

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA - IDP  
ESCOLA DE DIREITO E DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - EDAP  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**VÍTOR FINOTTI BARBOSA**

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ACOLHIMENTO DA TEORIA DA  
ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE POR  
MEIO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO  
FEDERAL**

**BRASÍLIA  
JULHO 2021**

**VÍTOR FINOTTI BARBOSA**

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ACOLHIMENTO DA TEORIA DA  
ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE POR  
MEIO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO  
FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à banca examinadora como  
requisito parcial para a conclusão do curso  
de Direito e obtenção do título de bacharel  
em Direito pela Escola de Direito e de  
Administração Pública do IDP - EDAP.

Orientador: Prof. Dr. José dos Santos  
Carvalho Filho

**BRASÍLIA  
JULHO 2021**

**VÍTOR FINOTTI BARBOSA**

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ACOLHIMENTO DA TEORIA DA  
ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE POR  
MEIO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO  
FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à banca examinadora como  
requisito parcial para a conclusão do curso  
de Direito e obtenção do título de bacharel  
em Direito pela Escola de Direito e de  
Administração Pública do IDP - EDAP.

Brasília-DF, 1º de julho de 2021.

---

Prof. Dr. José dos Santos Carvalho Filho  
Escola de Direito e de Administração Pública do IDP (EDAP)  
Professor Orientador

---

Prof. Dr. Raphael Carvalho  
Escola de Direito e de Administração Pública do IDP (EDAP)  
Membro da Banca Examinadora

---

Prof. Me. Salomão Almeida Barbosa  
Centro Universitário de Brasília (UniCEUB)  
Membro da Banca Examinadora

## RESUMO

A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade é fenômeno cada vez mais estudado e debatido no direito constitucional brasileiro. Sua ocorrência é observável sob vários aspectos: reformas estruturais do Poder Judiciário promovidas pelo próprio poder constituinte derivado; legislação ordinária que introduz e legitima práticas que subvertem a lógica da clássica distinção entre os modelos de controle de constitucionalidade; doutrina e jurisprudência que constroem novos entendimentos influenciadores do exercício prático da jurisdição constitucional. A mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988 – teoria segundo a qual as decisões em sede de controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal também são dotadas de efeito vinculante e eficácia *erga omnes* – é questão ainda controversa no âmbito jurídico. Diversas decisões da Suprema Corte tangenciaram o tema nos últimos anos, especialmente o julgamento das ADIs 3.470/RJ e 3.406/RJ. A fim de averiguar se é legítima a afirmativa de que houve acolhimento daquela tese mutacional pelo Supremo Tribunal Federal – objetivo principal deste trabalho –, propõe-se uma atenta análise da jurisprudência da corte, firmado também sobre importantes marcos teóricos que fundamentam a mutação constitucional, como a teoria estruturante de Friedrich Müller. Optou-se pela metodologia dogmática, com método de abordagem essencialmente dedutivo. Na primeira parte do trabalho, em que são visados os objetivos intermediários – o estudo das categorias conceituais para estabelecimento da base lógico-jurídica em que se insere a questão principal – a ênfase metodológica está na análise bibliográfica; em sequência, quanto ao objetivo central, a ênfase metodológica está na análise jurisprudencial.

**Palavras-chaves:** Controle de Constitucionalidade. Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade. Mutação Constitucional. Jurisdição Constitucional.

## ABSTRACT

The abstrativization of the diffuse control of constitutionality is a phenomenon that has been extensively studied and discussed in Brazilian constitutional law. It's possible to observe this phenomenon under several aspects: structural reforms of the judiciary promoted by the derived constituent power itself; ordinary legislation introducing and legitimizing practices that subvert the logic of the classical distinction between methods of constitutional review; doctrine and precedents creating new understandings which modify the practical exercise of constitutional jurisdiction. The informal constitutional mutation of the article 52, X, of the Constitution of the Republic of 1988 – thesis according to which decisions in terms of diffuse method by the Supreme Court are also endowed with binding effect and *erga omnes* efficacy – is still a controversial issue in the legal environment. Several Supreme Court decisions have addressed the issue in recent years, especially the judgment of ADI 3470 and ADI 3406. In order to ascertain whether the assertion that mutational thesis was accepted by the court – the main objective of this work – it's proposed an attentive analysis of the court's precedents, while focusing on important theoretical frameworks that underlie the doctrine of informal constitutional mutation – such as Friedrich Müller's structural theory. The dogmatic methodology prevails in this paper, with an essentially deductive approach method. In the first chapters, in which the aim are intermediate objectives – the study of conceptual categories to establish the logical-legal basis in which the main question is inserted – the methodological emphasis is on bibliographic analysis; in sequence, as to the central objective, the methodological emphasis is on jurisprudential analysis.

**Keywords:** Judicial Review. Abstrativization of the Diffuse Control of Constitutionality. Informal Constitutional Mutation. Constitutional Jurisdiction.

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CPC – Código de Processo Civil

EC – Emenda Constitucional

HC – Habeas Corpus

RE – Recurso Extraordinário

Rcl – Reclamação

STF – Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

|  |    |
|--|----|
| INTRODUÇÃO.....  | 8  |
| 2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL .....                          | 15 |
| 2.1 Considerações Gerais sobre o Controle de Constitucionalidade.....        | 15 |
| 2.1.1 Critérios de Classificação de Controle de Constitucionalidade .....    | 15 |
| 2.1.2 Modelos de Controle Judicial .....                                     | 18 |
| 2.2 Surgimento do Controle Difuso .....                                      | 19 |
| 2.3 Instituição do Controle Abstrato .....                                   | 20 |
| 2.4 Abertura Procedimental da Jurisdição Constitucional.....                 | 22 |
| 2.5 Racionalização da Prestação Jurisdicional.....                           | 24 |
| 2.5.1 O “Sistema Eclético” de Controle de Constitucionalidade.....           | 24 |
| 2.5.2 Súmula Vinculante.....   | 25 |
| 2.5.3 Repercussão Geral.....   | 27 |
| 3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL .....   | 29 |
| 3.1 A Escola Alemã de Direito Público.....                                   | 29 |
| 3.2 Os meios de realização da mutação constitucional .....                   | 31 |
| 3.3 Concretização e mutação constitucional.....                              | 33 |
| 3.3 Parâmetros normativos estruturantes das mutações constitucionais.....    | 34 |
| 3.4.1 Parâmetros relacionados com o Programa Normativo.....                  | 34 |
| 3.4.2 Parâmetros relacionados com o Âmbito Normativo .....                   | 35 |
| 3.4.3 Parâmetros relacionados com a Norma de Decisão .....                   | 36 |
| 4 CLÁUSULA SENATORIAL .....  | 37 |
| 4.1 A cláusula nas diversas Constituições e na jurisprudência do STF.....    | 37 |
| 4.2 A doutrina de Lúcio Bittencourt .....                                    | 39 |
| 4.3 A tese mutacional de Gilmar Mendes .....                                 | 40 |
| 4.4 Outros autores sobre a mutação constitucional do art. 52, X, da CF ..... | 43 |

|  |    |
|--|----|
| 5 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....                     | 46 |
| 5.1 O julgamento da ADI 4.277/DF e da ADPF 132/RJ .....                | 47 |
| 5.2 O julgamento da ADC 43/DF, da ADC 44/DF e da ADC 54/DF.....        | 48 |
| 5.3 O julgamento da ADI 6.524/DF .....                                 | 49 |
| 5.4 O julgamento da Rcl 4.335/AC.....                                  | 51 |
| 5.5 O julgamento da ADI 3.406/RJ e da ADI 3.470/RJ .....               | 55 |
| 5.5.1 O debate que se reacendeu no Plenário da Suprema Corte .....     | 55 |
| 5.5.2 Declaração incidental de inconstitucionalidade nas ADIs .....    | 55 |
| 5.5.3 Histórico do tema da proibição do amianto na Suprema Corte.....  | 56 |
| 5.5.4 O acórdão e os votos dos ministros .....                         | 57 |
| 5.5.5 O Informativo STF nº 886 e a publicação oficial do acórdão ..... | 66 |
| 5.5.6 Votos no julgamento da ADI 3.470/RJ .....                        | 68 |
| 5.6 O julgamento da Rcl 25.483/SC.....                                 | 69 |
| CONCLUSÃO .....  | 72 |
| REFERÊNCIAS .....  | 75 |

## INTRODUÇÃO

No direito constitucional brasileiro, o inveterado tema do controle de constitucionalidade está sempre a se desenvolver e a suscitar novas questões. Assim, também no momento atual, em tempos de neoconstitucionalismo, um debate relevante se apresenta acerca de um evento jurídico que estaria alterando a própria configuração do esquema constitucional de freios e contrapesos, particularmente em relação ao controle de constitucionalidade: a “abstrativização” ou “objetivação” do controle difuso de constitucionalidade.

O fenômeno pode ser percebido como um processo de transformação do sistema de controle de constitucionalidade, desencadeado a partir de fatos jurídicos diversos e não necessariamente interdependentes entre si. Neste trabalho, porém, conquanto não se pretenda omitir um exame geral desses diversos aspectos que contextualizam o tema, a ênfase será sobre determinada tese doutrinária que – a provar-se correta em sua defesa da ocorrência de mutação constitucional – implicaria o quadro mais nítido e preciso – e, provavelmente, também o mais subversivo – de “abstrativização” do controle difuso de constitucionalidade. Trata-se da tese da mutação constitucional do inciso X do art. 52 da Constituição Federal de 1988 (CF). De todo modo, certo é que essa tese apresenta-se como apenas uma – mais uma, entre outras – teoria convergente ou atestatória da doutrina da abstrativização, que em si mesma compreende um escopo muito maior.

A expressão “abstrativização”, em que está pressuposta a ideia de transformação e movimento, refere-se à clássica categorização do controle de constitucionalidade quanto ao modo de controle judicial (ou tipo de fiscalização); o mesmo vale para a expressão sinônima “objetivação”. Nesse sentido, a noção de controle abstrato ou objetivo identifica-se com a ideia de controle por via principal ou ação direta, em contraposição ao controle por via incidental, em que se apreciam casos concretos. Importa ressaltar, entretanto, que normalmente é ao “controle difuso” – e não ao “controle concreto”, como seria mais lógico – que se atribui o papel de elemento passivo do processo de abstrativização: fala-se com muita frequência em “abstrativização do controle difuso”, evocando-se outro tipo de categorização, que é a

classificação quanto ao órgão judicial que exerce o controle. Isso porque, no direito constitucional brasileiro, o controle difuso sempre esteve fortemente identificado com o controle incidental.

Uma breve retomada histórica do tema do controle de constitucionalidade em nosso ordenamento jurídico é, portanto, caminho seguro para contextualizar o fenômeno, máxime sob o enfoque do advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Com efeito, a atual Constituição Federal representou, desde o instante de sua promulgação, uma significativa transformação no sistema pátrio de controle de constitucionalidade. O novo quadro jurídico instaurado sofreu ainda, ao longo das três décadas que se seguiram, diversas e intensas mudanças; essas alterações vêm ocorrendo tanto no Congresso Nacional – pela expressão legislativa formal, via poder constituinte reformador ou via legislação comum – como no Supremo Tribunal Federal (STF) – por meio de jurisprudência que vem conformando o entendimento da corte sobre o funcionamento do próprio sistema de controle de constitucionalidade.

A mudança mais profunda que se constata com o advento da nova Carta Magna é a alteração do paradigma quanto à preponderância entre os dois modelos de controle de constitucionalidade de normas: o controle difuso e incidental e o controle concentrado e abstrato. Adepto de um modelo de fiscalização judicial da validade das leis pelo modo incidental e difuso desde a Constituição republicana de 1891, o ordenamento jurídico brasileiro passou a adotar, a partir da Emenda Constitucional (EC) nº 16, de 26 de novembro de 1965, com a introdução do controle abstrato, um sistema muitas vezes denominado “misto” ou “híbrido” de controle de normas constitucionais. Entretanto, foram as inovações trazidas pela Constituição de 1988 acerca das competências da Suprema Corte que efetivamente colocaram em relevo o controle concentrado; essa tendência foi definitivamente consagrada com a promulgação de algumas emendas à Constituição – como a Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, e a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. No plano infraconstitucional também sobrevieram diplomas legais – cite-se, por exemplo, a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, e a Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009 – que reforçaram a predominância do controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade na nova sistemática jurídica.

A instituição de novas ações constitucionais ou a ampliação do rol de legitimados para deflagração do processo são clássicos exemplos da reestruturação direta do modelo concentrado operada sob a égide da Constituição de 1988. Numa outra perspectiva, novos institutos jurídicos afetaram indiretamente o desenho do modelo de controle difuso, evidenciando ainda mais o chamado processo de “abstrativização”. Exemplos dessa realidade são os regimes constitucionais da súmula vinculante e da repercussão geral, bem como as regras do novo Código de Processo Civil sobre a observância dos precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Como corolário dessas inovações, todas operadas no campo das fontes positivadas, desenvolveram-se também no domínio da doutrina e da jurisprudência questões relevantes e com aptidão para modificar a realidade jurídica. É o que ocorre com as discussões acerca da abstrativização do controle difuso, a partir das quais, num esforço interpretativo e criativo de seus emissores, algumas vezes se levantam problemas e se propõem soluções práticas que podem afetar até mesmo estruturas centrais do constitucionalismo brasileiro, como a autonomia e harmonia entre os poderes constitucionais ou a própria justiciabilidade do sistema judiciário. Conforme se pretende demonstrar, é precisamente esse o caso da mutação constitucional do art. 52, inciso X, da Constituição Federal – sobretudo em razão do valor histórico e alcance político desse dispositivo –, pois essa tese encerra efetivo potencial para desfigurar elementos do clássico arranjo constitucional.

Assim, no contexto desse panorama evolutivo do controle de constitucionalidade no Brasil, é que se insere o objeto central deste estudo. O preceito em questão, integrante do título da Constituição que dispõe sobre a organização dos poderes, atribui ao Senado Federal a competência privativa de “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”, estabelecendo aquele órgão legislativo como sujeito ativo no sistema de controle de constitucionalidade. Ressalte-se que o referido texto, hoje vigente pelo art. 52 da Constituição Federal, foi introduzido em Constituições anteriores; a fórmula aparece pela primeira vez, por exemplo, no inciso IV do art. 91 da Constituição de 1934. Com o tempo, controvérsias doutrinárias sobre a interpretação do dispositivo despontaram e, hoje, persistem especialmente sob a alegação de que seu conteúdo encontra-se em descompasso com o sentido geral

para o qual aponta um suposto quadro evolutivo do controle de constitucionalidade brasileiro.

Seja por meio de um exame histórico-comparativo das razões de existir desse dispositivo na atual e em anteriores Constituições brasileiras, seja por meio de uma argumentação prospectiva sobre os efeitos indesejados da aplicação de seu sentido estrito e tradicional, a tese que se sobressai como solução para esse suposto descompasso ou inconsistência é a da ocorrência da mutação tácita do sentido original do texto desse dispositivo constitucional.

Ainda em meados do século XX, o político e jurista Lúcio Bittencourt trouxe para o debate ousada interpretação para a fórmula senatorial, qual seja, a de que o dispositivo atribui ao Senado Federal meramente a função de publicizar a decisão do Supremo Tribunal Federal. Naquele contexto, em sua clássica obra *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*<sup>1</sup>, Bittencourt discutia os possíveis efeitos das declarações de inconstitucionalidade e tomava como pressuposto a ineficácia ou inexistência da lei inconstitucional. Após décadas, mesmo com um desenvolvimento intrincado de doutrina e jurisprudência sobre os efeitos da inconstitucionalidade, esse argumento redutor do papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade subsistiu: apresenta-se, hoje, como principal sustentação para a moderna tese mutacional, da qual se tem Gilmar Mendes como seu proeminente patrocinador, quer por seu trabalho como doutrinador, quer por sua atuação como ministro da Suprema Corte.

Apesar de antiga a controvérsia, é certo que o argumento desde sempre constituiu posicionamento isolado ou minoritário. Na última década, entretanto, parece estar-se assistindo a um certo impulsionamento da teoria nos meios acadêmico e jurídico, inclusive no próprio Supremo Tribunal Federal, onde eventualmente se insinua através dos votos de alguns ministros. Com efeito, nos últimos anos, importantes julgados da Corte tangenciaram o tema e tornaram-se, eventualmente, casos paradigmáticos para doutrinadores ou pesquisadores que o desenvolvem. Aliás, em razão do próprio caráter premente e atual dos temas “mutação

---

<sup>1</sup> BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. (Arquivos do Ministério da Justiça).

constitucional” e “abstrativização”, é razoável supor que a questão venha a ser outras vezes discutida na Suprema Corte – de forma mais ou menos oblíqua, a depender do caso concreto que ensejar a discussão.

O fato de se tratar de questão premente e atual, no entanto, não implica mais facilidade em sua abordagem; pelo contrário, a opinião de alguns estudiosos do fenômeno da mutação constitucional é a de que pouco, em termos qualitativos, ainda se discute e se produz sobre o assunto no plano doutrinário e jurisprudencial, sobretudo no direito brasileiro. Para ilustrar essa opinião, tome-se apenas a obra de Adriano Sant’Ana Pedra<sup>2</sup>, na qual três renomados juristas, em prefácio ou apresentações ao seu livro, reconhecem essa realidade: para Friedrich Müller, um estudo com amplitude e profundidade sobre mutação constitucional “se tornou mais importante que nunca para o Brasil atual” porque trata-se de uma “intrincada problemática, até então não resolvida no Brasil de forma convincente”<sup>3</sup>; para André Ramos Tavares, apesar de o tema não ser inédito em si mesmo, “paradoxalmente (...) é muito raramente enfrentado com profundidade, restando ainda aberta a discussão de seu significado, suas consequências, suas possibilidades e seus limites”<sup>4</sup>; finalmente, Dimitri Dimoulis pontua que “muitas vezes, os adeptos da mutação silenciam sobre a natureza e os pressupostos dessa abordagem”<sup>5</sup>.

Essa tese da mutação constitucional, entretanto, vem sendo sustentada não obstante a inexistência de um julgado específico da Suprema Corte a estabelecer, de modo inequívoco, entendimento a respeito dessa questão. Esse é justamente o ponto de inquietação da pesquisa e sobre o qual se pretende investigar. A hipótese central, portanto, constrói-se a partir da pergunta: a questão jurídica levantada pela doutrina sobre a ocorrência de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal, solveu-se, realmente, de modo derradeiro, no âmbito do Supremo Tribunal Federal? Positiva ou negativa a resposta, é certo que o conhecimento pretendido deverá ser consequência da demonstração sobre os termos em que o fato deu-se ou deixou de dar-se, isto é, da demonstração das bases lógico-jurídicas que permitiram concluir que

---

<sup>2</sup> PEDRA, Adriano Sant’Ana. **Mutação Constitucional**: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. XI. (Apresentação da 4ª edição)

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. XIII. (Prefácio)

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. XVI. (Apresentação)

a atuação da corte nos casos julgados concretizou ou deixou de concretizar o reconhecimento – oficial, institucional da mutação constitucional.

Demonstrada a relevância teórica e prática dessa discussão, inclusive sob os aspectos político e social, e considerada a sua natureza dinâmica ou evolutiva dentro do Supremo Tribunal Federal, a pretensão dessa pesquisa é conhecer o real *status quaestionis* da jurisprudência sobre o assunto. Para tanto, pretende-se fazer uma análise de algumas decisões da Suprema Corte em que essa questão foi suscitada – de modo principal ou acessório –, e também um cotejo entre os possíveis argumentos lá apresentados e a clássica doutrina sobre o instituto da mutação constitucional. Dada a ampla disponibilidade de fontes doutrinárias e jurisprudenciais sobre os pontos elementares que perpassam o estudo, a pesquisa afigura-se certamente viável do ponto de vista técnico.

Dessa forma, para a consecução dos objetivos da pesquisa, elegeu-se a metodologia dogmática, com método de abordagem essencialmente dedutivo. Quanto ao objetivo principal – a verificação do acolhimento da tese doutrinária pelo tribunal – a ênfase metodológica está na análise jurisprudencial; quanto aos objetivos intermediários – o estudo das categorias conceituais – a ênfase está na análise bibliográfica. Os dados para a análise jurisprudencial foram coletados na própria base de dados do sítio virtual do Supremo Tribunal Federal. O tratamento das principais categorias conceituais investigadas nesta pesquisa, por terem origem essencialmente doutrinária, toma por base obras de autores clássicos, nacionais ou estrangeiros, bem como artigos científicos e outros tipos de trabalhos acadêmicos produzidos mais recentemente.

Finalmente, quanto à estrutura do desenvolvimento deste trabalho, optou-se pela divisão em quatro capítulos.

No primeiro capítulo, o propósito é conhecer de que forma o fenômeno da objetivação do controle difuso se insere no controle de constitucionalidade do direito brasileiro, o que não se faz sem a retomada de algumas considerações doutrinárias gerais sobre o tema e sem uma contextualização histórica mais detalhada.

Nos dois títulos seguintes avança-se para a análise dos dois marcos teóricos centrais. O primeiro trata da mutação constitucional enquanto conceito doutrinário. O capítulo seguinte explora diversos aspectos do instituto da “cláusula senatorial”, isto é, aspectos histórico, doutrinário e jurisprudencial do dispositivo constitucional que hoje se materializa no art. 52, inciso X da Constituição Federal.

No último capítulo, dá-se a análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal que tangenciaram as categorias tratadas na fase anterior do trabalho, com ênfase no julgamento do caso da proibição do uso de amianto – nas ações diretas de inconstitucionalidade nº 3.470 e nº 3.406 – por serem julgados relativamente recentes e terem tido grande repercussão no mundo jurídico.

A conclusão, enfim, traz as inferências decorrentes do presente estudo, com vistas a responder às questões que conduzem à confirmação ou refutação das hipóteses alvitadas. Em breve síntese, constatou-se a não ocorrência do acolhimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da tese da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal, sobretudo em vista das discussões e votos dos membros do colegiado nos acórdãos das ADIs 3.470/RJ e 3.406/RJ.

## 2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Conforme visto, a contextualização do fenômeno da abstrativização do controle difuso, objeto central deste trabalho, reclama uma breve análise do desenvolvimento histórico do controle de constitucionalidade no direito brasileiro.

Para esse propósito, adota-se aqui a proposta de Carvalho Filho<sup>6</sup>, que divide a evolução do controle de constitucionalidade em quatro fases: surgimento do controle difuso, instituição do controle abstrato, abertura procedimental da jurisdição constitucional e racionalização da prestação jurisdicional. Essas duas últimas fases decorrentes da mudança de paradigma operada pela Constituição de 1988.

Antes dessa retrospectiva, entretanto, fundamental trabalhar as premissas teóricas do controle de constitucionalidade. Por isso, propõe-se a seguir – sobretudo a partir das sistematizações de Luís Roberto Barroso<sup>7</sup> e Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi<sup>8</sup> – uma análise doutrinária dos conceitos e classificações que dão estrutura ao tema do controle judicial.

### 2.1 Considerações Gerais sobre o Controle de Constitucionalidade

#### 2.1.1 Critérios de Classificação de Controle de Constitucionalidade

São muitos os mecanismos de controle de constitucionalidade aplicados nos diversos ordenamentos jurídicos pelo mundo. O estudo desses mecanismos levou também a uma pluralidade de propostas de classificação. No Brasil, por exemplo, adotando os critérios de classificação de aplicação geral elencados por Dimoulis e Lunardi<sup>9</sup>, pode-se dizer que em nosso ordenamento jurídico o controle de constitucionalidade atualmente é: quanto à permissibilidade, “positivo”; quanto à

---

<sup>6</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Os impactos da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário na Jurisdição Constitucional Brasileira**: promoção do acesso à justiça, redefinição de competências e consolidação do sistema eclético de controle de constitucionalidade. 2011. Dissertação (Mestrado em Constituição e Sociedade) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2011. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/92>. Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019.

<sup>8</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 72 et seq.

natureza do órgão fiscalizador, “combinado”, pois realizado por órgãos judiciais e por órgãos políticos; quanto ao objeto de controle, “parcial-limitado”, visto que há vedação de que algumas condutas estejam sujeitas a esse tipo de controle; quanto à natureza da conduta controlada, “combinado”, uma vez que é possível a inconstitucionalidade por ação e por omissão. Já quanto ao que esses autores denominam “critérios de classificação do controle judicial de constitucionalidade”, ter-se-ia, por exemplo, algumas características para o atual sistema brasileiro: quanto à classificação dos fiscais, adoção de juízes com formação jurídica na Corte Constitucional; quanto ao momento da propositura, adoção de sistema combinado de controle preventivo e repressivo; quanto aos legitimados para promoção do controle, ter-se-ia amplitude de “acesso médio”; quanto à carga de eficácia preponderante e alcance temporal da decisão, a opção por decisões declaratórias, com recente tendência à adoção de decisões de efeitos modulados.

Acima, foram citadas de modo passageiro algumas dessas classificações. Para o propósito deste trabalho, entretanto, ainda adotando o rol proposto por Dimoulis e Lunardi<sup>10</sup>, optou-se por destacar quatro critérios específicos: número de fiscais da constitucionalidade; tipo de fiscalização; posição na sequência processual; e alcance pessoal dos efeitos da decisão.

Quanto ao número de fiscalizadores (ou quanto ao órgão judicial, conforme Barroso<sup>11</sup>), existem basicamente dois tipos de sistema. O primeiro é o sistema “difuso” ou “universal” – também conhecido como “modelo americano” por sua origem no direito norte-americano, mais especificamente por meio do célebre caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1803; neste sistema, a cada órgão do Poder Judiciário é permitido o controle de constitucionalidade. O segundo é o sistema “concentrado” – conhecido como “modelo austríaco” por sua origem na Constituição da Áustria, de 1920, idealizada por Hans Kelsen –, caracterizado pela existência de uma Corte Constitucional ou Corte Suprema concentradora da competência de julgar sobre alegações de inconstitucionalidade. Há

---

<sup>10</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 78 et seq.

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 69-71.

quem defenda, finalmente, a ocorrência de um sistema “híbrido” ou “misto”, em que estão presentes elementos dos dois sistemas.

Quanto ao tipo de fiscalização, o controle pode ser “abstrato” ou “objetivo”, em que a compatibilidade da norma impugnada com a Constituição é julgada de modo abstrato, “em tese”, isto é, ainda que inexistente eventual aplicação prática; e o controle pode ser também “concreto” ou “subjetivo”, em que a necessidade de se verificar compatibilidade entre norma e Constituição surge no bojo de um processo qualquer (e não em uma ação em processo constitucional específico), no qual se discute litígio concreto e do qual se demanda a aplicação de uma norma infraconstitucional. Como no caso do critério anterior, ocorre também um sistema “combinado” quando, no mesmo ordenamento, são previstas ambos tipos de fiscalização. Conforme Dimoulis e Lunardi – e essa é uma questão que tangencia de modo relevante o foco deste trabalho<sup>12</sup> –, dessa coexistência de tipos podem surgir “problemas de congruência, celeridade e segurança jurídica que estão na base do debate sobre o efeito transcendente das decisões do STF”<sup>13</sup>.

Quanto à posição na sequência processual (ou quanto à forma ou modo de controle judicial, na doutrina de Barroso<sup>14</sup>), o controle de constitucionalidade pode ser “principal” ou “por via de ação”, quando ocorre por meio de ação própria; e pode ser “incidental” ou “por via de exceção ou defesa”, quando se apresenta questão incidental antes da decisão final e principal, sendo aplicável o processo comum, em seus prazos e procedimentos. Mais uma vez, possível a coexistência dos dois tipos num mesmo ordenamento jurídico. Aliás, para este trabalho é relevante destacar<sup>15</sup> que, no caso brasileiro, existe inclusive a possibilidade de que o Supremo Tribunal Federal venha a examinar numa ação direta, por exemplo, norma não impugnada na demanda

---

<sup>12</sup> Isso porque o debate sobre a transcendência dos motivos determinantes permeia diversas vezes discussões no Plenário do Supremo Tribunal Federal e coloca em pauta, direta ou indiretamente, a questão da “abstrativização do controle difuso”. Neste trabalho, é o caso das ADIs 3.406/RJ e ADI 3.470/RJ, que são objeto de análise detalhado no último capítulo.

<sup>13</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 84.

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 71-73.

<sup>15</sup> Também este critério é de suma relevância para o presente trabalho porque nas ADIs 3.406/RJ e ADI 3.470/RJ, que são objeto de análise detalhado no último capítulo, ocorre justamente uma declaração incidental de inconstitucionalidade.

principal; daí a realidade de diversas declarações incidentais de inconstitucionalidade em ações de controle principal e abstrato na Suprema Corte.

Finalmente, quanto ao alcance dos efeitos da decisão, adotando a distinção mais básica e ignorando eventuais controvérsias doutrinárias, tem-se o seguinte: o efeito *inter partes*, que somente obriga as partes do litígio e não tem efeito de vincular demais juízes e tribunais, já que em regra não tem como consequência o afastamento da norma do sistema jurídico; e o efeito *erga omnes*, que é um efeito geral, atingindo a todos interessados indistintamente. Em regra, este efeito é típico do controle concentrado e gera eliminação da norma e consequente efeito vinculante.

### 2.1.2 Modelos de Controle Judicial

Dimoulis e Lunardi, ao tratarem das relações entre categorias classificatórias – analisadas nos parágrafos acima – e modelos de controle judicial, observam que no direito comparado as relações relativamente estáveis entre as várias categorias permitiram a elaboração de dois grandes “modelos de controle”, aceitos pela maioria dos constitucionalistas atuais, a partir da clássica formulação dos italianos Calamandrei e Capelletti, ou do francês Louis Favoreu.<sup>16</sup> Ressalta-se que são modelos ideais, que não se observam de modo puro na realidade, já que cada poder constituinte configura procedimentos específicos segundo a tradição de seu país. Mesmo assim, defendem Dimoulis e Lunardi, “a lógica do sistema e a experiência histórica mostram que o controle judicial funciona melhor se seguir a maioria das características de um dos modelos”<sup>17</sup>.

É muito mais em referência a esses dois “modelos” do que em referência aos específicos “critérios” de classificação que se justifica a expressão “abstrativização do controle difuso”. Nesse sentido, útil a reprodução do seguinte quadro sinóptico apresentado pelos autores.

---

<sup>16</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 90.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 90.

### Quadro 1 – Modelos de controle de constitucionalidade

| Modelo   | Características  |
|----------|--|
| Concreto | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Concreto</li> <li>- Difuso</li> <li>- Incidental (via de exceção)</li> <li>- Legitimidade ativa ampla</li> <li>- Efeitos pessoais <i>inter partes</i></li> <li>- Efeitos temporais <i>ex tunc</i> (carga de eficácia constitutiva)</li> </ul>   |
| Abstrato | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Abstrato</li> <li>- Concentrado</li> <li>- Principal (via de ação)</li> <li>- Legitimidade ativa restrita</li> <li>- Efeitos pessoais <i>erga omnes</i></li> <li>- Efeitos temporais <i>ex nunc</i> (carga de eficácia declaratória)</li> </ul> |

Fonte: Adaptado de Dimoulis e Lunardi<sup>18</sup>.

## 2.2 Surgimento do Controle Difuso

O controle judicial de constitucionalidade esteve ausente da Carta Imperial de 1824. Mendes e Branco, apontando a influência do sistema francês sobre o ordenamento jurídico da época, são taxativos: “Não havia lugar, pois, nesse sistema, para o mais incipiente modelo de controle judicial de constitucionalidade”<sup>19</sup>. Carvalho Filho<sup>20</sup> pontua que alguma espécie de controle de validade de normas era então conferida ao parlamento – ao qual cabia, por exemplo, a revogação, interpretação e suspensão das leis, além da guarda da Constituição – ou ao Imperador, por meio do exercício do Poder Moderador, a quem cabia inspecionar os atos do Congresso. Nessa linha, a conclusão de Bittencourt: “num sistema em que existia sobre os três poderes normais a tal ‘suprema inspeção’, é evidente que não seria possível delegar ao Judiciário o controle dos atos do Congresso”<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 91.

<sup>19</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1249.

<sup>20</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Os impactos da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário na Jurisdição Constitucional Brasileira: promoção do acesso à justiça, redefinição de competências e consolidação do sistema eclético de controle de constitucionalidade**. 2011, p. 12. Dissertação (Mestrado em Constituição e Sociedade) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2011. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/92>. Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>21</sup> BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p.28. (Arquivos do Ministério da Justiça)

Tem-se, então, que o controle de constitucionalidade surge a partir da primeira constituição republicana do Brasil, sob influência do *judicial review* do modelo americano que há algum tempo vigorava ao norte do continente. A previsão expressa consta dos arts. 59 e 60 da Constituição de 1891, donde se extraía, segundo Barroso, “a competência das justiças da União e dos Estados para pronunciarem-se acerca da invalidade das leis em face da Constituição”<sup>22</sup>. Aliás – ainda conforme esse autor –, convém destacar que “desde o início da República o controle incidental é exercido de modo difuso”<sup>23</sup>, de modo que se demonstra a perene sobreposição, em nosso ordenamento jurídico, entre essas duas classificações que conceitualmente não devem ser confundidas.

### 2.3 Instituição do Controle Abstrato

Com a Constituição de 1934 sobreveio o instituto da representação interventiva, a qual, segundo Barroso<sup>24</sup>, era caso de controle por via principal e de competência concentrada do Supremo Tribunal Federal, constituindo-se como pressuposto para a decretação da intervenção federal nos Estados em casos de violação aos princípios constitucionais sensíveis previstos no art. 7º, I, da Carta de 1934.

Na mesma Constituição da República de 1934 foram trazidos institutos que configuraram verdadeiro aprimoramento do controle difuso de constitucionalidade. Por exemplo, o art. 179, que passou a exigir dos tribunais, para declaração de inconstitucionalidade, quórum qualificado de votos: “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.”<sup>25</sup>

Foi também nessa Carta que surgiu pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro a cláusula senatorial, isto é, o dispositivo constitucional que estabeleceu

---

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 85.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 72.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p.85.

<sup>25</sup> BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 21 jun. 2021.

como competência do Senado Federal a suspensão da execução de lei inconstitucional assim declarada em controle concreto ou incidental. Essa cláusula é objeto de análise detalhada capítulo específico deste trabalho.

De acordo com Barroso<sup>26</sup>, o próximo movimento relevante nesse quadro histórico foi o aparecimento da ação genérica de inconstitucionalidade na Carta de 1946, reformada pela Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965; nesse momento, o Supremo Tribunal Federal passou a ter competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato federal de modo mais amplo. Ressalte-se, entretanto, que cabia unicamente ao Procurador-Geral da República o encaminhamento da ação para a Suprema Corte.

Segundo Dimoulis e Lunardi, essa inserção da representação contra inconstitucionalidade pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965, foi a introdução, no ordenamento brasileiro, do que hoje se conhece como ação direta de inconstitucionalidade. Ainda assim, no mesmo sentido de outros autores, defendem que o controle abstrato-concentrado permaneceu marginalizado até o advento da Constituição de 1988, quantitativa e qualitativamente, visto a ocorrência de um número relativamente pequeno de ações que declararam, de fato, inconstitucionais algumas normas federais ao longo de mais de duas décadas. Os autores ainda destacam que, ainda em 1986, a opinião dos próprios ministros do Supremo Tribunal Federal, particularmente ilustrada por uma dicção do Ministro Moreira Alves, era de que a representação tinha natureza política e de que as regras processuais então vigentes não lhe eram aplicáveis.<sup>27</sup>

Quanto à Constituição de 1967, Barroso<sup>28</sup> aponta que, ainda que consideradas algumas emendas que trataram de alguns aspectos do controle de constitucionalidade, ela não trouxe modificações relevantes para o sistema como um todo.

---

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 86.

<sup>27</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 234.

<sup>28</sup> BARROSO, op. cit., p. 86-87.

## 2.4 Abertura Procedimental da Jurisdição Constitucional

O momento de mudança paradigmática do controle de constitucionalidade de que se tratou na introdução deste trabalho – reconhecido pela quase unanimidade da doutrina – corresponde, nessa classificação, ao início da fase da abertura procedimental. Esse estágio a que se refere Carvalho Filho<sup>29</sup> deve ser considerado em relação aos dois modelos de controle de constitucionalidade, isto é, houve relevantes mudanças no novo período constitucional tanto no controle abstrato quanto no controle concreto de constitucionalidade. No dizer de Barroso, passou a se verificar “uma nítida tendência no Brasil ao alargamento da jurisdição constitucional abstrata e concentrada, vista por alguns autores como um fenômeno ‘inquietante’”<sup>30</sup>.

Assim, no âmbito do controle abstrato tem-se a ampliação do rol de legitimados introduzida pelo art. 103 da Constituição Federal como uma das principais realizações jurídicas que contribuem para o que se pode chamar de abertura procedimental da jurisdição constitucional; conforme Carvalho Filho, isso representou o rompimento do monopólio da ação direta de inconstitucionalidade pelo Procurador-Geral da República<sup>31</sup>.

Também a introdução de outros tipos de ações de controle abstrato é fator fundamental para a caracterização dessa fase.

De fato, com a Constituição Federal de 1988 instituiu-se a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) – esta última, no entanto, somente veio ao ordenamento constitucional por meio da Emenda Constitucional nº 3, de 1993 –, regidas sobretudo pelos seus artigos 102 e 103, que tratam, respectivamente, da competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar esses tipos de ações e do rol de legitimados para sua propositura; no plano infraconstitucional, importa ressaltar o advento da Lei federal nº 9.868, de 10

---

<sup>29</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Os impactos da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário na Jurisdição Constitucional Brasileira**: promoção do acesso à justiça, redefinição de competências e consolidação do sistema eclético de controle de constitucionalidade. 2011, p. 30-31. Dissertação (Mestrado em Constituição e Sociedade) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2011. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/92>. Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>30</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 89.

<sup>31</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 30.

de novembro de 1999, a qual dispôs sobre procedimentos específicos dessas ações perante a Suprema Corte, que até então vinha delineando-os mediante autocriação de normas<sup>32</sup>.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) aparece também pela primeira vez no Brasil no texto original da Constituição cidadã – art. 102, §2º. No plano infraconstitucional, a Lei federal nº 12.063, de 27 de outubro de 2009, veio regular esse tipo de ação, complementando, dez anos depois, a lei que já tratava da ADI e da ADC.

Finalmente, destaca-se a inserção da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) como parágrafo do art. 102 da Constituição Federal, e sua legislação regente, a Lei federal nº 9.882, de 3 de fevereiro de 1999. É interessante a observação de Barroso<sup>33</sup>, quanto à ADPF e sua lei reguladora, de que foi a primeira vez que o ordenamento jurídico brasileiro passou a admitir uma hipótese de controle incidental concentrado, embora limitada atualmente em razão da forma final da lei ordinária após vetos presidenciais.

Quanto às inovações no âmbito do controle incidental, Carvalho Filho destaca a disponibilização, aos cidadãos, de várias outras ações constitucionais, para possibilitar que se insurgissem em face de práticas contrárias à Carga Magna, como o *habeas data*, o mandado de injunção, a ação popular, a ação civil pública e a reclamação constitucional, que se somaram aos remédios constitucionais do mandado de segurança e do *habeas corpus*, concebidos em constituições anteriores.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 104.

<sup>33</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 73.

<sup>34</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Os impactos da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário na Jurisdição Constitucional Brasileira**: promoção do acesso à justiça, redefinição de competências e consolidação do sistema eclético de controle de constitucionalidade. 2011, p. 31. Dissertação (Mestrado em Constituição e Sociedade) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2011. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/92>. Acesso em: 21 jun. 2021.

## 2.5 Racionalização da Prestação Jurisdicional

### 2.5.1 O “Sistema Eclético” de Controle de Constitucionalidade

Conforme visto nos parágrafos anteriores, é perfeitamente possível que um ordenamento jurídico adote sistemas de controle de constitucionalidade diferentes que compõem um mesmo critério de classificação. Da mesma forma, pode acontecer, como de fato e não raro acontece, que um Estado adote concomitantemente os dois modelos clássicos de controle judicial de constitucionalidade. É esse o caso brasileiro atual, de reconhecimento doutrinário universal, conforme se depreende do estudo histórico acima proposto. Existe, no entanto, diversidade de opinião em relação ao modo como se deve nomear ou mesmo descrever essa concomitância ou coexistência: enquanto alguns simplesmente adotam a básica classificação do modelo “misto” ou “híbrido”, outros autores veem necessidade de se atentar para algumas nuances semânticas.

Nesse sentido é que Carvalho Filho argumenta, apoiado em Gilmar Mendes, que “o sistema de constitucionalidade pátrio é um dos mais intrincados do mundo” e que sua complexidade traz “o difícil problema da convivência entre os dois modelos”.<sup>35</sup> Na descrição de toda essa diversidade que caracteriza o sistema de controle de constitucionalidade atual é que se demonstra de que modo vive-se hoje a fase da racionalização da prestação jurisdicional, isto é, o estágio em que se fez necessário o surgimento de mecanismos das mais diversas naturezas – constitucionais, legais, jurisprudenciais e até doutrinários – como movimento de resposta a uma crise numérica no Poder Judiciário e, de modo particular, no Supremo Tribunal Federal.

Em artigo conjunto, Mendes e Carvalho Filho analisam outros fenômenos jurídicos que devem ser contextualizados dentro da fase de racionalização, tais como:

[...] a reprodução da decisão em outros casos análogos, por meio de decisões monocráticas de relatores; a edição de súmulas vinculantes; ou, ainda, a inserção do tema na sistemática da repercussão geral. [...] a abertura procedimental da jurisdição constitucional, por meio da

---

<sup>35</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Os impactos da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário na Jurisdição Constitucional Brasileira**: promoção do acesso à justiça, redefinição de competências e consolidação do sistema eclético de controle de constitucionalidade. 2011, p. 111. Dissertação (Mestrado em Constituição e Sociedade) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2011. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/92>. Acesso em: 21 jun. 2021.

possibilidade de ampla participação de *amici curiae* nos processos em trâmite na Corte, e a sofisticação das técnicas de decisão de inconstitucionalidade, inclusive com adoção de modulação de efeitos em decisões proferidas no contencioso constitucional incidental [...].<sup>36</sup>

Diante de todos esses mecanismos, jurisprudências e teorias, que também embasam sua tese de uma aproximação complexa entre os modelos, Carvalho Filho conclui pela impossibilidade de se sustentar a coexistência ou cumulação de dois sistemas e pela necessidade de se reconhecer um sistema novo, o “sistema brasileiro eclético de controle de constitucionalidade”, que ainda estaria em fase de conformação, e no qual se verifica verdadeira “descaracterização do modelo originário de cada um dos sistemas clássicos”.<sup>37</sup>

Na linha proposta por Carvalho Filho, para compreender essa fase de racionalização da jurisdição constitucional, passa-se a uma breve análise dos institutos da súmula vinculante e da repercussão geral – que, por sua vez, trazem consigo as bases para a teoria da transcendência dos motivos determinantes – como mecanismos de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e como marcos da consolidação do sistema atual, que o autor defende como “um sistema eclético, e não dual”<sup>38</sup>.

### 2.5.2 Súmula Vinculante

Introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro na década de 1960, por influência da sugestão do Ministro Victor Nunes Leal, conforme explica Carvalho Filho<sup>39</sup>, as súmulas do Supremo Tribunal Federal tinham inicialmente natureza diretiva, sem efeito vinculante. Com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, a Constituição passou a prever, em seu art. 103-A, a possibilidade de a Suprema Corte

---

<sup>36</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; CARVALHO FILHO, José dos Santos. Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade do STF em controle incidental. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, vol. 11, n. 20, p. 179-201, jan./jul. 2019, p. 198-199. Disponível em: <http://abdconst.com.br/revista21/Gilmar.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>37</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Os impactos da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário na Jurisdição Constitucional Brasileira**: promoção do acesso à justiça, redefinição de competências e consolidação do sistema eclético de controle de constitucionalidade. 2011, p. 127. Dissertação (Mestrado em Constituição e Sociedade) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2011. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/92>. Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 117-118.

aprovar súmulas com efeito vinculante, a partir de critérios objetivos estabelecidos no próprio texto constitucional, tais como rol de legitimados para sua proposição, quórum específico para aprovação e possibilidade de revisão ou cancelamento.

A fim de se evitar a reiteração infundável de decisões sobre uma mesma matéria constitucional, as súmulas vinculantes representaram, na prática, um reforço ao controle judicial e especificamente ao poder do Supremo Tribunal Federal no sistema de controle de constitucionalidade geral. Essas evidências não afastam, entretanto, a possibilidade de interpretações diversas em relação ao efeito que as súmulas vinculantes trouxeram para a relação de equilíbrio ou desequilíbrio entre controle difuso e controle concentrado.

De um lado, há os que defendem, como Mendes e Carvalho Filho, que o novo instituto serve como reforço normativo e prático da tese da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal e, por consequência, do irrefreável processo de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Nesse sentido, afirmam:

Não resta dúvida de que a adoção de súmula vinculante em situação que envolva a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo enfraquecerá ainda mais o já debilitado instituto da suspensão de execução pelo Senado.<sup>40</sup>

De outro lado, não parece irracional perfilar uma lógica inversa, qual seja, a de que a opção do poder constituinte derivado pela criação do instituto da súmula vinculante – ainda mais num contexto de reforma constitucional ampla do Poder Judiciário – acaba reforçando a importância do art. 52, X, do texto original da Constituição de 1988. E isso por causa de, pelo menos, duas razões: a primeira é a obviedade de que o constituinte derivado, podendo eliminar ou alterar o referido dispositivo, não o fez; a segunda é o fato de que a Constituição exigiu que a edição de súmula vinculante dependesse da existência de reiteradas decisões sobre mesma matéria, o que se configura, de certa forma, como exceção ou alternativa reforçadora da regra geral imposta pela cláusula pré-existente.

---

<sup>40</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; CARVALHO FILHO, José dos Santos. Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade do STF em controle incidental. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, vol. 11, n. 20, p. 179-201, jan./jul. 2019, p. 197. Disponível em: <http://abdconst.com.br/revista21/Gilmar.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2021.

E aqui, nesse sentido, cabe citar o Ministro Sepúlveda Pertence, em seu voto no julgamento da reclamação constitucional Rcl 4.335/AC – de que se tratará no último capítulo de modo mais detalhado:

A Emenda Constitucional 45 dotou o Supremo Tribunal Federal de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado a um órgão de mera publicidade de nossas decisões, dispensa essa intervenção [a da mutação constitucional]. Refiro-me, é claro, ao instituto da súmula vinculante, que [...] veio a adotar depois de mais de uma década de tormentosa discussão.<sup>41</sup>

### 2.5.3 Repercussão Geral

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, instituiu a repercussão geral como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários. Em legislação infraconstitucional, definiu-se que a Corte Suprema deve negar conhecimento aos recursos extraordinários que não envolvam matéria constitucional ou matéria não qualificada pela relevância social, econômica, política ou jurídica.

Segundo Carvalho Filho, o instituto da repercussão geral do recurso extraordinário foi uma tentativa de solução para a crise numérica do Judiciário que implicou “uma redefinição no modo de prestação jurisdicional no Brasil”, tendo inclusive trazido ao Supremo Tribunal Federal uma “nova feição que o aproxima de Corte Constitucional”<sup>42</sup>.

Como observa o autor, os antecedentes da repercussão geral podem ser identificados no direito comparado e no direito brasileiro, como o *writ of certiorari* do direito norte-americano – no qual a Suprema Corte tem discricionariedade para decidir se as questões suscitadas nos pedidos de revisão de decisão judicial das instâncias

---

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4.335 Acre**. Reclamação. 2. Progressão de Regime. Crimes Hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional [...]. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de março de 2014, p. 94. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>42</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Os impactos da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário na Jurisdição Constitucional Brasileira**: promoção do acesso à justiça, redefinição de competências e consolidação do sistema eclético de controle de constitucionalidade. 2011, p. 29-31. Dissertação (Mestrado em Constituição e Sociedade) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2011. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/92>. Acesso em: 21 jun. 2021.

inferiores detêm relevância suficiente para instaurar a jurisdição constitucional, que é extraordinária e excepcional –, o recurso de revista no Tribunal Superior do Trabalho – que, pela Medida Provisória nº 2.226, de 1991, inseriu o princípio da transcendência no direito brasileiro – e o incidente de uniformização de jurisprudência dos juizados especiais federais.<sup>43</sup> Assim, a repercussão geral representa essa mesma racionalização trazida ao Supremo Tribunal Federal, onde passam a ser julgados somente os processos-paradigmas; e, por essa razão, Carvalho Filho entende o instituto também como um mecanismo de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, porque, apoiado pelo fortalecimento da teoria da transcendência dos motivos determinantes, “sela o fim da bipolaridade de modelos difuso e abstrato cuja obsolescência já era visualizada há muito tempo”.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Os impactos da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário na Jurisdição Constitucional Brasileira**: promoção do acesso à justiça, redefinição de competências e consolidação do sistema eclético de controle de constitucionalidade. 2011, p. 33-34. Dissertação (Mestrado em Constituição e Sociedade) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2011. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/92>. Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 120.

### 3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Neste trabalho, optou-se por tomar a teoria da concretização constitucional como lente para a análise e compreensão do fenômeno da mutação constitucional no direito brasileiro moderno. Assim também o fizeram os autores brasileiros Adriano Sant'Ana Pedra, por meio de sua obra *Mutação Constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional*, e Denise Soares Vargas, com sua obra *Mutação constitucional via decisões aditivas: a partir do estudo da doutrina alemã sobre a mutação constitucional*, esses doutrinadores adotam como premissas as teorias concretistas de Friedrich Müller ou de Konrad Hesse, alternativas à hermenêutica constitucional dita tradicional ou positivista. Em linhas gerais, o método concretista tem como base a assunção de que a norma só se realiza com o ato interpretativo; assim, a interpretação de uma norma constitucional dependeria, obrigatoriamente, de uma relação da norma com o caso concreto.

#### 3.1 A Escola Alemã de Direito Público

A teoria da mutação constitucional tem origem na Escola Alemã de Direito Público, sob a égide da Constituição do Império Alemão de 1871. Já no século XIX, portanto, juristas como Georg Jellinek e Paul Laband observaram o contraste entre a realidade fática e Constituição formal e deram início a um movimento de reflexão sobre o modo como a dinâmica política implicava mudanças constitucionais, ainda que inicialmente nem se usasse a exata expressão “mutação constitucional”. Observe-se que, à época, ainda inexistiam os mecanismos de controle de constitucionalidade.

Laband notou que a Constituição, entendida por ele como ente normativo, podia transformar-se fora dos procedimentos formais de reforma constitucional e a partir da ação do Estado. Isso em razão da ausência de regulação de instituição estatais centrais e da indefinição do papel dos atores políticos da estrutura constitucional.

Jellinek, por sua vez, destacou a insuficiência da rigidez constitucional como garantia da força normativa da Constituição, tendo em vista a inevitabilidade de mudanças fáticas e do surgimento de princípios não escritos, de índole material.

Nesse sentido, segundo o autor, “as forças políticas reais operam segundo suas próprias leis que atuam independentemente de qualquer forma jurídica”<sup>45</sup>.

Hermann Heller contribuiu para o desenvolvimento da questão trazendo a ideia de Constituição como “organização material do Estado”<sup>46</sup> e sua diferenciação conceitual entre “normalidade” – ou Constituição “não normada”, espécie de “regra de previsão” da repetição das condutas –, e “normatividade” – ou Constituição “normada”, exigência de conduta a partir de critério positivo de valor. Para ele, a mutação constitucional constitui-se como uma disrupção do sistema de mútua complementação, potencialmente harmônico, entre normalidade e normatividade. Conforme Pedra, “a normatividade pode perder sua capacidade normalizadora e o uso social – a realidade não normada – pode revelar-se mais forte do que a norma estatal”<sup>47</sup>.

Segundo Hesse, a teoria da mutação constitucional de Hsü Dau-Lin está fundada na concepção da Constituição como produto legislativo inacabado, com normas dotadas de elasticidade que visam permitir superação do déficit constitucional em relação ao avanço contínuo do Estado.<sup>48</sup> Dau-Lin defende que o estado de incongruência entre norma e realidade origina a mutação constitucional, e que isso pode se dar por quatro modalidades: mutação constitucional por intermédio de prática que não vulnera a Constituição; mutação constitucional por impossibilidade do exercício de determinada atribuição constitucional; mutação constitucional em decorrência de prática que viola preceitos da Constituição; e mutação constitucional por intermédio da interpretação.<sup>49</sup> Vargas observa que, quanto aos autores brasileiros que discorreram mais amplamente sobre o tema, Inocêncio Mártires teve sua doutrina embasada em Dau-Lin.

---

<sup>45</sup> JELLINEK, Georg apud PEDRA, Adriano Sant’Ana. **Mutação Constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 108.

<sup>46</sup> HELLER, Herman apud VARGAS, Denise Soares. **Mutação constitucional via decisões aditivas**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 40.

<sup>47</sup> PEDRA, Adriano Sant’Ana. **Mutação Constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 113.

<sup>48</sup> HESSE, Konrad apud VARGAS, Denise Soares. **Mutação constitucional via decisões aditivas**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 40.

<sup>49</sup> VARGAS, Denise Soares. **Mutação constitucional via decisões aditivas**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 39.

### 3.2 Os meios de realização da mutação constitucional

A partir do que se expôs nos parágrafos anteriores, observa-se uma evolução da doutrina da mutação constitucional no sentido de afastar-se da discussão de seus aspectos políticos e direcionar-se, enfim, para o âmbito da interpretação ou concretização normativa. Assim, consolida-se a importância da noção de dinamicidade constitucional, caracterizada pelo processo interativo constante entre realidade vivida e Constituição<sup>50</sup>.

Anna Cândida da Cunha Ferraz, autora brasileira da clássica obra *Processos informais de mudança da Constituição*, aponta que a doutrina reconhece a existência de um tipo de interpretação constitucional, tida como “oficial” ou “orgânica”, composta de três espécies: a interpretação constitucional legislativa, a interpretação constitucional administrativa e a interpretação constitucional judicial.<sup>51</sup> Nesse sentido, portanto, a mutação constitucional poderia advir da atuação das três esferas de poder.

Certo é que a este trabalho interessa sobretudo a mutação por via judicial, já que se pretende conhecer o posicionamento de um tribunal; no entanto, é importante ressaltar que em uma busca de solução que considere todos os aspectos da questão posta, é natural que os comportamentos dos outros atores políticos se mostrem relevantes. No caso da possível mutação do art. 52, X, da Constituição de 1988, pode-se trazer ao debate a atuação do poder constituinte reformador como forma de confirmação tácita do dispositivo a partir de uma interpretação sistemática; do mesmo modo, alguns podem evocar mudanças na legislação ordinária – é o que ocorre em relação ao Código de Processo Civil e suas disposições sobre a força dos precedentes – que atuam como argumentos interpretativos do referido dispositivo.

Por outro lado, Ferraz também aponta para a existência da interpretação constitucional “não oficial” ou “inorgânica”, de que é exemplo a desenvolvida pelos juristas como “interpretação doutrinária”.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> PEDRA, Adriano Sant’Ana. **Mutação Constitucional**: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 132.

<sup>51</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. 2. ed. Osasco: EDIFIEO, 2015, p. 54.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 54.

Destaque-se aqui a opinião de Adriano Sant’Ana Pedra quanto à interessante realidade de interação entre os dois tipos de interpretação, vez que guarda relação direta com a presente pesquisa – na qual se tem, de um lado, o desenvolvimento doutrinário da tese mutacional de dispositivo constitucional específico e, de outro lado, julgamentos oficiais como parâmetro para análise da ocorrência da mutação informal do texto constitucional. Nesse sentido, comentou:

Também é relevante o reflexo que a interpretação doutrinária produz nas modalidades de interpretação constitucional orgânica. A interpretação doutrinária orienta e inspira os poderes públicos, mas não tem efeito obrigatório nem a autoridade das interpretações oficiais.<sup>53</sup>

Ainda tratando dos meios de realização da mutação constitucional, Adriano Sant’Ana Pedra, a partir dos ensinamentos de Kenneth C. Wheare, desenvolve tópico sobre ocorrência de mutações constitucionais por meio das práticas constitucionais, tais como os usos, convenções, correções e costumes constitucionais. Conforme Wheare<sup>54</sup>, as práticas constitucionais são processos de mudança capazes de afetar a Constituição – por exemplo, quanto à forma como será interpretada ou exercitada na prática – sem alterar seu texto. Tomem-se apenas dois desses quatro exemplos citados: os usos constitucionais podem ser entendidos como cadeias de procedimentos consolidadas a partir da sucessão de atos idênticos, mas sem caráter prescritivo; diferentemente, os costumes constitucionais representam verdadeiras normas de direito, derivadas de seu uso ao longo do tempo e da convicção tácita da coletividade em relação à sua juridicidade.

No caso do debate sobre a cláusula senatorial e sua alegada mutação constitucional, por exemplo, poder-se-á perceber, mais à frente, de que modo as duas partes do debate eventualmente evocam aspectos da atuação histórica e prática do Supremo Tribunal Federal em relação ao instituto ou mesmo do Senado Federal em relação ao papel que lhe atribuiu a Carta Magna.

---

<sup>53</sup> PEDRA, Adriano Sant’Ana. **Mutação Constitucional**: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 147.

<sup>54</sup> WHEARE, Kenneth C. apud PEDRA, Adriano Sant’Ana. **Mutação Constitucional**: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 169 et seq.

### 3.3 Concretização e mutação constitucional

Segundo Pedra, que entende o ordenamento constitucional como sistema normativo aberto, existe uma íntima relação entre a mutação constitucional e a concretização da norma – no sentido típico da metódica estruturante de Müller, isto é, afastada a ideia de mera interpretação e aplicação do direito. Nessa linha:

A compreensão da teoria da concretização é muito útil para entender o fenômeno da mutação constitucional, haja vista que a análise dos processos informais de mudança da Constituição e a sua relação com as mudanças na realidade devem ser feitas levando-se em conta a estrutura da norma constitucional.<sup>55</sup>

Para Müller, a estrutura de uma norma possui três elementos: o programa normativo, o âmbito normativo e a norma de decisão. Do primeiro elemento, diz-se linguístico, embora se refira também a todas as formas de tratamento do texto normativo, como os diferentes meios de interpretação reconhecidos em direito. Do segundo elemento, diz-se empírico, entendido como a parte da norma que abrange a um certo recorte de realidade social “na perspectiva seletiva e valorativa do programa da norma”<sup>56</sup>. Finalmente, o terceiro elemento, a norma de decisão, deve ser entendido como a norma jurídica propriamente dita, resultante da constante articulação entre os dois primeiros elementos.

De fato, partindo-se do pressuposto de que a normatividade decorre de um “processo estruturado”<sup>57</sup> de concretização, tem-se sempre uma dimensão mutacional na produção da norma constitucional, pois também sempre presentes aspectos dinâmicos. Pedra apoia-se na autoridade do concretista Hesse para essa conclusão:

[...] Como essas particularidades, e com elas o “âmbito da norma”, estão sujeitas às alterações históricas, podem os resultados da concretização da norma modificar-se, embora o texto da norma (e, com isso, no essencial, o “programa da norma”) fique idêntico. Disso resulta uma “mutação constitucional” permanente.<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> PEDRA, Adriano Sant’Ana. **Mutação Constitucional**: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 96.

<sup>56</sup> MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução: Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 49.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>58</sup> HESSE, Konrad apud PEDRA, Adriano Sant’Ana. **Mutação Constitucional**: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 89-90.

### 3.3 Parâmetros normativos estruturantes das mutações constitucionais

Como referência para a análise a que se lança este trabalho, toma-se a proposta de Pedra em relação aos limites que devem balizar as mutações constitucionais e, em última análise, permitir ao observador do suposto fenômeno jurídico concluir se é o caso de legítima mutação ou de “mutação constitucional inconstitucional”.<sup>59</sup> Para ele, esses parâmetros normativos e limitadores têm fundamento na necessidade de preservação da “supremacia normativa” da Constituição e de sua “força normativa” – em alusão à clássica doutrina de Konrad Hesse. E, partindo de suas premissas quanto ao método estruturante de Friedrich Müller, conclui pela necessidade de classificá-los conforme os três elementos estruturais da norma. Nesse sentido, leciona:

[...] a realidade constitucional é uma realidade complexa e englobante, na qual confluem e aparecem inter-relacionadas a facticidade e a normatividade.

As mutações constitucionais ocorrem a partir das alterações havidas no âmbito normativo e comportadas pelo processo de concretização. Dessa forma, os padrões para a ocorrência das mutações constitucionais estão ligados aos elementos estruturais da norma – *programa normativo, âmbito normativo e norma de decisão* [...].<sup>60</sup>

#### 3.4.1 Parâmetros relacionados com o Programa Normativo

O primeiro parâmetro proposto é a “elasticidade do texto”. De início importa dizer que não se trata de defender a pura interpretação literal ou gramatical, mas sim de admitir que a letra deve sempre ser tomada como referencial; uma mutação constitucional só pode ser legítima se está compreendida no âmbito das possibilidades semânticas do texto. No dizer de Müller, “o teor literal demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido, isto é, funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis”<sup>61</sup>. É também relevante a compreensão de que a elasticidade do texto se refere ao todo do texto constitucional, de modo que neste parâmetro está pressuposta também a interpretação sistemática.

<sup>59</sup> PEDRA, Adriano Sant’Ana. **Mutação Constitucional**: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 202 et seq.

<sup>60</sup> Ibid., p. 202.

<sup>61</sup> MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução: Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 64.

O segundo parâmetro se refere às “decisões vinculantes do Tribunal Constitucional”. O caráter vinculante presente em algumas decisões da Corte Constitucional acaba por restringir “a capacidade de evolução da interpretação da Constituição, pois a mudança de interpretação deve partir unicamente deste órgão”<sup>62</sup>. Evidente, porém, que não se trata de obstáculo insuperável para a ocorrência de mutação: os tribunais constitucionais não estão vinculados aos próprios precedentes, sendo possível a mudança jurisprudencial, fenômeno a que se dá o nome de *overruling*.

O terceiro parâmetro é a “vedação de abolição de cláusulas pétreas”. Sejam vedações explícitas ou implícitas, são claramente marcos balizadores do reconhecimento de possíveis mutações constitucionais. Importa fazer a distinção proposta por muitos doutrinadores: essas cláusulas visam a impedir a destruição de algum valor eleito como essencial, mas não impedem reformas ou interpretações que possam favorecer ou ampliar o alcance desse valor normativo.

O quarto parâmetro é a “progressividade e vedação de retrocesso para direitos e garantias individuais”. Conforme Pedra, trata-se de um desdobramento do parâmetro anterior; o objetivo da classificação é destacar “que a mutação constitucional que envolve direitos e garantias fundamentais é um caminho de via única [...] que admite apenas avanços nas mudanças informais”.<sup>63</sup> Funda-se na doutrina do *entrenchment* – ou entrincheiramento ou, ainda, princípio do não retorno da concretização.

### 3.4.2 Parâmetros relacionados com o Âmbito Normativo

O quinto parâmetro é caracterizado pelas “restrições transcendentais”. Aqui faz-se referência a supostos limites extrajurídicos que se impõem, inclusive ao poder constituinte: valores éticos, influência dos grupos de pressão, exigências da opinião pública, imperativos de direito natural, entre outros.

---

<sup>62</sup> PEDRA, Adriano Sant’Ana. **Mutação Constitucional**: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 221.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p.232.

O sexto parâmetro é a “integração com o consenso internacional”. Como é comum hoje, a partir do fortalecimento da ideia de comunidade internacional e até mesmo de formação de direito supranacional, muitos sistemas constitucionais preveem a influência de um direito heterônomo. Exemplo mais expressivo dessa realidade é a tendência à aceitação da proteção dos direitos humanos como princípio universal.

O sétimo parâmetro é a “aceitação legítima da sociedade”. Conforme Pedra, “a consciência jurídica geral – que inclui *v.g.* a ciência jurídica e a opinião pública – impõe-se como uma limitação, como uma consequência da pré-compreensão do processo de concretização”.<sup>64</sup> A partir desse ponto desdobram-se importantes questões referentes à representatividade eleitoral, abertura constitucional, vontade majoritária, papel contramajoritário da Suprema Corte, entre outras.

#### *3.4.3 Parâmetros relacionados com a Norma de Decisão*

O oitavo parâmetro é a “racionalidade das decisões”. Neste caso, fala-se da exigência de que as mutações constitucionais sejam fundamentadas de modo racional e satisfatoriamente. Essa limitação impõe-se sobretudo à mudança informal dada por via judicial.

O nono parâmetro é a “interpretação por órgão competente”, que exige a observância de regras específicas, se existentes, bem como a adequada harmonização das diferentes interpretações que possam surgir de diferentes intérpretes oficiais. Assim como ocorre no sétimo parâmetro, relevante a discussão sobre o embate entre legitimidade de instâncias eletivas e da justiça constitucional.

O décimo parâmetro, os “efeitos prospectivos da nova interpretação”, referem-se, sobretudo, à consideração da segurança jurídica e à impossibilidade de efeitos retroativos.

---

<sup>64</sup> PEDRA, Adriano Sant’Ana. **Mutação Constitucional**: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 267.

## 4 CLÁUSULA SENATORIAL

### 4.1 A cláusula nas diversas Constituições e na jurisprudência do STF

Conforme visto em capítulo anterior, foi na Constituição de 1934 que surgiu pela primeira vez o que aqui se convencionou chamar “cláusula senatorial”. Em verdade, pode-se dizer que foram dois os dispositivos a constituí-la: os artigos 91 e 96, que devem ser analisados em conjunto.

Art 91 – Compete ao Senado Federal:

[...]

IV – suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;

[...]

Art 96 - Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurador Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato.<sup>65</sup>

Com efeito, foi com a adoção dessa fórmula, pela primeira vez, em 1934, que foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de ter força de lei uma decisão do Supremo Tribunal Federal – em razão da aplicação da eficácia *erga omnes* – em sede de controle de constitucionalidade, que, até então, limitava-se ao modelo concreto. Gilmar Mendes leciona que isso foi feito com o “propósito inequívoco” de conferir força normativa às declarações de inconstitucionalidade proferidas por via de exceção, como decorrência do princípio da nulidade da lei inconstitucional, então defendido pela doutrina pátria e calcado no direito norte-americano.<sup>66</sup> Cumpre notar que a cláusula acabou por prevalecer em todos os sistemas constitucionais brasileiros, mesmo após a inserção do modelo concentrado e abstrato em 1965.

---

<sup>65</sup> BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>66</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, passim.

Na Constituição brasileira de 1946, é no artigo 64 que o texto se apresenta:

Sessão III – Do Senado Federal

[...]

Art 64 – Incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.<sup>67</sup>

Já a Constituição de 1967, em sua nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, trouxe a fórmula por meio de seu artigo 42, inciso VII:

Art. 42. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

VII – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal,<sup>68</sup>

Ressalte-se que, em 1977, o Supremo Tribunal Federal concluiu julgamento firmando posição no sentido de dispensar a intervenção do Senado Federal nos casos de declaração de inconstitucionalidade por via abstrata; jamais o fez, entretanto, para o controle *incidenter tantum*.

Finalmente, na Constituição Federal de 1988, o preceito consolidou-se no seguinte texto:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>68</sup> BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988). Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>69</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 21 jun. 2021.

Ainda em relação à Constituição de 1988, não se pode olvidar um dispositivo de extrema importância que tem relação direta com a cláusula senatorial, pois, de certa forma, numa leitura sistemática da Constituição, contribui para reforçar indiretamente a intenção do constituinte em dar relevância à atuação específica do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.<sup>70</sup>

O §2º do art. 102 da Constituição Federal, em realidade, foi introduzido com a Emenda Constitucional 45/2004 e, na prática, consolidou jurisprudência clássica do Supremo Tribunal Federal em relação à exclusão do controle abstrato de constitucionalidade do âmbito semântico do veterano dispositivo constitucional sobre a competência da câmara alta do Congresso Nacional.

## 4.2 A doutrina de Lúcio Bittencourt

Na década de 60, em sua análise sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, Bittencourt destaca que a cláusula senatorial surgiu como um mecanismo da Constituição para garantir a retirada da vigência do ato legislativo do quadro das leis, embora essa retirada não fosse necessária para impedir a eficácia geral da decisão; isso porque este autor entendia que a eficácia de uma declaração de constitucionalidade do tribunal maior em relação aos tribunais inferiores é máxima, dizendo até mesmo que “a decisão assume caráter de verdadeira lei”<sup>71</sup>. Mais

---

<sup>70</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>71</sup> BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 143. (Arquivos do Ministério da Justiça).

precisamente, para esse autor “o Judiciário não o revoga ou anula [o ato legislativo], simplesmente o declara ineficaz e lhe ignora os efeitos”<sup>72</sup>.

Assim, para Bittencourt:

Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus efeitos regulares, que, de fato, independem da colaboração de qualquer dos outros poderes. O objetivo do art. 45, nº IV da Constituição [de 1967] é apenas *tornar pública* a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. Dizer que o Senado “suspende a execução” da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo “inexistente” ou “ineficaz”, não pode ter *suspensa a sua execução*.<sup>73</sup>

Esse mesmo trecho é o que Gilmar Mendes evoca em seu artigo *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade*<sup>74</sup>, lançando mão do argumento de autoridade como base para sua tese mutacional, já no contexto da Constituição de 1988. Bittencourt, aliás, é o único autor citado para a defesa dessa posição; Mendes admite que muitos outros juristas – Paulo Brossard, Josaphat Marinho, Alfredo Buzaid, Themístocles Brandão Cavalcanti, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Celso Ribeiro Bastos – adotaram posicionamento divergente, no sentido de reconhecer que a cláusula constitucional em questão atribui ao Senado Federal o poder de conferir efeito geral às decisões de controle difuso, ainda que divergindo em outros pontos acessórios, como a discussão sobre efeito *ex tunc* ou efeito *ex nunc*, ou revocabilidade ou nulidade do diploma atacado pela Suprema Corte.

### 4.3 A tese mutacional de Gilmar Mendes

Naquele artigo, em que defende abertamente o caso em questão como “caso clássico de mutação constitucional”, Gilmar Mendes, além de respaldar-se na autoridade do constitucionalista Lúcio Bittencourt, valeu-se de relevantes considerações históricas – por exemplo, sobre as disputas doutrinárias travadas

---

<sup>72</sup> BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 145. (Arquivos do Ministério da Justiça).

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 143.

<sup>74</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O a Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 45, n. 179, p. 257-276, jul./set. 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176518>. Acesso em: 21 jun. 2021.

durante as constituintes, das quais derivariam a fórmula em questão – para demonstrar que as controvérsias doutrinárias existiram desde a gênese do dispositivo no contexto parlamentar.<sup>75</sup> A partir disso, passa a desenvolver os argumentos para a defesa de sua teoria de ocorrência de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988.

De acordo com Mendes, “a aparente originalidade da fórmula tem dificultado o seu enquadramento dogmático”<sup>76</sup>. Conforme já visto, o seu surgimento, na década de 30, teria sido uma forma de adaptação do sistema brasileiro à tese da inexistência jurídica da lei declarada inconstitucional da doutrina americana; se nos Estados Unidos e seu sistema *common law* esta tese estava fundada no instituto do *stare decisis*, no Brasil não se encontrava fundamento para justificar a tese.

Assim, na década de 70, o precedente produzido pelo Supremo Tribunal Federal – em que se dispensava a atuação do Senado Federal quando a declaração de inconstitucionalidade se desse por via abstrata – teria representado uma “redução teleológica” do dispositivo.<sup>77</sup>

As mudanças advindas com a Constituição de 1988, enfim, teriam contribuído “para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto”, inspirado em razões “ultrapassadas”.<sup>78</sup> Nesse particular, a conclusão de Mendes pode ser sintetizada com a seguinte asserção: “o instituto de suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica”<sup>79</sup>.

Mendes traz outros diversos argumentos para demonstrar a obsolescência do dispositivo: (i) a sua inadequação para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal que não declaram a inconstitucionalidade de uma lei, referindo-se aos efeitos da aplicação de outras técnicas de aferição de constitucionalidade que se desenvolveram desde então – interpretação conforme à

---

<sup>75</sup> Nesse sentido, aliás, é de se destacar uma das obras citadas por Mendes, um minucioso artigo publicado no âmbito do próprio Senado Federal, em 1978: *A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais*, de Ana Valdevez Ayres Neves de Alencar.

<sup>76</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 45, n. 179, p. 257-276, jul./set. 2008, p. 257. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176518>. Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 263.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 263.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 263-264.

Constituição, declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, ou declaração de não-recepção da lei pré-constitucional; (ii) a repercussão da declaração de inconstitucionalidade proferida pela Suprema Corte sobre as decisões de outros tribunais; a multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral; (iii) a aceitação das ações coletivas como instrumento de controle de constitucionalidade, relativizando fortemente a diferença entre os processos de índole objetiva e os de caráter estritamente subjetivo; (iv) ou o suposto efeito transcendente reconhecido às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso.

A título de complemento, ressalte-se que, em artigo mais recente, Mendes e Carvalho Filho trazem novos elementos como evidências da existência de um processo de objetivação do controle difuso de constitucionalidade que enfraqueceria a “clássica distinção” quanto aos efeitos entre os modelos principal e incidental e faria apontar para uma “inequívoca tendência para ampliar a feição objetiva do processo de controle incidental”<sup>80</sup>. Nesse sentido:

A adoção de estrutura procedimental aberta para o processo de controle difuso (participação de *amicus curiae* e outros interessados), a concepção de recurso extraordinário de feição especial para os juizados especiais, o reconhecimento de efeito transcendente para a declaração de inconstitucionalidade incidental, a lenta e gradual superação da fórmula do Senado (art. 52, X), a incorporação do instituto da repercussão geral no âmbito do recurso extraordinário e a desformalização do recurso extraordinário com o reconhecimento de uma possível causa petendi aberta são demonstrações das mudanças verificadas a partir desse diálogo e intercâmbio entre os modelos de controle de constitucionalidade positivados no Direito brasileiro.<sup>81</sup>

Observe-se que, nesse trecho, os autores têm já por constatável o fenômeno da “lenta e gradual superação da fórmula do Senado”, indicando que talvez a antiga questão jurídica levantada pela doutrina estivesse, já, de fato, solvendo-se a partir da tese da mutação constitucional. A hipótese confirmada estaria conforme o que defendeu enfaticamente Gilmar Mendes, apoiando-se, inclusive, em doutrinadores consagrados – referindo-se a Jellinek e Hsü Dau-Lin, por exemplo: “É possível, sem

---

<sup>80</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; CARVALHO FILHO, José dos Santos. Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade do STF em controle incidental. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, vol. 11, n. 20, p. 179-201, jan./jul. 2019, p. 182. Disponível em: <http://abdconst.com.br/revista21/Gilmar.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 182.

qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional (...). Valendo-nos dos subsídios da doutrina (...) poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica *reforma da Constituição sem expressa modificação do texto.*”<sup>82</sup>

#### 4.4 Outros autores sobre a mutação constitucional do art. 52, X, da CF

Se antes a discussão se colocava muito mais sobre os efeitos e a natureza da declaração de inconstitucionalidade e de que forma o artigo constitucional se relacionava com essas realidades – conforme parágrafos anteriores, em que se tratou de julgados do STF que puseram fim a alguns pontos de dúvida doutrinária –, a discussão atual está vinculada sobretudo à ideia de como o entendimento consolidado sobre esse assunto impacta o moderno direito constitucional, com seus complexos arranjos.

Luís Roberto Barroso<sup>83</sup>, por exemplo, ao reconhecer a existência histórica de outras questões relativas a esse dispositivo enfrentadas pela doutrina e jurisprudência – sobre o seu caráter discricionário, sobre a sua aplicação restrita às hipóteses de declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, ou ainda sobre a possibilidade de atribuição de efeitos *ex tunc* à suspensão do ato normativo – também aponta para uma questão de maior dificuldade, que ainda não teria sido solvida pela Suprema Corte: o suposto anacronismo do dispositivo em face da nova lógica de alcance e de produção de efeitos de decisões em controle incidental.

Classificando uma possível prevalência da tese mutacional no Supremo Tribunal Federal como “interpretação autocriativa”, Dimoulis e Lunardi<sup>84</sup> explicitam sua opinião, defendendo que, embora admissível, em tese, uma mutação constitucional baseada em alteração de fatores sociais, não há mudanças significativas que justificam essa aplicação no caso do art. 52, X, da Constituição. Assim, nesse sentido:

---

<sup>82</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 45, n. 179, p. 257-276, jul./set. 2008, p. 274. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176518>. Acesso em: 21 jun. 2021

<sup>83</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019.

<sup>84</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 305.

O controle incidental-concreto é hoje regulamentado pela Constituição da mesma forma como era em 1988 e não há movimentos de opinião pública contrários a esse tipo de controle. [...] Tampouco houve modificação do comportamento do Senado Federal em relação à suspensão de leis inconstitucionais. Essa competência sempre foi exercida de maneira parcimoniosa e reticente e isso não mudou nas duas últimas décadas. [...] Além disso, a competência do Senado não desperta interesse público. Não conhecemos críticas da imprensa, de partidos políticos ou de grupos sociais em relação ao seu exercício. [...] A única mudança [...] é o aumento do volume de processos do STF [...]. Mas o fato [...] não indica a mudança de valores sociais ou de situações reais que poderia influenciar a nossa maneira de interpretar a Constituição.<sup>85</sup>

Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi<sup>86</sup> observam que a doutrina sobre o tema se divide em duas linhas. A primeira linha é a daqueles – como Marcelo Buliani Bolzan e Luiz Guilherme – que se posicionam a favor da solução proposta por Gilmar Mendes, embasando-se em argumentos consequencialistas; a segunda, de doutrinadores – como Lenio Luiz Streck, Glauco Salomão Leite e Walber de Moura Agra – que criticam a posição anterior, e que podem se valer de três tipos de argumentos: primeiro, a prevalência do método gramatical, decorrente da interpretação sistemática da Constituição; segundo, a necessidade de que a separação de poderes seja respeitada; terceiro, o argumento também consequencialista – mas, desta vez, em sentido diverso – de que a teoria da democracia impõe a preservação do controle difuso como limitador do poder centralizador da Suprema Corte e como barreira à suas tentativas de monopolização do controle de constitucionalidade.

Daniella Andrade Girard, em trabalho sobre a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para oficializar mutações constitucionais por meio de suas decisões, faz referência crítica à tese de Gilmar Mendes. Para a autora, esse seria o caso de se promover “interpretação contrária ao texto expresso da lei e de forma continuada”, configurando verdadeira supressão do texto constitucional e “mutação ilegítima”.<sup>87</sup>

---

<sup>85</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 309.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 307.

<sup>87</sup> GIRARDI, Daniella Andrade. **Controvérsias acerca da (i) legitimidade do STF para proferir decisões com caráter de mutação constitucional**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018, p. 53-54. Disponível em: [https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37266/1/ulfd136306\\_tese.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37266/1/ulfd136306_tese.pdf). Acesso em: 21 jun. 2021.

Mateus Pieroni Santini, por sua vez, traz à tona uma solução diferente. Ele entende que a questão deva ser debatida pelo poder de reforma, a fim de eliminar a idiosincrasia do sistema que promove insegurança jurídica e contradiz o processo evolutivo-histórico representado pela minimização do poder difuso. Isso porque reconhece que a tentativa de se atribuir outro sentido à norma constitucional esbarra na clareza e objetividade do texto, de modo a se configurar “atividade que transborda de seus limites”.<sup>88</sup> Assim, Santini sugere:

[...] que a decisão ainda não definitiva do Supremo Tribunal Federal, sob essa perspectiva, qual seja, a de alertar o Congresso da necessidade de se adequar a Constituição ao devir histórico, pode representar uma mudança paradigmática, o marco zero de uma nova era da via difusa de constitucionalidade [...].<sup>89</sup>

Lênio Streck, em trabalho doutrinário de 2018, no qual já aborda o julgamento da proibição da extração do amianto – objeto central desta pesquisa –, posiciona-se no sentido de não ver a necessidade de se ter apelado, naquele caso, à mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição, vez que se tratava de controle objetivo, apesar da declaração incidental de inconstitucionalidade. E, além disso, quanto ao mérito da tese de Gilmar Mendes, parece ter posicionamento também contrário, pois refere-se à separação dos poderes como princípio “ameaçado com a vitória jurisdicional da tese mutacional, como foi defendida neste julgamento”.<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> SANTINI, Mateus Pieroni. **O controle de constitucionalidade à luz do fenômeno do ('neo') constitucionalismo e a sua evolução no direito brasileiro rumo à minimização do modelo difuso**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 223-224. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/5962>. Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>89</sup> Ibid., p. 224.

<sup>90</sup> STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 235.

## 5 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Dada a precedente exposição e exploração dos três principais marcos conceituais deste trabalho – a saber, os modelos de controle de constitucionalidade, a mutação constitucional e a cláusula senatorial –, procede-se à análise de alguns julgados da Suprema Corte. O propósito é verificar de que forma esses marcos conceituais se relacionam entre si, na prática, no Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de se conhecer o posicionamento desse tribunal em relação à tese específica da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal.

Em outras palavras, propõe-se uma investigação direcionada de jurisprudência selecionada do Supremo Tribunal Federal que contribua para esclarecer se a argumentação jurídica presente em seus acórdãos permite concluir pela prevalência da tese mutacional entre seus membros e se essa tese merece, de fato, ser elencada por doutrinadores – como de fato tem acontecido – como mais um aparato do que se convencionou chamar de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

Para esse fim, os três primeiros casos referem-se a julgados em que o colegiado ou os ministros individualmente manifestaram-se sobre a mutação constitucional de modo geral. Assim, o caso do reconhecimento da união estável homoafetiva (ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ), o caso sobre a possibilidade de execução da pena com julgamento em segunda instância (ADC 43/DF, ADC 44/DF e ADC 54/DF) e, finalmente, o recente caso sobre a reeleição de membros da Mesa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (ADI 6.524/DF).

Os demais julgamentos analisados referem-se a momentos em que o Supremo Tribunal Federal debruçou-se mais detidamente sobre a mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição. Os dois primeiros são os mais relevantes para o propósito do trabalho: o caso da reclamação constitucional que visava garantir a aplicabilidade da declaração de inconstitucionalidade de dispositivo da lei de crimes hediondos (Rcl 4.335/AC) e o caso da proibição do amianto (ADI 3.406/RJ e ADI 3.470/RJ). Finalmente, um caso de menor relevância e repercussão (Rcl 25.483/SC) que apenas contribuirá como forma de se complementar o conhecimento sobre posições pessoais de alguns ministros sobre o tema que aqui interessa.

Será notável, entretanto, uma ênfase muito maior ao julgamento das ADIs 3.470/RJ e 3.406/RJ, em razão de serem precedentes mais recentes – e, portanto, ainda relativamente pouco estudados de modo sistemático – e também em razão de sua ampla repercussão no mundo jurídico. A análise desses acórdãos é feita de modo detalhado, a fim de se auferir o posicionamento de cada membro presente em Plenário e de se aferir o grau de compatibilidade desses posicionamentos com os parâmetros teóricos apresentados até aqui.

### 5.1 O julgamento da ADI 4.277/DF e da ADPF 132/RJ

Há uma década, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união homoafetiva como família, por meio de técnica de interpretação conforme em que se excluiu a possibilidade de se interpretar o art. 1.723 do Código Civil como impeditivo do reconhecimento desse tipo de união. A decisão deu-se na ADI 4.277/DF e na ADPF 132/RJ, sendo esta última, com efeito, reconhecida pela corte como ação direta de inconstitucionalidade. Nesse julgamento é possível identificar algumas referências à doutrina da mutação constitucional.

O Ministro Luiz Fux apoiou a defesa da ocorrência de mutação constitucional com base na teoria concretista de Konrad Hesse, argumentando pela necessidade de submissão da interpretação constitucional ao princípio da ótima concretização da norma, que implica a consideração da mudança das relações fáticas.<sup>91</sup> Curiosamente, o Ministro Ricardo Lewandowski, que votou contra a ideia específica de mutação constitucional do §3º do art. 226 da Constituição Federal – mas ainda sim a favor do reconhecimento de uma “união homoafetiva estável” –, também fez referência ao concretismo de Hesse ao defender um processo de integração analógica mediante a incorporação de dados da realidade fática.<sup>92</sup>

Ainda que o acórdão não contenha um número expressivo de referências objetivas à doutrina sobre mutação constitucional, acabou por se consagrar, no meio jurídico, a ideia de que se tratou de legítimo caso de ocorrência de mutação informal

---

<sup>91</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro**. [...] Interpretação do art. 1.723 do Código Civil em conformidade com a Constituição Federal (técnica da “interpretação conforme”). Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações. Relator: Min. Ayres Britto, 5 de maio de 2011, p. 73. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>92</sup> Ibid., p. 111.

da Constituição. Facilita esse entendimento pacífico o fato de tratar-se de decisão em sede de controle abstrato e por via de ação e na qual se atendeu ao requisito constitucional do quórum qualificado de votos.

Denise Soares Vargas, por exemplo, considera que essa decisão configurou-se como “sentença manipulativa” veiculadora de mutação constitucional que compatibilizou âmbito e programa normativo. Na conclusão de seu trabalho sobre mutação constitucional por via de decisões aditivas, assim defendeu:

Assim, é possível sustentar o uso de sentenças aditivas [...], o que tem sido feito pela manipulação dos efeitos temporais e pelo uso de decisões de perfil aditivo, a exemplo do caso referente ao reconhecimento da união homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse precedente, a Suprema Corte corrigiu uma omissão constitucional e legislativa [...], não obstante o teor literal do art. 226, §3º da Constituição Federal.<sup>93</sup>

Já o Ministro Nunes Marques, em julgamento de outra ação no Supremo Tribunal Federal, referiu-se ao precedente como “o exemplo mais flagrante de superação da literalidade do texto” para abrigar mudanças nos costumes sociais.<sup>94</sup>

## 5.2 O julgamento da ADC 43/DF, da ADC 44/DF e da ADC 54/DF

O julgamento simultâneo das ações declaratórias de constitucionalidade nº 43, nº 44 e nº 54, ocorrido em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal em novembro de 2019, teve grande repercussão em razão de seu objeto: tratava-se da discussão sobre a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, segundo o qual só são admitidas as prisões em flagrante delito ou por ordem judicial em decorrência de prisão cautelar ou de condenação criminal transitada em julgado. Em outras palavras, discutia-se acerca da possibilidade da prisão em segunda instância. O resultado foi favorável ao texto do Código de Processo Penal, assentado na garantia constitucional do inciso LXI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, e representou uma mudança de entendimento da Corte em relação ao tema, já que em

<sup>93</sup> VARGAS, Denise Soares. **Mutação constitucional via decisões aditivas**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 105.

<sup>94</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.524 Distrito Federal**. Direito Constitucional. Separação dos Poderes (art. 2º, CF/88). Poder Legislativo. Autonomia Organizacional. Câmara dos Deputados. Senado Federal. Reeleição de Membro da Mesa (art. 57, §4º, CF/88). Regimento Interno. Interpretação conforme à Constituição. Relator: Min. Gilmar Mendes, 15 de dezembro de 2020, p. 194. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346078247&ext=.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2021.

2016, quando do julgamento do *habeas corpus* nº 126.292, a maioria dos ministros havia alterado o entendimento contido na legislação ordinária no sentido de se permitir a execução provisória da pena após confirmação da condenação em segunda instância.

A importância desses julgados para este trabalho, entretanto, não está no mérito dos pedidos, mas nas considerações teóricas que alguns ministros apresentaram em seus votos a respeito da doutrina da mutação constitucional, que se relacionou com o tema em razão das sucessivas mudanças de jurisprudência da Suprema Corte em relação a interpretação de dispositivo constitucional. Fizeram menção à expressão “mutação constitucional” os ministros Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux. Este último foi quem teceu comentários doutrinários mais densos, citando autores clássicos, como Friedrich Müller. Assim, como ilustração de sua adesão à teoria concretista de Müller, um trecho do voto do Ministro Luiz Fux:

Conforme adverti nas premissas teóricas deste voto, a compreensão da norma jurídica demanda a interpretação do texto ou programa normativo e, simultaneamente, a análise do domínio normativo, da realidade à qual ele deve ser aplicado, do contexto fático em jogo (de que emanem os *distinguishings* e *overruling* sucedâneos de eventual *mutação constitucional*).<sup>95</sup>

Trata-se, portanto, de julgado com especial valor para esta monografia, que tem como um de seus marcos teóricos justamente a Teoria Estruturante do Direito do célebre jurista alemão. Ressalte-se que acerca dessa questão também entre doutrinadores não é incomum que se defenda a ocorrência de mutação constitucional; o caso é especial, aliás, em razão do fato de que o Supremo Tribunal Federal mudou de entendimento mais de uma vez em período de tempo relativamente curto.

### 5.3 O julgamento da ADI 6.524/DF

Essa ação direta de inconstitucionalidade, julgada em dezembro de 2020, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes, diz respeito à discussão sobre a reeleição de

---

<sup>95</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Pena – Execução provisória – Impossibilidade – Princípio da não culpabilidade. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal a condicionar o início do cumprimento de pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória [...]. Relator: Min. Marco Aurélio, 7 de novembro de 2019, p. 232. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344948872&ext=.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2021.

membro da Mesa das duas Casas legislativas do Congresso Nacional. A ação foi conhecida e o pedido julgado parcialmente procedente, significando dizer que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a necessidade de interpretação conforme à Constituição Federal de dispositivos dos regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, para se assentar “a impossibilidade de recondução de Membro da Mesa para o mesmo cargo, na eleição imediatamente subsequente, que ocorre no início do terceiro ano da legislatura”<sup>96</sup>.

Do julgamento em tela, o que se pretende destacar é a discussão sobre a ocorrência de mutação constitucional – alegada pelo próprio Senado Federal em sua manifestação processual – do art. 57, §4º, da Constituição de 1988, que dispõe sobre as regras de recondução para cargos das Mesas das Casas do Congresso Nacional. Conforme relatório, o pedido do Senado Federal foi no sentido de que se reconhecesse a ocorrência de mutação como meio informal de mudança do referido dispositivo, de modo a se autorizar a reeleição para os cargos executivos, com base em interpretação dada pela própria Casa da qual decorreram “costume constitucional parlamentar” e “indiscutível prática constitucional consolidada”.<sup>97</sup> Nota-se como esses argumentos guardam estreita relação com a doutrina que explica a mutação constitucional por meio das práticas constitucionais, tratada no capítulo anterior.

O Ministro Roberto Barroso manifestou sua recusa ao argumento mutacional por entender que o específico texto constitucional inviabiliza a mutação alegada, por ser obstáculo ao enquadramento do sentido pretendido nas possibilidades semânticas do texto. Explanando sua própria doutrina sobre o tema, pontuou que outro obstáculo com força para bloquear uma mutação constitucional seria a necessidade de preservação dos princípios fundamentais estruturantes de uma Constituição.<sup>98</sup> Os demais ministros que desenvolveram o tema – Gilmar Mendes e Nunes Marques – foram favoráveis à tese da mutação que autorizaria a reeleição, apoiando-se no argumento das mudanças de práticas e também da interpretação sistêmica.

---

<sup>96</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.524 Distrito Federal**. Direito Constitucional. Separação dos Poderes (art. 2º, CF/88). Poder Legislativo. Autonomia Organizacional. Câmara dos Deputados. Senado Federal. Reelection de Membro da Mesa (art. 57, §4º, CF/88). Regimento Interno. Interpretação conforme à Constituição. Relator: Min. Gilmar Mendes, 15 de dezembro de 2020, p. 2. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346078247&ext=.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 4-10.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 161-162.

#### 5.4 O julgamento da Rcl 4.335/AC<sup>99</sup>

Trata-se aqui de um dos casos mais relevantes da história recente do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à específica discussão sobre a possibilidade de se conferir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a decisões tomadas pela Suprema Corte em sede de controle subjetivo. O acórdão abrange praticamente toda a doutrina sobre os critérios de classificação e modelos de controle de constitucionalidade vistos no capítulo inicial.

Essa reclamação constitucional foi ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre e visava impugnar decisão de primeiro grau proferida na Comarca do Rio Branco sob alegação de descumprimento de decisão do Supremo Tribunal Federal em *habeas corpus* (HC 82.959/SP) que havia declarado a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 – o dispositivo previa que a pena por crimes hediondos deveria ser cumprida obrigatória e inicialmente em regime fechado.

A decisão na primeira instância indeferia o pedido de progressão de regime em favor de diversos presos que cumpriam pena em regime fechado em razão de cometimento de crimes hediondos. Ao negar o pedido, o juiz especificamente citou o julgamento do referido *habeas corpus*, de “maioria apertada (6 votos x 5 votos)”<sup>100</sup> alegando que aquela decisão da Suprema Corte, por ter sido declarada *incidenter tantum*, produzira apenas efeito *inter partes* e, portanto, não era vinculante; defendeu também que adotar entendimento diverso “seria negar vigência ao disposto no art. 52, inc. X, da Constituição Federal, contrariando o sistema constitucional adotado, ou seja, o *check and balances*, ou freios e contrapesos”<sup>101</sup>. Declarou, ainda, em informações prestadas ao Supremo Tribunal Federal, perfilhar-se à “remansosa e respeitável doutrina nacional [que] tem pacificado esse entendimento sobre as formas de controle de constitucionalidade”<sup>102</sup>, apontando a necessidade de que uma possível

---

<sup>99</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4.335 Acre**. Reclamação. 2. Progressão de Regime. Crimes Hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional [...]. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de março de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 8.

eficácia *erga omnes* para uma decisão em controle difuso dependeria da suspensão da execução – por discricionariedade do Senado Federal – da lei declarada inconstitucional; citou, enfim, tanto a cláusula senatorial como o art. 178 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que trata do procedimento de comunicação da decisão para a câmara alta do Congresso Nacional. Finalmente, alegou ausência de competência legal para admitir o pedido da reclamante.

A Corte, ao final, conheceu e julgou procedente a ação. Observe-se, entretanto, que o julgamento se iniciou em 2007 e foi concluído em 2014, quando já se havia editado a Súmula Vinculante nº 26, que trouxe, na prática, efeito vinculante ao mesmo conteúdo da norma de decisão constante do *habeas corpus* referido na reclamação. Assim, por inobservância da súmula superveniente é que se julgou pela procedência.

O Ministro Gilmar Mendes foi o relator da Rcl 4.335/AC e seu voto pelo conhecimento e procedência da ação constituiu-se, então, em verdadeiro ensaio sobre a sua tese mutacional, que já vinha sendo por ele aprofundada e propagada enquanto doutrinador – e já amplamente analisada no capítulo anterior. Em resumo, defendeu que o “instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica”<sup>103</sup> e citou diversos usos jurídicos do controle judicial moderno para demonstrar um “novo significado do instituto de suspensão de execução pelo Senado no contexto normativo da Constituição de 1988”<sup>104</sup>. Mais uma vez, em socorro à tese da mutação constitucional, foi evocada a doutrina de Lúcio Bittencourt sobre a nulidade da lei inconstitucional e a consequente impossibilidade – fala-se em “impropriedade técnica” do texto constitucional – de “suspensão” da execução de ato “inexistente” pelo Senado Federal.<sup>105</sup>

O segundo voto foi o do Ministro Eros Grau, que aderiu com entusiasmo à tese da ocorrência de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição, do qual o ministro proclamou a “obsolescência”<sup>106</sup>. Em suas considerações doutrinárias, tratou

---

<sup>103</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4.335 Acre**. Reclamação. 2. Progressão de Regime. Crimes Hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional [...]. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de março de 2014, p. 27. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 77

com profusão de questões conceituais sobre interpretação judicial e mutação constitucional, inclusive com referências a autores clássicos como Paul Laband, Georg Jellinek ou Hsü Dau-Lin. Cabe uma citação, demonstrando sua proximidade aos princípios da teoria concretista: “[a mutação] se opera quando, em última instância, a práxis constitucional, no mundo da vida, afasta uma porção do texto da Constituição formal, sem que daí advenha uma ruptura do sistema”<sup>107</sup>.

O Ministro Sepúlveda Pertence foi o primeiro a levantar divergência em Plenário, rechaçando a tese da mutação constitucional de modo veemente, inclusive atribuindo-lhe o apodo de “golpe de Estado”, como se pode extrair desse trecho:

[...] não me animo à mutação constitucional proposta. E mutação constitucional por decreto do poder que com ela se ampliaria; o que, a visões mais radicais, poderia ter o cheiro de golpe de Estado. Às tentações do golpe de Estado não está imune o Poder Judiciário; é essencial que a elas resista.<sup>108</sup>

Seguiu o voto do Ministro Joaquim Barbosa, que divergiu especificamente sobre a leitura oferecida pelo relator para a cláusula senatorial. Para o ministro, a proposta, “além de encontrar obstáculo intransponível na literalidade do artigo 52, inciso X da Constituição, vai na contramão das conhecidas regras de *self restraint*”<sup>109</sup>.

No mesmo sentido foi a resistência do Ministro Ricardo Lewandowski, que, em seu voto, não viu razões para que se vulnerasse, com aquele julgamento, a competência do Senado Federal, de caráter eminentemente político.<sup>110</sup> É relevante destacar também um outro argumento seu, trazido em momento distinto, quando exercia a presidência da sessão de julgamento e participava dos debates: na ocasião, o ministro aventou a possibilidade de que a interpretação proposta pudesse configurar violação ao princípio da separação dos poderes que, destacou, é cláusula pétrea.<sup>111</sup>

---

<sup>107</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4.335 Acre**. Reclamação. 2. Progressão de Regime. Crimes Hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional [...]. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de março de 2014, p. 73-74. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>108</sup> Ibid., p. 91.

<sup>109</sup> Ibid., p. 101

<sup>110</sup> Ibid., p. 129.

<sup>111</sup> Ibid., p. 179.

O Ministro Teori Zavascki apresentou voto em que não se evidenciou de modo claro adesão à tese do Ministro Gilmar Mendes, embora tenha reconhecido a força atual do efeito expansivo das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Em seguida, votou o Ministro Roberto Barroso, que manifestou-se contrariamente ao reconhecimento da mutação constitucional: “encontro, como limite a esse processo de mutação constitucional, a textualidade dos dispositivos constitucionais”<sup>112</sup>; ainda, “entendo, embora lamente, que não é possível interpretar-se a mutação do artigo 52, X, por obstáculo insuperável decorrente da textualidade do dispositivo”<sup>113</sup>.

Sobreveio, na sequência, o voto da Ministra Rosa Weber, demonstrando aderência aos argumentos do Ministro Roberto Barroso, isto é, entendendo que a literalidade do texto era “amarra constitucional”<sup>114</sup>, fator limitante da mutação constitucional.

O Ministro Marco Aurélio, quanto à questão do art. 52, X, da Constituição de 1988, manifestou-se no sentido de não admitir a extensão da eficácia *erga omnes* ao controle difuso, sob pena de o Supremo Tribunal Federal estabelecer-se como legislador positivo.

O último voto foi o do Ministro Celso de Mello, que acompanhou o do Ministro Teori Zavascki, sem estabelecer opinião incisiva sobre a mutação constitucional da fórmula. Com efeito, apenas classificou a questão como relevante, em consideração à crescente doutrina do esvaziamento progressivo do dispositivo constitucional.<sup>115</sup>

---

<sup>112</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4.335 Acre**. Reclamação. 2. Progressão de Regime. Crimes Hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional [...]. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de março de 2014, p. 185. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>113</sup> Ibid., p. 186.

<sup>114</sup> Ibid., p. 188.

<sup>115</sup> Ibid., p. 191-193.

## 5.5 O julgamento da ADI 3.406/RJ<sup>116</sup> e da ADI 3.470/RJ<sup>117</sup>

### 5.5.1 O debate que se reacendeu no Plenário da Suprema Corte

No ano de 2017, o julgamento conjunto de duas ações diretas de inconstitucionalidade que culminou em uma declaração incidental de inconstitucionalidade de um dispositivo de lei federal “com efeito vinculante e *erga omnes*” reacendeu o debate acerca do posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação à abstrativização do controle difuso. Isso porque, apesar de se tratar de controle abstrato, o fato de ter havido declaração incidental de inconstitucionalidade – portanto, de outra lei, que não o objeto principal das demandas – propiciou uma disputa importante entre os ministros acerca do tema.

Como se demonstrará, a dinâmica do debate em Plenário não foi propriamente elucidativa, porque, conforme o próprio dizer do Ministro Gilmar Mendes durante o julgamento, ali, “na verdade, tivemos um certo imbróglio, porque se misturaram os procedimentos”<sup>118</sup>. Nada obstante, diante da repercussão da decisão na sociedade e na imprensa e do fato de que muitos juristas passaram a vincular o julgamento à ideia de inovação de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, é fundamental esclarecer como e em que termos realmente se desenrolou esse diálogo.

### 5.5.2 Declaração incidental de inconstitucionalidade nas ADIs

A ADI 3.406/RJ e a ADI 3.470/RJ, ambas propostas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI), contestavam a constitucionalidade da Lei estadual nº 3.579, de 07 de junho de 2001, do Estado do Rio de Janeiro, que trata da substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que contêm amianto, inclusive da variedade crisotila (asbesto branco). Nessas ações, a

---

<sup>116</sup> Em razão de o julgamento das duas ações ter sido conjunto e terem produzido acórdãos praticamente idênticos, neste trabalho optou-se por vincular todas as referências e citações unicamente à ADI 3.470/RJ, já que a ADI 3.406/RJ possui conteúdo reduzido devido ao impedimento do Ministro Dias Toffoli.

<sup>117</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.470 Rio de Janeiro**. Lei nº 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro. Substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto. [...] Declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995. Efeito vinculante e erga omnes. Relatora: Min. Rosa Weber, 29 de novembro de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749020501>. Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>118</sup> Ibid., p. 75.

requerente alegava tanto a inconstitucionalidade material da lei (sob a tese de que a proibição da fabricação e do comércio daquele minério ofendia, por exemplo, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o princípio da proporcionalidade) quanto a sua inconstitucionalidade formal (sob a tese da usurpação da competência legislativa privativa da União ou do excesso no exercício da competência legislativa concorrente suplementar dos Estados). O julgamento dessas ações resultou, no entanto, na improcedência do pleito e na declaração incidental de inconstitucionalidade (sob o argumento de inconstitucionalidade por proteção insuficiente) do art. 2º da Lei federal nº 9.055, de 1º de junho de 1995, com efeito vinculante e *erga omnes*.

### 5.5.3 Histórico do tema da proibição do amianto na Suprema Corte

Conforme se destacou no próprio voto da Ministra Relatora, o assunto não era inédito no plenário da Suprema Corte, uma vez que, antes, em 2003, a ADI 2.396/MS e a ADI 2.656/SP haviam ensejado decisão no sentido de se reconhecer a inconstitucionalidade de leis estaduais que continham esse tipo de proibição; já em 2008, quando da análise de decisão liminar na ADI 3.937/SP, o plenário novamente debatera o tema, tangenciando, pela primeira vez, a ideia de se proceder a um juízo incidental de inconstitucionalidade da lei federal existente sobre a matéria.

Por sua vez, em agosto de 2017, configurando verdadeiro *overruling* jurisprudencial, dois julgados foram fundamentais para a composição de um novo quadro jurídico: o julgamento definitivo da ADI 3.937/SP, que culminou, de fato, na declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995; e o julgamento da ADI 4.066/DF, no qual se obteve maioria de votos pela inconstitucionalidade desse mesmo dispositivo, mas não se alcançou o quórum exigido pelo art. 97 da Constituição Federal para que a declaração de inconstitucionalidade tivesse eficácia vinculante. Ressalte-se que a ADI 4.066/DF, julgada procedente, é a única dessas ações que realmente foi proposta em face da Lei nº 9.055/1995; as demais ações diretas contestavam a constitucionalidade de leis estaduais.

De todo modo, essas decisões consagraram a tendência de abolição total do uso de amianto no território nacional, sob a lógica de que a nocividade do amianto crisotila à saúde humana e ao meio ambiente pode ser afirmada para além da dúvida razoável a partir do atual estágio do conhecimento científico sobre a matéria.

O conhecimento de alguns detalhes sobre essas ações e demais precedentes é essencial para que se compreenda de que modo os ministros do Supremo Tribunal Federal formaram entendimento para decidir e porque (para muitos) se deve atribuir a esse julgamento a força de um novo paradigma de controle de constitucionalidade. Assim, uma análise acurada da íntegra desses acórdãos, especialmente nos trechos em que os julgadores discutem abertamente sobre os limites de sua decisão, contribui sobremaneira para o propósito desse trabalho.

#### *5.5.4 O acórdão e os votos dos ministros*

O voto da Ministra Rosa Weber, pela improcedência das ações, foi seguido pela maioria do colegiado: em ambos os casos, votaram com ela os Ministros Edson Fachin, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cármen Lúcia; o ministro Dias Toffoli, impedido no julgamento da ADI 3.406/RJ, votou com a relatora na ADI 3.470/RJ. Dessa forma, nas duas ações alcançaram-se resultados com quórum de maioria absoluta. As divergências foram apresentadas pelo ministro Alexandre de Moraes, que votou pela procedência parcial dos pedidos, e pelo ministro Marco Aurélio, que considerou as ações totalmente procedentes. O Ministro Roberto Barroso declarou-se impedido nos dois julgamentos, e o ministro Ricardo Lewandowski não participou da sessão, por ausência justificada.

Registre-se que, neste trabalho, em razão do impedimento do Ministro Dias Toffoli no julgamento da ADI 3.406/RJ, todas as próximas citações desse julgamento conjunto serão extraídas do acórdão da ADI 3.470/RJ, que contém a íntegra do voto dos nove ministros participantes.

Para o propósito de entender de que modo o julgamento dessas ações diretas passou a ser vinculado à ideia de abstrativização do controle difuso, é muito relevante destacar uma intervenção do Ministro Gilmar Mendes durante o julgamento, em que abertamente declara estar projetando a questão “para além desse caso, para outros

casos”<sup>119</sup>. Ao responder à preocupação do Ministro Alexandre de Moraes sobre se aquela e outras ações diretas poderiam ou não ter se tornado prejudicadas com a declaração incidental de inconstitucionalidade na ADI 3.937/SP, julgada três meses antes, Gilmar Mendes leva à discussão questões atinentes ao controle incidental.

De início, recorre à tese da abstrativização – ainda que sem fazer expressa menção à locução – via Código de Processo Civil, presumivelmente evocando o texto do §5º do art. 535 do CPC.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – [...] Então, a mim me parece que essa é uma questão delicada que temos que uniformizar.

Mas aí eu pontuaria essa angústia de Vossa Excelência, e acho que o CPC, nesse ponto, talvez sinalize uma superação – ponto em que tenho insistido – de que não temos outra alternativa, pelo menos no âmbito do Supremo, senão equalizar a decisão que se toma em sede de controle abstrato e a decisão que se toma em sede de controle incidental. Agora me parece que o CPC vem em reforço quando não distingue mais a declaração de inconstitucionalidade em uma ou outra situação.<sup>120</sup>

E, quando se avançava uma discussão mais específica a respeito da interpretação do art. 52, X, da Constituição Federal, o Ministro Gilmar Mendes explicitou a tese da mutação constitucional, apresentada sob a expressão “releitura”:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Estou dizendo só do reforço. A proposta que já tinha feito em outro momento é que... Claro que não estamos fazendo uma interpretação ablativa do texto constitucional, do artigo 52, X, mas fazendo uma releitura, para dizer que comunicamos ao Senado, para que o Senado faça a publicação, ou seja, intensifique a publicidade, só isso. A decisão já é bastante em si.<sup>121</sup>

---

<sup>119</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.470 Rio de Janeiro**. Lei nº 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro. Substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto. [...] Declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995. Efeito vinculante e erga omnes. Relatora: Min. Rosa Weber, 29 de novembro de 2017, p. 66. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749020501>. Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>120</sup> Ibid., p. 66-67.

<sup>121</sup> Ibid., p. 75-76.

Em outros momentos, discorreu sobre a atuação prática do Supremo Tribunal Federal perante a norma constitucional que atribui ao Senado Federal a prerrogativa de suspender a execução das leis declaradas inconstitucionais.

Na prática, já fazemos isso um pouco. Não esperamos que o Senado suspenda. Como sabemos, é um pouco sazonal a suspensão por parte do Senado. Às vezes ele faz, até com certa diligência, isto depende muito da atividade da Comissão de Constituição e Justiça. Às vezes esse assunto é negligenciado, e o Senado não se debruça sobre esse tema, porque é um tema assaz técnico, vamos dizer assim, considerando a formação da Casa política.

Então, parece-me que vamos ter que enfrentar essa questão, ou agora, ou em outro momento; porque, de fato, a meu ver, não faz muito sentido fazer-se essa distinção. Um caso que passou por todas as instâncias, desde o primeiro grau vem sendo discutido, portanto, bastante moroso. Certamente todos esses REs têm lá mais de dez anos.<sup>122</sup>

Em determinado ponto da discussão outro ministro apontou para o fato de que aquele julgamento consistia em ação direta, ao que Mendes respondeu, demonstrando que sua tese consistia na possibilidade de se admitir um julgamento em controle incidental como questão prejudicial de mérito em controle abstrato:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Mas digo porque já temos o controle incidental em que o Ministro Toffoli inclusive votou. O que estou projetando, então, é a necessidade de encaminharmos uma solução, sob pena de, na verdade, investirmos num impasse.

E na prática já estamos um pouco fazendo isso, até indo além. [...] <sup>123</sup>

Finalmente, em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes retomou os vários argumentos que frequentemente utiliza como doutrinador – e que já foram apresentados neste trabalho – para defender a independência de todas as decisões do Supremo Tribunal Federal em relação ao Senado Federal: modulação de efeitos em sede de controle incidental, expansão do controle de constitucionalidade sob a Constituição de 1988, novo Código de Processo Civil e a relação da repercussão geral

---

<sup>122</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.470 Rio de Janeiro**. Lei nº 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro. Substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto. [...] Declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995. Efeito vinculante e erga omnes. Relatora: Min. Rosa Weber, 29 de novembro de 2017, p. 67. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749020501>. Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>123</sup> Ibid., p. 67.

com o controle concentrado. Por último, avalizou a teoria da preclusão consumativa, declarando acompanhar o voto da relatora, “mas entendendo que estamos fixando essa orientação”<sup>124</sup>.

De tal modo essas intervenções do Ministro Gilmar Mendes foram inicialmente tomadas como relevantes para a conclusão do julgamento, que o próprio Supremo Tribunal Federal publicou, à época, em seu sítio eletrônico, no Informativo STF nº 886, o seguinte texto:

[...] A partir da manifestação do ministro Gilmar Mendes, o Colegiado entendeu ser necessário, a fim de evitar anomias e fragmentação da unidade, equalizar a decisão que se toma tanto em sede de controle abstrato quanto em sede de controle incidental.<sup>125</sup>

O Ministro Luiz Fux, em todo o julgamento, demonstrou-se muito alinhado às ideias propostas pelo Ministro Gilmar Mendes quanto a esse tema. É possível perceber sua firme disposição para defender as teses que corroboram o processo de abstrativização do controle difuso. Assim o fez, por exemplo, na discussão em relação às inovações do Código de Processo Civil:

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Não há mais diferença entre controle incidental e controle principal. O Código, inclusive, agora, [...] diz que a lei pode ter sido considerada inconstitucional em controle concentrado ou em controle incidental. Qualquer um dos controles é suficiente para que a parte possa se escusar de cumprir uma sentença inconstitucional.<sup>126</sup>

E também quanto à interpretação do art. 52, X, da Constituição Federal, ao defender a ideia de que o julgamento da ADI 3.937/SP impunha-se como questão prejudicial, declarando:

---

<sup>124</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.470 Rio de Janeiro**. Lei nº 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro. Substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto. [...] Declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995. Efeito vinculante e erga omnes. Relatora: Min. Rosa Weber, 29 de novembro de 2017, p. 121. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749020501>. Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>125</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF nº 886**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>. Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>126</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta Inconstitucionalidade 3.470 Rio de Janeiro**, op.cit., p. 68.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – [...] Pois é, então se há essa questão prejudicial decidida, eu acho que o momento é propício para que o Supremo confira maior eficácia às suas decisões em controle concentrado e em controle difuso. O artigo 52, X, sempre foi interpretado como uma chancela meramente formal.<sup>127</sup>

Finalmente, em seu breve voto, deixou firmada com extrema clareza sua posição em relação ao tema:

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – [...] De sorte que eu, adotando essa equivalência do controle difuso e do controle concentrado, entendendo que o artigo 52, X, apenas permite uma chancela formal do Senado – o Senado não pode alterar a essência da declaração de inconstitucionalidade do Supremo –, eu, então, acompanho integralmente o voto da Ministra Rosa Weber [...].<sup>128</sup>

Ressalte-se que essa adesão do Ministro Luiz Fux ao voto da relatora – bem como de outros ministros que vieram a fazê-lo depois, ajuntando suas posições sobre o art. 52, X, da Constituição Federal – refere-se tão somente aos argumentos técnicos e jurídicos que conduziram-na ao entendimento pela improcedência dos pedidos e pela declaração incidental de inconstitucionalidade, uma vez que a Ministra Rosa Weber em nenhuma parte do seu voto faz menção à questão da abstrativização do controle difuso ou à noção de mutação constitucional do dispositivo em questão. Além disso, em nenhum momento durante os debates pertinentes a esse assunto específico a relatora fez intervenção que pudesse indicar endosso a essas teses.

O Ministro Edson Fachin, em seu voto, além de acompanhar o voto da relatora, fez questão de esclarecer o seu entendimento em relação ao que fora decidido no anterior julgamento da ADI 3.937/SP, ao mesmo tempo em que demonstrava apoio à teoria da preclusão consumativa da matéria, aproximando-se, de certo modo, das ideias articuladas pelo Ministro Gilmar Mendes:

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN – [...] E esta declaração, ainda que incidental, opera uma preclusão consumativa da matéria. E

---

<sup>127</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.470 Rio de Janeiro**. Lei nº 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro. Substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto. [...] Declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995. Efeito vinculante e erga omnes. Relatora: Min. Rosa Weber, 29 de novembro de 2017, p. 77. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749020501>. Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>128</sup> Ibid., p. 88.

portanto, nesta medida, o fato de ter sido incidental não afasta o conjunto das observações que o Ministro Gilmar já fez, que utilizou o verbo equalizar nessa direção de encontrarmos obviamente uma solução razoável para evitar que caíamos numa dimensão semicircular progressiva e sem fim.<sup>129</sup>

O Ministro Dias Toffoli, por sua vez, também tomou uma posição de defesa contundente da tese aventada pelo Ministro Gilmar Mendes, inclusive referindo-se à data daquele julgamento como “um dia muito importante no que diz respeito à jurisdição constitucional”, visto que parecia vislumbrar que naquela sessão plenária seria consagrada oficialmente a tese da mutação constitucional da cláusula senatorial. De fato, naquele julgamento, o Ministro Dias Toffoli apresentou voto com trecho extenso sobre a questão, utilizando-se inclusive de uma interpretação histórica do dispositivo constitucional:

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI – [...] eu subscrevo o que foi inicialmente levantado pelo Ministro Gilmar Mendes [...] a respeito da dimensão da decisão que nós estamos tomando aqui, qual seja, a aplicação do controle difuso, dando esse efeito *erga omnes* e praticamente vinculante também às deliberações deste Plenário. Nem poderia ser diferente: se o que se decide no controle abstrato tem uma consequência; no controle concreto teria outra? Por quê? O sentido do art. 52, X, da Constituição é para uma época em que o Diário Oficial levava 3 meses para chegar nos rincões do Brasil, uma época em que as decisões do Supremo ou do Judiciário não eram publicadas em diários oficiais. [...] Não tem sentido ter que se aguardar uma deliberação futura para dar eficácia à decisão; [...] Toda a evolução da jurisdição constitucional recente do Brasil foi exatamente no sentido de superarmos essa necessidade.<sup>130</sup>

Da mesma forma, o Ministro Dias Toffoli foi taxativo ao consignar sua posição favorável à tese da preclusão em relação à decisão da matéria. Por fim, e insolitamente, o ministro propôs um esclarecimento sobre o seu voto como relator para o acórdão na ADI 3.937/SP, “para fins de se evitar entendimentos diferentes ou

---

<sup>129</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.470 Rio de Janeiro. Lei nº 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro. Substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto. [...] Declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995. Efeito vinculante e erga omnes. Relatora: Min. Rosa Weber, 29 de novembro de 2017, p. 86. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749020501>. Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>130</sup> Ibid., p. 89.

interpretações a respeito do voto”, no sentido de que a decisão tomada nessa ação teria “eficácia geral plena para todo o território nacional”.<sup>131</sup>

O Ministro Marco Aurélio foi certamente o mais enfático na defesa do art. 52, inciso X, da Constituição Federal. Num primeiro momento, ressaltou que a declaração incidental, ainda que em sede de controle abstrato, exigiria do mesmo modo atuação do Senado Federal para suspensão do dispositivo declarado inconstitucional:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – De qualquer forma, o art. 2º [da Lei 9.055/1995], porque não houve a suspensão da execução prevista na Carta da República pela Casa Legislativa, continua com eficácia no território nacional, presente a declaração incidental.<sup>132</sup>

Em outro momento, no mesmo sentido: “Mas, até agora [o momento do julgamento], [a legislação federal afetada pelo julgamento da ADI 3.937/SP] não foi retirada do ordenamento jurídico, em termos de execução”<sup>133</sup>. Ainda, o Ministro rechaçou vigorosamente a interpretação de seus pares quanto à abrangência da força dos precedentes conferida pelo Código de Processo Civil:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, quanto ao inciso X do artigo 52, na redação originária do Constituinte de 1988, ainda considero que a Lei das leis do país é a Constituição Federal, e não o Código de Processo Civil!<sup>134</sup>

E ainda, destacando o entendimento de que o dispositivo constitucional tem caráter constitutivo e não meramente declaratório:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O fenômeno, previsto no inciso X do artigo 52 da Constituição Federal, no que revela a atribuição do Senado, não é simplesmente declaratório, é constitutivo, diz respeito à suspensão da execução da lei no território nacional.<sup>135</sup>

---

<sup>131</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.470 Rio de Janeiro**. Lei nº 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro. Substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto. [...] Declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995. Efeito vinculante e erga omnes. Relatora: Min. Rosa Weber, 29 de novembro de 2017, p. 90. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749020501>. Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>132</sup> Ibid., p. 73.

<sup>133</sup> Ibid., p. 79.

<sup>134</sup> Ibid., p. 75.

<sup>135</sup> Ibid., p. 76.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio recuperou os textos do art. 102, §2º, e do art. 103-A, da Constituição Federal, que tratam da eficácia vinculante das decisões da Suprema Corte, pois, segundo ele, esses dois dispositivos “versam e encerram [...] algo que deve ser tomado de forma estrita, não ampliativa”<sup>136</sup>.

A argumentação do Ministro Marco Aurélio contra a tese mutacional do art. 52, X, da Constituição, perpassa pela salvaguarda da representatividade do Congresso Nacional, da missão constitucional do Senado Federal e do próprio sistema republicano de independência e harmonia entre os poderes. Ele também rechaça a ideia de que sua posição consista numa interpretação literal ou gramatical, “mesmo porque a interpretação gramatical é [...] a aquela a que se chega, ao objetivo da norma, numa visão superficial”<sup>137</sup>. Sua defesa é veemente:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – [...] Recuso-me a dizer que o Senado da República é um verdadeiro Diário Oficial, que simplesmente deve publicar as decisões do Supremo formalizadas no controle concreto de constitucionalidade, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. [...] Entendo o inciso X do artigo 52 como regra que atende a independência e harmonia entre os Poderes, a sinalizar que o sistema nacional é equilibrado [...]. Se a declaração de inconstitucionalidade [...] se faz de maneira limitada, consideradas as balizas subjetivas do processo, evidentemente, para que haja extensão maior e se tenha o Direito como uno no território brasileiro, prevê-se [...] que o Senado, segundo está no inciso X, em bom português, suspenderá a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo. Homenageio, Presidente, e entendo que é básico na República, a harmonia e independência entre os Poderes, não potencializando possível desgaste, notado nos dias de hoje, do Congresso Nacional. Porque acima de tudo, tenho, como disse, a Lei das leis, que busco amar a cada dia mais, a Constituição Federal.<sup>138</sup>

O Ministro Alexandre de Moraes, em meio ao debate que se promoveu justamente durante a proclamação de seu voto, manifestou-se em apoio à posição do

---

<sup>136</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.470 Rio de Janeiro**. Lei nº 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro. Substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto. [...] Declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995. Efeito vinculante e erga omnes. Relatora: Min. Rosa Weber, 29 de novembro de 2017, p. 122. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749020501>. Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>137</sup> Ibid., p. 123.

<sup>138</sup> Ibid., p. 123-124.

Ministro Marco Aurélio: “(...) nessa parte, concordo com o Ministro Marco Aurélio que o artigo 52, X, não pode ser suplantado, em regra, pelo Código de Processo Civil”<sup>139</sup>.

Durante o julgamento, tendo percebido que a questão da preclusão havia se colocado de forma impactante na discussão e ganhava a adesão de alguns de seus pares, o Ministro Alexandre de Moraes tomou a palavra para fazer esclarecimento no sentido de que seu voto não incluía esse assunto, visto que “a questão de uma nova interpretação do artigo 52, X, não foi colocada nem como questão de ordem”. Ainda, fez questão de reforçar sua posição quanto ao tema, apoiando-se na jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal:

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES – [...] Até hoje, o Supremo Tribunal Federal entende que, no controle difuso, o Senado Federal não está obrigado a estender os efeitos *inter partes* para *erga omnes* das declarações incidentais do Supremo. Isso são debates históricos e pode até vir - é sempre uma proposta do Ministro Gilmar - mas até hoje o entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação ao artigo 52, X, é que ao Supremo cabe declarar para o caso concreto e ao Senado cabe, se entender necessário, suspender, dando efeitos gerais. Aliás, a grande diferença do controle concentrado é que a suspensão dá efeito sempre *ex nunc*, não retroativos.<sup>140</sup>

A Ministra Cármen Lúcia, que presidia a sessão plenária, proferiu voto em que declarou acompanhar a relatora, mas também se expressou no sentido de reconhecer, com outros ministros, que a partir da ADI 3.937/SP devia-se considerar já existir uma decisão pela inconstitucionalidade da lei federal. No que tange à proposta do Ministro Gilmar Mendes, professou sua concordância, mas de modo tal que não soou inequívoca essa questão como parte substancial do seu voto, pelo uso das expressões “talvez” e “encaminhando para um reconhecimento” conforme pode-se analisar abaixo; mesmo assim, de todas suas manifestações orais ao longo do julgamento, é de se depreender que a ministra endossava a tese da preclusão

---

<sup>139</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.470 Rio de Janeiro**. Lei nº 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro. Substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto. [...] Declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995. Efeito vinculante e erga omnes. Relatora: Min. Rosa Weber, 29 de novembro de 2017, p. 76. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749020501>. Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>140</sup> Ibid., p. 118.

consumativa da matéria e mesmo admitia a interpretação alternativa ao art. 52, X, da Constituição.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEM LÚCIA – [...] em que pese não ser o objeto específico das ações diretas, diria que talvez, Ministro Celso, nós estejamos encaminhando, como disse, para um reconhecimento de que as matérias, sendo idênticas, sejam declaradas inconstitucionais, até porque nós falamos muito - doutrina e jurisprudência - em controle concentrado e controle difuso e em controle concreto e controle abstrato como se fossem sinônimos. Na verdade, o que é concentrada e a competência para o julgamento, e então se tem o controle abstrato, a lei em tese, no dizer que tivemos aqui.<sup>141</sup>

A análise do voto do então decano da Suprema Corte, o Ministro Celso de Mello, dadas algumas singulares intercorrências, é de interesse muito particular para esse trabalho, de modo que será apresentada à parte, na sessão seguinte.

#### *5.5.5 O Informativo STF nº 886 e a publicação oficial do acórdão*

Feitas todas essas considerações sobre particularidades do posicionamento de alguns ministros, retome-se o Informativo STF nº 886, referido nos parágrafos anteriores: é de se ressaltar que, conforme ressalva constante dos próprios informativos da Supremo Tribunal Federal, essas publicações apresentam resumos não-oficiais das decisões da Corte dos quais a fidelidade só pode ser aferida com a publicação oficial no Diário de Justiça.<sup>142</sup>

De fato, essa é uma importante ressalva, e ela faz toda diferença para o caso em tela. Conforme análise dos votos e intervenções dos demais ministros – constantes do acórdão publicado em 1º de fevereiro de 2019 –, não parece possível assumir que, de fato, tenha havido posicionamento do Colegiado no sentido de equalizar as decisões tomadas em sede de controle abstrato e em sede de controle

<sup>141</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.470 Rio de Janeiro**. Lei nº 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro. Substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto. [...] Declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995. Efeito vinculante e erga omnes. Relatora: Min. Rosa Weber, 29 de novembro de 2017, p. 163. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749020501>. Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>142</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF nº 886**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>. Acesso em: 21 jun. 2021.

incidental, como pretendeu o texto daquele informativo, publicado à época do julgamento, que se deu em 29 de novembro de 2017.

Além de não se vislumbrar pronunciamento expresso e conclusivo sobre essa questão – seja por questões redacionais dos votos e da própria decisão, seja por ausência de quórum qualificado –, a ocorrência de um singular fenômeno na publicação oficial do acórdão contribui para enfraquecer a presunção de que houve inovação de entendimento: o decano da Suprema Corte, o Ministro Celso de Mello, determinou o cancelamento de todas as suas intervenções e apresentou por escrito um voto brevíssimo, com diversos grifos. Essas marcações parecem traduzir a pretensão do ministro em ser específico e inequívoco quanto aos fundamentos de seu voto, referidos ao voto da relatora, que por sua vez nada falou sobre a tese mutacional e o art. 52, X, da Constituição; pode-se entender esse comportamento como forma de retroceder em relação aos seus discursos suprimidos e nunca tornados oficiais.

Ora, no referido Informativo STF nº 886, além do excerto já citado nos parágrafos anteriores, existe expressa menção à locução “mutação constitucional”, que teria sido utilizada pelo decano na defesa de uma interpretação do art. 52, X, da Constituição, no sentido de conferir ao Senado Federal “a possibilidade de simplesmente, mediante publicação, divulgar a decisão do STF”<sup>143</sup>, resultando a eficácia vinculante da decisão da Corte. Assim, tem-se que, em Plenário, o Ministro Celso de Mello teria sido entusiasta da ideia de se utilizar do julgamento daquelas duas ações diretas como momento de consagração da teoria da abstrativização do controle subjetivo por meio da mutação constitucional da cláusula senatorial. Mas, com o posterior cancelamento de seus comentários, deixa-se de contabilizar seu apoio para fins de quórum de votação.

Em artigo recente sobre a questão da abstrativização do controle difuso, o jurista Eliseu Antônio da Silva Belo<sup>144</sup> procurou demonstrar de que modo a inserção do tema da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição, foi totalmente

---

<sup>143</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF nº 886**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>. Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>144</sup> BELO, Eliseu Antônio da Silva. A Abstrativização do controle difuso já é uma realidade no STF?. **Revista do Ministério Público do Estado de Goiás**, Goiânia, ano XXII, n. 38, p. 89-98, jul./dez 2019, passim. Disponível em: [http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs\\_38/6Eliseu.pdf](http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_38/6Eliseu.pdf). Acesso em: 21 jun. 2021.

impertinente com a decisão proferida nessas ações diretas. Na opinião desse autor, a alusão a essa questão constituiu-se em flagrante erro jurídico. Isso porque, embora se trate de uma inconstitucionalidade declarada incidentalmente, o fato de a declaração dar-se no bojo de uma ADI deve fazer com que a decisão goze de efeito vinculante e de eficácia contra todos, nos termos do art. 102, §2º, da Constituição Federal. Esse entendimento leva a uma outra discussão, que não cabe no contexto desse trabalho, a não ser a título de rápido registro. O que se figura relevante aqui é a acuidade do autor ao apontar o incidente do cancelamento dos comentários do Ministro Celso de Mello e como esse fato contribui para a conclusão de que a tese da mutação uma vez mais não contou com a aderência da maioria dos ministros da Suprema Corte.

Ainda que se trate de conjectura, parece útil citar aqui o seguinte comentário de Belo em relação à possível razão para a alteração do voto do decano: “[...] certamente por ter percebido, depois da sessão de julgamento, o grave erro cometido, ao aderir a uma tese claramente inadequada”<sup>145</sup>. Importante também a contribuição de Belo ao demonstrar que diversos autores<sup>146</sup> – algumas vezes em razão do atraso da publicação do acórdão, outras vezes simplesmente por influência do texto do informativo – reproduziram em publicações a ideia, supostamente equivocada, de um consenso inédito em relação ao tema e da prevalência da tese de Mendes.

#### 5.5.6 Votos no julgamento da ADI 3.470/RJ

A opção por um quadro-resumo neste trabalho advém da necessidade de se esquematizar o complexo acórdão – permeado de intervenções esparsas em meio aos votos de alguns ministros – para que se possibilite demonstrar de modo mais inteligível os resultados quantitativos e qualitativos em relação a cada um dos tópicos discutidos. Como se pode notar, o uso da expressão “favorável [implicitamente]” foi

---

<sup>145</sup> BELO, Eliseu Antônio da Silva. A Abstrativização do controle difuso já é uma realidade no STF?. **Revista do Ministério Público do Estado de Goiás**, Goiânia, ano XXII, n. 38, p. 89-98, jul./dez 2019, p. 163. Disponível em: [http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs\\_38/6Eliseu.pdf](http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_38/6Eliseu.pdf). Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>146</sup> O autor cita Nathalia Masson (Manual de Direito Constitucional, 2019), Pedro Lenza (Direito Constitucional Esquematizado, 2019), João Paulo Lordelo (artigo publicado em 2018), e os próprios ministros Gilmar Mendes (Curso de Direito Constitucional, 2019) e Alexandre de Moraes (Constituição Federal comentada, 2018), em obras doutrinárias.

utilizado para demonstrar que ao voto faltou perspicuidade ou densidade discursiva, ainda que se tenha optado, nesses casos, por se contabilizar como “favorável”.

#### Quadro 2 – Quadro-resumo dos votos na ADI 3.470/RJ

| ADI 3.470/RJ     | Lei estadual inconstituc.      | Lei federal incidentalmente inconstituc. | Preclusão consumativa da matéria     | Quanto à “nova” interpretação do art. 52, X, da CF |
|------------------|--------------------------------|--|--------------------------------------|--|
| Rosa Weber       | <b>Improcedente</b>            | <b>Favorável</b>                         | Omissão                              | Omissão  |
| A. de Moraes     | Parcialmente procedente        | Contrário                                | Contrário                            | Contrário  |
| Edson Fachin     | <b>Improcedente</b>            | <b>Favorável</b>                         | <b>Favorável</b>                     | <b>Favorável</b><br>[implicitamente]               |
| Luiz Fux         | <b>Improcedente</b>            | <b>Favorável</b>                         | <b>Favorável</b><br>[implicitamente] | <b>Favorável</b>                                   |
| Dias Toffoli     | <b>Improcedente</b>            | <b>Favorável</b>                         | <b>Favorável</b>                     | <b>Favorável</b>                                   |
| Gilmar Mendes    | <b>Improcedente</b>            | <b>Favorável</b>                         | <b>Favorável</b>                     | <b>Favorável</b>                                   |
| Marco Aurélio    | Procedente                     | Contrário                                | Contrário                            | Contrário  |
| Celso de Mello   | <b>Improcedente</b>            | <b>Favorável</b>                         | Omissão<br>[voto oral cancelado]     | Omissão<br>[voto oral cancelado]                   |
| Cármem Lúcia     | <b>Improcedente</b>            | <b>Favorável</b>                         | <b>Favorável</b><br>[implicitamente] | <b>Favorável</b><br>[implicitamente]               |
| R. Lewandowski   | -                              | -  | -                                    | -  |
| Roberto Barroso  | -                              | -  | -                                    | -  |
| <b>Resultado</b> | <b>Improcedente</b><br>7 votos | <b>Favorável</b><br>7 votos              | <b>Favorável</b><br>5 votos          | <b>Favorável</b><br>5 votos                        |

**Fonte:** Quadro produzido pelo autor.

Faz-se mister a ressalva de que a escolha dos dois últimos tópicos e das respectivas categorias de respostas constituem-se, em última análise, em termos eventualmente reducionistas da interpretação particular deste autor, a partir de sua leitura individual dos votos e conformada aos objetivos pré-estabelecidos da pesquisa.

#### 5.6 O julgamento da Rcl 25.483/SC

A reclamação constitucional Rcl 25.483/SC foi decidida pelo colegiado da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal a partir de julgamento de questão de ordem em agravo regimental contra decisão do relator, o Ministro Celso de Mello, que lhe negou seguimento. Trata-se de reclamação contra acórdão proferido pelo Tribunal

de Justiça de Santa Catarina em que supostamente se afrontou autoridade de decisão da Suprema Corte em *habeas corpus*, alegadamente revestida de efeito *erga omnes* em razão de resolução suspensiva do Senado Federal nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal.

A relevância do julgado para este trabalho está no fato de também ali ser tangenciada a questão da cláusula senatorial e da tese mutacional, conforme se constatará a seguir, com o exame dos debates durante a sessão de julgamento. Relevante também porque é julgado mais recente, de 14 de maio de 2019, portanto posterior ao julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade sobre a proibição do amianto. Assim, toma-se essa análise como complemento à investigação sobre posicionamentos – oficiais ou não – dos membros do Supremo Tribunal Federal.

Interessa sobretudo o pronunciamento do Ministro Celso de Mello, relator da ação, em resposta aos comentários do Ministro Gilmar Mendes que, para ir contra o voto pela prejudicialidade da ação, acabou suscitando o tema da mutação constitucional. Embora reconhecendo que a existência de Resolução do Senado Federal nº 5, de 2012, por si só implicava o efeito *erga omnes* da decisão anteriormente proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade – declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* –, o Ministro Gilmar Mendes viu oportunidade de evocar outra vez a “disputa doutrinária belíssima, em que se destaca a voz de Lúcio Bittencourt”<sup>147</sup>.

Em última análise, verifica-se que mais uma vez não se pode concluir pelo posicionamento favorável do Ministro Celso de Mello em relação à tese mutacional, vez que os seus pronunciamentos referentes à fórmula constitucional limitaram-se a reafirmar (i) a doutrina e jurisprudência da corte em relação ao caráter discricionário da edição de resolução suspensiva pelo Senado Federal e (ii) a jurisprudência quanto à impossibilidade de revogação da resolução senatorial após sua promulgação. Em outros dois momentos, fazendo referência à exposição do Ministro Gilmar Mendes, limitou-se a dizer: “Conheço essa posição adotada pelo eminente Ministro Gilmar

---

<sup>147</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem no Ag. Reg. na Reclamação 25.483 Santa Catarina**. [...] Questão de ordem resolvida no sentido de julgar prejudicada a presente Reclamação. Relator: Min. Celso de Mello, 15 de maio de 2019, p. 2. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344691093&ext=.pdf> Acesso em: 21 jun. 2021.

Mendes [...] por ele exposta de modo brilhante” e “[...] uma vez adotada a formulação doutrinária construída pelo eminente Ministro Gilmar Mendes, pois, em prevalecendo esse douto entendimento, estar-se-ia em face de uma típica hipótese *de mutação constitucional informal*” (grifo do relator).<sup>148</sup> Destaque-se a expressão “em prevalecendo”, que pode indicar entendimento do relator no sentido de que a questão não foi jamais solvida de modo definitivo pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Quanto às proposições do Ministro Gilmar Mendes, importa o registro de sua referência explícita às ações do caso do amianto como forma de projetar seu entendimento sobre o que constituiu aquele julgamento em relação ao tema. Nesse sentido, afirmou:

Nós, no caso X, a propósito do tema, em RE [*sic*] que tratou do amianto, assentamos também que a decisão do Senado seria apenas um *plus* no que concerne à publicidade da decisão, que seria bastante a declaração de inconstitucionalidade em Plenário. Portanto, além dos casos de repercussão geral, também a decisão ocorrida em qualquer outro processo ou procedimento pelo Plenário seria bastante para ganhar ou ser dotada de eficácia *erga omnes*.<sup>149</sup>

Cumprе registrar que o Ministro Edson Fachin consignou, em voto, seu apreço pela tese do alcance limitado do inciso X do art. 52 da Constituição Federal, ou seja, no sentido de ocorrência de mutação constitucional do dispositivo. Mas assim como no julgamento do caso do amianto, fê-lo de modo *obiter dictum*.

Do mesmo modo se deu com o Ministro Ricardo Lewandowski, que deu a entender ser inclinado à tese ao evocar o exemplo da defesa da mutação constitucional pelo Ministro Eros Grau em julgamentos precedentes e, como presidente do colegiado, determinou em seu voto que os argumentos do Ministro Gilmar Mendes fossem consignados.

---

<sup>148</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem no Ag. Reg. na Reclamação 25.483 Santa Catarina**. [...] Questão de ordem resolvida no sentido de julgar prejudicada a presente Reclamação. Relator: Min. Celso de Mello, 15 de maio de 2019, p. 6-8. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344691093&ext=.pdf> Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>149</sup> *Ibid.*, p. 2.

## CONCLUSÃO

A complexidade do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, demonstrada de modo contundente no primeiro capítulo deste trabalho, é fator muito relevante para a evidenciação e compreensão do processo de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

A classificação desse modelo como “ecclético” – e não meramente como “dual”, no sentido de coexistência de dois modelos independentes – parece, de fato, muito mais adequada para exprimir o resultado prático do desenvolvimento histórico do controle judicial de constitucionalidade no Brasil.

A abstrativização do controle difuso como um processo amplo que se realiza a partir de diversas formas é uma realidade inegável. Ainda que subsistam eventuais divergências doutrinárias quanto à interpretação de um ou outro aspecto desse processo, de modo geral o que se tem é um ordenamento jurídico apontando para uma ampliação da gama de possibilidades de decisões do Supremo Tribunal Federal de caráter expansivo, isto é, com efeito vinculante ou eficácia *erga omnes*.

Nesse sentido, diversos institutos jurídicos surgidos sob a égide da Constituição Federal de 1988 confirmaram essa tendência. Reformas constitucionais, legislação ordinária, desenvolvimento de práticas procedimentais ou de jurisprudência pelo Supremo Tribunal Federal e até mesmo avanços doutrinários, tudo isso contribui para atestar a existência do fenômeno.

Especificamente quanto ao que se constitui como objeto central deste trabalho, isto é, a tese da mutação constitucional do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, não é possível que se declare com a mesma imperturbabilidade sua ocorrência como realidade incontestada.

A interpretação de Lúcio Bittencourt para o dispositivo, ainda que se lhe reconheça alguma relevância do ponto doutrinário, nunca se mostrou capaz de superar, do ponto de vista histórico, a abundância e clareza da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

Quanto à tese mais elaborada – de que Gilmar Mendes é expoente – que acresce à interpretação de Bittencourt o argumento da necessidade de se reconhecer a mutação constitucional, é de se admitir robusta a argumentação sobre aspectos históricos do dispositivo, sobre a evolução do modelo controle de constitucionalidade no Brasil, e sobre as consequências lógicas a que conduzem todas essas questões anteriores.

No entanto, apesar de robusta a argumentação como tese doutrinária, a sua ocorrência não se sustenta como fato já consumado, pois diversa é a realidade fática do direito brasileiro. Em outras palavras, não se sustenta a afirmação de que houve acolhimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da tese mutacional.

Muito se tem falado, nos últimos tempos, sobre a ocorrência desse acolhimento doutrinário. Isso porque, de fato, em plenário, ministros da Suprema Corte têm debatido cada vez mais a questão. Algumas decisões históricas que tangenciaram o tema acabaram se tornando paradigmas para alguns doutrinadores, que por meio delas apontam tendências da corte em aderir à tese. Foi o caso, por exemplo, da reclamação constitucional Rcl 4.335/AC, com julgamento finalizado no ano de 2014, do qual restou clara a recusa da corte na adesão, apesar de importantes votos favoráveis terem sido proferidos na ocasião.

Mais recentemente sobreveio o caso que versou sobre a possível inconstitucionalidade da proibição do uso de amianto (ADI 3.406/RJ e ADI 3.470/RJ). A partir de uma informação parcial sobre o resultado do julgamento – o Informativo STF nº 886 – muitas vezes disseminou-se no meio jurídico a notícia do acolhimento. No entanto, essa opinião não resiste a uma análise mais detalhada dos fatos. Conforme visto, dos votos de cada ministro nesse acórdão, não se pode inferir a ocorrência de uma maioria suficiente para se configurar uma mudança de posição em relação ao tema.

Dos discursos e votos dos ministros, resta evidente o protagonismo do Ministro Gilmar Mendes, que faz uma defesa com mais densidade jurídica sobre o assunto. Outros, também favoráveis à tese, contribuem de forma mais limitada nesse sentido: algumas vezes, falta clareza; outras vezes, os votos carecem de densidade – alguns ministros, inclusive, acabam manifestando-se de modo *obiter dictum*. Por derradeiro,

quanto aos demais ministros – que são maioria –, a omissão de uns e a posição manifestamente contrária de outros faz com que seja mantida inalterada a posição do Supremo Tribunal Federal: rejeita-se a mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal.

Quanto aos aspectos doutrinários relativos à possibilidade de vir a cláusula senatorial a sofrer mutação constitucional, tem-se que alguns dos dez parâmetros normativos estruturantes – inspirados na metódica estruturante de Friedrich Müller – parecem limitar essa possibilidade. Da mesma forma, houve também manifestações de alguns ministros durante os referidos julgamentos no sentido de rejeitarem a possibilidade de se reconhecer, em tese, a mutação constitucional do texto da fórmula, com argumentos que podem se encaixar nos referidos parâmetros estruturantes.

Nesse quadro, poderiam ser evocados, por exemplo, os seguintes parâmetros: (i) a “elasticidade do texto”, na linha da opinião de alguns ministros – como o Ministro Roberto Barroso e a Ministra Rosa Weber – de que o texto não permite o alcance semântico pretendido pela tese; (ii) a “vedação de abolição de cláusulas pétreas” – mais no sentido para o qual apontou o Ministro Marco Aurélio, o de ruptura com o sistema de freios e contrapesos, ou a opinião do Ministro Ricardo Lewandowski sobre a possível violação ao princípio da separação dos Poderes; ou, enfim, pode-se evocar a (iii) “racionalidade das decisões” fazendo-se referência, por exemplo, à argumentação do Ministro Sepúlveda Pertence de que o instituto da súmula vinculante mais reforça do que enfraquece a lógica da existência da cláusula senatorial.

Não obstante ser esse o atual retrato da jurisprudência, o presente estudo também permitiu concluir que o processo de objetivação como fenômeno amplo acaba por contextualizar e legitimar a problematização da função senatorial no controle subjetivo. As dificuldades que o dispositivo constitucional traz face à nova formatação do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro parecem inexoráveis e devem continuar demandando novas abordagens do tema em busca de solução, seja no âmbito doutrinário, judiciário ou ainda do próprio poder constituinte reformador.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019.

BELO, Eliseu Antônio da Silva. A Abstrativização do controle difuso já é uma realidade no STF?. **Revista do Ministério Público do Estado de Goiás**, Goiânia, ano XXII, n. 38, p. 89-98, jul./dez. 2019. Disponível em: [http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs\\_38/6Eliseu.pdf](http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_38/6Eliseu.pdf). Acesso em: 21 jun. 2021.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. (Arquivos do Ministério da Justiça).

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm). Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Pena – Execução provisória – Impossibilidade – Princípio da não culpabilidade. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal a condicionar o início do cumprimento de pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória [...]. Relator: Min. Marco Aurélio, 7 de novembro de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344948872&ext=.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.470 Rio de Janeiro**. Lei nº 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro. Substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto. [...] Declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995. Efeito vinculante e *erga omnes*. Relatora: Min. Rosa Weber, 29 de

novembro de 2017. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749020501>.

Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.524 Distrito Federal**. Direito Constitucional. Separação dos Poderes (art. 2º, CF/88). Poder Legislativo. Autonomia Organizacional. Câmara dos Deputados. Senado Federal. Reeleição de Membro da Mesa (art. 57, §4º, CF/88). Regimento Interno. Interpretação conforme à Constituição. Relator: Min. Gilmar Mendes, 15 de dezembro de 2020. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346078247&ext=.pdf>

Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro**. [...] Interpretação do art. 1.723 do Código Civil em conformidade com a Constituição Federal (técnica da “interpretação conforme”). Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações. Relator: Min. Ayres Britto, 5 de maio de 2011. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>.

Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF nº 886**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2017. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>. Acesso em:

21 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem no Ag. Reg. na Reclamação 25.483 Santa Catarina**. [...] Questão de ordem resolvida no sentido de julgar prejudicada a presente Reclamação. Relator: Min. Celso de Mello, 15 de maio de 2019. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344691093&ext=.pdf>

Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4.335 Acre**. Reclamação. 2. Progressão de Regime. Crimes Hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional [...]. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito *ultra partes* da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de março de 2014. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 21 jun. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Os impactos da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário na Jurisdição Constitucional Brasileira**: promoção do acesso à justiça, redefinição de competências e consolidação do sistema eclético de controle de constitucionalidade. 2011. Dissertação (Mestrado em Constituição e Sociedade) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2011. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/92>. Acesso em: 21 jun. 2021.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. 2. ed. Osasco: EDIFIEO, 2015.

GIRARDI, Daniella Andrade. **Controvérsias acerca da (i) legitimidade do STF para proferir decisões com caráter de mutação constitucional**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018. Disponível em: [https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37266/1/ulfd136306\\_tese.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37266/1/ulfd136306_tese.pdf). Acesso em: 21 jun. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 45, n. 179, p. 257-276, jul./set. 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176518>. Acesso em: 21 jun. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; CARVALHO FILHO, José dos Santos. Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade do STF em controle incidental. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, vol. 11, n. 20, p. 179-201, jan./jul. 2019. Disponível em: <http://abdconst.com.br/revista21/Gilmar.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2021.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução: Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Mutação Constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SANTINI, Mateus Pieroni. **O controle de constitucionalidade à luz do fenômeno do ('neo') constitucionalismo e a sua evolução no direito brasileiro rumo à minimização do modelo difuso**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/5962>. Acesso em: 21 jun. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VARGAS, Denise Soares. **Mutação constitucional via decisões aditivas**. São Paulo: Saraiva, 2014.