

## **A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E O STF. BREVE ESTUDO DOUTRINÁRIO ACERCA DA RECLAMAÇÃO 4335-5 / AC**

Cardoso, Guilherme Moraes<sup>1</sup>.

### **1. INTRODUÇÃO**

Neste artigo, pretende-se demonstrar o entendimento de alguns ministros do STF sobre o que vem a ser a mutação constitucional fazendo uso da análise de casos práticos.

O principal e mais emblemático caso (sob nossa ótica) que iremos analisar é a Reclamação 4335-5 / AC que abordou a problemática da progressão de regime prisional.

A postura do ministro Gilmar Mendes será questionada sob os aspectos jurídicos tomando por base toda a desconstrução até aqui feita da “mutação constitucional” desde seu nascedouro até a análise maior em nosso ordenamento jurídico feita por Anna Cândida da Cunha Ferraz.

A importância do Senado Federal, objeto de discussão do final desse capítulo, não será doutrinariamente esgotada tendo em vista que não é essa a proposta deste capítulo, mas sim, demonstrar que de maneira alguma poderia ter sua competência suprimida pelo STF.

### **2. Escopo da Reclamação 4335-5 / AC**

Em resumo ao que se pretende com a pesquisa deste trabalho, perfilhamo-nos as colocações de Lênio Streck:<sup>2</sup>

Ao final dos debates entre os Ministros daquela Corte, poder-se-á chegar, de acordo com o rumo que a votação (da Reclamação 4335-

---

<sup>1</sup> O Autor é advogado, professor universitário da FAEF – Faculdade de Ensino Superior e Formação Integral, Garça/SP. Professor convidado da Editora Nova Concursos – São Paulo/SP. Professor convidado do Instituto Maximize de Educação, Maxieduca – Tupã/SP. Leciona as disciplinas de Direito Constitucional, Ciência Política e Teoria Geral do Estado e Direito Ambiental, Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM e Bacharel em direito pela mesma instituição. Pesquisador de temas do direito constitucional, especialmente Mutação Constitucional.

<sup>2</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de et al. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago.2007 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10253>>. Acesso em: 27/12/2012.

5/AC) tem prometido até o momento, a uma nova concepção, não somente do controle da constitucionalidade no Brasil, mas também de poder constituinte, de equilíbrio entre os Poderes da República e de sistema federativo. Isto porque a questão está ancorada em dois pontos: primeiro, o caminho para a decisão que equipara os efeitos do controle difuso aos do controle concentrado, que só pode ser feito a partir do que – nos votos – foi denominado de “mutação constitucional”, que consistiu, na verdade, não a atribuição de uma (nova) norma a um texto (Sinngabung), mas, sim a substituição de um texto por outro texto (construído pelo Supremo Tribunal Federal); o segundo ponto é saber se é possível atribuir efeito erga omnes e vinculante às decisões emanadas do controle difuso, dispensando-se a participação do Senado Federal ou transformando-o em uma espécie de diário oficial do Supremo Tribunal Federal em tais questões. É, pois, sobre estes aspectos cruciais que, motivados pela fertilidade do tema e pela responsabilidade como juristas comprometidos com o Estado Democrático de direito, decidimos propor algumas reflexões sobre a matéria, na intenção de provocar discussões durante o processo decisório no Supremo Tribunal Federal. E a discussão que propomos inicia a partir dos bem fundamentados votos proferidos pelos Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Roberto Grau, que, acaso majoritários, estabelecerão uma ruptura paradigmática no plano da jurisdição constitucional no Brasil. Ao não concordarmos com os referidos votos, buscamos trazer alternativas teóricas que possam ser aptas a contribuir com o debate. Afinal, numa sociedade que se quer democrática, é papel dos juristas comprometidos com essa sociedade contribuir não apenas para a formação de opinião pública especializada, mas também para a cidadania em geral, aprofundando a discussão sobre questões centrais para a realização permanente do Estado Democrático de Direito.

As constantes mudanças pela qual tem passado o direito pátrio desde a concepção da Constituição Federal de 1988 até os dias atuais vêm abrindo espaço para movimentos como o ativismo judicial. Preocupa-nos a ideia de prevalência de decisões fundamentadas no ativismo judicial, os riscos que corremos com essas decisões, tal como bem destaca Paulo Bonavides<sup>3</sup>:

Acontece, porém que a moderna metodologia de interpretação da Constituição ampliou demasiadamente a importância do fator político ao ocupar-se da matéria social, empobrecendo assim a consistência jurídica da Constituição normativa ou conduzindo-a a um estado de crise e carência que se avizinha da desintegração. (2003, p. 484)

---

<sup>3</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003

Oportuno dedicar atenção àquilo que se entende por ativismo judicial; neste ponto vale lição de Elival da Silva Ramos<sup>4</sup>, segundo o qual:

Por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflito de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do poder judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. (Ramos, 2010, p. 308)

Luis Roberto Barroso<sup>5</sup>, também define ativismo judicial:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios. No Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde. Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito. (Barroso, 2010, p. 09)

Ultimamente o Supremo Tribunal Federal (STF) vem enfrentando uma série de discussões sobre temas que a sociedade aguarda uma resposta definitiva; temas como união

<sup>4</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>5</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, Vol. 12. Fev/mai 2010 ISSN 1808-2807.

homoafetiva, fidelidade partidária, células tronco, entre outros que despertam diversos entendimentos e posicionamentos entre as cabeças que operam nosso direito.

Protagonista desses enfrentamentos, o STF vem atuando de forma ativista promovendo julgamentos muitas vezes divergentes com o texto constitucional e, como defesa, acaba deturpando institutos clássicos do direito ou mesmo cria entendimentos próprios como, por exemplo, a mutação constitucional.

Além da necessidade de apresentar respostas aos anseios da sociedade, o positivismo jurídico passa a ganhar destaque diante das inúmeras críticas que lhes são dirigidas. Em resumo, as críticas ao positivismo se resumem a dificuldade de adequar o direito à realidade dos fatos no momento em que se vive, ou seja, a dificuldade de adequar um texto escrito no passado às necessidades do presente.

Ideias que no passado se mostravam as melhores, talvez hoje se encontrem desatualizadas assim como leis que outrora se mostravam adequadas, hoje não mais registram vínculos com os anseios da sociedade. A interpretação constitucional não pode ser esquecida devendo ser norteadora das decisões que não encontram respaldo jurídico ou que coloquem em *check* direitos fundamentais e a ineficiência do Estado. Luis Roberto Barroso<sup>6</sup> apresenta com bastante clareza o que se pretende com a interpretação constitucional:

A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica. Tal circunstância é uma decorrência natural da força normativa da Constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos. Porque assim é, aplicam-se à interpretação constitucional os elementos tradicionais de interpretação do Direito, de longa data definidos como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. (2007, p. 08)

E também adverte que:

Cumprir fazer uma advertência: a interpretação jurídica tradicional não está derrotada ou superada como um todo. Pelo contrário, é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas, provavelmente a maioria delas. Sucede, todavia, que os operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto

---

<sup>6</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Número 9 – março/abril/maio 2007 – Salvador – Bahia. ISSN 1981-1888. Disponível para acesso em <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)> Acesso em 11/10/12

de problemas ligados à realização da vontade constitucional. A partir daí deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de nova interpretação constitucional, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico. (2007, p. 08)

Até que ponto, ou melhor, quais os limites propostos a essa interpretação?

O jusnaturalismo, outro modelo utilizado e conhecido também não se mostrou suficientemente capaz de garantir a segurança de uma sociedade, razão esta que deu ao positivismo campo fértil para sua evolução; por isso, nem se questiona o resgate desse sistema.

O que preocupa os estudos contemporâneos feitos, por exemplo, por Silvio Dobrowski<sup>7</sup>, professor de Universidade de Santa Catarina, é justamente essa readequação do modelo positivista; não se entende essa readequação como sinônimo de mudança total, algo novo (pós positivismo), mas sim de um sistema que aceita a possibilidade de flexibilizar determinados institutos.

Na medida em que aumenta a atividade governamental, cresce, por igual, essa tarefa de revisão judicial dos atos administrativos. Enquanto em alguns países europeus não se permite recorrer ao Judiciário, com esse fim, existindo um sistema de jurisdição administrativa própria, a Constituição de 1988 inseriu entre os direitos fundamentais, a garantia de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Constituição, artigo 5º, XXXV). A partir desse dispositivo, não se pode pensar em Judiciário tímido, ao modelo do existente em França, voltado apenas a resolver litígios de natureza privada. Embora jurídico, o controle da Administração Pública importa em atividade com interferência direta no funcionamento de uma das ramificações do poder estatal.

A tendência em estabelecer uma nova ordem alicerçada na Declaração Universal dos Direitos do Homem agora ganha forças e se apresenta para a sociedade como a tábua de salvação da humanidade, resguardando direitos que outrora não eram amparados.

Dentro dessa perspectiva, o STF ultimamente tem atuado em alguns casos de forma discricionária, criando alternativas à crise do positivismo deixando de lado o respeito a leis e

---

<sup>7</sup>DOBROWSKI, Silvio. *A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo*. In REVISTA n.º 31 Ano 16, dezembro de 1995 - p. 92-101. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Seq31Dobrowolski-NecessidadeAJEC.pdf>. Acesso em 12/09/11

princípios basilares de nosso ordenamento jurídico. Essa é a preocupação ilustrada por Edinilson Donisete Machado<sup>8</sup>:

A autonomia judicial não pode ser excessiva, posto que poderá via a exteriorizar apenas a vontade individual do julgador, da mesma maneira que nunca poderá ser excessiva a adesão aos princípios constitucionais, em sua aplicação, haja vista que derogariam todas as regras do sistema que promove a autonomia, necessária ao cumprimento do controle da vontade política substancial, consolidada no ordenamento, via Constituição. A Autonomia judicial, assim, ao se limitar aos conteúdos normativos, às regras e aos princípios, evita que haja arbitrariedade. (Machado, 113)

### **3. A Reclamação 4335-5 / AC e o STF**

A polêmica criada com a Reclamação 4335-5/AC cuja relatoria ficou a encargo do Ministro Gilmar Mendes é o objeto de análise e discussão desse trabalho de pesquisa.

A reclamação foi ajuizada pelo Defensor Público da União Valdimir Perazzo Leite em face da decisão oposta pela Vara de Execuções Penais da cidade de Rio Branco / AC. Tal decisão negava a progressão de regime para diversos réus que estavam cumprindo suas penas em regime fechado devido à prática de crimes hediondos.

No *Habeas Corpus* de número 82.959 o STF reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/90; segundo esse dispositivo da lei era vedada a progressão de regime para crimes hediondos. Posteriormente, em 2007 (após o ajuizamento da Reclamação 4335/AC), a lei 11.464 alterou o mesmo dispositivo determinando que o início da pena era no regime integral, mas não o cumprimento integral nessa modalidade.

Da narrativa acima se constata que a lei 11.464/07 permitiu a progressão de regime também para aqueles condenados pela prática de crimes hediondos já que a nova redação afirmava que apenas o início da pena seria cumprido no regime fechado. O benefício da progressão seria concedido ao Réu que cumprisse 2/5 da pena se primário fosse ou 3/5 da pena em caso de reincidente.

Ocorre que o juízo da comarca de Rio Branco / AC negou a progressão do regime para determinados réus, condenados pela prática de crimes hediondos, fundamentando sua decisão

---

<sup>8</sup> MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo Judicial. Limites institucionais democráticos e constitucionais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

no fato de que a decisão proferida pela STF no HC 82.959 se deu em sede de controle difuso de constitucionalidade, cujos efeitos atingem apenas as partes envolvidas na demanda.

No entanto, para que a decisão proferida no HC pelo STF produzisse efeitos erga omnes seria necessário que o Senado Federal tomasse conhecimento dessa decisão e suspendesse a execução dessa norma, conforme disciplina o artigo 52 inciso X da Constituição Federal.

Algumas questões processuais também foram levantadas com relação à Reclamação 4334/AC, no entanto, tal reclamação foi a julgamento e aí começaram a surgir os entendimentos dos ministros.

A relatoria solicitou informações da comarca de Rio Branco que se manifestou no sentido de não conhecer da Reclamação ajuizada por não preencher os requisitos do artigo 13 da Lei 8.038/90 e pelo fato de que o julgamento proferido no Habeas Corpus paradigma não era de conhecimento daquela vara de execuções. A ausência de qualquer publicidade expedida pelo Senado Federal no tocante a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/90 não permitia que aquele juízo atuasse de maneira diversa daquela como atuou.

Ademais, segundo o juízo da vara de execuções da cidade de Rio Branco, a reclamação não foi regularmente instruída com os documentos necessários, talvez pela ausência de publicidade da declaração de inconstitucionalidade pelo Senado Federal, e indicam claramente que busca suprimir instância, posto que conforme consta da inicial, contra a decisão deste Juízo que negou a progressão para aqueles apenados por crimes hediondos ou equiparados manejou o reclamante habeas corpus perante o Tribunal de Justiça do Estado do Acre.

A Procuradoria-Geral da República manifestou em seu parecer pelo não conhecimento da demanda, posição esta divergente do Ministro Relator que ainda concedeu liminar afastando a impossibilidade de progressão de regime aos condenados pelo estado do Acre, comarca de Rio Branco.

Em fundamentação que conheceu do Habeas Corpus opostos pelos réus presos de Rio Branco, o Ministro Relator determinou que os mesmos fossem privilegiados pela progressão de regime, ficando a critério do juízo da vara de execuções penais daquela cidade verificar se os mesmos preenchiam os requisitos para deferimento desse pedido de progressão. Vale ressaltar

que essa decisão contraria não apenas a Constituição Federal, mas também o próprio Regimento Interno do STF, conforme disposto em seu artigo 178<sup>9</sup>.

#### **4. Mutação Constitucional – Entendimento de Gilmar Mendes**

A decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes enfrentou dois problemas: em primeiro a utilização da Reclamação e seu cabimento no caso concreto; em segundo, a decisão proferida renega ou torna desnecessária a atuação do Senado Federal no sistema de controle de constitucionalidade do sistema pátrio.

No tocante à utilização e cabimento da Reclamação, tem se disciplinado pela Constituição Federal em seus artigos 102, I, “I” e 105, I, “F”, que tal procedimento visa à preservação da competência do STF e do STJ assim como de suas decisões.

Segundo o entendimento do Professor Moniz Aragão<sup>10</sup>, a Reclamação “é um incidente processual, provocado pela parte ou pelo Procurador-Geral, visando a que o Supremo Tribunal imponha a sua competência quando usurpada, explícita ou implicitamente, por outro qualquer tribunal ou juiz” (1969, p. 110)

Para o relator Ministro Gilmar Mendes, socorrendo-se de outras decisões proferidas pelo próprio STF, a legitimidade ativa para opor uma Reclamação perante o STF é de qualquer pessoa que se mostre prejudicada por uma decisão que contrarie orientação do Pretório Excelso.

Logo, por sua análise, entendeu o ministro que pelo fato de ter havido uma decisão que declarou a inconstitucionalidade de um dispositivo de lei (mesmo que em controle difuso de constitucionalidade sem a suspensão determinada pelo Senado Federal) e essa decisão não havia “em tese” sido respeitada, era perfeitamente cabível tal reclamação.

Mendes entendeu que os condenados da comarca de Rio Branco eram legitimados a opor a Reclamação *sub judice* uma vez que estavam sendo prejudicados pelo não cumprimento de uma decisão que lhes atingiram de maneira salutar.

Caso a decisão proferida pelo STF no *Habeas Corpus* 82.957 tivesse sido suspensa pelo Senado Federal, dando conhecimento público da declaração de inconstitucionalidade descoberta, aí sim os condenados da comarca de Rio Branco estariam sendo vítimas de atuação arbitrária do juízo da vara de execuções penais daquela comarca.

---

<sup>9</sup> Art. 178. 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.

<sup>10</sup> MONIZ DE ARAGÃO, Egas. A correição parcial. Curitiba: Imprensa da Universidade Federal do Paraná, 1969.

Desta feita, a Reclamação 4334/AC não deveria ter sido conhecida pelo relator Ministro do STF visto que a decisão paradigma havia sido proferida em controle difuso de constitucionalidade; se não houve a suspensão pública daquele dispositivo dito inconstitucional, não seria possível cobrar que essa decisão atingisse a coletividade.

Além de inovar, o ministro Gilmar Mendes feriu a própria Constituição Federal quando concedeu liminar para permitir a progressão de regime daqueles presos. Para não ficar ainda mais nebulosa essa decisão, atribuiu ao juízo da vara de execuções criminais, verificar por meio de exame criminológico se todos os apenados estavam em condições de serem agraciados com tal benefício.

Quando se fala em lesão a Constituição Federal, se fala com amparo e fundamento no próprio texto constitucional, pois aquilo que está disposto na Lei Maior, não pode ser objeto de mudança sem passar pelos procedimentos disciplinados pela própria Lei.

O artigo 52 inciso X da Constituição Federal dispõe que é de competência exclusiva do Senado Federal, suspender no todo ou em parte, a execução de norma declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Ora, ao conhecer da Reclamação e conceder liminar permitindo a progressão de regime aos condenados de Rio Branco, o ministro do STF decidiu em total discordância com o texto constitucional. Sendo função do Senado, suspender a execução de norma declarada inconstitucional pelo STF, como poderia o ministro permitir que os efeitos de uma decisão em controle difuso de constitucionalidade atingisse toda uma gama de pessoas que não participaram daquela relação jurídica?

Veja que o controle de constitucionalidade foi desrespeitado. O controle difuso, modalidade fundamental na manutenção da democracia, visto que nega poder absoluto ao STF, já que necessita do Senado Federal para que sua decisão produza efeitos *erga omnes*, foi completamente abduzido do texto constitucional pela atuação do ministro.

O fundamento utilizado pelo Ministro Gilmar Mendes preocupa por demais pelo fato de que o Senado Federal não se apresenta nessa relação como mero expectador um divulgador das decisões do STF, mas sim como um controlador de qualquer espécie de abuso se isso porventura vier ocorrer.

Segundo Mendes<sup>11</sup>,

---

<sup>11</sup> MENDES, Gilmar. Voto na Reclamação 4335-5/AC, p. 25

o senado federal não revoga o ato declarado inconstitucional, até porque lhe falece competência para tanto. Cuida-se de ato político que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso concreto. Não se obriga o Senado Federal a expedir o ato de suspensão, não configurando eventual omissão ou qualquer infringência a princípio de ordem constitucional. Não pode a Alta Casa do Congresso, todavia, restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

E mais, vejamos como o Ministro justifica sua decisão<sup>12</sup>:

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – hoje inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes? A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica.

Para o Ministro Gilmar Mendes a atuação do Senado Federal em suspender no todo ou em parte as decisões declaradas inconstitucionais pelo STF é exclusivamente histórica.

A reclamação, conforme acima aduzido, tem por objeto a preservação da competência do STF e a garantia da autoridade de suas decisões; logo, pelo primeiro ponto a reclamação não poderia ter sido recebida, não existiam argumentos que afrontasse a preservação da competência. Em segundo, apenas as decisões proferidas pelo STF no controle concentrado possui eficácia vinculante e efeitos *erga omnes*.

Sobre a atuação de Gilmar Mendes, o autor Flávio Quinaud Pedron, faz uma reflexão sobre o assunto aduzindo que o Ministro Mendes “acusa o sistema difuso de ser incapaz de solucionar os julgados com eficiência e rapidez, respondendo em idêntica medida aos diversos casos ‘iguais’ que tramitam pelo judiciário”. (2012, p. 17)

---

<sup>12</sup> MENDES, Gilmar. Voto na Reclamação 4335-5/AC, p. 27

Mesmo incongruente com a Constituição Federal, Gilmar Mendes defende seu fundamento amparado por uma releitura do inciso X do artigo 52 afirmando que as decisões do STF, em controle incidental têm “eficácia que transcende o âmbito da decisão”<sup>13</sup>. E mais,

De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental. Somente essa nova compreensão parece apta a explicar o fato de o Tribunal ter passado a reconhecer efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental, independentemente da intervenção do Senado. O mesmo há de se dizer das várias decisões legislativas que reconhecem efeito transcendente às decisões do STF tomadas em sede de controle difuso. Esse conjunto de decisões judiciais e legislativas revela, em verdade, uma nova compreensão do texto constitucional no âmbito da Constituição de 1988.<sup>14</sup>

Ao concluir seu voto, o Ministro Gilmar Mendes se defende sob o argumento de que sua interpretação é uma autêntica mutação constitucional uma vez que apresenta uma “completa reformulação do sistema jurídico”. Para o ministro, essa nova compreensão conferida ao artigo 52 inciso X da Constituição Federal encontra subsídio na teoria da mutação constitucional.

Ao definir o fenômeno da mutação constitucional o Ministro se ampara de doutrinadores clássicos como Georg Jellinek, Hsu Dau-Lin e Anna Cândida da Cunha Ferraz e define muito bem o tema: por mutação entende-se a reforma da Constituição sem expressa modificação do texto.

No entanto, após uma análise rápida sobre a questão, a decisão proferida na liminar da Reclamação 4335/AC não apresentou uma nova forma de interpretação, mas sim mudou todo o sentido e implicitamente alterou o texto; ora, se a atuasse do Senado Federal que era obrigatória foi suprimida, quer dizer que o texto constitucional foi desrespeitado e não simplesmente reinterpretado.

Segundo Pedron, o Ministro “entende que a mutação é *criação* deste Tribunal, que “atualiza” para os novos padrões a realidade, supostamente diminuindo o déficit entre norma e realidade” (2012, p. 17)

---

<sup>13</sup> MENDES, Gilmar. Voto na Reclamação 4335-5/AC, p. 55

<sup>14</sup> MENDES, Gilmar. Voto na Reclamação 4335-5/AC, p. 56

É interessante a complementação feita pelo Ministro como forma de justificar essa “mutação constitucional” que aqui tomamos a liberdade de tratá-la como mutação constitucional à brasileira:

A multiplicação de processos idênticos no sistema difuso – notória após 1988 - deve ter contribuído, igualmente, para que a Corte percebesse a necessidade de atualização do aludido instituto. Nesse contexto, assume relevo a decisão que afirmou a dispensabilidade de se submeter a questão constitucional ao Plenário de qualquer Tribunal se o Supremo Tribunal já se tiver manifestado pela inconstitucionalidade do diploma. Tal como observado, essa decisão acaba por conferir uma eficácia mais ampla – talvez até mesmo um certo efeito vinculante - à decisão do Plenário do Supremo Tribunal no controle incidental. Essa orientação está devidamente incorporada ao direito positivo (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei n. 9756, de 1998). No mesmo contexto situa-se a decisão que outorgou ao relator a possibilidade de decidir, monocraticamente, os recursos extraordinários vinculados às questões já resolvidas pelo Plenário do Tribunal (CPC, art. 557, § 1o A).<sup>15</sup>

Ao que parece, o Ministro Mendes tem ciência de que sua fundamentação não encontra respaldo doutrinário nos estudos sobre mutação constitucional, mas que, por conta do excesso e acúmulo de processos nas instâncias judiciais e frente a uma nova proposta de celeridade, torna-se justificável sua decisão.

A necessidade de uma justiça mais célere e efetiva, desperta estudos que merecem monografias próprias e exclusivas para apresentar a pesquisa, razão pela qual não ingressaremos a fundo neste tema; no entanto, é pacífica a conclusão de que o sistema atual carece de mudanças e melhorias.

O custo dessa resposta esperada do Judiciário pela sociedade é preocupante tendo em vista as inúmeras lesões causadas na Constituição; como visto na Reclamação 4335/AC, a progressão de regime estava confirmada, mas faltava o trâmite regular para que a mesma produzisse seus efeitos para a coletividade; resultado: lesão de dispositivo constitucional. Será que esse é um preço justo a ser pago pelo direito pátrio?

Os defensores de uma atuação desvinculada da lei poderão defender que é necessária celeridade, que os réus estavam presos, que a liberdade estava sendo tolhida. Sim, é verdade. Não se discute o mérito em aceitar como justa e possivelmente adequada à decisão do Ministro;

---

<sup>15</sup> MENDES, Gilmar. Voto na Reclamação 4335-5/AC, p. 57

mas e o direito? E as regras processuais? Hoje para o bem, e amanhã? A história não nos esconde as diversas decisões déspotas na humanidade.

Concluindo seu voto, o Ministro Gilmar Mendes afirma que a função do Senado Federal no tocante a atuação disciplinada pelo artigo 52 inciso X da Constituição Federal é de dar mera publicidade ao ato declarado inconstitucional, pois para ele os efeitos dessa declaração já poderiam ser considerados *erga omnes*.

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, essa 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 eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma 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). Tais decisões proferidas em processo de controle de normas são publicadas no Diário Oficial e têm força de lei (Gesetzeskraft) [Lei do Bundesverfassungsgericht, § 31, (2)]. Segundo Klaus Vogel, o § 31, II, da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã faz com que a força de lei alcance também as decisões confirmatórias de constitucionalidade. Essa ampliação somente se aplicaria, porém, ao dever de publicação, porque a lei não pode conferir efeito que a Constituição não prevê.<sup>16</sup>

E finaliza aduzindo que a não publicação pelo Senado Federal não teria o condão de impedir que a decisão do Supremo Tribunal Federal assumisse sua real eficácia jurídica. A isso, entendemos como eficácia *erga omnes*.

## **5. Mutações Constitucionais – Entendimento de Eros Grau**

---

<sup>16</sup> MENDES, Gilmar. Voto na Reclamação 4335-5/AC, p. 59

Após o voto proferido pelo ministro Gilmar Mendes, votou o ex-ministro Eros Grau, hoje aposentado de sua função e seguindo basicamente o mesmo entendimento do relator opinou de forma favorável a concessão da liminar pleiteada na Reclamação 4335/AC.

Logo no início de seu voto Eros Grau se manifesta afirmando que “uma das marcantes oposições que se manifestam no bojo do direito é a que se põe entre a necessária tutela da segurança jurídica e da liberdade individual, de um lado, e a função da Rcl 4.335 / AC interpretação no desenvolvimento do direito, de outro”<sup>17</sup>.

Reconhece o ministro, conforme bem destacado por Pedron,

A explosão de litigiosidade que marca a contemporaneidade, e o risco, através da eficácia *inter partes* típica da lógica do sistema difuso, ser carente de uma condição de maior efetividade – aqui entendida como capacidade de produzir uma solução que diminua, na maior medida do possível, a constelação de casos pendentes de julgamento no interior do Judiciário brasileiro. Sendo assim, reconhece a necessidade de desenvolver outra leitura normativa que autorize – como também quer o Min. Gilmar Mendes – uma solução mais rápida para os processos jurisdicionais, “desafogando” o Judiciário. (2012, p. 18)

O ministro Eros Grau também se mostra preocupado com a situação do Judiciário brasileiro, assim como fez o relator, e se questiona se a decisão do mesmo é uma modalidade de mutação constitucional ou não.

Independente do que se narrará a partir de agora, o ministro Eros Grau na maioria das vezes em que vai justificar seu voto, faz alusão à situação crítica do poder judiciário. Vejamos abaixo:

O crescimento do número de litígios e a multiplicação de processos idênticos no âmbito do sistema de controle difuso são expressivos da precariedade da paz construída no interior da sociedade civil. Uma paz dotada de caráter temporário, na medida em que o dissenso entre particularismos antagônicos é apenas mediado, superado pela conveniência --- o que, no direito, não consubstancia, a rigor, nenhuma mediação efetiva, nem suprassunção, mas justaposição conflitante. Daí a multiplicação de conflitos que operam a transposição, para o âmbito do Judiciário, de antagonismos que se revestem de múltiplas aparências, insuficientes porém para ocultar suas raízes, plantadas na oposição de interesses historicamente bem definidos. As estruturas engendradas pela modernidade são insuficientes para nos elevar à eticidade (*Sittlichkeit*) hegeliana, permeada pela racionalidade como razão

---

<sup>17</sup> GRAU, Eros. Voto na Reclamação 4335/AC, p. 02

efetiva. De modo que, os particularismos opondo-se uns aos outros, profusamente, mas em última instância exibindo os antagonismos de classe, o observador arguto verificará que nos juízos singulares e nos tribunais são hoje travados, como se de um jogo e não de uma luta se tratasse, confrontos entre partes que consubstanciam uma manifestação própria da sociedade civil, as classes sociais. Dizendo-o de outra forma: o Judiciário é atualmente arena em que se joga a luta de classes.<sup>18</sup>

O ministro Eros Grau se reveste com absoluta propriedade para radiografar a situação do judiciário brasileiro e quando fala, não inventa de forma maliciosa um quadro inexistente.

De fato, o judiciário brasileiro vem passando por uma crise sem perspectiva de melhoras; questiona-se a lei – se está atingindo aos anseios da sociedade, questionam-se seus membros – advogados, magistrados, promotores, no exercício adequado de suas funções. Tudo é verdade.

Para José Eduardo Faria<sup>19</sup>, ao abordar a Crise do Judiciário no Brasil, assim preleciona:

A “crise da Justiça” se traduz pela ineficiência com que o Judiciário desempenha três funções básicas: a instrumental, a política e a simbólica (Santos et al., 1996). Pela primeira função, o Judiciário é o principal locus de resolução dos conflitos. Pela segunda, ele exerce um papel decisivo como mecanismo de controle social, fazendo cumprir direitos e obrigações, reforçando estruturas de poder e assegurando a integração da sociedade. Pela terceira, dissemina sentido de equidade e justiça na vida social, socializa as expectativas dos atores na interpretação da ordem jurídica e calibra os padrões vigentes de legitimidade na vida política. A ineficiência do Judiciário no exercício dessas três funções decorre da incompatibilidade estrutural entre sua arquitetura e a realidade socioeconômica a partir da qual e sobre a qual tem de atuar. Em termos históricos, desde seus primórdios no Brasil colonial, como uma instituição inquisitória forjada pelo Estado português a partir das raízes culturais da Contra-Reforma, aos dias de hoje, com seu intrincado sistema de prazos, instâncias e recursos, o Judiciário sempre foi organizado como um burocratizado sistema de procedimentos escritos. (Faria, 2005, p. 23)

Somado ao que acima foi relatado, o acúmulo de demandas semelhantes, muitas vezes iguais, pendentes de julgamento nas mais diversas esferas e Tribunais é uma realidade, posto que é objeto de estudo de diversos doutrinadores encontrar as saídas para uma outra realidade. Porém, cabe-nos questionar, todas as saídas são válidas para se buscar uma nova realidade?

---

<sup>18</sup> GRAU, Eros. Voto na Reclamação 4335/AC, p. 04

<sup>19</sup> FARIA, José Eduardo. *A crise do judiciário no Brasil*. Independência dos Juízes no Brasil. Aspectos relevantes, casos e recomendações. Organizador Jayme Benvenuto Lima Junior. co-organização: Sébastien Conan; apresentação: Jayme Benvenuto Lima Jr. Recife: Gajop; Bagaço, 2005.

Existem limites nessa luta incessante? Ou como bem pergunta o Professor Pedron (2012, p. 18), até onde a elasticidade do texto constitucional autoriza à possibilidade de uma interpretação que pode modificar a lógica já estabelecida?

A alteração do texto constitucional é permitida, desde que cumpridas às formalidades disciplinadas em procedimentos específicos, razão pela qual não se pode conceber como válida uma alteração que não passou por tais procedimentos.

Esse preocupante excesso na atuação do STF também mereceu destaque no voto de Eros Grau que se questiona se o Relator Gilmar Mendes teria excedido os poderes que revestem seu cargo

A esta altura importa indagarmos se não terá ele excedido a moldura do texto, de sorte a exercer a criatividade própria à interpretação para além do que ao intérprete incumbe. Até que ponto o intérprete pode caminhar, para além do texto que o vincula? Onde termina o legítimo desdobramento do texto e passa ele, o texto, a ser subvertido?<sup>20</sup>

Para responder tais questionamentos o Ministro Eros Grau alega que apenas caso a caso é possível destacar excessos ou não. Para defender pela ausência de excesso praticado pelo Relator, Grau acomoda seu entendimento nos ensinamentos de Aulis Aarnio (*Le rationnel comme raisonnable*, trad. par Geneviève Warland, L.G.D.J., Paris, 1.992, pág. 278):

O interpretante será correto quando a conclusão [i] se insere no quadro [na moldura] do direito; [ii] o discurso que o justifica processa-se de maneira racional; [iii] atende ao código dos valores dominantes. Penso poder dizê-lo, agora, de modo diverso.

Portanto, para Eros Grau, a decisão de Gilmar Mendes não estaria correta por se tratar de mutação constitucional, mas sim por ser adequada à realidade, tal como o brocardo: os fins justificam os meios.

Para auxiliar nesse processo de desafogar o judiciário, o Ministro Gilmar Mendes passou por cima do texto constitucional e deu à sua decisão efeitos que apenas o Senado Federal poderia ter dado – suspensão no todo ou em parte de ato declarado inconstitucional.

No que tange ao conceito de mutação constitucional, o ministro Eros Grau consegue apresentá-lo com bastante clareza e também de acordo com as definições clássicas. Para Grau, a mutação constitucional é “a transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que

---

<sup>20</sup> GRAU, Eros. Voto na Reclamação 4335/AC, p. 05

o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual”..<sup>21</sup>.

Porém, na tentativa de explicar e “adaptar” o conceito, clássica a necessidade que já conhecemos, Eros Grau afirma que a mutação constitucional é mais que uma interpretação, mas sim a substituição<sup>22</sup> de um texto por outro texto. Vejamos:

Quando ela se dá (mutação constitucional), o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro. Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado.<sup>23</sup>

Ao que parece, para Eros Grau a mutação constitucional pode ser reconhecida como vocábulo sinônimo de reforma constitucional, mesmo sendo esse último uma modalidade de processo formal de modificação da constituição.

Além de se posicionar conjuntamente com Gilmar Mendes, Eros Grau defende que não ocorra apenas uma “nova interpretação” do texto constitucional, mas é simpatizante de que tal texto possa ter sua própria redação alterada.

Conforme a doutrina clássica defende, a decisão do ministro Gilmar Mendes que foi acompanhada pelo então ministro Eros Graus não é uma modalidade de mutação constitucional, assim por eles reconhecidas, mas sim uma decisão que favorece a coletividade cujos benefícios justificariam lesão ao texto constitucional.

Nesse sentido, Pedron (2012, p. 21) com sua clareza peculiar explica que

---

<sup>21</sup> GRAU, Eros. Voto na Reclamação 4335/AC, p. 09

<sup>22</sup> A substituição do texto do artigo 52 inciso X proposta pelo ministro é a seguinte: texto atual - [compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal] texto proposto - [compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo].

<sup>23</sup> GRAU, Eros. Voto na Reclamação 4335/AC, p. 09

A questão da legitimidade da mutação é transportada para a questão da sua eficiência; ou seja, ao que parece, ambos os ministros do STF reduzem as exigências da legitimidade das suas decisões a um cálculo pragmático – para usar a expressão de Dworkin (1999) – de modo que, se o resultado representar alguma espécie de ganho para uma parcela da comunidade (no caso, uma suposta aceleração dos procedimentos judiciais e uma diminuição de causas a serem julgadas pelo STF) a decisão se mostra legítima.

Continuando em seu voto, Eros Grau não se repreende ao afirmar que mutação constitucional é a mudança do texto da constituição e não simplesmente uma nova interpretação (já que assim entende o Relator Gilmar Mendes). Grau coloca que o relator não extraiu uma norma diferente do texto, mas sim corrigiu o texto conforme a sugestão de substituição por ele apresentada.

A confusão, feita por Eros Grau é tão equivocada que compreende a mutação constitucional de um jeito e analisa sua exteriorização de outra forma; isso para não afirmar de forma imprudente que a sua interpretação do conceito clássico se adéqua a necessidade atual do poder judiciário.

Mutação constitucional decorre de uma incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, entre a Constituição formal e a Constituição material. Oposições entre uma e outra são superadas por inúmeras vias, desde a interpretação, até a reforma constitucional. Mas a mutação se dá sem reforma, porém não simplesmente como interpretação. Ela se opera quando, em última instância, a práxis constitucional, no mundo da vida, afasta uma porção do texto da Constituição formal, sem que daí advenha uma ruptura do sistema.<sup>24</sup>.

Fazendo uma analogia com a Reclamação 4335/AC o ministro Eros Grau cita uma sessão de julgamentos em que o STF declarou que era inconstitucional a exigência de depósito em dinheiro para se opor recurso administrativo. Em face dessa decisão, relata o ministro (sem apresentar as fontes de sua constatação) que muitos contribuintes tiveram seu dinheiro devolvido. Deixa implícito que essa decisão favoreceu a coletividade que não precisou esperar pela suspensão e publicação da inconstitucionalidade pelo STF.

---

<sup>24</sup> GRAU, Eros. Voto na Reclamação 4335/AC, p. 11

Para se fundamentar, Eros Grau cita passagem da obra de Hsu Dau-Lin<sup>25</sup> onde o mesmo aborda a questão das normas obsoletas. No entanto, para que uma norma seja reconhecida como obsoleta é necessário que os direitos por ela estatuídos sejam impossíveis de praticá-los ou por sua inaplicabilidade.

Questiona-se: em qual das duas proposições opostas por Dau-Lin se enquadra a regra do artigo 52 inciso X da Constituição Federal? Entendemos que não recebe guarida da primeira por não estatuir direitos, mas sim impor uma regra a fim de manter hígido o controle de constitucionalidade vigente; na segunda, por sua vez, entendemos que o acúmulo de processos do judiciário não serviria de embasamento para torná-la inaplicável; se assim fosse, todo o processo legislativo perderia sua vitalidade. Ora, o referido dispositivo é mesmo obsoleto, conforme afirmado por Eros Grau?

Bem provável que não se trate de uma norma obsoleta, reconhecida como tal pelo Ministro Eros Grau, que justifica sua posição:

Sucedem que estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardarmos a Constituição. O discurso da doutrina [= discurso sobre o direito] é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito. Ele nos seguirá; não o inverso. Obsoleto o texto que afirma ser da competência privativa do Senado Federal a suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nele se há de ler, por força da mutação constitucional, que compete ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo. Indague-se, a esta altura, se esse texto, resultante da mutação, mantém-se adequado à tradição [= à coerência] do contexto, reproduzindo-a, de modo a ele se amoldar com exatidão. A resposta é afirmativa. Ademais não se vê, quando ligado e confrontado aos demais textos no todo que a Constituição é, oposição nenhuma entre ele e qualquer de seus princípios; o novo texto é plenamente adequado ao espaço semântico constitucional.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> DAU LIN, Hsu. *Mutación de la Constitución*. Tradução de Pablo Lucas Verdú. Instituto Vasco de Administración Pública.

<sup>26</sup> GRAU, Eros. Voto na Reclamação 4335/AC, p. 14

Concluindo a análise do voto de Eros Grau, apoiamo-nos nas palavras de Pedron (2012, p. 22) que a posição do ministro é ainda mais precária ao ordenamento jurídico que a do próprio Relator, uma vez que muda o texto da constituição sem respeitar o procedimento formal para isso, “curiosa (a posição) – para não dizer autoritária”.

## **6. Mutação Constitucional – Entendimento de Sepúlveda Pertence**

Contrariando o posicionamento dos ministros que antederam a seu voto, Sepúlveda Pertence coloca que a fundamentação do Relator poderia se equiparar a um “golpe de estado”. Pertence afirma que o Senado Federal faz parte do controle de constitucionalidade pelo sistema difuso e, por esta razão não poderia ser suprimido.

Com bastante lucidez, o Ministro Pertence alega que a decisão do Relator e de Eros Grau agride ferozmente a constituição federal, especificamente o controle de constitucionalidade brasileiro. Para ele, não há que se falar em mutação constitucional ou algo parecido a isso, mesmo aceitando que o controle concentrado acabou tornando obsoleto o controle difuso.

Para solucionar a demanda, sugeriu o ministro que, com base na Emenda Constitucional 45 poderiam ser utilizadas as súmulas vinculantes que em nada agrediram a Constituição. O STF, quando diante de uma decisão no controle difuso possível de causar insegurança jurídica ou multiplicidade de processos, poderia editar uma súmula vinculante, o que garantiria o mesmo recurso prático – eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, sem contrariar normas constitucionais. (Pedron, p. 23)

Sepúlveda Pertence sugere, talvez, não apenas uma solução qualquer para a demanda, mas sim a solução adequada e rigorosamente constitucional; criar ou deturpar conceitos clássicos não podem ser recebidos e aceitos – merecem de imediato ser expungidos.

## **7. Mutação Constitucional – Entendimento de Joaquim Barbosa**

O atual presidente do STF ministro Joaquim Barbosa, ao votar a Reclamação 4335/AC, desde logo deixou claro que não poderia a mutação constitucional servir de amparo as decisões pretendidas por Gilmar Mendes e Eros Grau.

Segundo Pedron (2012, p. 23)

O Min. Barbosa entende que o artigo 52 inciso X da Constituição de 1988, não é contraditório com a atual sistemática do controle de constitucionalidade em feições mistas trazidas pelo Texto Maior, de modo que careceria de legitimidade qualquer tentativa de apagar os traços distintivos historicamente estabelecidos entre o controle difuso e o controle concentrado.

É clara a incoerência das fundamentações trazidas por Gilmar Mendes e Eros Grau; tudo que por eles foi escrito em nada se assemelha ou se aproxima do que os clássicos entendem por mutação constitucional. Tanto é verdade, que o próprio Ministro Barbosa cita a obra de Anna Cândida da Cunha Ferraz e Uadi Lammego Bulos para esclarecer que para se constatar a mutação constitucional é necessário se atentar para dois requisitos fundamentais: existência de um lapso temporal razoável e a definitiva dessuetude do dispositivo.

## **8. O Senado Federal e o Controle de Constitucionalidade**

A discussão trazida à baila questiona a importância do Senado Federal no controle de constitucionalidade brasileiro como órgão responsável pela suspensão no todo ou em parte das decisões (sobre inconstitucionalidade de leis) proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso.

Para que se possa criticar a atuação do STF na Reclamação 4335-5/AC é necessária, antes de tudo, demonstrar a intenção do legislador originário quando atribuiu ao Senado Federal à função de suspender e publicar as decisões do STF, atribuindo efeito *erga omnes* e não apenas *inter partes*, característica do controle difuso.

Algumas considerações preliminares merecem guarida, como por exemplo, o momento pelo que passa o poder judiciário brasileiro, sua ineficiência frente à proposta de celeridade processual e, em paralelo, uma análise do princípio da separação de poderes.

A intenção desse tópico não é esgotar o assunto nem tampouco apresentar toda a doutrina que circunda o tema “controle de constitucionalidade”, mas sim de apresentar os principais pontos que merecem reflexão. Aceitamos a ideia de que o princípio da separação de poderes ainda vigora ou nos filiamos a teóricos como Gilmar Mendes que afirmam que tal princípio esta ultrapassado?

Sobre a atuação do Senado Federal, afirma Gilmar Mendes<sup>27</sup>:

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes - hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma emenda constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes? A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica.

“O Brasil incorporou o controle judicial e difuso de constitucionalidade dos atos normativos, desde a República, por influência de Rui Barbosa. Ele refletiu as lições do constitucionalismo norte-americano pungentes à época”. (Azambuja<sup>28</sup>, 2008, p. 149)

A Constituição de 1934 atribuiu ao Senado Federal a competência para suspender a execução de qualquer lei ou ato normativo declarado inconstitucional; segundo o artigo 91 inciso IV<sup>29</sup> combinado com o artigo 96<sup>30</sup> daquele texto. Tal competência persiste até os dias atuais, sendo esta, inclusive objeto de afronta de alguns ministros do STF.

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro conhecido por ser híbrido, trazendo características do common law (controle difuso) e civil law (controle concentrado) é objeto de divergências processuais no tocante aos efeitos emanados dessas decisões.

Segundo Azambuja (2008, p. 150)

Ante este hibridismo das formas de controle aceitas concentrado e difuso no Brasil, guardando aspectos de suas origens da *common law* (concreto ou difuso) e da *civil law* (abstrato ou concentrado) é que se

---

<sup>27</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: Um caso Clássico de Mutação Constitucional. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. de 2004. Disponível para acesso em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/953>>. Acesso em 17/09/2012.

<sup>28</sup> AZAMBUJA, Carmen Luiza Dias de. *Controle Judicial e Difuso de Constitucionalidade no direito Brasileiro e Comparado. Efeito Erga Omnes de seu Julgamento*. SAFE, Porto Alegre, 2008.

<sup>29</sup> BRASIL, Constituição Federal. Art. 91 - Compete ao Senado Federal: IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;

<sup>30</sup> BRASIL, Constituição Federal. Art. 96 - Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurado Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato.

apresenta a divergência processual dos efeitos da decisão sobre a mesma declaração de constitucionalidade. Esse hibridismo processual no controle de constitucionalidade judicial brasileiro é quem gera a falta de coerência de julgamento sobre o mesmo objeto jurídico e uno constitucional ante o processo constitucional formal (concentrado) ou material (difuso) adotado para a resolução desse conflito.

A competência do Senado Federal nasceu como forma de modelar o controle difuso de constitucionalidade em um país que não havia vinculação a precedentes, como por exemplo, no sistema americano.

A crítica que reveste os efeitos das decisões do controle difuso de constitucionalidade é justamente no tocante ao que ocorreu na Reclamação 4335-5/AC; existe uma decisão que confirma inconstitucionalidade cujos efeitos apenas serão percebidos pelas partes que compõe a lide, mesmo sabendo que tais efeitos beneficiam uma gama maior de pessoas, apenas a suspensão de seus efeitos pelo Senado Federal.

No caso, se a decisão proferida pelo STF teria validade apenas para as partes que propuseram o Recurso Extraordinário discutindo a questão e não para todos aqueles que estivessem em igual situação; ou melhor, a decisão do STF surtirá efeitos para a coletividade após a suspensão por ato do Senado Federal, nos termos do artigo 52 inciso X da Constituição Federal.

Não se discute que a ineficiência do Senado Federal no exercício de sua atuação enquanto participante do controle de inconstitucionalidade deixa por demais a desejar, visto a grandiosa fila de processos parados, aguardando a manifestação deste órgão a suspender os efeitos de norma declarada inconstitucional.

No entanto, entre a ineficiência e a negação dessa função constitucionalmente garantida, abre-se um abismo muito profundo, falindo o princípio da separação de poderes assim como o rompimento com a própria Constituição Federal em vigência.

Clèmerson Merlin Clève<sup>31</sup> (1995, p. 94) já tratou em sua obra a respeito do prazo para execução da suspensão de norma declarada inconstitucional pelo Senado Federal, o autor questiona a existência ou não de um prazo para que este cumpra a sua função.

Não há prazo para a deliberação do Senado Federal. Não especificando, a Constituição, prazo para a sua deliberação e, ademais, inexistindo

---

<sup>31</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1995.

sanção contra a sua omissão, não é demais imaginar a possibilidade de o Senado manter-se inerte por anos a fio.

Por se tratar de órgão político, o Senado Federal manifesta suas intenções segundo a vontade de seus componentes, senadores representantes de cada estado da federação em igual número e atribuições. A cada oito anos essas intenções podem sofrer alterações em face das eleições diretas, conferindo ao povo o direito de escolha na manutenção ou troca de seus representantes.

Havendo mudanças, mudam-se também os interesses, as intenções, onde aquilo que era prioridade passa ocupar assento na lista dos “não importantes” e assim, aquilo que necessitava de manifestação urgente, perde seu sentido e aguarda a mercê de ocupar novamente o rol das prioridades.

Como exemplo, a própria Reclamação 4335-5 / AC, objeto principal desta pesquisa, até o momento de sua conclusão, ainda não traz ao menos a data para julgamento pelo pleno do STF da questão em conflito.

Se não fosse o legislador editar norma específica para regulamentar essa questão, estariam àqueles presos ainda cumprindo suas penas em regime fechado – fato este proibido em face das garantias e liberdades individuais ao cidadão.

Espera-se deixar claro que a intenção não é discutir o mérito da decisão, se correta ou não a progressão de regime, seu cabimento e seus legitimados; também não se questionam os benefícios que a liminar proferida pelo STF trouxe para aqueles presos que até os dias atuais teriam sua liberdade tolhidas em face de uma questão processual, questiona-se a lesão à Constituição Federal e os resultados colhidos dessa atuação ilegal.

Sim, ilegal. Apesar de parecer forte a utilização de tal palavra, não se permite falar em outra característica desse ato de alguns ministros do STF senão tratá-lo como ilegal. A própria regra empregada aos atos administrativos nega a possibilidade de se fazer aquilo que não está previamente autorizado em lei.

Segundo Di Pietro<sup>32</sup> (200, p. 222) “os poderes que exerce o administrador público são regradados pelo sistema jurídico vigente. Não pode a autoridade ultrapassar os limites que a lei traça a sua atividade, sob pena de ilegalidade”.

---

<sup>32</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo. Editora Atlas, 2006.

Logo, conclui-se que a liminar proferida é, sem qualquer dúvida, uma decisão ilegal, pois além de conferir vantagem não prevista por lei, fere princípio basilar da Constituição Federal: a separação de poderes.

Ao ultrapassar as fronteiras delimitadas pela Constituição Federal o Supremo Tribunal Federal anulou a função de moderação atribuída ao Senado Federal.<sup>33</sup>

Além de moderador o Senado Federal é também representante dos interesses do estado que representa e essa atuação é autônoma e não poderia ter sido negada como foi.

Sendo assim, o Senado Federal como representantes dos estados federados, sob a característica de órgão dotado de integrantes experientes, não pode ter negada a atribuição constitucional de suspender no todo ou em parte norma declarada inconstitucional.

Conforme Mèrlin (1995, p. 95)

O Senado Federal dispõe, no caso da suspensão, de uma competência genérica e não de um dever constitucionalmente determinado de agir. A competência do Senado “consiste em atividade discricionária” de natureza política. Cuida-se a resolução suspensiva de “ato político que empresta eficácia *erga omnes* á decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em caso concreto”. Ao Senado “cabe examinar da conveniência e oportunidade de considerar, em tese, suspensos os seus efeitos, de retirar dispositivo legal ou regulamentar do ordenamento jurídico”. Não está ele obrigado a editar a resolução suspensiva.

Poderia se questionar: o fato do Senado Federal deixar de suspender norma declarada inconstitucional significa deixar de reconhecê-la dessa forma e garantir-lhe vigência?

A omissão do Senado (se dessa forma podemos tratar) não estará convalidando uma inconstitucionalidade, mas apenas entendendo que essa deva permanecer no âmbito particular dos casos concretos; o Senado não entra no mérito da inconstitucionalidade, para reapreciá-la.

Não se discute, portanto, que a norma uma vez declarada inconstitucional dessa forma perecerá, no entanto, por interesse de determinado estado, pode ser mais momentaneamente melhor que os efeitos de tal declaração não ganhem alcance *erga omnes*, mas sim que permaneçam *inter parts*.

Mais uma vez oportuno registrar que não estamos a discutir se a afirmação feita acima está ou não correta, se a norma uma vez declarada inconstitucional seja necessária

---

<sup>33</sup> O vocábulo senado proveniente do latim ostenta o prefixo “sen”, senex, que quer dizer velho, idoso, fazendo-se presumir que o senador guarda uma experiência maior para exercer sua função em face de sua maturidade mais respeitável. Por esta, dentre outras razões, entende-se que o Senado exerce o papel de moderação no interesse do estado que representa.

obrigatoriamente lhe conferir efeito *erga omnes*, quer se afirmar que não pode prevalecer nem festejar a lesão a constituição pelos benefícios que isso trará.

Lênio Streck, Marcelo André Cattoni de Oliveira e Martônio Mont' Alverne Barreto Lima<sup>34</sup>, escreve com maior clareza aquilo que pretendemos demonstrar

Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – 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. Como se não bastasse reduzir a competência do Senado Federal à de um órgão de imprensa, há também uma conseqüência grave para o sistema de direitos e de garantias fundamentais. Dito de outro modo, atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante 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 (art. 5.º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará. Não estamos em sede de controle concentrado! Tal decisão aqui terá, na verdade, efeitos advocatórios. Afinal, não é à toa que se construiu ao longo do século que os efeitos da retirada pelo Senado Federal do quadro das leis aquela definitivamente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal são efeitos *ex nunc* e não *ex tunc*. Eis, portanto, um problema central: a lesão a direitos fundamentais.

Logo, ainda que beneficiassem inúmeras pessoas, não se permite lesionar a Constituição Federal para atingir determinado fim; o que mais preocupa é justamente o precedente que se abre para atuações futuras indiscriminadas – passos graduais aos já conhecidos golpes de Estado.

Até o momento destacamos que as decisões do STF em controle difuso de constitucionalidade produzem efeitos apenas para as partes que envolvem o litígio, ou seja, os efeitos são *inter parts*. Após a suspensão no todo ou em parte pelo Senado Federal, a mesma norma declarada inconstitucional passa a alcançar toda a coletividade, ou seja, se torna *erga omnes*.

---

<sup>34</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de et al. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago.2007 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10253>>. Acesso em: 27/12/2012.

As mudanças não param por aí. Uma vez suspensa a norma pelo Senado Federal, o efeito *ex tunc*, característico das decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, passam agora a produzir efeitos *ex nunc*. Isso equivale dizer que a norma declarada inconstitucional pelo STF que até então possuía efeitos *ex tunc* passa agora a produzir efeitos *ex nunc*.

No caso da Reclamação 4335-5/AC a liminar concedida pelo Ministro Gilmar Mendes estendeu os efeitos de outro julgado que declarou inconstitucional determinada norma. A atuação de Mendes beneficiou um grupo de pessoas que maneira alguma seria beneficiada haja vista que mesmo suspensa a execução da norma pelo Senado Federal esta produziria efeitos apenas a partir daquele momento, não retroagiria, alcançando com isso os presos de Rio Branco/AC.

A norma declarada inconstitucional pelo STF no controle difuso e na sequência suspensa pelo Senado Federal se estende a toda à coletividade a partir do momento que se torna pública pela publicidade dada pelo Senado Federal: torna-se *erga omnes* e *ex nunc*.

A questão dos efeitos é polêmica e vem destacada na obra de Mèrlin (1995, p. 96)

Cumprir verificar os efeitos produzidos pela resolução suspensiva do Senado. A questão é polêmica. Themistocles Cavalcanti, Oswaldo Aranha Bandeira de Melo, José Afonso da Silva, Nagib Slaibi Filho, Anna Cândida da Cunha Ferraz e Regina Macedo Nery Ferrari entendem que a decisão do Senado produzirá efeitos unicamente a partir de sua edição, não apanhando, portanto, as situações jurídicas definidas sob a égide da lei anteriormente à sua manifestação. Não parece que seja assim. Segundo Gilmar Ferreira Mendes, parecia “evidente aos constituintes que a suspensão da execução da lei, tal como adotada em 1934, importava na extensão dos efeitos do aresto declaratório da inconstitucionalidade, configurando, inclusive instrumento de economia processual. Atribuía-se, pois, ao ato do Senado, caráter ampliativo e não apenas paralisante ou derogatório do diploma viciado. E não fosse assim, inócuo seria o instituto com referência a maioria das situações formadas na vigência da lei declarada inconstitucional.

Lênio Steck, em sua famosa obra *Jurisdição Constitucional*<sup>35</sup>, aduz com bastante clareza a questão de produção dos efeitos *ex tunc* e *ex nunc*, conforme se destaca a seguir:

"(...) há que se fazer uma diferença entre o que seja retirada da eficácia da lei, em sede de controle concentrado, e o que significa a suspensão que o Senado faz de uma lei declarada inconstitucional em sede de

---

<sup>35</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica, Forense*, 2ª ed., 2004.

controle difuso. Suspender a execução da lei não pode significar retirar a eficácia da lei. Caso contrário, não haveria diferença, em nosso sistema, entre o controle concentrado e o controle difuso. Suspender a vigência ou a execução da lei é como revogar a lei. Pode-se agregar ainda outro argumento: a suspensão da lei somente pode gerar efeitos ex nunc, pela simples razão de que a lei está suspensa (revogada), à espera da retirada de sua eficácia. Daí a diferença entre suspensão/revogação e retirada da eficácia. Sem eficácia, a lei fica nula; sendo nula a lei, é como se nunca estivesse existido. Não se olvide a diferença nos efeitos das decisões do Tribunal Constitucional da Áustria (agora adotada no Brasil), de onde deflui a diferença entre os efeitos ex tunc (nulidade) e ex nunc (revogação). Dito de outro modo, quando se revoga uma lei, seus efeitos permanecem; quando se a nulifica, é esta írrita, nenhuma. Não fosse assim, bastaria que o Supremo Tribunal mandasse a lei declarada inconstitucional, em sede de controle difuso, ao Senado, para que os efeitos fossem equiparados aos da ação direta de inconstitucionalidade (que historicamente, seguindo o modelo norte-americano, sempre foram ex tunc). Se até o momento em que o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade da lei no controle difuso, a lei era vigente e válida, a decisão no caso concreto não pode ser equiparada à decisão tomada em sede de controle concentrado. Repetindo: a valer a tese de que os efeitos da decisão do Senado retroagem, portanto, são ex tunc, qual a real modificação que houve com a implantação do controle concentrado, em 1965? Na verdade, se os efeitos da decisão desde sempre tinham o condão de transformar os efeitos inter partes em efeitos erga omnes e ex tunc, a pergunta que cabe é: por que, na prática, desde o ano de 1934 até 1965, o controle de constitucionalidade tinha tão pouca eficácia? Desse modo, mesmo que o próprio Supremo Tribunal assim já tenha decidido (RMS 17.976), temos que a razão está com aqueles que sustentam os efeitos ex nunc da decisão suspensiva do Senado".

Gilmar Mendes<sup>36</sup>, em seu artigo *O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: Um Caso Clássico de Mutação Constitucional* (2009, p. 11) questiona a seguinte situação: se o STF pode suspender, a eficácia de uma lei ou de uma emenda constitucional no controle concentrado, por qual razão a mesma atuação não seria possível no controle incidental? Eis a resposta:

A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica. Deve-se observar, outrossim, que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar

---

<sup>36</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Gilmar Mendes. *O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: Um Caso Clássico de Mutação Constitucional*. Brasília, 2009. Disponível para acesso em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/953>. Acesso em 12/11/12

eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de uma lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta. Isso se verifica quando o Supremo Tribunal afirma que dada disposição há de ser interpretada desta ou daquela forma, superando, assim, entendimento adotado pelos tribunais ordinários ou pela própria Administração. A decisão do Supremo Tribunal não tem efeito vinculante, valendo nos estritos limites da relação processual subjetiva. Como não se cuida de declaração de inconstitucionalidade de lei, não há que se cogitar aqui de qualquer intervenção do Senado, restando o tema aberto para inúmeras controvérsias.

Em hipótese alguma o então Ministro Gilmar Mendes reconhece a importância do Senado Federal atuando no controle difuso de constitucionalidade; segundo tal doutrinador, a atuação do órgão legislativo é dispensável e o respaldo jurídico conferido pela Constituição Federal não passa de mero incidente histórico.

Posição contrária, Streck, Cattoni de Oliveira e Lima divergem de Mendes aduzindo que:

Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – 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. (2007, p. 07)

E as críticas não param por aí, os autores acima também analisam a questão de lesão aos direitos e garantias fundamentais:

Como se não bastasse reduzir a competência do Senado Federal à de um órgão de imprensa, há também uma consequência grave para o sistema de direitos e de garantias fundamentais. Dito de outro modo, atribuir eficácia erga omnes e efeito vinculante 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 (art. 5.º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará. Não estamos em sede de controle concentrado! Tal decisão aqui terá, na verdade, efeitos avocatórios. Afinal, não é à toa que se construiu ao longo do século que os efeitos da retirada pelo Senado Federal do quadro das leis aquela definitivamente declarada

inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal são efeitos *ex nunc* e não *ex tunc*. Eis, portanto, um problema central: a lesão a direitos fundamentais. Se a Constituição – seja na sua versão original, seja naquela que decorreu das reformas realizadas pelo poder constituinte derivado – elabora tão preciosa diferenciação entre controle concentrado e controle difuso, não há como se imaginar que os efeitos do controle concentrado sejam extensivos ao controle difuso, de forma automática.

Se *ex nunc* ou *ex tunc*, entendemos que a discussão poderia ganhar uma dissertação específica para estudo do tema, razão pela qual não aprofundaremos nesta linha de pesquisa. Urge, portanto, destacar as súmulas vinculantes como instrumento eficaz e legal no atrelamento das decisões declaradas inconstitucionais à coletividade.

É bem provável que a teoria defendida por Gilmar Mendes seja amparada pela obrigatoriedade ou não do Senado Federal suspender a execução da lei; se assim for, estamos diante de outra questão. A atuação do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade encontra previsão na lei Maior, ao contrário da obrigatoriedade na execução da tarefa que lhe foi atribuída.

A suspensão da lei é incumbência do Senado Federal, que, após a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF, torna pública essa decisão gerando eficácia *erga omnes* sob efeitos *ex nunc*. Porém, e o prazo para execução dessa tarefa? Teria obrigatoriedade em cumprir tal determinação?

Apesar de já termos passado sob essas questões, oportuno destacar artigo do ex-ministro do STF Paulo Brossard<sup>37</sup>, que nos idos de 1976 já se preocupava com essa questão. Brossard, repetindo as palavras de Pontes de Miranda, negava o que hoje aparentemente demonstra ser a opinião de Gilmar Mendes: “o Senado Federal não é Cartório do Supremo Tribunal Federal”. (1976, p. 06)

Atribuir ao Senado papel mecânico, fazê-lo autômato, transformá-lo em carimbo, meirinho, cartório ou porteiro de auditórios, não significa apenas atribuir-lhe uma função absolutamente subalterna, mas, e, especialmente, sem qualquer significação ou utilidade, tarefa que poderia ser desempenhada, com proficiência e vantagem, por qualquer funcionário da secretaria do Supremo Tribunal.

---

<sup>37</sup> BROSSARD, Paulo. *O Senado e as Leis Inconstitucionais*. Revista de Informação Legislativa, v.13, nº 50, p. 55-64, abr./jun. de 1976. Disponível para acesso em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181304>. Acesso em 12/11/12.

Paulo Brossard (1976, p. 08) continua sua explanação demonstrando a importância da atuação do Senado Federal:

Evidentemente, não foi para essa função de amanuense que a Constituição de 34 reservou essa competência ao Senado, em caráter privativo. No exercê-la, o Senado está sujeito apenas ao seu prudente critério. Com efeito, não há regras escritas a respeito e não há porque escrevê-las. Convém deixar o problema entregue à presumida sabedoria e sendo de responsabilidade pela câmara dos Estados. Considere-se desde logo que, suspensa a execução de lei, não haverá mais possibilidade de alguém invocá-la e o judiciário voltar a apreciá-la. Desse modo, impede-se a formação de jurisprudência e a exegese se imobiliza. Ora, é sabido e ressabido que a jurisprudência ao longo do tempo se enriquece enriquecendo a lei, aluvionalmente, ao descobrir nela virtualidades impressentidas ao primeiro exame e riquezas irrelatadas às primeiras aplicações.

Finalizando sua exposição, Brossard (1976, p. 10) conclui sobre o prazo para o Senado Federal executar a função que lhe fora atribuída:

Tudo está a indicar que o Senado é o juiz exclusivo do momento em que convém exercer a competência, a ele e só a ele atribuída, de suspender lei ou decreto declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. No exercício dessa competência cabe-lhe proceder com equilíbrio e isenção, sobretudo com prudência, como convém à tarefa delicada e relevante, assim para os indivíduos, como para a ordem jurídica.

Portanto, fica claro que a suspensão exercida pelo Senado Federal é ato aparentemente político, segundo o qual será exercido a critério da conveniência e no momento que for possível. Bem provável tenha sido essa a intenção do legislador ao inovar o controle de constitucionalidade brasileiro em 1934.

Ao contrário daquilo que já foi amplamente surrado sobre a importância do Senado Federal no controle de constitucionalidade, insiste Gilmar Mendes em demonstrar a ineficiência dessa regra e justificar sua alteração com fundamento na mutação constitucional.

É certo, outrossim, que a admissão da pronúncia de inconstitucionalidade com efeito limitado no controle incidental ou difuso (declaração de inconstitucionalidade com efeito ex nunc), cuja necessidade já vem sendo reconhecida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, parece debilitar, fortemente, a intervenção do Senado Federal – pelo menos aquela de conotação substantiva. É que a “decisão de

calibragem” tomada pelo tribunal parece avançar também sobre a atividade inicial da Alta Casa do Congresso. Pelo menos, não resta dúvida de que o tribunal assume aqui uma posição que parte da doutrina atribuía, anteriormente, ao Senado Federal. (2004, p. 16)

Ao que parece, entendemos que a justificativa por esse imbróglio seja a necessidade de apresentar respostas rápidas e eficientes ante as mazelas pela qual passa o poder judiciário brasileiro; e isso não apenas um defeito exclusivo desse poder, mas sim, de igual forma, do poder legislativo e executivo que deixam de figurar de forma ativa no cenário nacional.

Para confirmar essa análise, veja a conclusão que Gilmar Mendes (2004, p. 30) faz no tocante à mutação constitucional ocorrida no artigo 52 inciso X da Constituição Federal:

A multiplicação de processos idênticos no sistema difuso – notória após 1988 – deve ter contribuído, igualmente, para que a Corte percebesse a necessidade de atualização do aludido instituto. Nesse contexto, assume relevo a decisão que afirmou a dispensabilidade de se submeter a questão constitucional ao Plenário de qualquer tribunal se o Supremo Tribunal já se tiver manifestado pela inconstitucionalidade do diploma. Tal como observado, essa decisão acaba por conferir uma eficácia mais ampla – talvez até mesmo um certo efeito vinculante – à decisão do Plenário do Supremo Tribunal no controle incidental.

E conclui sua obra afirmando que

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, essa 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 eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que se não cuida de uma 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 que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia. (Mendes, 2004, p. 31)

Sendo assim, em que pese o valoroso conhecimento doutrinário da corrente capitaneada por Gilmar Mendes, entendemos que o instituto da mutação constitucional não confere a possibilidade de mudança do texto da Constituição. E não apenas isso, a existência desse fenômeno chamado “mutação constitucional” também nos parece ser uma incógnita – como se pretende mudar o sentido daquilo que está escrito sem que essa redação seja alterada?

## **9. CONCLUSÃO**

Parece-nos um tanto quanto equivocado esse instituto da “mutação constitucional”, que desde quando concebido por Paul Laband, teve como pano de fundo um cenário de instabilidades e cobranças da sociedade.

Por isso, nada mais vantajoso que abusar do poder que lhe foi atribuído e, como um toque de mágica, resolver o problema apresentado no caso concreto; assim como se demonstrou, ao derrubarem o princípio da separação de poderes, feriram a competência constitucional atribuída ao Senado Federal, tudo em nome da mutação constitucional.

Com o final desta pesquisa, entende-se que o fenômeno da mutação constitucional não existe, principalmente em constituições que permitem a interpretação de normas ali estabelecidas, sujeitando sua constitucionalidade as formas de controle existente. Aceita-se a interpretação com fenômeno capaz de altear o sentido sem alteração do texto legal (assim como demonstrado no capítulo anterior).

Da forma como foi utilizada, a mutação constitucional querida pela Supremo Tribunal Federal se assemelha a um golpe de Estado, na medida que hoje foi utilizada para o bem, amanhã, quem sabe, para satisfazer interesses diversos daqueles pelo qual esta nação traçou como objetivos.

## **10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

AZAMBUJA, Carmen Luiza Dias de. Controle Judicial e Difuso de Constitucionalidade no direito Brasileiro e Comparado. Efeito Erga Omnes de seu Julgamento. SAFE, Porto Alegre, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, Vol. 12. Fev/mai 2010  
ISSN 1808-2807.

\_\_\_\_\_to. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Número 9 – março/abril/maio 2007 – Salvador – Bahia. ISSN 1981-1888. Disponível para acesso em <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)> Acesso em 11/10/12

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

BROSSARD, Paulo. O Senado e as Leis Inconstitucionais. Revista de Informação Legislativa, v.13, nº 50, p. 55-64, abr./jun. de 1976. Disponível para acesso em

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1995.

DAU LIN, Hsu. Mutación de la Constitución. Tradução de Pablo Lucas Verdú. Instituto Vasco de Administración Pública.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo. Editora Atlas, 2006.

DOBROWSKI, Silvio. A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo. In REVISTA n.º 31 Ano 16, dezembro de 1995 - p. 92-101. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Seq31Dobrowolski-NecessidadeAJEC.pdf>. Acesso em 12/09/11

FARIA, José Eduardo. A crise do judiciário no Brasil. Independência dos Juízes no Brasil. Aspectos relevantes, casos e recomendações. Organizador Jayme Benvenuto Lima Junior. co-organização: Sébastien Conan; apresentação: Jayme Benvenuto Lima Jr. Recife: Gajop; Bagaço, 2005.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de et al. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10253>>. Acesso em: 27/12/2012.

MACHADO, Edinilson Donisete. Ativismo Judicial. Limites institucionais democráticos e constitucionais. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas. A correição parcial. Curitiba: Imprensa da Universidade Federal do Paraná, 1969.

MENDES, Gilmar Ferreira. O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: Um caso Clássico de Mutação Constitucional. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. de 2004. Disponível para acesso em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/953>>. Acesso em 17/09/2012.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de et al. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago.2007 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10253>>. Acesso em: 27/12/2012.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica, Forense, 2ª ed., 2004.