

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG

ZULMAR ANTONIO FACHIN

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Samantha Ribeiro Meyer-pflug; Zulmar Antonio Fachin – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-503-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria Constitucional. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Apresentação

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição, Teoria Constitucional e Democracia I durante o V Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 14 a 18 de junho de 2022, sob o tema geral “Inovação, Direito e Sustentabilidade”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito com o apoio da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul e da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Trata-se da quinta experiência de encontro virtual do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde os direitos fundamentais constitucionalizados, passando pelo controle de constitucionalidade e as experiências diversas de exercício da democracia. Direito à educação, comissões parlamentares de inquérito, liberdade de expressão e federalismo. Houve também a apresentação de um belíssimo estudo sobre a história do constitucionalismo paraguaio.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Zulmar Antonio Fachin

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug

Caio Augusto Souza Lara

A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A DEMOCRACIA

THE ABSTRACTIVIZATION OF DIFFUSE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY IN THE FEDERAL SUPREME COURT: CONSTITUTIONAL MUTATION AND DEMOCRACY

Matheus Teodoro ¹

Resumo

É fato que há mudanças sociais no entendimento de conceitos fundamentais para a coletividade, fenômeno que reverbera no campo jurídico. Assim, busca-se analisar se há benefício para a democracia o modo como se reconhece a mutação constitucional, tomando como exemplo a abstrativização dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade. Através do método hipotético-dedutivo, conclui-se que estas mutações representam alerta à democracia, por permitir a mudança da Constituição de forma a desequilibrar a separação dos poderes.

Palavras-chave: Mutação constitucional, Separação dos poderes, Democracia, Ativismo judicial, Direito constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

It is a fact that there are social changes in the understanding of fundamental concepts for the collectivity, a phenomenon that reverberates in the legal field. Thus, we seek to analyze whether there is a benefit for democracy in the way in which constitutional mutation is recognized, taking as an example the abstraction of the effects of diffuse control of constitutionality. Through the hypothetical-deductive method, it is concluded that these mutations represent an alert to democracy, for allowing the change of the Constitution in order to unbalance the separation of powers.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional mutation, Separation of powers, Democracy, Judicial activism, Constitutional right

¹ Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Especialista em Advocacia Cível, Direito Público e Direito e Processo Previdenciário.

1. INTRODUÇÃO

Contemporaneamente é notável que o poder Judiciário vem ganhando protagonismo em face dos demais Poderes, por diversos fatores, especialmente pelo desenvolvimento de teorias que buscam justamente incentivar a existência de um Judiciário cada vez mais ativo e o tratamento prolixo conferido pela Constituição.

Inserido nesta mudança paradigmática, qual seja, uma maior atividade do Judiciário, tem-se a transformação do sentido do texto constitucional no que concerne aos efeitos do controle difuso de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que busca, através de uma mutação constitucional, ampliar os efeitos das decisões prolatadas por meio desta ferramenta jurídica, com intento de se atingir a abstrativização.

Neste contexto, importante que se analise a proficuidade deste novo passo do Judiciário, de modo a verificar se traz benefícios à sociedade, sob um viés democrático, especialmente na seara da separação dos poderes.

Conjugado ao caso específico, incorre-se na problemática maior, que é a relação da mutação constitucional em si em face da democracia, procurando averiguar se este fenômeno contribui para a manutenção da Constituição ou se representa atalho ao sistema constitucional e suas ferramentas formais de reforma.

Para estudar as questões apresentadas, serão utilizados os métodos hipotético-dedutivo e indutivo, calcando-se em bibliografia pertinente ao tema, a fim de que se obtenha resposta sobre o benefício ou malefício da mutação constitucional no caso pátrio, tomando como base a abstrativização dos efeitos do controle de constitucionalidade pela via difusa.

2. A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: CONCEITO, EFEITOS E LIMITES

É fato que as formulações de conceitos basilares da vivência social se modificam com o decurso do tempo, através do ocaso, transformações e nascimentos de tradições. Um importante exemplo destas transformações sobre abordagens de conceitos por sociedades e épocas diversas repousa, justamente, na ideia de democracia. Como se sabe,

a formulação da democracia atual, que, via de regra, abrange todos os cidadãos de determinado Estado é claramente díspar do conceito de democracia para a Grécia antiga, seu berço.

Portanto, havendo mudanças de entendimento social sobre as colunas da tradição que sustenta a coletividade, naturalmente haverá mutações constitucionais sobre os mais variados temas, de modo que, ainda permanecendo o texto normativo, o sentido que lhe é conferido modifica-se.

Assim, é seguro afirmar que a mutação constitucional, ou seja, a mudança do entendimento sobre tema abarcado pelo texto constitucional, é fruto de modificações gradativas, operadas pelo tempo, “de modo informal, sem a necessidade de emendas ou revisão, ou seja, sem atuação do Poder Reformador, mediante procedimentos jurídicos” (AGRA, 2018, p. 70).

Necessário que se destaque a influência dos fatores políticos no campo jurídico, de modo que as guinadas políticas na sociedade reverberam, direta ou indiretamente, no sistema jurídico. Hesse faz importante observação ao sustentar que “tanto na práxis política cotidiana quanto nas questões fundamentais do Estado, o poder da força afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, que a normatividade submete-se à realidade fática” (HESSE, 1991, p. 10).

Deste contexto, entende-se que a vontade popular é propulsora da organização social, de modo que se houver mudança sensível nesta vontade, nesta força política, é certo que haverá resultados no campo jurídico, especialmente se entendido este âmbito como ferramenta de formulação das regras do convívio em coletividade, em termos gerais.

Estas mudanças da vontade popular, em relação ao campo jurídico, podem se dar de duas formas, como ensina Silva. A primeira é pelo meio formal, através de reformas constitucionais. A segunda é pela informalidade, ou seja, através de mutações constitucionais. Contudo, Silva faz uma basilar observação sobre o tema, sustentando que “as mutações deixarão de ter sentido na medida em que o ordenamento constitucional se veja submetido a reformas contínuas - como é o caso brasileiro” (SILVA, 2014, p. 293).

Assim sendo, uma vez compreendida a mutação constitucional como uma mudança informal da Constituição, mostra-se fundamental explicitar certas resistências

doutrinárias em face de seus efeitos, especialmente pelo fato de possibilitar “verdadeira flexibilização das constituições rígidas” (SILVA, 2014, p. 295).

Um dos efeitos que gera necessidade de cautela é justamente esta flexibilização da Constituição, de modo que enfraquece-se os limites constitucionais ao exercício do Poder, sendo do agrado de governos com vieses mais aristocráticos, ao passo que o povo se beneficia com a limitação clara das formas e exercício do Poder, especialmente pelo robustecimento de direitos fundamentais (SILVA, 2014, p. 295).

A mutação constitucional pode funcionar como um dos atores de manutenção da Constituição, no sentido de que não se mostra necessário rupturas constitucionais para mudanças no eixo da vontade popular, contudo, também se revela como instrumento de insegurança jurídica, uma vez que corre o risco de “diluir a Constituição em uma total fluidez”. Assim, uma das soluções apontadas para este impasse é conferir atribuição ao Tribunal Constitucional para deliberação final sobre quais mutações seriam legítimas e quais não seriam (FERNANDES, 2017, p. 145).

Aqui denota-se certa complexidade teórica, justamente pela tentativa de rápida resolução de tema tão profundo. A entrega de atribuição, nestes contornos, se mostra exacerbada, potencialmente geradora de desequilíbrio entre os poderes. Portanto, é plenamente possível questionar se há legitimidade para um órgão como o Supremo Tribunal Federal ditar o que é ou não legítimo sobre mutações no entendimento social em face de temas tão fulcrais.

Isto porque as mutações morais na sociedade, incluídas as constitucionais, são observáveis com decurso de tempo razoavelmente longo. Como já aludido, o conceito de democracia modificou-se, notando-se a evolução entre a concepção grega e a contemporânea depois de dois milênios. A ideia de liberdade na sociedade escravagista e na atual também se modificou, porém é possível vislumbrar esta noção de mudança de forma mais nítida após o decurso de mais de um século, se contado a partir da Lei Áurea. O que se pretende assentar é que estas mudanças no ideário coletivo demandam grande decurso de tempo, dificultando a legitimação de mutações em um curto interregno.

Ademais, embora não seja necessária a unanimidade, estas mutações são sentimentos gerais na sociedade, embaraçando-se a identificação por uma única pessoa ou por um pequeno grupo de pessoas, como é o caso do Supremo Tribunal Federal. Assim, o mecanismo de identificação destas mudanças, na formulação atual, não

demonstra a confiabilidade necessária para que se aceite as alegadas mutações.

Se os limites mais rígidos da Constituição têm papel fundamental na contenção do poder arbitrário, inconcusso que a entrega desta vigilância sobre uma mudança informal no texto da Constituição, que pode modificar completamente o sentido do Texto Maior, para um único órgão não fortalece este objetivo.

Em verdade, aqui nota-se certa crença na infalibilidade ou superioridade do Judiciário, como se fosse alheio a políticas, ideologias ou interesses pessoais. Evidente que o Judiciário, a Corte Constitucional, é formada por seres humanos, com todas as vicissitudes do próprio ser. Neste mesmo sentido entendem Alves e Brega Filho (2015, p. 128).

Portanto, se de um lado tem-se a faceta da mutação informal da Constituição como auxiliadora da manutenção da atenção do Texto Maior sobre questões sociais atuais, de outro lado revela-se uma abertura ao arbítrio de atores políticos.

Isto porque não há regramento formal sobre a operacionalização destas mutações, limitando-se a quesitos temporais como o direito adquirido, na senda do que afirma Tavares (2016, p. 187).

Não se mostra salutar à democracia a possibilidade de, através da jurisdição constitucional, modificar-se o texto da Constituição, de modo informal, sem qualquer regramento claro. Este estado de coisas pode representar, como por vezes já é possível constatar, um atalho à democracia.

Estas mutações constitucionais são mais comuns e, de certa maneira, mais justificáveis para Cartas Magnas que perdurem por longo tempo, comumente nascida em sociedades adotantes do sistema consuetudinário, como no caso americano.

Desta feita, exposto o conceito e algumas considerações sobre o tema, passa-se a questão da mutação constitucional em sede de controle de constitucionalidade pela via difusa, representando exemplo concreto dos efeitos que podem exsurgir de sua prática.

3. A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL QUANTO AOS EFEITOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELA VIA DIFUSA

Os embates doutrinários concernentes às mutações constitucionais ganham relevo com o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal, especificamente em sede de prolação de decisões em controle de constitucionalidade pela via difusa, servindo de exemplo para um melhor entendimento sobre os efeitos da mutação constitucional.

Assim sendo, para que se compreenda melhor o cerne da problemática, necessário que se façam algumas observações, ainda que breves, sobre o controle de constitucionalidade.

Deste modo, é cediço que o controle de constitucionalidade tem como objetivo primordial a defesa da Constituição, mantendo sua integralidade e exigindo a submissão de manifestações normativas inferiores, de modo a proporcionar estabilidade e segurança jurídica.

Como ensina Cunha Júnior, a supremacia da Constituição, por servir de legitimação para todas as normativas inferiores, é sustentáculo do Estado Democrático de Direito. Logo, esta supremacia somente é, de fato, suprema se possuir meios para garantir sua observação, de modo que, “é nesse contexto que avulta a importância do controle de constitucionalidade como um mecanismo institucionalizado (meio) de garantia da supremacia das normas constitucionais (fim)” (CUNHA JUNIOR, 2019, p. 39).

Parte-se do pressuposto, neste trabalho, que já se conhece o controle de constitucionalidade nas modalidades difusa e concentrada, de modo que não será aprofundado este tema, bastando somente suscitar as diferenças basilares entre ambos e pertinentes ao objeto do estudo.

Na sistemática nacional, o controle de constitucionalidade difuso, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, se dá a través da interposição de Recurso Extraordinário, ao passo que o controle concentrado ocorre por meio de ações específicas. A principal diferença entre ambos os modelos é que no difuso o objetivo é a resolução de uma lide concreta, em que a (in)constitucionalidade é tema secundário, ao passo que no controle concreto é a verificação da constitucionalidade que enseja a demanda. Como afirmam Thamay e Herani, “o processo de controle de constitucionalidade abstrato consubstancia-se, por sua essência, em resolver questões que envolvam a norma ou, ainda, sua respectiva interpretação” (THAMAY; HERANI, 2016, p. 205-207).

Neste contexto, o Supremo Tribunal Federal, recentemente, adotou a tese da

abstrativização dos efeitos do controle de constitucionalidade realizados pela via difusa, a fim de que estas decisões se revistam do efeito erga omnes.

Aqui cabe a observação de críticas realizadas em face da mutação constitucional admitida pelo Supremo Tribunal Federal, considerando que seria o ator social adequado para análise desta questão, como entende parte da doutrina.

A alegada mutação teria ocorrido em face do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, de modo que o Senado Federal não mais teria atribuição volitiva para descartar ou não a norma jurídica considerada inconstitucional pela via difusa, pela Corte Constitucional, restando apenas o dever de propagar a exclusão do texto, quando reconhecida a inconstitucionalidade.

Alves e Scherch (2020, p. 144) entendem que este movimento da Pretória Corte, expresso na “Rcl 4335-AC, de 2007, julgada em 2014”, viola a separação dos Poderes. De fato, aqui tem-se um claro exemplo de uma alegada mutação constitucional que viola o texto explícito da Constituição. O artigo constitucional supramencionado (52, inciso X), alvo desta alegada mutação, estabelece de modo inconcusso que é atribuição do Senado Federal a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

O que ocorre é a retirada de uma atribuição do Senado Federal por uma pretensa mutação constitucional, que na prática representa a redução deste importantíssimo órgão do Legislativo a mera secretaria do Supremo Tribunal Federal, uma vez que sua função se limita a publicar a decisão proferida.

Evidente que este movimento de submissão do Senado Federal é prejudicial à democracia. Representa, no conflito pelo poder, uma sobreposição do Judiciário ao Legislativo, afetando a construção constitucional de independência e harmonia entre os Poderes.

Ademais, é plenamente possível questionar se de fato houve mudança no entendimento popular a respeito dos efeitos advindos do controle de constitucionalidade pela via difusa. Trata-se de tema técnico que não encontra elevada atenção nas manifestações populares. Basta dizer que a mutação constitucional se dá na vontade do povo e não na vontade ou entendimento de representantes dos Poderes, como se verá mais adiante.

Forçoso considerar, na toada de Streck e Oliveira, que “o princípio da separação de poderes é ancorado na acepção de discricionariedade: um poder está proibido de invadir a discricionariedade do outro” (CANOTILHO et al, 2018, p. 149).

Esta mutação constitucional é controversa por diversos fatores. Em primeiro lugar, sendo o menos gravoso, o que não se traduz por inofensividade, é a extinção de diferença, na prática, entre o controle difuso e concentrado de constitucionalidade, operacionalizado no Supremo Tribunal Federal.

Ora, se o controle difuso trata a inconstitucionalidade como matéria incidental, secundária, ao passo que o concentrado se preocupa com a (in)constitucionalidade em si, do próprio ato legislativo, a ser exercido por tribunais específicos, que no caso federal é atribuição do Supremo Tribunal Federal, como indica Martins (2021, p. 521-522, 546-547), é evidente que há, e deve haver, diferenças entre os dois modelos.

O controle difuso trata a constitucionalidade pelo viés da lide, ou seja, observa se a norma legal é submissa à Constituição sob a ótica do problema apresentado ao juízo. Evidente que é uma abordagem limitada, superficial se comparada com o controle concreto e este é seu objetivo, sua razão de existir.

De outro lado, o controle concentrado trata da constitucionalidade em si, sem o viés particularista de uma lide específica, tornando a abordagem mais aprofundada e abstrata, realizada por reduzidos juízos, como no caso do Supremo Tribunal Federal, em face da Constituição Federal.

Portanto, latente a necessidade de diferenciação entre os efeitos gerados pelos controles de constitucionalidade. O difuso, por estar revestido da ótica particular da demanda, deve gerar efeitos *inter partes*. O concentrado, por não estar preso a individualidade, mas postar-se em face da norma jurídica em si, reveste-se do caráter da generalidade.

Assim sendo, o primeiro efeito deletério causado pela aceitação desta alegada mutação constitucional é a contradição em si em face das construções dos modelos de controle de constitucionalidade. Em verdade, por este modelo pretendido tem-se um amálgama que, certamente, gerará efeitos negativos à sociedade, por representar uma colcha de retalhos entre o modelo americano e o europeu.

Em verdade, neste movimento do Supremo Tribunal Federal, opera-se uma

modificação do texto constitucional por ferramentas alheias ao que se chama mutação constitucional. Como Bulos ensina, a mutação constitucional “não é algo programável, premeditado, preconcebido, sob pena de se descaracterizar”. É necessária espontaneidade, informalidade para que ocorra a mutação. Assim “membros do Poder Judiciário que desejem, *sponte propria*, ‘realizar’ mutações constitucionais estarão, sem sobra de dúvida, desconfigurando o fenômeno em suas linhas capitais” (BULOS, 2014, p. 231-232).

Continua o autor, esclarecendo que a mutação constitucional se opera somente no sentido da norma e não no seu texto, de modo contrário ao que sustentou Eros Grau na Recl.4.335-5/AC. Vejamos:

Pois bem. Para o Min. Eros Grau, "na mutação constitucional não apenas a norma é nova, mas o próprio texto normativo é substituído por outro" (STF, Pleno, Recl. 4.335-5/AC, Rei. Min. Gilmar Mendes, voto vista, proferido em 19-4-2007). Isto, seguramente, não é, nunca foi e jamais será aquilo que se convencionou chamar de mutação constitucional - fenômeno pelo qual as normas constitucionais mudam sem alterar uma vírgula, sequer, do texto originário da constituição, que não é substituído por outro. Na realidade, a linha de raciocínio proposta pelo Min. Gilmar Mendes, inteligentemente defendida pelo Min. Eros Grau na Recl. 4.335-5/AC, culmina num exercício de legiferação positiva, inadmitida pelo próprio Supremo Tribunal Federal (BULOS, 2014, p. 232).

Isto posto, considerando que o dispositivo constitucional objeto da análise encontra-se no campo constitucional pátrio desde a Constituição de 1934 (art. 91, IV), como indica Martins, sendo inserido na Constituição de 1988, é de se constatar que o sentido da norma permanece o mesmo, de modo que “entendemos, como a maioria da doutrina, que é uma faculdade do Senado suspender a execução da lei” (MARTINS, 2021, p. 536-537).

Causa estranheza a ideia de que houve mutação no sentido desta normativa, haja vista que não dá mostras de enfraquecimento ou desejo de modificação, mantendo-se na seara constitucional por longo período, inclusive reafirmando-se no texto constitucional de 1988.

Na contramão destes posicionamentos, tem-se a tese do Min. Gilmar Mendes, sustentando que há autêntica mutação constitucional a respeito do papel do Senado Federal quanto aos efeitos do controle de constitucionalidade pela via difusa, realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Nas palavras do autor “da nova compreensão que se conferiu à regra (...) valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da

mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto” (MENDES, 2004, p. 165).

Há posicionamentos favoráveis ao defendido pela tese, ainda que minoritários, como explicitado por Tavares, sustentando que o legislador infraconstitucional abriu caminho para esta abstrativização, quando “viabilizou-se que o relator decidisse monocraticamente, em caso de contrariedade a súmula ou jurisprudência dominante do STF”, bem como existem diversas outras manifestações da Corte Constitucional que não são apreciadas pelo Senado, como decisões que somente restringem o sentido de uma norma, sem declarar sua inconstitucionalidade, da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, quando se rejeita a inconstitucionalidade, declaração de não recepção de normas anteriores à Constituição vigente, entre outros (TAVARES, 2012, p. 418-420).

Entretanto, o que se pretende não é a mera reinterpretação do texto constitucional, que por si só já enfrentaria obstáculos, mas sim “uma afronta ao texto legal, com uma ‘pretensa’ manipulação da Constituição, pois os Ministros estariam mudando o texto constitucional e não reinterpretação” (FERNANDES, 2017, p. 1463).

De fato, ainda que houvesse mutação constitucional, tese de difícil sustentação, no caso em comento seria necessário a contradição com o próprio texto da Constituição.

Fernandes, Bernardes e Ferreira fazem importante observação quando aponta contradição desta tese com a ideia da Súmula vinculante, haja vista que em uma decisão em que se encontre maioria, ainda que não se tenha decisão no mesmo sentido por oito ministros, requisito para a edição de Súmula Vinculante, teria efeitos *erga omnes* (FERNANDES, 2017, p. 1463; BERNARDES; FERREIRA, 2016, p. 405-406).

A doutrina majoritária tende a defender o descabimento da tese suscitada, sob o argumento de usurpação de competência do Senado Federal pelo Supremo Tribunal Federal, contrariando o texto claro da Constituição Federal, erigido pelo constituinte originário (BERNARDES; FERREIRA, 2016, p. 405).

Sobre o tema:

Contudo, não parece convincente essa pretendida "transcendência". Nenhuma mutação constitucional pode prevalecer contra disposição normativa expressa, até porque o limite da interpretação é texto (...). E a Constituição contém dispositivo explícito a condicionar, ao juízo discricionário do Senado Federal, o efeito extensivo das declarações incidentes de inconstitucionalidade

proferidas pelo STF (BERNARDES; FERREIRA, 2016, p. 405).

Portanto, tendo sido expostos argumentos favoráveis e desfavoráveis em relação a tese da abstrativização, bem como destacado o posicionamento contrário à sua aplicação pela imensa maioria da doutrina, pode-se partir para outro ponto relevante e mais grave do que a abstrativização dos efeitos do controle difuso em si, tomada como exemplo, que é o uso do conceito de mutações constitucionais para se modificar a Constituição sem qualquer procedimento formal.

4. A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO, A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E O CONSTITUCIONALISMO

Observado que a mutação constitucional representa uma mudança informal da Constituição, é clara a relação existente entre a mutação constitucional e a força normativa da Constituição.

Hesse aduz que a força normativa da Constituição é privilegiada quando se tem segurança da manutenção de seus preceitos, de modo a garantir sua vigência e supremacia, embora haja influência recíproca entre suas normativas e outros quesitos sociais, como a vontade popular, fatores econômicos, entre outros (HESSE, 1991, p. 24).

O que se busca é o fortalecimento da Constituição para que resista em períodos instáveis, mantendo todos os atores sociais sob seus preceitos, gerando confiabilidade e segurança jurídica (HESSE, 1991, p. 24 e 25).

Desta feita, é fato que a Constituição é obra social, de modo que será influenciada pela sociedade, como também exercerá influência. Com isto, tem-se que a Constituição pode sofrer modificações. Em verdade, esta possibilidade é amplamente reconhecida, contando inclusive com meios formais para sua ocorrência. Isto porque as Constituições, em que pese ter objetivo de perdurar no tempo, sofrerão, inegavelmente, modificações de acordo com as transformações sociais.

Neste ponto, considerando a inexorabilidade de mudança, é que se insere a mutação constitucional. É cediço, como já foi dito, que a construção cultural, a tradição,

da sociedade que edifica a Constituição é de suma importância para seu desenvolvimento.

Dito isto, a mutação constitucional, no contexto nacional, tende a apresentar um risco ao equilíbrio dos poderes, por alguns fatores, que serão analisados.

De início, importante considerar o histórico pouco democrático da nossa sociedade, com inúmeros rompimentos com este regime e a não rara ocorrência de atos arbitrários, ainda que em momentos democráticos.

Corroborando com estas colocações tem-se a verificação de que a democracia brasileira foi imposta por um golpe militar, aplicado em face do Império. É paradoxal que o governo do povo tenha se iniciado sem participação efetiva do povo, como de fato ocorreu, na esteira do que afirma Baleeiro (2012, p. 26) ao declarar que “os assalariados do comércio e os operários ou artesãos praticamente não tiveram voz na Constituinte”.

Isto se dá, dentre outros fatores, em uma abordagem sucinta, pela falta de organização da sociedade civil brasileira, bem como a ausência de preceitos liberais arraigados nas bases sociais, características faltantes no momento da importação do modelo de governo democrático estrangeiro, que se encontravam presentes nas sociedades tidas como paradigmas (BERAS, 2013, p. 174).

Portanto, se já se mostra frágil o apego aos preceitos liberais de limitação de poder do Estado, a mudança informal da Constituição, que somente se verifica pelo crivo do Supremo Tribunal Federal, é medida perigosa. O histórico nacional não contribui para a entrega de atribuições tão viscerais para um único órgão.

Como é possível notar pela tese da abstrativização dos efeitos do controle de constitucionalidade pela via difusa, acatada pelo Supremo Tribunal Federal, cúpula do Judiciário, que representa clara anexação de competência do Senado Federal, é nítida a possibilidade de desequilíbrio nos poderes do Estado oriundos de mutação constitucional.

Consoante a isto, tem-se o que já foi exposto neste trabalho, que é a ampla possibilidade de reforma constitucional no sistema pátrio, que por vezes representa até mesmo um número excessivo de reformas. Assim, se há possibilidade de reformas pelo meio formal, recorrer-se à informalidade não representa medida salutar à democracia.

Plenamente razoável o questionamento sobre a legitimidade da Corte Constitucional em declarar, preponderantemente, se houve ou não mutação constitucional sobre determinado tema. Como afirma Bulos (2014, p. 232) “não basta, por exemplo, os

titulares da jurisdição constitucional afirmarem que um dado preceito sofreu ‘autêntica’ mutação, para, desse modo, todos acreditarem nisto, sem reflexão mais demorada, só porque foi um juiz da Corte Suprema que disse”.

Isto dá ampla margem para atos alheios aos que são almejados em uma democracia. Modifica-se a Constituição contra seu próprio texto, sob o pretexto de uma transformação no entendimento popular, que se deu em tão curto lapso temporal e em face de um conceito técnico, de difícil acesso ao povo, destituindo-se competência do Legislativo e atribuindo-se ao Judiciário, que já detém um extenso rol de atribuições. Inconscuso que este estado de coisas é alarmante.

Necessário que se pondere sobre a mutação constitucional através do seguinte aspecto: a mutação é no sentimento popular, na vontade do povo, no modo como a sociedade entende determinado tema e não na mudança do entendimento do intérprete, do representante de um Poder. Nos termos de Bulos (2014, p. 232): “os juízes podem proferir decisões paradigmáticas, alegando a tese da mutação constitucional. Mas, se o fenômeno inexistir, de nada adianta o magistrado dizer o contrário”.

Como Silva adverte, “só serão aceitáveis, como legítimas, as mutações constitucionais que não contrariem a constituição” (SILVA, 2014, p. 296).

O limite do texto constitucional é válido, porém, ainda que não se contrarie o texto expresso na Carta Magna, como certificar se a alegada mutação operou-se de fato na sociedade ou se é mera percepção do intérprete? Questionamento de difícil resolução.

Parece evidente, mas é necessário repisar que as mutações constitucionais não podem representar um atalho à própria Constituição, sob pena de enfraquecimento das bases democráticas do Estado.

No caso da abstrativização dos efeitos do controle difuso, a mudança mostra-se muito mais arquitetada, programada, do que propriamente natural, rememorando a lição de que a mutação constitucional deve ser espontânea. Bulos (2014, p. 232) esclarece: “qualquer mutação planejada, arquitetada, programada, não é mutação. O fenômeno só pode ser percebido de modo natural e espontâneo, quando comparamos o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos afastados no tempo”.

Assim, neste estado de coisas, em que se conjuga um histórico nacional de rompimentos democráticos e de desorganização da sociedade civil, com uma atribuição

tão precípua dada a um único órgão, que é o reconhecimento da ocorrência e autenticidade de uma modificação informal da própria Constituição, torna-se evidente o perigo ao constitucionalismo e democracia.

Como é cediço, o constitucionalismo representa um “movimento social, político e jurídico, cujo principal objetivo é limitar o poder do Estado por meio de uma Constituição” (MARTINS, 2021, p. 40).

Desta feita, a declaração pela cúpula de um Poder, que é o caso do Supremo Tribunal Federal, que houve mutação constitucional contra o próprio texto da Constituição é clara ameaça a limitação do poder do Estado, tanto na relação entre governados e Governo quanto na relação de independência e harmonia entre os próprios Poderes.

É nítida expressão da democracia revogar-se leis entendidas pela sociedade como obsoletas e promulgar-se novas normativas jurídicas, calcados na vontade popular, recorrendo-se aos mecanismos formais da própria democracia. Este exercício fortalece o sentimento democrático.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme restou aludido e analisado, é possível concluir que o fenômeno da mutação constitucional é alarmante para a democracia, no sistema pátrio. É notória a possibilidade de reformas constitucionais por mecanismos formais no modelo nacional, tornando-se despiendo que se recorra a modificações do Texto Maior pela informalidade.

Para além desta ampla possibilidade de reforma, tem-se outros aspectos que torna preocupante o uso das mutações constitucionais na realidade brasileira. A ausência de internalização efetiva de preceitos liberais, como a limitação do poder do Estado, bem como a ausência de uma sociedade civil organizada, descomplicadamente percebida no histórico de rompimentos democráticos nacionais, denotam certa facilidade de movimentos arbitrários.

Estas características conjugadas com o modelo adotado pelo sistema brasileiro

de reconhecimento destas mutações, que é atribuição do Supremo Tribunal Federal, pode levar a desequilíbrios entre os Poderes do Estado.

Isto já se nota na tese, acatada pela Corte Constitucional, da abstrativização dos efeitos do controle de constitucionalidade operado pela via difusa. A alegada mutação constitucional posta-se contra o próprio texto da Constituição, representando submissão do Senado Federal. Na prática, reduz-se, neste aspecto, este importante órgão à mero apêndice do STF, uma vez que sua função se limitaria a publicar a decisão proferida pelo órgão julgante.

Cumprido ressaltar que o Senado Federal é casa legislativa, formada pelo voto popular, sendo um importante mecanismo de freio e contrapeso em face do próprio Judiciário.

Para além destes pontos, ainda que não representasse movimento tão gravoso à democracia, já no exercício de reconhecimento da existência de mutação constitucional encontra-se dificuldade. Isto porque as mutações são sentimentos sociais, gerais, percebidos com um razoavelmente longo decurso de tempo. Assim, seu reconhecimento por um ministro, ou grupo pequeno de ministros, não transmite a confiabilidade necessária sobre se, de fato, houve determinada mutação. O mecanismo apresenta falhas em si.

Ademais, as mutações constitucionais são mais comuns e justificáveis quando a Constituição perdura por longo tempo e em sociedades que são fundadas na *common law*, como é o caso americano e britânico. No sistema brasileiro já se promulgaram e outorgaram diversas Constituições, bem como há ampla possibilidade de reforma, de modo que o Texto Maior, para seus efeitos positivos e negativos, é constantemente revisado e modificado.

Portanto, conclui-se que a adoção de mutações constitucionais no contexto pátrio é desnecessária e potencial geradora de desarranjos na independência e harmonia entre os poderes, como pode se notar no caso específico tratado neste trabalho.

Para o fortalecimento da democracia é necessário respeito e incentivo aos seus mecanismos formais, vedando-se formas de evitar os processos de reforma constitucional, ainda que cansativos, ou “aborrecimentos” com o sistema democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ALVES, F.B.; SCHERCH, Vinicius. **Considerações acerca da interpretação e primeiras ideias sobre uma teoria da decisão**. *Direito em Debate*, v. 29, nº 53, p. 141-152, 2020.

ALVES, Fernando de Brito; BREGA FILHO, Vladimir. **Termidorizar a deliberação: o papel das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas**. *Revista Brasileira de Direito*. v.11, n. 1, p. 124-134, 2015.

BALEEIRO, Aliomar. **1891**. 3. ed. - Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

BERAS, Cesar. **Democracia, cidadania e sociedade civil**. Curitiba: InterSaberes, 2013.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional: Tomo I – Teoria da Constituição**. 6ª. Ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 - São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes ... [et al]. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 10. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2019.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. ampl. E atual. - Salvador. JusPODIVM, 2017.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. 1. Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. *Revista de Informação Legislativa*. v. 41, n. 162, p. 149-168, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. 1º. Ed. São Paulo: Malheiros editores, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. Rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. Rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

THAMAY, Rennan Faria Krüger; HERANI, Renato Guliano. **Jurisdição constitucional concentrada**. Curitiba: Juruá, 2016.