

**A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE
DIFUSO: A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL
DO ARTIGO 52, X DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL. UM MODO DE COMO A
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL MODIFICA A
CONSTITUIÇÃO**

**THE ABSTRACTION OF JUDICIAL REVIEW:
THE CONSTITUCIONAL MUTATION OF
THE ARTICLE 52, XX BRAZILIAN FEDERAL
CONSTITUTION. A WAY HOW THE
JURISPRUDENCE OF SUPREME COURT
CHANGE THE CONSTITUTION**

Sarah Araújo Viana

Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de
Fortaleza - UNIFOR

Bolsista Funcap

Graduanda em Ciências Contábeis na Universidade Federal do
Ceará - UFC

Advogada

E-mail: vianasarah@gmail.com

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 A IMPORTÂNCIA DA MUTABILIDADE DAS CONSTITUIÇÕES; 3 MÉTODOS DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO; 3.1 MÉTODO FORMAL DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO; 3.2 MÉTODO INFORMAL DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO; 4 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL; 4.1 O CONTROLE DIFUSO E CONCENTRADO E SEUS EFEITOS; 4.2 HABEAS CORPUS 82.959/SP e RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL Nº 4335-5/AC; 4.3 FUNDAMENTOS DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL; 5 CONCLUSÃO; 6 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 THE IMPORTANCE OF MODIFICATION OF THE CONSTITUTION; 3 METHODS OF REMODEL THE CONSTITUTION; 3.1 FORMAL METHOD TO REMODEL THE CONSTITUTION; 3.2 INFORMAL METHOD TO REMODEL THE CONSTITUTION; 4 EVOLUTION OF JUDICIAL REVIEW BY THE FEDERAL SUPREME COURT; 4.1 DIFFUSED AND CONCENTRATE CONSTITUTIONAL CONTROL AND ITS EFFECTS; 4.2 HABEAS CORPUS 82.959/SP AND CONSTITUTIONAL COMPLAINT N. 433-5/AC; 4.3 FUNDAMENTALS OF THE CONSTITUTIONAL MUTATION OF THE ART. 52, X, OF FEDERAL CONSTITUTION; 5 CONCLUSION; 6 REFERENCES.

Resumo: O foco principal do presente artigo é estudar a abstrativização do controle difuso em virtude da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre o controle concreto de constitucionalidade. Desta forma, pretende-se analisar a mutação constitucional no art. 52, X, da Constituição Federal atribuída pelo ministro Gilmar Mendes após da reclamação nº 4335-5/AC.

Palavras-chave: Abstrativização do controle difuso. Mutações Constitucionais. Artigo 52, X, da Constituição Federal.

Abstract: The aim of this article is to study the evolution of the judicial review in front of the new judgment of Brazilian Supreme Court. Thus, we intended to analyze the constitutional mutation in the article 52, X of Brazilian Constitution assigned by the minister Gilmar Mendes after the reclamation nº 4335-5/AC.

Keywords: Evolution of judicial review. Constitutional mutation. Article 52, X of Brazilian Constitution.

1 INTRODUÇÃO

A importância da estabilidade dos preceitos constitucionais não há como ser negada. Contudo, a Constituição requer modos de adaptação de seu texto com a realidade vivenciada pela sociedade. Esta modificação constitucional pode ocorrer tanto por métodos formais que se referem às emendas constitucionais e a revisão constitucional ou de maneira informal como a mutação constitucional.

O presente trabalho possui por objetivo final demonstrar como

a jurisprudência modifica a Constituição, especificando a decisão do Ministro Gilmar Mendes na reclamação nº 4335-5/AC em que modificar a expressão do artigo 52, X da Constituição Federal¹.

2 A IMPORTÂNCIA DA MUTABILIDADE DAS CONSTITUIÇÕES

Como se sabe a Constituição define a estrutura jurídica do Estado e os direitos fundamentais concedidos aos cidadãos. Desta forma, ela representa a carta política de um povo que visa descrever a forma de atuação do Estado e conceder as garantias institucionais daqueles que da sociedade fazem parte. Nesse sentido afirma CANOTILHO (1991, p.41) que “a Constituição é a lei fundamental, suprema e soberana de um Estado. É a carta política e jurídica que o rege e ao povo que o governa de forma representativa”.

Para uma Constituição ser considerada legítima é necessária a anuência do povo dos preceitos nela determinados, permitindo que dela se exare uma segurança jurídica e a respeitabilidade dos seus mandamentos. Entretanto, note que a segurança jurídica de uma Constituição não decorre necessariamente de sua imutabilidade. É imprescindível para qualquer Constituição que ela se modifique a fim de atender os novos anseios da comunidade. Impossível como comenta BULOS (1997, p. 6) uma Constituição eterna, pois ela possui um forte vínculo com o meio qual convive e as transformações da realidade social. São essas suas palavras:

Sem dúvida, nenhum Texto Magno, por mais sábio e perfeito, preservará sua autoridade perpetuamente. Haverá um momento em que a diferenciação dos fatos, em contraste denso com o texto judicioso, porém superado, acarretará a renovação total do instrumento basilar. Nesse instante, a resistência à substituição será inútil, pois os princípios já

¹ Art. 52 Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

X - suspender a execução, no todo em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

não bastarão para estancar o fluir de relações inconciliáveis com o quadro ultrapassado.

Explica ANDRADE (1991) que os fatores que influenciam na modificação do texto constitucional são vários, tantos internos e quanto externos à Constituição. Observa, então, PINTO (2007, p.15) que “a Constituição possui uma estrutura dinâmica, prospectiva e, em constante aperfeiçoamento, relaciona-se com as demais estruturas sociais, econômicas, políticas e jurídicas que se modificam ao longo do tempo”. Assim, defende PINHEIRO (2003, p.35) que “a modificação das constituições é um fenômeno imprescindível e indispensável da vida jurídica, imposta pela tensão com a realidade constitucional e pela necessidade efetividade que as acompanha”.

Entretanto, as constantes modificações da realidade social impedem que a Constituição consiga formalmente adaptar o seu texto aos novos fatos. Daí surge a necessidade conforme ANDRADE (1991, p.218) de “uma mudança da Constituição por via interpretativa, quando se altera o significado do texto constitucional, sem que haja modificação da lei”.

Desta forma, salienta STRECK, LIMA e OLIVEIRA (2007, p.60) que “a mutação constitucional é compreendida mais uma vez como solução para um suposto hiato entre texto constitucional e a realidade social, a exigir uma jurisprudência corretiva”.

A doutrina cataloga as Constituições de acordo com o seu grau de rigidez para modificação de seu texto, podendo ser considerada rígida desde que haja procedimento formal e complexo para mudança das regras constitucionais. Enquanto, que será considerada flexível quando o procedimento adotado para reforma do texto constitucional é o mesmo existente para as leis.

Convém ressaltar que a Constituição Brasileira – CF é uma Carta Política rígida, já que prever procedimento no

artigo 60, § 2º da CF² complexo e rigoroso para as emendas constitucionais. Adotando também cláusulas pétreas³ que se caracterizam por limites materiais que proíbem as emendas constitucionais tratarem sobre determinados assuntos. DIDIER JR. (2008, p.405) tece os seguintes comentários sobre a matéria:

Uma das características da Constituição Federal brasileira é a sua rigidez. Rígida é porque, para a alteração de suas normas, exige-se processo legislativo peculiar, complexo e muito mais difícil do que aquele reservado para a elaboração e reforma de normas infraconstitucionais (conforme art. 60, CF). E essas exigências especiais impostas para que se possa atingir o texto constitucional colocam a CF brasileira em posição de destaque no ordenamento jurídico, em um degrau acima das demais norma. Daí emana o princípio da supremacia da Constituição.

Ressalte que independente da Constituição ser enquadrada como rígida ou flexível é possível sua mutação constitucional, já que a modificação da Constituição ocorre através de um método informal em que há a mudança da norma constitucional sem que haja nenhuma alteração no seu texto. Afirma ANDRADE (1991, p.214):

Apesar de rígidas, estáveis, as Constituições vão se modificando assumindo novos significados, de tal modo que estabilidade e mutabilidade sejam compatíveis com o conceito de rigidez constitucional, do qual deflui o princípio da primazia da Constituição, como marco fundante da ordem jurídica.

Diante dessas considerações, verifica-se a importância da modificação da Constituição para se adequar à realidade social. Não se pode negar que os métodos formais de

2 Art. 60, § 2º da CF – A proposta será discutida e votada em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos respectivos membros.

3 Art. 60, § 4º da CF – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa do Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico.

III – a separação dos três poderes.

IV – os direitos e garantias fundamentais.

modificação do texto constitucional é o instrumento mais apropriado para realizar tal tarefa diante da legitimidade democrática do órgão que a realiza. Contudo, em virtude dos constantes fenômenos sociais sofridos pela sociedade e a omissão do poder legislativo os métodos informais de reforma da Constituição tornou-se o meio apto e eficaz no ajustamento do texto constitucional aos anseios do povo.

3 MÉTODOS DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO

A atual doutrina admite dois mecanismos de reforma constitucional: o formal e o informal.

3.1 Método formal de reforma da Constituição

Os mecanismos formais são aqueles previstos na própria Carta Magna que permite a alteração de seu texto desde que observe um rigoroso procedimento. FERRAZ (1986, p.9) denomina esse método de modificação como reforma constitucional, já que “consiste nas modificações constitucionais reguladas no próprio texto da Constituição (acréscimos, supressões, emendas), pelos processos por elas estabelecidos para sua reforma”.

No Brasil somente existem duas formas de modificações formais das Constituições: as emendas e a revisão constitucional⁴.

3.2 Método informal de reforma da Constituição

Este método de alteração da Constituição também pode ser denominado de difuso ou mutação constitucional como define vários outros autores. Diferentemente do método formal, a mutação constitucional não encontra seu procedimento descrito no texto

⁴ Emenda ou revisão, como processos de mudança na Constituição, são manifestações do poder constituinte instituído e, por sua natureza, limitado. Está a 'revisão' prevista no art. 3º do ADCT de 1988 sujeita aos limites estabelecidos no parágrafo 4º e seus incisos do art. 60 da Constituição. O resultado do plebiscito de 21 de abril de 1983 não tornou sem objeto a revisão a que se refere o art. 3º do ADCT. Após 5 de outubro de 1993, cabia ao Congresso Nacional deliberar no sentido da oportunidade ou necessidade de proceder à aludida revisão constitucional, a ser feita 'uma só vez'. As mudanças na Constituição, decorrentes da 'revisão' do art. 3º do ADCT, estão sujeitas ao controle judicial, diante das 'cláusulas pétreas' consignadas no art. 60, § 4º e seus incisos, da Lei Magna de 1988." (ADI 981-MC, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 17-3-93, DJ de 5-8-94)

constitucional, pois não existe fórmula exata para modificação do sentido das normas constitucionais, já que sua principal característica é a alteração do conteúdo da Carta Política sem a necessidade de mudança de seu texto ou forma. Complementa FERRAZ (1986, p.9):

[...] mutação constitucional [...] consiste na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas.

De acordo com PINTO (2003, p.16) “as mutações constitucionais apresentam natureza informal, eis que são meios difusos que não seguem formalidades expressas e ocorrem de maneira espontânea, sem qualquer previsibilidade”.

As mutações constitucionais como assevera BULOS (1997, p.61): “[...] processam-se lentamente, embora a letra da Constituição permaneça imodificada” e refletem através das novas interpretações sobre a letra da norma; das jurisprudências; dos costumes e dos anseios da sociedade.

A doutrina não é clara em relação as modalidades de mutação constitucional. HSÜ DAU LIN, PABLO VERDÚ e MANUEL PELAYO (apud BULOS 1997, p.63) definem quatro categorias para mutação constitucional: a) mutação constitucional através de prática que não vulnera a Constituição; b) mutação constitucional por impossibilidade do exercício de determinada atribuição constitucional; c) mutação constitucional em decorrência de prática que viola preceitos da Carta Maior e d) mutação constitucional através da interpretação.

Enquanto que PAOLO DI RUFFIA (apud FERRAZ, p.12)

defende as seguintes modalidades de mutações constitucionais:

No primeiro reúnem-se as modificações operadas em virtude de atos elaborados por órgão estatais: a) de caráter normativo (leis, regulamentos, etc.); b) de natureza jurisdicional (decisões judiciais, notadamente em matéria de controle de constitucionalidade das leis). No segundo grupo, as operadas em virtude de fatos: a) de caráter jurídico (tais como os costumes); b) de natureza político-social (tais como as normas convencionais ou as regras sociais de conduta correta frente à Constituição), ou simplesmente as práticas constitucionais (tais como a inatividade do legislador ordinário que, não elaborando normas de execução, logra, em substância, impedir a realização efetiva de disposições constitucionais).

Para MILTON CAMPOS (1960) as modalidades de mutação constitucional são a complementação legislativa, a construção judiciária e o consenso costumeiro.

Contudo, a divisão tratada por BULOS (1997), sendo a mais atual, prevalece na doutrina majoritária, destacando as seguintes formas de mutação constitucional: a) as mutações constitucionais em virtude das interpretações constitucionais; b) as mutações decorrentes das práticas constitucionais; c) as mutações decorrentes da construção constitucional e d) as mutações inconstitucionais.

a) *as mutações constitucionais em virtude das interpretações constitucionais.*

As normas constitucionais sempre carecerão de interpretação já que, em regra, emitem significados vagos ou ambíguos. ANDRADE (1991) afirma que é em virtude do caráter sintético, genérico e esquemático da Constituição e de suas normas que permite com que elas abriguem sentidos amplos e diversos, autorizando uma grande atuação dos intérpretes da Constituição. Por isto, a interpretação da Constituição é meio eficaz para a realização de mutação constitucional. Comenta BULOS (1997, p.95):

[...] o ordenamento constitucional representa o pressuposto de toda a organização do Estado. Por conseguinte, é curial que seja compreendida nos seus significados mais profundos, nas suas nuances, com uma visão de conjunto, quando a necessidade assim exigir, embora inexista método específico para a interpretação da Constituição [...]

Assim, argumenta ANDRADE (1991, p.220) que “os diferentes métodos de interpretação, na medida em que procuram atualizar o texto constitucional à realidade social, no sentido de torná-la um documento eficaz, constituem um importante fator de mutação não formal da Constituição”. BOBBIO (1995, p.212) assevera que a mutação constitucional através da interpretação pode ser realizada através de “qualquer método interpretativo que venha a ser utilizado para a cognição de uma dada norma constitucional que seja apto a proporcionar um novo sentido à norma, uma nova significação ou um novo alcance, a ressaltar aspectos até então não conhecidos [...]”.

Destarte, a mutação constitucional por interpretação é qualquer mudança ocorrida no significado, mediante ampliação, restrição ou atribuição de um novo sentido a um enunciado normativo sem alterar-lhe o texto original em virtude da necessidade de aprimoramento das normas à realidade social. Conforme BULOS (1997, p.106) “os mesmos critérios que presidem à hermenêutica em geral servem para desentranhar a natureza de um dado perceptivo da Constituição. Sendo válido mencionarmos os métodos clássicos de interpretação constitucional”. Nesse sentido, o método gramatical, o lógico, o teleológico, o histórico são mecanismos úteis na interpretação constitucional.

Os princípios também possuem uma função primordial na interpretação da Constituição, já que orientam o intérprete nesta atividade. HESSE (1992) destacou os seguintes princípios norteadores da atividade interpretativa: princípio da unidade da Constituição, princípio da concordância prática, princípio do critério da correção funcional, princípio da valoração e relevância dos pontos de vista, princípio da força normativa da Constituição.

BULOS (1997, p.131) prever ainda mutação por interpretação orgânica que é aquela “que se realiza por órgãos do Poder Público, quais sejam o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Daí falar-se em interpretação legislativa, administrativa e judicial.” Estes órgãos ao atuarem promovem mudanças informais na Constituição ampliando, restringindo ou concedendo novos significados as normas constitucionais.

Surge, ainda, a modalidade de mutação constitucional por interpretação inorgânica que reflete o *communis opinio doctorum*, ou seja, seria a opinião de juristas e cientistas sobre as diversas normas constitucionais com o intuito de conhecer melhor seu significado sem o interesse de aplicá-las. Explica PINHEIRO (2003, p.47): “como a doutrina também desenvolve raciocínios interpretativos, não sendo a interpretação constitucional exclusividade dos Poderes Públicos, surge a modalidade de mutação constitucional por interpretação inorgânica”.

b) as mutações decorrentes das práticas constitucionais

De acordo com BULOS (1997, p. 172-173) pode-se entender por práticas constitucionais tanto os usos e os costumes que se formam à luz da Constituição como também as praxes constitucionais, os precedentes constitucionais e as convenções constitucionais. Entretanto, os usos e costumes são as principais práticas constitucionais que provocam mudanças no sentido das normas constitucionais sem qualquer utilização de métodos formais de alteração da Constituição.

BULOS (1997, p.174) define por costumes “a observância geral, constante e uniforme de uma conduta pelos membros do grupo social [...]”. Os costumes seriam então formado por dois elementos um objetivo e outro subjetivo. O primeiro seria um elemento externo, pois se refere à prática reiterada daquele usus pela sociedade, enquanto que o segundo consiste em um elemento interno, posto que seria a aceitação psicológica de todos da exigibilidade daqueles usus.

Os usos e costumes constitucionais possuem duas funções na interpretação da Constituição, uma supletiva que servirá para supressão das lacunas existentes e outra interpretativa que dará um aporte para a interpretação jurídica, ajudando na desmistificação das normas constitucionais.

c) as mutações decorrentes por construção constitucional

BULOS (1997, p.149) diz por construção constitucional “o expediente supletivo, por meio do qual, se constrói ou recompõe o direito aplicável, nas circunstâncias de premência e necessidade, para suprir as deficiências ou imperfeições da manifestação constituinte originária.”

A construção constitucional é instrumento que permite a integração da Constituição, suprimindo suas deficiências, imperfeições e lacunas, adaptando o texto constitucional a realidade social, dando-lhe muitas vezes novos sentidos.

Convém mencionar que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América através da construção constitucional vem atualizando a Constituição Americana de 1769 as diversas mudanças sociais, políticas e econômicas.

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição utiliza também o construcionismo judiciário para suprir as lacunas e deficiências da Constituição. Um exemplo de grande repercussão de construção constitucional por parte deste órgão foi quando ampliou a interpretação de aplicação do *habeas corpus* para todo e qualquer ato de abuso de autoridade na Constituição de 1891, já que não existia na época o atual mandado de segurança.

d) as mutações inconstitucionais

De acordo com FERRAZ (1986, p.213) existem duas modalidades de mutação inconstitucional, “os que mudam a Constituição contra sua letra ou o seu espírito. Esses são aqui

denominados de processos manifestamente inconstitucionais; de outro, os processos rotulados, à falta de melhor titulação, de processos anômalos”.

A mutação constitucional referente aos processos anômalos nem sempre pode ser considerada como inconstitucional, pois como assegura FERRAZ (1986, p.213): “não é fácil determinar se violam – e até que ponto o fazem – o espírito da Constituição. Finalmente, nem sempre é possível caracterizá-los como verdadeiros processos de mudança da Constituição”.

Enquanto que o outro tipo de mutação constitucional, os processos de modificação da constituição manifestadamente inconstitucionais, não podem subsistir, afinal violam expressamente o sentido das normas constitucionais, indo de encontro com aquilo que o legislador diz. Explica FERRAZ (1986, p.213-214) que a proliferação das mutações inconstitucionais, justifica-se no fato de que “o único tipo de controle que poderá incidir sobre tais mutações é o controle constitucional não organizado, isto é, acionado por grupos de pressão, pela opinião pública, pelos partidos políticos, etc”, sendo o controle de inconstitucionalidade ineficaz para tal processo.

Observe que apesar das mutações inconstitucionais não poderem vigorar no ordenamento jurídico, são cada vez mais freqüentes decisões jurisdicionais que vão de encontro aos dispositivos constitucionais sobre a justificativa de melhor eficácia dos princípios e direitos fundamentais.

Um caso atual registrado no Supremo Tribunal Federal foi a sentença monocrática do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, acompanhada posteriormente pela decisão do Ministro Eros Grau que em nome da evolução da separação dos poderes e da segurança jurídica atribuíram ao texto constitucional no art. 52, X um novo sentido, retirando do Senado Federal a competência de conceder eficácia geral as decisões de controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal para somente a função de publicar tais decisões.

4 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O controle difuso de constitucionalidade vem sofrendo diversas modificações no intuito de se aproximar ao controle concentrado ou abstrato. São diversas as alterações realizadas tanto na legislação brasileira como na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF que vêm caracterizando objetivamente o controle de difuso que era essencialmente subjetivo e *inter partes*.

Tal evolução verifica-se através de inúmeros aspectos como na exigência de repercussão geral para o conhecimento do recurso extraordinário; nas súmulas vinculantes; na utilização de mecanismos próprios de controle concentrado no controle difuso, tais como *amicus curiae* e modulação dos efeitos da sentença e a caracterização da competência Senado Federal com base no art. 52, X da CF com mera função de publicidade.

O atual posicionamento dos Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Grau em decisão monocrática na Reclamação nº 4335-5/AC atribui ao Senado Federal a competência somente de publicar as decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal proferidas em sede de controle de constitucionalidade difuso, modificando expressamente o texto constitucional em seu art. 52, X, CF. Com este novo entendimento o controle difuso obtém as mesmas características de um controle concentrado, ocorrendo uma mutação constitucional⁵ com fundamento na jurisprudência do Supremo.

4.1 O controle difuso e concentrado e seus efeitos

No Brasil o controle de constitucionalidade é misto ou híbrido, posto que é possível a declaração de inconstitucionalidade das leis tanto pelo sistema difuso, incidental ou concreto que é baseado no modelo americano ou pelo sistema concentrado, principal ou

⁵ Para alguns autores como Uadi Bulo e Anna Cândida Ferraz tal mutação seria catalogada como inconstitucional, não podendo subsistir no ordenamento jurídico brasileiro, já que está de encontro aos preceitos constitucionais definidos pela Constituição de 1988

abstrato que é fundamentado no modelo Austríaco-Europeu.

O modelo austríaco-europeu fora idealizado por Hans Kelsen⁶ que determina que o controle de constitucionalidade é realizado por um único órgão que detém a competência para declarar a inconstitucionalidade da lei em sede de processo principal. De acordo com DIDIER JR. (2008, p.414) “o controle de constitucionalidade principal ou *principaliter tantum* é aquele em que o vício de inconstitucionalidade é trazido como questão principal em sede de ação direta de controle de constitucionalidade, como questão que deve ser decidida (como objeto de julgamento) e não somente conhecida”.

No Ordenamento Jurídico Brasileiro a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a representação interventiva e ação de descumprimento de preceitos fundamentais são modalidades de ações que realizam o controle de constitucionalidade abstratamente, só podendo ser ajuizada por órgãos legitimados e tendo por pedido principal a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei.

Por ser, então, em controle de constitucionalidade concentrado a inconstitucionalidade da lei examinada como pedido principal e não incidental, a sua sentença terá efeitos *erga omnes* e vinculante a todos os órgãos conforme determina o art. 28, parágrafo único da Lei nº 9868⁷ que trata sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de

6 Salienta SAMPAIO (2002, p.37): “[...] Kelsen mostrava a preocupação de resguardar os valores democráticos através do Direito, vislumbrando um sistema concentrado de jurisdição constitucional: a) a que passava pela consideração da Constituição como uma norma jurídica portadora dos valores supremos da ordem jurídica e, portanto, fonte de validade das normas inferiores (norma normarum); b) cuja supremacia haveria de ser respeitada pela atuação de um tribunal especial, criado para se situar fora da organização jurisdicional ordinária mediante um sistema de controle de constitucionalidade concentrado; c) composto de juízes com especial conhecimento técnico-jurídico e sensibilidade política aguçada e d) dotado de sentença com efeitos gerais e vinculante”.

7 Art. 28 [...]

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Diferentemente, o modelo americano estreado pelo caso *Marbury versus Madison* iniciou o controle de constitucionalidade incidental. Nesse tipo de controle como explica GONÇALVES FILHO (2006, p.38) “o juiz resolve a questão de inconstitucionalidade como se tratasse de um mero caso de conflito de leis, ou seja, de determinação de qual a lei aplicável a um caso concreto”. Desta forma, argumenta Rui Barbosa (apud MENDES 2008, p.1066) que “a inconstitucionalidade não se aduz como alvo da ação, mas apenas como subsídio à justificação do direito cuja reivindicação se discute”. Assim, o modelo difuso outorga aos juízes e tribunais o poder de afastar a aplicação da lei ao caso concreto.

O Supremo Tribunal Federal poderá realizar o controle de constitucionalidade difuso através do ajuizamento de recurso extraordinário⁸, ação civil pública e *habeas corpus* e como assegura STRECK, LIMA e OLIVEIRA (2007, p.49) sua atuação “nunca é o julgamento de uma tese [...], mas uma decisão; e essa decisão trata da inconstitucionalidade como preliminar de mérito para tratar do caso concreto devolvido a ele por meio de recurso, sob pena de se estar negando jurisdição [...]”.

Diante disso, os efeitos das sentenças emanadas em sede de controle de constitucionalidade incidental pelo STF será *inter partes*, asseverando Mendes (2008, p.1069) que “subordinou-se a eficácia *erga omnes* da decisão do Supremo Tribunal que declarasse a inconstitucionalidade da lei ou ato à resolução do Senado Federal.”

4.2 Habeas corpus 82.959/SP e Reclamação Constitucional nº 4335-5/AC

8 Art. 102 CF 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 da decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo da Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade em face 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.

O Supremo Tribunal Federal em sede de Habeas Corpus 82.959/SP⁹ declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 por violação ao princípio da individualização da pena. A partir desta decisão a defensoria pública da União do estado do Acre ajuizou Reclamação Constitucional nº 4335-5/AC contra o Juiz de Direito da Vara de Execuções penais da Comarca de Rio Branco/AC com vistas deste ter negado progressão de regime aos condenados por crimes hediondos, violando tese defendida pelo Supremo Tribunal Federal.

4.3 Fundamentos da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal

Em decisão monocrática o Ministro Relator da referida reclamação, Gilmar Ferreira Mendes, conheceu da reclamação, considerando que a multiplicação das decisões dotadas de eficácia geral e do advento da Lei nº 9.882/99, alterou de forma radical a concepção que dominava sobre a divisão dos poderes, tornando comum no sistema a decisão com efeito *erga omnes*, que era excepcional sob a Emenda Constitucional nº 16/65 e a Constituição Federal de 67/69.

Salientou, então, diante dessas mudanças ser inevitável a reinterpretção dos institutos vinculados ao controle incidental e da suspensão da execução da lei pelo Senado Federal, avaliando ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter um simples efeito de publicidade. Explana MENDES (2008, p.1084) que “a exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos dependa de decisão do Senado Federal, [...] perdeu parte do seu

9 Ementa da decisão: PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÔBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a inposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (STF Habeas Corpus 82.959/SP. Ministro Relator Marcos Aurélio. Órgão Julgador Tribunal Pleno. Julgado em 23/02/2006. Publicação DJ 01/09/2006 PP18)

significado [...], sofrendo mesmo um processo de obsclência”.

O Supremo Tribunal Federal, após a promulgação da Constituição de 1988 e a prevalência do controle abstrato de normas inconstitucionais sobre o controle difuso, posiciona-se pela crescente contaminação da pureza dos dogmas do controle difuso pelos princípios reitores do método concentrado.

Na opinião de DIDIER JR. (2007) com a Emenda Constitucional nº 45/2004 referente à reforma do Poder Judiciário, as diversas mudanças ocorridas com o controle de constitucionalidade abstrato como também no recurso extraordinário (repercussão geral) demonstram o desígnio de transformar este em utensílio ao controle concentrado de normas.

Desta forma, não se pode negar a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação aos efeitos *inter partes* do controle incidental de constitucionalidade. Um exemplo próximo foi entendimento do Supremo que ao ser declarada, na via incidental, a inconstitucionalidade de uma lei, os demais tribunais estão dispensados de observar o art. 97 da Constituição Federal (reserva de plenário), podendo a inconstitucionalidade da lei, nesse caso, ser reconhecida pelos órgãos fracionários de qualquer tribunal.

A inaplicabilidade de eficácia geral e vinculante as decisões proferidas pelo Supremo em sede de controle incidental pelo motivo de sua decisão se basear em fatos concretos é veemente criticada por MENDES (2006, p.277) posto que “a decisão do caso concreto proferida em ADPF¹⁰, por se tratar de processo objetivo, será dotada de eficácia *erga omnes*; a mesma questão resolvida no processo de controle incidental terá eficácia *inter partes*.” Assim se teria duas soluções possíveis para uma mesma situação.

A atribuição conferida ao Senado Federal (art. 52, X, CF) de conceder mediante resolução efeitos *erga omnes* e *ex nunc* as decisões em controle de constitucionalidade incidental pelo

10 ADPF - Ação de descumprimento de preceito fundamental.

Supremo foi pela primeira vez prevista na Constituição brasileira de 1934¹¹ e persiste até a atual Constituição. Entretanto, argumenta o MENDES (2008, p.1092) que com a evolução do sistema de controle concentrado (como as Ações Diretas de Inconstitucionalidade, as Ações Declaratórias de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental a partir da Constituição Federal de 1988) e até mesmo a possibilidade da existência de súmulas vinculantes pelo Supremo “reforça a idéia de superação do art. 52, X, da CF, na medida que permite aferir a inconstitucionalidade determinada orientação pelo próprio Tribunal sem qualquer interferência do Senado Federal”, sofrendo tal artigo um processo de mutação.¹²”

Alguns autores ainda argumentam que a necessidade de manifestação de órgão político para a suspensão da execução de lei declarada inconstitucional seria negar a teoria da nulidade da lei inconstitucional adotada pelo sistema jurídico brasileiro. Uma lei inconstitucional é *ipso jure* nula e é como jamais tivesse existido, por isto não há motivos da vinculação de efeitos *erga omnes* de uma lei declarada inconstitucional pelo órgão competente do Poder Judiciário a uma declaração do Senado Federal. Nesse sentido, posiciona-se Bittencourt (apud MENDES 2006, p.276): “dizer que o Senado ‘suspende a execução’ da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo ‘inexistente’ ou ‘ineficaz’, não pode ter suspensa sua execução.”

Ademais comenta MENDES (2008, p.1092) “que a adoção da técnica da declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos parece sinalizar que o Tribunal entende estar desvinculado de qualquer ato do Senado Federal, cabendo tão-somente a ele – Tribunal – definir os efeitos da decisão.” Deste modo, no momento

11 Convém salientar que na Constituição de 1934 somente previa o controle de constitucionalidade incidental, daí a necessidade de órgão político que concedesse eficácia *erga omnes* as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre inconstitucionalidade com leis. Tal regra do art. 52, X da CF conforme Mendes (2008, p.1084) “a amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuiriam, certamente, para que se mitigasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirada diretamente numa concepção de separação de poderes – hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. [...] a única resposta plausível nos leva a acreditar que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão exclusivamente histórica”.

que o Supremo decidiu pela sua capacidade em modular os efeitos da sentença em controle de constitucionalidade difuso retirou do Senado Federal parte de sua competência de conceder efeitos as suas decisões, cabendo a si, em nome da segurança jurídica, deliberar a partir de quando a declaração de inconstitucionalidade da norma deveria fazer efeito¹².

O ministro MENDES (2006, p.280) também justifica a mutação constitucional do art. 52, X, da CF, a fim de se adequar a Constituição brasileira a realidade internacional. Senão vejamos:

Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere a eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa.[...] Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 140,5 – publicação a cargo do Chanceler Federal – e Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art.31,(2), publicação a cargo do Ministro da Justiça). A não-publicação não terá o condão de impedir a decisão do Supremo assuma sua real eficácia.

Reسالte que a exigência da repercussão geral para conhecimento do recurso extraordinário concedeu ao controle difuso uma nova dimensão objetiva. Ao recurso extraordinário, ajuizado perante o Supremo Tribunal Federal, atender esse requisito terá o

12 Exemplo existente foi a própria decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 82.959/SP que declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Pois, determinou que a declaração de inconstitucionalidade não teria efeito para as penas já extintas na data do julgamento.

seu julgamento importância para toda a sociedade, não podendo sua decisão ficar limitada às partes nem a eficácia geral da sentença depender de um órgão político.

Saliente que a objetivação do controle difuso tem por medida solucionar as divergências existentes entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual com a visão doutrinária ortodoxa, pois permite que as decisões da cúpula do Poder Judiciário sobre inconstitucionalidade de leis sejam observadas e atendidas em todas as instâncias evitando maiores prejuízos aos cidadãos brasileiros.

Embora haja diversos pontos a favor da abstrativização do controle difuso e a mutação constitucional do art. 52, X, da CF, STRECK, LIMA e OLIVEIRA (2007, p.50-51) defendem a impropriedade de se atribuir ao Senado Federal apenas à competência de tornar público a decisão do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade incidental, em virtude de retirar “qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo [...]”. Alegam que tal mutação em “atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculantes às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.” Assim, em suas opiniões a necessidade de intervenção do Senado Federal para a decisão do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade ter eficácia geral vem por garantir a obediência ao princípio democrático previsto na Constituição.

Apesar de bem justificados os pontos contra a mutação constitucional do art. 52, X da Constituição Federal não é possível negar a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como também da própria legislação brasileira em equiparar o controle constitucionalidade abstrato ao controle difuso, tendo o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes somente sedimentado a idéia.

A atuação do Supremo Tribunal Federal, como intérprete máximo da Constituição, deve sempre atualizá-la as novas

realidades. A necessidade de novas interpretações sobre o texto constitucional legitima o Supremo Tribunal Federal a modificar a Constituição mesmo que de encontro ao seu texto. A mutação constitucional do art. 52, X da CF vem para atender tal objetivo.

Não há como negar que atualmente, apesar de inovador, a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal possui uma função legislativa. Tal fato se justifica diante da violação aos preceitos constitucionais pelo Poder Legislativo no exercício de sua competência. A nova atribuição conferida ao Senado Federal é uma mera adequação do texto constitucional a nova necessidade que os controles de constitucionalidade sejam mais ágeis e atinjam toda a população com o fim de garantir a segurança jurídica e a supremacia da Constituição. Desta forma, a mutação constitucional do art. 52, X da CF, iniciada pelo Ministro Gilmar Mendes, mas já defendida por outros Ministros do Supremo Tribunal, possui caráter normativo, encontrando-se devidamente respaldada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

5 CONCLUSÃO

A mutação constitucional é meio eficaz de modificação do texto constitucional. A necessidade das constantes reinterpretações das normas constitucionais devido ao seu caráter abstrato faz com que a mutação constitucional seja veementemente utilizada para adequar o sentido da Constituição a realidade social. O largo emprego da mutação constitucional como forma de integração a norma constitucional aos novos anseios sociais justifica-se na lentidão dos processos formais de reforma da Constituição e de sua dependência a vontade política.

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem atuado como próprio Poder Legislativo, tendo suas jurisprudências um caráter essencialmente normativo. Tal conduta do Supremo Tribunal Federal justifica-se diante das arbitrariedades praticada pelo Poder Legislativo na criação das leis que são contrárias a Constituição e aos direitos fundamentais. A necessidade de maior agilidade do controle de constitucionalidade com fim de facilitar a fiscalização

da atribuição legislativa fez com que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reiteradamente se posicionasse pelo progresso do controle difuso.

Os debates acerca da possibilidade de equiparação dos efeitos do controle de constitucionalidade abstrato ao controle de constitucionalidade difuso são intensos, entretanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como também a própria legislação brasileira vêm evoluindo para tornar ambos os controles similares. A decisão monocrática do ministro Gilmar Mendes em sede da reclamação nº 4335/AC que atribuiu a mutação constitucional ao artigo 52, X da CF, declarando que a atual competência do Senado Federal é meramente de publicar a decisão do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade difuso somente veio para consolidar tal entendimento.

A utilização pelo Supremo Tribunal Federal de sua jurisprudência como instrumento de adequar o texto constitucional a nova realidade social tem por objetivo torná-la efetiva. Observe que no caso estudado o Supremo Tribunal Federal declarou em *Habeas Corpus* a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado para os crimes hediondos por violar o princípio da individualização da pena. Deste modo, os efeitos da sentença somente seria aplicável ao paciente, ferindo o direito de diversos cidadãos que se encontram na mesma situação. Assim, garantindo a eficácia geral das decisões de controle de constitucionalidade difuso pelo Supremo Tribunal Federal, corte constitucional máxima de interpretação da Constituição, permite que a concretização dos preceitos fundamentais não seja somente aplicável àqueles com condições econômicas para interpor a ação até o Supremo e que o direito de vários cidadãos não permaneça na arbitrariedade política.

Portanto, apesar de diversos doutrinadores alegarem que a mutação constitucional do art. 52, X da Constituição Federal infringi o princípio democrático. O Supremo Tribunal Federal como defensor da Constituição deve integrar a realidade social ao texto constitucional, tendo a modificação da competência do Senado

Federal em controle de constitucionalidade difuso alcançar tal objetivo. Afinal permite uma maior agilidade por parte do Supremo Tribunal Federal na proteção aos princípios constitucionais e na efetivação dos direitos fundamentais a todos os cidadãos.

Conclui-se que a equiparação do controle difuso com o controle abstrato e a mutação constitucional do art. 52, X da Constituição Federal é somente mais uma forma de como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é capaz modificar a Constituição.

7 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Christiano José de. **Hermenêutica Jurídica no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa 5 de outubro de 1988**. Org. Alexandre de Moraes. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Constituição e Supremo. Artigo 3 dos Atos das Disposições Transitórias**. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=2110>>. Acesso em: 22 nov. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.959/SP**. Disponível em <[http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(HC\\$.SCLA.%20E%2082959.NUME.\)%20OU%20\(HC.ACMS.%20ADJ2%2082959.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(HC$.SCLA.%20E%2082959.NUME.)%20OU%20(HC.ACMS.%20ADJ2%2082959.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 28 nov. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 454/STF**. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo454.htm#Reclamação:%20Cabimento%20e%20Senado%20Federal%20no%20Controle%20da%20Constitucionalidade%20-%201>>. Acesso em 28 de nov de 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAMPOS, Milton. **Constituição e realidade**. RF. v.187, 1960.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; Moreira, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

DEOCLECIANO, Pedro Rafael Malveira. **A objetivação do controle difuso de constitucionalidade**: novas tendências da jurisprudência constitucional brasileira. Tese (Graduação em direito). Faculdade de Direito, Universidade de Fortaleza, 2007.

DIDIER JR. Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle de constitucionalidade no direito brasileiro. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2007

_____. Fredie; SARNO, Paulo; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade. In: DIDEIR, Fredie (Org.). **Ações Constitucionais**. 3 ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2008.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limond Ltda, 1986

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 32 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

HESSE, Konrad. Escritos de derecho constitucional. **Tradução Pedro Cruz Villalon**. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3 ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

PINHEIRO, Lya Rachel Brandão e Mendes. **A interpretação como**

meio de reforma constitucional: a mutação constitucional como direito à intimidade. Tese de mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2003.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. O inquietante fenômeno da mutação constitucional. **Revista de doutrina e jurisprudência**, Brasília, n. 84, p. 15-31, maio/ago 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STRECK, Lênio; LIMA, Martônio 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. **Argumenta: Revista Jurídica do programa do mestrado em ciência jurídica da FUNDINOPI**, n. 7, p. 45-68, 2007.