

LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL? A VIRAGEM INTERPRETATIVA DO ARTIGO 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 88
ARE THERE LIMITS TO CONSTITUTIONAL MUTATION? THE TURNING POINT TO INTERPRETATE THE ARTICLE 52, X, OF THE FEDERAL CONSTITUTION OF 88

Karyna Batista Sposato¹
Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias¹
João Alberto de Oliveira Góis¹

Recebido em: 10/07/2018
Aceito em: 26/11/2018

karyna.sposato@pq.cnpq.br
claragdias@gmail.com
jog_aju@hotmail.com

Resumo: Este artigo analisa o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade brasileiro, especificamente quanto à previsão do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988. Tal norma cuida da resolução do Senado que suspende a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em decisão definitiva em sede de controle difuso, Matéria que tem sido objeto de acirrada discussão doutrinária e jurisprudencial, existindo fortes divergências sobre seu sentido, alcance e efeitos.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade difuso. Mutação Constitucional. Resolução do Senado Federal.

Abstract: This article studies the Senate's role in the Brazilian judicial review, specifically the requirements of Article 52, X, of the Federal Constitution of 1988. This standard takes care of the Senate resolution suspending the execution of a law declared unconstitutional by the Supreme Court in final decision on fuzzy control headquarters, what is object of fierce doctrinal and jurisprudential discussion, existing strong disagreements about its meaning, scope and effects.

Keywords: Diffuse Constitutionality control. Constitutional Mutation. Resolution of the Federal Senate.

1. INTRODUÇÃO

Desde a Constituição de 1934², atribuiu-se ao Senado Federal a competência para suspender a execução de textos de leis tidos como inconstitucionais em controle difuso realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 empreendeu várias evoluções no controle de constitucionalidade, como a ampliação de legitimados. Novos métodos hermenêuticos foram desenvolvidos pela teoria constitucional, sendo de grande realce o fenômeno da mutação constitucional como processo informal de alteração constitucional.

Dessa forma, a jurisdição constitucional propiciou instrumentos que tornaram o poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal, mais eficaz na sua função de controle de

¹ Universidade Federal de Sergipe – UFS – São Cristóvão – Sergipe - Brasil

² Art 91. Compete ao Senado Federal: (...)IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou acto, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionales pelo Poder Judiciário. *In* <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934-16-julho-1934-365196-publicacaooriginal-1-pl.html>. Consulta em: 25jun16.

constitucionalidade. Súmulas vinculantes, eficácia *erga omnes* de suas decisões, relativização da cláusula de reserva de plenário estão presentes para demonstrar essa realidade.

Não obstante, essa emergência de “poder” do poder Judiciário, se trouxe benefícios para o respeito e efetividade para as normas - regras e princípios – constitucionais, implicou, por outro lado, riscos a um desbordar da jurisdição constitucional, com possível vulneração ou mesmo aniquilamento de funções de outros órgãos estatais nos domínios do controle de constitucionalidade.

Nesse contexto, insere-se o polêmico tema da mutação constitucional da regra contida no artigo 52, X, da Constituição Federal segundo a qual é atribuição privativa do Senado Federal *suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*. A celeuma consiste em saber se a decisão definitiva pela inconstitucionalidade de dado texto legal, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade difuso(pela via de recurso extraordinário), teria efeito *inter partes*, somente havendo efeito *erga omnes* com a resolução do Senado no exercício daquela sua competência; ou, ao contrário, a decisão do STF, por si, geraria tal efeito *extra-partes*, cabendo ao Senado a mera atribuição de publicizar ato anterior da jurisdição constitucional. Nesta hipótese, o controle difuso exercido pelo STF se aproximaria do controle concentrado exercido por ele: os efeitos em ambos dar-se-iam *erga omnes*.

Essa relevante questão jurídico-constitucional foi debatida pelo STF no bojo da reclamação 4.335-5/AC, cujo relator, ministro Gilmar Mendes, defendeu em seu voto que decisão daquele Tribunal pela inconstitucionalidade, ainda que em sede de controle difuso, como pela via de recurso extraordinário, teria sempre efeitos vinculantes e contra todos, cabendo ao Senado apenas dar publicidade geral.

Com isso, entendeu o relator da reclamação que a regra do artigo 52, X, da Constituição passara por processo de mutação constitucional³, abrangendo seu conteúdo e alcance a compreensão no sentido de que a resolução do Senado Federal não teria mais o condão de eficácia substantiva, apta a suspender a execução de lei declarada inconstitucional, mas somente efeito de dar publicidade ao que decidido pelo STF, de cuja decisão já promanavam aqueles efeitos de ordem substancial: eficácias vinculante e *erga omnes*.

Não obstante, essa construção jurídico-constitucional, parece não retratar uma solução em harmonia com a ideologia constitucional, em face de valores e princípios pela Constituição acolhidos, como o regime democrático e a separação funcional de poderes estatais. Sabe-se que Supremo Tribunal, como maior guardião da Constituição, deve guardar-lhe harmonia em suas decisões. Especificamente quanto àquela pretensa mutação, estaria o STF transbordando sua competência constitucional(?), para usurpar atribuição de outro órgão estatal – o Senado – e até o próprio poder

³ Para Ingo Wolfgang Sarlet, o fenômeno da mutação constitucional consiste em modalidade de mudança constitucional informal, a par da mudança formal(revisão, emenda constitucional), pelo qual texto constitucional passa por mudança de seu sentido e/ou alcance, num processo interpretativo, que “guarda relação com a atualização e modificação da constituição em virtude do câmbio na esfera da realidade fática(social, econômica, cultural etc), ela, diversamente da reforma constitucional, não representa, de regra, um acontecimento pontual, mas, sim, resulta de um processo mais ou menos longo, por exemplo, por força de uma prática interpretativa reiterada e sedimentada ao longo do tempo.”(Curso de Direito Constitucional. 5ª Edição, São Paulo: SARAIVA, 2016, p.159)

constituente, em aberto divórcio com a intenção constitucional, que criou um verdadeiro sistema de freios e contrapesos no exercício das funções estatais primordiais: a legislação, a administração e a jurisdição.

Para compreensão dessa questão, estudar-se-á as posições doutrinárias sobre natureza e efeitos do ato do Senado no exercício daquela competência(art. 52, X, CF) em conexão com o estudo da teoria da objetivação do controle difuso, fundamento do voto do ministro Gilmar Mendes, para pretendida mutação constitucional.

Concluir-se-á que a norma contida no artigo 52, X, da Constituição Federal, constitui-se em importante aplicação de princípios e valores constitucionais, como o regime democrático, separação funcional de poderes, com mecanismo de freios e contrapesos, cuja engenharia foi concebida pelo poder constituinte originário, não podendo uma corte judicial, sob o signo de guardião da Constituição, transbordar de suas funções em aberto divórcio do espírito do texto constitucional, pelo qual deve velar.

2. CONCEPÇÕES DOUTRINÁRIAS SOBRE A REGRA DO ARTIGO 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A regra de que caberia ao Senado a suspensão de execução de lei tida por inconstitucional por decisão do STF em sede de controle de constitucionalidade difuso vem sendo objeto de intenso debate e estudo pela doutrina e manifestação da jurisprudência constitucional.

Para uns, a resolução do Senado constitui-se em típico ato político preordenado a agregar eficácia contra todos à decisão do STF, até então com eficácia *inter partes*. Para outros, aquele ato senatorial conferiria tão-somente publicidade à decisão do STF, a qual já teria aptidão eficaz *erga omnes*. Ou seja, tal decisão, ainda que incidental no âmbito de demanda com questão constitucional lateral, aproximar-se-ia nos efeitos ao controle de constitucionalidade concentrado, no qual não se apresenta uma demanda em concreto, mas, sim, uma crise de constitucionalidade de ato normativo, em sede de processo objetivo.⁴

Entretanto, o entendimento majoritário dos efeitos do ato do Senado é no sentido de que confere efeitos gerais à decisão, a abranger partes ou não no processo, retirando a possibilidade de aplicação futura do ato já tido por inconstitucional, sendo relevante aspecto o marco temporal de efeitos – retrospectivos ou apenas pro-futuro. Quanto à decisão do STF, existe posição pacífica de que implica efeitos retroativos, podendo, por exceção, se fixar outro marco temporal, como o prospectivo.⁵

Mas a atenção aqui não é quanto ao marco de efeitos da decisão judicial; consiste em saber sobre a dimensão temporal da eficácia geral decorrente do ato senatorial. Tem-se de um lado o entendimento de que esse ato teria eficácia pro-futuro, tendo efeitos assemelhados a uma revogação de lei, e, em consequência, sua eficácia seria *ex nunc*, respeitando-se assim atos jurídicos

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 41, n. 162, abr./jun. 2004. p. 149/151.

⁵ MARTINS, José Renato. *O Controle de Constitucionalidade das Leis no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. p. 83/92

consumados quando tinha vigência a lei tida posteriormente como inconstitucional por decisão do STF. Em posição inversa, apresenta-se a compreensão de que aquele entendimento vulneraria princípios inerentes à declaração de inconstitucionalidade, uma vez que o reconhecimento de inconstitucionalidade não teria caráter constitutivo, mas declaratório, posição que predomina.⁶

Dessa forma, a decisão do Supremo Tribunal, por ter natureza meramente declaratória, não afetaria ato jurídico perfeito ou direito adquirido, uma vez que tais posições jurídicas fundar-se-iam em norma então vigentes e que gozava de presunção de ser constitucional.⁷ Gilmar Mendes compartilha dessa compreensão, porque a razão do dispositivo não levaria a se entender que o ato do Senado estaria vocacionado a uma eficácia prospectiva.⁸

Aspecto relevante consiste em saber se essa competência do Senado é de exercício vinculante ou discricionário. Para Clève, essa atribuição para suspender a execução da lei inconstitucional é discricionária, tratando-se de competência política, cabendo ao Senado decidir sobre a conveniência e oportunidade de editar resolução suspendendo a execução da lei já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, quando então lhe agregaria efeito *erga omnes*.⁹

Nessa mesma linha, Streck, Lima e Oliveira ensinam que é tranquila a posição do STF de que o Senado não é obrigado a suspender a eficácia da lei, cuja participação no controle difuso de constitucionalidade é eloquente aplicação do princípio democrático, porque seria uma forma de controle indireto do povo quando elege os representantes dos estados-membro e Distrito Federal e instrumento de harmonização da federação brasileira.¹⁰

Para além da discricionariedade para agir, inexistente prazo para que o Senado delibere, tampouco sanção se ficar inerte, fato que se verifica muito na prática legislativa, que, conforme Barroso, a discricionariedade senatorial decorre e tem por fundamento último a natureza política dessa competência constitucional cometida ao Senado.¹¹

Entretanto, a demora em o Senado editar resolução suspendendo a execução de lei declarada inconstitucional pode gerar insegurança jurídica, haja vista que a decisão *inter partes* do STF não implica efeitos *erga omnes* ou vinculante, como se entende neste estudo, podendo ocorrer a prática de inúmeros atos com base na lei tida por inconstitucional, situação que relevaria uma incompatibilidade entre a discricionariedade de o Senado suspender-lhe a execução, com agregação de efeitos geral e vinculante, e seu efeito retro-operante.¹²

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise e crítica da jurisprudência*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 38/39.

⁷ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Comentários à súmula vinculante do direito brasileiro*. Disponível em: <http://leggedistabilità2013.diritto.it/docs/29567-comentarios-sumula-vinculante-do>. Acesso em: 20jun16.

⁸ Op. cit, p. 151

⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 121/122.

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40. p. 13. Acesso em: 20jun16.

¹¹ Op. cit, p. 151.

¹² ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Considerações sobre a função do Senado Federal de suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 44, n. 174, abr./jun. 2000. p. 22.

Em face de tal conjuntura propiciadora de insegurança jurídica, há orientação doutrinária no sentido de que estaria o Senado obrigado a editar resolução suspensiva da execução da lei. Nesse sentido a doutrina de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem

essa suspensão não é posta ao critério do Senado, mas lhe é imposta como obrigatória. Quer dizer, o Senado, à vista da decisão do Supremo Tribunal Federal, tem de efetuar a suspensão da execução do ato inconstitucional. Do contrário, o Senado teria o poder de convalidar ato inconstitucional, mantendo-o eficaz, o que repugna ao nosso sistema jurídico.¹³

Nessa perspectiva, Mendes acolhe a lição de Manoel Gonçalves ao afirmar que o ato senatorial seria apto a tão-somente atribuir publicidade à decisão do STF em sede de controle de constitucionalidade difuso, decisão essa já dotada de eficácia geral. Dessa forma, não seria a decisão do Senado que propiciaria eficácia geral, mas sim a decisão da Corte, que transcenderia às próprias partes, e, independentemente de o Senado editar a resolução, aquela decisão já estaria produzindo efeitos gerais.¹⁴

Essa construção doutrinária é sedutora, entretanto, entende-se aqui não ser o melhor caminho, porque, conforme já se deixou entrever neste estudo, esse posicionamento poderia levar a uma sobreposição do STF ante o Senado Federal, com vulneração dos princípios democrático, separação de poderes e seu mecanismo de freios e contrapesos. Para Streck, Lima e Oliveira, há um realce todo especial ao valor democracia, em que se apresenta e reclama uma participação da sociedade no processo decisório quanto a inconstitucionalidade de uma lei produzida pela vontade geral, em que há uma espécie de deslocamento do polo de “tensão do solipsismo das decisões” judiciais em prol do controle delas pela esfera pública de viés democrático, sendo o Senado, órgão estatal ao qual Constituição cometeu tal atribuição.¹⁵

E é nesse sentido que, a despeito da construção feita por parte da doutrina e, em especial, pelo ministro Gilmar Mendes, a Suprema Corte segue entendendo que cabe ao Senado atribuir efeitos vinculante e *erga omnes* a decisões definitivas proferidas em sede de controle de constitucionalidade difuso.

3. A OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Gilmar Mendes, maior defensor no STF, atualmente, da objetivação do controle difuso de constitucionalidade, doutrina que o princípio da separação dos poderes, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, deve passar por uma releitura, competindo ao STF, como guardião último da Constituição, atribuição que passou por ampliação, sobremaneira, quanto ao controle abstrato de constitucionalidade, passando o Tribunal à estatura de Corte Constitucional. As ações diretas têm efeitos vinculante e *erga omnes*, em cujo bojo a lei impugnada pode ser suspensa liminarmente. Para Mendes, se se atribui tais efeitos no controle concentrado, não há razão plausível

¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 42.

¹⁴ Op. cit., p. 166/167.

¹⁵ Op. cit., p. 17/18.

para negar tais efeitos às decisões proferidas em controle difuso. Disso decorreria que tais efeitos emergiriam da própria decisão, sendo despiendo o ato do Senado, previsto no artigo 52, X, da Constituição Federal, para se atribuir esses efeitos à decisão judicial.¹⁶

O tema foi tratado no julgamento da Reclamação 4.335-5/AC, cujo contexto se historia assim: em abril de 2006, ou seja, após a decisão do STF declarando inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90 (HC 82959/SP), o juiz da vara de execuções penais de Rio Branco (AC) indeferiu o pedido de progressão de regime em favor de um condenado, argumentando que a Lei de Crimes Hediondos proibia e que a decisão do STF no HC 82959/SP somente teria eficácia *erga omnes* se o Senado Federal suspendesse a execução do dispositivo da Lei de Crimes Hediondos. O réu, assistido pela Defensoria Pública, formulou reclamação no STF alegando que o entendimento do juiz de 1ª instância ofendeu a autoridade da decisão do STF no HC 82959/SP. Segundo argumentou o condenado, o Supremo já havia definido que o dispositivo era inconstitucional. Logo, ninguém mais poderia discordar, mesmo que a decisão tenha sido tomada em sede de controle difuso.

O voto do ministro relator, Gilmar Mendes, acompanhado pelo voto do ministro Eros Grau, foi no sentido de atribuir os efeitos do controle de constitucionalidade abstrato ao controle concreto, de modo que este ultrapasse os limites subjetivos da lide, alcançando a chamada eficácia *erga omnes*. O efeito prático desse entendimento seria tornar ociosa a atuação do Senado, no exercer a competência de suspender a execução da lei tida por inconstitucional em controle difuso, verificando-se um autêntico caso de mutação constitucional com uma nova leitura da regra do artigo 52, X, da Constituição Federal, conforme retratado por Streck, Lima e Oliveira.¹⁷

Para Gilmar Mendes, o Supremo não se limita, modernamente, a declarar a inconstitucionalidade da lei. Construíram-se vários métodos de hermenêutica constitucional, que inviabilizam ou dificultam a atuação do Senado nos moldes descritos na CF/88. Assim ocorre quando o STF apenas fixa a orientação constitucionalmente adequada para determinada causa, válida somente no âmbito daquela ação; ou quando é adotada uma interpretação conforme à Constituição, restringindo ou completando a literalidade de uma norma; ou ainda nos casos de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, que não suprime a letra da lei, mas apenas parte de seu significado ou alcance; e também nos casos de declaração de não recepção de lei pré-constitucional ou de rejeição da arguição de inconstitucionalidade. Também o STF profere decisões em que ele mesmo atribui efeito *ex nunc*, quando entende que a situação assim o exige. Essa pronúncia de inconstitucionalidade com efeito limitado, chamada de modulação dos efeitos temporais, impede que o Senado atribua à decisão do STF efeitos gerais e retroativos, porquanto isso iria de encontro à própria decisão da Corte.¹⁸

Por sua vez, Streck, Lima e Oliveira discordam dos argumentos formulados por Gilmar Mendes sobre a questão de o STF poder declarar a constitucionalidade da lei, e não somente a sua inconstitucionalidade, sobretudo quanto à interpretação conforme a Constituição. Segundo os autores “declarar a inconstitucionalidade não pode ter os mesmos efeitos de não declarar a inconstitucionalidade” (em que pese o ordenamento pátrio tenha concedido efeitos “cruzados” nas

¹⁶ Op. cit, p. 155.

¹⁷ Op. cit, p. 1.

¹⁸ Op. cit, p. 155/156.

ações diretas). Segundo os autores, a declaração de inconstitucionalidade gera coisa julgada material, e a declaração de constitucionalidade gera coisa julgada apenas formal, uma vez que a norma poderia ser reapreciada pela Corte em outro julgado. Se a declaração de constitucionalidade gerasse coisa julgada material, o ordenamento pátrio restaria engessado, o que impediria uma “interpretação constitucional evolutiva” e “confeririam ao tribunal o poder incontrolável de decidir infalivelmente sobre a constitucionalidade da lei, tornando-o um árbitro irresponsável da vida do Estado e dono, em vez de servo, da constituição”. Esse efeito obrigatório da decisão de constitucionalidade faria com que a decisão tivesse a mesma força da Constituição, só podendo ser mudado o entendimento através de emenda constitucional.¹⁹

Gilmar Mendes ensina que é ocioso falar, hoje, na imprescindibilidade de o Senado Federal atuar para atribuir efeito geral à declaração de inconstitucionalidade de lei pelo STF no exercício de controle de constitucionalidade difuso. Para ele, não mais tem lugar uma separação tão rígida entre os poderes, fundamento pelo qual a decisão do Supremo teria aplicação *erga omnes*. Aos olhos dele, tal visão revela a proeminência do controle abstrato das normas, contexto que conferira poder ao Supremo Tribunal, implicando a conclusão de que suas decisões, ainda que no controle difuso, são dotadas de efeitos gerais e vinculantes.²⁰

Entretanto, esse ponto de vista encontra resistência. Concluir que a declaração de inconstitucionalidade, no exercício do controle difuso, tem eficácia geral poderá implicar engessamento do sistema constitucional nacional. O ministro Joaquim Barbosa, bem ponderou em seu voto na referida reclamação:

Imagino situações, mesmo que residuais, em que um caso, por suas circunstâncias próprias, suscite a declaração de inconstitucionalidade in concreto. E que a Corte, em casos contemporâneos àquele outro não encontre a repetição daquelas circunstâncias que levaram à declaração de inconstitucionalidade – encerrando assim a atuação da Corte. Admita-se, nesse cenário, que o Senado julgue conveniente suspender a execução da norma para que um caso isolado como o analisado pelo STF se repita. Essa hipótese, mesmo que venha a ocorrer uma vez só no futuro justifica, a meu ver, a manutenção da interpretação atual.²¹

Mas a doutrina de Gilmar Mendes não é solitária. Há autores que comungam de sua posição, como Clèmerson Clève, ao declarar que é um anacronismo a existência desse instituto no direito brasileiro, sob a égide da Constituição de 1988. Para o autor, ao acolher o controle concentrado, o Supremo Tribunal transformou-se verdadeira Corte Constitucional, devendo-se buscar no direito comparado a solução adotada em outros Estados, que conferem, após a satisfação de exigentes requisitos, eficácia *erga omnes* às decisões declaratórias de inconstitucionalidade pelos órgãos que possuem tal competência.²²

¹⁹ Op. cit. p. 12/16.

²⁰ Op. cit., p. 157/159.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4.335-5/AC. Voto do ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 21 ago. 2006. DJ de 25.08.2006.

²² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 124/126.

Não obstante, fato é que a tese de objetivação do controle de constitucionalidade difuso não logrou êxito no Supremo Tribunal a ponto de implicar mutação constitucional da regra do artigo 52, X, da Constituição Federal, restou evidente do julgamento da ADI 4.335- AC, finalizado em março de 2014, em que restou procedente tal reclamação por outro fundamento (efeito expansivo da súmula vinculante 26), mas não sob o fundamento de mutação daquele dispositivo constitucional.

4. VIRAGEM JURISPRUDENCIAL EM PRECEDENTE RECENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em linhas atrás já se mencionou que a regra do artigo 52, X, da Constituição constituir-se numa espécie de fiel da balança, a cargo de Senado, em se atribuir eficácia geral a decisão particular do Supremo Tribunal.

De outro lado, aceita a “abstrativização” do controle difuso de constitucionalidade, ter-se-ia como consequência nefasta a hipertrofia do Judiciário em face dos outros poderes da República, haja vista que restaria somente ao STF o poder de retirar do ordenamento jurídico uma proposição legislativa que foi transformada em lei, seguindo o devido processo legislativo constitucional, pela apreciação de qualquer processo subjetivo, por inconstitucionalidade na via incidental.²³

É certo que inexistente poder jurídico que controle a atuação do Judiciário, a exceção do poder de autocontenção no âmbito dele mesmo. Porque o Supremo Tribunal Federal é órgão de superposição do Judiciário, cujas crises de constitucionalidade lhes são endereçadas para solução, de forma originariamente ou como última instância. Poder-se-ia falar em governo dos juízes, situação que implicaria evidente fragilização do Estado de Direito. Dessa possível constatação, revela-se a necessidade de existirem mecanismos que evitem uma ditadura do Judiciário, de modo a resguardar o valor democracia e o princípio da separação dos poderes funcionais do Estado brasileiro.²⁴

Sarlet com propriedade ensina que

Especialmente quando se trata de mutação por via da interpretação judicial, verifica-se que os limites da interpretação são, em certo sentido, também os limites da própria mutação, visto que como poder constituído, embora a atribuição para interpretar e aplicar de forma vinculante o direito constitucional, o Poder Judiciário não está autorizado(o que não significa que isso não vir a ocorrer na prática!) a julgar contra disposição constitucional expressa, ou seja, a mutação não pode justificar alterações que contrariem o texto constitucional, devendo respeitar as possibilidades interpretativas que decorrem e encontram seu limite) nesse mesmo texto constitucional.²⁵

Essas ponderações levam a outro problema que seria o governo dos juízes, com “empoderamento” do Judiciário a ponto de provocar uma hipotrofia dos outros poderes, como o Legislativo, de que são exemplo os atuais problemas de judicialização da política. A vigente

²³ LIMA, Jonatas Vieira de. *A tendência de abstração do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista-texto/9485>>. Acesso em: 20jun16.

²⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1986. p. 111/119.

²⁵ Op. cit, p. 163.

constituição já cometeu uma miríade de deveres-poderes ao Judiciário, com ampliação de suas funções no âmbito constitucional, sendo tido hoje como um “super-poder”, não sendo conveniente um transbordamento sob o signo de mutação constitucional com usurpação de competência de outros órgãos estatais de estatura constitucional, sobretudo no exercício da função legislação.²⁶

A despeito de o Senado pouco exercer essa função, prevista no artigo 52, X, da Constituição Federal, não estaria o Judiciário autorizado a usurpá-la ainda que pela via transversa da mutação constitucional. A esse poder a constituição não foi econômica, estando hoje dotado de grande instrumental de atuação, como as ações de (in)constitucionalidade, mecanismo de repercussão geral e a súmula vinculante, instrumento este que se constitui em forte instrumento jurídico de atribuir efeito expansivos em sede de controle de constitucionalidade difuso, que pode ser um lenitivo à incúria na atuação do Senado. Valendo-se da doutrina de Konrad Hesse, Sarlet escreve que, sob o fundamento da mutação constitucional, não se está autorizada “a quebra da ordem constitucional”, estando vedado ao intérprete, ainda que seja o Supremo Tribunal, se colocar acima da constituição, quando então não se estaria mais no campo de interpretação, mas, sim, de “alteração ou mesmo violação da constituição”.²⁷

A mutação constitucional se constitui num mecanismo interpretativo de grande valia para atualização do espírito da constituição, tornando-a atualizada e oxigenada ao seu tempo de aplicação e vigência, entretanto, não sendo hábil a constitucionalizar fatos a ponto de forçar uma leitura divorciada do texto e espírito constitucional.²⁸

Dessa forma, cabe ao Senado amplificar os efeitos das decisões definitivas de inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal em sede de controle de constitucionalidade difuso. Isso não retira e exclui a competência de o Supremo atribuir efeitos expansivos a suas decisões, por meio da edição de súmulas vinculantes, uma vez atendidos seus requisitos, aliás, como corraera quando da decisão na reclamação constitucional 4.335-5/AC, na qual se reconheceu inexistir a pretensa mutação constitucional defendida pelo relator, ministro Gilmar Mendes, mas restou julgada procedente pela inobservância de súmula vinculante.²⁹

Entretanto, a despeito de toda essa construção pela manutenção do conteúdo do dispositivo constitucional em apreço, recentemente o Supremo Tribunal Federal, no bojo das ADI's 3.406 e 3.470, realizou verdadeira virada jurisprudencial em autêntica aplicação da teoria da mutação constitucional passou a entender que a declaração de inconstitucionalidade, em caráter incidental, com caráter de definitividade, realizada pelo STF teria efeito vinculante e eficácia geral, sendo a resolução do Senado reclamada somente para dar mera publicidade ampla, acolhendo-se assim a

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

²⁷ Op. cit, p. 163.

²⁸ CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1229/1232.

²⁹ Essa reclamação constitucional foi julgada procedente com base na inobservância da súmula vinculante 26, segundo a qual “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.” In: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>. Acesso em: 25jun16.

teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade a cargo do Suprema Corte do Brasil.

5. CONCLUSÃO

A competência constitucionalmente atribuída ao Senado Federal de suspender a execução de leis declaradas inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal se constitui em instrumento de aplicação da separação funcional de poderes, especificamente o mecanismo de freios e contrapesos, o qual ainda se revela útil.

Desde a Constituição brasileira de 1934, seguidas pelas ulteriores e mantida na atual de 1988, o constituinte originário reputou relevante a manutenção dessa competência ao Senado, como instrumento democrático de participação, ainda que indireta, da sociedade no controle de constitucionalidade, ainda que quanto aos efeitos gerais de suas decisões.

Essa competência senatorial não inibe ao Supremo Tribunal exercer suas competências, inclusive podendo propiciar efeitos expansivos a suas decisões de inconstitucionalidade em sede de controle de constitucionalidade pela via difusa, como ocorre na edição de súmula vinculante, uma vez presentes os requisitos para tanto.

O conteúdo e alcance do texto do artigo 52, X, da Constituição Federal não sofreu processo de alteração informal pela via de mutação constitucional, mecanismo esse que não autoriza ao intérprete “matar” o arranjo de divisão funcional de poder entre órgãos estatais. A mutação constitucional encontra limites na própria Constituição; jamais pode subverter ou contraria o texto constitucional.

A pretensa mutação constitucional defendida, na reclamação constitucional 4.335-5/AC, pelo ministro relator Gilmar Mendes, em seu voto, configura verdadeiro desrespeito à Constituição, quando conclui que a competência do Senado, no exercício da atribuição que lhe foi cometida pelo artigo 52, X, CF, seria tão-somente de publicizar o que decidido pelo Supremo, cuja decisão por si já teria os efeitos de vincular e valer contra todos, ainda que em sede de controle de constitucionalidade difuso.

Entretanto, mais recentemente, no bojo das ADI's 3.406 e 3.470, julgadas em 2017, o Supremo Tribunal Federal, em verdadeira virada jurisprudencial, com uso da técnica interpretativa de mutação constitucional, passou a entender que a declaração de inconstitucionalidade, em caráter incidental, com caráter de definitividade, realizada pelo STF teria efeito vinculante e eficácia geral, sendo a resolução do Senado reclamada somente para dar mera publicidade ampla, acolhendo-se assim a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade a cargo do Suprema Corte do Brasil.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Considerações sobre a função do Senado Federal de suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 44, n. 174, abr./jun. 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade No Direito Brasileiro** - 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise e crítica da jurisprudência. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 4.335-5/AC**. Voto do ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 21 ago. 2006. DJ de 25.08.2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Comentários à súmula vinculante do direito brasileiro**. Disponível em: <http://leggedistabilità2013.diritto.it/docs/29567-comentarios-sumula-vinculante-do>. Acesso em: 20jun16.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais. São Paulo: Editora Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LIMA, Jonatas Vieira de. **A tendência de abstração do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro**, 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista-texto/9485>>. Acesso em: 20jun16.

MARTINS, José Renato. **O Controle de Constitucionalidade das Leis no Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade**: um caso clássico de mutação constitucional. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 41, n. 162, abr./jun. 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª edição, São Paulo: SARAIVA, 2016.

_____. **A Eficácia Dos Direitos Fundamentais** - 12ª Ed. LIVRARIA DO ADVOGADO, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lênio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option-com_docman&Itemid=40. Acesso em: 20jun16.

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

COMO CITAR ESSE DOCUMENTO:

SPOSATO, Karyna Batista; CAVALCANTI DIAS, Clara Angélica Gonçalves; GÓIS, João Alberto de Oliveira. Limites para mutação constitucional? A viragem interpretativa do artigo 52, X, da Constituição Federal de 88. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 55, nov. 2018. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12341>>. Acesso em: _____. doi:<https://doi.org/10.17058/rdunisc.v2i55.12341>.