



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal: A nova concepção do controle difuso de constitucionalidade.

Daniella Tarsitano da Rocha

Rio de Janeiro
2011

DANIELLA TARSITANO DA ROCHA

Mutação Constitucional do Artigo 52, X, da Constituição Federal: A Nova Concepção do Controle Difuso de Constitucionalidade.

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Guilherme Sandoval

Prof^a Kátia Silva

Prof^a Mônica Areal

Prof^a Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2011

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 52, X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: A NOVA CONCEPÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Daniella Tarsitano da Rocha

Graduada pela Faculdade de Direito da
Universidade Cândido Mendes –
Centro. Advogada.

Resumo: O trabalho visa a elucidar a polêmica do julgamento da Reclamação 4335/AC em trâmite no Supremo Tribunal Federal. A mutação do artigo 52, X da Constituição Federal busca retirar a participação do Senado Federal na atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões do controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal. A essência do trabalho é analisar a possibilidade e as consequências dessa alteração constitucional, realizada por meio do instituto da mutação constitucional.

Palavras-chaves: Mutação Constitucional. Controle de Constitucionalidade Difuso. Senado Federal.

Sumário: Introdução. 1. O Controle de Constitucionalidade no Ordenamento Brasileiro: Difuso e Concentrado. 2. A Reclamação 4335/AC e a Eventual Inovação do Supremo Tribunal Federal. 3. A Participação do Senado Federal no Controle Difuso. 4. Mutação Constitucional e os Limites da Jurisdição da Corte Suprema. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico aborda os temas da mutação constitucional e do controle difuso de constitucionalidade, mais precisamente a supressão do instituto insculpido no artigo 52, X da Magna Carta.

O trabalho visa a elucidar a polêmica instaurada a partir do julgamento da Reclamação nº 4335/AC, em trâmite no Supremo Tribunal Federal. O Relator, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, defende a denominada mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição Federal. A mutação pretende atribuir eficácia *erga omnes* às decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade, sem a necessidade da edição de resolução pelo Senado Federal.

Em controle difuso de constitucionalidade, a decisão possui eficácia *inter partes*, por tratar-se de um processo subjetivo em que a constitucionalidade de lei ou ato normativo é questão prejudicial da causa e não seu objeto. A decisão eventualmente se reveste de efeitos *erga omnes*, caso editada resolução do Senado Federal, que suspende a aplicação da norma, nos termos do artigo 52, X da Constituição Federal.

A tese proposta pelo eminente Ministro dispensa a edição da resolução pelo Senado Federal, contrariando o que originalmente determina o texto constitucional e, se acolhida, equipará os efeitos do controle difuso aos do concentrado. Seria um meio de tornar abstrato o controle concreto de constitucionalidade, fenômeno que pode ser observado por meio da utilização de institutos jurídicos próprios do controle abstrato no âmbito do controle difuso.

Trata-se de um relevante tema para a ciência do Direito, principalmente em seu plano constitucional. Defensores da mutação entendem que a concessão de eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso asseguraria maior efetividade às normas constitucionais e segurança jurídica aos jurisdicionados. Além disso, teria o condão de reformar a sistemática do controle de constitucionalidade adotado pelo ordenamento jurídico pátrio.

A questão está em voga no Supremo Tribunal Federal, em processo pendente de julgamento, traduzindo-se na importância da temática escolhida a análise da questão

visando a esclarecer suas causas e efeitos no mundo jurídico, por meio da abordagem dos aspectos controvertidos sobre a possibilidade de se conferir a eficácia *erga omnes* às decisões do controle difuso e as consequências que trará, caso efetivada a alteração do texto constitucional.

O Supremo Tribunal Federal caminha para uma modificação de grande monta, primando pela valorização de sua jurisdição constitucional ao ter a possibilidade de conferir uma nova concepção ao controle de constitucionalidade e influenciar no princípio da Separação dos Poderes.

O desenvolvimento do artigo será feito a partir da análise do conteúdo da Reclamação nº 4335/AC, das modalidades de controle de constitucionalidade realizadas no ordenamento pátrio, da função do Senado Federal no Controle Difuso, dos limites da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal e das consequências da mutação do artigo 52, X, da Constituição Federal.

Por fim, será possível concluir sobre a importância da alteração, em tese, conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao artigo 52, X, da Constituição e a modificação que acarretará ao sistema de controle de constitucionalidade pátrio.

1 – O CONTROLE DIFUSO E CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

O controle de constitucionalidade possui como pressupostos a supremacia da Constituição, que permite ser ela o parâmetro de controle devido à posição vertical que ocupa em relação às outras normas do ordenamento; a rigidez constitucional, que se perfaz

em uma maior dificuldade na alteração da norma constitucional, que ocorrerá por meio de um procedimento mais complexo em relação às leis infraconstitucionais; e, por fim, a existência de um órgão competente para o exercício desse controle.

O sistema de controle de constitucionalidade somente foi introduzido no Direito brasileiro a partir da Constituição Republicana de 1891. O regime republicano, influenciado pelo direito norte-americano, através do *judicial review*, outorgou aos órgãos jurisdicionais o poder de exercer controle de constitucionalidade de forma difusa, por meio da hermenêutica jurídica¹.

Apesar de ter sido delimitada pelo texto constitucional uma competência ao Poder Legislativo de zelar pela guarda da Constituição, não foi conferida de forma exclusiva, já que foi reconhecida pelo legislador constituinte a competência do Supremo Tribunal Federal de julgar recursos cujo objeto era a validade ou aplicação de leis ou atos dos Governos dos Estados contrários à Constituição da República. Nascia, portanto, o controle difuso no ordenamento pátrio.

A Constituição de 1934 ao prever a representação interventiva, trouxe indícios da criação da forma de controle abstrato. A partir de sua vigência, surgiu, pela primeira vez no ordenamento, a norma do atual art. 52, X, à época o artigo 91, IV CF/34², que determinava a competência do Senado para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal.

Embora existisse sua referência embrionária na Constituição de 1934, o controle concentrado somente foi instituído em 1965, por meio da Emenda Constitucional nº. 16 à Constituição de 1946. A Emenda acrescentou ao conteúdo normativo da Constituição o

¹ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

² BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*: “Artigo 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.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 12 out. 2010.

modelo de controle abstrato de constitucionalidade, inspirado no modelo austríaco, a ser realizado por meio da Representação de Inconstitucionalidade, cujo legitimado ativo era o Procurador Geral da República. Neste ínterim, ainda era predominante o controle difuso.

Não obstante as outras constituições que vigoraram no Brasil, a Constituição Federal de 1988 realizou as alterações mais significativas em sede de controle abstrato, para democratizar o seu acesso. A principal modificação foi a ampliação do restrito rol dos legitimados ativos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, conferindo celeridade aos julgamentos e mudando o foco do sistema de controle, inaugurando a primazia do controle abstrato.

Reconhece-se que o ordenamento jurídico brasileiro adota o sistema de controle de constitucionalidade misto, composto pelo controle difuso e controle concentrado. Apesar de historicamente ser o controle difuso dominante, existe a tendência para tornar abstrato o sistema.

O controle de constitucionalidade difuso, também chamado de concreto, incidental ou por via de exceção, possui como característica fundamental o exercício por qualquer órgão judicial no julgamento de um caso concreto em processo de sua competência³. Assim, o controle difuso se perfaz na análise da constitucionalidade de lei ou ato normativo de forma incidental ou prejudicial ao julgamento do mérito de uma ação. A inconstitucionalidade aferida não é o objeto da questão levada a julgamento, mas está contida em sua causa de pedir, cujo objetivo é apenas a declaração de inconstitucionalidade para afastar a sua incidência da lei ou ato normativo naquele caso específico.

A arguição de inconstitucionalidade terá lugar durante a marcha processual, usada como meio de defesa, razão a justificar sua nomenclatura. Poderá ocorrer em qualquer

³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 30-31.

grau de jurisdição perante qualquer juízo ou Tribunal, inclusive perante o Supremo Tribunal Federal. A matéria será suscitada pelas partes, Ministério Público ou mesmo pelo Magistrado *ex officio*.

A inconstitucionalidade declarada no controle difuso não será revestida pelo instituto da coisa julgada material, será mencionada somente na fundamentação do acórdão ou sentença. A lei ou ato normativo declarado inconstitucional será afastado unicamente em relação às partes naquele caso concreto em que foi suscitada como questão incidente, razão pela qual a sua eficácia é reconhecida como *inter partes*, mesmo após o exaurimento das instâncias recursais e o trânsito em julgado da decisão⁴.

No entanto, o artigo 52, X, da Constituição Federal⁵, prevê um mecanismo de conversão da eficácia *inter partes* em *erga omnes* nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade no controle difuso exercido pelo Supremo Tribunal Federal. O objetivo do instituto é evitar as decisões contraditórias, vinculando os demais Tribunais àquela decisão proferida pela Corte Suprema.

O texto atual do artigo 52, X, da Constituição Federal⁶ de 1988 está inserido na Seção IV, delimitando as atribuições do Senado Federal e determina, *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.

A aplicação do referido dispositivo constitucional permite que, após o trânsito em julgado da decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, seja o acórdão remetido ao Senado Federal, que, no âmbito de sua atuação discricionária, poderá

⁴ SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 208-209.

⁵ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 650-651.

⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 19 fev. 2011.

editar uma resolução para suspender a aplicação da lei ou ato normativo declarado inconstitucional no caso concreto. Esse ato tem caráter político e confere à decisão da Corte Suprema o efeito *erga omnes*, capaz de vincular todos os juízos e Tribunais ao conteúdo daquele julgado.

O controle de constitucionalidade difuso permanece no ordenamento como um instrumento de garantia dos direitos dos cidadãos, já que pode ser exercido por qualquer cidadão na defesa de seus interesses.

A outra espécie de controle de constitucionalidade adotada no ordenamento brasileiro é o controle abstrato, igualmente conhecido como concentrado. A característica fundamental que atua como distinção entre as duas formas de controle é a competência. No caso do controle concentrado, diferentemente do controle difuso, a análise da constitucionalidade é realizada por um órgão ou certo número de órgãos que recebem a competência constitucional para tanto.

Outra característica marcante é a instauração de um processo objetivo, por meio do ajuizamento de uma ação direta, na qual a questão relativa à constitucionalidade da lei ou ato normativo é o pedido da ação. No processo objetivo, não há um caso concreto, a constitucionalidade é aferida em tese.

O processo objetivo fundamenta-se na tutela da ordem jurídica, que pode estar sendo ameaçada ou lesada por meio da existência de uma lei ou ato normativo que contrarie o conteúdo da Constituição. O artigo 103 da Magna Carta prevê o rol de legitimados ativos aptos a instaurar o exercício do controle de constitucionalidade abstrato.

Em decorrência dessas características, tem-se que o efeito gerado pelas decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade é o *erga omnes*, capaz de alcançar toda a coletividade. Essa eficácia *erga omnes* conferida às ações diretas está

prevista no artigo 102, §2º da Constituição Federal e no artigo 28, parágrafo único da Lei n. 9.868/99.

A declaração de inconstitucionalidade de lei em sede de controle concentrado equivale à declaração de nulidade da lei que será retirada do ordenamento jurídico com efeitos *ex tunc*⁷. No entanto, é possível evitar essa consequência e aplicar a modulação temporal, restritiva de eficácia, prevista no artigo 27, da Lei n. 9.868/99.

Uma das principais diferenças entre o controle difuso e o concentrado reside nos efeitos de suas decisões. Enquanto no controle difuso as decisões possuem eficácia *inter partes*, restrita às partes do processo em que a questão constitucional foi suscitada, no controle concentrado, a decisão alça seus efeitos aos demais órgãos do poder judiciário e a todos os órgãos do poder executivo devido ao seu caráter *erga omnes*.

No caso excepcional de ser conferido o efeito *erga omnes* à decisão do controle difuso, por meio da atuação política do Senado Federal, essa diferença deixa de existir.

2. A RECLAMAÇÃO Nº 4335/AC E A EVENTUAL ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A reclamação é um instituto jurídico-processual oriundo da jurisprudência e adotado pela Constituição Federal de 1988, criado com o intuito de preservar a competência do Supremo Tribunal Federal e resguardar a autoridade das suas decisões.

A legitimidade da reclamação é conferida a qualquer pessoa que foi atingida pela inobservância da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

⁷ MORAES, *op. cit.*, p. 651.

A Reclamação nº 4335/AC foi ajuizada pela Defensoria Pública da União, em face de ato de Juiz do Estado do Acre. O objeto da reclamação foi o descumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no HC nº 82.959.

O referido *habeas corpus* possui como objeto a concessão do benefício da progressão de regime ao cumprimento de pena por crimes hediondos ou equiparados. A Corte Suprema, no julgamento do referido remédio constitucional, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/90, e afastou a vedação de progressão de regime aos condenados pela prática dos crimes daquela espécie.

A Defensoria Pública da União requereu a progressão de regime a todos os apenados de crimes hediondos ou equiparados, com base na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 82.959, o que não foi concedido, uma vez que o juiz competente da Vara de Execuções Penais entendeu não ter a decisão efeitos *erga omnes* por ter sido proferida em sede de controle difuso.

Em razão disso, a Defensoria Pública da União ajuizou Reclamação perante a Corte Constitucional, para que reconheça a autoridade de sua decisão.

O Ministro Gilmar Mendes, relator da referida Reclamação, conheceu-a e julgou procedente o seu mérito, para que fosse afastada a vedação legal de progressão e deixou a cargo do juiz de primeiro grau avaliar no caso concreto a presença dos requisitos para a concessão do benefício.

O Relator enfrentou a preliminar de descabimento da ação, suscitando a mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição Federal.

A questão ainda não foi analisada pela totalidade dos Ministros que compõem o Supremo Tribunal, sendo o julgamento de crucial importância ao tema abordado neste artigo científico.

Atualmente, o julgamento encontra-se sobrestado, aguardando o julgamento pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal⁸. O voto do Ministro Gilmar Mendes, relator do feito, julgou procedente a Reclamação, sendo acompanhado pelo Ministro Eros Grau. O voto do Ministro Sepúlveda Pertence julgou improcedente o mérito da Reclamação, mas concedeu *habeas corpus* de ofício para que o juiz examine os demais requisitos para deferimento da progressão. Por fim, o Ministro Joaquim Barbosa não conheceu da reclamação, mas igualmente concedeu o *habeas corpus*⁹.

3. A PARTICIPAÇÃO DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DIFUSO: A SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO

O art. 52, inc. X da CRFB prevê a suspensão de execução, que tem natureza de um ato político praticado pelo Senado Federal. Por meio deste instituto, a Alta Casa do Congresso tem o condão de editar uma resolução com o fim de conferir efeitos *erga omnes* a uma decisão definitiva exarada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário. A resolução do Senado passa a ser uma condição para o alcance de eficácia geral às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso.

O objetivo primordial do instituto é o alcance da economia processual, no sentido de que evita que uma demanda necessite passar por todo o trâmite processual nas instâncias do Poder Judiciário para que seja reconhecida a sua inconstitucionalidade. Uma

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n. 4335*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Publicado no DOU de 27.04.2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2381551>>. Acesso em: 20 mar. 2011.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo de jurisprudência n. 463*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo463.htm>>. Acesso em: 11 out. 2010.

vez reconhecida a incompatibilidade da norma com a Constituição Federal pela Corte Suprema, ela teria sua execução suspensa, evitando novas demandas sobre o mesmo tema.

A aplicação do mecanismo previsto no texto constitucional é atribuída privativamente ao Senado Federal. O procedimento deve ser adotado pelo Supremo Tribunal Federal, que, após declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, comunica a decisão à Casa Legislativa para que esta analise ser ou não hipótese de editar sua resolução.

O Regimento Interno do Senado Federal prevê em seu artigo 386 que a resolução deve ser editada após receber a comunicação da decisão definitiva da Corte Suprema, pelo Presidente do Tribunal, por meio de representação do Procurador Geral da República ou por iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Casa Legislativa¹⁰.

De acordo com o Regimento Interno, o projeto de resolução deve ser elaborado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal¹¹.

Sobre o tema, igualmente versa o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal em seu artigo 178 que, após o trânsito em julgado de decisão que declare determinado artigo *incidenter tantum* inconstitucional, deverá ser comunicado o Senado Federal para viabilizar ou não a elaboração de sua resolução¹².

¹⁰ BRASIL. *Resolução n. 93 de 1970 do Senado Federal*. Art. 386: “O Senado conhecerá da declaração, proferida em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade total ou parcial de lei mediante:

I – comunicação do Presidente do Tribunal;

II – representação do Procurador-Geral da República;

III – projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.”

Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/hotsites/acervo_normativo/RESSF-1970-93.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2011.

¹¹ BRASIL. *Resolução n. 93 de 1970 do Senado Federal*. Art. 388: “Lida em plenário, a comunicação ou representação será encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que formulará projeto de resolução suspendendo a execução da lei, no todo ou em parte.” Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/hotsites/acervo_normativo/RESSF-1970-93.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2011.

¹² Art. 178 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal: “Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos artigos 176 e 177, far-se-á a comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII, da Constituição.” Disponível em:

A suspensão de execução não atinge os efeitos da coisa julgada do processo subjetivo em si, mas influi diretamente na executoriedade da norma declarada inconstitucional.

Portanto, a partir da análise incidental da constitucionalidade em um caso específico, é possível ampliar o alcance da decisão sem que os limites subjetivos da coisa julgada sejam violados, pois o ato político do Senado não interfere na imutabilidade da decisão, mas sim na eficácia da norma considerada inconstitucional¹³.

O instituto nasceu com forte inspiração na concepção da separação de Poderes, já surgido primeiramente no texto da Constituição de 1934. Em respeito ao princípio da separação de poderes, a função do instituto era permitir que o próprio órgão responsável pela criação da lei pudesse retirá-la do ordenamento, após a análise de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal. A finalidade principal na sua criação era evitar a ingerência de um Poder sobre o outro.

Ao longo da história do instituto, verifica-se a inércia do Senado Federal em exercer o seu papel, tal qual determina o comando constitucional. A Casa Legislativa tradicionalmente não exerce sua atribuição e deixa de editar a resolução para suspender a execução das leis, o que torna vazio o instituto jurídico.

A natureza da competência do Senado Federal não é pacífica, o que, por certo, influi diretamente na sua fraca atuação, mantendo os efeitos das decisões do STF somente para as partes do processo.

Uma primeira corrente doutrinária defende que a competência do Senado é uma obrigatoriedade mitigada. Defensores dessa orientação, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Dezembro_2010.pdf>.

Acesso em: 13 mar. 2011.

¹³ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria das Constituições Rígidas*. 2 ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980, p. 212.

Alfredo Buzaid entendem que o Senado somente estaria vinculado à suspensão de eficácia quando verificados os requisitos formais da declaração de inconstitucionalidade.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, seguida por Gilmar Ferreira Mendes e Clèmerson Merlin Clève¹⁴, sustentam que o Senado não estaria obrigado a se manifestar, pois sua atuação é facultativa, por ser “revestido de conformação legislativa”.

Reconhecida, portanto, como uma faculdade do Senado Federal, a suspensão da eficácia é pautada na discricionariedade, que faz com que a oportunidade e conveniência da Casa Legislativa sejam influentes na sua aplicação. Esse argumento, aliado ao fato de ser uma resolução de cunho político, justifica a inércia do Senado em editar o ato e aplicar o instituto.

A abstenção do Senado Federal fortifica entendimento defendido por Gilmar Ferreira Mendes¹⁵, principal defensor da tese da mutação, no sentido de que o instituto encontra-se ultrapassado, somente mantido no texto constitucional por questões históricas. Segundo o ilustre ministro e doutrinador, a Corte Suprema possui outros meios de conferir respeito às suas decisões, sendo desnecessária a dependência ao Senado, criada pela suspensão de eficácia: “o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade da lei”.

De outro lado, defensores da manutenção do dispositivo e da atuação do Senado Federal entendem que o órgão legislativo não pode se resumir a publicar decisões do Supremo Tribunal Federal. Nessa esteira de raciocínio, podemos citar Lenio Luiz Streck, *in verbis*:

Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal –

¹⁴ MORAES, Guilherme Pena de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 163.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1.245.

significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988.¹⁶

De fato, a norma constitucional teve por finalidade conferir ao Legislativo, por ato a ser praticado pelo Senado Federal, a critério de sua conveniência, a suspensão de eficácia de suas próprias leis, sem se submeter aos comandos do Poder Judiciário, oriundos do Supremo Tribunal Federal. No entanto, a própria Casa Legislativa deixa de exercer o poder que lhe foi conferido pelo constituinte, o que esvazia o comando constitucional e prejudica a eficácia da norma jurídica.

A inércia do Senado impede que seja cumprida a destinação para a qual foi criada a norma constitucional. A essência do instituto não é observada pelos legisladores que compõem a Alta Casa Legislativa, retirando sua efetividade perante o ordenamento jurídico.

Frise-se que a suspensão de eficácia é considerada um meio de abstrativizar o controle concreto de constitucionalidade. A doutrina clássica apoia a exigência da participação do Senado na suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, tal qual preconiza o artigo 52, X da CRFB.

No entanto, doutrinadores modernos¹⁷ defendem a mutação constitucional do artigo como solução para retirar o condicionamento da eficácia *erga omnes* da decisão do Supremo Tribunal Federal à discricionariedade do Senado, pois consideram desnecessária sua participação para tanto. Essa tese confere maior amplitude aos efeitos da inconstitucionalidade da lei e retira a dependência política do STF em relação ao Senado.

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz: *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: Mutação Constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em: 24 mar. 2011.

¹⁷ [Seguindo esse posicionamento, pode ser citado o Min. Gilmar Ferreira Mendes em seu livro] MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1.245.

4. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E OS LIMITES DA JURISDIÇÃO DA CORTE SUPREMA

A mutação constitucional é um fenômeno da hermenêutica que tem por finalidade alterar a interpretação conferida a uma norma constitucional. Equivale a uma transformação informal do texto constitucional, atribuindo-lhe novo sentido, sem que para isso seja modificado seu conteúdo escrito.

A Constituição Federal de 1988, entre outras classificações, é dogmática. Isso significa que revela a ideia preponderante em matéria política no momento de sua elaboração. Assim, a mutação seria um método de interpretação para adequar e atualizar a Constituição à dinâmica da realidade social.

O contexto segundo o qual foi criada a Constituição é alterado e, seguido a isso, torna-se necessário que o texto seja reinterpretado para acompanhar a evolução social e jurídica. É um novo alcance dado à norma constitucional para que a mantenha contemporânea, sem a realização de um processo formal de emenda ou revisão.

O Ministro Eros Grau¹⁸, em seu voto proferido na própria Reclamação 4335, explicita o teor do instituto, ao retratar, *in verbis*:

A mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontrava originariamente involucrada, em estado de potência.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n. 4335*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Publicado no DOU de 09.02.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rc1%24%2ESCLA%2E+E+4335%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

A aceitação da mutação constitucional depende da ocorrência de dois critérios: a existência de um lapso temporal para que se verifique a mudança de contexto social, histórico e jurídico, bem como a superação total da norma a ser modificada.

O Supremo Tribunal Federal foi criado para desempenhar o papel de guardião da Constituição. Sua função é interpretar e aplicar o texto constitucional elaborado pelo Poder Constituinte e defender a máxima efetividade das normas insculpidas na Magna Carta.

A Corte Suprema deve pautar a sua atuação no princípio da força normativa da Constituição e interpretar seu texto para que fique sempre atual, para acompanhar a evolução da sociedade.

O grande desafio dessa Corte é operar entre o ativismo jurídico e a autorrestrição. Sem imiscuir-se nas doutrinas que estudam esses institutos, o que fugiria ao objeto de estudo deste artigo, seria equivalente a atuar sem legislar a partir da interpretação de uma norma, mas também sem limitar demasiadamente a intensidade da análise de uma lei ou ato normativo.

Diante disso, a tentativa de aplicação da tese de mutação constitucional do artigo 52, X da CRFB na relatoria da Reclamação 4335 do STF gera muita polêmica entre juristas e doutrinadores.

Os votos proferidos pelos Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes¹⁹ na Reclamação 4335, defensores da mutação, têm por base o mesmo pensamento jurídico que respalda a Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy, que minimiza a diferença entre a fundamentação e a aplicação de determinada norma.

Os Ministros entendem que a atuação do julgador deve ser direcionada à busca de uma validade universal do direito, por meio da criação de um discurso de justificação. A

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335*. Relatoria: Min. Gilmar Mendes. Publicado no DOU de 25.08.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rc1%24%2ESCLA%2E+E+4335%2EENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

partir da análise de situações concretas, utiliza-se um discurso de validade para encontrar a norma universal, que deve ser aplicada a toda situação semelhante àquela examinada, em razão da sua universalidade.

Nesse sentido, surgem mecanismos como as súmulas vinculantes ou mesmo a mutação constitucional que se pretende realizar no artigo 52, X, da CRFB. Segundo a tese da mutação constitucional, a análise jurisdicional de um caso concreto permitiria a criação de uma norma universal a ser aplicada em todos os casos que a ele se assemelham.

Diante disso, se a análise jurídica elaborada pelo STF, no exercício do controle de constitucionalidade difuso em determinado caso concreto, resultasse na inconstitucionalidade da lei, assim seria para todos os outros casos semelhantes ao examinado. Seria criada uma espécie de regra aplicável a todos, sendo necessário, portanto, o reconhecimento de eficácia *erga omnes* da decisão que a identificou para permitir a sua aplicação aos outros casos análogos.

Essa eficácia ampla, seguindo a sistemática atual prevista na Constituição Federal, ficaria condicionada à manifestação do Senado Federal. A proposta por meio da mutação constitucional é retirar essa condicionante, tornando a atuação do Senado como um meio de conferir simplesmente um efeito de publicidade da decisão judicial.

Os críticos da tese defendem que o maior problema é descobrir se e quando uma norma tida como universal pelos aplicadores do direito é correta, pois ela pode até ser correta, mas não ser aplicável ao caso²⁰. Inúmeros questionamentos são realizados no sentido de identificar qual o papel da justiça constitucional a ser exercida pelo Supremo Tribunal Federal.

²⁰ STRECK, *op. cit.*, p. 27.

Além do exposto, outros motivos fundamentam a tese da mutação. O primeiro deles seria a nova concepção do princípio da separação de poderes, divergente da época em que a suspensão de eficácia foi criada.

Atualmente, a finalidade da separação dos poderes permite que cada um deles desempenhe cada vez mais suas funções atípicas, não se concentrando em suas funções típicas somente. Quando concebido o mecanismo da suspensão de eficácia, em 1934, a divisão dos Poderes representava a autonomia entre eles, no exercício de suas funções típicas.

Além disso, algumas criações legislativas e concepções jurisprudenciais têm aproximado as duas espécies de controle de constitucionalidade, alocando características do controle concentrado no difuso.

Essa aproximação pode ser exemplificada na ampliação do rol de legitimados para a propositura de ação direta de controle de constitucionalidade, minimizando a importância do controle difuso de constitucionalidade. Isso fez com que o comando normativo do artigo 52, X, da Constituição fosse restringido, pois ao retirar o monopólio da ação direta das mãos do Procurador Geral da República, aumentou significativamente as possibilidades de alcançar um provimento jurisdicional com força *erga omnes*.

Nesse mesmo sentido, a elaboração da Lei nº 9.868/99, que permitia ao Supremo Tribunal Federal suspender de forma imediata a eficácia do ato questionado, por meio da concessão de medida cautelar²¹, igualmente reduziu o grau de importância do controle difuso. O controle de constitucionalidade foi e é até hoje mantido como misto, mas o foco foi alterado, passando a ser na espécie concentrada de controle.

²¹ BRASIL. Lei nº 9.868/99 de 10 de novembro de 1999. Art. 10: “Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 13 jun. 2011.

A tese se reforça na existência de um mecanismo processual previsto no artigo 557, §1º-A, do Código de Processo Civil, por meio do qual foi novamente ampliado o poder jurisprudencial do Supremo Tribunal, ao permitir que os Relatores de recursos extraordinários não apenas neguem seguimento, como também possam lhes dar provimento no mérito da questão recorrida quando a decisão impugnada estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante da Corte Suprema.

O motivo da criação desse mecanismo visa a evitar o acúmulo de demandas similares, cujo mérito tenha solução pacificada na jurisprudência da Corte Suprema, para análise do STF.

Nesse ponto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal demonstra uma forte determinação no sentido de fortalecer suas decisões. A título de exemplo, nos julgados em que se questiona a constitucionalidade de uma lei municipal, o Tribunal vem ampliando os efeitos da decisão não só em relação ao seu dispositivo, mas estendendo o efeito *erga omnes* também à fundamentação com vistas a impedir que o problema se repita em municípios diversos daquele cuja legislação fora questionada.

Outro fundamento a justificar a mutação, talvez o mais marcante, seja a introdução pela Emenda Constitucional 45/04, do artigo 103-A no texto constitucional. O referido dispositivo prevê a criação das súmulas vinculantes, que vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário e os entes que compõem a Administração Pública direta e indireta ao entendimento jurisprudencial consolidado pelo STF²².

A edição da súmula vinculante, cuja competência é exclusiva do STF e teve sua regulamentação na Lei nº 11.417/06, traduz mais uma hipótese no ordenamento em que as

²² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 103-A: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 01 jun. 2011.

decisões sobre constitucionalidade oriundas de um caso concreto, tomadas no exercício do controle incidental de constitucionalidade estendam seus efeitos, conferindo eficácia geral sem atingir a vigência da lei questionada.

A força das súmulas vinculantes limita a atuação dos Magistrados e Administradores Públicos, ao retirar sua liberdade, obrigando-os acatar e seguir o seu teor pautado no entendimento da Corte Suprema; além de vincular também a todos os jurisdicionados e evitar a proliferação de demandas idênticas.

O exercício do controle de constitucionalidade incidental no julgamento das ações civis públicas pode ser elencado como mais um exemplo de amplitude dos efeitos subjetivos das decisões do Supremo Tribunal Federal. Os efeitos de uma decisão em sede de ação civil pública transcendem as partes do processo.

Todos esses instrumentos serviram para enfraquecer a suspensão de eficácia contida no artigo 52, X da Constituição, pois foram capazes de conferir ao Supremo Tribunal uma competência antes somente exercida pelo Senado Federal. A partir daí, fortificou-se a tese mutacional.

Segundo o mais influente defensor da tese, o dispositivo deve ser reinterpretado e o melhor significado para a norma atualmente seria permitir que o Senado apenas tivesse o dever de publicar a decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no controle difuso²³.

Todos os fundamentos explicitados denotam que, atualmente, as decisões com eficácia geral são comuns ao ordenamento, o que não era à época de criação da suspensão de eficácia. Além disso, traduzem a necessidade moderna de se inserir uma economia processual, para que viabilize uma atuação mais eficaz do Judiciário.

²³ MENDES, *op. cit.*, p. 1.252.

Diante de todos esses motivos, há de se concluir que a norma contida no artigo 52, X, da Constituição caiu em desuso, pois perdeu objetividade. No entanto, não há que se prevalecer a tese da mutação constitucional do referido dispositivo. Não porque não há razões, mas sim devido ao meio pelo qual se busca alcançar tal alteração.

De fato, os fundamentos para que seja desnecessária a resolução do Senado são firmes, mas sua retirada do ordenamento não pode ser realizada por meio de interpretação da norma por órgão do Judiciário.

A crítica que se faz não é ao fundamento da tese, mas à forma como ela pretende ser aplicada. Faz sentido retirar essa vinculação ao Senado, mas não por meio de mutação realizada pelo STF.

A concepção atual de separação dos poderes de fato é diferente daquela existente no momento em que foi criado o mecanismo da suspensão de eficácia. Hoje o referido princípio impõe uma atuação maior dos poderes no desempenho de suas funções atípicas. Todavia, isso não pode significar a permissão para um Poder desempenhar uma reinterpretação constitucional, diminuindo a função ou atuação de outro, o que importaria em grave violação do ordenamento jurídico brasileiro, pautado no sistema de freios e contrapesos.

Seria imprudente que o próprio STF invocasse a mudança, pois pareceria que um poder se fortaleceria e retiraria atribuições de outro, enfraquecendo a atuação do Senado Federal e, conseqüentemente, do Poder Legislativo, violando frontalmente o princípio da separação de poderes, mesmo em sua compreensão atual.

O ideal seria permitir que tal alteração fosse realizada formalmente por meio de emenda constitucional, pois seria permitido ao constituinte derivado, representante do povo e da democracia, analisar o real papel dos poderes da república.

O Supremo Tribunal Federal tem um importante papel a desempenhar no exercício de sua função jurisdicional, mas não pode substituir a vontade do legislador constituinte originário, ou mesmo derivado. Deve interpretar as normas constitucionais e dizer o direito a ser aplicado ao caso, evitando exorbitar sua função e atuar como legislador positivo. Caso contrário, além de usurpar a competência do poder constituinte, ultrapassaria os limites da legitimidade de sua jurisdição constitucional.

Ademais, é impossível admitir que, a partir da nova interpretação do termo “suspender a execução no todo ou em parte”, conclua-se pela existência de uma nova norma de “proceder à publicação de decisão”. Não seria realizada uma mutação constitucional, mas sim a alteração substancial de uma norma da Constituição.

Igualmente pode ser evocado como motivo para a impropriedade da alteração o fato de que a suspensão de eficácia pode ser mantida como um instrumento a mais para concessão de eficácia *erga omnes* às decisões do controle difuso. Seria um acréscimo, não servindo de limitador, mas como um instrumento alternativo. A atuação do Senado não representaria obstáculo à ampla efetividade das decisões do Supremo, mas sim um complemento. O Legislativo atuaria como um complementador da função jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário.

Assim, inúmeras são as razões para fundamentar a desnecessidade da suspensão de eficácia prevista no artigo 52, X, da CRFB. Entretanto, a sua alteração por meio de mutação constitucional vai de encontro às regras constitucionais criadas pelos legisladores constituintes, representantes da soberania popular.

É preciso mudar, mas não a qualquer custo e de qualquer modo. Ratificar a tese da mutação constitucional significaria prolongar a discussão secular para se concluir se os fins efetivamente justificam os meios.

CONCLUSÃO

A constitucionalidade de leis e atos normativos no ordenamento jurídico pátrio é verificada por meio das espécies difusa e concentrada de controle. Cada espécie sempre teve delimitados seu campo de atuação e seus diferentes aspectos.

Dentre as diferenças mais marcantes está a eficácia das decisões que produzirão efeitos *inter partes* no controle difuso e *erga omnes* na espécie abstrata.

No entanto, novas alterações legislativas implantaram características do controle abstrato no controle difuso de constitucionalidade para admitir eficácia geral às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sua forma concreta de controle. A jurisprudência do STF reforçou as mudanças legislativas e, cada vez mais, aproxima as modalidades de controle.

As alterações visam a diminuir o número de demandas existentes no Tribunal Supremo, quando já possuir entendimento pacificado sobre a matéria, para desafogar o acúmulo de demandas do Poder Judiciário e favorecer um efetivo acesso à prestação jurisdicional.

Diante de tais mudanças, surgiu a defesa da tese da mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal, que prevê o instrumento de suspensão de eficácia. A tese, que tem como seu principal defensor o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, retiraria do Senado Federal a faculdade de suspender a eficácia de uma lei ou ato normativo declarado inconstitucional em sede de controle difuso pelo STF. A mutação seria a possibilidade de alterar informalmente o conteúdo da constituição sem a alteração de seu texto, por meio de atividade interpretativa.

A constituição de um país deve sempre acompanhar a evolução de sua nação. A sociedade está sempre em evolução e cumpre ao direito atualizar-se para acompanhá-la. O instituto da suspensão de eficácia pode ser entendido como ultrapassado, pelos inúmeros motivos expostos. Todavia, a Constituição Federal prevê mecanismos de atuação para alteração de seu texto, o que não pode ser realizado da forma como os defensores da mutação pretendem.

A inoperância do Senado Federal, bem como a diferente concepção do princípio da separação de poderes são alguns dos vários fundamentos existentes para embasar a dispensabilidade de edição da resolução suspensiva pela Casa Legislativa, pautada na norma constitucional prevista no artigo 52, X, da CRFB. Porém, não é possível admitir que a retirada da regra do ordenamento pátrio seja realizada por meio da mutação constitucional pretendida, pois confronta com os ditames constitucionais previstos na Magna Carta.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 9.868/99* de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 13 jun. 2011.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 12 out. 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 01 jun. 2011.

BRASIL. *Resolução n. 93 de 1970 do Senado Federal*. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/hotsites/acervo_normativo/RESSF-1970-93.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+4335%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 10 abr. 2011

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Guilherme Pena de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STRECK, Lênio Luiz: *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação Constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em: 24 mar. 2011.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.