XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES

BEATRIZ VARGAS RAMOS G. DE REZENDE

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C758

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Beatriz Vargas Ramos G. De Rezende, Horácio Wanderlei Rodrigues – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-212-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constituição. 3. Democracia. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

O Grupo de Trabalho (GT) Constituição e Democracia I, no XXV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado nos dias 6 a 9 de julho de 2016, na Universidade de Brasília (UnB), contou com a presença de autores e autoras dos vinte e cinco textos que agora passam a integrar esta publicação, na qual figuram de acordo com a ordem alfabética de seus próprios títulos – ordem que, aliás, orientou sua apresentação e discussão no referido GT, por decisão dos participantes, quando da abertura das atividades.

De forma mais ou menos intensa, o conjunto dos textos reflete a preocupação com temas que ocupam o centro das discussões contemporâneas sobre jurisdição constitucional e democracia.

A questão do ativismo judicial é o foco central de vários dos artigos apresentados, além de merecer, em outros tantos, também alguma referência, ainda que secundária. Desde o debate filosófico-político animado por teóricos como Waldron, Vermeule, Tushnet e Habermas até as análises sobre objetos específicos – como a proposta de Emenda Constitucional n.º 33 /2011, a tese da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, ou a função normativa da Justiça Eleitoral – são problematizados os limites da ação do Poder Judiciário e sua necessária interseção com o princípio democrático, o princípio da separação dos poderes e o da inafastabilidade da função jurisdicional.

Constituição como centro do ordenamento jurídico, normatividade dos Direitos Humanos, constitucionalização “do Direito” e constitucionalização “de direitos”, nomeadamente os direitos de acesso à justiça e à informação, figuram entre os temas tradicionais do campo jurídico-constitucional que mereceram enfoque analítico, sob a perspectiva da efetividade da Constituição e seu impacto na realidade brasileira, no tocante à construção da cidadania e à consolidação da democracia no País.

Outro tema de que se ocupam alguns dos textos ora apresentados, e que também corresponde à tradição dos debates do mesmo campo jurídico, é o da interpretação e da hermenêutica constitucional.

Alinham-se ainda outros artigos na temática da exclusão, inclusive das chamadas “ondas neoliberais”, da questão da justiça social e das desigualdades, da dignidade da pessoa

humana e da participação da sociedade civil e dos movimentos sociais, sob a ótica jurídica e econômica.

Finalmente, integram esta publicação artigos que podem ser reunidos sob a ideia comum da aplicação dos princípios constitucionais, a despeito dos variados temas específicos de que se ocupam, desde o meio-ambiente e o federalismo até o poder investigatório do Congresso Nacional e suas limitações e a questão da democratização da informação como coisa distinta do espetáculo, na discussão sobre o Supremo Tribunal Federal e a mídia.

Toda apreciação que destaca os elementos gerais de análises distintas, apesar da identidade do campo de conhecimento em que estão situadas, corre o risco de uma simplificação. Nada substitui a atividade do leitor em contato direto com o texto, sem a intermediação de um intérprete. Por isso mesmo, a apresentação que ora se faz do conjunto dos artigos componentes do GT Constituição e Democracia I, tem o objetivo de uma provocação, tem a pretensão de funcionar como um convite à leitura.

Brasília, julho de 2016

Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos G. de Rezende (Universidade de Brasília - UnB)

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues (Faculdade Meridional)

DESCONFIANDO DA BONDADE DOS BONS: ANÁLISE DA TESE DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

DISTRUSTING OF THE GOODNESS OF THE GOOD PEOPLE: ANALYSIS OF THE THESIS OF CONSTITUTIONAL MUTATION OF THE ARTICLE 52, X, OF THE FEDERAL CONSTITUTION

Mariana Silva Proença
Felipe Simões Grangeiro

Resumo

Este artigo científico se propõe a analisar criticamente a tese da mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal. Para melhor desenvolver o tema, o artigo é dividido em quatro partes. Na primeira parte, são apresentadas noções gerais sobre o controle difuso de constitucionalidade. A segunda parte destina-se a examinar o art. 52, X, da Carta Maior. A terceira parte discorre acerca do fenômeno da mutação constitucional. Por fim, na quarta parte é enfrentada a tese da mutação constitucional do art. 52, X, da CF, chegando-se à conclusão de que aludida tese é totalmente descabida e inconstitucional.

Palavras-chave: Controle difuso de constitucionalidade, Senado federal, Artigo 52, x, da constituição federal, Mutação constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

This paper proposes to examine critically the thesis of constitutional mutation of the article 52, X, of the Federal Constitution. To better develop the topic, the paper is divided into four parts. The first part presents general notions about diffuse control of constitutionality. The second part examines the art. 52, X, of the Highest Norm. The third part talks about the phenomenon of constitutional mutation. Finally, in the fourth part it´s examined the thesis of constitutional mutation of the article 52, X, of the Federal Constitution, and it´s reached the conclusion that aforementioned thesis is entirely inappropriate and inconstitutional.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Diffuse control of constitutionality, Federal senate, Article 52, x, of the federal constitutional, Constitutional mutation

INTRODUÇÃO

É sabido que, em regra, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo em sede de controle difuso de constitucionalidade produz efeitos *inter partes*. A única exceção a esta regra encontra-se no artigo 52, X, da Carta Maior, o qual prescreve que o Senado Federal pode, por meio de resolução, suspender a execução de lei ou de ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que nos autos da Reclamação nº 4335/AC, o ministro Gilmar Ferreira Mendes, acompanhado pelo então ministro Eros Roberto Grau (aposentado), levantou a tese de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal. Segundo os ministros, o referido dispositivo constitucional sofreu uma alteração em seu sentido, de sorte que: a) atualmente o papel do Senado Federal no controle difuso é tão somente dar publicidade às decisões do STF; e b) as declarações de inconstitucionalidade da Suprema Corte proferidas em controle difuso geram, por si mesmas, efeitos *erga omnes* e vinculante.

O posicionamento dos ministros provocou um rebuliço na comunidade jurídica e foi alvo de ferrenhas críticas e de apaixonadas defesas.

Nesse contexto, o presente artigo científico tem como objetivo analisar criticamente a tese da mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal.

Para cumprir didaticamente este objetivo, o artigo será dividido em quatro partes. Na primeira parte, serão apresentadas noções gerais sobre o controle difuso de constitucionalidade. Na segunda parte, serão examinados o art. 52, X, da Carta Maior e o papel do Senado Federal no controle difuso. Na terceira parte, será estudado o fenômeno da mutação constitucional. Por fim, na quarta parte, será enfrentada a tese da mutação constitucional do art. 52, X, da CF, a fim de verificar se aludida tese é absurda ou razoável, se ela afronta ou não a nossa *Lex Mater* e se ela oferece ou não perigo à ordem jurídica pátria.

Espera-se, por meio deste trabalho, contribuir na reflexão sobre o papel do Poder Judiciário num Estado Democrático de Direito e fortalecer a ideia de que o STF, embora sendo o guardião de nossa Lei Maior, deve exercer sua nobre função sem usurpação ou abuso de poder.

1 NOÇÕES GERAIS SOBRE O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle difuso de constitucionalidade não foi explicitamente regulamentado na Constituição Federal, mas encontra-se disciplinado de forma indireta no art. 5º, XXXV[1], no art. 52, X[2], art. 97[3] e no art. 102, III[4], da *Lex Mater*.

Ele pode ser conceituado como um controle de constitucionalidade repressivo, jurisdicional, realizado por qualquer juízo ou tribunal, pela via incidental (LENZA, 2010, p. 224).

Esmiuçando tal conceito, extraem-se quatro características do controle difuso de constitucionalidade:

a) é repressivo ou posterior, uma vez que se realiza após a norma impugnada ingressar no ordenamento jurídico;

b) é jurisdicional, porque realizado pelo Poder Judiciário;

c) pode realizado por qualquer juiz ou tribunal, observadas, por óbvio, as regras de competência processual. Isso significa que não há um órgão específico do Poder Judiciário eleito constitucionalmente para fazê-lo. Todo e qualquer órgão jurisdicional pode realizá-lo, inclusive o STF; e

d) é realizado pela via incidental (ou via de exceção ou de defesa). O controle difuso é realizado dentro da análise de um caso concreto. A parte (seja o autor, seja o réu) alega, como fundamento do pedido ou da defesa, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. O juiz ou tribunal competente irá, então, antes de apreciar o mérito da causa e decidir pela procedência ou pela improcedência do pedido, realizar o controle de constitucionalidade da norma impugnada como questão prejudicial e premissa lógica do pedido (LENZA, 2010, p.225; MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1225).

---

[1]Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[2] 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;

[3] Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

[4] Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
[...]
III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
a) contrariar dispositivo desta Constituição;
b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Nas palavras de Agra (2012, p. 700):

> é exercido em um processo inter partes, com o objetivo de dirimir uma controvérsia jurídica exposta em uma lide, em defesa de direitos subjetivos pertencentes às partes interessadas. Ele se configura como uma prejudicial de mérito, sendo concretizada de forma incidental, no curso do processo, significando que a questão meritória apenas pode ser decidida após a apreciação da prejudicial.

A decisão proferida em sede de controle difuso produz, em regra, efeitos *ex tunc*, retroagindo para atingir a lei ou o ato normativo inconstitucional no seu nascedouro, e *inter partes*, ou seja, atinge apenas as partes processuais. Esta regra, no entanto, comporta duas exceções.

A primeira exceção está prevista no artigo 27 da Lei n. 9.868/99, nestes termos:

> Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

O dispositivo acima transcrito trata da possibilidade de modulação dos efeitos temporais da decisão que declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, de maneira que ela produza efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*. Para tanto, é necessário o preenchimento de dois requisitos: i) quórum de 2/3; e ii) excepcional interesse público ou segurança jurídica.

A segunda exceção é a possibilidade da decisão ter efeitos *erga omnes*. Para isto, necessária se faz a intervenção do Senado Federal, intervenção esta que será estudada no tópico subsequente.

2 O ARTIGO 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Em regra, a decisão emanada do controle difuso de constitucionalidade produz *efeitos inter partes*. Em outras palavras, a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade proferida em sede de controle difuso vale apenas para as partes litigantes, não atingindo outrem.

Esta regra, no entanto, comporta uma exceção, a qual se encontra no bojo do art. 52, X, da CF, *in verbis*:

> 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;

De acordo com este dispositivo, o Senado Federal pode, por meio de resolução, suspender a eficácia de lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do STF em sede de controle difuso.

Assim, a declaração de inconstitucionalidade do STF proferida em sede de controle difuso, que automaticamente atingiria apenas as partes processuais, por meio de resolução do Senado Federal, gerará efeitos *erga omnes*.

Como se pode perceber,

> A decisão do Senado Federal modifica os efeitos do controle difuso, aumentando a sua abrangência. Seus efeitos deixam de ser *inter partes* [...] para se tornarem *erga omnes* [...]. Portanto, mesmo aqueles cidadãos que não pleitearam seus direitos pelo controle difuso serão atingidos pela decisão do Senado, com efeito *erga omnes*. (AGRA, 2012, p. 702-703).

A resolução senatorial não revoga, tampouco anula a lei declarada inconstitucional, mas simplesmente atinge a sua execução, retirando-lhe eficácia. A lei continua a existir e ser válida, porém ela não produz nenhum efeito, vez que sua eficácia foi suspensa (BELÉM, 2013, p. 4-6; SILVA, 2012, p. 54).

A resolução senatorial produz efeitos *ex nunc* (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2012, p. 61; NERY JÚNIOR, 2010, p. 3)[5].

Nesse ponto, é importante esclarecer que, "considerando que a resolução do Senado tem apenas efeitos *ex nunc*, aqueles que quiserem ser protegidos pelos efeitos retroativos deverão recorrer ao Poder Judiciário para terem direitos resguardados integralmente pela via difusa." (AGRA, 2012, p. 703).

O Senado Federal não está obrigado a suspender a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pela Corte, sendo a ele atribuída mera faculdade de agir de acordo com seu juízo de conveniência e oportunidade.

Com efeito, após receber do STF o acórdão no qual foi proferida a declaração incidental de inconstitucionalidade, o Senado pode tomar uma de duas atitudes: a) concordar com a decisão do STF e, por consequência, expedir resolução suspendendo a eficácia da lei declarada inconstitucional; ou b) não concordar com a decisão do STF e, por consequência não expedir resolução, permanecendo a lei declarada inconstitucional totalmente eficaz (NERY JÚNIOR, 2010, p. 2).

A atuação do Senado constitui, pois, ato político, discricionário, não sujeito a prazo, tendo o Senado Federal liberdade para decidir entre exercer ou não exercer a competência

[5] Quanto aos efeitos da resolução senatorial, é necessário alertar o leitor a existência de corrente doutrinária que perfilha do entendimento de que os efeitos são *ex tunc*, e não *ex nunc* (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2012, p. 61).

prevista no art. 52, X, da CF (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2012, p. 61; BARROSO, 2012, p. 129; LENZA, 2010, p. 231).[6]

Antes de findar o estudo do disposto no art. 52, X, da CF, é interessante deixar registrado que, se olharmos para o passado, perceberemos que a previsão de intervenção do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade não é algo novo na história do Direito brasileiro. Ela surgiu com a Constituição Federal de 1934 (art. 91, IV)[7] e foi mantida pelas Constituições de 1946 (art. 64)[8], de 1967 (art.45, IV)[9] e de 1988.

3 O FENÔMENO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

3.1 A DIFERENÇA ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA

Texto normativo e norma jurídica não se confundem, isto é, não são a mesma coisa.

A norma é o resultado da interpretação do texto normativo. Em outros termos, a norma jurídica é o produto da atribuição de sentido (significado) e de alcance ao texto normativo.

Na lição de Eros Roberto Grau, exposta no julgamento da ADPF 153:

> Texto normativo e norma jurídica, dimensão textual e dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. A interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida (ADPF 153, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-01 PP-00001 RTJ VOL-00216- PP-00011).

Desta forma, a interpretação tem como objeto os textos normativos e como finalidade atribuir sentido e alcance a tais textos. Da interpretação dos textos normativos resultam, pois,

---

[6] Cabe alertar o leitor que há corrente doutrinária que sustenta que a atuação do Senado Federal é vinculada, e não discricionária (PENTEADO, 2012, p. 22).

[7] 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;

[8] 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.

[9] 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;

as normas jurídicas (ÁVILA, 2009, p. 30; GRAU, 2009, p. 28; STRECK; ABBOUD, 2014, p. 52-56).

3.2 CONCEITO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Não há, no ordenamento jurídico brasileiro, nenhuma norma que estabeleça o que é mutação constitucional. Para conceituá-la, então, será necessário recorrer à doutrina constitucionalista.

Uadi Lammêgo Bulos (1997, p.196) define mutação constitucional como:

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

Para Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2010, p. 188-306):

> as mutações constitucionais nada mais são que as alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no primas histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação".
> [...]
> por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda, por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional.

Nas palavras de Walter de Moura Agra (2012, p. 31), mutação constitucional "são as modificações operadas na Constituição, gradualmente no tempo, de modo informal, sem a necessidade de emendas ou revisão, ou seja, sem a atuação do Poder Reformador, mediante processos jurídicos".

Com base nos conceitos acima transcritos, conclui-se que o fenômeno da mutação constitucional consiste na mudança que ocorre no sentido, no significado ou no alcance dado ao texto constitucional, sem que haja modificação na letra do texto.

Em outros dizeres, a mutação constitucional é uma transformação que se opera não no enunciado do dispositivo constitucional (o qual permanece inalterado), mas sim na interpretação dada ao texto do dispositivo, isto é, na norma atribuída ao texto.

3.3 LIMITES À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Apesar de sua importância na adaptação da Constituição Federal à realidade social, o fenômeno da mutação constitucional "não pode ser admitido de forma irrestrita. Pelo contrário: é necessário que sejam estabelecidos limites a ele, sob pena de quebrantamento da ordem constitucional" (PENTEADO, 2012, p. 4).

A doutrina aponta dois limites para o fenômeno da mutação constitucional.

O primeiro deles é o próprio texto normativo, ou seja, o enunciado ao qual será atribuído um novo sentido ou alcance.

O conceito de densidade normativa estabelecido por Dimitri Dimoulis (*apud* LEITE, 2008, p. 9-10) explica de maneira bastante didática a limitação textual do processo interpretativo e, via de consequência, da própria mutação constitucional:

> O texto das normas jurídicas deve ser visto como filtro ou tecido, cuja textura é mais ou menos densa. O grau de porosidade (abertura, abstração) do texto normativo é indicado pelo número e pela diversidade das alternativas de interpretação que esse texto autoriza, isto é, das alternativas que podem passar pela 'peneira' do próprio texto. A regra da densidade normativa pode ser formulada da seguinte maneira: Quanto maior for o número de interpretações divergentes que podem ser sustentadas em relação a determinado texto normativo, menor será sua densidade normativa (e vice-versa).

Desta forma, a mutação constitucional somente pode ir até onde a elasticidade do texto a permitir, sob pena de deixar de ser mutação constitucional e tornar-se fraude à Carta Maior.

Destarte, a nova interpretação atribuída ao texto normativo deve "encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte [...]; do contrário, haverá apenas interpretação inconstitucional" (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 306).

Nesse ponto, cabe a transcrição das lições de Lima e Lança (2013, p. 296-297):

> O aparecimento de uma nova interpretação, ou até mesmo de uma prática social, em claro conflito com a compreensão do texto de uma determinada norma constitucional, ensejaria, na verdade, um quadro de inconstitucionalidade. Tratar-se-ia de um "rompimento da constituição" ou, conforme preferem alguns doutrinadores, de uma mutação inconstitucional. A interpretação ou prática que transborda do marco textual revela, na verdade, um descompasso entre a realidade e a constituição escrita, ou seja, um conflito entre o que se deseja como constituição e o que ela positivamente é (realidade constitucional x constituição escrita). Tal situação deve abrir espaço para um procedimento de reforma.

O segundo limite é a Constituição Federal como um todo, isto é, as normas constitucionais em seu conjunto (MATOS, 2010, p. 115).

Com isso quer-se dizer que a nova interpretação dada a um determinado texto constitucional não pode ferir nenhuma norma constitucional. A nova norma atribuída ao texto deve estar em plena conformidade com todas as demais normas da Constituição Federal.

Tecidas considerações sobre o controle difuso de constitucionalidade, examinado o papel do Senado Federal em referido controle e estudado o fenômeno da mutação constitucional, passa-se ao coração deste artigo, que é a análise crítica da tese da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal.

4 ENFRENTANDO A TESE DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A tese da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal foi aventada pelos ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Roberto Grau nos autos na Reclamação nº 4335/AC.

Esta tese segue, em resumo, o seguinte raciocínio:

i) o art. 52, X, da Constituição Federal sofreu mutação constitucional, de sorte que o novo sentido que deve ser atribuído a ele é de que é competência do Senado Federal dar publicidade às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade; e

ii) em razão da mutação constitucional ocorrida, as decisões do STF proferidas em controle difuso têm, por si mesmas, efeitos *erga omnes*.

Da rápida análise da aludida tese surgem algumas dúvidas e questionamentos: esta tese é absurda ou razoável? Ela afronta a Constituição Federal ou está em total consonância com o espírito da *Lex Mater*? Ela apresenta algum perigo à ordem jurídica pátria?

Responder estas perguntas é o objetivo deste trabalho, o qual será cumprido a seguir.

4.1 DO DESCABIMENTO DA TESE

Conforme estudado na terceira parte deste artigo, o fenômeno da mutação constitucional tem como um dos seus limites o texto constitucional. Assim, a mutação constitucional somente pode ir até onde a elasticidade do texto normativo a permitir, sob pena de deixar de ser mutação constitucional e tornar-se fraude à Carta Maior.

A tese defendida pelos ministros da Excelsa Corte recai sobre o artigo 52, X, da Constituição Federal, o qual tem a seguinte redação:

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;

Examinando o texto deste dispositivo constitucional, constata-se que é possível lhe atribuir apenas um sentido: o de que é competência privativa do Senado Federal suspender, por meio de resolução, a eficácia de norma declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle difuso, dando, desta maneira, à declaração da Corte efeito *erga omnes*.

A elasticidade do texto impede que se dê ao art. 52 da CF o significado de que ao Senado Federal cabe tão somente dar publicidade às decisões do STF. Isto porque "a expressão "suspender a execução" não comporta o significado "dar publicidade"" (BÚRIGO, 2010, p. 59).

A nova interpretação que os ministros querem dar ao dispositivo constitucional ultrapassa os limites naturais do enunciado normativo. Na verdade, a tese sustentada pelos ministros não atribui uma nova norma a um texto constitucional, mas sim substitui um texto construído pelo Poder Constituinte por outro texto, construído pelo Supremo Tribunal Federal (STRECK; LIMA; OLIVEIRA, 2008, p. 46).

Em virtude do exposto, conclui-se que a tese de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal é absurda, ou melhor, totalmente descabida.

Este é o posicionamento de Nery Júnior (2010, p. 9):

> A superação da CF 52 X não é manifestação de *mutação constitucional* por duas razões básicas. Primeiro, porque a mutação constitucional é processo de *interpretação natural* da CF, de modo que não pode ser construída de maneira forçada. Há de ser *processo* de mudança de paradigma constitucional (*Legitimation durch Verfahren*), e não o *fundamento* que se pretende utilizar para modificar a Constituição. Segundo, porque o *limite* da mutação constitucional é o próprio *texto* da Constituição. Não se pode fazer tábua rasa do texto da CF 52 X, que ainda se encontra em vigor e só pode ser desconsiderado por expressa mudança formal e material da Constituição, por intermédio do processo de emenda constitucional (CF 60).

Na mesma trilha encontram-se, também, Lemos et al. (2011, p. 378):

> a mutação ocorre de maneira não programada, não planejada, de acordo com a vivência da Constituição, pois planejar a mutação é fazer ruptura no sistema, no Direito, na Constituição e no Estado Democrático de Direito. O STF *também* (!!!) está subordinado à Constituição; não dita seus enunciados, mas os interpreta; não pode cometer ativismos desmedidos e ditaduras judiciais. Na medida em que se admite mutação constitucional, admite-se também que o texto não seja levado a sério19, ferindo a tripartição de poderes e, consequentemente, o princípio democrático.
> É impossível ao STF "*realizar"* essa espécie de mutação constitucional ilimitada, pois, dessa forma, a Corte sutilmente realizaria emendas da maneira antidemocrática, sacralizando o seu papel de Judiciário e, *agora*, de Constituinte, arruinando o Estado Democrático de Direito, o poder do povo de escolher quem é que faz a sua Constituição, legando um ranço de totalitarismo às gerações futuras. É a continuidade da crise da Constituição de 1988 e um engrossamento nos

> argumentos de quem já defende uma nova Constituinte. É a crise de democracia que já se alastra.

Streck e Abboud (2014, p. 56-57) defendem, também, o descabimento da tese de mutação constitucional do art. 52, X, da CF, nos seguintes termos:

> trata-se de uma tentativa de fazer o texto dizer justamente o que é a vontade dos ministros. Essa questão configura verdadeiro ativismo em sede de jurisdição constitucional.
> [...]
> na Rcl 4335 houve fraude e não mutação à Constituição. De nossa parte, apontamos os riscos de tal decisão e o que ela simboliza. Afinal, se o STF pode proferir decisões que contrariem texto constitucional expresso, qual o limite da atuação do Supremo.
> As decisões comentadas são verdadeira mutação constitucional à brasileira, que é uma tentativa de pequeno setor do STF de criação de inviável e inconstitucional modalidade de mutação constitucional, que ultrapassa o único limite que se impõe a toda e qualquer afirmação de mutação constitucional: o próprio texto constitucional.

Não existe, pois, dúvida de que a tese em exame é absurda.

O artigo 52, X, da Constituição Federal é válido, eficaz, não sofreu mutação constitucional e deve ser respeitado por todos, inclusive pelo STF, até que por emenda ele seja alterado ou revogado.

Por consequência, as decisões do STF prolatadas em controle difuso de constitucionalidade, em regra, continuam a operar efeitos apenas entre as partes da relação processual. A única exceção que a Carta Magna admite a esta regra depende, invariavelmente, da atuação do Senado Federal, que tem a faculdade de editar resolução suspendendo a eficácia da norma declarada inconstitucional.

Resta, então, investigar se a mesma afronta nossa Lei Fundamental e se ela expõe a perigos a ordem constitucional.

4.2 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA TESE

Além de ser descabida, absurda, a tese de mutação constitucional do art. 52, X, da CF é inconstitucional e apresenta perigos à nossa ordem jurídica.

A tese implica em retirar do Senado Federal uma atribuição que a Carta Maior deu a ele e dar ao STF um poder que *a Lex Mater* não lhe outorgou (ARAUJO, 2011, p. 113). Em outras palavras,

> essa tese [...] apequena a atividade do Poder Legislativo, aqui representado pelo Senado Federal como Câmara Alta, direcionando para notável hipertrofia do Supremo Tribunal Federal no processo de controle difuso da constitucionalidade das leis e atos normativos. (Nery Júnior, 2010, p.1).

Admiti-la significa autorizar que o STF realize emendas à Constituição Federal sob o nome de mutação constitucional e aceitar que a Suprema Corte transforme-se em legislador sem mandato (MATOS, 2010, p. 112-115). Significa tomar da mão do povo o poder de "escolher quem é que faz a sua Constituição, legando um ranço de totalitarismo às gerações futuras" (LEMOS et al., 2011, p. 378).

Neste ponto, trazemos à baila o ensinamento de LEMOS et al. (2011, p. 379-380):

> o histórico do constitucionalismo, especialmente a partir das grandes revoluções, aponta para o ideal de constituição como meio eficaz de limitação do poder e consequente garantia das liberdades.
> [...]
> As Constituições, portanto, podem ser encaradas como pré-compromisso. Dizer que as constituições são pré-compromissos significa que "constituições são correntes com as quais os homens se amarram em seus momentos de sanidade para que não morram por uma mão suicida em seu dia de frenesi". Bem como se poderia asseverar, que "as estratégias de pré-compromisso constitucionais poderiam servir para superar a miopia ou a fraqueza da vontade da coletividade".
> [...]
> Há uma diferença entre mutação constitucional e alteração formal da constituição. A mutação constitucional é algo que se reconhece no contexto de toda comunidade política. Não é uma criação stricto senso da Corte Constitucional; não é algo que se determina a partir da vontade dos ministros que compõem a Corte; mas sim algo imposto pela história institucional do direito. No caso do art. 52, X o que se pretende fazer é uma verdadeira alteração formal no interior da qual o próprio texto constitucional soçobraria. Ou seja, a Corte Constitucional seria uma espécie de turno permanente do poder constituinte, que poderia (re)criar dispositivos constitucionais a seu belvedere, contradizendo – de forma absoluta – toda história de limitação do poder que caracteriza o movimento constitucionalista e que se apresenta de modo emblemático na ideia de Constituição como pré-compromisso.

Aceitar a tese de mutação constitucional do art. 52, X, da CF, é afrontar o princípio da separação de poderes e o princípio democrático. É permitir que as normas constitucionais não sejam levadas a sério. É, em última análise, negar a força normativa da Constituição Federal (ARAUJO, 2011, p. 113; LEMOS et al., 2011, p. 378; STREK; LIMA; OLIVEIRA, p. 49-54;).

Por estas razões, conclui-se que a tese em exame é inconstitucional e perigosa ao Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

Este artigo propôs-se a analisar criticamente a tese da mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal.

Por todo o exposto ao longo deste trabalho, conclui-se que a tese examinada é incabível, inconstitucional e perigosa à ordem constitucional brasileira.

Consequentemente, as declarações de inconstitucionalidade do STF proferidas em sede de controle difuso operam efeitos *inter partes*, salvo se (e somente se) o Senado Federal, valendo-se da faculdade a ele conferida no art. 52, X, da CF, editar resolução suspendendo a eficácia da norma declarada inconstitucional.

A intervenção senatorial no controle difuso de constitucionalidade não é mera burocracia constitucional, mas foi produto da decisão do Poder Constituinte e, portanto, deve ser respeitada por todos, principalmente pelo STF, que tem a missão de fazer com que a nossa *Lex Mater* não seja apenas lei morta, mas sim realidade viva. Vivemos em um Estado Democrático de Direito, e um dos efeitos disto é que os órgãos do Judiciário estão amarrados ao que democraticamente o povo, detentor do poder, estabeleceu em sua Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

ARAUJO, Stéfano Cunha. **A tese da mutação constitucional da resolução suspensiva do Senado Federal e o processo de sufocamento do controle de constitucionalidade difuso no Brasil, após a Emenda Constitucional nº 45/2004**. 2011. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9360/1/2011_StefanoCunhaAraujo.pdf>. Acesso em: 01 ago.2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9 ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BELEM, Bruno Moraes Faria Monteiro. **A função do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade**. Disponível em: <http://anape.org.br/site/funcao-senado-federal-controle-difuso-constitucionalidade/>. Acesso em: 06 ago.2015.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891).** Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm**>.** Acesso em: 16 jul. 2015.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34>. Acesso em: 16 jul. 2015.

_____. Constituição (1946**). Constituição dos Estados Unidos do Brasil de (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 16 jul. 2015.

_____. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm> . Acesso em: 16 jul. 2015.

_____. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 jul.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº 153-DF.** Relator: Ministro Eros Roberto Grau. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Julgamento: 29 abr. 2010. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 06 ago. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 4335/AC**, Relator: Ministro Gilmar Mendes, data de julgamento: 21/08/2006, data de publicação: DJ 25/08/2006, p. 00076. Disponível em: < http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14779595/reclamacao-rcl-4335-ac-stf>. Acesso em: 29 jul.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 4335/AC**, Relator: Min. GILMAR MENDES, data de julgamento: 21/08/2006, data de publicação: DJ 25/08/2006, p. 00076. Disponível em: < http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14779595/reclamacao-rcl-4335-ac-stf>. Acesso em: 29 jul.2015.

BÚRIGO, Pedro Isaias Sônego. **Mutação constitucional no âmbito do artigo 52, X, da Constituição da República Federativa do Brasil**. 2010. 65 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direitos) - Universidade Federal do rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/27029/000763160.pdf?sequence=1>. Acesso em: 04 ago.2015.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

LEMOS, Tayara Talita Lemos. et al. Mutação constitucional e democracia: uma (des)construção hermenêutica do problema da intervenção do senado em sede de controle difuso da constitucionalidade. In: **SIMPOSÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL**, 9., 2011, Curitiba. Anais eletrônicos... Curitiba: ABD Const, 2011. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/franca.pdf>. Acesso em: 04 ago.2015.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Iara Menezes; LANÇA, João André Alves. A força normativa da Constituição e os limites à mutação constitucional em Konrad Hesse. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 62, p. 275 - 303, jan./jun., 2013. Disponível em: <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2013v62p275/253>. Acesso em: 04 ago.2015.

MATOS, Daniel Ortiz. A mutação constitucional e a tentativa de abstrativização do sistema concreto de controle de constitucionalidade. **C&D-Revista Eletrônica da Fainor**, Vitória da Conquista, v.3, n.1, p.108-117, jan./dez. 2010. Disponível em: <http://srv02.fainor.com.br/revista/index.php/memorias/article/view/85/72>. Acesso em: 04 ago.2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. O senado federal e o controle concreto de constitucionalidade de leis e de atos normativos: separação de poderes, poder legislativo e interpretação da CF 52, X. **Revista de informação legislativa**, v. 47, n. 187, p. 193-200, jul./set. 2010. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/jurisdicao-constitucional-o-senado-federal-e-o-controle-concreto-de-constitucionalidade-de-leis-e-de-atos-normativos-separacao-de-poderes-poder-legislativo-e-interpretacao-da-cf-52-x>. Acesso em: 02 ago.2015.

PEDRON, Flávio Quinaud. O julgamento da Reclamação no 4.335-AC e o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade. **Revista de informação legislativa**, v. 52, n. 207, p. 213-237, jul./set. 2015. Disponível em: < http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515195/001049179.pdf?sequence=1>. Acesso em: 28 dez.2015.

PENTEADO, Paula Padilha. **Mutação (in)constitucional do artigo 52, inciso x, da constituição federal de 1988**. 2012. 63 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/31310/PAULA%20PADILHA%20PENTEADO.pdf?sequence=1>. Acesso em: 02 ago.2015.

ROCHA, Dileize Modesto de Mattos. **O papel do senado federal no controle de constitucionalidade difuso**. 2010. 89 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais, Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/49/3/20343155.pdf>. Acesso em: 01 ago.2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SOARES, Ana Katarina Fonteles; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. Mutação constitucional: da "natureza das normas" à identidade problemática da constituição. In: **CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI**, 17., 2008. Anais eletrônicos... Brasília. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasilia/01_594.pdf>. Acesso em: 03 ago.2015.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – O precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi**, Jacarezinho, n. 7, p. 45-68, jan/dez., 2007. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>. Acesso em: 05.ago.2015