

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”  
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

**MARCOS VINÍCIUS CANHEDO PARRA**

**A NECESSIDADE DE RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL: a aderência do poder legislativo como  
condição de efetividade “erga omnes”**

**FRANCA**

**2023**



**MARCOS VINÍCIUS CANHEDO PARRA**

**A NECESSIDADE DE RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL: a aderência do poder legislativo como  
condição de efetividade “erga omnes”**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP, campus de Franca como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania

Orientador: Prof. Dr. José Duarte Neto.

**FRANCA**

**2023**

P259n

Parra, Marcos Vinícius Canhedo

A NECESSIDADE DE RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL NO  
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL: a aderência do  
poder legislativo como condição de efetividade “erga omnes” / Marcos  
Vinícius Canhedo Parra. -- Franca, 2023

154p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista (Unesp),  
Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca

Orientador: José Duarte Neto

1. Controle de constitucionalidade. 2. Controle difuso. 3. Controle  
incidental. 4. Senado Federal. 5. Supremo Tribunal Federal. I. Título.

## **IMPACTO POTENCIAL DESTA PESQUISA**

O benefício que esta produção científica pode oferecer à sociedade é o avanço no estudo da necessidade de resolução do Senado Federal no controle de constitucionalidade incidental, assunto de grande importância para o direito constitucional atualmente. Como se trata de temática relacionada à interferência dos poderes entre si, é necessário que o tema seja objeto de estudo e conclusões.



**MARCOS VINÍCIUS CANHEDO PARRA**

**A NECESSIDADE DE RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO: a aderência do poder legislativo como condição  
de efetividade “erga omnes”**

**Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de  
Ciências Humanas e Sociais – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”  
– UNESP, campus de Franca como requisito para a obtenção do título de Mestre em  
Direito.**

**Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania**

**BANCA EXAMINADORA**

**Orientador: Prof. Dr. José Duarte Neto:** \_\_\_\_\_

**1º examinador: Rubens Beçak:** \_\_\_\_\_

**2º examinador: José Carlos Francisco:** \_\_\_\_\_

**Franca/SP, 04 de maio de 2023.**



*Ao meu avô, Waldemar, com amor.*

*Você nunca foi embora.*



*A política não deveria ser a arte de dominar,  
mas sim a arte de fazer justiça.*

*Aristóteles*



PARRA, Marcos Vinícius Canhedo. **A necessidade de resolução do Senado Federal no controle de constitucionalidade incidental**: a aderência do poder legislativo como condição de efetividade “erga omnes”. 2023. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca.

## RESUMO

O controle de constitucionalidade é essencial a um Estado Democrático de Direito, para que a atuação do legislador infraconstitucional se mantenha dentro dos limites traçados pelo legislador constituinte, de modo a manter o desenho constitucional originário, embora seja certo que o passar do tempo demande alterações pontuais, que podem ser feitas pelo procedimento apropriado, que é, no Brasil, o das emendas constitucionais. Uma lei que afronte a Constituição Federal deve ser imediatamente combatida, e isso pode se dar por dois caminhos, que são o controle de constitucionalidade concentrado, perante o Supremo Tribunal Federal, utilizando-se de ação declaratória de inconstitucionalidade, e o controle de constitucionalidade difuso, de modo incidental, perante qualquer magistrado brasileiro. As duas vias se diferenciam em razão de, na primeira, a lei ser imediatamente declarada inconstitucional e expurgada do ordenamento jurídico, enquanto, na segunda, o juiz afasta sua aplicação no caso concreto, apenas. Nessa via, a análise de constitucionalidade pode chegar ao Supremo Tribunal Federal, quando poderá reconhecer e declarar a inconstitucionalidade. Este trabalho discute se é necessário que o Senado Federal elabore resolução para que esse reconhecimento e declaração se tornem definitivos, com a retirada da lei do ordenamento jurídico. Faz-se uso da pesquisa bibliográfica, com a revisão de literatura, e de uma abordagem dogmática, compatível com a análise de institutos jurídicos.

**Palavras-chave:** Controle de constitucionalidade. Controle difuso. Controle incidental. Resolução. Senado Federal. Supremo Tribunal Federal.



PARRA, Marcos Vinícius Canhedo. **The need for a resolution by the Federal Senate in incidental constitutionality control:** the adherence of the legislative power as a condition of effectiveness “erga omnes”. 2023. 154 f. Dissertation (Master of Law). Faculty of Humanities and Social Science, Universidade Estadual Paulista – Júlio de Mesquita Filho, Franca.

## ABSTRACT

The constitutional review is essential to a Democratic State of Law, so that the action of the infra-constitutional legislator remains within the limits set by the constituent legislator, in order to maintain the original constitutional design, although it is certain that the passage of time requires occasional changes, which can be done through the appropriate procedure, which is, in Brazil, that of constitutional amendments. A law that violates the Federal Constitution must be immediately opposed, and this can be done in two ways, which are concentrated control of constitutionality, before the Federal Supreme Court, using a declaratory action of unconstitutionality, and diffuse control of constitutionality, incidentally, before any Brazilian magistrate. The two ways differ because, in the first, the law is immediately declared unconstitutional and expunged from the legal system, while, in the second, the judge rejects its application in the specific case, only. In this way, the analysis of constitutionality can reach the Federal Supreme Court, when it can recognize and declare the unconstitutionality. This work discusses whether it is necessary for the Federal Senate to elaborate a resolution so that this recognition and declaration become definitive, with the withdrawal of the law from the legal system. It makes use of the bibliographic research, with the literature review, and of a dogmatic approach, compatible with the analysis of legal institutes.

**Keywords:** Constitutional review. Diffuse control. Incidental control. Resolution. Federal Senate. Federal Supreme Court.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>19</b>
<b>CAPÍTULO 1 O CONSTITUCIONALISMO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO E NO DIREITO BRASILEIRO .....</b>	<b>23</b>
1.1 A origem do controle de constitucionalidade a partir do advento do constitucionalismo, e os aspectos introdutórios do controle de constitucionalidade.....	23
1.2 A análise do controle de constitucionalidade no direito comparado: as características dos sistemas norte-americano e austríaco .....	31
1.3 O estudo da configuração do controle de constitucionalidade no direito brasileiro ..	33
<b>CAPÍTULO 2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO NO DIREITO BRASILEIRO .....</b>	<b>45</b>
2.1 Apontamentos iniciais sobre o controle de constitucionalidade difuso, a partir de suas origens históricas até sua configuração contemporânea.....	45
2.2 A conformação atual do controle de constitucionalidade difuso no direito brasileiro, e o advento de questões controversas dela decorrentes .....	51
2.3 O comando da norma do art. 52, X, da CF/88 e as controvérsias dele advindas: o início dos debates sobre a legitimidade da aderência do poder legislativo para a eficácia “erga omnes” da decisão de inconstitucionalidade no controle incidental .....	62
<b>CAPÍTULO 3 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E SEU IMPACTO NAS DISCUSSÕES ACERCA DA ADERÊNCIA DO PODER LEGISLATIVO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL .....</b>	<b>67</b>
3.1 Notas introdutórias acerca da mutação constitucional .....	67
3.2 Discussão acerca da legitimidade da interferência do poder legislativo sobre a decisão de inconstitucionalidade no controle de constitucionalidade incidental .....	71
3.3 O conceito de mutação constitucional.....	83
3.4 O advento da mutação constitucional.....	87

<b>3.5 Análise de julgados acerca da mutação constitucional.....</b>	<b>90</b>
3.5.1 A extração de asbesto/amianto e a substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que o contenham.....	90
3.5.2 A progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados .....	92
3.5.3. Recurso Extraordinário nº 197.917/SP (Mira Estrela).....	94
<b>CAPÍTULO 4 A RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL .....</b>	<b>95</b>
<b>4.1 Notas introdutórias .....</b>	<b>95</b>
<b>4.2 Aspectos históricos sobre o advento e evolução da resolução do Senado Federal no controle de constitucionalidade incidental.....</b>	<b>97</b>
<b>4.3 A tensão entre os poderes legislativo e judiciário: a controvérsia a respeito dos limites de atuação entre os poderes e os impactos decorrentes .....</b>	<b>101</b>
<b>4.4 O argumento da mutação constitucional: uma nova fundamentação teórica a justificar a desnecessidade de aderência do Poder Legislativo .....</b>	<b>102</b>
<b>4.5 O argumento da necessidade de emenda complementar: o dever de respeito à previsão constitucional de emenda complementar .....</b>	<b>106</b>
<b>4.6 Conclusão acerca da necessidade de resolução do Senado Federal.....</b>	<b>111</b>
<b>CAPÍTULO 5 O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS BRASILEIRO E SUA RELAÇÃO COM A NECESSIDADE DE RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL.....</b>	<b>115</b>
<b>5.1. O conceito de precedente judicial e outros conceitos importantes para a compreensão do assunto.....</b>	<b>115</b>
<b>5.2. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade difuso e a importância de manutenção de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente.....</b>	<b>116</b>
<b>5.3. As inovações do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 e os impactos sobre a criação de um sistema de precedentes judiciais .....</b>	<b>121</b>
<b>5.4. O caráter adscritivo da interpretação do direito e a reconstrução da ordem jurídica pela jurisdição .....</b>	<b>126</b>

<b>5.5. O correto entendimento acerca do que é e o que produz a eficácia vinculante .....</b>	<b>127</b>
<b>5.6 A relação entre os precedentes judiciais e a norma do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988 .....</b>	<b>128</b>
<b>5.7 Os elementos e requisitos para a formação dos precedentes judiciais.....</b>	<b>133</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>137</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>141</b>



## INTRODUÇÃO

É clássica a lição de Montesquieu acerca da divisão de poderes. O autor percebeu que, apesar de ser único, o poder possui diversas funções: a executiva, a legislativa e a judiciária. Cada uma dessas funções possui suas próprias características e modos de atuação.

O poder executivo é responsável pela administração das coisas públicas, o poder legislativo tem a incumbência de criar normas para a regência da sociedade, e ao poder judiciário cabe analisar o caso concreto, fazendo com que essas normas incidam sobre ele.

Cada um desses poderes, contudo, exerce, ainda que em âmbito restrito, parte do que seria a função dos outros. Existe um sistema de freios e contrapesos, ou *checks and balances*, expressão em inglês, bem definido e destinado a manter o equilíbrio entre eles.

Praticamente todos os países contemporâneos adotam esse sistema, o que demonstra sua racionalidade. No entanto, em alguns países de feição autoritária, o poder legislativo e o judiciário são praticamente suprimidos enquanto independentes, para que todo o poder estatal seja alocado na figura do chefe do poder executivo.

Quanto a este trabalho, será analisado particularmente o relacionamento entre os poderes legislativo e judiciário, com foco no Brasil. A princípio, o poder legislativo detém a legitimidade para discutir e elaborar normas que serão de observância obrigatória, para um melhor ordenamento da sociedade. Entretanto, o legislador não pode se exceder e afrontar a norma suprema, que é a Constituição, uma vez que é dela que extrai os limites para sua atuação.

Somente o legislador constituinte pode definir os contornos de um ordenamento jurídico, que será posteriormente preenchido pelo legislador infraconstitucional. Por exceção, o texto constitucional pode ser alterado por meio de emendas constitucionais, mas, mesmo assim, as cláusulas pétreas devem ser respeitadas.

Uma vez desrespeitado o limite de atuação com a promulgação de normas que afrontem a Constituição, o Poder Judiciário exercerá o controle de constitucionalidade para reconhecê-las e declará-las inconstitucionais. Existem dois caminhos para isso, o concentrado e o difuso, nos quais pode ocorrer o denominado controle de constitucionalidade incidental, que será objeto de análise particular.

O controle de constitucionalidade concentrado é realizado diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, que pode constatar a inconstitucionalidade e, por si só, declarar a retirada definitiva da norma do ordenamento jurídico.

O controle de constitucionalidade difuso pode ser exercido por qualquer magistrado, mesmo que individualmente, mas difere do controle concentrado porque não é possível declarar

a inconstitucionalidade definitiva. Apenas é possível identificá-la no caso concreto para deixar de aplicar determinada norma.

Pelo controle difuso, é possível que o exame de constitucionalidade chegue ao Supremo Tribunal Federal por meio de recurso extraordinário, entre outros expedientes, quando a corte suprema pode verificar se realmente há inconstitucionalidade para remover a norma do ordenamento jurídico.

Neste ponto, contudo, o artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988 dispõe que “compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (BRASIL, 1988).

Apesar de a questão aparentemente ser clara, no sentido de que o Senado Federal deve suspender a execução de norma declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, não é assim. Há muita discussão a respeito, e este trabalho tem o objetivo de contribuir com essa discussão, sem a pretensão de oferecer uma resposta definitiva, mas de fomentar o debate para seu amadurecimento.

Existe uma corrente doutrinária que defende a prescindibilidade da resolução do Senado Federal, argumentando que o controle de constitucionalidade é de competência exclusiva do Poder Judiciário, como forma de manter o equilíbrio entre os poderes.

Já outra corrente, com clara inclinação contrária, defende que, caso haja previsão expressa no texto constitucional, ela deve ser respeitada. Essa corrente entende que a necessidade da resolução confere maior segurança ao exame de constitucionalidade, uma vez que a norma passa pelo crivo da Suprema Corte e de uma casa legislativa com representantes legitimamente eleitos.

No primeiro capítulo, será feita uma breve exposição sobre o constitucionalismo e o controle de constitucionalidade de modo geral. O primeiro assunto é importante, pois fomentou as bases para a solidificação de um sistema constitucional, a partir do qual surgiu o próprio controle de constitucionalidade. Já o segundo é essencial para a discussão proposta neste trabalho.

No segundo capítulo, será apresentada uma análise específica do controle de constitucionalidade difuso, com foco especial no seu aspecto incidental. Serão abordadas as características de sistemas estrangeiros, mas o enfoque principal será nas particularidades do sistema brasileiro, que é o objeto de análise deste trabalho.

No terceiro capítulo, será explorado um assunto essencial para este trabalho, que é a mutação constitucional. Isso porque o argumento baseado na mutação constitucional

fundamenta a corrente que defende a desnecessidade de resolução do Senado Federal para suspender norma declarada inconstitucional no controle de constitucionalidade incidental.

No quarto capítulo, que é o cerne deste trabalho, serão estudadas as correntes doutrinárias a favor ou contra a necessidade da resolução do Senado Federal. Todas elas possuem bons fundamentos, portanto não se pretende afirmar qual é a mais acertada definitivamente, mas contribuir com o debate e apontar qual delas parece mais bem fundamentada, segundo o repertório apresentado.

No quinto capítulo, discorre-se a respeito de precedentes judiciais e de um possível sistema de precedentes judiciais brasileiro, e sua relação com a norma do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988.

Para a perspectiva metodológica, classifica-se a presente pesquisa como descritiva, visto o caráter central de descrição do fenômeno estudado, a partir de uma observação sistemática. Em termos de método de abordagem, o raciocínio adotado teve como base um movimento dedutivo, visto que a construção de conteúdo abordou o quadro geral do controle de constitucionalidade para verificar as especificidades do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988.

Ao articular objetivos e método de abordagem, adotou-se como procedimento metodológico a revisão bibliográfica, com o estudo de literatura, cuidadosamente levantada para proporcionar uma investigação ampla e conclusões lastreadas em robusta produção científica e acadêmica a respeito do assunto escolhido. Para verificação da tessitura da realidade, foi utilizado a análise de julgados do Supremo Tribunal Federal, selecionados a partir da categoria “mutação constitucional”.



## **CAPÍTULO 1 O CONSTITUCIONALISMO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO E NO DIREITO BRASILEIRO**

### **1.1 A origem do controle de constitucionalidade a partir do advento do constitucionalismo, e os aspectos introdutórios do controle de constitucionalidade**

O constitucionalismo surgiu, conforme aponta Loewenstein, entre os hebreus e se desenvolveu com os gregos e os romanos, marcado pela limitação do poder, até resultar no constitucionalismo moderno. Esse, por sua vez, agregou à ideia de limitação do poder a existência de constituições escritas, as quais servem para garantir segurança e estabilidade à ordem constitucional (1976, p. 154).

Toda sociedade necessita de princípios de ordenamento que a constituam e desenvolvam. São esses princípios que limitam a atuação dos membros da sociedade. A Constituição é o instrumento que reúne esses princípios, sendo responsável pela limitação do poder e pela salvaguarda dos direitos dos cidadãos (PRADO, 2014, p. 74).

O constitucionalismo se refere ao comprometimento, em qualquer Estado, à noção de que as interações sociais devem ser governadas por um conjunto de normas que, juntas, compõem a constituição. Neste instrumento encontra-se o estabelecimento da estrutura do Estado, suas instituições, e reparte entre elas suas prerrogativas e poderes, entre outros fatores (LOPES, 2015, p. 39).

O constitucionalismo é a teoria pela qual impera o princípio do governo limitado, essencial para a garantia dos direitos a partir de um sentido político-social referente a determinada sociedade. É possível identificar diferentes tipos de constitucionalismo, como o antigo, clássico ou liberal, o social ou moderno, e o contemporâneo ou neoconstitucionalismo (BRITTO, 2020, p. 15). Considera-se, ainda, o constitucionalismo cosmopolita, um modelo constitucional multinível entre Estados nacionais, em que a jurisdição seria exercida pela ONU e pelos Estados (HIGINO NETO, 2012, p. 39).

Embora seja comum abordar o constitucionalismo, sua definição não é fácil. De forma sintética, pode-se conceituá-lo como uma técnica de limitação do poder estatal, em grande parte semelhante a outras, como o Estado de Direito e o *rule of law*. Seu objetivo é garantir aos cidadãos o exercício de seus direitos e afastar governos arbitrários. No entanto, o

constitucionalismo se diferencia das demais técnicas por conter a figura da lei enquanto produto legislativo (AVELINO, 2007, p. 23).

O constitucionalismo é uma teoria ou ideologia que visa limitar e regular o exercício do poder político e garantir os direitos individuais de uma determinada comunidade e época. (SOUZA, 2013, p. 15). A ideia de um Estado que limita a si próprio, estabelecendo suas normas fundamentais e submetido à influência e diretrizes do direito, é um produto histórico que surgiu em um momento específico, em face da necessidade de um novo modelo capaz de colocar o Estado sob controle do direito (KREUZ, 2020, p. 22).

Ainda que se possa oferecer uma definição, não se pode ignorar que qualquer definição do constitucionalismo deve considerar o aspecto temporal, pois o significado do constitucionalismo se alterou ao longo da história, de acordo com as características do contexto social em que surgiu (FACHIN, 2020, p. 22).

Relembre-se, ainda, a lição de Canotilho, que ensina não haver um único constitucionalismo, mas diversos constitucionalismos. É preferível afirmar que existem diversos movimentos constitucionais com origens nacionais, os quais, apesar de possuírem pontos de aproximação, apresentam uma complexa tessitura histórico-cultural (2003, p. 51). Cite-se o próprio constitucionalismo português, que foi impulsionado por eventos sociais e políticos ocorridos na Europa oitocentista (LOURINHO, 2011, p. 59).

O constitucionalismo é expressão de uma cultura comum, compartilhada por diversas constituições, que erigiu e continua erigindo uma identidade, que exige que tais constituições contenham aspectos essenciais: a definição e limitação do poder, o compromisso com o Estado de Direito, a legalidade, a democracia e a proteção dos direitos fundamentais (BIELSCHOWSKY, 2016, p. 220).

Atualmente, existe o conceito de constitucionalismo contemporâneo, também conhecido como neoconstitucionalismo, que difere da ideia restrita de limitação do poder, mesmo que por meio de constituições escritas. Para demandar a eficácia das disposições constitucionais, o neoconstitucionalismo busca não apenas prever direitos nas constituições, mas garantir sua efetividade na prática. A expressão neoconstitucionalismo é recente e foi cunhada pela doutrina jusfilosófica italiana. Susanna Pozzolo é apontada como a primeira a utilizá-la, em 1997 (SANTOS, 2017, p. 16).

Podem ser citados como elementos centrais para a compreensão do constitucionalismo contemporâneo: a compreensão do papel de supremacia atribuído à Constituição como elemento integrador; a percepção da pertinência da abertura constitucional como elemento de alargamento do consenso produzido pelo debate constitucional em função da necessidade de

legitimação e fundamentação do direito por meio de procedimentos democráticos; a compreensão do valor da superação da hermenêutica tradicional, por meio de uma técnica de interpretação que atenda à necessidade de fundamentação racional das decisões constitucionais e à adequada resolução sistemática dos conflitos de valores oferecidos pela positivação de pretensões normativas díspares de uma sociedade pós-tradicional complexa (CAPELLARI, 2002, p. 109-110).

As constituições já não se restringem a trazer direitos, e incluem também garantias necessárias para assegurar a concretização desses direitos. Essas garantias são essenciais para que os titulares dos direitos possam fazer valer seus direitos. Por conseguinte, o legislador constituinte brasileiro dedicou o título II da Constituição Federal de 1988 aos direitos e garantias fundamentais.

"Paradigma teórico de grande importância no neoconstitucionalismo é a força normativa atribuída à constituição. As normas constitucionais já não são mais parte de um documento estritamente político, de um diploma de intenções direcionado apenas ao legislador, que só se concretiza de acordo com sua vontade.

Konrad Hesse entendia que era indispensável que a constituição incorporasse o estado espiritual de seu momento histórico e observasse os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, de modo a não perder sua força.

Assim, defendia-se a existência de um condicionamento recíproco entre a Constituição e a realidade político-social, de modo que a vigência da Constituição apenas seria realizada caso esta considerasse essa realidade. A Constituição, que conforma a realidade social, não pode se dissociar dessa realidade (SOUZA, 2013, p. 79).

O neoconstitucionalismo se caracteriza por constituições analíticas, ou seja, extensas, que abrangem diversos assuntos, e por uma leitura principiológica do direito. Esse tipo de abordagem se intensificou a partir de meados do século XX, especialmente após a publicação de obras que se preocuparam com a utilização de princípios pelo direito, como a "Teoria Geral dos Direitos Fundamentais", de Robert Alexy.

A existência, a manutenção e a observância das constituições, contudo, dependem de mecanismos que possibilitem o controle de atos que busquem atacá-las. É fundamental proteger o projeto do legislador constituinte e, por isso, as próprias constituições costumam conter dispositivos que estabelecem procedimentos específicos para o controle desses atos. Tais procedimentos são denominados meios de controle de constitucionalidade.

É interessante destacar que sempre houve um debate sobre a relação entre constitucionalismo e democracia, uma vez que o poder estatal pode interferir sobre aquilo que

foi deliberado pela maior e que resultou nas normas elaboradas (VICTOR, 2013, p. 74). Fala-se, nesse caso, a respeito da dificuldade contramajoritária, que é intrínseca à discussão a respeito do controle judicial de constitucionalidade.

Essa dificuldade surge a partir do momento em que se percebe que os juízes, geralmente não eleitos por meio de processo democrático, detêm poder para impor suas decisões sobre a legislação. Essa legislação é resultado da atuação dos legisladores, eleitos pela vontade popular por meio do processo democrático, que foi pensado ao longo da história justamente para garantir a legitimidade das normas impostas (VICTOR, 2013, p. 150).

Apesar disso, de acordo com Kelsen, se há um ponto que se torna óbvio em direito constitucional e, mais particularmente, em jurisdição constitucional, é que não se pode deixar a guarda da constituição a cargo dos poderes que são encarregados de concebê-la e aplicá-la, ou seja, os poderes legislativo e executivo. Isso ocorre porque, como destaca o autor, ninguém pode ser juiz em causa própria. Permitir que esses poderes zelem pela constituição implicaria em que suas disposições fossem frequentemente violadas em favor de seus próprios interesses. (2003, p. 239-240).

Contudo, Hübner Mendes apresenta posições mais inclinadas e outras menos inclinadas à postura que Kelsen toma basicamente por óbvia. O autor nota que há quem pense que a proteção dos direitos, e, portanto, da própria constituição, seria melhor desempenhada pelo próprio Poder Legislativo.

No entanto, há argumentos fortes que amparam a manutenção das cortes constitucionais como guardiãs da constituição, posição que, em regra, ocupam em praticamente todos os ordenamentos jurídicos. A manutenção dessas cortes enquanto guardiãs da constituição se sustenta no fato de que não se destinam a afrontar o poder legislativo, mas a proteger e preservar o ordenamento jurídico, desde seu pináculo, que contém o conteúdo constitucional.

Não se trata de substituir o legislador, mas de relativizar seu papel. Isso faz com que a corte constitucional jamais seja percebida como elemento natural da democracia (MENDES, 2008, p. 56). Dito isso, o controle de constitucionalidade está atrelado à supremacia das constituições, que por sua vez encontra força em sua rigidez.

De fato, a supremacia das constituições é uma consequência da rigidez constitucional (FAVERO, 1997, p. 47). Em um ambiente no qual se busque garantir a supremacia da constituição, a flexibilidade constitucional deve ser uma exceção (KROL, 2007, p. 97).

A rigidez constitucional, por sua vez, está vinculada à ideia moderna de constitucionalismo, cujas raízes remontam ao século XIII, com a Magna Carta Inglesa, embora

tenha sido melhor estruturada a partir do século XVIII, com o surgimento das primeiras constituições escritas dos Estados Unidos da América e da França (NERY, 2015, p. 24).

O parâmetro de controle dos atos infraconstitucionais são as constituições, uma vez que elas se encontram na parte superior da estrutura do ordenamento jurídico, no topo da hierarquia do ordenamento jurídico, situando-se acima das demais normas que, por consequência, devem ser compatíveis com as constituições. Desse modo, a existência do escalonamento normativo é fundamental para a supremacia constitucional, pois é a partir dele que se estabelece a predominância de uma espécie de norma sobre a outra, sendo que as normas constitucionais possuem a força máxima.

O princípio da supremacia da constituição surge, sobretudo, em razão da rigidez constitucional. Essa rigidez é fundamentada na maior dificuldade e na necessidade de um procedimento mais rigoroso para a alteração das normas constitucionais, em comparação com as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, como as leis complementares e as leis ordinárias, que, por sua vez, também se distinguem entre si pelos diferentes requisitos para sua alteração.

Nenhum ato jurídico ou manifestação de vontade pode se sobrepor às disposições constitucionais. No direito brasileiro, quando uma nova constituição entra em vigor, todas as normas anteriores que conflitam com ela são revogadas. Além disso, as normas posteriores à sua vigência não podem subsistir se forem incompatíveis com a constituição em vigor (BARROSO, 1996, p. 150-151).

A ideia de escalonamento normativo como pressuposto para a supremacia da constituição está vinculada à teoria concebida por Hans Kelsen, segundo a qual as distintas normas que compõem o ordenamento jurídico se distinguem por sua força, de modo que as normas com menor força devem respeito e conformidade às normas com maior força. A norma que se situa no topo do escalonamento normativo, regendo todas as outras, são as normas constitucionais.

A única norma acima da Constituição, segundo Kelsen, seria uma norma hipotética fundamental, que seria o fundamento de validade daquela, embora seja apenas uma construção abstrata, sem resultados práticos. Kelsen teve que admitir a existência dessa norma hipotética fundamental apenas porque a própria Constituição teria que ter um suporte que lhe desse validade.

A constituição que o jurista coloca no topo do ordenamento jurídico é uma constituição rígida, o que lhe confere mais estabilidade, pois não pode ser alterada por meio de lei ordinária, como pode ocorrer com a constituição flexível, sendo necessário seguir um procedimento mais

rigoroso, como a via das emendas constitucionais, no caso brasileiro. Existem outros mecanismos de alteração de constituições rígidas, embora não formais, como a emenda constitucional, que decorre da interpretação de uma norma constitucional pela suprema corte.

O Supremo Tribunal Federal, no Brasil, pode concluir que o sentido extraído de um dispositivo constitucional não é adequado, declarando essa interpretação inconstitucional e reconhecendo a constitucionalidade de outro sentido, mantendo o texto constitucional intocado.

Quanto à relação entre o princípio da supremacia da constituição e a inconstitucionalidade, essa resulta do conflito entre a constituição e uma norma ou ato hierarquicamente inferior, o que pode decorrer de ação ou omissão (ALMEIDA NETO, 2008, p. 23).

Uma observação é necessária: Kelsen é um teórico do positivismo da *civil law*. Ele escreve no contexto da *civil law*, e, portanto, suas lições devem ser vistas com ponderação se a intenção for estudá-las no contexto da *common law*.

O pressuposto de uma constituição rígida é flexibilizado na *common law*, pois é frequente que os Estados que operam com esse sistema jurídico tenham constituições flexíveis, que, apesar disso, ainda se situam no topo do ordenamento jurídico, pois, embora não tenham tanta força formal como as constituições rígidas, têm força material e podem exercer toda a sua autoridade.

Dito isso, é a construção teórica ao redor da supremacia da constituição - resultado de séculos de movimento constitucionalista, desde a Antiguidade, interpelado pelo constitucionalismo moderno até o constitucionalismo contemporâneo, ou neoconstitucionalismo - que justifica e possibilita o controle da produção legislativa de um Estado em face da constituição, por meio do controle de constitucionalidade.

A finalidade do controle de constitucionalidade das leis é a manutenção da integridade e supremacia da constituição, e esse arranjo é uma consequência do surgimento das constituições rígidas (AMARAL, 2014, p. 53).

O constitucionalismo se caracteriza pela limitação do poder, através de constituições escritas, e o neoconstitucionalismo acrescentou a preocupação com a eficácia das disposições constitucionais. Assim sendo, o constitucionalismo consiste na teoria da limitação do poder, enquanto o controle de constitucionalidade se refere aos meios disponíveis para efetivamente controlar o poder.

Embora a supremacia da constituição hoje seja quase um truísmo, na verdade, resulta de um longo processo histórico de avanços e retrocessos, e de um grande esforço da sociedade em conceber um sistema normativo que impusesse limites ao poder.

As diferentes sociedades não se desenvolveram no mesmo compasso, algumas conseguindo impor constituições escritas antes de outras, como ocorreu nos Estados Unidos da América, que se antecipou sobremaneira aos países europeus (BRANCO, 2008, p. 18-19).

A supremacia das constituições pode ser estudada a partir de dois aspectos: o material e o formal. A supremacia das normas constitucionais em sentido material está vinculada à natureza estrutural da matéria. No que tange ao aspecto formal, está relacionada ao surgimento das constituições no final da Idade Moderna, resultante de um ato de vontade de um poder capaz de impor sua observância (BEDICKS, 2017, p. 36).

O controle de constitucionalidade se destina, em uma primeira análise, à proteção das normas constitucionais em face da produção legislativa infraconstitucional, de modo que o legislador infraconstitucional não possa produzir legislação que afronte as disposições constitucionais.

Contudo, em uma última análise, é possível dizer que o controle de constitucionalidade se destina à proteção dos direitos fundamentais, já que estão dispostos, sobretudo, no âmbito das constituições, caracterizados como normas básicas e de extrema importância.

Nesse sentido, as constituições devem se preocupar com dois temas: as normas estruturantes dos Estados e as normas a respeito dos direitos fundamentais. Considera-se, todavia, que atualmente a maior parte dos textos constitucionais também contém boa parcela de normas programáticas, definidas como aquelas que direcionam a um ideal de futuro para a sociedade, as quais foram problematizadas especialmente por Canotilho.

Apesar de não serem essenciais, sua utilização tem sido crescente, justamente em razão de proporcionarem um planejamento já feito pelo próprio legislador constituinte, a respeito das aspirações de uma determinada sociedade para os anos vindouros.

Observa-se, por exemplo, que na nova fase da jurisdição constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal tem analisado inúmeros casos importantes para a vida política, social ou moral, muitos deles relacionados a direitos fundamentais. Cita-se os casos sobre a possibilidade de pesquisas com células-tronco embrionárias, discussões sobre a gestação de anencéfalos, a proibição de nepotismo e a legitimidade de políticas afirmativas e cotas sociais e raciais (BORGES, 2016, p. 118).

Pode-se constatar que a jurisdição constitucional se expandiu e continua expandindo-se. Além disso, muitas teses adotadas pelo Supremo Tribunal Federal beneficiaram seus próprios poderes, resultando em uma centralização do poder judiciário brasileiro em sua figura. (BORGES, 2016, p. 119).

No entanto, embora o controle de constitucionalidade tenha como objetivo principal a proteção das disposições constitucionais em face da produção legislativa infraconstitucional, seu escopo principal é o resguardo dos direitos fundamentais, que compõem o núcleo essencial dos direitos em qualquer sociedade.

A percepção de que a mera existência de uma constituição não é suficiente para garantir sua aplicação remonta à Antiguidade. Considera-se a necessidade de estabelecer mecanismos que permitam aos demais poderes e aos cidadãos questionar a conformidade dos atos estatais com suas previsões.

Evidentemente, o controle de constitucionalidade à época apenas se iniciava e era bastante simples quando comparado com o controle de constitucionalidade contemporâneo, o qual apresenta um desenvolvimento mais significativo. Para o Brasil, por exemplo, apresenta previsão de várias ações para combater o vício da inconstitucionalidade, onde pode-se mencionar a ação direta de inconstitucionalidade, a ação direta de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Ao retornar para o aspecto formativo e histórico, o momento crucial para o surgimento e a formação do controle de constitucionalidade contemporâneo ocorreu nos Estados Unidos da América, pouco após o país se libertar do domínio inglês e já sob o império da Constituição de 1787.

Foi a partir do célebre caso *Marbury vs. Madison*, no qual o *Chief Justice* John Marshall reconheceu a competência da Suprema Corte para declarar leis inconstitucionais quando confrontadas perante a constituição. No caso citado, reconheceu a inconstitucionalidade de uma lei, o que possibilitou a formação de bases para o controle de constitucionalidade (BRANCO, 2006, p. 45-46).

Portanto, esse acontecimento inaugurou a técnica do controle de constitucionalidade, para o qual foi nomeado, na expressão inglesa, de *judicial review*. Percebe-se que o caso em questão trata do controle de constitucionalidade difuso, e não do concentrado, apesar de ter sido julgado pela suprema corte.

Contudo, a distinção não é relevante neste ponto, já que a grande importância do caso está relacionada à aceitação do controle de constitucionalidade das leis perante a constituição. Isso se deve ao fato de que, à época e até aquele momento, uma lei ordinária poderia afastar disposições constitucionais, o que caracterizava a constituição como flexível e, portanto, oferecia pouca segurança.

## 1.2 A análise do controle de constitucionalidade no direito comparado: as características dos sistemas norte-americano e austríaco

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é híbrido e encontra raízes nos sistemas norteamericano e austríaco, apesar das grandes diferenças existentes entre ambos em alguns pontos fundamentais.

Observa-se que foi na virada do século XVIII para o XIX que surgiram respostas distintas para o problema da guarda da constituição, com uma experiência vivenciada nos Estados Unidos da América e outra na Europa, mais especificamente na Áustria.

Os regimes jurídicos desses Estados adotaram constituições rígidas e declarações de direitos escritas, mas se diferenciaram na construção dos modelos de controle de constitucionalidade (SILVA, 2021, p. 34). Os sistemas norteamericano e austríaco são os paradigmas de dois sistemas distintos de controle de constitucionalidade, embora não sejam os únicos existentes.

Uma classificação amplamente aceita descreve quatro modelos de controle de constitucionalidade: o modelo inglês, no qual não há fiscalização judicial de constitucionalidade, com supremacia absoluta do parlamento; o modelo francês, de controle estritamente político e preventivo, cujo exercício é da competência de um Conselho externo aos outros poderes; o modelo norte-americano, de controle exercido por todos os juízes e tribunais, no qual a análise incide sobre o caso concreto; e o modelo austríaco, no qual a fiscalização é concentrada em um tribunal constitucional que não integra o poder judiciário, é composto por juízes e juristas, e é encarregado de analisar os assuntos sob as perspectivas jurídica e política. Normalmente, esse tribunal é provocado por uma ação cujo objetivo é discutir a inconstitucionalidade em tese de uma lei ou ato normativo. (MAGALHÃES, 2007, p. 16).

Apesar das possibilidades classificatórias, os sistemas norte-americano e austríaco são objetos deste estudo, os quais serão alvos de maiores explanações à frente. Todavia, em síntese, o sistema de controle de constitucionalidade norte-americano, ao reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma, declara-a a inconstitucional, com eficácia *ex tunc*, ou seja, determina que nasceu morta e jamais produziu efeitos. A eficácia é *ex tunc* pois a norma é tida por nula, e uma norma nula equivale a uma norma inexistente.

Já o sistema austríaco não declara a norma inconstitucional, seu pronunciamento é constitutivo, de modo que se presume que tenha surgido e produzido efeitos normalmente, até o momento em que é tomada por inconstitucional. A eficácia, neste caso, é *ex nunc*, visto que a norma é tida por anulável, a qual pode produzir efeitos até que seja anulada.

O controle de constitucionalidade incidental normalmente é realizado por um tribunal constitucional, e não por uma suprema corte. A diferença entre os dois será melhor esclarecida abaixo, mas, em resumo, o primeiro cuida de questões constitucionais e não constitucionais, enquanto o segundo trata exclusivamente de questões constitucionais. Em países cujo órgão superior é um tribunal constitucional, não há controle de constitucionalidade difuso, já que só é possível levar a questão constitucional à apreciação do tribunal, e não o caso concreto em si.

Portanto, o acesso é feito por meio do controle de constitucionalidade concentrado ou, como opção, do controle de constitucionalidade incidental, em que apenas o elemento constitucional da discussão subjacente ao caso concreto é colocado à apreciação.

Isso é diferente do controle difuso, em que a discussão sobre a constitucionalidade não é o ponto central da lide, mas apenas um aspecto para a fundamentação da decisão referente ao caso posto à apreciação. Qualquer órgão do poder judiciário é competente para exercer o controle concentrado. (BRANCO, 2006, p. 46).

Esse modelo é baseado no controle de constitucionalidade concentrado, e seu principal artífice foi Hans Kelsen, que pensou em um modelo diverso do norte-americano, difuso. Em 1920, foi criada na Áustria a primeira corte constitucional com a finalidade essencial de ser uma jurisdição especificamente criada para o contencioso constitucional, independentemente dos demais poderes do Estado (PAULA, 2016, p. 167).

A criação da corte constitucional na Áustria foi um marco para o direito constitucional, pois anteriormente nenhuma corte possuía competência para revogar leis em razão de sua inconstitucionalidade com efeito geral, e não restrita apenas ao caso particular (RÊGO, 2018, p. 91).

Nesse sentido, outro ponto que aproxima o sistema jurídico brasileiro do norteamericano é o fato de ambos possuírem uma suprema corte, ao invés de um tribunal constitucional, que é típico de países europeus, como Portugal, Espanha, França e Itália.

A suprema corte é competente para analisar tanto questões constitucionais quanto não constitucionais e integra o poder judiciário. Já o tribunal constitucional se incumbem exclusivamente de questões constitucionais, não integra o poder judiciário e está separado dos outros três poderes, atuando na esfera política.

Como principais características de um tribunal constitucional, podem-se mencionar o monopólio do contencioso constitucional, a composição por pessoas que não são necessariamente juízes de carreira, a distinção da estrutura judicial propriamente dita e a competência principal que é a realização do controle de constitucionalidade (AZEVEDO, 2022, p. 21).

Os tribunais constitucionais surgiram na Europa em decorrência de acontecimentos históricos. Na ocasião da Revolução Francesa, o povo francês, já cansado de governos despóticos apoiados por magistrados pertencentes à nobreza e interessados na manutenção do status quo, decidiu retirar do poder judiciário a competência para o controle de constitucionalidade e transferiu-a para o âmbito político, por meio de um tribunal constitucional.

Essa é também a razão pela qual o contencioso administrativo francês é realizado por um órgão afastado do poder judiciário, o Conselho de Estado. Observa-se, assim, que a desconfiança do povo em relação aos magistrados da época levou à configuração atual do sistema de controle de constitucionalidade europeu, de modo geral.

A existência de um órgão político para realizar o controle de constitucionalidade tem como base a ideia de que o órgão controlador deve manter uma posição distinta na estrutura do Estado, afastada dos poderes executivo, legislativo e judiciário. Portanto, a configuração da corte suprema e do tribunal constitucional é muito diferente, sendo que a primeira integra a esfera do poder judiciário e a segunda orbita à parte dos três poderes, representando um poder distinto e independente.

### **1.3 O estudo da configuração do controle de constitucionalidade no direito brasileiro**

Sobre o controle de constitucionalidade brasileiro, a Constituição Federal de 1988 trouxe contornos muito bem definidos, prevendo o controle concentrado e o difuso, e uma série de ações aptas a operacionalizar a apreciação da inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

A princípio, como já mencionado anteriormente, o controle de constitucionalidade brasileiro se alinhou aos sistemas norte-americano e austríaco. Dessa forma, o reconhecimento da inconstitucionalidade, a depender de ser feito de modo concentrado ou difuso, pode ser declarado ou reconhecido, com eficácia *ex tunc* ou *ex nunc*.

Portanto, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é misto. Há características tanto do modelo de controle de constitucionalidade difuso - norte-americano, quanto do modelo concentrado - austríaco (CONTINENTINO, 2006, p. 158).

Apesar disso, o controle de constitucionalidade pode ser exercido por órgãos essencialmente políticos, não apenas por órgãos jurisdicionais. O controle político usualmente

é exercido durante o processo de tramitação da lei no Poder Legislativo, de modo a evitar, em caráter preventivo, a promulgação de lei inconstitucional (BRANCO, 2006, p. 43).

Quanto à declaração de inconstitucionalidade, que produziria, em regra, eficácia *ex tunc*, é possível a utilização da técnica da modulação dos efeitos da decisão, para, embora declarada a inconstitucionalidade, estabelecer que a norma produziu efeitos até determinado momento, a fim de assegurar alguns princípios fundamentais para a estabilidade do ordenamento jurídico, como o princípio da segurança jurídica, o princípio da proteção da confiança e o interesse social.

É o que preceitua o art. 27 da Lei n. 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (BRASIL, 1999).

Mas essas regras se aplicam apenas ao controle de constitucionalidade concentrado. Existem duas vias para o controle de constitucionalidade: o concentrado e o difuso. No controle concentrado, a apreciação da inconstitucionalidade ocorre diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, que é instado a se pronunciar por meio de ações próprias. Já no controle difuso, qualquer magistrado com jurisdição no território nacional pode reconhecer a inconstitucionalidade apenas no caso concreto, para afastar a aplicação da norma naquele caso específico. O magistrado não pode declarar a norma inconstitucional, apenas deixar de aplicá-la.

A existência do controle de constitucionalidade concentrado é uma novidade no direito brasileiro. Foi prevista, expressamente, no final do século passado, e passou a coexistir com o controle difuso. Essa convivência foi fundamental para a reconfiguração de ambos, tanto em relação à legitimidade para propor a ação de controle concentrado no Supremo Tribunal Federal quanto em relação ao rito e às consequências de alcance e vinculação da decisão (CARVALHO, 2015, p. 156).

Os Tribunais de Justiça também podem reconhecer a inconstitucionalidade, no caso concreto, porém devem observar a cláusula de reserva de plenário prevista no artigo 97 da Constituição Federal de 1988. De acordo com essa cláusula, apenas o plenário do tribunal ou o órgão especial, em deliberação colegiada, podem apreciar a arguição de inconstitucionalidade (PIÑEIRO, 2010, p. 145-146).

O exame de constitucionalidade pode chegar ao Supremo Tribunal Federal, pela via difusa, por meio do recurso extraordinário, ou por outros expedientes, quando, então, o tribunal poderá reconhecer a inconstitucionalidade da norma. Neste ponto, contudo, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 52, inciso X, dispõe que “compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (BRASIL, 1988).

Como se nota, a constituição determina que apenas o Senado Federal poderá suspender a execução de norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no controle difuso. Trata-se de uma previsão que gera discussões e questionamentos.

Quanto à origem desse comando, é facilmente identificável e está atrelada ao fato de que no direito norte-americano, de onde provém o controle de constitucionalidade difuso, as decisões dos tribunais são vinculantes para todos os órgãos judiciais a eles subordinados. Apesar da adoção do controle de constitucionalidade difuso no sistema brasileiro, nesse aspecto em particular, o direito brasileiro não incorporou as disposições do sistema norte-americano.

A tradição romano-germânica, que influenciou sobretudo o direito brasileiro, produziu uma estruturação diferente, em que não se atribui eficácia vinculante às decisões judiciais, sequer às da corte suprema. Desse modo, desponta a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei inconstitucional, para atribuir eficácia geral (BARROSO, 2012, s. p.).

Existem correntes com fundamentos sólidos tanto a favor quanto contra a necessidade da aprovação da resolução do Senado Federal. Aqueles que defendem a necessidade argumentam que a Constituição é clara em sua exigência e que não é possível ignorar o comando, sendo necessária uma emenda constitucional para alterá-lo. Já os que defendem a desnecessidade afirmam que apenas o poder judiciário pode analisar a constitucionalidade. Esse assunto será melhor analisado no capítulo correspondente.

Em retorno ao controle de constitucionalidade pela via concentrada, este é realizado diretamente perante o Supremo Tribunal Federal, que pode declarar a inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*. No entanto, é possível, por meio da modulação dos efeitos da decisão, conferir efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade.

São previstas diversas ações constitucionais para levar a apreciação da constitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal, tais como: a ação declaratória de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Recorda-se que a representação interventiva foi mantida e deve ser utilizada quando os princípios sensíveis são violados. Apesar de sua importância, é um instrumento que foi pouco utilizado e até hoje não há um conceito preciso do que sejam os princípios sensíveis. Houve ocasiões em que a doutrina e a jurisprudência definiram o que não são princípios sensíveis. Mas, pelo que se nota, há dificuldade em chegar a um conceito exato, o que dificulta a aplicação da representação interventiva.

O controle de constitucionalidade não é uma inovação da Constituição Federal de 1988, pois já era previsto em constituições anteriores. No entanto, com essa constituição, o controle de constitucionalidade foi aprimorado e consolidado de modo substancial.

O controle de constitucionalidade concentrado se destina à manutenção da segurança do direito constitucional objetivo, por meio abstrato, pois a inconstitucionalidade é averiguada em tese, com objetivo de compor o objeto litigioso do processo. Ele se refere à fiscalização abstrata das leis e atos normativos do poder público em confronto com a constituição, por meio de uma via principal, diferentemente do controle difuso, no qual a questão constitucional é um elemento incidental de defesa (CARVALHO, 2015, p. 156).

É interessante mencionar algumas alterações que contribuíram para esse fortalecimento, como a ampliação do rol dos legitimados à propositura das ações constitucionais, e a característica de as ações declaratórias de constitucionalidade e de inconstitucionalidade serem ações com sinais trocados, ou seja, a procedência de uma implica na improcedência da outra.

O art. 2º da Lei n. 9.868/99 dispõe sobre quem pode propor a ação direta de inconstitucionalidade (assim como a ação direta de constitucionalidade, por força do art. 103 da Constituição Federal de 1988):

Art. 2. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (BRASIL, 1999).

O art. 24 da mesma lei é o que determina a característica das ações declaratórias de constitucionalidade e de inconstitucionalidade serem ações com sinais trocados:

Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória (BRASIL, 1999).

Após a explicação sobre o controle de constitucionalidade brasileiro, suas características, particularidades e afinidades com outros sistemas, como o norte-americano e o austríaco, ingressa-se para examinar a classificação das inconstitucionalidades, aplicáveis ao controle de constitucionalidade brasileiro.

A primeira classificação diz respeito à origem do vício e divide a inconstitucionalidade em formal e material. A formal pode ser de duas espécies, formal propriamente dita ou orgânica. A inconstitucionalidade formal é aquela que decorre do desrespeito à forma prevista para a edição de uma norma e incide sobre aquela norma que não observa o devido processo legislativo.

Uma norma deve seguir rigidamente o protocolo previsto pela Constituição, como o processo destinado à discussão e elaboração de leis complementares e ordinárias, cada qual com seu próprio quórum. Se as regras do devido processo legislativo forem violadas, a norma resultante desse processo pode ser reconhecida como inconstitucional devido ao vício de forma.

Diferente é o caso em que o vício emana diretamente da fonte propulsora do processo legislativo, isto é, um órgão que não tem competência para desencadeá-lo o faz, maculando as etapas seguintes. Nesse caso, a inconstitucionalidade é formal orgânica (SILVEIRA, 2011, p. 35).

Já a inconstitucionalidade por vício material é a típica e tradicional inconstitucionalidade normalmente abordada. Uma norma é criada, mas é frontalmente contrária à constituição, não encontra suporte ou respaldo no texto constitucional, que exerce sua força para expurgar a norma do ordenamento jurídico.

A suprema corte faz o exame de constitucionalidade, e conclui que determinada norma rompe com o sistema constitucional concebido pelo legislador constituinte e a partir do potencial dano que a manutenção dessa norma contém, é necessário proceder à sua retirada do ordenamento jurídico. O modo como isso é feito depende do sistema de controle de constitucionalidade adotado, seja ele de matiz norte-americano ou austríaco, como já abordado anteriormente. (SILVEIRA, 2011, p. 36).

A segunda classificação remonta à causa do vício, que pode decorrer de ação ou omissão. A inconstitucionalidade vinculada à ação está relacionada à produção de uma norma que afronta a Constituição, seja no aspecto formal, seja no aspecto material. O órgão legislativo cria uma norma inconstitucional por desrespeitar o devido processo legislativo ou por ferir as disposições constitucionais.

A inconstitucionalidade por omissão ocorre quando o órgão legislativo deixa de criar uma norma que seria essencial para assegurar o exercício de direitos previstos na Constituição, resultando na violação desses direitos (MARTIGNAGO, 2009, p. 51).

Atualmente, existem mecanismos para compelir a produção da norma reputada necessária, como a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, que se destina a sanar a ausência de norma de modo geral, servindo à toda a sociedade; e o mandado de injunção, que busca o mesmo, mas no plano individual, apenas para a pessoa ou às pessoas que ingressarem com essa ação constitucional.

A ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão está prevista no artigo 103, §2º, da Constituição Federal de 1988:

Art. 103. [...]

§2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias (BRASIL, 1988).

Além disso, está regulamentada na Lei nº 9.868/99. Já o mandado de injunção está previsto no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal de 1988: “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (BRASIL, 1988).

A terceira classificação da inconstitucionalidade é polêmica e se refere ao momento em que o vício ocorreu, dividindo a inconstitucionalidade em originária ou superveniente. Algumas explicações preliminares são importantes para esse aspecto.

Para o caráter polêmico citado a partir da divisão da doutrina em duas correntes: a que adota como paradigma de controle exclusivamente a constituição vigente no momento da promulgação de uma norma e a que admite a chamada inconstitucionalidade superveniente, tomando como paradigma de controle uma constituição futura ou alterações da constituição vigente.

Para os que não admitem a inconstitucionalidade superveniente, afirmando que uma norma é considerada constitucional ou inconstitucional exclusivamente de acordo com a constituição vigente no momento de sua promulgação, a única opção, para o futuro, quando do surgimento de uma nova constituição, é a análise da recepção ou não de uma norma por essa nova constituição.

São questões distintas: a análise da recepção, ou recebimento, e o exame da constitucionalidade. De acordo com a teoria da recepção, uma norma será considerada constitucional ou inconstitucional tendo como paradigma a constituição vigente no momento de sua promulgação.

Ao surgir uma nova constituição, não se trata mais de um exame de constitucionalidade da norma, visto que ela já nasceu constitucional ou inconstitucional. O que ocorre é a análise de sua recepção, ou seja, sua compatibilidade com o novo sistema constitucional que surgiu com a nova constituição. Os que se posicionam pela adoção da teoria da recepção não admitem o fenômeno da constitucionalidade superveniente. Não podem fazê-lo, pois afrontaria a lógica que utilizam para assentar sua posição.

Por outro lado, há aqueles que admitem a possibilidade de uma inconstitucionalidade superveniente e a classificam em originária ou superveniente. Nessa perspectiva, uma norma pode ter como paradigma de controle uma constituição futura, quando será considerada constitucional ou inconstitucional. Contudo, é importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal parece optar por não admitir a inconstitucionalidade superveniente.

Em sentido contrário, para os que não admitem a constitucionalidade superveniente, uma norma que nasce inconstitucional não pode se tornar constitucional por advir uma constituição que torne seu conteúdo constitucional, se analisado perante seus termos. Portanto, não se admite, igualmente, a constitucionalidade superveniente.

A quarta classificação da inconstitucionalidade refere-se à sua extensão, podendo ser total ou parcial. A inconstitucionalidade total pode decorrer tanto da inconstitucionalidade formal quanto da material, já mencionadas. No entanto, é comum que provenha de um vício formal, como aquele derivado de um órgão incompetente que desencadeia a produção legislativa.

A inconstitucionalidade parcial incide apenas sobre parte da norma e pode recair sobre todo um artigo, ou apenas sobre um inciso, uma alínea, ou mesmo uma única expressão ou palavra (SILVEIRA, 2011, p. 36-37).

Como se verá adiante, o controle de constitucionalidade, ao menos em caráter preventivo, classificação que será vista à frente, não é exercido apenas pelo Poder Judiciário, mas também pelos Poderes Executivo e Legislativo (MORAES FILHO, 2007, p. 29).

A figura do presidente da República permite o controle de constitucionalidade por meio do veto, que pode ser jurídico quando se refere a questões de legalidade ou inconstitucionalidade, ou político quando considera aspectos de conveniência e oportunidade em atendimento ao interesse social. Contudo, ao contrário do controle de constitucionalidade

exercido pelo Supremo Tribunal Federal, o veto do presidente da República não pode ser aplicado em uma expressão ou palavra específica, mas apenas sobre o artigo como um todo, ou sobre um inciso ou alínea.

A quinta classificação proposta é interessante e se refere ao momento lógico em que o vício é configurado, podendo a inconstitucionalidade ser antecedente ou consequente. A inconstitucionalidade antecedente ocorre quando há incompatibilidade, material ou formal, comissiva ou omissiva, originária ou superveniente (para aqueles que admitem a classificação), total ou parcial, em relação à Constituição.

Já a inconstitucionalidade consequente é aquela que sobrevém quando uma norma que é fundamento de validade de outra é reputada inconstitucional. Por consequência, a norma que dela dependia também é considerada inconstitucional e expurgada do ordenamento jurídico.

Realizada a classificação das inconstitucionalidades, passa-se agora a discutir o momento em que ocorre o controle de constitucionalidade, que pode ser preventivo ou repressivo, sempre com foco no sistema constitucional estabelecido pela Constituição Federal de 1988. No Brasil, o controle de constitucionalidade preventivo é exercido normalmente pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, cada qual ao seu modo.

Considera-se que em determinadas hipóteses o Poder Judiciário pode ser chamado para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade antes do nascimento de uma norma. A mais comum dessas hipóteses é quando é instado a se manifestar sobre o desrespeito ao devido processo legislativo, o que geralmente ocorre por meio de mandado de segurança impetrado por parlamentares.

Assim, o controle de constitucionalidade preventivo, que é o controle político, pode ser realizado por um órgão independente, como ocorre no caso do Conselho Constitucional francês, que é externo aos três poderes do Estado. Além disso, o processo legislativo pode ser submetido ao controle realizado pelo próprio parlamento, geralmente confiado às comissões parlamentares, ou mesmo ser objeto de controle exercido pelo poder executivo no momento da sanção ou veto do projeto (LOZER, 2004, p. 28).

O controle de constitucionalidade preventivo é efetuado pelo Poder Executivo por meio do veto, que é da alçada do chefe do poder, no caso da federação, o presidente da república. Após a aprovação de um projeto de lei pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, ele deve seguir para a sanção do presidente da república. Este poderá sancioná-lo ou vetá-lo, total ou parcialmente.

O veto pode ser classificado como jurídico ou político. O veto jurídico ocorre quando o chefe do poder entende que a lei sofre de vício de ilegalidade ou inconstitucionalidade,

configurando, assim, o controle de constitucionalidade. Já o veto político decorre de questões de conveniência e oportunidade, quando o chefe do poder interpreta que o projeto de lei é contrário aos interesses da sociedade.

Em homenagem ao sistema de freios e contrapesos, ou *checks and balances*, o veto do presidente da república não vincula o Poder Legislativo, que pode, por meio do Congresso Nacional, derrubá-lo. Nessa ocasião, o projeto de lei será considerado imediatamente aprovado, devendo o presidente do Senado Federal promulgá-lo. Caso não o faça, o dever passa para o vice-presidente dessa casa.

O controle de constitucionalidade preventivo empreendido pelo Poder Legislativo ocorre no âmbito de cada uma de suas casas, por meio da Comissão de Constituição e Justiça e Redação, na Câmara dos Deputados, e por meio da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, no Senado Federal.

É importante lembrar que o parecer negativo de qualquer dessas comissões é considerado terminativo, ou seja, reconhecida a inconstitucionalidade por elas, o projeto de lei não pode prosseguir, sendo arquivado. Outras comissões, como as temáticas, emitem pareceres meramente opinativos, apenas para orientar a discussão e elaboração dos projetos de lei. Portanto, cada comissão possui um peso e uma influência diferentes no processo legislativo.

O controle repressivo, a seu turno, é realizado quase que exclusivamente pelo Poder Judiciário, por meio dos mecanismos constitucionais previstos. Os principais são a ação declaratória de constitucionalidade e a ação declaratória de inconstitucionalidade, a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Diz-se quase que exclusivamente visto que essa é a discussão que move este trabalho, a partir do que a Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 52, inciso X, com a indicação de que “compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (BRASIL, 1988).

A Constituição conferiu ao Poder Legislativo, por meio do Senado Federal, a possibilidade de participar do controle de constitucionalidade repressivo, concedendo-lhe a prerrogativa de decidir pela suspensão da execução, ou não, de norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Essa previsão é questionada por interferir significativamente no controle de constitucionalidade (MIRANDA, 2008, p. 129-133).

Há uma discussão na doutrina em relação à necessidade de respeitar o comando constitucional. Alguns argumentam que isso não é necessário e afirmam que apenas o poder

judiciário deve exercer o controle de constitucionalidade. Outros defendem que, se a ordem está prevista no texto constitucional, deve ser respeitada até que seja alterada por meio legítimo, como a emenda constitucional.

Outra possibilidade que se abre é a do mecanismo informal de alteração constitucional, chamado de mutação constitucional, que não incide sobre o texto da constituição em si, mas sobre os significados que podem ser extraídos dele. Dessa forma, a suprema corte age fazendo uma interpretação conforme a constituição.

Além disso, existem outras formas de proteção da constituição que não se destinam especificamente ao controle de constitucionalidade, mas são de grande importância para garantir a efetividade dos direitos fundamentais. Os resultados dessas formas de proteção têm um impacto direto na efetividade das disposições constitucionais.

É o caso do mandado de segurança, do mandado de injunção, do *habeas data* e da ação popular, além da ação civil pública, cujos titulares são mais restritos, mas cuja atuação produz relevante impacto para o respeito e a proteção do ordenamento jurídico.

A questão em pauta é o controle de constitucionalidade difuso, também conhecido como incidental. Neste tipo de controle, o exame de constitucionalidade da norma é feito no caso concreto e pode ser levado ao Supremo Tribunal Federal, que terá a palavra final. Em seguida, o resultado é encaminhado ao Senado Federal, que, de acordo com o artigo 52, inciso X, tem a competência para decidir sobre a suspensão da norma declarada inconstitucional. O próximo capítulo será dedicado inteiramente ao estudo pormenorizado desta espécie de controle.

Para concluir este capítulo, é importante esclarecer que a doutrina costuma classificar as normas constitucionais em três categorias: as normas estruturantes, que estabelecem a estrutura do Estado; as normas que garantem os direitos fundamentais; e as normas programáticas, que apresentam um ideal de futuro a ser perseguido pela sociedade.

Como as constituições se preocupam em garantir direitos fundamentais, qualquer mecanismo que se destine a protegê-los e efetivá-los possuem um impacto direto no próprio respeito à constituição. Não se trata de mecanismos diretos de garantia das disposições constitucionais, mas operam como uma salvaguarda.

Podem ser citados o mandado de segurança, o mandado de injunção, o *habeas data*, a ação popular, cada qual com uma função específica, mas todos destinados a proteger direitos individuais, difusos e coletivos.

Em síntese, este capítulo abordou, ainda que de forma breve, o controle de constitucionalidade, desde suas origens históricas em Atenas, na Antiguidade, até o momento

decisivo para sua consolidação com o célebre caso *Marbury vs. Madison*. Nesse caso, o *Chief Justice* John Marshall, chefe do poder judiciário norte-americano, baseado na Constituição de 1787, decidiu que seria possível declarar uma norma inconstitucional caso ela afrontasse a Constituição.

A partir disso, discutiu-se as características do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, o qual pode ser realizado por meio das vias concentrada e difusa. Na via concentrada, o controle é feito diretamente perante o Supremo Tribunal Federal. Na via difusa, qualquer magistrado pode realizar o controle, e o caso pode chegar à suprema corte por meio de recursos como o extraordinário. Se a inconstitucionalidade for reconhecida, discute-se se cabe ao Senado Federal a suspensão da norma, conforme o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988.

Foram oferecidas explicações sobre os diferentes matizes de controle de constitucionalidade, com destaque para norte-americano e o austríaco, com suas respectivas particularidades. Considera-se que ambos influenciaram amplamente o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Lançaram-se diversas classificações de inconstitucionalidades, entre as seguintes: a formal e a material, a parcial e a total, a originária e a superveniente, e a antecedente e a consequente.

Mencionou-se a existência de outros mecanismos de controle de constitucionalidade, como a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento fundamental, entre outros instrumentos constitucionais, como o mandado de segurança, o mandado de injunção, o *habeas data*, a ação popular.

Em conjunto, todos esses expedientes conformam o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, cujo objetivo é proteger o sistema constitucional, criado pela Constituição Federal de 1988.



## **CAPÍTULO 2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO NO DIREITO BRASILEIRO**

### **2.1 Apontamentos iniciais sobre o controle de constitucionalidade difuso, a partir de suas origens históricas até sua configuração contemporânea**

No capítulo anterior, discorreu-se sobre o constitucionalismo, que, para alguns estudiosos, teve origem entre os hebreus, passando pelos gregos e romanos, até chegar ao constitucionalismo moderno, caracterizado pela presença de constituições escritas. Posteriormente, surgiu o constitucionalismo contemporâneo, também conhecido como neoliberalismo, cujo aspecto principal é a preocupação com a efetividade das disposições constitucionais, em vez de apenas limitar o poder.

Com efeito, contemporaneamente, os debates se direcionam no sentido de que não basta prever direitos; é necessário que eles se concretizem no plano da realidade, nos fatos. A Constituição Federal de 1988 dedica seu Título II aos direitos e garantias fundamentais.

No direito brasileiro, pode-se identificar a distinção entre direitos e garantias fundamentais a partir do momento em que se diferenciaram as disposições meramente declaratórias - as quais se referem aos direitos reconhecidos - e as disposições assecuratórias, que se destinam à defesa dos direitos por meio da limitação do poder.

As disposições meramente declaratórias elencam os direitos, ou seja, a partir delas reconhece-se a existência de um rol de direitos. Já as disposições assecuratórias estabelecem as garantias necessárias para a proteção desses direitos. As garantias fundamentais são assecuratórias dos direitos e destinam-se a evitar que a Constituição seja meramente retórica, um texto cheio de promessas que nunca se realizarão.

A previsão de muitos direitos que não são respeitados é uma postura perigosa que leva ao seu enfraquecimento. Os direitos têm e devem manter um caráter de sacralidade, não podendo ser elencados de modo leviano. Para utilizar uma expressão de Hannah Arendt, a banalização dos direitos ocorrerá se isso acontecer.

Em seguida, dissertou-se longamente sobre a origem e a evolução do controle de constitucionalidade, mencionando brevemente o controle de constitucionalidade difuso e concentrado. Esses tipos de controle serão melhor examinados neste capítulo, com especial ênfase no controle difuso, ou mais especificamente, no controle incidental.

De modo geral, foram explorados os aspectos básicos do controle de constitucionalidade, assim como os diversos sistemas de controle, as classificações de inconstitucionalidade, entre outros assuntos.

Apontou-se que, no controle difuso de constitucionalidade, ao contrário do que ocorre no controle concentrado, uma norma ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, não são automaticamente expugnados. De acordo com o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988, a previsão sobre a competência do Senado Federal indica “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (BRASIL, 1988).

Contudo, isso é questionado, como pode ser verificado em manifestações significativas da doutrina pela desnecessidade da resolução do Senado Federal, sob o argumento principal de que o controle de constitucionalidade é da exclusiva alçada do Poder Judiciário. Em resumo, pontua-se que o controle de constitucionalidade não poderia sofrer ingerência do Poder Legislativo, como indicado pelo artigo supracitado.

Pela teoria da separação dos poderes, datada da Antiguidade e com o ganho de contornos mais precisos a partir de Montesquieu, os poderes devem se manter dentro de suas próprias funções para que haja equilíbrio entre eles. Recorda-se que a teoria é aplicada por praticamente todos os Estados contemporâneos, apesar de arroubos autoritários de alguns deles.

O princípio da separação dos poderes - Executivo, Legislativo e Judiciário - é um dos fundamentos que estrutura o Estado de Direito, cujos contornos são dados pela Constituição de 1988. Incorporou-se o princípio da separação dos poderes como cláusula pétrea. (ZAULI, 2010, p. 11).

Embora o modelo tripartite possa não mais corresponder aos desafios atuais do Estado e de suas instituições, ainda não se vislumbra uma proposta significativa ou viável que possa substituir essa forma de organização. No entanto, é defendido que os poderes executivo, legislativo e judiciário operem de acordo com as exigências de eficiência, responsabilidade e pluralidade democrática (SAMPAR, 2020, p. 187).

Ao poder executivo cumpre as tarefas de administração da coisa pública, se incumbindo de sua organização e da prestação material de serviços públicos. Ao poder legislativo compete a discussão e a elaboração de leis para a regência da sociedade. Ao poder judiciário incumbe apreciar os conflitos que surjam entre as pessoas e dar a eles a melhor solução, mas, também, efetuar o controle da atuação governamental e da produção legislativa.

Desse modo, ao poder judiciário foi conferida a prerrogativa de examinar leis e atos normativos para verificar se estão em conformidade com as disposições constitucionais, e caso não estejam, reconhecer sua inconstitucionalidade.

Com a consolidação do Estado Democrático de Direito, tornou-se necessário que as normas jurídicas dispostas na constituição recebessem abrigo do poder judiciário, efetivando a defesa jurisdicional dos comandos constitucionais. Isso evita o enfraquecimento, o esvaziamento de seus valores e a redução de sua força normativa (NOVAIS E JACOB, 2018, p. 311).

Isso já está assente há muito tempo. Nos Estados Unidos da América, em 1803, no caso *Marbury vs. Madison*, ficou estabelecido categoricamente a possibilidade de uma norma ser reconhecida como inconstitucional se confrontar a Constituição, o que ficou conhecido como *judicial review*. Desde então, essa conclusão tem sido reforçada e desenvolvida.

Contudo, a corrente doutrinária que defende a aplicação do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988 diz que há previsão expressa que não pode ser ignorada. Afirma que o único modo de dispensar a resolução do Senado Federal seria por meio da alteração da constituição, pela via formal, com a utilização da emenda constitucional.

Outra forma, embora objeto de discussão, poderia ser a via informal da mutação constitucional, pela qual apenas o sentido extraído do dispositivo constitucional é alterado, mas não sua redação.

A partir do fenômeno da mutação constitucional, é possível extrair interpretações diversas de um mesmo dispositivo. No entanto, essas interpretações podem representar normas diferentes, sendo que a norma é a regra extraída do dispositivo. É importante destacar que essas interpretações não podem afrontar a Constituição, pois devem estar em harmonia com ela.

Portanto, a interpretação deve ser conforme a Constituição, e caso não seja, o Supremo Tribunal Federal pode declarar sua inconstitucionalidade. Vale ressaltar que essa inconstitucionalidade não é do dispositivo ou do texto em si, mas sim de um de seus sentidos.

Portanto, seria possível considerar – em tese, pela via indireta, da mutação constitucional - que a ideia de que é necessária a resolução do Senado Federal para a suspensão de lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal é, ela própria, inconstitucional.

A mutação constitucional parece se tornar necessária pois o constitucionalismo contemporâneo dialoga com a adequação da norma à realidade da sociedade, que está em constante evolução. Esse fenômeno é especialmente relevante em relação às constituições rígidas.

No caso de uma constituição rígida, há diversos obstáculos para sua transformação formal, o que destaca a importância significativa dos instrumentos informais de atualização. A mutação constitucional consiste em qualquer processo que altere ou modifique o sentido, o significado ou o alcance das disposições constitucionais, sem contrariar ou transformar seu texto.

O pressuposto da mutação constitucional é a alteração do substrato fático que justificou a promulgação do texto constitucional. Sob este fato, a transformação fática é que justifica a reforma ou a mutação constitucional. São mecanismos que podem se complementar ou se excluírem. Quando a constituição é frequentemente reformada, não há margem para as mutações constitucionais. Contudo, se isso não ocorre, as mutações ganham mais espaço (DUARTE NETO, 2009, p. 137-138).

Essa via informal de alteração da constituição é de grande importância como meio apto a assegurar sua correspondência com a realidade, de modo a permitir uma evolução harmônica da sociedade. As mutações constitucionais precisam ser admitidas e prestigiadas, já que possibilitam a adequação do texto normativo à realidade social, para manter a estabilidade institucional e da própria constituição (PEDRA, 2009, p. 143).

Essa ideia dialoga, inclusive, com a expansão do poder judiciário, que é um fenômeno sobre o qual pairam olhares atentos, dada a sua sensibilidade, embora, no Brasil, ainda não tenha sido explorado de forma suficiente.

O que ocorre no Brasil é o denominado ativismo judicial, apesar de não existir consenso terminológico. Há que prefira o termo protagonismo judicial, como Enrique Ricardo Lewandowski. Ora se dá ênfase ao elemento finalístico, ou seja, à expansão dos direitos individuais, ora ao elemento comportamental, isto é, à predominância dos pensamentos individuais de cada juiz em relação ao seu entendimento das normas constitucionais. A dificuldade ainda decorre do caráter ambíguo que acompanha a expressão, apesar do uso constante na retórica judicial e nos estudos acadêmicos (OLIVEIRA, 2011, p. 92).

Todavia, é possível elencar certas perspectivas de abordagem, tais como: como resultado do exercício do poder de revisão ou controle da constitucionalidade dos atos dos outros poderes; como sinônimo da crescente interferência do poder judiciário; como abertura à discricionariedade na tomada de decisão; como aumento da capacidade de gestão processual do juiz, entre outras (TASSINARI, 2012, p. 22).

Desde o século XX, o poder judiciário tem sido reconhecido como o poder com maior aptidão para acompanhar as mudanças e dinamismo da sociedade contemporânea, que demanda respostas políticas urgentes. Esse poder tem se sobreposto aos demais poderes, com um

aumento no nível de interferência, sob a justificativa de assegurar os princípios de um Estado de Direito (MOURÃO, 2018, p. 108).

O ativismo judicial se define por uma postura de maior protagonismo dos juízes, que utilizam de seu poder para criar situações de maior impacto na realidade, por vezes como uma postura que parece até mesmo suplantar as funções que lhes foram conferidas pelo legislador constituinte (CRUZ, 2014, p. 11-12).

Nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, nota-se que a postura ativista se manifesta de modo frequente em matérias submetidas ao controle de constitucionalidade. Isso ocorre porque, nesse tipo de ação, o tribunal tem maior liberdade para julgar, dada a prerrogativa de aplicação do julgamento conforme a Constituição (MOREIRA, 2019, p. 62).

O ativismo judicial tem sido empregado de tal forma que a interpretação e aplicação do direito se transformam em instrumentos para alterar o cenário sociopolítico, de acordo com as convicções dos magistrados. Por isso, considera-se que o ativismo judicial é fruto de uma vontade política (TEIXEIRA, 2022, p. 75).

A expansão do poder judicial pode ser considerada um processo recente, que ainda está em desenvolvimento e tende a crescer cada vez mais rapidamente, especialmente em sociedades que passaram por regimes de exceção no passado. O incremento de força dos poderes jurisdicionais é resultado de um processo vagaroso de reestruturação da posição dos órgãos públicos dentro do contexto da separação dos poderes. (SILVEIRA, 2012, p. 35).

Pode-se tecer crítica relacionada à proeminência do poder judiciário sobre os demais, e que, inclusive, dever-se-ia discutir a retomada da participação do próprio povo sobre a interpretação constitucional e, conseqüentemente, sobre o próprio controle de constitucionalidade (GODOY, 2015, p. 100).

A postura ativista deve estar restrita a limites estreitos em relação às atribuições do poder judicial. Embora tenha o compromisso de promover e efetivar os valores constitucionais que regem a sociedade contemporânea, é importante que se mantenha atento à preservação do delicado equilíbrio institucional (CAPANO, 2011, p. 148).

O ativismo judicial gera a necessidade de maior reflexão sobre *o judicial review*, que está relacionado ao caráter antidemocrático e a à dificuldade contramajoritária. O controle judicial de constitucionalidade ocasiona o protagonismo do poder judiciário. O *judicial review* conduz o sistema jurídica a um estado de *judicial supremacy* (supremacia judicial) (VICTOR, 2013, p. 151).

A supremacia judicial refere-se à competência do poder judiciário de rever atos dos outros poderes, bem como à predominância da interpretação constitucional. Essa competência

implica estabelecer o significado da Constituição, cujo monopólio é de um tribunal superior, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal. O STF é responsável por examinar matérias constitucionais e realizar o controle de constitucionalidade (MACHADO, 2012, p. 73).

Há uma nítida interferência da crescente ascensão do Poder Judiciário sobre o comando emanado do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988, que conduz para o caminho oposto: a ingerência do Poder Legislativo sobre o controle de constitucionalidade. De certo modo, a necessidade de resolução do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso ou incidental é um meio de conferir ao povo a participação, ainda que indiretamente, por meio de representantes eleitos.

Embora a ideia da desnecessidade de resolução do Senado Federal prevaleça, há um resquício da importância do respeito à essência democrática ínsita à argumentação de que devem se valer os tribunais constitucionais. Neste ponto, essa menção possui um sentido amplo, abarcando supremas cortes e os tribunais constitucionais em sentido estrito. Assim, há uma relação importante entre jurisdição constitucional, democracia e argumentação jurídica.

Os discursos jurídicos produzidos pelos tribunais constitucionais são fundamentais para a representatividade ou legitimidade democrática da jurisdição que exercem. Além disso, há um crescente clamor por argumentação jurídica nas democracias constitucionais contemporâneas, o que demonstra uma necessidade contínua de aprimoramento das instituições democráticas nos Estados constitucionais, de acordo com os ideais de uma democracia deliberativa.

Ademais, os tribunais constitucionais devem ser vistos como instituições deliberativas por excelência e suas práticas argumentativas devem ser compreendidas (VALE, 2015, p. 91).

Portanto, a tensão entre o poder judiciário e o poder legislativo é uma constante, marcada tanto pelo controle exercido por aquele quanto pela exigência de que o controle seja fundamentado. Essa fundamentação é obtida a partir da argumentação usada pelos tribunais constitucionais, embora possa ser chamada de fundamentação em vez de argumentação, na medida em que se trata da justificativa das decisões judiciais.

Todavia, é importante recordar que a teoria constitucional não pode se limitar a uma teoria da supremacia das maiorias. A Constituição e o conjunto de direitos que ela contém têm como função primordial proteger os cidadãos contra decisões tomadas pela maioria, mesmo que esta esteja convencida de estar agindo em nome do interesse geral ou comum (SERENATO, 2019, p. 30).

O *judicial review* já foi apontado como instrumento de limitação do legislador diante do risco da tirania da maioria. Apesar disso, a revogação judicial de leis emanadas dos

legisladores eleitos por voto popular também já foi vista como contrária ao governo democrático.

Para esvanecer esse receio, poder-se-ia alegar que os representantes do povo não poderiam ser superiores ao povo em si, e que seria mais adequado supor que as cortes pudessem atuar como intermediadoras entre o povo e elas mesmas, a fim de manter a legislatura dentro dos limites determinados pelos constituintes.

Assim, ao invalidar uma lei inconstitucional, as cortes estariam, na verdade, a sustentar e assegurar a vontade dos constituintes. As modernas teorias de legitimação da jurisdição constitucional se baseiam nesse pressuposto ao invocar um acordo constituinte ou racional como modo de limitação do legislador ordinário.

No entanto, mais do que perceberem os juízes como autoridades que atuam pelo povo, preferem legitimar a autoridade do *judicial review* ao classificar os magistrados como representantes argumentativos dos cidadãos (MATOS, 2017, p. 158-159).

## **2.2 A conformação atual do controle de constitucionalidade difuso no direito brasileiro, e o advento de questões controversas dela decorrentes**

Uma vez que o debate ocorre no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, este capítulo se destina a estudá-lo com profundidade, para, no último capítulo, abordar a polêmica sobre a força cogente ou não do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988.

A comparação entre o controle de constitucionalidade difuso - ou incidental, e o concentrado é importante, porém, o foco do estudo neste momento são as características do controle difuso, especialmente quando a questão constitucional suscitada por essa via é levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal.

Dito isso, o controle de constitucionalidade difuso surgiu pela primeira vez nos Estados Unidos da América logo após a promulgação da Constituição norte-americana em 1787.

Essa espécie de controle de constitucionalidade decorreu de construção jurisprudencial efetuada a partir do célebre caso *Marbury vs. Madison*, em 1803. Nesse caso, ao refletir sobre a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de uma norma que ferisse a Constituição, o *Chief Justice* John Marshall chegou à conclusão de que sim, isso seria possível, inaugurando o controle difuso de constitucionalidade ou *judicial review*, na expressão inglesa (MARQUES, 2019, p. 48).

Apesar de ser esse o momento crucial para a definição do controle de constitucionalidade difuso, em outras épocas já havia meios para questionar a constitucionalidade de normas, embora suas formas fossem mais simples.

No Brasil, o controle de constitucionalidade difuso existe desde a Constituição de 1891, a primeira constituição republicana. Suas características iniciais, estabelecidas nos Estados Unidos da América, eram as mesmas e se mantiveram nos anos seguintes.

Observa-se que, em muitos aspectos, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro assemelha-se ao norte-americano, o que decorre de uma escolha do legislador constituinte, visto que há outro grande sistema de controle, o austríaco, que difere do norte-americano em alguns pontos fundamentais.

Ao contrário do controle de constitucionalidade concentrado, que só pode ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal por meio da ação declaratória de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, o controle de constitucionalidade difuso pode ser exercido por qualquer magistrado.

A maior virtude deste tipo de controle está em sua coerência e simplicidade, já que a possibilidade de qualquer juiz negar aplicação à lei que fira a Constituição tem um enorme impacto, pois permite que todo o Poder Judiciário analise e confronte a constitucionalidade da lei e demais atos normativos.

A conseqüente possibilidade de conflito e incerteza é evitado nos Estados Unidos da América e em outros países de direito derivado da *common law* mediante o princípio da *stare decisis* (MACEDO FILHO, 2006, p. 180).

Além disso, ao contrário do controle de constitucionalidade concentrado, o controle de constitucionalidade difuso se manifesta pela via de exceção ou defesa. Isso significa que é suscitado no caso concreto como questão prejudicial à principal. Ou seja, o magistrado é instado a se pronunciar sobre a inconstitucionalidade antes de decidir a questão principal, pois essa pode ser impactada pela primeira.

O que se nota é que, a princípio, a possibilidade de suscitação da questão constitucional é um meio de defesa posto à disposição das partes, para que não sejam obrigadas a suportar uma decisão embasada em uma lei ou ato normativo inconstitucionais. Daí a nomenclatura “via de exceção ou de defesa”.

Há uma série de processos e procedimentos que comportam a suscitação de inconstitucionalidade, que pode ocorrer, inclusive, no âmbito de ações constitucionais, como o mandado de segurança, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de injunção, a arguição de

descumprimento de preceito fundamental, além da ação civil pública, da ação popular, entre outras.

A decisão do magistrado, contudo, só valerá para aquele caso específico, produzindo efeitos *inter partes*. Embora, como será abordado posteriormente, caso a questão chegue ao Supremo Tribunal Federal, poderá adquirir a qualidade de efeitos *erga omnes*. Essa é uma característica fundamental do controle de constitucionalidade difuso, que o diferencia do concentrado, onde a repercussão será sempre *erga omnes*.

Com efeito, no controle de constitucionalidade concentrado, o mérito da ação consiste unicamente na análise de compatibilidade entre a norma constitucional violada e a lei ou ato normativo, de modo que o raciocínio judicial é completamente desvinculado de situações fáticas (ROSSONI, 2013, p. 162).

A suscitação de inconstitucionalidade é um direito das partes, as quais não são obrigadas a se submeter a leis ou atos normativos inconstitucionais. Caso entendam que esse é o caso, podem questionar a constitucionalidade perante o magistrado. Nesse exercício da função jurisdicional, e com base no poder que lhe é concedido pela Constituição, o magistrado pode afastar a aplicação da norma, porém, é importante ressaltar que isso ocorre somente no caso em questão, submetido à sua apreciação.

Como mencionado anteriormente, a princípio, a suscitação de inconstitucionalidade é um meio de defesa disponibilizado às partes para se defenderem de leis ou atos normativos supostamente inconstitucionais. Além disso, a suscitação da questão constitucional é um dos principais, senão o principal, meio de proteção do regime republicano. Isso porque a existência do regime republicano é fundamentada no respeito às disposições constitucionais, e o controle de constitucionalidade garante a conformidade de toda a legislação infraconstitucional em relação a elas.

O controle de constitucionalidade difuso não se limita mais a ser apenas uma ferramenta de defesa contra uma lei ou ato normativo inconstitucional. Tornou-se o caminho pelo qual se discute uma questão concreta de inconstitucionalidade, com potencial impacto sobre muitas outras situações semelhantes e sobre todo o ordenamento jurídico.

De fato, ainda que os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade operem apenas *inter partes*, abre-se um precedente que não pode ser ignorado facilmente por outros magistrados e tribunais. A discussão está posta e, evidentemente, a única opção é que seja prolongada até que se decida se há ou não inconstitucionalidade.

Um ordenamento jurídico não deve conviver com dúvidas e instabilidades. Se alguns magistrados reconhecerem a inconstitucionalidade e outros não, ignorando as razões de seus

pares, o estado de coisas constitucional se degenerará. Por isso, embora os efeitos do controle de constitucionalidade difuso estejam inicialmente limitados às partes envolvidas, em um segundo momento, farão com que seja necessário considerar com atenção para a arguição de inconstitucionalidade.

Com relação à parte introdutória do conceito e das características básicas do controle de constitucionalidade difuso, que ocorre de forma incidental, diferentemente do controle de constitucionalidade concentrado que é realizado de forma principal, essas denominações derivam justamente do fato de poder ser realizado por qualquer magistrado, tornando-o difuso, e em razão de ocorrer no decorrer de um processo em andamento, por meio do requerimento de qualquer das partes, que solicitam a apreciação da questão constitucional, a qual deve ser resolvida por ser prejudicial ao julgamento da questão principal.

Assim, diferentemente de outros países em que as competências para conhecer e julgar a compatibilidade de leis e atos normativos com a constituição são exclusivas de um órgão ou tribunal constitucional, no direito brasileiro tais competências foram concedidas a todos os juízes (ROSSONI, 2013, p. 134).

Embora haja previsão constitucional de que o magistrado pode realizar o controle de constitucionalidade difuso, declarando a inconstitucionalidade no caso concreto, a Constituição não estabeleceu regras claras sobre como deve ser o procedimento, o que foi relegado à doutrina e à jurisprudência.

Diferente foi o tratamento do controle de constitucionalidade concentrado, para o qual foi editada a Lei nº 9.868/99, que “dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal” (BRASIL, 1999).

São várias as peculiaridades que diferenciam essa espécie de controle de constitucionalidade do controle concentrado. De início, há um rol taxativo dos legitimados à provocação dessa modalidade, o qual pode ser localizado no artigo 2º da Lei nº 9.868/99 e no artigo 103 da Constituição Federal de 1988, pelos quais, respectivamente:

Art 2º. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (BRASIL, 1999)

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Apesar de serem semelhantes em quase tudo, é importante observar que o artigo da Lei difere do artigo da Constituição Federal por não especificar quem pode propor a ação direta de constitucionalidade, enquanto no artigo da Constituição, as mesmas pessoas podem propor ambas as ações.

Isso ocorre porque, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a Lei n. 9.868/99, em seu artigo 13, dispunha sobre quem poderia propor a ação direta de constitucionalidade, em rol menos amplo do que o atual, estabelecido pela Constituição: “Podem propor a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal: I - o Presidente da República; II - a Mesa da Câmara dos Deputados; III - a Mesa do Senado Federal; IV - o Procurador-Geral da República” (BRASIL, 1999).

A partir da Constituição Federal de 1988, ampliou-se o rol de legitimados para a provocação do controle de constitucionalidade concentrado. Anteriormente, essa atribuição era praticamente exclusiva do Procurador-Geral da República, o que gerava questionamentos pela limitação da análise da inconstitucionalidade, cujo reconhecimento, se procedente, beneficiaria toda a sociedade.

Essa é a razão pela qual foram incluídas outros órgãos e instituições, como os governadores dos Estados, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos com representação no Congresso Nacional, além de confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional.

A legitimidade da Ordem dos Advogados do Brasil parece derivar diretamente da própria Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 133 diz que “o advogado é indispensável à administração da justiça” (BRASIL, 1988). Se é essencial à administração da justiça, parece não existir razão para não possua o direito de provocar discussões sobre a questão constitucional.

Por sua vez, confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional representam os interesses de vastos grupos que se formam no seio da sociedade, para a defesa

de profissionais de categorias específicas. Na representação de tais interesses, são capazes de atuar melhor se puderem questionar leis e atos normativos que os afrontem e a própria Constituição.

Essa seletividade não se aplica ao controle de constitucionalidade difuso, e nem faria sentido aplicar, pois este é suscitado no caso concreto por qualquer das partes, independentemente de sua posição ou interesse na questão. Restringir os legitimados ao controle difuso seria deturpar sua essência, que consiste em garantir o questionamento da aplicação de uma lei ou ato normativo aparentemente inconstitucionais.

Além disso, destaca-se que a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, de ação declaratória de constitucionalidade ou de arguição de descumprimento de preceito fundamental é permitida apenas para aqueles previstos expressamente no rol mencionado (REIS, 2014, p. 24).

Outra questão que se coloca neste ponto é a possibilidade de o próprio magistrado identificar uma lei ou ato normativo presumivelmente inconstitucionais e decidir sem a manifestação ou requerimento das partes, do Ministério Público ou de terceiros interessados.

Pode-se argumentar que o magistrado não precisa dessa provocação, uma vez que é seu dever controlar a constitucionalidade para garantir a melhor decisão possível no caso em apreciação, beneficiando a sociedade com o afastamento de uma lei ou ato normativo que afronte a Constituição.

Deve-se presumir que a rígida observância das disposições constitucionais é o que garantirá o respeito aos interesses da sociedade, pois essa é a finalidade primordial de uma Constituição: estruturar o Estado, garantir direitos fundamentais e estabelecer um projeto de futuro.

Ademais, pode-se argumentar que, se é permitido ao magistrado singular analisar a questão constitucional por si só, nos tribunais também seria possível suscitar o incidente de inconstitucionalidade de ofício, submetendo sua apreciação ao plenário ou ao órgão especial.

Outra diferença entre as duas espécies de controle de constitucionalidade é que na via concentrada, a Constituição Federal de 1988 indica precisamente quais normas, em sentido amplo - ou seja, leis ou atos normativos - podem ser objeto de questionamento. Portanto, o Supremo Tribunal Federal não pode analisar, por exemplo, por essa via, uma lei ou ato normativo municipais cuja inconstitucionalidade seja apontada tendo como parâmetro a Constituição (ALMEIDA NETO, 2008, p. 88). O artigo que dispõe a respeito é o 102, CF/88, pelo qual indica que:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (BRASIL, 1988).

Como se nota, a suprema corte somente poderá examinar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos federais ou estaduais questionados em face da Constituição, e a constitucionalidade de leis ou atos normativos federais. Já no controle de constitucionalidade difuso não existe enunciado similar, de modo que, em seu âmbito, poderá ser discutida a inconstitucionalidade de quaisquer leis ou atos normativos, sejam eles federais, estaduais ou municipais.

A consequência disso é que o Supremo Tribunal Federal, que em princípio só poderia examinar a constitucionalidade de leis e atos normativos federais e estaduais, poderá, também, pela via difusa, apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos municipais, desde que encaminhados para a Suprema Corte por meio do instrumento adequado, que geralmente é o recurso extraordinário. Portanto, não é incomum encontrar casos em que leis ou atos normativos municipais foram declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal e tiveram sua execução suspensa.

Após o reconhecimento da inconstitucionalidade, o Senado Federal concordou com a decisão, aplicando o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988 para suspender a execução, apesar da controvérsia já apontada. Essa solução adotada pelo dispositivo será melhor discutida posteriormente.

Note-se que, no controle de constitucionalidade difuso, em um primeiro momento, quando realizado pelo magistrado de primeiro grau ou pelos tribunais, exceto o Supremo Tribunal Federal, o reconhecimento da inconstitucionalidade apenas afastará sua aplicação no caso concreto. Não se trata, portanto, da ocasião para a declaração de inconstitucionalidade, que teria o condão de expurgar, definitivamente, do ordenamento jurídico a norma reputada inconstitucional.

Nesse caso, o reconhecimento da inconstitucionalidade gera efeitos *inter partes*, ou seja, afeta apenas as partes daquele processo em específico, e efeitos *ex tunc*, a norma é considerada nula desde sua promulgação, como se nunca tivesse existido.

Porém, se a questão constitucional for levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal, por meio do recurso extraordinário, por exemplo, o pronunciamento da Suprema Corte, seguido pela resolução do Senado Federal - ressaltando sempre a existência de argumentos pela desnecessidade - acarretará consequências exatamente contrárias.

Nessa ocasião, será declarada, e não mais apenas reconhecida, a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, com sua retirada do ordenamento jurídico, definitivamente. Além disso, os efeitos serão *erga omnes*, definidos como vinculantes para todos e não somente para as partes do processo, além de *ex nunc*, onde a declaração de inconstitucionalidade fará com que os efeitos cessem apenas a partir de então.

É por essa razão que o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988 apresenta a “suspensão da execução”. A suspensão de algo indica que até o momento aquilo produzia efeitos. Com a resolução do Senado Federal, os efeitos, que transcorriam normalmente, chegam ao seu fim.

Observa-se que, em princípio, o foco do controle de constitucionalidade incidental não se concentra na constitucionalidade da norma legal, mas no conflito real de interesses particularizados. No caso concreto, é a norma individual e concreta disposta na sentença que importa, uma vez que é ela que solucionará a lide e em torno da qual se voltam os interesses das partes (VIANA, 2010, p. 153).

Neste ponto, abre-se um parêntese para informar que é comum o Supremo Tribunal Federal aplicar a técnica da modulação dos efeitos da decisão, especialmente no controle de constitucionalidade concentrado. Por meio dessa técnica, a decisão que acarretaria efeitos *ex tunc* pode ser modulada para produzir efeitos apenas a partir de um determinado momento estabelecido pela Suprema Corte, em respeito aos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e do interesse social (AMARAL, 2014, p. 76).

Tome-se, por exemplo, o reconhecimento da inconstitucionalidade de um imposto que foi cobrado durante longos 20 anos. Se com a declaração da inconstitucionalidade fosse determinada a restituição do imposto recolhido por todo esse período, poderia ocorrer um verdadeiro colapso nas contas públicas, gerando um conseqüente caos social.

Para evitar essa situação, o Supremo Tribunal Federal pode aplicar a técnica da modulação dos efeitos e ordenar a devolução somente do imposto pago nos últimos cinco anos, por exemplo. Essa possibilidade está prevista no artigo 27 da Lei nº 9.868/99 pelo qual:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (BRASIL, 1999).

É possível que o Supremo Tribunal Federal restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade quanto à sua amplitude ou quanto aos seus efeitos temporais, desde que

presentes dois requisitos: *quórum* de dois terços, a presença de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Logo, com relação à restrição dos efeitos da decisão, é possível que o Supremo Tribunal Federal limite a eficácia *erga omnes* da decisão, excluindo determinados casos, a exemplo de atos expedidos ou de relações constituídas sob a égide da lei declarada inconstitucional. Também é possível que limite a eficácia temporal, decidindo que os efeitos das decisões só operem a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento anterior ou posterior a ele (ROMEY, 2011, p. 29-30).

Reconhece-se a aplicação da técnica da modulação dos efeitos da decisão também no controle difuso de constitucionalidade, embora apenas quando efetuado pelos magistrados singulares ou pelos tribunais de justiça. No entanto, quando realizado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Senado Federal, o efeito será, automaticamente, *ex nunc*, prescindindo, portanto, da modulação.

Ao prosseguir para a análise do controle de constitucionalidade difuso, questiona-se o modo como a doutrina se refere às duas espécies de controle de constitucionalidade, como difusa e concentrada. A diferença entre o controle de constitucionalidade concentrado e difuso se assenta nos pressupostos de admissibilidade. O controle difuso se origina em uma relação processual concreta e o pressuposto de admissibilidade é a relevância da decisão. Já o controle concentrado não está relacionado a uma situação concreta.

Ultrapassada essa questão, quando o controle de constitucionalidade difuso é realizado nos tribunais, diferente do que acontece quando do controle feito pelo magistrado singular, o artigo 97 da Constituição Federal de 1988 demanda que “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público” (BRASIL, 1988).

Essa é a chamada cláusula de reserva de plenário, ou regra do *full bench*. Por essa disposição, portanto, nos tribunais, é necessário que a maioria absoluta de seus membros se pronuncie pela inconstitucionalidade, por meio do plenário ou do órgão especial (BORGES, 2016, p. 117).

Trata-se de uma verdadeira condição de eficácia para o reconhecimento de inconstitucionalidade, e o seu desrespeito leva à nulidade da decisão, como no caso de decisões proferidas por órgãos fracionários, como câmaras, turmas ou sessões. Essa cláusula é uma garantia e uma salvaguarda do princípio da presunção de constitucionalidade das leis.

Sobre a aplicação da cláusula de reserva de plenário no âmbito do Supremo Tribunal Federal, caso a corte não alcance a maioria absoluta de votos para a declaração de

inconstitucionalidade no controle concentrado, mesmo que tenha maioria de votos, não poderá se pronunciar sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade com efeitos vinculantes.

A jurisprudência da suprema corte é implacável em determinar que a não observância da regra do *full bench* acarreta a nulidade absoluta da decisão colegiada provinda de órgão fracionário que declare a inconstitucionalidade.

Há, contudo, exceções aventadas pelo Supremo Tribunal Federal, que consistem nas seguintes situações: a existência de pronunciamento anterior da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal; a existência, no âmbito do tribunal a quo, de uma decisão plenária que tenha apreciado a controvérsia constitucional em relação ao mesmo ato do Poder Público, mesmo que esse pronunciamento não tenha reconhecido a inconstitucionalidade. Essas hipóteses de dispensa são uma decorrência lógica.

Na primeira hipótese, que se refere à existência de pronunciamento prévio de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, a corte já analisou o dispositivo e concluiu pela sua inconstitucionalidade. Essa decisão possui efeito vinculante, dispensando a análise da mesma questão por qualquer outro tribunal, que deve apenas seguir a solução dada pela suprema corte.

Já na segunda hipótese, o tribunal no qual a questão constitucional é suscitada já se pronunciou pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, por meio de seu plenário ou órgão especial. Nesse caso, não há razão para a repetição do trabalho (CARVALHO, 2015, p. 168-169).

Atualmente, há uma grande preocupação em garantir o respeito ao princípio da celeridade processual. O Código de Processo Civil de 2015, por exemplo, foi criado justamente para buscar a máxima eficiência na prestação jurisdicional, pois não há justiça se não for célere. A justiça tardia não é justiça. Deve-se garantir às pessoas o respeito aos seus direitos em tempo hábil, para que não sejam objeto de violação reiterada.

A importância dada à questão temporal pode ser vista em vários artigos do Código de Processo Civil, como o art. 4º, que indica que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”, e o art. 6º, que ordena que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (BRASIL, 2015).

O diploma processual apenas cumpre o comando constitucional estabelecido no art. 5º, inciso LXXVIII, conforme indica que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988).

Portanto, obrigar o tribunal a apreciar repetidamente a mesma questão seria obstruir a corte de aplicar seu tempo em outras matérias ainda não resolvidas e urgentes. Isso implicaria em violar toda a sistemática constitucional e infraconstitucional esquematizada para garantir às pessoas a celeridade na tramitação dos processos.

Para evitar que os tribunais afastem uma lei ou ato normativo que entendam inconstitucional sem se pronunciarem expressamente sobre essa situação, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n. 10, cujo conteúdo apresenta a seguinte indicação: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008).

Portanto, a súmula surgiu para garantir a aplicação do artigo 97 da Constituição Federal de 1988, impedindo que órgãos fracionários afastem a aplicação de leis ou atos normativos que considerem inconstitucionais, sem remeter a discussão para o plenário ou ao órgão especial, o que é imprescindível, conforme o artigo.

Para o encerramento deste tópico, verifica-se que o comando constitucional do artigo 97 da Constituição Federal de 1988 se aplica somente se o tribunal for instado a se pronunciar sobre a inconstitucionalidade, e não sobre a constitucionalidade. Se for esse o caso, até mesmo o órgão fracionário, como a câmara, a turma e a sessão, poderão resolver sobre a matéria, sem maiores consequências.

Por conseguinte, é importante destacar que, apesar de todas as leis poderem ser suscetíveis de controle de constitucionalidade - difuso ou concentrado, nem todos os atos podem ser atacados pelas vias de controle de constitucionalidade difuso ou concentrado (MACEDO FILHO, 2006, p. 241).

E há duas espécies de atos: os atos em tese e os atos de efeitos concretos. Os atos em tese são caracterizados por alto grau de generalidade, impessoalidade e teor abstrato. Isto é, são atos que se destinam a reger situações bastante amplas, e seu impacto incide sobre todas as pessoas que estejam inseridas nessa situação, de forma indefinida.

Já os atos de efeitos concretos são aqueles que contêm uma regulamentação destinada a operar sobre uma situação com contornos bem delimitados, sem grande amplitude, e sobre as pessoas definidas que estiverem submetidas a ela.

Os atos em tese podem ser objeto de controle de constitucionalidade exclusivamente pela via concentrada. Isso implica em dizer que, por consequência, o magistrado singular e os tribunais, ao exercer o controle difuso, podem apreciar a constitucionalidade ou

inconstitucionalidade de quaisquer leis, mas não de quaisquer atos, limitados aos atos de efeitos concretos.

Destaca-se ainda que o Supremo Tribunal Federal não pode apreciar ações diretas que versem sobre questões constitucionais contra atos normativos de efeitos concretos. Isso ocorre porque, nesse caso, existe um processo com questões subjetivas e a existência de uma lide, situação que transcende os contornos dessa espécie de controle.

Após estudar as particularidades do controle de constitucionalidade difuso e compará-las com as do controle de constitucionalidade concentrado, é necessário esclarecer qual é o caminho para que, se for o caso, o exame da questão constitucional chegue até o Supremo Tribunal Federal.

Como se disse, o controle de constitucionalidade difuso pode ser feito por qualquer magistrado e por qualquer tribunal, desde que respeitado o art. 97 da Constituição Federal e a Súmula Vinculante n. 10, editada pela suprema corte, que tratam da cláusula de reserva de plenário ou regra do *full bench*.

No entanto, caso as partes queiram, não precisam se limitar ao reconhecimento da inconstitucionalidade pelo magistrado ou pelo tribunal. Elas podem, por meio das vias adequadas, levar a questão constitucional à apreciação do Supremo Tribunal Federal. Essas vias são o recurso extraordinário, o recurso ordinário, e, também, possíveis ações originárias, com exceção das ações diretas, como a ação declaratória de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade.

Uma característica interessante do controle de constitucionalidade difuso é que, diferentemente do controle concentrado, é possível que, por essa via, a discussão sobre a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo municipal chegue ao Supremo Tribunal Federal. Como já foi dito, por meio das ações diretas, apenas leis ou atos normativos federais e estaduais podem ser questionados, e por meio da ação declaratória de constitucionalidade, sequer leis ou atos normativos estaduais, mas apenas federais.

### **2.3 O comando da norma do art. 52, X, da CF/88 e as controvérsias dele advindas: o início dos debates sobre a legitimidade da aderência do poder legislativo para a eficácia “erga omnes” da decisão de inconstitucionalidade no controle incidental**

Uma vez apreciada a questão constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, compete ao Senado Federal, por força do artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988, resolver sobre

a suspensão da execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional de modo definitivo. Embora, como comentado, haja forte debate a respeito, existindo corrente doutrinária de peso que pugna pela desnecessidade da edição de resolução pelo Senado Federal.

A discussão existe e precisa ser superada, mas é importante mencionar que possivelmente não se trate de uma disputa entre poderes, independentemente da posição que prevaleça. Essa perspectiva está baseada na ideia de que os poderes dialogam entre si, e devem servir ao povo, para o qual foi criada toda a estrutura estatal e de divisão de poderes (GODOY, 2015, p. 150).

Entretanto, o que se nota é que, no plano dos fatos, há um grande embate entre os Poderes Judiciário e Legislativo. Recorda-se do possível direcionamento para o supracitado e criticado ativismo judicial pelo Judiciário, enquanto o Legislativo busca manter, minimamente, algum controle derivado da legitimidade conferida pela eleição de representantes do povo. Tais embates despontam as indagações a respeito de quem possui a última palavra sobre o significado da Constituição (SILVEIRA, 2016, p. 30).

As constituições surgiram para garantir um desenho institucional firme e duradouro, mas é o intérprete final de seu conteúdo que detém, em última análise, imenso poder. Por essa razão, há grande probabilidade de desentendimentos, como os causados pelo comando do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988.

É por isso que há grande dificuldade em criar e manter arranjos democráticos. Por um lado, é imprescindível buscar instalar a democracia. Por outro, é também inafastável o controle sobre os atos que decorrem de decisões do legislador democrático (GUSSE, 2009, p. 143).

Dito isso, convém recordar que a declaração de inconstitucionalidade pela via difusa, quando provinda da suprema corte, possui efeitos *erga omnes* e *ex nunc*, o que lhe direciona para um espectro onde vale para todos, não apenas para as partes do processo. De modo consequente, seus efeitos deixam de existir apenas a partir da declaração, por isso a expressão suspensão da execução é utilizada. Se está sendo suspenso, é porque teve efeitos até aquele momento.

A existência da possibilidade de levar a apreciação da questão constitucional até o Supremo Tribunal Federal é de grande importância, pois se a decisão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou ato normativo for mantida apenas no primeiro ou no segundo grau de jurisdição, seus efeitos terão repercussão apenas entre as partes envolvidas no processo em questão.

As partes suscitam a questão constitucional para se defenderem, disso decorrendo a denominação via de exceção ou de defesa. Buscam se defender de lei ou ato normativo que

pareçam inconstitucionais. Mas, reconhecida a inconstitucionalidade, o reconhecimento valerá apenas para elas, permanecendo a lei ou o ato normativo íntegros e plenamente vigentes para todas as outras pessoas.

No entanto, é temerário que uma lei ou ato normativo sejam reputados inconstitucionais, sua aplicação seja afastada no caso concreto, mas continuem produzindo efeitos que se irradiam pela sociedade, com o potencial de causarem danos e injustiças, com a afronta para direitos que precisam ser preservados.

Disso decorre a relevância da possibilidade de encaminhamento da questão constitucional ao exame do Supremo Tribunal Federal, ocasião em que poderá declarar a inconstitucionalidade, caso haja concordância do Senado Federal para remover a lei ou ato normativo de modo definitivo do ordenamento jurídico, rememorando de forma contínua a controvérsia a respeito (FERREIRA, 2010, p. 202).

É esse o sistema de controle de constitucionalidade difuso inaugurado nos Estados Unidos da América, no célebre caso *Marbury vs. Madison*, em 1803, no qual o *Chief Justice* John Marshall concluiu que seria possível após meditar a respeito da possibilidade de afastar a aplicação de uma lei contrária à Constituição norte-americana de 1787.

Como dito, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro se alinha ao modelo norte-americano em grande parte para este aspecto em particular, do controle difuso, com a extração de suas características fundamentais. Todavia, não se pode ignorar o fato de que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é considerado um sistema misto (AMARAL, 2014, p. 57).

Existem outros sistemas igualmente importantes, como o austríaco, o qual também influenciou amplamente o sistema brasileiro no que tange ao controle concentrado. Contudo, no aspecto dos efeitos do reconhecimento ou declaração de inconstitucionalidade, há divergência entre sistema brasileiro e ambos que foram citados.

Isso ocorre porque no sistema de controle de constitucionalidade norte-americano optou-se pela declaração de inconstitucionalidade, com efeitos *ex tunc*, visto que a declaração implica na nulidade da lei ou ato normativo questionados. Já no sistema austríaco, a solução encontrada foi baseada na constituição da inconstitucionalidade, o que implica em dizer que até o momento do reconhecimento, a lei ou ato normativo objetos de controle são reputados constitucionais, com produção de efeitos em caráter de normalidade. Portanto, os efeitos do reconhecimento são *ex nunc*.

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro se configura de modo diverso, pois no controle concentrado os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são *ex tunc*, enquanto no controle difuso os efeitos do reconhecimento de inconstitucionalidade são *ex nunc*.

Para finalizar este capítulo, apresenta-se uma sistematização dos principais assuntos abordados. O capítulo se dedicou, sobretudo, ao estudo do controle de constitucionalidade difuso no Brasil, pois é pressuposto para a discussão para a qual se encaminha este trabalho em seu capítulo final, a tratar sobre os debates positivos e contrários sobre a necessidade de resolução do Senado Federal nessa espécie de controle.

Apesar capítulo possuir como foco o exame do controle de constitucionalidade difuso, é inevitável que categorias equiparadas do controle concentrado sejam abordadas de forma conjunta. Considera-se que a comparação facilita a compreensão de determinados institutos.

Foram mencionadas algumas características particulares do controle de constitucionalidade difuso, como a necessidade de se respeitar a cláusula de reserva de plenário, também denominada regra do *full bench*, prevista no artigo 97 da Constituição Federal de 1988, pela qual, no âmbito dos tribunais, a inconstitucionalidade só pode ser reconhecida pelo plenário ou pelo órgão especial.

Concomitantemente, apontou-se para a existência da Súmula Vinculante n. 10, editada pelo Supremo Tribunal Federal, que busca evitar que os tribunais afastem a aplicação de uma lei ou ato normativo por inconstitucionais, sem reconhecer a inconstitucionalidade, em manobra para evitar o comando do art. 97 da Constituição.

Por fim, dentre as peculiaridades do controle de constitucionalidade difuso, foi dado destaque à imposição do art. 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988. De acordo com o dispositivo citado, cabe ao Senado Federal resolver pela suspensão da norma após declarada a inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Essa imposição é alvo de ataques por parte da doutrina, com bons argumentos, onde o ponto principal apresenta a perspectiva de que caberia apenas ao Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade, sem a ingerência de outros poderes. A partir deste formato, decidiria pela constitucionalidade de leis ou ato normativos em caráter definitivo.

Porventura, o assunto será explorado com profundidade no último capítulo, no qual serão expostos os argumentos favoráveis e contrários à necessidade de resolução do Senado Federal. No capítulo seguinte, será analisado o tema da mutação constitucional, classificado como essencial à discussão sobre a prevalência ou não da necessidade de resolução do Senado Federal, consistindo como um argumento importante para aqueles que pugnam por sua desnecessidade.



## **CAPÍTULO 3 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E SEU IMPACTO NAS DISCUSSÕES ACERCA DA ADERÊNCIA DO PODER LEGISLATIVO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL**

### **3.1 Notas introdutórias acerca da mutação constitucional**

Nos capítulos anteriores, discutiu-se sobre assuntos introdutórios ao principal deste trabalho, que consiste na análise da necessidade de resolução do Senado Federal para suspender a execução de uma lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade difuso, ou mais especificamente, no controle de constitucionalidade incidental.

Dessa forma, foi necessário introduzir o conceito e as particularidades do controle de constitucionalidade, especialmente no Brasil, que se formou a partir da conjugação dos dois principais sistemas de controle de constitucionalidade: o austríaco, que é executado de forma concentrada por um tribunal constitucional, e o norte-americano, tradicionalmente executado por magistrados singulares que se valem de decisões anteriores para criar uma jurisprudência coesa.

Para este trabalho, o que interessa é o controle de constitucionalidade difuso ou incidental, modalidade em que incide a norma do art. 52, X, da CF/88. Isso ocorre porque, no controle de constitucionalidade concentrado, não há discussão: se o Supremo Tribunal Federal declarar uma norma inconstitucional, ela será imediatamente removida do ordenamento jurídico. Há, é claro, uma série de consequências decorrentes dessa declaração, mas que não serão objeto de estudo neste momento.

Importa considerar a grande celeuma existente ao redor da norma do art. 52, X, da CF/88, conectada ao controle de constitucionalidade incidental. A princípio, a Constituição Federal de 1988 confere a qualquer magistrado brasileiro o poder de apreciar incidentalmente a inconstitucionalidade de normas, e o reconhecimento da inconstitucionalidade operaria efeitos apenas para o caso concreto, ou seja, *inter partes*.

Nos tribunais, a situação seria a mesma, não fosse pela cláusula de reserva de plenário, já abordada. Por meio dela, há um procedimento especial para o reconhecimento de inconstitucionalidade de norma, que não pode ser feito singularmente pelo juiz do tribunal, como ocorre em primeira instância.

Entretanto, nos tribunais, mesmo com o reconhecimento da inconstitucionalidade, os efeitos seriam apenas *inter partes*. O único modo de se obter efeitos *erga omnes* para o reconhecimento da inconstitucionalidade no controle de constitucionalidade difuso ou incidental seria através da submissão da questão ao Supremo Tribunal Federal. Nesse contexto, caso o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade, ainda assim dependeria de uma resolução do Senado Federal determinando a suspensão da execução da lei, conforme previsto no art. 52, X, da CF/88.

Deve-se relembrar a distinção entre os conceitos de controle de constitucionalidade concentrado, difuso e incidental. De início, não se pode confundir controle de constitucionalidade difuso e incidental. O controle incidental pode ocorrer na esfera dos controles concentrado ou difuso, porque sua característica é a existência de um caso concreto colocado à apreciação dos magistrados.

Um caso concreto pode existir tanto no controle de constitucionalidade concentrado, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, quanto no controle de constitucionalidade difuso. Contudo, quando se fala em controle de constitucionalidade incidental, normalmente trata-se do controle difuso, pois é mais habitual que se verifique nessa esfera do que no controle concentrado.

Portanto, neste trabalho, as referências ao controle de constitucionalidade incidental estão relacionadas ao controle difuso, com especial destaque para essa modalidade, visto que é em seu âmbito que a norma do art. 52, X, da CF/88 incide.

É importante mencionar que no controle de constitucionalidade concentrado, o Supremo Tribunal Federal declara uma norma inconstitucional, enquanto no controle difuso apenas reconhece a inconstitucionalidade. Da mesma forma, os magistrados das instâncias inferiores podem apenas reconhecê-la como inconstitucional.

Existe uma diferença substancial, portanto, entre a declaração e o reconhecimento de inconstitucionalidade. Quando o STF declara uma norma inconstitucional, ela é retirada imediatamente do ordenamento jurídico. Já no caso do reconhecimento, a norma permanece, mas não se aplica às partes de um determinado caso concreto. Apenas quando levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal, seguida da resolução do Senado Federal, é que deixará o universo jurídico, já não mais se aplicando, definitivamente.

O grande impasse criado pela norma do art. 52, X, da CF/88 diz respeito a submeter a decisão do Supremo Tribunal Federal, que tradicionalmente é responsável pelo controle de constitucionalidade, à palavra final do Senado Federal, que integra o Poder Legislativo.

Como será melhor analisado no próximo capítulo, esse comando não é novo e já esteve presente em Constituições brasileiras anteriores. No entanto, provavelmente devido ao fato de o Brasil ter sido marcado por governos ditatoriais nas décadas passadas, como os de Getúlio Vargas e o governo militar, com um poder executivo extremamente forte em detrimento dos Poderes Judiciário e Legislativo, o caso nunca gerou tanta discussão, pelo menos não como ocorre atualmente.

Com a redemocratização do Brasil a partir da Constituição Federal de 1988 e a elevação de todos os poderes para o mesmo nível, em que devem figurar de fato, a confusão entre suas atribuições deveria mesmo causar fortes tensões. Com efeito, instalou-se tensão entre os poderes Judiciário e Legislativo quando essa constituição previu que a autoridade sobre o controle de constitucionalidade difuso ou incidental seria repartida entre o Supremo Tribunal Federal e o Senado Federal. Todavia, analisa-se uma não reconhecimento que a autoridade acabou, em termos concretos, com o Senado Federal.

Diante disso, surgiram correntes que defendem o afastamento da norma do art. 52, X, da CF/88 e outras que defendem sua manutenção, cada uma com seus próprios argumentos. Esse assunto será tratado com profundidade no próximo capítulo.

Importa apenas mencionar que o argumento principal da primeira corrente é o de que houve mutação constitucional quanto à necessidade de resolução do Senado Federal, enquanto o argumento principal da segunda corrente é que seria necessária uma emenda constitucional para remover a norma do art. 52, X, da CF/88 da Constituição Federal de 1988. Somente após essa emenda, o Supremo Tribunal Federal estaria livre para reconhecer definitivamente a inconstitucionalidade de normas no controle de constitucionalidade difuso. Dito isso, este capítulo dedica-se a abordar este tema de fundamental importância para a compreensão das discussões sobre a norma do art. 52, X, da CF/88, a mutação constitucional.

Como origem histórica, pode-se apontar que foi o distanciamento entre a realidade constitucional da Alemanha do Primeiro *Reich* e as normas positivadas na constituição de 1871 que levaram Jellinek a elaborar a teoria das mutações constitucionais. Para a época, os mecanismos formais de mudança da constituição não supriam o ritmo de mudanças do ambiente constitucional do *Reich* (BAINI, 2012, p. 65).

Há anos, a problemática da mutação constitucional é discutida entre os juristas brasileiros. O ministro Gilmar Ferreira Mendes, desde que ingressou na corte do Supremo Tribunal Federal, tem debatido muito sobre o assunto. As discussões sobre o tema se arrastam há tempos e tudo indica que assim permanecerão devido à dificuldade em conciliar questões

que apresentam alto nível de controvérsia. Uma delas diz respeito aos limites da interpretação conforme a Constituição, da qual deriva a possibilidade de mutação constitucional.

Não é possível admitir a mutação constitucional sem elementos básicos como o decorrer do tempo e dos acontecimentos históricos, mas esses elementos não são suficientes, pois o impacto que possam causar sobre a Constituição deve passar por um filtro, que é o da interpretação. A hermenêutica constitucional é objeto de diversos estudos realizados por juristas como Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, marcados pela fundamental importância para a compreensão da mutação constitucional.

A atividade interpretativa confere dinamismo ao sistema normativo, de modo a deixar incólume o texto constitucional. Todavia, a interpretação pode lhe conferir novos sentidos, significados e uma abrangência antes não concebida, de modo que permita uma adaptação às novas exigências sociais (CORTUCCI, 2016, p. 76).

A hermenêutica, especialmente a hermenêutica constitucional, é de grande importância em razão do fato de que, em diversos contextos, a distinção entre a disposição do texto e a norma em si é fundamental. A interpretação das leis em conformidade com a Constituição adquire proeminência quando a utilização dos diversos elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco entre os muitos significados da norma (SILVEIRA, 2011, p. 31).

A partir de uma perspectiva institucionalista, uma crítica que pode ser feita é o viés idealizado da hermenêutica constitucional, que tende a sobrevalorizar as capacidades institucionais do Poder Judiciário, com a conseqüente descrença e suspeita em relação aos limites da racionalidade deliberativa do Poder Legislativo e da racionalidade técnica do Poder Executivo (SILVA, 2011, p. 44).

Outra discussão que assume substancial relevância é a tensão criada pelo art. 52, X, da CF/88 entre os Poderes Judiciário e Legislativo. Ao conferir ao Senado Federal a prerrogativa de editar uma resolução para suspender a execução de uma lei reconhecida inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, essa tensão é inevitável, pois retira a autoridade da corte para resolver definitivamente a questão.

Neste ponto, pode-se ingressar em temática difícil que é a da legitimidade do Senado Federal de interferir no controle de constitucionalidade efetuado pelo Supremo Tribunal Federal.

### **3.2 Discussão acerca da legitimidade da interferência do poder legislativo sobre a decisão de inconstitucionalidade no controle de constitucionalidade incidental**

Como pontuado anteriormente, a temática é difícil por lidar diretamente com a teoria da repartição dos poderes. Considera-se que em sua raiz jaz uma discussão profunda, sobre a qual diversos jusfilósofos e juristas se debruçaram.

Pela teoria da separação dos poderes, em simples síntese, o Estado é uno, mas os poderes que o compõem se separam para criar um equilíbrio entre si. Desse modo é que se estruturam o Poderes Executivo, Legislativo e o Judiciário, cada qual com funções específicas. Embora a divisão entre suas funções seja clara, em alguns pontos elas também se sobrepõem.

Assim, os poderes Executivo e Judiciário podem, em determinadas situações, elaborar normas, enquanto os poderes Legislativo e Judiciário podem executar atividades administrativas em casos específicos. Além disso, os poderes Executivo e Legislativo podem conduzir investigações e impor sanções em circunstâncias restritas. Deve-se destacar que entre os pontos delimitados pode existir a confusão de funções entre os poderes. Cabe salientar que, no Brasil, os limites são demarcados pela Constituição Federal de 1988.

Dito isso, pode-se pensar que, se a Constituição Federal de 1988 contém o art. 52, X, da CF/88, a questão da legitimidade estaria resolvida, pois cabe a este diploma estabelecer as normas de estruturação do Estado. Para o controle de constitucionalidade incidental, determinou que o Supremo Tribunal Federal não pode resolver definitivamente sobre a inconstitucionalidade de lei, pois deve haver resolução do Senado Federal para suspender a lei reconhecida inconstitucional. É o primeiro raciocínio que se pode fazer e parece encerrar a discussão.

Mas não é o que ocorre. Apesar de essa ser a previsão original do legislador constituinte, nada impede que, mesmo nesse momento inicial de estruturação de um novo Estado, que é o resultado da força motriz ilimitada do poder constituinte originário, o legislador constituinte cometa equívocos, especialmente no equívoco da legitimidade, tema que apresenta enormes dificuldades em sua essência

Com o constitucionalismo, o controle de constitucionalidade, a jurisdição constitucional e o ativismo judicial, afloraram as discussões a respeito da supremacia judicial, que defende a competência do Poder Judiciário para decidir sobre a interpretação do texto constitucional, e a supremacia legislativa, com a consequente outorga de poderes para essa decisão (AMORIM, 2015, p. 48).

A tensão entre a supremacia judicial e a supremacia legislativa é o que gera os conflitos que alimentam a discussão acerca da exigência de resolução do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso. Tratar da legitimidade é algo que envolve extrema dificuldade, pois as questões subjacentes são sensíveis. Discutir a legitimidade implica analisar a essência de um determinado modo de agir e verificar se esse modo de agir é justificado por quaisquer parâmetros.

Como os parâmetros são muito difíceis de serem elencados e analisados, a dificuldade de congregá-los para entender se há ou não legitimidade é uma tarefa exaustiva. Contudo, é necessário enfrentar a questão, feita neste trabalho. De forma principia, deve-se discutir qual é a essência do Poder Legislativo, assim como a do Poder Judiciário. Compreender o âmago desses poderes pressupõe o afastamento de todos os elementos que gravitam ao redor desses núcleos, para um acesso com a maior profundidade possível de cada poder.

Assim, o Poder Legislativo, essencialmente, é composto por representantes eleitos para deliberar sobre a melhor legislação para reger o Estado. A configuração do poder legislativo pode variar amplamente entre diferentes países e Estado, no qual podem ser vivenciadas situações em que há representação indireta e outras em que o próprio povo participa diretamente das decisões legislativas.

Para exemplificar, no Brasil, o povo geralmente é representado por parlamentares eleitos pela vontade popular, que recebem mandato em diferentes níveis - municipal, estadual e federal - para atuar em prol dos interesses da população. Entretanto, há situações em que o próprio povo participa diretamente da tomada de decisões, como nos casos de referendo ou plebiscito.

No referendo, uma legislação já elaborada pelos parlamentares necessita de aprovação popular para entrar em vigor. Portanto, o povo é convocado para referendá-la. Já no plebiscito, ainda não há legislação elaborada, e o povo é convocado para manifestar sua vontade quanto à necessidade de que os parlamentares passem a discutir e elaborar uma legislação sobre o tema em questão.

Assim, percebe-se que o Poder Legislativo é responsável pela função de legislar, ou seja, criar leis ou normas de maneira ampla para regular um Estado. Essa é a sua função essencial. É verdade que o Poder Legislativo também exerce outras funções, como o controle externo da administração pública, mas são funções específicas que não desnaturam sua essência de ser o poder que legisla.

Nesse escopo, existem as funções de controle, fiscalização, elaboração de seus regimentos, provisão de cargos de sua estrutura e de medidas referentes para sua organização

administrativa, assim como julgadora, relacionada ao julgamento de diversos agentes públicos (ZAULI, 2010, p. 13-14).

Essa amplitude de atribuições é tradicional, e os demais poderes também possuem suas funções típicas e suas funções atípicas. As relações entre os poderes do Estado sofreram grande revisão desde o início das discussões sobre essa estrutura de Estado. Nota-se uma relativização das fronteiras entre os poderes, de modo que as atividades passaram a se confundir até determinado ponto (BIELSCHOWSKY, 2012, p. 278).

Contudo, a norma do art. 52, X, da CF/88, cria uma função de verdadeiro controle de constitucionalidade, que, embora não seja estranha ao constitucionalismo brasileiro - já que foi prevista na Constituição de 1934 - é questionável por transferir a soberania do controle de constitucionalidade difuso do Supremo Tribunal Federal para o Senado Federal.

A essência do poder judiciário é outra, naturalmente. O poder judiciário é aquele cuja função é impor o direito ao caso concreto, por meio do Estado-juiz. O direito é amplo, e, no pináculo do ordenamento jurídico, situa-se a Constituição, configurado como o diploma fundamental para a estruturação do Estado e para a garantia de direitos fundamentais.

Portanto, é o diploma que merece especial atenção, e pelo qual deve zelar o Poder Judiciário. É ao Supremo Tribunal Federal que foi conferido o papel institucional de garantir o respeito às disposições constitucionais. Esse papel só pode ser exercido a contento se a corte possuir ferramentas à disposição para combater atos que as firam, as quais se consubstanciam em toda a construção teórica relativa ao controle de constitucionalidade.

O poder-dever de apreciar a constitucionalidade de leis é do Poder Judiciário. Essa função lhe compete historicamente, como pode ser percebido pelas primeiras manifestações de controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América, a partir do célebre caso *Marbury vs Madison*.

No entanto, é importante lembrar que há autores, como Bernal, que apontam para o eurocentrismo dessa afirmação, uma vez que na América Latina também ocorreram experiências rudimentares de controle de constitucionalidade antes desse caso, embora sem a sofisticação que possui atualmente (2009, p. 272). Lembra-se que houve outros casos importantes nos Estados Unidos da América no mesmo momento histórico do caso *Marbury vs Madison*, os quais não ganharam a mesma atenção, mas que não podem ser ignorados.

Questão interessante a se destacar é que quando o Poder Legislativo é omissivo em sua função legislativa, recomenda-se que o Poder Judiciário atue de modo contido, minimalista, em razão da necessidade de que se respeite a esfera de atuação de cada poder. Se isso é verdade, em sentido inverso, questiona-se que o Poder Legislativo também deveria se manter dentro de

suas estritas competências, as quais não incluem, exceto pela norma do art. 52, X, da CF/88, a atuação no controle de constitucionalidade difuso.

Para além das constatações apresentadas, o que se pretende é despertar a atenção para o fato de que o controle de constitucionalidade, desde o princípio, foi executado por membros do Poder Judiciário, magistrados, e não por parlamentares. É possível atribuir certa naturalidade a esta perspectiva, pois a prerrogativa de defender as disposições constitucionais foi concedida ao Poder Judiciário.

Portanto, retornando à discussão que anima este trabalho, a controvérsia gerada pela norma do art. 52, X, da CF/88 consiste em confundir as funções dos Poderes Judiciário e Legislativo, para repartir o controle de constitucionalidade, retirando-o da alçada exclusiva do Poder Judiciário. A indagação que advém dessa atitude do legislador constituinte é aparentemente singela: essa escolha é correta? Mas não é uma questão simples, pois guarda uma profunda discussão sobre legitimidade.

No que diz respeito à legitimidade da interferência de um poder sobre o outro, é importante mencionar as teorias dialógicas. Diante das críticas dirigidas à supremacia judicial e às teorias que defendem que o poder legislativo é mais capaz de dar a última palavra sobre o sentido constitucional em uma democracia, surgiram as teorias dialógicas, que buscam promover a interação entre os poderes para alcançar o melhor sentido constitucional em um cenário composto por três poderes. O objetivo é promover o ideal democrático por meio da reunião de diversos métodos para resolver o impasse das teorias de última palavra (OSTERNO, 2017, p. 113).

As teorias dialógicas defendem que não deve haver competição ou conflito pela última palavra, mas um diálogo constante e cooperativo entre as instituições, as quais, por suas singulares expertises e contextos decisórios, são parceiras na procura pelo melhor significado constitucional.

Desse modo, não haveria prioridade, hierarquia ou verticalidade entre instituições lutando pelo monopólio decisório. Haveria uma cadeia de contribuições horizontais para produzir boas respostas para questões coletivas. Nesse sentido, a dinâmica de separação de poderes envolveria circularidade e complementaridade infinitas (MENDES, 2008, p. 15).

Esse modo de pensar induz à conclusão de que a defesa do pertencimento da última palavra sobre a Constituição atribuída de modo exclusivo à corte suprema é algo que fere os preceitos de uma democracia deliberativa. Isso seria atribuir uma legitimidade *ex ante* ao tribunal, com privilégio para a origem da interpretação e não a qualidade.

Essa concepção juriscêntrica cria um contexto de desengajamento natural dos outros poderes, aliado à supremacia em sentido material, o que engessa o debate e polariza a corte suprema. O deferimento da última palavra à corte suprema, em ordenamento regidos por uma constituição analítica, acarretaria a polarização ilegítima (MELO FILHO, 2013, p. 95-96).

O pano de fundo do diálogo institucional é o embate entre a legitimidade democrática dos legisladores e dos tribunais, bem como a separação de poderes. Ao contrário das teorias que favorecem a ideia de "última palavra" dos legisladores ou tribunais, a teoria dos diálogos institucionais não adota uma leitura idealizada de juízes e legisladores.

Há uma recusa da visão juriscêntrica e do monopólio judicial na interpretação da constituição (DAVID, 2018, p. 41-42). Parte da razão pela qual se entende que a última palavra é do poder judiciário está relacionada à hipótese teórica que associa a supremacia judicial a essa circunstância, como é o posicionamento de Gargarella. O caráter interpretativo tornou-se um espaço para o protagonismo judicial. Assim, uma das formas de se sustentar a supremacia do Supremo Tribunal Federal é acreditar que é a única fonte de construção do sentido do direito. (TASSINARI, 2016, p. 111-113).

Contudo, a Constituição de 1988 parece evidenciar a opção do legislador constituinte pela proteção judicial de suas disposições, a partir do estabelecimento da jurisdição constitucional. Por conseguinte, o Supremo Tribunal Federal é o órgão incumbido de guardar a Constituição, com a detenção da última palavra a respeito da constitucionalidade de leis. Todavia, as decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal não vinculam o Poder Legislativo, de modo que as decisões podem ser superadas por meio das emendas constitucionais (BATISTA, 2015, p. 94).

Além de uma discussão sobre legitimidade, o assunto apresenta outra questão problemática, que diz respeito à falta de coerência entre as duas vias de controle de constitucionalidade. No controle de constitucionalidade concentrado, a análise sobre a constitucionalidade é levada diretamente à apreciação do Supremo Tribunal Federal, que decide de forma definitiva sobre a questão, sem a interferência de qualquer outro órgão, entidade ou poder. Compete à corte suprema resolver sobre a constitucionalidade.

Mas no controle de constitucionalidade difuso ou incidental, que pode ser iniciado perante qualquer magistrado e chegar à apreciação do Supremo Tribunal Federal, a norma do art. 52, X, da CF/88 dispõe que é necessária a resolução do Senado Federal para a suspensão da lei reconhecida inconstitucional.

Surge uma indagação sobre qual é a razão para que, no controle de constitucionalidade concentrado, a decisão do Supremo Tribunal Federal valha por si só, enquanto no controle difuso, ou incidental, dependa da intervenção do Senado Federal (ARAÚJO, 2011, p. 12).

As duas modalidades são tipos de controle de constitucionalidade, e não deveria haver diferenciação entre eles, especialmente se considerarmos a intervenção do Supremo Tribunal Federal em ambos os casos. Dessa forma, o controle de constitucionalidade difuso ou incidental, por ter sido tratado de forma diferente, pode ser considerado um controle de menor valor em relação ao controle concentrado.

Sob qualquer aspecto que se estude a questão, isso não se justifica. Para sustentar essa afirmação, é necessário regressar à origem e às características dos dois principais sistemas de controle de constitucionalidade: o difuso, de matiz norte-americano; e o concentrado, de matiz austríaco. Entre esses sistemas, não existe gradação sobre qual queria superior ao outro. São apenas sistemas distintos, criados para realidades jurídicas diferentes.

Com efeito, o sistema de controle de constitucionalidade difuso se estabeleceu e predominou nos Estados Unidos da América juntamente com o sistema da *common law*, em que a jurisprudência é criada paulatinamente a partir de cada caso posto à apreciação do Poder Judiciário, e que cria um sistema de precedentes que impactam, necessariamente, decisões judiciais posteriores (ALMEIDA NETO, 2008, p. 40-41).

Assim como a própria jurisprudência se desenvolve gradualmente e de forma espontânea, o controle de constitucionalidade também é construído dessa forma, influenciando todo o modo de julgar e o ordenamento jurídico norte-americano. E o mais importante a se considerar é que não há, em nenhum momento, intervenção de parlamentares para referendar decisões de inconstitucionalidade. Elas possuem força por si só, a partir do momento que emanam dos órgãos judiciais competentes.

Por sua vez, o sistema de controle de constitucionalidade concentrado surgiu a partir da construção doutrinária de Hans Kelsen, um jurista da *civil law* que teorizava para essa corrente jurídica. Ao contrário do sistema da *common law*, no sistema da *civil law* não há a criação da jurisprudência vinculante. Por isso, tornou-se necessária a idealização de um órgão que pudesse examinar a constitucionalidade das leis de modo a estabelecer efeitos vinculantes das decisões sobre esse assunto.

Desse modo, criaram-se os tribunais constitucionais, que na Europa Continental têm a característica de analisar apenas questões constitucionais, ao contrário do modelo de suprema corte adotado pelos Estados Unidos da América e pelo Brasil, que se debruçam também sobre questões que não são estritamente constitucionais (AZEVEDO, 2022, p. 19-20).

No controle de constitucionalidade concentrado, assim como ocorre no sistema de controle difuso norte-americano, não há interferência do Poder Legislativo. É o tribunal constitucional que delibera, com exclusividade, sobre a constitucionalidade. No entanto, é importante observar que os tribunais constitucionais não integram o Poder Judiciário, mas sim uma esfera distinta, política, que não se confunde com nenhuma outra, seja do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Apesar dessa particularidade, é importante ressaltar que, no controle de constitucionalidade concentrado, não há interferência de nenhum outro poder, especialmente do Poder Legislativo, na análise da constitucionalidade. A atribuição de examinar a constitucionalidade é clara e decisiva, e a decisão do tribunal constitucional é a que vale.

Por isso, causa perplexidade a preocupação do legislador constituinte brasileiro em vincular as decisões do Supremo Tribunal Federal à aprovação do Senado Federal em matéria de controle de constitucionalidade. Houve uma confusão desnecessária de prerrogativas, talvez motivada por um apego excessivo à ideia de que a vontade popular deveria ser respeitada acima de tudo.

Essa preocupação pode ser compreendida à luz do cenário político brasileiro no século XX, que foi marcado por governos ditatoriais, como o de Getúlio Vargas e o governo militar. Durante esses governos, foram cometidos abusos contra a democracia, que sequer poderia ser considerada existente. Isso gerou uma desconfiança profunda e a necessidade de garantir que esses abusos não voltassem a ocorrer, especialmente a partir da década de 80, com os movimentos populares que lutaram contra a ditadura militar e culminaram na redemocratização do Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

As discussões que levaram à redação da Constituição Federal de 1988 demonstram o seu espírito democrático, uma vez que, diferentemente de constituições anteriores, contaram com a participação de diversos segmentos sociais. Essa participação criou uma profusão de opiniões e ideias que, por fim, resultaram em uma Constituição muito mais avançada do que as anteriores e que atende a uma ampla variedade de anseios sociais.

Um dos principais anseios da Constituição Federal de 1988 foi impedir a instalação de um novo caos institucional, como ocorreu nas décadas anteriores, em que o Poder Executivo assumiu uma posição de superioridade em relação aos demais poderes, inclusive conduzindo-os de acordo com seus próprios interesses. Durante esses anos, o Poder Executivo tomou para si poderes que ultrapassavam os limites atribuídos a ele, o que pode ser observado pela emissão dos famosos atos institucionais do governo militar, em que questões de competência do Poder Legislativo eram decididas e impostas pelo Poder Executivo.

Esse estado de coisas culminou em uma atmosfera de tensão na população, que, cansada do comportamento abusivo do governo militar, passou a lutar pela redemocratização do Brasil por meio da atuação de movimentos sociais em todo o país. Esses movimentos, finalmente, colocaram fim a esse período da história brasileira.

Com a memória recente desses acontecimentos, o legislador constituinte redigiu a Constituição Federal de 1988 com a preocupação de garantir o equilíbrio efetivo entre os poderes e construir um Estado bem estruturado e que pudesse manter sua integridade por muito tempo. Isso foi uma contraposição ao que ocorria anteriormente, onde as constituições brasileiras surgiam e desapareciam de acordo com os interesses políticos da época.

Considera-se que essa preocupação do legislador constituinte resultou na conformação de um Estado saudável e bem-preparado, apesar das crises institucionais pontuais e naturais vivenciadas por qualquer Estado. Já se passaram mais de três décadas e o Estado brasileiro ainda não demonstrou sinais de esgotamento.

É por meio do direito positivo que se intenta assegurar a realização de valores importantes para a sociedade. Assim, procura-se obter medida de certeza e segurança em relação à regulamentação de uma série de relações sociais, as quais são coordenadas por meio do direito constitucional (FAVERO, 1997, p. 88).

Esse desejo de obter segurança por meio de normas jurídicas se estende por todos os ramos jurídicos, enquanto a Constituição carrega a função garantidora da conservação da ordem social (FAVERO, 1997, p. 89). Portanto, a Constituição Federal de 1988 mostra-se um instrumento bem articulado e sólido, afirmação realizada sem desconsiderar as diversas emendas constitucionais pelas quais passou. Isso, no entanto, é algo que o próprio legislador constituinte previu e que é necessário para que a Constituição possa passar pelas transformações necessárias e se adequar às mudanças que surgem com o tempo.

Não se pode afirmar que a grande quantidade de emendas que a Constituição Federal de 1988 sofreu é um sinal de fraqueza e descaso com seu conteúdo, pois derivam de um procedimento estabelecido na própria Constituição e são propostas por parlamentares, representantes legitimamente eleitos para representar a vontade do povo.

Poder-se-ia fazer uma comparação entre a constituição brasileira e a constituição dos Estados Unidos da América, que já tem mais de 200 anos e passou por poucas emendas. No entanto, essa comparação não é adequada, pois cada país tem suas particularidades políticas, sociais e culturais, e a constituição deve refletir essas diferenças.

Não se podem fazer comparações superficiais, e apenas observar o número de emendas entre essas duas constituições é uma comparação muito simplista. Elas são completamente

diferentes em estrutura. A Constituição norte-americana é concisa, trata de poucos assuntos, principalmente aqueles essenciais para a estruturação do Estado, e são abordados em poucos artigos. No entanto, é importante lembrar que cada um desses artigos é subdividido em seções que discorrem com mais profundidade sobre cada assunto.

A Constituição brasileira, por sua vez, é prolixa, traz disposições sobre uma infinidade de assuntos, não se limitando apenas à estruturação do Estado, mas também abrangendo direitos fundamentais e normas programáticas, além de se alongar sobre cada um deles. Como foi posto, esse traço da Constituição brasileira deriva do anseio do legislador constituinte em garantir amarras para que os agentes políticos não ultrapassem de seus poderes, devidamente definidos.

Essa escolha é correta, pois depois de um longo período de governos ditatoriais, a definição clara e precisa da organização institucional do Estado, entre outros assuntos, parece ser o único modo de garantir que os atores do universo jurídico e político se mantenham rigorosamente dentro de seus limites de poderes.

No entanto, é importante lembrar que a reforma constitucional é um instrumento de grande importância para a adequação da realidade jurídica e política de um Estado, impedindo que a Constituição se reduza a um conjunto de fórmulas sem nenhuma projeção fática (FAVERO, 1997, p. 54).

Tudo isso é dito em função da necessidade de analisar o que motivou o legislador constituinte a estabelecer uma norma como a do art. 52, X, da CF/88. É evidente que havia uma grande preocupação do legislador constituinte com o controle de constitucionalidade. No entanto, ele não quis deixar essa tarefa exclusivamente nas mãos do Poder Judiciário, e por isso a compartilhou também com o Poder Legislativo.

Essa escolha é curiosa. Ao relembrar a questão da legitimidade, é importante destacar que historicamente o controle de constitucionalidade foi atribuído aos magistrados, ou seja, ao Poder Judiciário, em qualquer sistema que se analise, seja o difuso, de matiz norte-americano, seja o concentrado, de matiz austríaco. No entanto, neste último, como já mencionado, o exame de constitucionalidade costumeiramente é realizado por um tribunal constitucional, que não integra nenhum dos poderes, mas sim uma esfera distinta, política.

O procedimento legislativo é iniciado no âmbito do Poder Legislativo, resultando em legislação, a qual passa a surtir efeitos no universo jurídico, mas somente após o crivo dos magistrados, que são seus aplicadores.

Há, é certo, uma tensão entre os poderes legislativo e judiciário em razão do exercício do controle de constitucionalidade. Existe, de fato, uma tensão entre os poderes Legislativo e Judiciário decorrente do exercício do controle de constitucionalidade. O legislador, dotado de

legitimidade em razão do mandato conferido pelo povo, legisla, e o magistrado, que no Brasil assume o cargo por meio de concurso público de provas e títulos, tem o poder de emitir um parecer negativo sobre a legislação e deixar de aplicá-la.

No entanto, essa é a prerrogativa do magistrado, garantida pela própria Constituição Federal de 1988. As cortes supremas desempenham atualmente um papel central na modelagem da política democrática. As constituições, para além de versarem sobre a organização política e os limites formais ao poder político, conferem às cortes o poder de aplicar e fazer cumprir os seus dispositivos.

A adoção do constitucionalismo, com a habilitação das cortes para sua aplicação, surgiu contemporaneamente como a forma principal de gestão de conflitos políticos. No entanto, não é raro que se vislumbrem tentativas de ataque à independência judicial e investidas contra as cortes enquanto instituições (SILVA, 2021, p. 53-54).

O controle de constitucionalidade implica em um conflito político, se visto a fundo. É essa percepção de tensão que parece ter levado o legislador constituinte brasileiro a retirar do Poder Judiciário a prerrogativa exclusiva de deliberar sobre o controle de constitucionalidade. De fato, foi isso que aconteceu.

Ao dispor que a suspensão da execução de lei reconhecida como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no controle de constitucionalidade difuso ou incidental, depende de resolução do Senado Federal, a Corte Suprema não decide sobre a constitucionalidade efetivamente, mas apenas emite um parecer, cabendo ao Senado Federal resolver definitivamente.

Se o Supremo Tribunal Federal reconhece uma lei como inconstitucional, mas não possui o poder de suspender sua execução - poder este que, na verdade, está com o Senado Federal - então essa lei permanece no ordenamento jurídico, produzindo efeitos regulares. Isso não significa, entretanto, que a lei seja constitucional, já que uma lei inconstitucional não pode produzir efeitos. A conclusão a que se chega é que a inconstitucionalidade advém do entendimento conjunto do Supremo Tribunal Federal e do Senado Federal.

Esse assunto remete às dificuldades contramajoritárias da atuação do Poder Judiciário. Por essência, o controle exercido pelos juízes afronta, de certo modo, aquilo que foi estabelecido pelo legislador, que é eleito democraticamente, por voto popular. Nesse sentido, considera-se que o debate ao redor da legitimidade do caráter contramajoritário da jurisdição constitucional é uma questão delicada no campo da teoria constitucional (SANTOS, 2015, p. 43).

É possível refutar o caráter contramajoritário da jurisdição constitucional com o argumento de que o juiz constitucional frequentemente decide de acordo com a vontade do povo, o qual, em certas ocasiões, não é adequadamente representado pelo legislador (SANTOS, 2015, p. 43). Além disso, pode-se argumentar que a ampliação dos legitimados ativos e a inclusão da figura do *amicus curiae* contribuíram para democratizar as decisões no controle de constitucionalidade (SANTOS, 2015, p. 43).

Mas, essas justificativas não são inteiramente corretas. É mais acertado afirmar que a relação entre a jurisdição constitucional e a democracia é caracterizada por uma tensão sinérgica (SANTOS, 2015, p. 44).

Entretanto, essa relação tensa pode prejudicar a cooperação entre a jurisdição constitucional e a democracia, quando resulta na percepção de que a jurisdição constitucional é o principal palco de debate para a resolução de conflitos políticos, sociais e morais, ou quando se entende que o poder judiciário é o detentor da última palavra (SANTOS, 2015, p. 44).

Por isso, atualmente, um assunto de especial importância diz respeito à legitimidade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, especialmente por seu órgão de cúpula, que é a suprema corte, ou das decisões dadas por tribunais constitucionais. Em sua estrutura mais pura, os tribunais constitucionais não deliberam sobre questões não constitucionais, e são entidades que estão situadas em outra esfera, política, distinta da esfera do Poder Judiciário.

Essa legitimidade é buscada por meio de recursos como a argumentação, para produzir decisões embasadas nos ideais não apenas de justiça, mas também de democracia, para que se respeite os valores democráticos que se tornaram tão valorizados nas sociedades contemporâneas.

A mutação constitucional, por derivar de decisões judiciais, deve buscar legitimidade democrática. A mudança de significado da norma constitucional decorre de uma alteração na realidade fática ou de nova percepção do direito, e a alteração ocorre à margem dos mecanismos formais previstos para as emendas. Portanto, ela deve se respaldar em uma demanda social efetiva da coletividade, ou seja, deve basear-se na soberania popular.

A mutação constitucional refere-se à criação de uma nova norma constitucional por meio da interpretação do texto constitucional, mediante a constatação de um novo fato que ocorra na sociedade. Esse fato pode ser jurídico, político, econômico ou social e ocorre após a promulgação da Constituição, tornando necessária sua atualização, sem que seja essencial a realização de uma emenda constitucional (ROSA, 2020, p. 16).

A mutação constitucional apenas pode ocorrer de acordo com os limites estabelecidos pela normatividade da Constituição. Isso indica que há uma limitação ao domínio permitido

pelo próprio texto constitucional (PEDRA, 2009, p. 197). Em termos de definição, considera-se tratar de um mecanismo que deriva da relativa maleabilidade das normas constitucionais, a qual decorre de certas características das constituições, como: a linguagem, rica em conceito não-jurídicos, com significados imprecisos; o caráter sintético dos enunciados normativos constitucionais, com ampla margem para interpretação; além de lacunas e omissões (MEINBERG, 2014, p. 69).

A mutação constitucional só pode ocorrer dentro de limites bem definidos. Deve ser entendida como um processo hermenêutico que resulta na fusão de horizontes, no qual a alteração de sentido implica em modificação no interior da própria norma constitucional. Portanto, ela deve ocorrer dentro do perímetro factual do âmbito da norma, de acordo com seu programa.

Dessa forma, quando ocorre uma alteração dentro do âmbito normativo, o programa normativo é o ponto de partida para estabelecer limites, em virtude da relação recíproca de conformação que se estabelece entre essas duas estruturas no processo de modificação da norma jurídica (LANÇA, 2014, p. 105).

É importante destacar a possibilidade de ocorrência de mutações constitucionais que, posteriormente, sejam declaradas inconstitucionais, assim como acontece com os processos formais de alteração do texto constitucional (SILVA, p. 39).

Mas a declaração de inconstitucionalidade não está condicionada ao espaço-tempo em que ocorreu a interpretação modificativa do texto constitucional. O principal critério a ser avaliado é o cumprimento dos limites materiais e formais estabelecidos no art. 60 da Constituição Federal de 1988 (SILVA, p. 40).

O caráter mutacional dotado de alto grau de interpretação, relativo à mudança do sentido originário de determinada norma constitucional, não pode ser utilizado como obstáculo para impedir a possibilidade de arguição de inconstitucionalidade do novo entendimento dado ao preceito constitucional (SILVA, 2014, p. 40).

Por meio da percepção da tensão causada por esse estado de coisas, existe a corrente que defende a desnecessidade de seguir o comando da norma do art. 52, X, da CF/88, com base no argumento da mutação constitucional. Essa corrente, representada no Supremo Tribunal Federal pelos ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, afirma que não há mais sentido em manter a norma do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988, visto que ela confronta as atribuições específicas dos poderes Judiciário e Legislativo, que são distintos entre si.

Dada a importância fundamental do argumento da mutação constitucional para a questão sobre a prevalência da norma do art. 52, X, da CF/88, é imprescindível que seu estudo

seja feito de modo pormenorizado nos tópicos subsequentes. Será exposto o conceito de mutação constitucional, as discussões que marcaram seu surgimento, com o estudo de alguns casos discutidos no âmbito do Supremo Tribunal Federal que contribuíram para despertar a comunidade jurídica para a possibilidade de ocorrência de mutação constitucional.

### **3.3 O conceito de mutação constitucional**

Bulos aponta que inexistente terminologia uniforme para o fenômeno das mudanças informais das constituições. Assim, Jorge Miranda prefere o termo vicissitude constitucional tácita, enquanto Gomes Canotilho faz uso da expressão transições constitucionais. Já Pietro Merola Chierchia utiliza a terminologia processos de fato, Luís Pinto Ferreira adere à expressão mudança material e Anna Candida da Cunha Ferraz se referiu a processos indiretos, processos não formais ou processos informais (1996, p. 28).

A mutação constitucional é um fenômeno jurídico que ocorre gradualmente, ao longo do tempo e dos acontecimentos históricos, e decorre das interpretações que são feitas a partir da Constituição (RODRIGUES E PINÓS, 2013, p. 145).

São essas interpretações, embasadas em regras de hermenêutica constitucional, bem desenvolvidas no Brasil por juristas como Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, que proporcionam uma alteração controlada do significado de determinadas disposições constitucionais.

Diz-se alteração controlada, pois não pode o intérprete da Constituição fazer uma leitura que lhe convém, mas somente aquela que corresponde a alterações substanciais e conformes a diversos princípios estabelecidos para a hermenêutica constitucional, como a força máxima da constituição, a interpretação conforme a constituição, entre outros.

Para se compreender melhor o conceito de mutação constitucional, é importante distinguir o texto constitucional da norma constitucional. O texto constitucional é fonte do direito, um enunciado discursivo prescritivo.

Entretanto, o texto constitucional é apenas o elemento inicial de referência na busca pela interpretação ou concretização. A norma constitucional representa um estágio posterior do texto constitucional, e a interpretação constitucional não se limita apenas à atribuição de significado, mas sim a um processo de densificação e concretização da norma (GALIA, 2006, p. 59).

É possível se referir a diversas classificações da mutação constitucional, elencado algumas espécies: mutação constitucional por formação normativa, mutação constitucional por formação judicial e mutação constitucional por formação consuetudinária (AMORIM, 2014, p. 243).

A mutação constitucional se assenta sobre dois pilares, ambos fundamentais para que sua ocorrência seja constatada e admitida. O primeiro pilar diz respeito à necessidade de a constituição de qualquer Estado se adaptar aos acontecimentos, mudanças sociais, culturais, políticas e econômicas em constante evolução. O segundo pilar é a interpretação das disposições constitucionais pela jurisprudência, que pode levar a modificações na sua aplicação. Dessa forma, as alterações sociais, culturais, políticas e econômicas são múltiplas e estão em constante mudança, enquanto a mutação constitucional é uma consequência da interpretação jurídica.

A Constituição é o diploma fundamental de um Estado, e busca reunir as normas básicas essenciais para a sua organização. Entretanto, é impossível que o legislador constituinte, em determinado momento, consiga abarcar tudo o que é essencial para a organização de um Estado, e ainda mais difícil que possa prever todas as normas necessárias para garantir a regulamentação do Estado, tanto no presente quanto no futuro.

As normas constitucionais são diversas, visto que abrangem normas de organização do Estado, normas relativas a direitos fundamentais, normas programáticas, que são aquelas que embora não garantam o arranjo jurídico para o futuro, buscam prepará-lo. Essas normas programáticas são as mais recentes, e decorreram de uma construção teórica que se preocupou com o projeto de futuro do Estado.

Contudo, ainda que exista essa preocupação, não é possível que o legislador constituinte antecipe todos os eventos possíveis, pois a vida é rica e multifacetada, com infinitas possibilidades. Portanto, orchestra um arranjo constitucional que lhe parece servir ao Estado da melhor forma possível em determinado momento. Com o decorrer dos acontecimentos, as disposições constitucionais podem se tornar obsoletas e a normativa que antes servia bem aos interesses do Estado e dos cidadãos pode não ser mais adequada.

Os limites da mutação constitucional estão contidos na própria normatividade da Constituição, já que a alteração de significado da norma constitucional está vinculada à necessidade de sua adequação à realidade, de modo a garantir efetividade e normatividade. Não se trata de mera mudança de interpretação jurídica resultante da compreensão do intérprete. As mutações devem encontrar respaldo no desenvolvimento das questões sociais, para que tenham lastro democrático e caracterizem uma relação de interdependência (BOTELHO, 2010, p. 32).

Antes de ingressar na análise da importância da interpretação e da hermenêutica relacionada à ocorrência de mutação constitucional, há outro ponto que merece atenção, que diz respeito aos diversos modelos de constituição.

Ao estudar o direito constitucional, é comum que os manuais acadêmicos apresentem diversas características das constituições, que servem para criar distinções teóricas entre elas. As constituições rígidas são aquelas para as quais são previstas, constitucionalmente, a possibilidade de reformas ou revisões constitucionais, porém a partir de pressupostos ou procedimentos especiais que dificultam tais alterações (FAVERO, 1997, p. 39). Logo, existem constituições rígidas, semiflexíveis e flexíveis, além de constituições sintéticas e analíticas.

Ao pensar em exemplos de constituições sintéticas, encontra-se o caso da Constituição dos Estados Unidos da América, que possui pouquíssimos artigos, destrinchados em subdivisões para tratar de assuntos decorrentes. Essa espécie de constituição habitualmente é mais longa do que as analíticas, visto que apenas os assuntos estritamente essenciais à organização do Estado são abordados. Isso faz com que não seja necessário promover alterações substanciais das disposições constitucionais, já que são normas perenes.

Todavia, não se deve atribuir uma ideia fixa de imutabilidade, mas com uma característica tão acentuada de essencialidade que dificilmente necessitam de modificações, pois isso causaria comprometimento à estruturação do Estado.

É por essa razão que a Constituição dos Estados Unidos da América já conta com mais de 200 anos de existência, enquanto outras Constituições apresentam dificuldades para permanecerem vigentes por algumas décadas. No entanto, essa longevidade não se deve exclusivamente ao fato de a Constituição ser sintética, já que, se assim fosse, bastaria adotar esse modelo para resolver todo o ambiente normativo constitucional de qualquer Estado.

Deve-se ainda mais ao fato de que os Estados Unidos da América desenvolveram uma democracia estável e sólida, que impede arroubos autoritários que visem alterar as disposições constitucionais ou mesmo revogar uma constituição em benefício de governantes com pretensões ditatoriais.

Por outro lado, as constituições analíticas são aquelas que abordam diversos assuntos, muitos dos quais de questionável teor constitucional. A Constituição brasileira de 1988 é exemplo de constituição analítica. Trata-se de amplo diploma constitucional, que versa sobre extenso rol de direitos, com tratativas que envolvem a estruturação do Estado, direitos e garantias fundamentais e normas programáticas. Os assuntos são variados e a abordagem é extensa.

Citem-se, a título de ilustração, a abordagem dos direitos individuais e sociais, as disposições sobre o sistema tributário, o meio ambiente e os direitos das crianças e adolescentes, dentre outros. O legislador constituinte brasileiro preocupou-se em elencar na Constituição normas amplas e variadas em razão do período de instabilidade política que assolou o país durante o século XX. A alternância de estilos de governo foi acentuada, com períodos marcados por arroubos autoritários e outros por breves investidas democráticas.

Os arroubos autoritários, que foram sentidos em governos como o de Getúlio Vargas, foram um traço típico do governo militar, que antecedeu o período de redemocratização do Brasil. Durante o governo militar, a população sofreu a supressão de diversos direitos e encontrou-se submetida a ordens discricionárias dos militares. O trauma provocado por esse contexto contribuiu para que o legislador constituinte brasileiro criasse a noção de necessidade de uma extensa regulamentação constitucional, para prevenir o país de futuros ataques ao Estado e à democracia.

Portanto, preferiu-se o modelo de constituição analítica, o qual contribuiu para que a Constituição brasileira de 1988 contasse com disposições sobre os mais diversos assuntos com vistas a garantir uma base normativa sólida a partir da qual a legislação pudesse se desenvolver.

A intenção do legislador constituinte brasileiro, embora nobre, teve como consequência certo engessamento do cenário normativo constitucional, pois em diversos pontos a exaustiva regulamentação constitucional retira a possibilidade da comunidade jurídica lidar com questões de modo diverso daquele projetado pelo legislador constituinte, apesar de sua necessidade.

Há críticas no sentido de que a Constituição brasileira de 1988 é mal redigida, detalhista, analítica e impõe limites além do necessário (MACEDO FILHO, 2006, p. 22). Nesse contexto, quando se constata a necessidade de alteração das disposições constitucionais, a comunidade jurídica passa a se indagar sobre como fazê-lo.

Existe dois modos de alteração. O primeiro é pela via formal das emendas constitucionais. Com efeito, a alteração por emendas constitucionais foi prevista na própria Constituição Federal de 1988, justamente para que as disposições não permanecessem estanques para a eternidade.

Em princípio, a superioridade da Constituição não permite que o órgão investido por ela de determinada competência delegue seu exercício a outro órgão ou autoridade. Essa modificação somente poderia ser efetivada por meio de uma reforma constitucional formal, nos moldes estabelecidos pela Constituição, ou haveria evidente inconstitucionalidade da lei ou ato em desacordo com a competência constitucionalmente estabelecida (FAVERO, 1997, p. 53).

O segundo modo de alteração é por meio da mutação constitucional, possibilidade que passou a ser debatida diante da grande dificuldade de concluir a modificação por meio das emendas constitucionais, já que demandam *quórum* de difícil alcance, especialmente em matérias objeto de desentendimentos entre os parlamentares.

A partir dessa perspectiva, direciona-se para a abordagem desse assunto para o tópico seguinte, juntamente com a questão da inter-relação entre a hermenêutica constitucional e a mutação constitucional.

### **3.4 O advento da mutação constitucional**

Diante da dificuldade de alteração das disposições constitucionais por meio de emendas constitucionais, em virtude do quórum exigido, a comunidade jurídica passou a debater a possibilidade de uma via informal para sua modificação.

No entanto, isso não desconsidera o fato de que a Constituição Federal de 1988 já passou por inúmeras reformas decorrentes de emendas constitucionais. É importante ressaltar que as modificações das disposições constitucionais por meio de emendas foram extensas.

A instabilidade constitucional brasileira é criticada devido à frequência com que as constituições são feitas, refeitas e desfeitas. As constantes emendas desprestigiam e desestabilizam as constituições, cuja estabilidade é fundamental para a proteção dos direitos e estruturas democráticas (DANIELE, 2008, p. 92).

Isso, contudo, não altera a questão de que há diversos outros assuntos que nunca foram objetos de emendas constitucionais. Relembre-se que a Constituição Federal de 1988 é analítica e possui ampla regulamentação de temáticas diversas, o que, embora não reduza a importância dessas alterações, demonstra que ainda há muitas outras que se fazem necessárias.

De fato, foram diversas as disposições constitucionais objeto de alteração por emenda constitucional. Contudo, a necessidade de percorrer essa via formal de alteração da Constituição pode se tornar problemática diante da necessidade de reconstruí-la conforme as mudanças inevitáveis que ocorrem com o passar do tempo e dos acontecimentos. Por isso, começou-se a discutir a possibilidade de alteração informal da constituição por meio do que se denomina de mutação constitucional.

Essa possibilidade foi levantada especialmente por ministros do Supremo Tribunal Federal quando se depararam com o julgamento de determinados casos, que serão apreciados no próximo tópico. A ideia de mutação constitucional surgiu em relação a determinadas

disposições constitucionais que se mostraram defasadas para os tempos atuais, embora tivessem justificativa no passado.

Acredita-se que a realidade é dinâmica e está em constante transformação, e, por isso, o direito não pode permanecer inalterado, como se todo o projeto jurídico, especialmente o projeto constitucional, fosse a solução única e definitiva para reger um Estado.

Os processos formais e informais de alteração das constituições possuem a finalidade de atender às novas necessidades que surgem com o tempo. Mesmo que o texto constitucional permaneça inalterado, o significado pode ser alterado, dadas as circunstâncias de cada momento. É nesse contexto que surge a mutação constitucional, um processo que permite a modificação do alcance das disposições constitucionais por meio da interpretação constitucional, sem a necessidade de modificação do texto constitucional (FERREIRA, 2007, p. 89).

A tensão entre estabilidade e dinamicidade é um ponto de particular importância no direito constitucional, uma vez que nenhuma outra área do direito está tão atrelada à ideia e ao anseio de solidez quanto a esfera do direito constitucional. Em contrapartida, em nenhum outro âmbito as mudanças sociais e políticas impactam tanto quanto no direito constitucional (DANIELE, 2008, p. 81).

Por meio da mutação constitucional, não há alteração do texto da norma, mas sim de seu significado, que passa a ser interpretado de modo diferente, atualizado, para melhor se adequar ao momento jurídico atual. A mutação constitucional detém grande relevância por ser um instrumento de atualização das normas constitucionais sem que isso implique em alteração concreta do texto constitucional, que apenas é feita em casos excepcionais, por meio de emendas constitucionais. Isso ocorre porque a necessidade de manter a Constituição atualizada não pode levar ao seu desprestígio (DANIELE, 2008, p. 91).

É por essa razão que quando se discorre sobre mutação constitucional, é inevitável invocar o estudo da interpretação e da hermenêutica, pois, se a mutação constitucional desponta a partir da necessidade de atualizar a leitura das disposições constitucionais, deve seguir parâmetros limitados, fornecidos pelas regras básicas de interpretação e hermenêutica constitucional.

Ao considerar a possibilidade de mutação constitucional, o jurista precisa manter sua análise guiada por parâmetros objetivos, que só podem ser encontrados dentro da área do estudo jurídico que é a hermenêutica. Isso para evitar que, sob pretexto de atualizar a leitura de uma norma, haja uso para satisfação de interesses particulares de indivíduos ou grupos, em detrimento dos interesses da sociedade, que devem ser protegidos de forma legítima.

A principal forma pela qual ocorre a mutação constitucional é a interpretação do texto da Constituição. Dentre as várias formas de interpretação, destacam-se a construtiva e a evolutiva. A interpretação construtiva consiste em ampliar o sentido de uma norma constitucional com o objetivo de criar uma nova figura ou hipótese de incidência não prevista anteriormente.

Por sua vez, a interpretação evolutiva está relacionada à aplicação da Constituição a situações que não existiam ou que não foram previstas à época de sua promulgação, mas que podem ser enquadradas a partir dos contornos semânticos do texto constitucional (ROSA, 2020, p. 25).

A ideia de mutação constitucional possui uma finalidade importante, que é a de manter as disposições constitucionais atualizadas e relevantes, de acordo com os tempos atuais. No entanto, é importante mencionar que há espaço para críticas, já que, ao contrário da via formal das emendas constitucionais, a mutação constitucional acontece de forma informal. Mesmo com os limites impostos pelas regras de hermenêutica, há uma ampla margem para que o conteúdo da norma sofra transformações significativas, podendo se distanciar do que foi previsto pelo legislador constituinte.

Além disso, a mutação constitucional atribui amplo poder ao agente responsável por reconhecê-la. Ao ser reconhecida, essa mutação produz efeito de alteração de uma disposição constitucional, modificando o impacto que produz no ordenamento jurídico, ainda que essa modificação não recaia sobre seu texto original.

Embora o texto da disposição constitucional permaneça intacto, suas consequências deixam de ser as previstas pelo legislador constituinte. Portanto, é importante destacar que o agente responsável pelo reconhecimento da mutação constitucional tem o poder de interferir diretamente nas consequências jurídicas decorrentes da Constituição, o que deve ser analisado com atenção, dado o impacto que pode acarretar sobre o ordenamento jurídico.

Dado que esse agente é o Supremo Tribunal Federal, esse sensível tópico, o sensível tópico da possibilidade de mutação constitucional dialoga com outro já abordado, que é a ampliação do poder da suprema corte. Esse assunto é amplamente discutido e alvo de inquietação pela comunidade jurídica.

### 3.5 Análise de julgados acerca da mutação constitucional

Para compreender o fenômeno da mutação constitucional, é importante analisar os casos em que o Supremo Tribunal Federal a reconheceu, pois a partir dessa análise é possível identificar os elementos que levam à mutação.

#### 3.5.1 A extração de asbesto/amianto e a substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que o contenham

Para o debate promovido por este trabalho, um julgado de grande relevância é aquele referente à extração de asbesto/amianto e a substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que o contenham. O Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria e incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 9.055/1995, com efeito vinculante e *erga omnes*. O mencionado art. 2º dispõe:

Art. 2º. O asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei (BRASIL, 1995)

Essa lei disciplina a extração, industrialização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. O dispositivo já havia sido declarado inconstitucional, incidentalmente, no julgamento da ADI 3.937/SP (rel. orig. min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. min. Dias Toffoli, julgamento em 24-8-2017).

Com a manifestação do Ministro Gilmar Mendes, pareceu à Corte ser necessário alinhar as decisões que ocorrem no controle de constitucionalidade concentrado e no controle de constitucionalidade difuso ou incidental, a fim de evitar anomalias e fragmentação da unidade. O art. 535 do CPC/15 reforça esse entendimento:

Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir: [...]  
§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso (BRASIL, 2015).

Na ocasião, o ministro Gilmar Mendes apontou que estava sendo feita uma releitura do disposto no art. 52, X, da CF/88, de modo que bastaria ao Supremo Tribunal Federal comunicar ao Senado Federal a decisão de declaração de inconstitucionalidade, para que esse apenas fizesse a publicação, intensificando a publicidade (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p. 806).

Por sua vez, o ministro Celso de Mello destacou que se estaria diante de uma verdadeira mutação constitucional, com expansão dos poderes do Supremo Tribunal Federal na seara da jurisdição constitucional. Assim, a interpretação seria aquela que conferisse ao Senado Federal a simples competência para publicar e divulgar a decisão do Supremo Tribunal Federal. A decisão da corte teria, portanto, eficácia vinculante independentemente de sua publicação pelo Senado Federal (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p. 806).

Desse modo, estar-se-ia a reconhecer a inconstitucionalidade da própria matéria que objeto do controle de constitucionalidade concentrado, com prevalência do entendimento de que a utilização de asbesto/amianto fere postulados constitucionais, e, portanto, não pode ser autorizada.

A ministra Cármen Lúcia indicou ainda que a corte estaria se dirigindo para uma inovação de jurisprudência, no sentido de que não se declararia mais a inconstitucionalidade de atos normativos individualmente, mas sim da própria matéria neles contida (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p. 806).

O ministro Edson Fachin concluiu que a declaração de inconstitucionalidade, ainda que incidental, operaria preclusão consumativa da matéria, o que evitaria discussões redundantes e infinitas sobre o mesmo assunto. Portanto, todas as normas permissivas seriam consideradas inconstitucionais diante da preclusão consumativa da matéria (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p. 806).

Esse julgado é de grande importância tanto pelo tema da mutação constitucional quanto pela discussão a respeito da abstrativização do controle de constitucionalidade difuso ou incidental. O debate que se deu em relação ao asbesto/amianto intensificou-se muito no cenário jurídico, dividindo aqueles que aceitam o argumento da mutação constitucional daqueles que defendem que apenas por meio de emenda constitucional seria possível afastar o comando da norma do art. 52, X, da CF/88.

Uma crítica que deve ser feita é a de que se percebe uma grande falta de harmonização do entendimento sobre o que é a mutação constitucional. A expressão parece ter adquirido um

sentido retórico dentro do Supremo Tribunal Federal, pois os ministros não conseguem se alinhar em uma coerência interna.

Muitos usam a mesma expressão com sentidos completamente diferentes em várias decisões. Pelo que se nota, a expressão é, essencialmente, empregada quando um ministro pretende revestir seu parecer de caráter revolucionário. Existe uma falta de preocupação técnica e científica (PEDRON, 2011, p. 64).

### 3.5.2 A progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados

Em outro julgado importante, decorrente da Reclamação Constitucional 4.335-5/AC, o Supremo Tribunal Federal abordou o assunto da mutação constitucional com relação à norma do art. 52, X, da CF/88, quando analisou a progressão de regime para condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados.

Em 23 de fevereiro de 2006, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *habeas corpus* 82.959/SP, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, que vedava a progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados.

A corte suprema entendeu que a vedação à progressão de regime que consta da Lei dos Crimes Hediondos violaria o princípio da individualização da pena, disposto na norma do art. 5º, XLVI, da CF/88. Dessa forma, foi concedida a ordem para que o paciente tivesse o direito à progressão de regime durante o cumprimento de pena.

Com base nesse precedente, a Defensoria Pública da União requereu ao juízo de execuções penais da comarca de Rio Branco/AC que fosse concedido o mesmo benefício aos seus assistidos, o direito à progressão de regime, já que o obstáculo da Lei n. 8.072/90 havia sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso.

Diante da negativa do referido juízo em deferir o pedido, fundamentado na ausência de resolução do Senado Federal suspendendo a eficácia do dispositivo e que os efeitos da decisão proferida no *habeas corpus* 82.929/SP beneficiariam de modo exclusivo as partes daquela demanda, a Defensoria Pública da União ajuizou uma Reclamação.

Assim, intensificou-se o debate no cenário jurídico brasileiro sobre a eficácia real da participação do legislativo no controle de constitucionalidade difuso, especialmente em razão do voto do ministro Gilmar Mendes, favorável à ocorrência de mutação constitucional para

afastar a necessidade de respeito à norma do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988 (TAVARES, 2015, 287-288).

Em seu voto, o ministro expõe duas posições existentes: uma no sentido de que o Senado Federal atua apenas como órgão de divulgação das decisões do Supremo Tribunal Federal e outra no sentido de que o Senado Federal atua politicamente para conferir eficácia geral a uma decisão judicial que inicialmente se aplica apenas aos particulares (PEDRON, 2011, p. 23).

O controle concentrado de constitucionalidade seria uma evolução do direito constitucional, por ser mais eficaz, e o próximo passo deveria ser a extinção do controle difuso. Dessa forma, o papel do Senado Federal precisa ser objeto de transformação, já que ainda permanece, em grande medida, por razões meramente históricas (PEDRON, 2011, p. 25).

O ministro menciona que em diversas situações a participação do Senado Federal foi considerada dispensável pelo Supremo Tribunal Federal. Ele sustenta que o sistema difuso não é capaz de solucionar os julgados com eficiência e rapidez (PEDRON, 2011, p. 25-26).

Por outro lado, o ministro Eros Grau, em seu voto, apontou o aumento da litigiosidade e o risco de não se obter uma prestação jurisdicional efetiva por meio da eficácia *inter partes* do sistema difuso, reconhecendo, assim, a necessidade de uma nova interpretação da norma que exclua a participação do Senado Federal (PEDRON, 2011, p. 28). Reconhece-se que a norma do art. 52, X, da CF/88 é obsoleta, diante das necessidades contemporâneas (PEDRON, 2011, p. 31).

Quanto ao ministro Sepúlveda Pertence, ele defendeu que não se deveria falar em mutação constitucional, pois tal ideia poderia levantar suspeitas de um golpe de Estado. Para o ministro, o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade pelo sistema difuso é um marco da tradição constitucional brasileira que deve ser mantido. Assim, as pretensões dos votos dos demais ministros são falhas por atentarem contra a lógica da própria história do direito constitucional brasileiro (PEDRON, 2011, p. 33).

Em seu voto, o ministro Joaquim Barbosa contestou as considerações favoráveis à mutação constitucional e negou sua possibilidade. Ele entendeu que a norma do art. 52, X, da CF/88 não é contraditória com a sistemática do controle de constitucionalidade misto previsto pela constituição (PEDRON, 2011, p. 34).

Além disso, apontou que o caso não indica a possibilidade de mutação constitucional pois não observava dois requisitos fundamentais para que ocorresse: a existência de um lapso temporal razoável e a definitiva dessuetude do dispositivo (PEDRON, 2011, p. 34).

### 3.5.3. Recurso Extraordinário nº 197.917/SP (Mira Estrela)

O julgamento do RE 197.917/SP é outro caso relevante para a análise da abstrativização do controle de constitucionalidade difuso. Inicialmente, tratava-se de uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a Câmara Municipal de Mira Estrela, na qual se pedia a redução do número de vereadores de onze para nove, a extinção de dois mandatos legislativos e devolução dos valores recebidos por candidatos eleitos além do limite de nove vereadores. A alegação era de que o parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica do município não respeitava a proporção estabelecida pelo art. 29, IV, alínea a, da CF/88.

A alegação de inconstitucionalidade não foi provida em segunda instância, o que deu origem a recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal. O recurso foi parcialmente provido pelo STF, que determinou à Câmara Municipal a adoção de medidas necessárias para adequar sua composição de acordo com a proporção estabelecida pelo art. 29, IV, alínea a, da Constituição.

O julgado levou o Tribunal Superior Eleitoral a editar a Resolução n. 21.702/04, orientando que a competência das Câmaras de Vereadores para fixar o número de suas cadeiras deveriam nos termos do art. 29, IV, da Constituição, “orientar-se segundo a interpretação que lhe foi dada pelo STF, a quem compete precipuamente sua guarda” (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2014).

A resolução foi alvo de contestação por generalizar regra fixada em recurso extraordinário, sendo objeto de inúmeras ações diretas de inconstitucionalidade, todas elas julgadas improcedentes ou inadmitidas.

A importância do caso do município de Mira Estrela reside no reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de que com base em um julgamento concreto é possível criar uma norma geral e abstrata, de maneira que o efeito vinculante se originou não no controle de constitucionalidade concentrado, mas no difuso (MAIOR, 2019, p. 84).

## **CAPÍTULO 4 A RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL**

### **4.1 Notas introdutórias**

Nos capítulos anteriores, discorreu-se sobre assuntos imprescindíveis para este derradeiro capítulo, os quais construíram uma base de análise para que fosse possível apresentar a centralidade teórica deste trabalho: indaga-se sobre a necessidade de resolução do Senado Federal para o controle de constitucionalidade incidental.

Primeiramente, abordou-se o controle de constitucionalidade, de modo geral, elencando suas características, especialmente no direito brasileiro, uma vez que o controle de constitucionalidade possui diversas nuances, a depender do ordenamento jurídico em que está inserido.

Posteriormente, foi analisado com maior amplitude o controle de constitucionalidade difuso, pois é nessa espécie de controle que se insere a discussão sobre a necessidade de resolução do Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, conforme a norma do art. 52, X, da CF/88.

Para essa espécie de controle de constitucionalidade, foram apresentadas as características do sistema brasileiro, dada a perspectivas de diferenças substanciais conforme o ordenamento jurídico.

É importante ressaltar que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é bastante complexo, pois combina o controle concentrado e o difuso, enquanto outros sistemas se limitam a apenas um deles. Por isso, é comum citar o direito austríaco como exemplo principal de controle concentrado e o direito norte-americano como exemplo de controle difuso.

Após o estudo do controle de constitucionalidade, ingressou-se para a análise de um assunto primordial para a indagação sobre o comando da norma do art. 52, X, da CF/88: a mutação constitucional. Isso porque, como será tratado no próximo tópico, parte dos ministros do Supremo Tribunal Federal possuem inclinação para reconhecer a desnecessidade de resolução do Senado Federal em razão do argumento da mutação constitucional, que foi abordado no capítulo anterior.

Como dito anteriormente, a mutação constitucional é uma categoria baseada na alteração espontânea do significado das disposições da Constituição Federal pelo influxo do

tempo e dos acontecimentos históricos. As coisas da vida, e, em decorrência, também do universo jurídico, estão em constante evolução, não permanecem inertes, como são, para sempre. Tanto a vida em sociedade quanto o universo jurídico são dinâmicos e estão em constante evolução, o que torna complexa a tarefa de adequar as constituições à realidade social. Por essa razão, a mutação constitucional é de grande importância (DANIELE, 2008, p. 82).

Os eventos que acontecem e ocasionam mudanças no plano da vida e da realidade exigem que o ordenamento jurídico as acompanhe, e não há alternativa para este aspecto, visto que o direito é um instrumento para as pessoas e não o contrário. É a distinção entre a realidade da Constituição e a normatividade da Constituição que torna necessário o fenômeno da mutação constitucional (BAINI, 2012, p. 53).

Ao considerar a Constituição Federal como o diploma mais importante de um ordenamento jurídico, é natural que ela mesma deva sofrer os influxos dessas mudanças e permitir alterações espontâneas de suas disposições a partir de novas interpretações e leituras. É importante ressaltar que não se deve permitir que seu conteúdo seja manejado ao sabor de interesses e de forma arbitrária, mas por meio uma releitura adequada e necessária. Essa flexibilidade é essencial para que a Constituição não se torne excessivamente rígida e inapta para lidar com as transformações da sociedade, evitando assim que a rigidez se revele como fraqueza.

Por conseguinte, é com base no argumento da mutação constitucional que ministros do Supremo Tribunal Federal têm se inclinado a considerar que o comando da norma do art. 52, X, da CF/88 deveria passar por uma releitura por não comportar as necessidades atuais no cenário jurídico brasileiro. Discute-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade de uma lei, no controle de constitucionalidade difuso, não deveria ficar submetida à decisão do Senado Federal de resolver definitivamente a questão.

Esse assunto foi amplamente debatido durante o julgamento da inconstitucionalidade da autorização para extração e utilização do asbesto/amianto. Durante o julgamento, ministros como Gilmar Mendes e Celso de Mello defenderam que caberia ao Senado Federal apenas a competência para publicar a decisão do Supremo Tribunal Federal, o que contraria frontalmente as disposições da norma do art. 52, X, da CF/88.

Contudo, há corrente que entende que não prevalece o argumento da mutação constitucional, a partir do pensamento de que somente por meio formal de emenda constitucional seria possível extinguir a observância obrigatória da norma do art. 52, X, da CF/88. Essa corrente sustenta, como será melhor explicado adiante, que o argumento da mutação constitucional não deve prevalecer, pois é arriscado que questões de tamanha

importância fiquem submetidas à decisão da corte suprema, em claro confronto com a vontade do legislador constituinte.

Ainda que a mutação constitucional deva, necessariamente, passar pelo crivo de regras de hermenêutica, de forma que o julgador não pode decidir com base em parâmetros sem definição precisa, o que ocorre, de fato, é a alteração da interpretação das disposições constitucionais, mesmo sem modificação de seu texto. Essa é uma questão delicada que requer cuidadosa consideração.

A possibilidade do Supremo Tribunal Federal reconhecer a mutação constitucional dialoga com o igualmente sensível tema do ativismo judicial, ou protagonismo judicial. Nesse sentido, o Poder Judiciário assume uma posição de destaque frente aos outros poderes, por fazer uso de suas prerrogativas para atuar de modo mais impactante, emanando decisões que, supostamente, atendam ao melhor interesse do caso concreto e da sociedade em geral. No entanto, é importante mencionar o risco de se exceder nesse intuito.

#### **4.2 Aspectos históricos sobre o advento e evolução da resolução do Senado Federal no controle de constitucionalidade incidental**

Apesar de ser uma discussão atual, a disposição contida no art. 52, X, da CF/88 não é uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Constituições anteriores já previam essa disposição. No entanto, a discussão adquiriu maior relevância apenas recentemente, e, desde então, os debates acerca desse assunto se intensificaram.

Streck ensina que uma das inovações da Constituição brasileira de 1934 reside na atuação do Senado Federal no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, pois foi nesse momento que começou a ser resolvido o problema do efeito *erga omnes* inexistente na Constituição de 1891.

Desse modo, de acordo com o art. 91, IV, da Constituição de 1934, o Supremo Tribunal Federal, após declarar a inconstitucionalidade em sede de recurso extraordinário ou julgamento ordinário, deveria comunicar ao Senado Federal, ao qual competia suspender a execução da lei ou ato normativo (STRECK, 2018, s. p.). Nem a Constituição do Império nem a Constituição de 1891 previram tal disposição normativa.

Quanto às constituições posteriores à de 1934, com exceção da Constituição de 1937, que é omissa sobre o assunto, a suspensão de leis e atos normativos declarados inconstitucionais pelo Senado Federal foi mantida como sua competência privativa, com determinadas alterações substanciais e formais.

Por conseguinte, as Constituições de 1946 e de 1967, assim como a Emenda Constitucional n. 1/69, incluíram a disposição normativa, todas com a seguinte redação: “suspender e execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (BRASIL, 1946; 1967; 1969). Assim, sobre o histórico dessa disposição constitucional:

A Constituição de 1934, em seu Art. 91, IV, dava competência ao Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou acto, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário. O artigo 64 da Constituição de 1946 incumbia ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. O artigo 45, IV, da Constituição de 1967 dava competência privativa ao Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 52, X, manteve a mesma posição adotada no Brasil há mais de cinquenta anos, dando competência privativa ao Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (PASSOS, 2008, p. 46).

Talvez isso se deva ao compasso dos eventos políticos que ocorreram no Brasil ao longo das últimas décadas. O país passou por movimentos políticos abruptos, grandes rupturas e períodos marcados por regimes essencialmente ditatoriais. Esse caráter autoritário trouxe consigo a predominância do poder executivo, centrado na figura do Presidente da República, que foi a figura primordial no cenário político do país ao longo das últimas décadas, especialmente durante governos como o de Getúlio Vargas e o governo militar.

Com a proeminência do Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário foram sufocados. Em muitos períodos, houve forte interferência do Poder Executivo, que controlou ambos com intensidade. Portanto, é natural que uma disposição como a norma do art. 52, X, da CF/88 não tenha causado tanta celeuma ou repercussão naquele momento. Sua importância não era tão evidente naquela época. Se o Poderes Judiciário e Legislativo não tinham o peso que deveriam ter, então as interferências entre eles também não teriam tanta relevância.

Contudo, após esse período de proeminência do Poder Executivo, com a redemocratização do Brasil a partir da Constituição de 1988, os Poderes Judiciário e Legislativo voltaram a figurar em suas devidas posições de destaque no cenário político do país. A Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, foi concebida e articulada para ponderar o peso entre todos os poderes, como de fato o fez. Ela restaurou o equilíbrio entre eles e, em decorrência, também o equilíbrio jurídico e político do Brasil.

A partir desse momento, é compreensível que as relações entre os poderes começassem a assumir proporções diferentes, já que cada um deles possui funções e importâncias bem definidas e delimitadas. Nesse contexto, o caso da disposição contida no art. 52, X, da CF/88 é particularmente interessante, pois retrata com fidelidade a interferência de um poder sobre outro.

Portanto, a questão dos limites de atuação do Supremo Tribunal Federal no que se refere à abstrativização dos efeitos das decisões no controle de constitucionalidade difuso torna-se delicada, uma vez que há uma evidente tensão entre essa tendência e a manutenção do sistema de controle de constitucionalidade idealizado pelo legislador (ROCHA, 2015, p. 78).

Ao determinar que a suspensão de uma lei, mesmo após o reconhecimento de sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade difuso, depende de resolução do Senado Federal, há um potencial choque entre os dois poderes, gerando tensão. Nesse caso, é difícil concluir se essa tensão é benéfica ou prejudicial para o ambiente jurídico e político do país.

Essa afirmação deriva da observação de que, a princípio, o controle de constitucionalidade é - ou deveria ser - exercido exclusivamente pelo Poder Judiciário e por outras autoridades, conforme construção jurisprudencial e doutrinária, não sendo função do Poder Legislativo, que tem a função primordial de legislar. Embora também existam funções de controle, estas são referentes ao controle externo de entes e órgãos públicos, e não ao controle de constitucionalidade.

A função de exercer o controle de constitucionalidade coube ao Poder Judiciário desde o princípio. De fato, desde o célebre caso *Marbury vs Madison*, ocorrido nos Estados Unidos da América, tal função tem sido exercida por juízes. Cabe lembrar também que esse caso é frequentemente apontado como o primeiro exercício de controle de constitucionalidade, apesar da existência de outros anteriores em países da América Latina e até mesmo em solo norte-americano, mas que não receberam tanta atenção.

Todavia, a posição ressaltada é de que o controle de constitucionalidade coube aos juízes desde o primórdio, seja qual fosse o sistema de controle. Nos Estados Unidos da América, predominou o controle de constitucionalidade difuso, feito por qualquer magistrado, com o efeito de criar jurisprudência para servir de respaldo às decisões de outros magistrados em casos similares.

Na Áustria, o controle de constitucionalidade concentrado feito por um tribunal constitucional ganhou destaque e se solidificou. Nessa espécie de controle, a corte decide sobre a constitucionalidade de uma norma e essa decisão irradia seus efeitos e gera validade para todo

o ordenamento jurídico. Já no Brasil, o sistema de constitucionalidade foi formado a partir de uma simbiose entre os sistemas descritos acima. (AMARAL, 2014, p. 57).

É possível que o magistrado singular exerça o controle de constitucionalidade difuso, cujos efeitos mais amplos, para além do caso concreto, somente surgem a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal também se debruça sobre a questão. No entanto, é importante observar a discussão que anima este trabalho sobre a necessidade de resolução do Senado Federal para que a decisão ganhe efeitos *erga omnes*.

Também é possível que o Supremo Tribunal Federal resolva diretamente a questão, quando é levada até ele por meio do controle de constitucionalidade concentrado. Nessa situação, a decisão da Corte possui efeito imediato e direto sobre todo o ordenamento jurídico.

Considera-se que no controle de constitucionalidade concentrado não há qualquer discussão, pois a palavra cabe ao Poder Judiciário. Já no controle de constitucionalidade difuso, mais especificamente, incidental, a interferência do Poder Legislativo sobre o Poder Judiciário, criado pela Constituição Federal de 1988, pode ganhar proporções acentuadas.

A Constituição é o retrato da manifestação do poder constituinte originário de uma determinada época e é natural que a necessidade contínua de evolução gere tensão entre o compromisso original estabelecido - no caso, a intervenção do Senado Federal - e as novas aspirações sociais, que demandam a alteração do sentido original da Constituição. Pode-se afirmar que o sucesso de uma constituição é, em grande medida, o êxito do seu modelo de abertura em relação às mudanças (SANTOS, 2013, p. 149).

Há uma mistura de papéis entre os poderes que gera não só interferência, mas também uma indisposição entre eles, que pode ser prejudicial para um país republicano e democrático, como o Brasil. É fundamental que as funções de cada poder sejam bem delimitadas, de forma a manter um equilíbrio entre as engrenagens do Estado. A discussão abordada neste trabalho se refere à necessidade de resolução do Senado Federal para a suspensão de norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, isso não impede críticas ao fato de que a Constituição Federal teria feito melhor em não trazer esse dispositivo, o comando da norma do art. 52, X, da CF/88. Ao fazê-lo, gerou discussões e instabilidade e trouxe a necessidade de prolongadas discussões, como a que neste momento se faz, sobre as consequências da disposição e sobre como proceder em relação a ela. É essencial que o arranjo jurídico, principalmente no que se refere ao equilíbrio entre os poderes, seja bem pensado e articulado.

#### **4.3 A tensão entre os poderes legislativo e judiciário: a controvérsia a respeito dos limites de atuação entre os poderes e os impactos decorrentes**

Do modo como foi colocado, o comando previsto no art. 52, X, da CF/88 gerou atrito entre o poder judiciário e o legislativo, ao confundir suas funções. Retirou do primeiro a função ancestral de deliberar sobre a constitucionalidade de normas e entregou-a, em parte, ao segundo, ao lhe atribuir uma função estranha.

O poder legislativo foi concebido para legislar, criar o direito de acordo com representantes legitimamente eleitos por sufrágio popular. A responsabilidade da criação inicial do direito é, portanto, sua. Já o controle de constitucionalidade é atribuição do poder judiciário, responsável por criar o direito em sua forma definitiva.

Pode-se argumentar que o Poder Judiciário, em algumas situações, age de forma contramajoritária. De fato, a jurisdição constitucional, que tem como objetivo preservar princípios e garantias constitucionais, pode ir contra os interesses de grupos sociais ou até mesmo da maioria da sociedade, revestindo-se de um caráter contramajoritário (DUTRA, 2010, p. 219).

Ainda que o faça, é a instância à qual cabe o controle da criação legislativa, por uma construção histórica e que permanece atual. A dificuldade contramajoritária reside na natureza antidemocrática do controle de constitucionalidade. Isso se deve ao fato de que o legislador é eleito democraticamente, por meio do voto popular, e a criação legislativa possui, portanto, legitimidade decorrente da eleição do legislador.

Ao contrário do legislador, o magistrado não é eleito por voto popular, embora existam Estados em que isso ocorra. A legitimidade do exercício de seus poderes não decorre, portanto, do voto popular, mas sim das prerrogativas estabelecidas na própria Constituição. Assim, ao exercer a prerrogativa de controle de constitucionalidade, o magistrado age de acordo com poderes que foram conferidos a ele, mas que não encontram respaldo na vontade popular.

Quando o magistrado ou a corte entendem pela inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, reconhecem que a criação do legislador não deve prevalecer, pois está em confronto com a Constituição. No entanto, o legislador atuou de acordo com a legitimidade que lhe foi conferida pelo voto popular, enquanto o magistrado ou a corte não. O magistrado, ou a corte, não. Disso decorre a denominada dificuldade contramajoritária.

Esse imbróglio pode e deve ser atenuado por mecanismos e comportamentos que busquem, na medida do possível, sustentar as decisões proferidas no âmbito do controle de constitucionalidade. Assim, as discussões sobre a fundamentação das decisões ganham

proeminência, com o objetivo de revestir essas decisões de legitimidade. Embora isso não resolva o problema, pelo menos o reduz.

A dificuldade contramajoritária é uma questão presente e difícil de ser completamente extinta, dadas as características distintas dos poderes e a tensão que naturalmente surge entre eles.

No entanto, é possível atenuá-la por meio de mecanismos e comportamentos que busquem sustentar as decisões proferidas no âmbito do controle de constitucionalidade. Observa-se que, embora essa discussão não possa ser eliminada por completo, ela pode ser amenizada por determinados argumentos, como, por exemplo, o discurso em torno da "proporcionalidade" e "razoabilidade" que são utilizados no controle de constitucionalidade difuso para avaliar a validade das normas (SILVA, 2020, p. 158).

Está na essência do Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade, e pode-se concluir que a grande celeuma em torno da norma do art. 52, X, da CF/88 reside no fato de que o legislador constituinte, mesmo com a intenção de trazer maior segurança ao ordenamento jurídico, provocou um conflito desgastante entre os poderes Judiciário e Legislativo, que ainda não foi resolvido.

Dito isso, deve-se passar à análise específica das razões que já foram lançadas sobre o dever de respeitar, ou não, a disposição da norma do art. 52, X, da CF/88. Nesse ponto, existem dois argumentos principais em defesa das duas correntes: um argumento pela desnecessidade de respeitar a norma do art. 52, X, da CF/88, com base no princípio da mutação constitucional, e outro argumento pela necessidade de respeitar a norma, uma vez que somente poderia ser afastada por meio da via formal das emendas constitucionais.

#### **4.4 O argumento da mutação constitucional: uma nova fundamentação teórica a justificar a desnecessidade de aderência do Poder Legislativo**

Como dito, o argumento fundamental que sustenta a primeira corrente diz respeito à ideia da mutação constitucional. Ao considerar a mutação constitucional como um mecanismo informal de alteração da Constituição Federal, argumenta-se que houve mutação quanto à norma do art. 52, X, da CF/88, de modo que atualmente a necessidade de resolução do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal estaria dispensada.

Esse argumento se baseia na ideia de que já não faz sentido que a corte suprema fique submetida, em última análise, à decisão do Senado Federal em um campo de atuação que deveria permanecer exclusivamente na alçada do Poder Judiciário.

Antes, talvez a regra fizesse sentido devido à preocupação com a proteção do equilíbrio entre os poderes em um momento de transição de regimes ditatoriais para o regime democrático atual. No entanto, agora, essa regra já não se justifica e deveria ser desconsiderada por meio do fenômeno da mutação constitucional.

O argumento sobre a ocorrência de mutação constitucional da norma do art. 52, X, da CF/88 foi apresentado pelo ministro Gilmar Mendes no voto proferido nos autos da reclamação constitucional n. 4.335/AC.

A partir da premissa de que os processos informais de alteração da constituição de fato existem e que o Supremo Tribunal Federal detém legitimidade para exercer essa atividade, Gilmar Mendes argumentou que houve mutação constitucional da mencionada norma. A partir de então, o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso seria apenas o de dar publicidade às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (ARAUJO, 2011, p. 13).

Note-se que o fenômeno da mutação constitucional é fundamental para entender a corrente que defende a desnecessidade de seguir a norma do art. 52, X, da CF/88. É impossível compreender o argumento dessa corrente sem entender que, devido ao decurso do tempo e aos acontecimentos históricos, a norma já não tem mais razão de ser.

Com efeito, a noção de mutação constitucional está inteiramente enraizada na ideia de que a Constituição não é um texto estanque, mas sim um documento vivo e pujante que deve se conformar, ao longo do tempo, aos ajustes econômicos, políticos e sociais de uma sociedade. Isso é fundamental para evitar que a Constituição se torne excessivamente rígida e perca seu significado e relevância histórica, em virtude do descompasso com a realidade.

A fluidez da realidade não apenas permite como demanda as mutações constitucionais, dada a necessidade de superação do sentido original do texto constitucional pela realidade que se modificou, de modo a acrescentar algo novo ao significado inicialmente atribuído à norma constitucional (PÁDUA, 2006, p. 33).

Portanto, aquilo que o legislador constituinte a princípio tomou como correto e necessário em determinado momento histórico, pode ceder mais adiante, para que a Constituição permaneça atual e, sobretudo, forte.

A possibilidade de alterar o sentido das disposições constitucionais sem modificar seu texto é um problema constitucional que envolve a dualidade entre normas e fatos, ou seja, entre

a realidade e a normatividade constitucional (FERREIRA, 2010, p. 194). Nesse sentido, no atual cenário político e jurídico brasileiro, não se justifica mais que uma decisão do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do controle de constitucionalidade, ainda que difuso, esteja subordinada à decisão do Senado Federal.

O Supremo Tribunal Federal discutiu essa questão e alguns ministros, como Gilmar Mendes e Celso de Mello, aventaram a possibilidade de mutação constitucional da norma do art. 52, X, da CF/88, durante o julgamento da inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/95, que disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contêm, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, e estabelece outras providências.

Naquela ocasião, conforme exposto no capítulo anterior em que foram estudados detalhadamente os pormenores da discussão, esses ministros afirmaram que caberia ao Senado Federal apenas publicar a decisão do Supremo Tribunal Federal, dando-lhe apenas publicidade. A falta dessa publicação não implicaria efeitos sobre a decisão sobre a inconstitucionalidade já proferida pela corte suprema, com efeitos vinculantes.

Portanto, o que ocorre é uma releitura do art. 52, X, da CF/88 pelo Supremo Tribunal Federal diante da multiplicidade de processos com objeto idêntico que afloram no sistema difuso. Um aspecto interessante a ser apontado é se, sendo possível ao Supremo Tribunal Federal arrogar-se a prerrogativa de entender pela mutação constitucional, o legislador poderia, então, superar eventuais declarações de inconstitucionalidade por meio da aprovação de emendas constitucionais.

Isso ocorre porque a inconstitucionalidade já foi reconhecida, mas o legislador busca outra forma de restaurar a constitucionalidade, por meio de emendas constitucionais. Trata-se de ponto sensível que evidencia a delicadeza dos diálogos institucionais. Tipicamente, é essa a via pela qual o Congresso Nacional supera as decisões de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, mas a questão não é isenta de debates (PESSANHA, 2011, p. 382).

Por conseguinte, como foi mencionado, compete ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade desde seus primórdios, não apenas por razões históricas, mas por toda a construção jurídica sobre o assunto. Pode-se questionar que, especialmente na Europa continental, é comum que o controle de constitucionalidade seja exercido por um tribunal constitucional, que não é parte de nenhum dos poderes tradicionais - o executivo, o legislativo e o judiciário.

Os tribunais constitucionais integram outra esfera: a esfera política. São diferentes das cortes supremas, modelo adotado por países como os Estados Unidos da América e o Brasil. A

maior distinção entre os tribunais constitucionais e as cortes supremas é que o primeiro é responsável exclusivamente por apreciar questões constitucionais, enquanto o segundo se debruça sobre todas as questões, desde que contenham elementos constitucionais a serem debatidos.

Embora exista o controle de constitucionalidade exercido por tribunais constitucionais, é importante não confundir a esfera política em que eles atuam com a esfera do Poder Legislativo. São esferas completamente distintas.

Neste trabalho, aponta-se que o controle de constitucionalidade compete ao Poder Judiciário sem que se esqueça da existência de tais tribunais constitucionais. No entanto, isso não altera o raciocínio desenvolvido, já que o controle é excluído da esfera do poder legislativo.

A previsão contida no art. 52, X, da CF/88 parece representar um resquício de desconfiança em relação ao poder judiciário. Ao analisar a redação da norma, percebe-se que subordinar a decisão do Supremo Tribunal Federal à do Senado Federal implica em grande parte na perda de autoridade da corte, o que pode potencialmente afetar a força das decisões judiciais.

Nesse sentido, argumentos que podem embasar a tese da mutação constitucional são: a ofensa à separação dos poderes; a perda da independência do juiz; a petrificação do direito; a violação ao juiz natural; a incompatibilidade com o sistema constitucional brasileiro; o descompromisso com a legalidade e a legitimidade; a violação ao princípio do contraditório (KOZIKOSKI JUNIOR, 2008, p. 161).

Parece haver, de fato, uma preocupação excessiva em respeitar o espírito democrático que a Constituição Federal de 1988 buscou revestir-se, a qual foi chamada de Constituição Cidadã.

Com grande dificuldade para toda a construção teórica em torno do controle de constitucionalidade, a palavra final foi retirada da esfera do Poder Judiciário e transferida para o Poder Legislativo, que detém o papel de representar a vontade da maioria, uma vez que seus membros foram eleitos legitimamente para tal função.

Para concluir as questões debatidas por essa corrente, é importante mencionar o tema da abstrativização do controle de constitucionalidade difuso ou incidental. A abstrativização do controle difuso ou incidental ocorre quando há uma aproximação entre os modelos de controle de constitucionalidade presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Isso significa que o controle difuso ou incidental adquire características semelhantes ao controle concentrado.

Apesar da tradicional diferença entre o alcance das decisões do Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle de constitucionalidade concentrado e difuso, é notável que

recentemente tem havido uma aproximação entre os efeitos da decisão proferida na via do controle concentrado e na via do controle difuso. Essa aproximação tem sido impulsionada pelas discussões já mencionadas neste estudo (OLIVEIRA, 2013, p. 117).

Os fundamentos apontados para a tese da abstrativização do controle de constitucionalidade difuso são a celeridade processual, a razoável duração do processo e a segurança jurídica. Assim, essa modalidade de controle caminha para adquirir características como efeitos *erga omnes* e vinculantes das decisões proferidas (VELLO, 2010, p. 62).

Durante o julgamento do caso absteto/amianto, intensificou-se a discussão sobre a abstrativização do controle de constitucionalidade difuso, uma vez que a norma do art. 52, X, da CF/88 poderia ser afastada, de modo que o controle de constitucionalidade difuso ou incidental possuiria, na prática, os mesmos efeitos do controle concentrado.

Isso ocorreria diante da preclusão da matéria posta em análise pelo Supremo Tribunal Federal. Uma vez debatida e proferida a decisão, ela não poderia ser questionada em outros casos, a fim de evitar uma verdadeira repetição de discussões sobre o mesmo assunto, o que apenas contribuiria para sobrecarregar ainda mais o já assoberbado Poder Judiciário.

Portanto, um questionamento nascido no âmbito de um caso concreto, debatido incidentalmente, e com uma decisão que, a princípio, geraria efeitos *inter partes*, assumiria um caráter completamente diverso, após a devida análise pelo Supremo Tribunal Federal. Proferida a decisão pela inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, o entendimento da corte suprema adotaria o mesmo caráter daquela dada em um julgamento feito no âmbito do controle concentrado, diante do afastamento da obrigatoriedade de respeito à norma do art. 52, X, da CF/88.

#### **4.5 O argumento da necessidade de emenda complementar: o dever de respeito à previsão constitucional de emenda complementar**

Segue-se para o estudo da corrente que pugna pela necessidade de observar a disposição da norma do art. 52, X, da CF/88, onde o argumento fundamental é que uma emenda constitucional seria necessária para retirar essa norma da Constituição Federal, a fim de que o Supremo Tribunal Federal possa deliberar de forma definitiva no controle de constitucionalidade difuso ou incidental.

Essa corrente não nega a ideia da mutação constitucional, que já está bem enraizada na doutrina constitucional brasileira. Todavia, afirma que não há subsídios suficientes para

concluir que a norma do art. 52, X, da CF/88 teria sofrido mutação. Seria necessário ainda uma sedimentação e estudos mais aprofundados para deliberar nesse sentido.

Portanto, não se questiona a possibilidade de mutação constitucional, que já ocorre no ambiente constitucional brasileiro, especialmente devido ao desenvolvimento dos estudos de hermenêutica constitucional. É natural que, a partir desses estudos, novas ideias sobre a interpretação da Constituição surjam, gerando consequências diversas, entre as quais se situa a mutação constitucional.

No entanto, não se pode aceitar que a mutação constitucional ocorra de forma fácil, sem a devida fundamentação que confira solidez e consistência suficientes para constatar a ocorrência desse fenômeno jurídico. Observa-se que essa corrente valoriza a cautela e a formalidade, em detrimento da abertura às influências do tempo e dos acontecimentos históricos, aos quais se apegam os defensores da ocorrência de mutação constitucional em relação a essa norma.

Assim, seria necessário passar por todo o procedimento das emendas constitucionais para reformar o texto da Constituição Federal de 1988, e somente depois seria possível que o Supremo Tribunal Federal decidisse definitivamente sobre a constitucionalidade.

Essa corrente parece estar preocupada em respeitar a deliberação do legislador constituinte originário, que decidiu que, no controle de constitucionalidade difuso ou incidental, a autoridade sobre a decisão fosse compartilhada entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo.

Como argumentos contrários à tese da mutação constitucional e a favor da manutenção da alteração formal do texto constitucional, cita-se: a certeza do direito, no sentido de respeitar o princípio da segurança jurídica; a verificação das decisões iguais para os casos iguais; a efetividade da prestação da tutela jurisdicional; o preenchimento do vazio ocasionado pelo sistema jurídico brasileiro, atuando a vinculação entre a decisão do Senado Federal e a do Supremo Tribunal Federal como ponte entre a lei abstrata e a decisão concreta (KOZIKOSKI JUNIOR, 2008, p. 161).

Assim, tanto os procedimentos formais quanto os substanciais e as disposições constitucionais são verdadeiros limites à atuação do Poder Judiciário, que não pode arrogar a si a competência para julgar a constitucionalidade das normas impostas pelo poder constituinte. É fundamental não esquecer da importância da Constituição nesse contexto, que impõe limites ao poder judiciário e ao poder legislativo, os quais devem submeter-se a um ato de legitimação democrática superior, ou seja, devem respeitar a Constituição (ZANOTTI, 2010, p. 143).

Mas é curioso notar que a opção pela necessidade de emenda constitucional confere ao próprio Poder Legislativo a opção sobre manter seu poder atual ou cedê-lo ao Poder Judiciário, o que concentra no Poder Legislativo o destino dessa questão.

Por outro lado, também pode-se argumentar que a aceitação da mutação constitucional resulta em um aumento excessivo de poderes para o Judiciário, com a permissão para que ele altere, ainda que informalmente, o significado das disposições constitucionais conforme entender mais apropriado.

É um ponto de difícil resolução. Há, claramente, a necessidade entre escolher a segurança jurídica derivada do respeito ao procedimento das emendas constitucionais, que foi a via criada para alterações da constituição, e a comodidade de permitir a ventilação das disposições constitucionais sem que seja necessário passar por um processo tão difícil quanto o das emendas constitucionais.

A Constituição Federal de 1988 é considerada uma constituição rígida, uma vez que a alteração de suas disposições é submetida a requisitos mais rigorosos do que a alteração de leis ordinárias ou complementares. O quórum exigido para alteração é diferente e algumas matérias, como as elencadas nas cláusulas pétreas, não podem ser reformadas. Há uma preocupação em manter o texto constitucional íntegro, permitindo sua alteração somente após o rigoroso procedimento previsto em seu próprio corpo.

Há constituições que não são assim. Algumas são semi-rígidas, outras são flexíveis. As constituições flexíveis são aquelas em que o processo de modificação não é diferente em relação às demais leis ordinárias. Embora costume-se dizer que a existência de uma constituição rígida atua como pressuposto para o controle de constitucionalidade, isso não é exato, pois a *judicial review* pode ser utilizada em países que possuem constituições flexíveis (LUNARDI, 2014, p. 85).

O intuito do legislador constituinte brasileiro foi manter o conteúdo da Constituição sob rígido controle, em uma escolha voltada para a segurança jurídica. Por outro lado, a noção de mutação constitucional defende que a constituição deva se adequar ao tempo e aos acontecimentos históricos, o que pode permitir a alteração das disposições constitucionais sem a necessidade do procedimento formal previsto pelo legislador constituinte.

A tensão é evidente. Por um lado, a reforma por meio de emendas constitucionais não atende completamente à necessidade de alteração das disposições constitucionais. Por outro lado, permite-se que as disposições sejam mutáveis por meio da interpretação dos julgadores, o que pode gerar temor diante da análise casuística de elementos específicos em determinado momento.

Sabe-se da ocorrência de diversos estudos já desenvolvidos no campo da hermenêutica constitucional, com os que foram feitos por Canotilho. Entretanto, remanesce certa dúvida e inquietação sobre essa permissão. Esses estudos são amplos e resultaram em inúmeros princípios que devem reger a hermenêutica constitucional, os quais são úteis e fundamentais para a interpretação de dispositivos constitucionais.

Tais princípios servem como baliza para conduzir o intérprete dentro de determinados limites, o que reduz o campo de atuação discricionário de quem interpreta. Deve-se conformar com algumas regras de interpretação e apenas seguindo esses postulados é que o resultado da interpretação pode ser considerado uma solução aceitável para o significado de uma disposição constitucional.

Existem princípios como o da interpretação conforme a Constituição e o da força máxima da Constituição, entre outros. Todos, como dito, já foram objeto de estudo tanto pela doutrina internacional quanto nacional. A existência desses princípios de hermenêutica constitucional facilita o aceite da ideia de mutação constitucional, pois fornecem parâmetros objetivos a partir dos quais o desenvolvimento ocorre, retirando o arbítrio do julgador.

No direito, parâmetros objetivos são de grande importância, pois não se pode permitir que o campo da interpretação se torne uma oportunidade para o arbítrio. Assim, é essencial dar importância e rigor metodológico à interpretação constitucional, já que essa atividade é a responsável por extrair o sentido do texto constitucional e concretizá-lo quando é aplicado, mesmo que esse momento seja temporalmente distante daquele em que o legislador constituinte o redigiu (MONTEIRO, 2018, p. 2).

Diversos argumentos podem ser elencados para se questionar a possibilidade de mutação constitucional, e serão indicados a seguir, dialogando com o rechaço da ideia de supremacia judicial. A superioridade judicial no arranjo constitucional pode resultar em diversos efeitos colaterais, como o deslocamento do autogoverno do povo para a autoridade judicial, a soberania judicial e a hegemonia sobre o direito e a usurpação do poder constitucional com o poder de definir e redefinir a constituição.

É preciso rejeitar a transferência da autodeterminação dos cidadãos e de seus representantes eleitos para o Poder Judiciário, que passaria a resolver questões cruciais, como as sociais, políticas e econômicas. Além disso, não se pode aceitar a tendência da corte suprema de se elevar a um soberano ilimitado no esquema constitucional.

Se isso ocorresse, o Estado de Direito e a Constituição não poderiam permanecer no ápice do ordenamento jurídico, pois dependeriam do respaldo do Poder Judiciário na aplicação de seu entendimento a respeito da constituição e do direito.

Ademais, é preciso afastar a inclinação da corte suprema em avocar o poder constituinte de corrigir, alterar ou atualizar o sentido da constituição, arrogando-se a prerrogativa de afirmar qual é a vontade popular. À corte suprema não é dado considerar-se o portador da vontade emanada da constituição ou do legislador constituinte (PAULINO, 2016, p. 90-91).

Com o intuito de explicar os principais contornos da corrente que não reconhece a mutação constitucional com relação à norma do art. 52, X, da CF/88, faz-se uma análise dos votos proferidos na já analisada Reclamação 4.335/AC, que versa obre a progressão de regime de pena relacionada aos crimes hediondos ou equiparados.

Como foi dito, o voto do ministro Gilmar Mendes, que defendeu a ocorrência de mutação constitucional, ganhou grande repercussão. No entanto, vários outros ministros concluíram pela impossibilidade de ignorar o comando constitucional. Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa opinaram pela manutenção da competência privativa do Senado Federal, nos termos da norma do art. 52, X, da Constituição de 1988 (PEDRON, 2011, p. 33-34).

O ministro Sepúlveda Pertence apontou para o perigo da proposta de mutação constitucional, pois isso resultaria na excessiva ampliação dos poderes da corte suprema. Ainda mencionou que, para os mais radicais, isso aparentar dar guarida para um golpe de Estado, visto que o Poder Judiciário não é imune às tentações de golpes.

Ele também destacou que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que permite a dispensa da cláusula de reserva de plenário em outros tribunais quando já houve uma decisão sobre a inconstitucionalidade proferida pelo plenário da corte, não serve como argumento para diminuir a atuação do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso.

O ministro Sepúlveda Pertence procurou na própria constituição a solução, indicando que a Emenda Constitucional n. 45/04 conferiu ao Supremo Tribunal Federal poderes que, sem ferir a competência do Senado Federal, atribuindo-lhe apenas a atuação de dar mera publicidade, poderiam dispensar sua intervenção. Essa tarefa seria cumprida pela edição das súmulas vinculantes, pois são dotadas de eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes.

Por sua vez, o ministro Joaquim Barbosa sustentou que a suspensão da execução da lei pelo Senado federal não seria um obstáculo à ampla efetividade das decisões do Supremo Tribunal Federal, mas um complemento. Dessa forma, manter-se-ia a tradicional leitura da norma do art. 52, X, da CF/88.

Já o ministro Ricardo Lewandowski, seguindo os mesmos argumentos, alertou que a prerrogativa em questão foi dada ao Senado Federal desde a Constituição de 1934 e que o Supremo Tribunal Federal não poderia ignorar a disposição expressa do texto constitucional.

Ressaltou que dispensar o ato do Senado Federal seria um aviltamento de sua tradicional competência, conferindo-lhe apenas o papel de órgão de divulgação de decisões do Supremo Tribunal Federal.

O ministro Teori Zavascki, por sua vez, não propôs o afastamento da norma do art. 52, X, da CF/88. No entanto, mostrou-se favorável à força expansiva dos precedentes judiciais, observando que o Brasil está seguindo um movimento semelhante ao de outros países da *civil law*, que se movem, ainda que vagarosamente, para uma cultura do *stare decisis*, típico do sistema do *common law*.

De acordo com o Informativo n. 739 do Supremo Tribunal Federal, os ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello seguiram o entendimento do ministro Teori Zavascki (TAVARES, 2015, p. 288-295).

Por fim, a questão não apresenta fácil resolução e provavelmente continuará a ser alvo de debates e estudos por muito tempo. Isso se deve à importância do assunto, uma vez que se trata do controle de constitucionalidade, atividade de extrema importância para a manutenção de um ordenamento jurídico.

Por meio do controle de constitucionalidade, é possível impedir abusos legislativos e a criação de normas que violem a Constituição. A Constituição é o diploma fundamental de qualquer ordenamento jurídico e deve ter sua integridade preservada. A tensão gerada pelo debate sobre a norma do art. 52, X, da CF/88 ocorre em razão do atrito sobre a autoridade à qual compete, em última análise, a palavra final no controle de constitucionalidade difuso ou incidental.

#### **4.6 Conclusão acerca da necessidade de resolução do Senado Federal**

Este trabalho não tem a finalidade de apontar definitivamente qual corrente está correta, se aquela que defende a mutação constitucional para considerar desnecessária a resolução do Senado Federal ou aquela que defende o caminho da emenda constitucional afirmando que ainda é necessária a resolução.

Destina-se a explicar o instituto do controle de constitucionalidade, suas particularidades e, especificamente, a norma do art. 52, X, da CF/88, para em seguida, elencar as correntes que se formaram a seu respeito e seus argumentos.

Entretanto, com o intuito de contribuir para o debate acadêmico, após a apresentação das informações, discussões e conclusões sobre o assunto deste trabalho, será indicada a corrente que pareça mais bem fundamentada e, portanto, mereça ser privilegiada.

Ao retomar toda a exposição realizada ao longo deste trabalho, instalou-se celeuma no ambiente jurídico nacional a respeito da necessidade de observar o comando da norma do art. 52, X, da CF/88, pelo qual “compete privativamente ao Senado Federal: suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (BRASIL, 1988).

Essa disposição gerou grande entrave e tensão entre os poderes Judiciário e Legislativo. A princípio, por razões históricas e jurídicas, é ao Poder Judiciário que compete, essencialmente, o controle de constitucionalidade. No entanto, esse comando cria uma repartição de competência, transferindo para o Senado Federal, pelo menos no controle de constitucionalidade difuso ou incidental, a palavra final sobre a declaração de inconstitucionalidade.

Essa preocupação é compreensível, visto que o Brasil passou por longos períodos de arroubos autoritários, como o governo de Getúlio Vargas e o governo militar. A democracia brasileira é recente e jovem, pois iniciou-se em 1988 com a promulgação da atual Constituição Federal. Dessa forma, compreende-se que o legislador constituinte teve a intenção de estabelecer mecanismos mais amplos e eficazes possíveis de equilíbrio entre os poderes.

No entanto, é questionável que tenha buscado repartir esse equilíbrio em assunto tão sensível quanto o do controle de constitucionalidade. Reconhece-se que a atuação contramajoritária do poder judiciário é um tema delicado atualmente.

Enquanto o legislador cria a legislação com base na legitimidade advinda do voto popular e das eleições, os magistrados, exceto em alguns Estados, geralmente não são eleitos, mas sim selecionados por meio de concurso público.

Nesse sentido, a atuação do Poder Judiciário em sede de controle de constitucionalidade pode ser vista como um desafio à produção legislativa e à atuação do legislador, uma vez que pode contrariar, em tese, a vontade popular, já que o legislador é o representante dessa vontade. Contudo, essa dificuldade contramajoritária talvez seja impossível de ser completamente eliminada, uma vez que é inerente à atuação dos magistrados.

A preocupação deve residir em diminuir as consequências e a tensão causada por essa dificuldade. A preocupação deve residir em diminuir as consequências e a tensão causada por essa dificuldade, de modo que é adequado que os magistrados, sejam os singulares ou reunidos

em cortes, fundamentem suas decisões com a maior amplitude e correição possíveis, de modo a garantir legitimidade à sua própria atuação.

Embora reconheça-se essa dificuldade contramajoritária, ela não é suficiente para se pretender afastar do Poder Judiciário a competência exclusiva do controle de constitucionalidade, uma vez que essa competência lhe é inerente por essência.

No entanto, foi exatamente isso o que o legislador constituinte brasileiro fez ao estabelecer a norma do art. 52, X, da CF/88. Retirou parcela, senão a totalidade, da prerrogativa do Poder Judiciário de decidir pela inconstitucionalidade de leis no âmbito do controle difuso ou incidental, no aspecto de sua eficácia *erga omnes*.

Em busca da recuperação de sua competência, o Poder Judiciário, por meio do Supremo Tribunal Federal, passou a invocar o fenômeno da mutação constitucional para afirmar que ao Senado Federal caberia apenas o papel de publicar a decisão já tomada pela corte suprema, que valeria por si só.

Portanto, o Senado Federal estaria limitado apenas a dar publicidade para uma decisão do Supremo Tribunal Federal, a quem pertence a competência definitiva para a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, e cuja decisão produz seus efeitos normalmente.

Não obstante, há corrente que entende que a mutação constitucional não ocorreu, de modo que somente pela via formal da emenda complementar seria possível extinguir a norma do art. 52, X, da CF/88, permanecendo a competência para a declaração de inconstitucionalidade no âmbito exclusivo do Poder Judiciário em sede de controle difuso ou incidental.

Para que haja mutação constitucional, é necessário tempo, discussão e maturidade, requisitos que ainda não teriam se configurado. A partir de tais argumentos, aponta-se que a conclusão, neste trabalho, é que deve prevalecer a corrente que defende a ocorrência de mutação constitucional.

Embora haja uma preocupação legítima em relação aos excessos decorrentes do ativismo judicial, parece que o legislador constituinte, por sua vez, também se excedeu na definição da competência para o controle de constitucionalidade, correção que precisa ser feita.

Como se trata de um tema de grande importância para o próprio Poder Legislativo, que atualmente detém, por disposições constitucionais, parcela do poder para exercer o controle de constitucionalidade, pode-se imaginar que haja forte resistência em ceder essa competência, o que resultaria em uma probabilidade muito pequena de que surja uma emenda constitucional nesse sentido.

Além disso, a urgência de determinados eventos e a premência de determinadas necessidades exigem uma atuação rápida, que muitas vezes não pode esperar pelos protocolos burocráticos. Um exemplo é o caso da extração e uso do asbesto/amianto, que envolve questões de saúde individual e pública, dadas as consequências que poderiam advir de sua continuação.

No entanto, é importante destacar que a mutação constitucional só pode ocorrer com base em fundamentos sólidos e consistentes, como os apresentados em relação à norma do art. 52, X, da CF/88.

## **CAPÍTULO 5 O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS BRASILEIRO E SUA RELAÇÃO COM A NECESSIDADE DE RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL**

### **5.1. O conceito de precedente judicial e outros conceitos importantes para a compreensão do assunto**

De início, é importante a apresentação do conceito de precedente judicial, assim como de seu ambiente, que é o da jurisdição.

A similaridade de conceitos entre precedente judicial e jurisdição é natural e decorre do fato de que uma teoria dos precedentes é, igualmente, uma teoria da jurisdição, ou seja, são espécie e gênero, respectivamente.

A relação entre os precedentes judiciais e a jurisdição decorre, em parte, de constituírem-se aqueles em repertório para o desenvolvimento de padrões normativos que possibilitem a justificação e fundamentação dos provimentos jurisdicionais (COSTA, 2020, p. 5).

A jurisdição pode ser compreendida como expressão de uma atuação jurisdicional que aplica a norma jurídica, reconstruindo-a, por vezes, de modo a concretizar uma proposição jurídica, a qual será base para a solução de casos futuros que demonstrem similaridade com o antecedente normativo criado.

Assim, as decisões judiciais não são apenas ferramentas para a aplicação e reconstrução de normas com vistas ao caso concreto, mas, ainda, possuem o efeito de produção normativa com pretensão prospectiva, de modo a permitir a resolução de questões futuras, e é nesse tempo futuro que os precedentes judiciais ganham relevância (COSTA, 2020, p. 8).

Desse modo, a jurisdição é o ambiente no qual surge e se desenvolvem os precedentes judiciais, e servem à própria regulamentação da jurisdição (COSTA, 2020, p. 11).

Mas, note-se que os precedentes judiciais não devem ser utilizados com o intuito de se objetivar o direito, de modo a se aplicar decisões passadas para outras posteriores que não guardam relação de igualdade substancial (SILVA JÚNIOR, 2017, p. 57).

Entendido de forma ampla, o precedente judicial é a decisão judicial formulada diante de um caso concreto, com a criação de um elemento normativo que servirá de baliza para decisões em casos semelhantes (COSTA, 2020, p. 10).

A partir dessa ampla concepção, o precedente judicial é integrado pelo contexto fático, pela argumentação jurídica e pela tese ou princípio definido na motivação (BEZERRA, 2019, p. 125).

Em sentido estrito, os precedentes judiciais podem ser interpretados apenas como tese ou princípio jurídico definido na motivação. É o que se chama de *ratio decidendi*, a qual, em síntese, diz respeito à parte da decisão que pode obter eficácia persuasiva ou mesmo obrigatória (BEZERRA, 2019, p. 125).

Quando se profere uma decisão judicial, cria-se, ou recria-se, duas normas jurídicas. Uma delas possui caráter individual, e representa a decisão para determinada situação discutida no caso posto; a outra detém caráter geral, é resultado da compreensão dos fatos e de sua subsunção ao direito, e se consubstancia na tese jurídica adotada. Essa norma geral configura a *ratio decidendi* (BEZERRA, 2019, p. 125).

Dito isso, alguns outros conceitos são importantes para as discussões deste capítulo, quais sejam, os conceitos de *obiter dicta*, de *distinguishing* e de *overruling*.

*Obiter dicta* é o conceito que expressa as considerações marginais que não são essenciais para a solução do caso concreto e que não obtiveram aprovação por maioria. Essas considerações não detêm efeito vinculante, mas podem ser relevantes para indicar novas tendências dos julgadores. Além disso, não se constituem em precedentes vinculantes, mas podem ser utilizadas como argumento de persuasão.

O *distinguishing* é uma técnica fundamental para o sistema de precedentes vinculantes. Isso, pois os precedentes judiciais só podem ser invocados a partir de um mecanismo de diferenciação entre demandas antigas e novas, só se podendo aplicar um precedente a demandas novas com fatos semelhantes às de anteriores que digam respeito à mesma questão de direito (GARBUHA, 2022, p. 53).

Por sua vez, a técnica do *overruling* se refere ao afastamento do precedente e a declaração de que foi superado, o que pode ocorrer, inclusive, de modo implícito. Com o *overruling*, cria-se uma nova regra para os casos subsequentes (GARBUHA, 2022, p. 54).

## **5.2. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade difuso e a importância de manutenção de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente**

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro resultou da junção de diferentes matizes de sistemas de controle de constitucionalidade. Do sistema norteamericano, adotou-se

o controle de constitucionalidade difuso e, do sistema austríaco, adotou-se o controle de constitucionalidade concentrado. Isso criou um sistema misto, com suas nuances particulares.

Mas, ao importar esses sistemas, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro não o fez por completo, de modo que, por exemplo, no controle de constitucionalidade difuso, não se incorporou a noção de *stare decisis*, o que causa complicações, as quais devem ser resolvidas pelo debate acadêmico e implementação de mudanças legislativas.

Assim, para funcionar como o sistema de controle de constitucionalidade norteamericano, o brasileiro demanda a absorção de características específicas, que são os precedentes obrigatórios ou a eficácia vinculante.

Isso, pois, com a possibilidade, existente atualmente no direito brasileiro, de qualquer juiz resolver sobre a inconstitucionalidade, pode-se criar problemático dissenso entre os juízes e tribunais sobre o direito a ser aplicado (MARINONI, 2022, p. 9).

Kelsen já demonstrava preocupação com a possibilidade de juízes e tribunais decidirem de modos distintos frente a casos semelhantes, e isso influenciou determinadamente a arquitetura do sistema de controle de constitucionalidade austríaco, que é feito de modo concentrado, apenas perante um tribunal constitucional (MARINONI, 2022, p. 9-10).

Em um sistema de *civil law*, o problema não pode ser resolvido dada a ausência da sistemática do *stare decisis*.

E, em um sistema que se preocupa com a estabilidade das decisões e com a segurança jurídica, em especial no que se refere à previsibilidade, não se poderia aceitar precedentes constitucionais destituídos de autoridade, e, por conseguinte, de eficácia vinculante.

A falta de precedentes obrigatórios poderia ocasionar um grave cenário de incerteza jurídica e de conflito entre os órgãos do poder judiciário (MARINONI, 2022, p. 11).

Aliás, é difícil imaginar se há seriedade em um sistema jurídico que permita que um juiz aplique uma lei e outro, não, ou que um mesmo juiz em determinado momento repute uma lei constitucional e, em outro momento, inconstitucional.

Esse seria um sistema que admitiria decisões contraditórias, com desconsideração do entendimento proferido pela Corte Suprema, e que abriria a oportunidade para crescente litigiosidade (MARINONI, 2022, p. 11-12).

Assim, são necessárias alterações que possibilitem o surgimento de um novo cenário jurídico despido de irracionalidade, imprevisibilidade e, em uma palavra, insegurança jurídica, alterações que já despontam e que serão analisadas neste capítulo, em especial no que se refere aos precedentes judiciais.

A motivação dessas modificações está atrelada, portanto, à necessidade de racionalidade, previsibilidade e segurança jurídica nas decisões judiciais, as quais, se ausentes, produzem impactos negativos em diversas órbitas, inclusive na esfera econômica, com a dificuldade de captação de investimentos estrangeiros (FERRAZ, 2017, p. 66-67).

Assim, o objetivo de se conseguir coerência na atuação jurisdicional ocasionou alterações no Código de Processo Civil, em suas sucessivas reformas, dotadas de tônica diferente, imbuídas da vontade de se estabelecer maior estabilidade, coerência e previsibilidade nas decisões judiciais.

Essas sucessivas reformas querem romper com a ideia de que a tradição romano-canônica demanda que o sistema jurídico se afigure tão somente ao direito positivo, de maneira que o sistema jurídico brasileiro não poderia compartilhar da noção de força vinculante atribuída aos precedentes judiciais.

Assim, essas reformas criaram instrumentos que impulsionam a aproximação do sistema jurídico brasileiro aos sistemas da *common law* e, em última instância, do *stare decisis* (FERRAZ, 2017, p. 67).

As possibilidades de interpretação de normas gerais e abstratas são muito amplas, e o fato de decisões judiciais criarem precedentes judiciais, de modo a retratar a posição predominante para o Poder Judiciário, ocasiona melhor compreensão do direito e dos resultados de eventuais demandas judiciais pelos cidadãos, ou seja, aumenta o grau de calculabilidade acerca das consequências jurídicas de eventuais demandas judiciais (LEAL, 2013, p. 144-145).

Isso, pois os precedentes judiciais refletem a compreensão de juízes e tribunais sobre determinada questão jurídica, obrigando tanto os tribunais que criaram os precedentes, quanto os juízes e tribunais inferiores, que ficam condicionados a decidirem novas demandas aplicando o mesmo entendimento já estabelecido nos precedentes judiciais (LEAL, 2013, p. 145).

A teoria dos precedentes judiciais está diretamente relacionada à noção de vinculação, ainda que superável face a novas razões devidamente abordadas pelos órgãos judiciais que criaram os precedentes, sempre de acordo com a exigência de coerência da atividade judicial, de modo a resultar na estabilidade dos entendimentos judiciais e do próprio direito (LEAL, 2013, p. 151).

O intuito de se estabelecerem precedentes judiciais é proporcionar estabilidade ao ambiente jurídico, a partir da obrigatoriedade de se proferir decisões judiciais baseadas nos precedentes já estipulados, mas não se pode falar em precedentes com força vinculante caso não se prevejam os meios necessários para controlar sua devida aplicação.

Desse modo, torna-se necessária a existência de instrumentos capazes de permitir esse controle, e só a existência desses mecanismos é que pode garantir a segurança jurídica, pois não há como se falar em obrigatoriedade se não houver a possibilidade de atuar no sentido de impor a observância dos precedentes, assunto que será abordado mais à frente (LIMA, 2017, p. 41).

Assim, nota-se que o direito brasileiro se preocupa cada vez mais com a criação de instrumentos capazes de induzir os órgãos judiciais a decidirem sempre considerando suas decisões anteriores, com vistas à estabilidade do direito e à segurança jurídica.

Tradicionalmente, esses instrumentos são aqueles ligados às diversas formas de controle de constitucionalidade dos atos normativos, em especial aqueles utilizados pelo Supremo Tribunal Federal (FERRAZ, 2017, p. 87).

O tema dos precedentes judiciais deve ser discutido sempre com o pano de fundo do controle de constitucionalidade, pois é especialmente relevante o fato de que, no Brasil, qualquer juiz ou tribunal possa realizar o controle de constitucionalidade, em sua modalidade difusa, embora suas decisões, normalmente, não tenham efeito vinculante.

Essa característica do controle de constitucionalidade difuso brasileiro possui o efeito de criar uma jurisprudência instável, incoerente, com decisões em diversos sentidos, as quais não se prestam à formação de precedentes e, por isso, cria-se um ambiente de insegurança jurídica.

Por isso, a importância de se criar um sistema de precedentes por meio da regra do *stare decisis*.

A regra do *stare decisis* está intrinsecamente ligada ao caráter adscritivo da interpretação, pois é a partir da interpretação das regras estabelecidas, ou seja, do direito positivado, que se criam novas normas, decorrentes dos precedentes judiciais.

Assim, as Cortes Supremas possuem um papel fundamental no que se refere à promoção da unicidade e estabilidade do direito. Ou seja, não se comportam meramente como cortes de controle e de jurisprudências, mas convertem-se em cortes de interpretação e precedentes, pois decidem sobre o significado das regras jurídicas, e essa decisão passa a valer para todo o ambiente jurídico (MITIDIERO, 2021, p. 13).

A função interpretativa que ocorre na criação dos precedentes judiciais é proativa. Não apenas se julga o caso concreto, mas outorga-se significado ao direito, buscando orientar o modo pelo qual deve ser interpretado no futuro.

O caso fornece os fatos e por meio de seu exame é que a corte possui condições de estabelecer qual é a interpretação a ser dada a determinada regra, a qual deverá ser acatada para

decisões referentes a todos os casos idênticos e semelhantes, promovendo os princípios da segurança jurídica, da liberdade e da igualdade.

O caso concreto se constitui apenas em um pretexto para viabilizar a interpretação e, com isso, a criação do direito.

O texto, ou seja, as disposições legais, o direito positivado, depende da atribuição de um significado para que se transforme, efetivamente, em norma, de tal forma que as razões elencadas na justificação das decisões das cortes de vértice são tomadas como precedentes.

Por conterem a própria adscrição de sentido do direito, que se forma a partir de um determinado contexto, um caso posto, o precedente possui força vinculante, posicionando-se como sua fonte primária. Disso decorre que a sua mudança implica na transformação do próprio sentido do direito (MITIDIERO, 2021, p. 17).

Consta da Constituição Federal de 1988 que “todos são iguais perante a lei”, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, e que a “lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

O assunto dos precedentes judiciais não deixa de estar ligado à segurança jurídica, à liberdade e à igualdade. Isso, pois a constituição e as leis demandam interpretação, e os precedentes emanados pelas Cortes Supremas são instrumentos indispensáveis para a criação da unidade do direito e são sustentáculo para os princípios da segurança jurídica, da liberdade e da igualdade (MITIDIERO, 2021, p. 21).

O vínculo que existe entre a segurança jurídica, a liberdade e a igualdade é evidente. Isso, em razão de o tratamento isonômico depender, acima de tudo, do anterior reconhecimento de qual é o direito que deve recair sobre determinado caso. E, é impossível que se aplique uniformemente um direito que ainda não foi devidamente determinado.

É justamente neste ponto em que os princípios da segurança jurídica, da liberdade e da igualdade se encontram, ou seja, no ponto em que se cruzam a indeterminação do direito e dos precedentes das Cortes Supremas.

As Cortes Supremas possuem o dever de conferir unidade ao direito e de manter estáveis seus precedentes, porque são esses que se constituem em referência para os princípios da segurança jurídica, da liberdade e da igualdade (MITIDIERO, 2021, p. 24).

### 5.3. As inovações do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 e os impactos sobre a criação de um sistema de precedentes judiciais

Em 2015 houve o advento do novo Código de Processo Civil brasileiro. Esse código possui como um de seus pilares a estruturação dogmática de um sistema de precedentes judiciais.

Dois artigos fundamentais para esse assunto são os arts. 926 e 927 do mencionado código. O art. 926 dispõe que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (BRASIL, 2015).

São previstos, desse modo, deveres gerais no que se refere à construção e manutenção de um sistema de precedentes (jurisprudência e súmula), persuasivos e obrigatórios, quais sejam: a) o dever de uniformizar sua jurisprudência; b) o dever de manter essa jurisprudência estável; c) o dever de integridade; e d) o dever de coerência.

Todos esses deveres são consequência de normas constitucionais: dever de motivação, princípio do contraditório, princípio da igualdade e segurança jurídica. Contudo, ainda que derivem de disposições constitucionais, é necessário que sejam tratados, ainda, no plano infraconstitucional. Esse tratamento evidencia o comportamento requerido dos tribunais na atividade de criação e desenvolvimento de um direito judicial (DIDIER, 2018, p. 90).

Assim, pode-se dizer que o Código de Processo Civil de 2015 fixou o dever de respeito aos precedentes quanto à fundamentação das decisões judiciais. Não se confunde isso com a criação de um sistema de precedentes obrigatórios como o *stare decisis*, já que isso só acontecerá quando a observância dos precedentes for realmente adotada na prática jurídica e passe a contar com um conjunto de decisões que componham um sistema estável, íntegro e coerente, o qual é indispensável para a existência de um verdadeiro sistema de precedente.

Neste instante, pode-se apenas dizer que o Brasil optou por uma sistemática de precedente obrigatórios com inclinação para o advento de um sistema de precedentes (MATTOS, 2019, p. 58-59).

Por isso, em consequência, deve-se apontar que a regra do *stare decisis* não decorre do art. 926 do Código de Processo Civil de 2015, tampouco do art. 927. O *stare decisis* decorreria do entendimento da função adscritiva da interpretação e da busca pela segurança jurídica, a qual requer a união de esforços de legisladores, juízes e doutrinadores.

Em um sistema em que quaisquer juízes podem proferir decisões a respeito da constitucionalidade de atos normativos, é a regra do *stare decisis* que pode conferir alguma determinabilidade (MITIDIERO, 2021, p. 24-25).

Observe-se, ainda, que a proposta legislativa trazida pelos mencionados artigos contém influência da denominada “doutrina brasileira do precedente”, já que se demonstra mais preocupada com a criação de instrumentos para a solução de demandas de massa do que com a racionalidade e qualidade argumentativa das decisões judiciais.

Ao que parece, a intenção do legislador foi constituir um sistema de decisões e instrumentos judiciais que possuem força e capacidade impositiva por simples circunstâncias formais impostas pelas disposições legais (COSTA, 2020, p. 21).

O que se nota é que os precedentes judiciais, no sistema estabelecido pelo Código de Processo Civil brasileiro, despontam com a qualidade de precedentes obrigatórios, em razão de previsão legal expressa. Isso lhes distingue dos precedentes no âmbito da *common law*, pois estes apenas são entendidos como tal quando a *ratio decidendi* for invocada para a resolução de casos futuros.

Por isso, os precedentes judiciais obrigatórios do direito brasileiro acarretam maior responsabilidade, já que surgem imediatamente com a característica de serem de observância obrigatória (MARTINS, 2020, p. 114).

Um dos motivos pelos quais se pode apontar para o advento dessa sistemática inaugurada pelo Código de Processo Civil brasileiro está ligado à atuação dos próprios profissionais jurídicos, que muitas vezes acreditam que os casos que lhe são postos possuem características particulares que lhes autorizam a decidir do modo como melhor entenderem, mesmo desrespeitando decisões anteriores para casos idênticos.

O desrespeito ao já decidido parece haver sido um constante comportamento na comunidade jurídica brasileira, até mesmo em razão de um suposto enaltecimento das decisões divergentes das precedentes, que seriam rotuladas como aguerridas, rebeldes, e isso com uma conotação positiva (LOURENÇO, 2018, p. 79).

Por isso, o Código de Processo Civil brasileiro de 2015 surgiu com a proposta de buscar estabelecer um regime de precedentes judiciais no Brasil, atribuindo força obrigatória a estes (LOURENÇO, 2018, p. 80).

Dito isso, é necessário que se abordem alguns conceitos, como a distinção entre precedente e decisão. Precedente e decisão não se confundem. A decisão diz respeito à resolução do caso concreto, enquanto o precedente se refere à generalização dos motivos elencados para a decisão (MITIDIERO, 2021, p. 31-31).

Assim, as decisões se referem ao julgamento de um caso, e se relacionam com o contexto fático desse caso. Já os precedentes não estão relacionados ao julgamento de um caso. Tratam-se de um discurso decorrente da generalização de certas razões, com pretensão de

conferir unidade à ordem jurídica. A decisão se volta para o passado, e o precedente, para o futuro (MITIDIERO, 2021, p. 31).

Dito isso, nota-se que o art. 927 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 incorre em diversos equívocos.

O inciso I não diz respeito, propriamente, à hipótese de precedente. Mas, a um caso de controle de constitucionalidade. Confunde-se eficácia *erga omnes* com efeito vinculante do precedente.

As decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade não valem como precedentes. Visam apenas à verificação da constitucionalidade de lei ou ato normativo.

Os precedentes são gerados pelas razões determinantes que constam da fundamentação da decisão em controle de constitucionalidade concentrado – como poderiam surgir a partir das razões determinantes elencadas na fundamentação da decisão em controle de constitucionalidade difuso.

Confunde-se o plano da aplicação com o plano da interpretação, e é neste que situa a formação do precedente judicial (MITIDIERO, 2021, p. 34-35).

Em segundo lugar, não elenca hipóteses em que se pode ocorrer a formação de precedentes, enquanto indica situações em que isso não se pode dar. Deve ser visto, portanto, como meramente exemplificativo, e qualitativa e funcionalmente incompleto.

É meramente exemplificativo pois não estabelece que, do julgamento de recursos extraordinários e de recursos especiais não repetitivos pelas turmas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, e a partir do julgamento de embargos de divergência, é possível formar precedentes (MITIDIERO, 2021, p. 35).

É qualitativa e funcionalmente incompleto pois se refere a acórdãos de julgamentos, ao passo que, de fato, deveria mencionar as razões constantes da fundamentação dos acórdãos (MITIDIERO, 2021, p. 35-36).

Dispõe o art. 926 do Código de Processo Civil de 2015 que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente; que, na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante; e que, ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Por sua vez, o art. 927 dispõe que os juízes e os tribunais observarão: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de

demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Diante disso, duas questões importantes são determinar se essas disposições instituíram a regra do *stare decisis*, e se houve equiparação dos conceitos de jurisprudência e precedentes (MITIDIERO, 2021, p. 86).

Quanto à primeira questão, a regra do *stare decisis* não é consequência dessas disposições, mas se origina da função adscritiva da interpretação e da necessidade de reforçar a segurança jurídica.

Por isso é que as Cortes Supremas possuem o dever de garantirem unidade à ordem jurídica e mantê-la estável, com a obrigação de os juízes respeitarem os precedentes (MITIDIERO, 2021, p. 86-87).

O que os arts. 926 e 927 do Código de Processo Civil brasileiro fazem é evidenciar a adoção da regra do *stare decisis*, a partir da alteração do referencial da segurança jurídica: não se busca mais apenas a estática declaração das leis ou dos precedentes, mas a modificação da relação entre a lei, as decisões, a doutrina e os precedentes, com base em parâmetros racionais de justificação (MITIDIERO, 2021, p. 87).

Pode-se apontar algumas correntes a respeito da força vinculante dos precedentes judiciais estabelecida pelo direito processual civil brasileiro.

Uma primeira corrente afirma que os precedentes dispostos no art. 927 são precedentes judiciais formalmente vinculantes, em razão da semântica utilizada pela disposição legal, pela qual os julgadores estão vinculados aos pronunciamentos judiciais elencados, de modo que haveria sido utilizado um critério formal de identificação das decisões vinculantes, cuja consequência é a sua observância obrigatória pelos juízes (MIRANDA, 2022, p. 46).

Uma segunda corrente defende que o art. 927 não pode abarcar precedentes obrigatórios, e isso pois há inconstitucionalidade, dado que uma lei ordinária não possui força para determinar os pronunciamentos judiciais que são de observância impositiva, apenas a Constituição Federal.

Se não há autorização constitucional para isso, ou mesmo se inexistente modificação do texto constitucional possibilitando ao poder judiciário legislar, é inviável a absorção de uma disposição legal que imponha a obrigatoriedade de respeito aos pronunciamentos judiciais (MIRANDA, 2022, p. 47).

Para essa corrente, o efeito vinculante das decisões judiciais pode ser encontrado apenas nas súmulas do Supremo Tribunal Federal (MIRANDA, 2022, p. 48).

Uma terceira corrente entende que não podem existir precedentes vinculantes caso não haja previsão de reclamação. Possuem efeitos vinculantes apenas os precedentes que disponham de um mecanismo que permita combater sua inobservância, que é a reclamação, com o objetivo de forçar a adstrição do julgador à sua *ratio decidendi* (MIRANDA, 2022, p. 48).

Seriam precedentes obrigatórios apenas aquelas decisões provenientes do controle concentrado de constitucionalidade pelo STF, as súmulas vinculantes e as decisões emanadas do julgamento dos recursos especiais e extraordinário repetitivos, incidente de assunção de competência e do incidente de resolução de demandas repetitivas (MIRANDA, 2022, p. 49).

Uma última corrente pensa que a observância aos precedentes depende de terem sido estabelecidos por Tribunais Superiores, pois apenas esses é que detêm a função constitucional de uniformização da interpretação da Constituição Federal e da legislação federal.

E, ainda, afirmam que esse entendimento não está ligado a um critério formal ou quantitativo, mas, na verdade, material e qualitativo, pois não são precedentes aqueles estabelecidos pelo art. 927 do Código de Processo Civil de 2015 caso não exista o compartilhamento majoritário dos fundamentos determinantes nos pronunciamentos judiciais que se prestarem à composição de precedentes obrigatórios (MIRANDA, 2022, p. 49-50).

De qualquer modo, o que se nota é que, do ponto de vista legislativo, adotou-se a regra do *stare decisis* de forma apenas parcial, ainda que no âmbito da Suprema Corte. O Supremo Tribunal Federal decide questões que podem ser seguidas por si próprio ou pelos juízes, mas em caráter persuasivo, e não obrigatório, ou seja, não há força vinculante.

De fato, parte da doutrina defende a existência de um sistema de precedentes obrigatórios, mas há controvérsias, já apontadas, e o faz com bases nos seguintes argumentos: a interpretação do Código de Processo Civil brasileiro de 2015; a interpretação da própria Constituição Federal; a interpretação do ordenamento jurídico com um todo (MENDONÇA, 2019, p. 57).

#### **5.4. O caráter adscritivo da interpretação do direito e a reconstrução da ordem jurídica pela jurisdição**

A interpretação do direito possui uma função adscritiva, de forma a ressaltar-se a distinção entre texto e norma, e o fato de a ordem jurídica ser reconstruída pela jurisdição (MITIDIERO, 2021, p. 66).

Além disso, aponta-se que o que se interpreta propriamente como normas, são, na verdade, textos dotados de autoridade jurídica. Por isso, não há precisão em se afirmar que a interpretação judicial do direito é simples declaração ou criação. A interpretação é a reconstrução do sentido normativo.

Assim, é necessário repensar o papel do processo civil brasileiro, de modo a se reconhecer sua vocação para desempenhar um duplo discurso na ordem jurídica, e, além disso, discutir como se pode garantir o império do direito, ou seja, por quais instrumentos se pode levar à construção de uma ordem jurídica que assegure a liberdade e a igualdade (MITIDIERO, 2021, p. 68).

Deve-se repensar os conceitos de lei, jurisprudência e súmulas e discutir de forma crítica o conceito de precedente judicial no direito brasileiro.

A razão pela qual se faz fundamental uma nova maneira de estabelecer a relação entre a lei, a doutrina e a jurisprudência, reorganizar a administração judiciária e estipular corretamente o precedente judicial reside no caráter mitológico do cognitivismo interpretativo e no reconhecimento da dupla indeterminação do direito.

É essa a razão pela qual a interpretação do direito precisa se impor como direito vigente e seus fundamentos serem tomados como normas dotadas de efeito vinculante (MITIDIERO, 2021, p. 69).

O direito brasileiro é filiado à tradição romano-canônica, ainda que se possa criticar a diferenciação entre as categorias de *Civil Law* e *Common Law*. Em razão dessa filiação é que decorre a proeminência da legislação no direito brasileiro. E também dela desponta a negação da jurisprudência como fonte do direito ou, então, a noção de que se constitui em simples fonte secundária, reflexa ou indireta (MITIDIERO, 2021, p. 71).

Por isso, a vinculação do direito foi sempre pensada tendo como referência a legislação, cuja aplicação seria feita por um juiz a quem caberia apenas declarar uma norma preexistente para determinado caso concreto. Assim, a segurança jurídica, a liberdade e a igualdade são conceitos que possuem por referencial, historicamente, somente a legislação (MITIDIERO, 2021, p. 71-72).

Para superar essa situação, é necessário entender a relação entre a legislação e a jurisdição como algo dinâmico e cooperativo. Ainda, é preciso apontar os instrumentos para que essa relação consiga se desenvolver e resultar na unidade do direito, de forma a manter o equilíbrio entre a estabilidade e a abertura do sistema jurídico (MITIDIERO, 2021, p. 72).

### **5.5. O correto entendimento acerca do que é e o que produz a eficácia vinculante**

É certo que se outorgou eficácia *erga omnes* às decisões proferidas no controle concentrado, mas isso não implica no fato de que as decisões proferidas em recurso extraordinário não teriam eficácia vinculante. Eficácia *erga omnes* e eficácia vinculante são questões distintas.

A eficácia vinculante não se relaciona com a eficácia *inter partes* ou com a eficácia *erga omnes*, mas com a necessidade de que se preste respeito à *ratio decidendi*, isto é, com o fundamento determinante para o julgamento (MARINONI, 2022, p. 22-23).

O ponto principal da problemática acerca da eficácia vinculante reside na preocupação com a estabilidade da *ratio decidendi* ou dos fundamentos determinantes da decisão, e não com a manutenção da parte dispositiva da decisão.

O que a eficácia vinculante busca é isolar o fundamento determinante da decisão, de modo a evitar que, em outros julgamentos, se possa negá-lo. Mesmo que haja equivocada discussão sobre os limites objetivos da eficácia vinculante, a sua essência a afasta por completo de se limitar ao dispositivo da decisão (MARINONI, 2022, p. 23).

O intuito da eficácia vinculante não é garantir a indiscutibilidade ou a imutabilidade da solução dada ao objeto litigioso, mas preservar a coerência do direito constitucional e, em consequência, a liberdade e a igualdade. O dispositivo da decisão não atribui significado ao precedente, que depende, para ter força, de sua fundamentação, ou da *ratio decidendi*, ou dos fundamentos determinantes da decisão (MARINONI, 2022, p. 23-24).

A eficácia vinculante dos precedentes constituiu-se, na verdade, pela eficácia vinculante da *ratio decidendi*. Por essa razão, não há sentido em se afirmar que a eficácia vinculante se limita ao dispositivo da decisão, pois só se pode falar em eficácia vinculante quando se quer conferir estabilidade e força obrigatória à *ratio decidendi* (MARINONI, 2022, p. 24).

Apesar de o resultado de um recurso poder interessar somente às partes envolvidas, de modo a ser acobertado por coisa julgada com eficácia *inter partes*, a *ratio decidendi*, ou o

fundamento determinante, ao demonstrarem o pensamento da Corte, são essenciais para orientar a vida em sociedade e a solução de outros casos (MARINONI, 2022, p. 24-25).

Nos sistemas de *civil law*, as Cortes Supremas foram criadas para corrigir a interpretação da lei. Assim, a função de garante da correta interpretação da lei pode ser entendida como parte da essência dessas cortes, dado que sua posição no topo do poder judiciário abarca o exercício de poderes de controle sobre a interpretação realizada por juízes inferiores (MARINONI, 2022, p. 26-27).

Contudo, não se pode esquecer que os valores constitucionais que permeiam toda a atividade das Cortes Supremas contemporâneas não são a unidade do direito ou a uniformidade da interpretação da lei, mas a liberdade e a igualdade.

Apesar disso, quando do julgamento de um recurso extraordinário, não se pode deixar de admitir que as partes envolvidas pensam apenas na possibilidade de obter o resultado que lhes seja mais favorável. Ou seja, a função do recurso extraordinário é, precipuamente, determinar qual das partes está com a razão.

Mas isso não implica na afirmação de que o recurso extraordinário é despido de importância no que se refere aos precedentes judiciais, pois permite à corte aperfeiçoar a Constituição justamente pela criação de precedentes (MARINONI, 2022, p. 27).

Emanadas de Cortes Supremas, as decisões que determinam o sentido do texto legal e se configuram como precedentes possuem valor para a sociedade, já que estabelecem os parâmetros para os casos futuros.

Nesse sentido, é importante apontar que decisões proferidas a partir da simples aplicação da regra da maioria, sem uma deliberação séria, contêm maior propensão a incorrer em inúmeras justificativas, implicando na inexistência de uma maioria de acordo com o mesmo fundamento (CORDEIRO, 2018, p. 203-204).

A falta de colegialidade, de senso de coautoria e de unidade institucional pela Corte prejudica o esforço de criação de uma *ratio decidendi*, dado que a justificativa da decisão remanesce comprometida (CORDEIRO, 2018, p. 204).

## **5.6 A relação entre os precedentes judiciais e a norma do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988**

De início, aponta-se que há alguma confusão criada face à norma do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, analisada diante da eficácia vinculante das decisões proferidas em sede de recurso extraordinário. Poder-se-ia pensar que, ao se reconhecer a eficácia

vinculante dos precedentes constitucionais, isso implicaria na negação da referida norma (MARINONI, 2022, p. 28).

Como apontamentos iniciais para a discussão do assunto, deve-se lembrar que, antes do surgimento da norma do §2º do art. 102 da Constituição Federal de 1988, não havia norma acerca dos efeitos das decisões proferidas no controle de constitucionalidade concentrado.

O Supremo Tribunal Federal, a partir de sua jurisprudência, arquitetou a tese dos efeitos *erga omnes* da decisão de inconstitucionalidade. Mesmo antes da Constituição Federal de 1988, a Corte já entendia que suas decisões proferidas no controle de constitucionalidade concentrado produziam efeitos *erga omnes*, dispensando a atuação do Senado (MARINONI, 2022, p. 28-29).

Por sua vez, a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal permaneceu vinculada tão somente ao controle de constitucionalidade difuso, e nessa modalidade de controle, por haver atuação discricionária, a norma declarada inconstitucional poderia até mesmo não ser suspensa (MARINONI, 2022, p. 29).

Não se pode, contudo, confundir a força obrigatória dos precedentes constitucionais, isto é, das *rationes decidendi* ou dos fundamentos determinantes elencados por maioria absoluta, com a norma que confere ao Senado Federal a faculdade de suspender a execução de uma lei declarada inconstitucional.

A emenda constitucional nº 45/2004 instituiu a repercussão geral e conferiu à Corte o poder de proferir decisões gerais em sede de controle difuso. Ao reduzir as decisões em recurso extraordinário apenas para os casos que configurem repercussão geral, o que se quer é determinar que a Corte só possa decidir questões que afetam a toda a sociedade. Ou seja, com isso, apesar de a Corte decidir o recurso para as partes envolvidas, o fundamento determinante da decisão possui efeitos para todos e, em decorrência, detém eficácia vinculante (MARINONI, 2022, p. 30).

Se a repercussão geral é resultado do pensamento de se decidir para a tutela de todos, a eficácia vinculante deriva imediatamente de qualquer decisão incidental e interpretação constitucionais proferidas no curso do julgamento do recurso extraordinário, caso contenham os pressupostos para a formação de precedentes.

De tal forma, as interpretações constitucionais determinantes do julgamento do caso e as decisões constitucionais incidentalmente proferidas durante o julgamento gozam da eficácia vinculante. Isto é, não são unicamente as decisões que declaram a lei inconstitucional que possuem essa eficácia, o que se poderia imaginar a partir da análise isolada do poder do Senado

Federal de suspender a execução de lei declarada inconstitucional (MARINONI, 2022, p. 30-31).

Veja-se que, se outras decisões incidentais da Corte não tivessem força de eficácia vinculante, não se poderia sustentar que a lei aplicada para as partes está em trânsito para a inconstitucionalidade, apenas devendo ser aplicada enquanto persistir certa situação de fato.

Além disso, a lógica que rege o sistema de precedentes não implica na necessidade de retirada da lei do ordenamento jurídico ou qualquer necessidade de posicionamento do Senado Federal sobre a perda de validade ou de eficácia da lei.

Aponte-se que, no sistema constitucional dos Estados Unidos da América, no qual impera exclusivamente a regra do *stare decisis*, é possível até mesmo a retomada da eficácia da lei, por decisão do poder judiciário, após reconhecida a inconstitucionalidade da lei mediante precedente judicial.

Nesse sistema, a declaração de inconstitucionalidade pela Corte sequer confere importância à retirada da lei do ordenamento jurídico, pois a suspensão de sua eficácia é mera consequência da eficácia do precedente constitucional ou do *stare decisis*.

Assim, nota-se que a força obrigatória dos precedentes não possui relação com a atribuição de competência ao Senado Federal para a suspensão da lei declarada inconstitucional (MARINONI, 2022, p. 31).

Não se pode confundir a competência privativa do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional, prevista no art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, com uma eficácia, que é consequência natural de uma modalidade de decisão judicial, aquelas proferidas em recurso que se submeteu ao critério da repercussão geral.

Observe-se que defender que a eficácia vinculante implica no afastamento da norma do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, pressupõe como certa a premissa de que, em razão da repercussão geral e da constituição, os precedentes têm eficácia vinculante, exceto aquele que reconhece a inconstitucionalidade de uma lei, o que seria um absurdo (MARINONI, 2022, p. 31-32).

O poder de suspensão da execução da lei só poderia impedir a eficácia vinculante no caso de se entender que a lei reconhecida como inconstitucional pela Corte pudesse ser aplicada simplesmente por vontade do Senado federal.

Se isso fosse verdade, desapareceria toda a motivação acerca da repercussão geral e do ideal de outorgar força normativa à constituição e autoridade às decisões da Corte.

A eficácia vinculante não afasta a faculdade de o Senado Federal suspender a execução da lei. Possibilita-se que ao Senado Federal, ainda que consciente da impossibilidade de

aplicação da lei, suspenda a sua execução com o intuito de se impedir que ela ganhe nova eficácia ou seja reavivada pela Corte (MARINONI, 2022, p. 31-32).

As decisões do Supremo Tribunal Federal, em especial no que se refere ao controle de constitucionalidade, já surgem com vocação expansiva por essência.

A eficácia ampliada da decisão do Supremo Tribunal Federal está relacionada à função precípua da jurisdição constitucional, e a Constituição Federal de 1988 conferiu à Corte o papel de guarda da Constituição, por meio do controle direto.

Note-se que, no julgamento da Reclamação 4.335/AC, apesar de os julgadores não terem chegado a um consenso quanto à natureza e aos efeitos da atuação do Senado Federal, em decorrência da regra estabelecida no art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, a maior parte dos ministros sustentou que as decisões do Supremo Tribunal Federal, ainda que em sede de controle de constitucionalidade difuso, possuem efeitos *ultra partes*, natureza expansiva, e falou-se, até mesmo, em eficácia normativa (FERRAZ, 2017, p. 213).

Essa aptidão deveria implicar no imediato reconhecimento de que, ao interpretar e aplicar as normas constitucionais, as decisões do Supremo Tribunal Federal possuem efeitos transcendentais, refletindo-se, a partir da *ratio decidendi*, nos casos futuros.

Mas, o direito processual brasileiro não reconheceu que os precedentes seriam obrigatoriamente seguidos para o julgamento de outros casos, exceto nas situações em que se constituíssem no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, ou fossem elencados em súmula vinculante (FERRAZ, 2017, p. 214).

Até mesmo quando da introdução da repercussão geral no direito brasileiro, com a intenção de se garantir previsibilidade de atuação do poder judiciário e estabilidade para suas decisões, evitou-se mencionar a questão dos precedentes vinculantes.

Apesar de as normas sobre a aplicação das decisões em questões constitucionais de repercussão geral apontarem para a observância dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, não trouxeram uma imposição, o que conduziu a maior parte da comunidade jurídica a sustentar que seus julgamentos seriam imbuídos somente de eficácia persuasiva (FERRAZ, 2017, p. 214-215).

Apesar de isso parecer decorrer do sistema vigente, em que o que vale é a lei, e no qual não existe uma norma formal estabelecendo expressamente a vinculação decorrente de um julgamento em controle difuso, é essencial que se questione a ausência de vinculação, em razão da necessidade de coerência e legitimidade da atuação do poder judiciário.

Mesmo que a lei não contivesse disposição a respeito da eficácia vinculante das decisões da Corte Suprema em sede de controle de constitucionalidade, essa eficácia já deveria ter sido reconhecida.

Essa situação começa a se modificar com o Código de Processo Civil de 2015, que traz disposições acerca da obrigatoriedade de os órgãos judiciais respeitarem os precedentes dos tribunais.

No que se refere ao controle de constitucionalidade, já não possui mais sentido a separação entre os significados e a consequência de eficácia *erga omnes* e eficácia vinculante. Uma lei ou ato normativo reputada ou não constitucional para todos (FERRAZ, 2017, p. 215).

A constitucionalidade da lei ou do ato normativo é um atributo de validade, de forma que não se pode considerar válida para uns e inválida para outros. É possível, apenas, que, por motivos de segurança jurídica, os efeitos de declaração sejam modulados (FERRAZ, 2017, p. 215-216).

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro se baseou, em parte, no norteamericano, no que se refere ao controle de constitucionalidade difuso, admitindo a lei inconstitucional como nula.

Nos Estados Unidos da América, a afirmação de que uma lei declarada inconstitucional nunca produziu eficácia jurídica implicou no entendimento inquestionável quanto ao amplo alcance de uma decisão de inconstitucionalidade. E isso não deriva da cultura de respeito aos precedentes, mas da noção de que a decisão de nulidade de uma lei possui amplo espectro, por essência.

Para guardar coerência com as ideias que influenciaram o direito brasileiro, as quais se assentam no respeito aos precedentes, dever-se-ia reconhecer que a decisão do Supremo Tribunal Federal, que declara a inconstitucionalidade, possui imediatamente efeitos expansivos e obrigatórios, já que a lei inconstitucional é inválida, e não se pode dizer que é inválida para uns e não para outros (FERRAZ, 2017, p. 216).

Contudo, apesar dessas considerações, a solução encontrada pelo direito brasileiro foi atribuir ao Senado Federal a incumbência de universalizar os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Diga-se que essa escolha é eminentemente política, pois, o Senado Federal, atuando em nome no poder legislativo, recebeu autorização para retirar a lei do ordenamento jurídico.

Mas os efeitos da declaração de inconstitucionalidade não são consequência da resolução, e sim da própria declaração pelo Supremo Tribunal Federal, já que se trata de uma decisão nulificadora.

A razão de se considerar que os efeitos dessa decisão se limitam às lides de onde emanaram não quer dizer que não tenham vocação expansiva, mas que o direito brasileiro se forçou a funcionar de acordo com um modelo tradicionalmente infenso aos precedentes judiciais.

Mesmo no âmbito de um modelo fortemente dogmático, não deve ser motivo de rejeição a intenção de se conferir força expansiva e obrigatória à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade difuso (FERRAZ, 2017, p. 217).

Não deve prosperar o argumento de que, por não haver disposição legal expressa no sentido de se conferir efeito vinculante quando a inconstitucionalidade fosse declarada em um caso singular, não se poderia pensar na existência desse efeito (FERRAZ, 2017, p. 217-218).

Essa orientação causa perplexidade. É uma incoerência que advém do hábito de não se reconhecer efeitos transcendentais para as decisões do Supremo Tribunal Federal. É mesmo o caso de não se atribuir legitimidade à atuação da Suprema Corte.

O que justifica a vinculação às decisões do Supremo Tribunal Federal é a necessidade de se conferir coerência à interpretação do direito, a partir dos julgamentos do órgão de ápice do poder judiciário, ao qual cabe a última palavra no que se refere à interpretação da Constituição, pouco importando se o faz no julgamento de um caso individual ou em uma ação originária do exercício do controle de constitucionalidade concentrado.

Todavia, note-se que não se defende que basta a utilização de determinada *ratio decidendi* para resolver todos os casos individuais supostamente semelhantes. A aplicação dos precedentes é uma atividade que demanda cuidado e requer o uso de técnicas hábeis a evitar que situações distintas sejam tratadas do mesmo como, ou que se persista no uso de princípios superados ou advindos de estruturas ultrapassadas (FERRAZ, 2017, p. 218).

### **5.7 Os elementos e requisitos para a formação dos precedentes judiciais**

Há certa dificuldade criada pelo modelo de sistema de constitucionalidade brasileiro, misto, dado que, no Brasil, não existe a tradição judicial que abarque a regra do *stare decisis*. No direito norteamericano, a importância dos precedentes judiciais é evidente e o assunto está muito bem assentado. Mas, no direito brasileiro, é diferente, pois possui suas raízes jurídicas nas compreensões romano-germânicas, em que a normatividade deriva dos atos legislativos em sentido amplo, de modo que as decisões judiciais, ainda que da Suprema Corte, não possuem o caráter vinculante.

É por isso que se atribuiu ao Senado Federal a competência para decidir sobre a suspensão de lei declarada inconstitucional, de modo a se conferir eficácia geral, *erga omnes*, à decisão proferida no caso concreto (COSTA, 2020, p. 122).

Mas, não é qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal que se constitui em precedente judicial, e também não possuirá efeitos vinculantes somente em razão do órgão que prolatou a decisão.

Assim, para que a *ratio decidendi* tenha força vinculante, é imprescindível que a decisão paradigma seja reconhecida como um precedente, ou que o sistema venha a ser integrado por norma jurídica que outorgue efeito vinculante à decisão, apesar de não existirem atos judiciais posteriores.

As decisões proferidas no controle de constitucionalidade concentrado se amoldam ao segundo caso, mas aquelas emanadas do controle difuso, não. A força vinculante dessas decisões requer comunicação posterior advinda de autoridade com legitimidade para isso. Essas comunicações são o reconhecimento judicial posterior da decisão paradigma como um precedente, ou a manifestação do Senado Federal no sentido de se suspender o ato normativo.

No primeiro caso, se verifica o procedimento comum para a formação dos precedentes judiciais, ou seja, é dada uma decisão e, em momento posterior, um órgão judicial entende que o julgamento anterior, de acordo com as circunstâncias fáticas, deve ser utilizado como guia, para se aplicar a mesma consequência jurídica (COSTA, 2020, p. 126).

Situação diferente é aquela em que o Senado Federal resolve dotar de eficácia *erga omnes* o reconhecimento de inconstitucionalidade de ato normativo. Nesse caso, não há reconhecimento a partir das próprias instâncias jurisdicionais, mas a atuação do Senado Federal.

Por isso é que não há incompatibilidade entre a pretensão de se instalar um sistema de precedentes judiciais e a norma do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, conforme já explicado.

A previsão normativa do art. 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015, pela qual se dispensa o incidente de arguição de inconstitucionalidade em controle difuso, não é motivo suficiente para tornar inócua a atuação do Senado Federal, nem para revestir de efeito vinculante a *ratio decidendi* da decisão.

A previsão desse dispositivo confere ao órgão judicial fracionário a possibilidade de reconhecer uma decisão pretérita de um tribunal como precedente a ser respeitado, mas o sistema brasileiro de precedentes judiciais não se limita a essa hipótese (COSTA, 2020, p. 127).

Por essa previsão, somente se permite a dispensa quando o incidente houver sido suscitado e decidido pela Suprema Corte ou pelo próprio tribunal.

Assim, o poder de suspensão pelo Senado Federal é importante, pois nem sempre a decisão sobre a inconstitucionalidade de um ato normativo será analisada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, a norma do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988 e a do art. 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015, constituem-se em possibilidades harmônicas no âmbito do sistema de precedentes e vinculações jurisdicionais, o que demonstra que os precedentes em controle difuso podem formar-se por diferentes modos (COSTA, 2020, p. 128).

Ainda que se reconheça a mutação constitucional, o panorama atual, referente ao controle de constitucionalidade difuso, deve permanecer inalterado, pois as decisões proferidas conterão caráter vinculante apenas nos casos de reconhecimento judicial posterior delas como precedentes judiciais, ou nas ocasiões em que o Senado Federal decidir pela suspensão dos atos normativos declarados inconstitucionais e, como se viu, não há qualquer incompatibilidade entre essas vias (COSTA, 2020, p. 134).

Por fim, mencione-se que o art. 927 do Código de Processo Civil de 2015 inseriu os recursos extraordinários repetitivos no ordenamento jurídico brasileiro. O legislador decidiu que, independentemente do reconhecimento judicial posterior deles como precedentes, a *ratio decidendi* das decisões emanadas no âmbito desses recursos deterá efeitos vinculantes.

Desse modo, o reconhecimento da força vinculante independe da atuação do Senado Federal e decorre tão somente do procedimento utilizado (COSTA, 2020, p. 134-135).

Portanto, finaliza-se com o resumo sobre as possibilidades de decisões proferidas em controle de constitucionalidade difuso que podem desfrutar de eficácia vinculante: as decisões proferidas em julgamento que siga o rito dos recursos extraordinários ou repetitivos; a que é reconhecida por decisões judiciais posteriores como precedentes, de modo a se conferir o dever de se observar a *ratio decidendi*; as que são submetidas ao crivo do Senado Federal, que pode suspender a execução de leis declaradas inconstitucionais (COSTA, 2020, p. 135).



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito constitucional alcançou imensa importância e, na atualidade, é tido como parâmetro para o desenvolvimento de todos os outros campos jurídicos. Acaba por irradiar sobre eles seus efeitos, o que gera uma necessidade de conformação de tais campos a ele.

Essa é a razão pela qual é comum a realização de uma leitura constitucional dos outros ramos do direito. Diz-se, portanto, direito civil constitucional, direito processual constitucional, e assim por diante. Isso porque é no direito constitucional, por meio das disposições encartadas nas constituições, que se encontram fundamentos para a interpretação das demais áreas do direito.

O apogeu do direito constitucional decorre de um movimento que se iniciou há muito tempo, que é o movimento que se convencionou chamar de constitucionalismo. Em poucas palavras, o constitucionalismo busca limitar o poder, estabelecendo limites ao exercício do poder político.

Porém, a esse respeito, foram acrescentados outros elementos, como a ideia de uma constituição escrita destinada a conter as normas que limitam o poder e, mais adiante, a noção de que não é suficiente limitá-lo, mas que as disposições constitucionais que preveem direitos e garantias fundamentais também devem ser efetivadas.

O constitucionalismo que agregou a noção de constituição escrita é o constitucionalismo moderno, que despontou no século XVIII, com as revoluções dos Estados Unidos da América, na busca por sua independência em relação à Inglaterra, e com a Revolução Francesa, que visava colocar fim às monarquias absolutistas da época.

O constitucionalismo contemporâneo, ou neoconstitucionalismo, incorporou a ideia de efetividade dos direitos e garantias fundamentais previstos nas constituições. Essa preocupação com a efetividade tem sido objeto de atenção dos juristas atuais. O constitucionalismo inaugurou a era da supremacia das constituições, que está intrinsecamente ligada à existência de constituições rígidas. Essas constituições foram criadas para garantir com mais força a limitação do poder e os direitos e garantias fundamentais.

A supremacia das constituições, contudo, não pode ser apenas afirmada. É necessário estabelecer instrumentos e mecanismos que possibilitem o controle de atos que as afrontem. É por essa razão que foi concebido o controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade, em sua configuração atual, surgiu no Estados Unidos da América em 1803, no célebre caso *Marbury vs. Madison*, quando o *Chief Justice* Marshall, ao meditar sobre a possibilidade de declarar uma norma inconstitucional caso violasse

a Constituição, entendeu pela viabilidade e declarou, naquele caso, a inconstitucionalidade da norma em questão.

Foi mencionado que o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil é composto pelo controle concentrado e pelo controle difuso, ou mais especificamente, incidental. O primeiro é realizado diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto o segundo pode ser realizado por qualquer magistrado ou tribunal.

Cada um possui particularidades que foram explanadas, a exemplo dos efeitos do reconhecimento de inconstitucionalidade em cada um, que podem ser *ex tunc* ou *ex nunc*, *inter partes* ou *erga omnes*. Uma das peculiaridades do controle de constitucionalidade difuso, contudo, chama a atenção e constitui o tema deste trabalho, que se refere à necessidade de resolução do Senado Federal quando há declaração de inconstitucionalidade, de acordo com o art. 52, X, da CF/88.

Por esse dispositivo, “compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (BRASIL, 1988). É uma exigência que gera uma interferência do poder legislativo sobre algo que, segundo grande parte da doutrina, deveria ser de competência exclusiva do Poder Judiciário, que é o controle de constitucionalidade.

Por essa razão, há muitos autores que criticam essa previsão, e até os dias atuais, apesar do tempo decorrido desde a promulgação da Constituição, a questão ainda não foi pacificada. Formaram-se duas correntes a respeito. Uma corrente afirma que houve uma mutação constitucional para afastar a exigência prevista no art. 52, X, da CF/88. A outra corrente destaca que o requisito é válido e plenamente eficaz, e que, caso se queira desconsiderá-lo, isso deveria ser feito pela via apropriada, que é a via formal das emendas constitucionais.

Este trabalho não se dedicou a responder qual das duas correntes está correta, o que seria demasiadamente pretensioso, dado o gabarito dos juristas que divergem entre si. O objetivo foi apresentar a questão e os argumentos de forma ampla em ambos os sentidos, contribuindo com a discussão. Espera-se que essa contribuição seja alcançada por meio da utilização de vasta bibliografia relacionada ao tema.

No entanto, é importante mencionar a conclusão sobre qual das correntes parece mais fundamentada e, portanto, merece ser acolhida. Nesse sentido, verificou-se que a corrente que defende a ocorrência da mutação constitucional merece prevalecer. Isso ocorre porque a competência para o controle de constitucionalidade é, por razões históricas e essencialmente jurídicas, de responsabilidade do Poder Judiciário.

Assim, o legislador constituinte, embora legítima sua preocupação em manter o equilíbrio ideal entre os poderes, especialmente diante do surgimento de um novo período democrático que se seguiu a um longo período de ditadura - o período do governo militar - parece ter excedido na atribuição de competência para o controle de constitucionalidade difuso, ou incidental.

Ainda, a premência dos eventos, muitas vezes, requer respostas rápidas e efetivas do Poder Judiciário, e a possibilidade de se reconhecer a mutação constitucional para garantir essas respostas é uma via de grande importância.

Deve-se ter em mente, no entanto, que isso pode resultar em excessivo ativismo judicial, razão pela qual o fenômeno da mutação constitucional só é admissível quando há razões fortes e bem fundamentadas para tal. Isso parece ocorrer em relação à norma do art. 52, X, da CF/88, e é por isso que se indica que a corrente que defende o seu afastamento está mais bem amparada, em razão da ocorrência da mutação constitucional.

Além disso, viu-se que não há incompatibilidade entre um sistema de precedentes judiciais no direito brasileiro e a norma do art. 52, X, da CF/88, de modo que podem conviver em harmonia as diversas vias para se conferir eficácia vinculante e *erga omnes* a decisões proferidas no controle de constitucionalidade difuso, ou incidental.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **O controle de constitucionalidade das leis municipais: à luz da jurisprudência do STF**. 2008. 137f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Universidade Federal da Bahia, Salvador.

AMARAL, Larissa Maciel do. **Conferindo legitimidade: a participação democrática no controle concentrado de constitucionalidade no STF**. 2014. 138f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza.

AMORIM, Pedro Rocha. **Mutação constitucional: conceito, espécies e limites**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. v. 30, n. 1, Pouso Alegre, 2014. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/7f4a4ed029d6b7c1b6ed9e5c5268e1ab.pdf>> Acesso em 20 jun. 2022.

AMORIM, Samira Macêdo Pinheiro de. **Separação dos poderes, ativismo judicial e tensão institucional: análise da relação entre judiciário e legislativo na teoria constitucional e reflexões sobre o caso brasileiro**. 2015. 187f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2015.

ARAÚJO, Stéfano Cunha. **A tese de mutação constitucional da resolução suspensiva do Senado Federal e o processo de sufocamento do controle de constitucionalidade difuso no Brasil, após a emenda constitucional nº 45/2004**. 2011. 126f. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição). Universidade de Brasília, Brasília, 2011.

AVELINO, Pedro Buck. **Constitucionalismo: definição e origem**. 2007. 117f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

AZEVEDO, Cláudia Regina de. **Todos os Supremos Tribunais Federais: corte constitucional, corte recursal e corte originária**. 2022. 108f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico). Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2022.

AZEVEDO, Gustavo Henrique Trajano de. **Reclamação constitucional: hipóteses de cabimento no código de processo civil brasileiro de 2015**. 2016. 247f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015.

BAINI, Gustavo Martins. **Teoria da mutação constitucional e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2012. 408f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book.

BATISTA, Francisco Diego Moreira. **O guardião da constituição: uma análise de qual poder deve dar a última palavra a respeito da constitucionalidade de leis no Brasil**. 2015. 120f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

BEDICKS, Laura Baracat. **Sistema difuso de controle de constitucionalidade e *civil law* no Brasil - eventuais relações**. 2017. 135f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Universidade de São Paulo, São Paulo.

BERNAL, Andrés Botero. **Matizando o discurso eurocêntrico sobre a interpretação constitucional na América Latina**. Revista Sequência. n. 59, Florianópolis, 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2009v30n59p271/13598>>. Acesso em 30 jun. 2022.

BEZERRA, Heitor Eduardo Cabral. **A relação e a compatibilidade entre o constitucionalismo contemporâneo, a democratização da função jurisdicional e os precedentes vinculantes no ordenamento brasileiro**. 2019. 209f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2019.

BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. **Cultura constitucional**. 2016. 394f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

BIELSCHOWSKY, Raoni. **O poder judiciário na doutrina da separação dos poderes: um quadro comparativo entre a ordem brasileira e a ordem portuguesa**. Revista de Informação Legislativa. a. 49, v. 195, Brasília, 2012. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496610/000966864.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 24 jun. 2022.

BORGES, Adriano Souto. **Cortes constitucionais e democracia? A interpretação das regras de competência e a expansão do controle de constitucionalidade no Brasil**. 2016. 169f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

BOTELHO, Nadja Machado. **Mutação constitucional**. 2010. 188f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

BRANCO, Eduardo Lago Castello. **Controle concentrado de constitucionalidade e democracia: ação declaratória de constitucionalidade e construção jurisprudencial**. 2006. 189f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Universidade de Fortaleza, Fortaleza.

BRANCO, Paulo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. 2008. 393f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) - Universidade de Brasília, Brasília.

BRASIL. **Constituição (1946)**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ: Imprensa Nacional, 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 01 mar. 2023.

BRASIL. **Constituição (1967)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 01 mar. 2023.

BRASIL. **Constituição (1969)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1969. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao69.htm). Acesso em: 01 mar. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 5 out. 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Edição especial. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 01 mar. 2023.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 01 mar. 2023.

BRASIL. Lei n. 9.055, de 1º de junho de 1995. Dispõe sobre a utilização dos recursos hídricos e institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 02 jun. 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9055.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9055.htm). Acesso em: 01 mar. 2023.

BRASIL. Lei n. 9868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o Processo e Julgamento da Adin e da ADC. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm). Acesso em: 01 mar. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.937-1. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF: STF, 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3937&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 01 mar. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Reclamação Constitucional n. 4.335-5. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF: STF, 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=43355&classe=RECL&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em:

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. 197.917-1/SP. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, DF: STF, 1998. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=197917&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 01 mar. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula Vinculante n. 10. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2342>. Acesso em: 01 mar. 2023.

BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Resolução n. 21.702, de 18 de agosto de 2004. Dispõe sobre a geração de mídias para votação eletrônica. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 ago. 2004. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2004/RES217022004.htm>. Acesso em: 01 mar. 2023.

BRITTO, Melina Carla de Souza. **Juristocracia e *backlash* como expressões da insuficiência do arranjo institucional do constitucionalismo liberal**. 2020. 113f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Socioambiental) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Da reforma à mutação constitucional**. Revista de Informação Legislativa. a. 33, n. 129, Brasília, 1996. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176380/000506397.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 15 jun. 2022.

CARVALHO, Carliane de Oliveira. **O problema da legitimidade instituinte e constituída do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade**. 2015. 234f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Universidade Federal da Bahia, Salvador.

CAPANO, Fernando Fabiani. **O poder judiciário e o movimento do constitucionalismo: reflexões sobre o ativismo judicial no contexto da doutrina da separação de poderes**. 2011. 171f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo.

CAPELLARI, Eduardo. **A crise da modernidade e a constituição: elementos para a compreensão do constitucionalismo contemporâneo**. 2002. 158f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica democratizante à prática judicial brasileira**. 2006. 221f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília.

CORDEIRO, Luis Phillipe de Campos. **Cortes Supremas como instituições deliberativas: da prática decisória ao precedente obrigatório**. 2018. 237f. Dissertação (Mestre em Ciências Jurídicas). Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018.

CORTUCCI, Andréa Mancine. **Mutação constitucional, entre a interpretação e a justiça constitucional**. 2016. 167f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

COSTA, Thiago Maciel de Paiva. **Sistema de precedentes e controle de constitucionalidade: a (in)constitucionalidade como parâmetro de vinculação da jurisdição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

CRUZ, Gabriel Dias Marques. **Incidente de Inconstitucionalidade e Controle Difuso**. 2014. 161f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

DANIELE, Anna Luisa Walter de Santana. **Interpretação e mutação constitucional**. 2008. 158f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

DAVID, Raphaela Borges. **Decisão jurídica e governabilidade no diálogo entre judiciário e executivo**. 2018. 226f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

DUARTE NETO, José. **Rigidez e estabilidade constitucional: estudo da organização constitucional brasileira**. 2009. 285f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **A exigência constitucional de qualidade formal da lei e seus reflexos no processo legislativo e no controle de constitucionalidade.** 2014. 278f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **O controle abstrato de constitucionalidade sob o enfoque dos princípios processuais.** 2010. 242f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

FACHIN, Jéssica Amanda. **Constitucionalismo brasileiro e os desafios para a consolidação da democracia no Brasil.** 2020. 293f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

FAVERO, Elisa Regina. **Reforma constitucional:** a questão do equilíbrio entre a estabilidade e a necessidade de evolução das constituições rígidas. 1997. 124f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Videira.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Comentário ao artigo 52, inciso X. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). **Comentários à constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. E-book.

FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional:** construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERREIRA, Carla Rodrigues. **Superação de cláusulas pétreas:** uma análise através da linguagem e da mutação constitucional. 2007. 145f. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória.

FERREIRA, Emanuel de Melo. **A abstrativização do controle concreto de constitucionalidade e os excessos do STF.** 2010. 227f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza.

GALIA, Susana Sbrogio. **Mutações constitucionais interpretativas e proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais.** 2006. 191f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

GARBULHA, Marcela Ribeiro de Magalhães. **Reclamação constitucional e recurso especial repetitivo:** instrumento para garantia da autoridade de precedentes vinculantes. 2022. 90f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo.** 2015. 267f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

GUSSI, Evandro Herrera Bertone. **A representação política.** 2009. 201f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

HIGINO NETO, Vicente. **Constitucionalismo cosmopolita:** um novo nomos jurídico? 2012. 242f. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KOZIKOSKI JUNIOR, Antonio Claudio. **O efeito vinculante no controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal:** as consequências jurídicas e sociais. 2008. 192f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba.

KREUZ, Letícia Regina Camargo. **Constitucionalismo nos tempos do cólera:** neoconserveradorismo e desnaturação constitucional. 2020. 295f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

KROL, Heloísa da Silva. **Reforma constitucional:** fundamentos e limites no cenário democrático-constitucional. 2007. 158f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

LANÇA, João André Alves. **Mutação constitucional:** fundamentação e limites à luz da hermenêutica filosófica e da teoria estruturante do direito. 2014. 161f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

LEAL, Augusto Cesar de Carvalho. **A decisão judicial como centro de gravidade do princípio da segurança jurídica:** os precedentes judiciais vinculantes como instrumento eficaz de promoção do estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito. 2013. 243f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

LIMA, Bruna Medeiros Valente de. **Controle da vinculação horizontal do precedente judicial:** caminhos para a consolidação da segurança jurídica. 2017. 151f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2017.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución.** Barcelona/Caracas: Editorial Ariel, 1976.

LOPES, Ana Paula de Almeida. **Poder judiciário e democracia:** uma análise do impacto da intervenção judicial nas regras da competição política de 2002 a 2010. 2015. 243f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

LOURENÇO, Pedro Caetano Dias. **Desrespeito ao precedente judicial.** 2018. 132f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

LOURINHO, Sergio Manuel Fialho. **Das origens do constitucionalismo:** uma perspectiva luso-brasileira. 2011. 365f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

LOZER, Juliana Carlesso. **Democracia e controle de constitucionalidade:** a legitimidade democrática da jurisdição constitucional brasileira. 2004. 137f. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **A reconstrução do controle difuso de constitucionalidade à luz da questão institucional:** política, cidadania, democracia discursiva e experimentalismo. 2014. 213f. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) - Universidade de Brasília, Brasília.

MACEDO FILHO, Cícero Martins de. **Limites formais e materiais ao controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal**. 2006. 337f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal.

MACHADO, Roberto Denis. **Direito, política e poder: o direito como instrumento de ação política**. 2012. 135f. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

MAIOR, Silvério Souto. **Fundamentos para uma nova teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade**. 2019. 141f. Dissertação (Mestre em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

MAGALHÃES, João Marcelo Rego. **O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade: considerações sobre o papel da arguição de descumprimento de preceito fundamental**. 2007. 202f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Fortaleza, Fortaleza.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedente constitucional**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MARQUES, Vitor. **Os limites estruturais do Supremo Tribunal Federal no Brasil: controle de constitucionalidade e medidas de exceção**. 2019. 121f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

MARTIGNAGO, Gisella. **Controle de constitucionalidade e o ativismo judicial**. 2009. 115f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

MARTINS, Willian Stoianov. **Atividade jurisdicional e o sistema de precedentes no Código de Processo Civil**. 2020. 267f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

MATOS, Deborah Dettmam. **Concentração, divisão e controle do poder legislativo: a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular**. 2017. 295f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

MATTOS, Lucas de Brandão e. **Análise do uso normativo dos precedentes na motivação das decisões judiciais no direito brasileiro**. 2019. 195f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019.

MEINBERG, Marcio Ortiz. **Direitos fundamentais e mutação constitucional**. 2014. 140f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

MELO FILHO, Renato Soares. **O ativismo judicial em investida ao estado democrático**. 2013. 139f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Franca, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** 2008. 224f. Tese (Doutorado em Ciência Política). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. **O papel do Supremo Tribunal Federal no sistema de justiça penal e a teoria dos precedentes obrigatórios:** uma análise comparada com a Suprema Corte dos Estados Unidos. 2019. 284f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2019.

MIRANDA, Luciana Santos Pontes de. **Efeitos temporais da decisão no controle jurisdicional de constitucionalidade:** a eficácia prospectiva do julgado no sistema constitucional brasileiro. 2008. 270f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008.

MIRANDA, Victor Vasconcelos. **Precedentes judiciais:** construção e aplicação da *ratio decidendi*. São Paulo: Thomson Reuters Brasi, 2022.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes:** da persuasão à vinculação. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MITIDIERO, Daniel. **Superação para frente e modulação dos efeitos:** precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MONTEIRO, Lálida de Figueiredo. **A participação histórica do Senado Federal no controle de constitucionalidade:** o caso do Funrural e a tese da mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal. 2018. 161f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília.

MORAES FILHO, Odilon Carpes. **Os mecanismos do controle preventivo de constitucionalidade no direito brasileiro.** 2007. 130f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

MOREIRA, João Victor Duarte. **Jurisdição constitucional e equilíbrio entre poderes:** uma análise da crise institucional brasileira à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2019. 100f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza.

MOURÃO, Lucas Tavares. **Bloco de constitucionalidade como fundamento para o controle judicial do processo legislativo.** 2018. 200f. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

NERY, Bárbara Brum. **Rigidez constitucional no estado democrático de direito:** um debate acerca dos limites formais e materiais à reforma constitucional. 2015. 203f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

NOVAIS, Fabrício Murano; JACOB, Muriel Amaral. **Mutação constitucional e abstrativização do controle difuso de constitucionalidade no brasil:** alcance eficaz do art. 525, § 12 do código de processo civil. Revista Pensamento Jurídico. vol. 12, n. 2, São Paulo, 2018. Disponível em: <

<https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/151>>. Acesso em 02 jul. 2022.

OLIVEIRA, Ramom Tácio de. **Efeitos do ativismo judicial no estado democrático de direito**. 2011. 187f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

OLIVEIRA, Sealtiel Duarte de. **A objetivação do controle concreto de constitucionalidade nas decisões do Supremo Tribunal Federal**. 2013. 165f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal.

OSTERNO, Raissa Carly Fernandes Macêdo. **O poder da última palavra e os diálogos institucionais: uma análise da crise da jurisdição constitucional**. 2017. 207f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

PÁDUA, Antonio Carlos Torres de Siqueira de Maia e. **A mutação constitucional e a coisa julgada no controle abstrato de constitucionalidade: análise de um fragmento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2006. 200f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília.

PAULA, Rodrigo Uchôa. **Os estados constitucionais e a necessidade de um tribunal constitucional no Brasil**. 2016. 199f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza.

PASSOS, Ingrid Barreira de Carvalho. **Democracia e o controle concentrado de constitucionalidade**. 2008. 85f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Universidade de Fortaleza, Fortaleza.

PAULINO, Lucas Azevedo. **Jurisdição constitucional sem supremacia judicial: a reconciliação entre a proteção de direitos fundamentais e a legitimidade democrática no constitucionalismo**. 2016. 178f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte

PEDRA, Adriano Sant'ana. **Teoria da mutação constitucional: limites e possibilidades das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização**. 2009. 332f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. **A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade**. 2011. 229f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

PESSANHA, Rodrigo Brandão Viveiros. **Supremacia judicial: trajetórias, pressupostos, críticas e alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 517f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

PIÑEIRO, Eduardo Schenato. **Análise estrutural-comparativa do controle difuso de constitucionalidade brasileiro**. 2010. 229f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

PRADO, Gladis Helena Jorgens. **Os valores supremos no estado democrático de direito.** 2014. 217f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

REIS, João Márcio Rêgo. **A transcendência dos motivos determinantes no controle concentrado de constitucionalidade.** 2014. 122f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador.

RÊGO, Eduardo de Carvalho. **Superpoder judiciário: o papel do controle de constitucionalidade na consolidação da juristocracia no Brasil.** 2018. 264f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

ROCHA, Rafael Macedo Coelho Luz. **O modelo de controle de constitucionalidade no Brasil e a abstrativização dos efeitos das decisões tomadas em sede de controle difuso pelo STF.** 2015. 129f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Universidade Federal da Bahia, Salvador.

RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi; PINÓS, Ondina Maria Paulino. **A participação do Senado no controle difuso de constitucionalidade.** Revista de Informação Legislativa. a. 50, n. 198, Brasília, 2013. Acesso em: <  
<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496958/000983399.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 08 jul. 2022.

ROMEU, Luciana Campanelli. **A aplicação da modulação pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade.** 2011. 98f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Franca.

ROSA, Gilmar Madalozzo da. **Mutação constitucional: limites e possibilidade.** 2020. 204f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2020.

ROSSONI, Igor Bimkowski. **Coisa julgada e controle de constitucionalidade.** 2013. 216f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo.

SAMPAR, Rene Erick. **A separação de poderes no século XXI: direito e poder no estado para além da modernidade.** 2020. 245f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

SANTOS, Anderson Clei. **Mutação constitucional e a crise da democracia representativa.** 2015. 135f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão.

SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo e ativismo: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio.** 2017. 127f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo.

SANTOS, Clara da Mota. **Ativismo judicial e mutação constitucional: uma proposta de reação democrática do controle difuso de constitucionalidade à tese de sua "objetivação".** 2013. 166f. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) - Universidade de Brasília, Brasília.

SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix. **Precedentes judiciais: diálogos transnacionais**. 1 ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

SERENATO, Maurício Wosniaki. **Uma aposta no povo: democracia forte e constitucionalismo fraco no contexto de tensões das democracias constitucionais**. 2019. 187f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

SILVA, Alexandre Garrido. **Hermenêutica institucional, supremacia judicial e democracia**. 2011. 249f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

SILVA, Lucas Régis Lancaster Merino. **O desenvolvimento da jurisdição constitucional brasileira: um estudo da evolução histórica, doutrinária e normativa da jurisdição constitucional entre a proclamação da república e a constituição de 1988**. 2021. 534f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

SILVA, Luiz Felipe da Mata Machado. **A construção do discurso de objetividade do controle abstrato de constitucionalidade**. 2020. 231f. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição). Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

SILVA, Rick Daniel Pianaro da. **Deterioração democrática e retrocesso constitucional: perspectivas do constitucionalismo democrático brasileiro**. 2021. 115f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021.

SILVA, Roberto Carlos Rocha da. **Mutação constitucional como meio difuso de efetivação dos direitos e garantias fundamentais**. 2014. 95f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2014.

SILVA JÚNIOR, Denarcy Souza e. **Precedentes judiciais obrigatórios e o princípio da legalidade: coerência e integridade na construção de respostas adequadas à constituição**. 2017. 146f. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2017.

SILVEIRA, Bianca Rey Guedes da. **Controle abstrato de constitucionalidade: uma análise dogmático-jurisprudencial das técnicas decisórias interpretação conforme a constituição” e “inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”**. 2011. 131f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

SILVEIRA, Daniel Barile da. **A institucionalização do Supremo Tribunal Federal e sua posição contromajoritária na Constituição da República de 1988**. 2012. 405f. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição) - Universidade de Brasília, Brasília.

SILVEIRA, Ramaís de Castro. **Diálogos constitucionais**. 2016. 486f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília.

SOUZA, Léa Émile Maciel Jorge de. **Os limites da atuação da justiça constitucional no constitucionalismo contemporâneo**. 2013. 181f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. E-book.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **A constituição e o supremo**. Brasília: STF, Secretaria de Documentação. 2018.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial**: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. 2012. 141f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo.

TASSINARI, Clarissa. **A supremacia judicial consentida**: uma leitura da atuação do supremo tribunal federal a partir da relação direito-política. 2016. 259f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo.

TAVARES, José Luís da Silva. **A crise do recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal: passado, presente e futuro**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal Fluminense, Niterói.

TEIXEIRA, Yuri de Matos Mesquita. **O ativismo judicial como fenômeno negativo ao estado democrático de direito brasileiro**. 2022. 153f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador.

VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional**. 2015. 416f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília.

VELLO, Renata Pinto Coelho. **Jurisdição constitucional e democracia**: uma análise da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. 2010. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória.

VIANA, Felipe Benedito. **O controle de constitucionalidade finalístico**. 2010, 186f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito**. 2013. 200f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

ZANOTTI, Bruno Taufner. **Mutação (in)constitucional do controle difuso de constitucionalidade**: legítima evolução ou patente violação ao sistema de direitos e garantias fundamentais? 2010. 182f. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória.

ZAULI, Eduardo Meira. **Judicialização da política, poder judiciário e comissões parlamentares de inquérito no Brasil**. Revista de Informação Legislativa. a. 47, n. 185, Brasília, 2010. Acesso em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198655/000881199.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 10 jul. 2022.