já que o programa normativo comporta referida alteração.

5. CONCLUSÃO

A mutação constitucional não está isenta de limites apenas por se tratar de um processo informal de alteração da Constituição, pois, apesar de ser incompatível com os limites formais do art. 60 da CF/88, ela não está alheia aos limites materiais previstos no referido artigo.

A aplicação desses limites materiais, justifica-se, pois, as cláusulas pétreas são insuscetíveis de qualquer mudança, sendo um limite preciso às mutações constitucionais, o que sustenta a concepção de que existem mudanças que são incompatíveis com o sistema de valores postos na Constituição.

Por esta razão, o caráter informal da mutação não pode ser utilizado como escusa para que qualquer situação seja incorporada à norma constitucional, uma vez que as mudanças sociais também podem resultar em retrocessos incompatíveis com o sistema de valores postos pela Constituição. Logo, não é qualquer mudança que legitima a alteração de normas constitucionais, havendo limites precisos que não podem ser ignorados pelo intérprete, ante a supremacia da Constituição.

Destaca-se que os poderes constituídos não são ilimitados, condição que não pode ser ignorada pelo Supremo Tribunal Federal no exercício de suas competências (art. 102, da CF/88), inclusive, no que diz respeito às decisões que se fundamentem em uma mutação constitucional. Neste aspecto, o Tribunal deve observar os limites postos para o reconhecimento de uma mutação, já que a realidade não pode ser vista como parâmetro exclusivo para o seu reconhecimento, sob pena de transformar-se em uma ofensa a própria supremacia da Constituição, por desrespeitar suas funções de racionalizar e limitar o exercício do poder.

Aludidos limites perpassam a concepção de mutação em sentido formal e mutação em sentido material, sendo que esta ilustra a violação do sistema de valores constitucionais por inobservância aos limites materiais expressos e implícitos, aquela, por outro lado, propõe uma alteração que não viola referidos limites materiais, embora não se atenha a literalidade do dispositivo.

Nestes termos, deve-se ressaltar que os primeiros limites à mutação constitucional consistem nos previstos no art. 60, §4, da CF/88, de maneira que o seu desrespeito caracteriza uma mutação material, diante da inobservância do sistema valores constitucionais, caracterizando, assim, uma mudança inconstitucional que deve ser rechaçada.

Referida premissa ao ser aplicada a mutação constitucional defendida pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau na Reclamação Constitucional n. 4.335/AC, não impede o seu reconhecimento, tendo em vista que o Senado Federal está vinculado a decisão do STF que

declare a inconstitucionalidade da lei, razão pela qual não se configura uma ofensa a separação de poderes.

Além disso, há de convir que as mudanças que incidiram sobre o controle de constitucionalidade acabaram por reformular a própria concepção do instituto previsto no art. 52, X, da CF/88, já que a própria Constituição atribuiu competência ao STF para conferir efeitos *erga omnes* às suas decisões, tratando-se de uma mudança normativo-endogenética, que permite, excepcionalmente, o reconhecimento da mutação constitucional em sentido formal.

Neste aspecto, não é possível apegar-se ao artigo supramencionado como imutável, ignorando a ampliação do programa normativo nele previsto, pois o Senado não detém discricionariedade quanto ao conteúdo das resoluções que suspendem leis inconstitucionais, estando adstrito a decisão do STF. Razão pela qual, não se trata de um controle sobre a decisão, nem sequer pode ser visto como forma de impedir a ingerência de um Poder sobre outro, pois, como visto, esta concepção não é defensável diante do disposto nos arts. 102 e 103-A da CF/88.

Assim, de fato afigura-se razoável a mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88 para reconhecer que não se trata de uma competência privativa do Senado Federal, operando-se uma mutação constitucional para permitir ao próprio Supremo Tribunal Federal conferir efeitos *erga omnes* às suas decisões no controle difuso.

Além disso, ressalta-se que a declaração de inconstitucionalidade visa preservar a supremacia da Constituição, razão pela qual, uma lei declarada inconstitucional permanecerá inconstitucional em outros processos judiciais, não sendo razoável aplicar tratamento diverso àqueles que se encontrem na mesma situação. Neste ponto, deve-se salientar que a declaração de inconstitucionalidade com base, apenas, nas peculiaridades do caso, sequer exige a participação do Senado, pois, nessa hipótese, ocorre uma declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto ou, até mesmo, uma interpretação conforme a Constituição, configurando, nesse caso, uma situação que não excluiria o artigo para todos, o que reforça o fato do próprio STF poder, por si só, atribuir efeitos *erga omnes* as suas decisões no controle incidental.

Portanto, conclui-se, pela mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88, para reconhecer a competência do STF em atribuir efeitos *erga omnes* as decisões em controle difuso.

Salienta-se que a mutação constitucional em sentido formal apenas pode ser reconhecida excepcionalmente, pois não se pode olvidar que o texto é um limite negativo que não pode ser menoscabado, tendo em vista as funções da Constituição de limitar o exercício do poder. Isso

implica dizer, que não são todas as alterações da realidade que podem ser reconhecidas como mutação constitucional, caso contrário a Constituição torna-se instrumento de poder.

A mutação constitucional em sentido formal, assim, apenas pode ser reconhecida diante de modificações levadas a cabo pelo próprio poder constituinte, que, gradativamente, superem institutos previstos na Constituição, contudo, sem alterar o dispositivo constitucional que resta inoperante, situação que permite o reconhecimento da mutação constitucional, justamente, porque, não se trata de uma realidade que sobrepuja o texto constitucional.

Nestes termos, apenas se verifica aludida mutação excepcionalmente, quando presentes a observância dos limites materiais expressos e implícitos impostos a qualquer alteração constitucional e, ainda, quando, concomitantemente, constatarem-se mudanças normativo-endogenéticas.

Ademais, deve-se destacar que reconhecer a mutação em sentido formal de Dau-Lin não conduz a sua aplicação a qualquer circunstância, razão pela qual se deve considerar as demais possibilidades de mutações constitucionais, isto é, aquelas que, além de estarem de acordo com o sistema de valores constitucionais, observam os limites negativos do texto, tratando-se de mudanças que ocorrem dentro do programa normativo, nos termos postos por Konrad Hesse.

Trata-se, assim, de reconhecer que, em regra, a mutação constitucional deve observar os sentidos normativos oferecidos pelo texto, de maneira que as alterações na realidade somente são incorporadas à norma, quando compatíveis com o programa normativo que o dispositivo comporte.

Neste aspecto, quando não se está diante de mudanças normativo-endogenéticas, a mutação constitucional, somente, pode ser reconhecida caso esteja compatível com o programa normativo, que passa a ser limite preciso para o reconhecimento da mutação constitucional, juntamente com o art. 60, § 4º, da CF/88.

Assim, admite-se excepcionalmente a mutação constitucional em sentido formal, como ocorre no caso do art. 52, X, da CF/88, sendo que nos demais casos, via de regra, a mutação constitucional deve observar os limites do programa normativo previsto no dispositivo, e, em qualquer circunstância, os limites materiais aplicáveis as alterações informais da Constituição, pois o sistema de valores postos na Carta Magna deve ser respeitado, sob pena de que a alteração informal consubstancie uma mutação inconstitucional, o que não coaduna com a função racionalizadora, estabilizadora e limitante da Constituição, em suma, com o constitucionalismo moderno e o estado de direito.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Ana Valderez Ayres Neves de. **A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais**. Revista de Informação Legislativa, Brasília: n. 57, 1978. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/182003>>. Acesso em: 10 de out. de 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARBOSA, Ruy. **Os actos inconstitucionales do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal** (sic). BDJur, Brasília: 21 maio 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/21512>>. Acesso em 12 de out. de 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, n. 103, p. 160 e 161, 08 de Junho de 2000.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: 24 de fev, de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 30 de out. de 2017.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: 16 de jul. de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 30 de out. de 2017.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: 10 de nov. de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 30 de out. de 2017.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: 18 de set. de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 30 de out. de 2017.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: 24 de jan. de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 30 de out. de 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: 05 de out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 de out. de 2017.

BRASIL. Secretaria de Governo. **Medidas Provisórias**. Disponível em: <http://www.secretariadegoverno.gov.br/sobre/assuntos_parlamentares/medidas-provisorias>. Acesso em: 10 de out. de 2017.

BRASIL. Senado Federal. **Resoluções Do Senado Federal**. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/pdf/Resolucoes/1960a1967.pdf>>. Acesso em: 13 de out. de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 221. 22 de out. de 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346262>>. Acesso em 30 de out. de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 2213. 23 de abr. de 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347486>>. Acesso em 30 de out. de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 3345. 19 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613536>>. Acesso em 30 de out. de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 39296. 29 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=490442>>. Acesso em 30 de out. de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Diário da Justiça**, Parecer do Ministro Moreira Alves, Brasília, Ano LII, n. 91, p. 3123 e 3124, 16 de Maio de 1977.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 410. 16 de agosto de 1893. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStf/JulgamentoHistorico/anexo/HC410.pdf>>. Acesso em 12 de out. de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82859 - São Paulo. Relator: Ministro Marco Aurélio. 23 fev. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em 16 de out. de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 87042 - Góias. Relator: Ministro Marco Aurélio. 23 maio 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=379918>>. Acesso em 16 de out. de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 91361 – São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. 23 set. 2208. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573717>>. Acesso em 16 de out. de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 16.512. 31 out. 1966. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=84410&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MS%20/%2016512>>. Acesso em 12 de out. de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Constitucional n. 4.335. 20 de março de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em 16 de out. de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 197807 – Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Octavio Gallotti. 30 maio 2005. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235764>>. Acesso em 16 de out. de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 778889 - Pernambuco. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. 10 março 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11338347>>. Acesso em 16 de out. de 2017.

CANOTILHO, José J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed., Coimbra, Almedina, 2003.

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución**. Trad. espanhola de Christian Foster e Pablo Verdú. [S.l.]: Instituto de Administración Pública Herri-Ardulararitza Euskal Erdakundea, 1998.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: **Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais**. Salvador: JusPodivm, 2016.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Comentários ao art.52, X**. In: CANOTILHO, José J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013, p. 1.060-1666. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/265261452/Comentarios-a-Constituicao-Do-Brasil-Serie-Idp-Gilmar-Mendes-e-Outros>>. Acesso em de 16 out. de 2017.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2015.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad. portuguesa de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Trad. portuguesa de Carlos Dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de La Constitución**. Trad. espanhola de Christian Foster e Pablo Verdú. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

LEAL, Roger Stiefelmann. **A incorporação das súmulas vinculantes à jurisdição constitucional brasileira**: alcance e efetividade em face do regime legal da repercussão geral e da proposta de revisão jurisprudencial sobre a interpretação do art. 52, X, da Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, v. 261, p. 179-201, 2012.

LIERN, Göran Rollnert. **La Mutación Constitucional, Entre La Interpretación Y La Jurisdicción Constitucional**. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 101, p. 125 – 155, maio-agosto, 2014.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. espanhola de Alfredo Gallego. Madrid: Editorial Ariel, 1979.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 6ª Ed., São Paulo: Saraiva. 2014.

NETO, José Duarte. **Rigidez e Estabilidade Constitucional**. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito da USP. Universidade São Paulo, São Paulo. 2009, p. 285. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-06102010-154809/pt-br.php>>. Acesso em 07 de out. de 2017.

SILVA, José Afonso da. **Mutaciones Constitucionales**. Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, vol. 1, julio-diciembre 1999. Disponível em: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constucionales/article/view/5561/7207#N1>>. Acesso em 07 de out. de 2017.